



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA
"TOR VERGATA"**

FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO

(indirizzo "*Diritto e Procedura Penale*")

XXI CICLO DEL CORSO DI DOTTORATO

**LA RISPOSTA SANZIONATORIA E
IL POTERE DISCREZIONALE DEL GIUDICE.
CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL RUOLO E AL SIGNIFICATO
DELLA RECIDIVA NELLA TEORIA DELLA PENA**

A.A. 2008/2009

Tutor:

Chiar.mo Prof. Roberto Rampioni

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. Antonio D'Atena

Dottorando:

Dott. Francesca Rocchi

A mia madre e a Marco

Desidero rivolgere un sentito ringraziamento al Prof. Dr. Ulrich Sieber, Direttore del *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* di Friburgo, che mi ha consentito di svolgere le mie ultime ricerche per questo lavoro presso il prestigioso istituto da Lui diretto, avendo l'opportunità di confrontarmi con le esperienze di altri ordinamenti sul tema oggetto di questa dissertazione, parlando anche direttamente con autorevoli giuristi di altre nazionalità, arricchendola così di spunti comparatistici, che spero di poter ancora approfondire. Non posso dimenticare di ringraziare per l'ospitalità riservatami anche la Dr. Konstanze Jarvers, *Leiterin des Referats Italien*, e la Dr. Johanna Rinceanu, *Wissenschaftliche Referentin* e tutto il personale della biblioteca dell'Istituto succitato.

Sono sinceramente grata inoltre al *Tutor* che mi ha seguito durante tutto il dottorato, il Prof. Roberto Rampioni, dandomi fiducia fin dall'inizio.

Un ringraziamento particolare sento di rivolgerlo poi a colui che considero il mio sostanziale *Doktorvater*, usando una bella locuzione tratta dal gergo universitario tedesco, il Prof. Alfonso M. Stile, che mi ha insegnato più del solo diritto penale durante il corso universitario, la tesi di laurea, i due anni di specializzazione e gli anni successivi durante i quali ho avuto l'onore di collaborare presso la Sua cattedra, insieme ai Suoi allievi, che mi hanno costantemente e affettuosamente incoraggiato.

Infine, ringrazio i direttori e la redazione della rivista scientifica *Cassazione Penale*, e specialmente il coordinatore della redazione del settore penale, il Dott. Marco Gambardella, per avermi dato modo di confrontarmi anche con il diritto vivente, commentando alcune pronunce fondamentali per questa ricerca.

Friburgo, 14 giugno 2009

INDICE

Premessa sull'oggetto e il metodo della presente ricerca	7
---	----------

CAPITOLO PRIMO LA DISCREZIONALITÀ GIUDIZIALE TRA CORNICI EDITTALI, CIRCOSTANZE E FUNZIONI DELLA PENA

0. Il rapporto tra la valutazione della pena in astratto e in concreto come principale fonte della sua incertezza: le cause e i possibili correttivi.	21
1. a) L'inadeguatezza delle previsioni edittali di pena e il ruolo supplente del giudice.	34
1.1. La visione carcerocentrica del sistema sanzionatorio italiano e il problema della c.d. «fuga dalla sanzione».....	47
1.2. L'attuazione di una polifunzionalità della pena in senso forte: una caratterizzazione specialpreventiva in senso positivo delle cornici edittali.	53
1.3. Correttivo: costruzione di un diverso sistema di pene edittali “differenziato” per reati e per autori.	61
2. b) La perenne ricerca della proporzione della misura legale della pena al disvalore dell'illecito: il ruolo ipertrofico delle circostanze del reato.	69
2.1. Il controverso ruolo delle circostanze nel sistema commisurativo: analisi funzionale dei diversi tipi di circostanze del reato.	75
2.1.1. Le circostanze aggravanti ad effetto speciale come indici di modificazione legale della pena.	77
2.1.2. Le circostanze ad effetto comune come indici particolarmente rilevanti di commisurazione giudiziale della pena.	84
2.1.3. Le circostanze attenuanti generiche e il criterio prasseologico dell'equità.	85
2.2. Il giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee e il suo progressivo svuotamento.	93

2.3. <i>Correttivo</i> all'attuale sistema ipertrofico delle circostanze del reato in senso tecnico: eliminazione (o quantomeno riduzione) dei minimi edittali con conseguente abolizione delle circostanze attenuanti e del giudizio di bilanciamento.	113
2.4. L'esperienza francese.	132

CAPITOLO SECONDO

IL RUOLO DELLA RECIDIVA NELLA DETERMINAZIONE DELLA RISPOSTA SANZIONATORIA

0. ...Il controverso fondamento della recidiva e gli strumenti politico criminali per contrastarla.	143
1. La recidiva come circostanza aggravante del disvalore del reato nel sistema italiano.	156
1.1. La funzione delle diverse forme di recidiva nella commisurazione della pena.	162
1.2. Da <i>status</i> soggettivo sintomo di maggiore colpevolezza o pericolosità a strumento di politica criminale di controllo sociale e sicurezza: la riforma italiana del 2005 e quella spagnola del 2003.	174
1.3. L'influenza delle leggi americane dei “ <i>three strikes and you are out</i> ” sui sistemi continentali sia di <i>common</i> che di <i>civil law</i>	177
1.4. Il “fallimento” delle politiche del “ <i>mandatory sentencing</i> ”.	180
1.5. L'attuale disciplina della recidiva e la <i>crisi</i> del principio rieducativo.	183
2. Il ripudio della recidiva come elemento di aggravamento della pena: il caso isolato del sistema tedesco.	199
2.1. La recidiva come indice di pericolosità sociale e requisito di applicazione di una misura di sicurezza.	203

CAPITOLO TERZO

COSTANTI E VARIABILI NEI PROGETTI DI RIFORMA DEL CODICE PENALE IN TEMA DI DETERMINAZIONE LEGALE E GIUDIZIALE DELLA PENA

1. Riduzione degli spazi di operatività della discrezionalità giudiziale e recupero della certezza della pena.	212
2. La revisione delle cornici edittali.....	215
3. La restrizione dell'ambito di rilevanza delle circostanze del reato.	224
3.1. La progressiva scomparsa del giudizio di bilanciamento delle circostanze eterogenee. .	236
3.2. L'abolizione delle circostanze attenuanti generiche.	239
4. La restaurazione del regime <i>obbligatorio</i> della recidiva come aggravante in senso tecnico.	248
5. La previsione di criteri finalistici nella disciplina della commisurazione giudiziale della pena.....	255
6. Ampliamento delle tipologie sanzionatorie: crisi della centralità della pena detentiva e fine del doppio binario?	256
7. Considerazioni conclusive sulle attuali tendenze di riforma del sistema sanzionatorio. .	267

BIBLIOGRAFIA

«Uno dei più grandi freni dei delitti non è la crudeltà delle pene, ma l'infallibilità di esse, e per conseguenza la vigilanza dei magistrati, e quella severità di un giudice inesorabile, che, per essere un'utile virtù, dev'essere accompagnata da una dolce legislazione. La certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggiore impressione che non il timore di un altro più terribile, unito colla speranza dell'impunità».

(BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Mondadori, 1991, p. 71)

«[È davvero necessario] per evitare ingiusti rigori, di allargare siffattamente l'arbitrio del giudice? La scienza nostra ha sempre ondeggiato tra Scilla e Cariddi. Il bisogno di procacciare un'equa distribuzione di pene, ed il bisogno di frenare l'arbitrio del giudice onde alla legge e non all'uomo si riferisca la irrogazione del castigo».

(CARRARA F., *Stato della dottrina sulla recidiva*, in *Opuscoli di diritto criminale*, 5° ed., vol. II, Casa Editrice Libreria "Fratelli Cammelli", 1898, p. 142)

Premessa sull'oggetto e il metodo della presente ricerca

La ricerca in oggetto parte dalla constatazione dell'attuale *crisi* del sistema sanzionatorio penale italiano, che ha perso gran parte della sua effettività, determinando quello che può ormai definirsi come il *leitmotiv* della politica criminale dell'inizio del nuovo millennio: l'incertezza della pena¹.

¹ La *perenne crisi della pena*, insieme alla sua *perenne vitalità*, sono state definite come due costanti degli ultimi due secoli nella travagliata storia della pena da MANTOVANI F., *Il vero "diritto penale minimo": la riduzione della criminalità?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 864.

Il problema del fondamento e della/e finalità del castigo (*rectius* della pena) ha da sempre agitato non solo giuristi, ma sociologi, filosofi, laici o meno, e persino letterati². Al di là però delle sue implicazioni teoriche, la determinazione della risposta punitiva, sia in astratto (sanzione *legale*) che in concreto (sanzione *irrogata*), crea notevoli problemi pratico applicativi, di quotidiana frequenza, che rischiano persino di vanificare gli scopi del Diritto Penale³.

Infatti, sebbene si sia abituati a concepire il processo penale come normalmente teso soprattutto all'accertamento del *fatto*, della sua qualificazione giuridica, dell'esistenza degli elementi costitutivi del reato contestato, cioè della responsabilità penale dell'imputato; in realtà questo aspetto riguarda solo la prima fase di un complesso procedimento che, nell'ipotesi in cui questo primo accertamento abbia dato esito positivo, termina con l'individuazione della sanzione da applicare in concreto al suo *autore*⁴.

² E' particolarmente interessante notare, ad esempio, che solo per un equivoco linguistico il celeberrimo romanzo di F. M. Dostoevskij è oramai passato alla storia come "Delitto e castigo", mentre in realtà dovrebbe più correttamente essere tradotto come "Il delitto e la pena", stando proprio a sottolineare come il fondamento e la finalità della sanzione penale fosse oggetto di estremo interesse dall'illuminismo in poi in tutte le discipline umanistiche, tanto che il celebre lavoro del Beccaria ha influenzato il noto letterato. Cfr. l'avvertenza di C. G. De Michelis al romanzo *Delitto e castigo*, La biblioteca di Repubblica, 2004, trad. di C. G. De Michelis.

³ Sul punto mirabilmente di recente cfr. MANTOVANI F., *La «perenne crisi» e la «perenne vitalità» della pena e la crisi e la «crisi di solitudine» del diritto penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini E. e Paliero E., v. II, Giuffrè, 2006.

⁴ «Il processo è di regola così marcatamente incentrato sull'accertamento del fatto, anziché essere attento a una discussione *pubblica* sulle tematiche dell'autore, che tutti i discorsi generali dei penalisti sull'individualizzazione della pena e la prevenzione speciale, svaniscono come neve al sole. Si faccia attenzione, però perchè le scelte sugli autori non mancano di sicuro: è solo che avvengono secondo canali occulti, non motivabili. Meccanismi indiretti la veicolano. Si provi a spiegare con un manuale la realtà dell'applicazione della pena su richiesta delle parti (art. 444 c.p.p.) o (...) la vera prassi della commisurazione della pena, della concessione delle attenuanti generiche, del bilanciamento fra circostanze o della sospensione condizionale: in questi casi, (...) chi legge un manuale di diritto penale non è più in grado di comprendere la realtà, e chi l'ha compresa, non riesce più a leggerlo»: cfr. così DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004, p. 257 (corsivi dell'A.). Cfr. nello stesso senso, ad esempio, anche EUSEBI L., *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Silète poenologi in munere alieno! teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, a cura Pavarini M., Monduzzi, 2006, p. 65: «Per essendo palese che la pena viene esistenzialmente vissuta da una persona, il diritto penale, in buona sostanza, non tiene conto della persona (e addirittura preclude *ex art. 220, co. 2 c.p.p.* qualsiasi conoscenza effettiva sulla persona) nel momento in cui la pena viene determinata. Le persone - agenti di reato, ma anche vittime - sono le grandi assenti nel processo penale». Solo di recente però la manualistica del settore del Diritto Penale ha avvertito, significativamente, l'esigenza di invertire la priorità di esposizione nella esplicazione dei fondamenti del diritto penale, partendo proprio dalla funzione della pena e dai principi che regolano la determinazione della risposta punitiva da parte del

Questa fase del processo, forse sotto molteplici aspetti la più delicata, riguarda *latu sensu* la c.d. commisurazione della pena, problema che si pone come uno tra i più peculiari dell'esperienza penalistica contemporanea: esperienza tesa - spesso in modo contraddittorio - alla ricerca di un punto di equilibrio tra *legalità* e *difesa sociale*, tra *certezza* e *giustizia sostanziale*⁵.

In uno studio che si voglia porre in modo propositivo per una riforma efficace di qualsiasi sistema sanzionatorio, si è ritenuto di non poter prescindere dall'analisi del ruolo attribuito dall'ordinamento giuridico alla discrezionalità del giudice nella determinazione della pena — come ci sembra confermato nelle Relazioni dei numerosi progetti di Riforma del codice penale susseguitesesi negli ultimi decenni⁶ —, in quanto aspetto logicamente indefettibile di qualunque momento commisurativo, eppure potere, nell'attuale momento storico-politico, assai temuto e osteggiato dal potere legislativo, che negli ultimi anni ha cercato di limitarlo in molti sensi⁷.

legislatore in astratto e del giudice in concreto, e dai principi costituzionali che li guidano. Ci riferiamo, in particolare, tra i molti, a DE VERO G., *Introduzione al diritto penale*, Giappichelli, 2002; PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, 2006; PULITANÒ D., *Diritto penale*, 2ª ed., Giappichelli, 2007; DE FRANCESCO G., *Diritto Penale. I fondamenti*, Giappichelli, 2008. Per tale osservazione cfr. PAVARINI M., *Pene in astratto e in concreto*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di Insolera G., Mazzacuva N., Pavarini M., Zanotti M., vol. I, II ed., Giappichelli, 2000, p. 349 ss.

⁵ «La responsabilità penale è il debito che noi poniamo a carico del reo nel momento stesso in cui valutiamo la sua condotta e stabiliamo di sottoporlo ad una pena; ma la entità di questo debito, la sua misura, il modo in cui esso deve essere scontato dipendono da una concezione che esprime il livello di civiltà e di cultura in cui nasce»: SANTAMARIA D., *Il fondamento etico della responsabilità penale*, *Annuario Accademico dell'Università di Siena*, 1962-63, p. 4 dell'estratto, tratto da STILE A. M., *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Jovene, 1971, p. 49-50.

⁶ Si prenda in particolare riferimento quanto enunciato, ad esempio, nella Relazione della Commissione Ministeriale (1999), istituita per la Riforma del Codice Penale e presieduta dal Prof. C.F. Grosso, in *Per un nuovo codice penale*, II, a cura di Grosso C.F., Cedam, 2000, p. 49-50: «Con riferimento al sistema delle pene la Commissione è stata unanime nel ritenere *la assoluta urgenza di una profonda revisione del sistema delle pene attualmente in vigore, caratterizzato da una insostenibile situazione di incertezza e di 'imprevedibilità' della sanzione concretamente scontata dal condannato; incertezza ed imprevedibilità dovuta all'eccessivo potere discrezionale concesso al giudice penale in sede di determinazione in concreto della pena*».

⁷ Come acutamente messo in luce da un illustre Autore «la delimitazione del potere discrezionale del Giudice costituisce il vero criterio di coerenza sistematica che pervade la nuova produzione legislativa. Non si tratta soltanto del risultato di leggi *ad personam*: il criterio in questione è in linea con il conflitto fra legislatore e magistratura che pervade da tempo il panorama istituzionale italiano». Si è infatti notato come il denominatore comune dei recenti interventi legislativi, per lo più settoriali, risieda proprio nella volontà di circoscrivere la discrezionalità giudiziale sia *sul piano interpretativo* (attraverso, ad esempio, l'introduzione nelle fattispecie di maggiori elementi costitutivi, o la fissazione di soglie di punibilità, etc.), sia sul piano della *determinazione giudiziale della pena*, introducendo

A ben guardare, nella storia dei sistemi penali moderni, infatti, la risoluzione del *problema* della commisurazione della pena è sempre stata significativamente caratterizzata proprio dall'alternarsi di tre tipi di soluzioni dogmatiche: una *legalità assoluta*, una *discrezionalità libera*, o una *discrezionalità vincolata*⁸.

L'esempio più emblematico del difficile contemperamento tra l'esigenza legalista della certezza assoluta della pena e quella garantista dell'individualizzazione giudiziale, è quello che ci viene offerto dagli Stati Uniti d'America, ove si è passati da un sistema a *discrezionalità libera* (c.d. *indeterminate sentencing*), ad un sistema di *legalità assoluta*, il c.d. *Federal determinate sentencing*, introdotto dal "*Sentencing Reform Act*" del 1984, con l'istituzione della *United States Sentencing Commission*, una commissione indipendente, che ha avuto il compito di redigere le c.d. *Guidelines*, direttive federali approvate dal Congresso, compilate in base all'analisi della giurisprudenza, che determinano la natura e il *quantum* delle pene applicabili a circa 2000 reati⁹. A livello federale, e nella maggior parte degli Stati del Nord America, si è assistito perciò ad una vera e propria rivoluzione nelle leggi sulla commisurazione delle pene, con la conseguente polverizzazione della discrezionalità del giudice e l'esaltazione del potere dell'accusa: le disposizioni generali del codice federale sulle pene riducono considerevolmente la libertà di valutazione del giudice poiché egli ha l'obbligo di pronunciare una pena che corrisponda alle funzioni indicate nel rigido sistema del c.d. *Sentencing Table*. E' però particolarmente significativo ai nostri fini notare che il 12 gennaio 2005 la stessa Corte Suprema degli Stati Uniti ha stabilito che l'applicazione obbligatoria delle direttive federali viola il diritto d'essere giudicato da una giuria, previsto dal VI emendamento della Costituzione americana, e pertanto, da allora, le direttive hanno solo un valore indicativo ("*advisory*")¹⁰.

degli «automatismi sanzionatori». Cfr. SGUBBI F., *Presentazione*, in *La legislazione penale compulsiva*, a cura di Insolera, Cedam, 2006, p. XVI.

⁸ MANTOVANI F., *Il problema della criminalità*, *Compendio di scienze criminali*, Cedam, 1984, p. 616. Il fenomeno che parte della dottrina chiama di "disintegrazione" del sistema sanzionatorio italiano, può essere in realtà visto nel contesto di un più vasto momento di crisi dei sistemi sanzionatori tipici delle democrazie occidentali. In questo senso, Dolcini E., *L'art. 133 c. p. al vaglio del movimento internazionale di riforma*, in *Riv. it dir. proc. pen.*, 1990, p. 398 ss.

⁹ Per maggiori approfondimenti sul sistema americano si rinvia a MANNOZZI G., voce *Sentencing*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIII, Utet, 1991; ID., *Razionalità e 'giustizia' nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del sentencing nordamericano*, Cedam, 1996.

¹⁰ Cfr. *United States v. Booker*, certiorari to the united states court of appeals for the seventh circuit No. 04-104. Argued October 4, 2004--Decided January 12, 2005, in <http://laws.findlaw.com/us/000/04-04-104>.

Negli ordinamenti di tradizione romanico-germanica, invece, il percorso si può dire sia stato inverso, essendo ovviamente legato anche ad una diversa condizione storica e sociale.

Si è infatti partiti, durante l'epoca illuministica, in reazione all'arbitrio giudiziario dell'*ancien régime*, da un sistema a *legalità assoluta*, emblematicamente rappresentato dal sistema di pene fisse previsto nel codice francese del 1791, che facevano del giudice penale «*un simple distributeur mécanique de peines fixes*»¹¹, per arrivare, nella maggior parte degli ordinamenti penali europei moderni, ad un sistema di commisurazione a c.d. *discrezionalità* “vincolata”: attraverso il ricorso, pressoché costante (salvo nel caso del sistema francese, di cui si parlerà *funditus* nel cap. I, § 2.4.), ad un sistema elastico di cornici edittali di pena, costituito da un minimo ed un massimo.

Attraverso questa scelta effettuata dagli ordinamenti moderni è entrata ed ha assunto rilevanza nel diritto penale positivo la categoria dogmatica della *discrezionalità* in senso stretto, categoria di difficile e controversa ricostruzione teorica¹², anche alla luce delle molteplici e svariate esigenze che di volta in volta, spesso in maniera asistemica, il legislatore cerca di perseguire attraverso la sanzione penale. La *discrezionalità* del giudice penale, nell'accezione comunemente accolta, non è infatti libera — come quella amministrativa, che è incentrata su valutazioni di opportunità e di convenienza pratica —, ma è appunto *vincolata* da parametri valutativi predeterminati dalla legge: «sicché il giudice *prosegue* l'opera del legislatore dove questi non può inoltrarsi»¹³.

[104.html](#). Per i primi commenti alla pronuncia cfr. DOUGLAS A. BERMAN, *Reasoning Through Reasonableness*, in *Yale L.J. Pocket Part*, 2006, 115, in www.thepocketpart.org/2006/07/berman/html; CITRON E., *Sentencing Review: Judgment, Justice, and the Judiciary*, ivi, p. 150 ss.; FANCHIOTTI V., *U.S. v. Booker: verso lo smantellamento del sentencing system federale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 903 ss.

¹¹ Cfr. MERLE R. - VITU A., *Traité de droit criminel*, Cujas, 7^{ème} édition, 1997, p. 977.

¹² Sul concetto dogmatico di discrezionalità penale, si vedano, principalmente, le seguenti opere classiche, che, nonostante il tempo trascorso sono rimaste insuperate: BELLAVISTA G., *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena (rist.)*, in *Tommaso Natale*, 1975, p. 141 ss.; BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Giuffrè, 1965; LATAGLIATA A. R., *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Morano Editore, 1967; STILE A. M., *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Jovene, 1971; DOLCINI E., voce *Potere discrezionale del giudice (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Giuffrè, 1985, p. 750 ss. Per uno studio più recente in tema di discrezionalità giudiziale, si veda CARUSO G., *La discrezionalità penale nella commisurazione della pena: dovere conoscitivo o potere dispositivo del giudice?*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 557 ss.

¹³ MANTOVANI F., *Diritto penale, parte generale*, 5^a ed., Cedam, 2007, p. 764.

Il legislatore italiano, perciò, nel lontano ormai 1930, optando per un sistema sanzionatorio a c.d. *discrezionalità vincolata*, ha regolato il metodo attraverso il quale il giudice deve commisurare la pena al caso concreto, individuando dei *limiti predeterminati*, allo scopo di raggiungere una duplice finalità: da un lato, rendere quanto più aderente possibile la valutazione legale al fatto concreto e l'irrogazione della pena al disvalore di tale fatto; dall'altro, limitare il potere discrezionale del giudice vincolandolo a criteri precisi. Infatti, pur avendo sancito che "il giudice applica la pena discrezionalmente" (art. 132, comma 1 c.p.), ha contestualmente stabilito, attraverso il combinato disposto degli artt. 132 e 133 c.p., dei *limiti c.d. esterni* – costituiti dai limiti minimi e massimi di pena (artt. 132 2° comma, 22 e ss e 66, 67 c.p.), che possono essere superati solo nelle ipotesi determinate dalla legge –, e dei *limiti c.d. interni*, delineati dai criteri individuati dall'art. 133 c.p., nonché dall'obbligo della motivazione di cui all'art. 132, 1° comma c.p..

Questo "*sistema di vincoli*", non aggiornato e modulato in base alle nuove ideologie riguardanti le funzioni della pena, in concreto, è stato tuttavia eluso, andando pian piano trasformandosi in un sistema a *discrezionalità libera*, a seguito di numerose novelle legislative (le riforme del '74, '75, '86 e del '98), tese tutte significativamente alla ricerca di un difficile equilibrio proprio tra i due valori fondamentali della *legalità della pena*, da un lato, e dell'*individualizzazione della risposta sanzionatoria*, dall'altro; soprattutto per dare attuazione ai principi dettati dalla nuova Carta Costituzionale (in particolare l'art. 27, co. 3 Cost.), nel frattempo entrata in vigore, e alle, ancora più penetranti, sentenze della Corte Costituzionale, che a partire dagli anni novanta hanno modificato la stessa concezione delle funzioni della pena nel nostro ordinamento (tra tutte, si veda Corte cost., sent. 313/1990).

Si è così via via ampliato in modo incontrollato, ed incontrollabile, il potere discrezionale del giudice penale, tanto da rendere quei *limiti legali* solo puramente *simbolici*, a scapito della intera credibilità del sistema e delle funzioni di prevenzione sia generale che speciale della pena¹⁴. Se si confrontano, infatti, le diverse tipologie di sanzioni previste a

¹⁴ Lo stato attuale del sistema sanzionatorio è, infatti, ai limiti del collasso, in quanto non consente neanche la *prevedibilità* della tipologia sanzionatoria che verrà in concreto adottata, o meglio, invertendo i termini del problema, l'unica *certezza* a volte è che, a dispetto della minaccia di pene anche molto severe, il reo non dovrà scontare neanche un giorno della sanzione detentiva per cui è stato invece condannato, e di fatto spesso rimarrà del tutto impunito. Infatti, «da una indagine dell'E.U.R.E.S. (Ricerche Economiche e Sociali) è emerso che dal 1995 al 2005 (prima quindi del provvedimento di indulto dell'agosto 2006) sono stati inflitti, e non scontati, oltre 850.000 anni di

livello edittale, con quelle effettivamente eseguite, non sarà difficile capire in quale stato di inefficienza si trovi il sistema sanzionatorio italiano caratterizzato «dall'alternativa secca tra pena carceraria e impunità»!¹⁵

Per reagire a questa disintegrazione e ineffettività del sistema italiano della risposta sanzionatoria, falliti i numerosi tentativi di riformare l'ordinamento penale, negli ultimi anni si è perciò assistito ad una inversione di rotta legislativa in senso repressivo, rispetto alle riforme che hanno caratterizzato gli anni '70 ed '80, con il dichiarato scopo di ridurre gli ambiti di discrezionalità del giudice, ben al di sotto però dei suoi limiti fisiologici, riconducibili a criteri normativi più certi ed univoci, scaricando sull'istituzione giudiziaria le tensioni irrisolte derivanti da scelte legislative inadeguate.

La cartina di tornasole di questa svolta repressiva, e della continua tensione ancora irrisolta a livello legislativo tra esigenze di certezza e di flessibilità nella commisurazione della pena, a nostro avviso è rappresentata proprio dalle riforme che hanno coinvolto la recidiva, dalla nascita dell'attuale codice penale sino ai nostri giorni (in particolare la riforma del 1974 e quella del 2005). Intorno a tale controverso, quanto tradizionale, istituto si intrecciano infatti

detenzione. Il rapporto tra anni scontati e anni di reclusione comminati da sentenze passate in giudicato dimostra che l'indice di certezza della pena, vale a dire gli anni effettivamente trascorsi in carcere rispetto a quelli inflitti, ha toccato nel 2001 la punta più bassa (38,4%) e nel 1995 la punta più alta (44,9%)», come si legge nella Relazione alla bozza di Legge delega redatta dalla Commissione di studio, presieduta dall'on. Giuliano Pisapia, istituita il 30 luglio 2006, con Decreto del Ministro della Giustizia, sen. Clemente Mastella, in http://www.giustizia.it/commissioni_studio/relazioni/xvleg/comm_pisapia_relazione.htm. Se si considera inoltre che più della metà dei detenuti sono in attesa di una sentenza definitiva, e la proporzione aumenta sensibilmente se si considerano i soli detenuti stranieri, che comunque costituiscono il 38% dei detenuti, con un trend che spinge verso il pareggio, appare ancora più allarmante lo stato di inefficienza dell'attuale sistema sanzionatorio, anacronisticamente ancora ancorato alla centralità della pena detentiva, il cui fondamento e scopo in realtà risulta ormai quasi completamente travisato, essendo utilizzata prevalentemente in fase cautelare. Per questi ultimi dati cfr. *ilsole24ore* del 28 Aprile 2008, n. 117, p. 5. Cfr., inoltre, di recente, A.a. V.v. *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, a cura di Pisa P., Giappichelli, 2008.

¹⁵ In un quadro d'insieme sullo stato della pena in Italia, Dolcini rileva, infatti, come ci sia stato «un commiato dal codice Rocco, che si è realizzato, in parte, attraverso una *mitigazione delle pene*, in parte (...) attraverso l'offerta dell'*impunità*, rivolta, con la mediazione del giudice, anche agli autori di reati non lievi. Per lo più il legislatore ha raggiunto questo risultato senza modificare né le norme incriminatrici, né le comminatorie di pena. Nella norma incriminatrice, infatti, in nome di esigenze di prevenzione generale, il legislatore ha tenuto ferma, di regola, la minaccia della pena detentiva. Nel contempo, ha cercato meccanismi per effetto dei quali quella pena si riduce, o si trasforma in qualcos'altro – spesso, nel nulla -, in sede di commisurazione o in un momento successivo» (i corsivi sono dell'A.), in *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland. Atti del Convegno in onore di David Garland*, a cura di Ceretti A., Giuffrè, 2005, p. 153.

alcune delle problematiche più spinose della commisurazione sia legale che giudiziale della pena: sia per il suo anfibio fondamento, sia per la sua dibattuta veste di circostanza in senso tecnico, sia soprattutto per i suoi molteplici effetti commisurativi di modificazione ultraeditale della pena (v. artt. 62-bis, 69 c.p., come riformati dalla l. ex Cirielli del 2005)¹⁶.

Il legislatore italiano nel 2005, conscio della notevole incongruenza tra la risposta sanzionatoria offerta in astratto dalle leggi penali, e quella in concreto eseguita, ha cercato di colmare il *deficit* di effettività del sistema puntando l'attenzione però solo nei riguardi della criminalità recidivante, introducendo inediti effetti penitenziari per i recidivi, che hanno creato una sorta di «doppio binario»¹⁷, nel quale la “condizione” di recidivo (o meglio, dovrebbe intendersi la sua dichiarazione) rende inapplicabili alcuni benefici penitenziari, impedendo per i delinquenti recidivi reiterati anche l'automatica sospensione dell'esecuzione ex art. 656 c.p.p.¹⁸.

Ma il nuovo “*doppio binario*” così introdotto, sintomo di una crisi profonda di ineffettività della sanzione penale¹⁹, non risolve certo lo stato di dissolvimento in cui versa il sistema sanzionatorio nel suo complesso, anzi, forse contribuisce ad accentuarlo nei termini in cui introduce una odiosa disparità di trattamento, il cui fondamento scientifico e dunque la cui

¹⁶ Il codice attuale, frutto di una serie di innesti novellistici sovrapposti, ha optato per una soluzione di compromesso, mantenendo il carattere *discrezionale* all'istituto della circostanza della recidiva nella maggior parte delle ipotesi in cui questa oggi si configura, che finora l'ha salvata da una pronuncia di illegittimità costituzionale. La sua “facoltatività” (o meglio *discrezionalità*), infatti, nel nuovo formato dell'istituto è una scelta obbligata, come ha sottolineato la stessa Corte Costituzionale nella sent. 192 del 2007, in Cass. pen., 2007, p. 4037 ss., poi ribadita più volte in altre pronunce ed ordinanze, dovuta al carattere *generico e perpetuo* che la recidiva continua ad avere nel nostro ordinamento.

¹⁷ Cfr. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2007, p. 413.

¹⁸ La novella del D.lgs 251 del 2005, infatti, nel suo intento repressivo diretto soprattutto alla specifica cerchia dei delinquenti gravemente recidivi, per evitare che l'inasprimento sanzionatorio previsto in sede astratta non portasse, di fatto, a nessun risultato concreto in termini di effettività della pena, non poteva non agire anche sulla fase esecutiva della sanzione, già notevolmente aggravata tuttavia a livello editale.

¹⁹ L'“ineffettività del sistema punitivo” è stata individuata come uno dei tre “mali della giustizia” italiana, insieme alla “durata irragionevole dei processi”, e all' “illegalità e disumanità del sistema carcerario”, da PADOVANI T., *Promemoria sulla questione giustizia*, in Cass. pen., 2007, p. 4023 ss., che tuttavia avverte che «l'intreccio dei singoli “fattori di crisi” è simile al groviglio di una foresta tropicale; le sinergie che si sprigionano dalla loro interazione sono tali da rendere l'opera stessa di decifrazione analitica sterile e, in qualche misura, persino fuorviante. Distinguere, isolare, selezionare alimenta l'illusione che siano possibili e praticabili soluzioni settoriali, rimedi urgenti, interventi parziali; mentre, alla fine, si tratta di toppe che finiscono presto con l'indebolire ulteriormente la trama». Nonostante questo avvertimento, ci sentiamo comunque di voler accogliere l'invito dello stesso A. ad «interrogarsi sulle cause, riflettere sulle conseguenze, elaborare rimedi: continuare a coltivare la virtù, sempre più ardua, sempre più penosa, della speranza nutrita di ragione».

necessità in termini di efficacia politico criminale è ancora tutta da dimostrare. Infatti, questo nuovo *trend* legislativo, a dire il vero non solo italiano²⁰, – confermato dalla recente approvazione del c.d. pacchetto sicurezza d.l. 92 del 2008, conv. nella l. 125/2008²¹ — sembra essere motivato più da esigenze politiche di acquisizione del consenso sociale, che da reali meditati approfondimenti sulla materia²².

Ci si chiede dunque come si possa agire per restituire effettività al sistema penale, senza limitare la necessaria flessibilità della risposta sanzionatoria, soprattutto se ci si ostina a fare quasi esclusivo ricorso alla sanzione detentiva, e allo strumento dell'aggravamento attraverso l'incremento degli aumenti di pena per circostanze già esistenti, come la recidiva, o neointrodotte, come la discussa aggravante della "clandestinità"²³.

²⁰ La recidiva sembrerebbe divenuta, infatti, il principale strumento di contrasto alla criminalità per i legislatori europei (come si esplicherà *ex professo* nel capitolo secondo).

²¹ L'art. 2 del decreto interviene altresì in maniera radicale sul c.d. "patteggiamento in appello". Infatti, la norma menzionata dispone l'abrogazione dei commi 4 e 5 dell'art. 599 cod. proc. pen. e del comma 2 dell'art. 602 c.p.p. che determinavano lo statuto dell'istituto. Non è, dunque, più prevista la possibilità per il pubblico ministero e per l'imputato di richiedere, dichiarando di concordare sull'accoglimento, in tutto o in parte, dei motivi di appello, con rinuncia agli altri eventuali motivi, una nuova concordata determinazione della pena. Si tratta di una scelta ispirata alla conclamata esigenza di effettività della pena e in linea con la tendenza a rendere comunque più severi i trattamenti sanzionatori. L'intervento – pure contenuto nell'art. 2 del decreto - in materia di sospensione dell'esecuzione delle pene detentive comporta l'arricchimento del catalogo delle esclusioni dal beneficio già previste dall'art. 656, comma 9 lett. a), cod. proc. pen. con l'inserimento dei reati di incendio boschivo (art. 423 *bis* cod. pen.), prostituzione minorile (art. 600 *bis* cod. pen.), furto in abitazione e furto con strappo (art. 624 *bis* cod. pen.) e rapina (art. 628 cod. pen.).

²² Queste considerazioni sono principalmente basate sugli studi di GARLAND D., *Pena e società moderna*, trad. it., *Il Saggiatore*, 1999; ID., *La cultura del controllo*, trad. it., *Il Saggiatore*, 2004; che nel descrivere come è cambiato il campo del controllo del crimine e della giustizia penale nella tardo-modernità (come l'A. definisce l'epoca della seconda metà del Ventesimo secolo) e le tendenze delle legislazioni penali occidentali, a tale proposito, afferma, come la «svolta verso politiche punitive di stampo populista ha implicato la sostituzione degli specialisti in campo sociale e un atteggiamento diretto di nuovo alle "cose che contano". Il "senso comune" e l'"opinione pubblica" hanno esautorato la ricerca criminologica dal suo ruolo centrale di strumento volto a informare la politica criminale. I politici e i legislatori hanno iniziato a occuparsi sempre più direttamente dell'amministrazione della giustizia penale, cercando di gestire in modo capillare gli esiti per mezzo di condanne a pene determinate o a pene minime obbligatorie, e fissando regole tassative riguardanti il rilascio on parole e la liberazione anticipata», in *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland. Atti del Convegno in onore di David Garland*, a cura di Ceretti A., Giuffrè, 2005, p. 19. Con riguardo a tale andamento delle politiche criminali di stampo "populistica", cfr. anche PRITTWITZ C., *Populismo e opportunismo nella politica criminale. Il ruolo della legislazione e quello della magistratura costituzionale nel caso della "custodia di sicurezza"*, in Cocco (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Cedam, 2005, p. 81 ss.

²³ Profetica dunque appare oggi l'affermazione di Dolcini, quando, nella Relazione introduttiva al Convegno organizzato dal Centro Nazionale di Prevenzione e difesa sociale nel 2001, sul tema

Anche se la risposta più immediata sembra essere appunto quella della riduzione della discrezionalità del giudice, a ben vedere questa non sembra la strada più corretta, anche se certamente quella apparentemente più semplice, bensì possono prospettarsi sul piano tecnico-normativo, a nostro modesto avviso, almeno due ulteriori proposte.

Prescindendo da un'analisi degli attuali ben noti criteri finalistici, fattuali e logici, codificati e non, che presiedono (o dovrebbero) alla commisurazione della pena c.d. in senso stretto (art. 133 c.p.), ci si è voluti interrogare sugli attuali *effettivi* equilibri tra determinazione *legale* e determinazione *giudiziale* della pena, la cui stabilità e razionalità, negli ultimi anni sembra essere stata minata da numerosi interventi legislativi, contraddittori ed incoerenti rispetto al sistema sanzionatorio generale e agli scopi cui dovrebbe assolvere la sanzione penale, nelle diverse fasi della sua esistenza: dalla sua previsione astratta, alla sua esecuzione, attraverso la sua individuazione.

L'analisi parte appunto dalla individuazione di quelle che, a nostro parere, costituiscono le *cause tecniche* dell'eccessivo divario tra la pena *legale* e quella *giudiziale*, che debbono essere rintracciate, oltre che in una confusa e altalenante politica criminale legislativa, nella staticità del ruolo di due degli istituti maggiormente influenti sul rapporto tra determinazione legale e giudiziale della pena: le *cornici edittali* e le *circostanze del reato in senso tecnico*.

Una corretta politica delle comminatorie edittali, infatti, si pone, secondo la dottrina più avveduta, come presupposto imprescindibile per un'efficace regolamentazione degli spazi di discrezionalità da lasciare al giudice per la determinazione della risposta punitiva concreta.

Delle cornici edittali razionali, che già contengano un serio indirizzo di politica criminale, aiuteranno di più i giudici nello svolgimento del loro delicato compito, costituendo un serio limite alla loro pur indispensabile discrezionalità commisurativa. Di qui la necessità di mettere in discussione l'attuale sistema di definizione dei limiti edittali, stravolto da una disciplina delle circostanze del reato in senso tecnico, che, invece di ridurre la discrezionalità

dell'effettività e della certezza della pena, scrisse: «si tratta di fronteggiare, prima che sia troppo tardi, il rischio che la diffusa percezione dell'ineffettività del controllo penale si traduca in rabbiosa e incontenibile domanda di “legge e ordine” (o come si ama dire oggi, di “tolleranza zero”): nella domanda, cioè, di un sistema penale improntato al massimo di severità, sordo ad ogni esigenza di garanzia e di umanità nel trattamento penitenziario, un sistema nel quale la pena detentiva rappresenti non l'ultima *ratio*, ma l'unica *ratio*». Cfr. DOLCINI E., *Il castigo sia moderato, ma certo*, in A.a. V.v., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Giuffrè, 2002, p. 32.

del giudice, in base al loro originario fondamento, l'ha ampliata in modo irrazionale (in particolare a seguito della novella del 1974, che ha riformato l'art. 69 c.p. sul cui ruolo nevralgico nel sistema sanzionatorio ci si soffermerà nel cap. I § 2.2.), costringendo il potere giudiziario ad un ruolo "supplente" di quello legislativo nel più delicato dei suoi compiti: la definizione delle direttive politico criminali del sistema, che, oltre alla individuazione dei beni giuridici da tutelare, si concretizza nella definizione e quantificazione delle sanzioni da comminare.

Ciò che manca nel sistema italiano è una maggiore differenziazione sanzionatoria nella fase penale astratta, laddove si potrebbero già selezionare gli *autori* e le *condotte* cui far corrispondere delle risposte sanzionatorie più adeguate: unico mezzo a disposizione del legislatore per guidare la fisiologica discrezionalità giudiziale.

Se la criminologia, le scienze sociali, le indagini empirico-statistiche servono a conoscere il fenomeno della devianza, il diritto penale dovrà, utilizzando le informazioni ricavate da tali scienze, trovare le soluzioni normative per rispondere il più adeguatamente possibile ai fenomeni della criminalità e della recidiva, ma soprattutto per prevenirli²⁴.

²⁴ Questa, pensiamo, fosse l'idea di "scienza penale integrata" (*gesamte Strafrechtswissenschaft*), caldeggiata da von Liszt nel celebre *Programma di Marburgo*, dove si postulava già - in termini forse pionieristici per l'epoca - la necessità che il diritto penale cercasse la propria base di conoscenza nelle scienze empiriche (antropologia, psicologia, statistica criminale) per misurare la razionalità delle proprie soluzioni, attingendo dai più diversi settori per declinare in chiave dialogica le scelte politico-criminali, senza imporle in modo autoreferenziale o autoritario. Sono queste, d'altronde, le precondizioni per una razionalizzazione dell'intervento penale che valorizzi il contenuto sostanziale della riserva di legge e che, su questo schema, aspiri a prendere sul serio l'istanza di sussidiarietà (e l'idea del diritto penale come *ultima* o *extrema ratio*), ponendo le basi epistemologiche per una pur minima "controllabilità" che gli studi di scienza della legislazione stanno via via sollecitando, e che le "analisi di impatto della regolamentazione" recentemente condotte in sede nazionale come già in sede europea dimostrano quanto meno plausibile. Sulla *dimensione sostanziale* della "riserva di legge" - «rappresentata dal controllo democratico sul contenuto delle decisioni assunte in sede parlamentare, un controllo reso possibile dal fatto che quelle decisioni siano veramente controllabili, che ci siano criteri di controllo, e non semplici "luoghi" o "momenti" di controllo» - si veda DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, 2004, p. 83 s. (ma anche p. 316 ss., p. 321 ss.), ove si ribadisce con forza l'idea-guida secondo la quale «il profilo sostanziale del controllo è garantito a sua volta solo dall'impiego di strumenti di conoscenza circa il *metodo scientifico* (verifica degli scopi dichiarati, sapere empirico, dati statistici, informazioni sull'effettività delle incriminazioni e degli strumenti extrapenalici di prevenzione e tutela, etc.) non semplicemente conosciuto, ma *applicato* nella costruzione delle leggi». Sul percorso verso la controllabilità (e la giustiziabilità) del principio di sussidiarietà, si veda, ancora, DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., spec. 85 ss..

D'altronde, non è forse lo scopo ultimo del diritto penale proprio quello di ridurre i tassi di criminalità e di recidiva, piuttosto che quello di punire?²⁵.

Con l'obiettivo di proporre, perciò, delle soluzioni tecnico-operative a quelle che abbiamo individuato come le possibili principali cause dell'incertezza della pena nell'ordinamento italiano (sproporzione dei limiti edittali e ipertrofia delle circostanze proprie), particolarmente interessante ci è apparsa la ricerca e lo studio delle scelte effettuate da altri ordinamenti penali europei, che, pur essendo della medesima tradizione giuridica²⁶, hanno, in taluni casi — come l'ordinamento francese — adottato delle soluzioni assai divergenti da quella italiana.

A tal fine, la nostra indagine ha preso in particolare considerazione il sistema di determinazione della pena francese, spagnolo e tedesco.

L'ordinamento francese è stato esaminato soprattutto per quanto concerne la determinazione *legale* della pena: nella specie, la scelta assai discussa dell'ordinamento d'oltralpe della previsione dei soli massimi edittali di pena, con la conseguente eliminazione delle circostanze attenuanti, e la recente reintroduzione delle c.d. pene minime obbligatorie (*peines plancher*) a seguito della l. n. 1198 del 2007.

Al contrario, l'ordinamento spagnolo, prevedendo un sistema di limiti edittali e di circostanze piuttosto simile a quello italiano, che comunque limita in maniera più incisiva il potere discrezionale del giudice, è stato preso in considerazione soprattutto per la sua disciplina in materia di *reincidencia*, o meglio di *multirreincidencia*, come circostanza qualificata, che è stata introdotta, sulla falsariga della politica americana dei “*Three strikes*”, ad opera della *Ley Orgánica* 11/2003 del 29 settembre, rubricata come “*medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*”, con la finalità dichiarata di rafforzare la difesa sociale di fronte alla delinquenza professionale e dei recidivi, rispecchiando la stessa *ratio* della l. 251 del 2005 (c.d. ex-Cirielli).

²⁵ MANTOVANI F., *La «perenne crisi» e la «perenne vitalità» della pena e la crisi e la «crisi di solitudine» del diritto penale*, in Studi in onore di Giorgio Marinucci, a cura di Dolcini E. e Paliero E., v. II, Giuffrè, 2006, p. 1171 ss.

²⁶ L'importanza di una indagine comparatistica, in una prospettiva *de iure condendo*, è stata sottolineata da STILE A. M., *Relazione di sintesi*, in *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*; Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze, Cedam, 1995, p. 285 ss.

L'ordinamento tedesco, infine, è stato principalmente preso in considerazione per la sua scelta politico-criminale di abolire l'istituto della recidiva, come fattore di aggravamento della pena per il singolo fatto, relegata a fattore di esclusiva incidenza commisurativa intraeditale, pur conservando, in modo assai discutibile, il valore di presupposto ai fini dell'applicazione della misura di sicurezza della c.d. custodia di sicurezza, che oggi, in base al § 66b StGB, può addirittura essere applicata dal giudice prescindendo dalla commissione del fatto di reato, successivamente all'emanazione della sentenza.

Infine, trattandosi di una ricerca svolta soprattutto in una prospettiva *de iure condendo*, non si è potuto fare a meno di analizzare, nella terza parte di questo lavoro, i numerosi ed interessanti Progetti di riforma del codice penale che si sono susseguiti negli ultimi decenni — fonte privilegiata di approfondimento delle più attuali problematiche della scienza penale — che dimostrano il grande interesse della comunità scientifica penalistica italiana per la riforma del sistema sanzionatorio, pur se finora legislativamente mai attuata.

L'ampiezza dell'oggetto di tale analisi e la controversa natura degli istituti richiamati, avrebbero certamente meritato ben altro approfondimento. Tuttavia, la decisione di non restringere il campo d'indagine è stata dettata proprio dal convincimento che il potere discrezionale, nella determinazione della risposta sanzionatoria, è strettamente collegato, e presuppone, un esame della determinazione *legale* della pena (cornici edittali e circostanze del reato), così come della recidiva, che svolge, a nostro avviso, un ruolo nevralgico nella teoria della pena, e nella sua commisurazione, sia in astratto che in concreto, accentuato ancor più dalla recente novella legislativa del 2005, come, d'altronde ci è sembrato confermato anche dalle nostre indagini comparatistiche.

L'illusione che una severa politica delle pene edittali, accompagnata dalla riduzione degli spazi di discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena, possano costituire le direttrici risolutive dell'ineffettività del sistema sanzionatorio italiano, oltre a configgere con le attuali *teorie "relative"* degli scopi della pena (che si sono tradotte nella c.d. tesi *polifunzionale* della pena da parte della Corte Costituzionale), sarebbe sconfessata anche da indagini empirico criminologiche — ove queste venissero seriamente svolte —²⁷.

²⁷ Cfr. ad esempio quanto riferisce GARLAND D., in *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland. Atti del Convegno in onore di David Garland*, a cura di Ceretti A., Giuffrè, 2005, p. 28, in relazione a queste politiche legislative che l'A. definisce del "diniego": «Nel Regno Unito, gli

Partendo da una concezione *polifunzionale* della pena *in senso forte* — ossia da quella condivisa dalla maggior parte della letteratura scientifica penalistica —, che, nonostante la sua carente organicità e razionalizzazione, si è rivelata quella maggiormente in grado di superare i limiti delle teorie c.d. assolute della funzione della pena, si intende arrivare ad individuare una possibile strategia di rifondazione del sistema sanzionatorio, che cogliendo i preziosi contributi finora elaborati dalla migliore scienza penalistica in materia di commisurazione, cerchi di razionalizzare il sistema di determinazione della pena.

Per tale scopo, dunque, non è apparso possibile prescindere dall'analisi dell'attuale sistema delle cornici edittali, che allo stato attuale sembra trascurare invece totalmente la teoria polifunzionale e sincretistica della pena, non tenendo in alcun conto le altre fasi della sua concreta determinazione.

In conclusione, riprendendo la celebre frase di Beccaria citata all'inizio, la certezza della pena non può significare, a nostro avviso, annullamento della discrezionalità del giudice, ma certezza dell'*an* della sua esecuzione, seppure nella sola *prevedibilità* del *quomodo* e del *quantum*: il diritto giurisprudenziale come diritto prevedibile è la vera sfida della modernità, che un sistema di giustizia efficiente deve saper affrontare. Perché se la certezza del diritto è - come diceva Bobbio - un mito inutile²⁸, ad essa occorre sostituire un obiettivo meno ambizioso, ma più funzionale: la prevedibilità del diritto, appunto, come ragionevole e condivisa aspettativa della sua applicazione (*rectius* dell'applicazione di una pena).

aspetti irrazionali e di “diniego” di questa politica si sono manifestati con evidenza. Mesi dopo che la stessa amministrazione aveva pubblicamente dichiarato che “la detenzione è un modo costoso per rendere ancora peggiori le persone malvage”, un nuovo Ministro degli Interni dichiarava che “il carcere funziona”, che il controllo della popolazione carceraria non sarà più un obiettivo del Governo, e che la neutralizzazione e la deterrenza saranno politiche vincenti. Questa affermazione – motivata più da interessi politici che scientifici – venne sostenuta nonostante le ricerche svolte dal governo dimostrassero proprio il limitato impatto della incarcerazione, i suoi effetti controproducenti, e si suoi alti costi».

²⁸ BOBBIO N., *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. it. fil. dir.*, 1964, p. 146.

CAPITOLO PRIMO

LA DISCREZIONALITÀ GIUDIZIALE TRA CORNICI EDITTALI, CIRCOSTANZE E FUNZIONI DELLA PENA²⁹

SOMMARIO: 0. Il rapporto tra la valutazione della pena *in astratto* e *in concreto* come principale fonte della sua incertezza: le cause e i possibili correttivi. 1. a) L'inadeguatezza delle previsioni edittali di pena e il ruolo supplente del giudice. 1.1. La visione carcero-centrica del sistema sanzionatorio italiano e il problema della c.d. «fuga dalla sanzione». 1.2. L'attuazione di una polifunzionalità della pena *in senso forte*: una caratterizzazione specialpreventiva in senso *positivo* delle cornici edittali. 1.3. *Correttivo*: costruzione di un diverso sistema di pene edittali “*differenziato*” per *reati* e per *autori*. 2. b) La perenne ricerca della proporzione della *misura legale* della pena al disvalore dell'illecito: il ruolo ipertrofico delle circostanze del reato. 2.1. Il controverso ruolo delle circostanze nel sistema commisurativo: analisi funzionale dei diversi tipi di circostanze del reato. 2.1.1. Le circostanze aggravanti ad effetto speciale come indici di modificazione legale della pena. 2.1.2. Le circostanze ad effetto comune come indici particolarmente rilevanti di commisurazione giudiziale della pena. 2.1.3. Le circostanze attenuanti generiche e il criterio prasseologico dell'equità. 2.2. Il giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee e il suo progressivo svuotamento. 2.3. *Correttivo* all'attuale sistema ipertrofico delle circostanze del reato in senso tecnico: eliminazione (o quantomeno riduzione) dei minimi edittali con conseguente abolizione delle circostanze attenuanti e del giudizio di bilanciamento. 2.4. L'esperienza francese.

0. Il rapporto tra la valutazione della pena in astratto e in concreto come principale fonte della sua incertezza: le cause e i possibili correttivi.

La peculiarità dell'esperienza penalistica consiste proprio nella previsione di condotte illecite alle quali la legge stessa ricollega una conseguenza giuridica a contenuto sanzionatorio, che, tuttavia, nella maggioranza dei casi, non sarà certamente quella che in concreto il giudice andrà ad irrogare o a scegliere per punire il singolo individuo che ha commesso quella condotta. Tanti sono i fattori che il legislatore non può prevedere

²⁹ Il titolo di questo primo capitolo, che ha lo scopo di voler inquadrare dal punto di vista teorico-dogmatico quale sia la visione dominante nell'attuale scienza penalistica degli scopi della pena e della correlativa funzione della discrezionalità giudiziale nella determinazione della risposta sanzionatoria, è volutamente ripreso dall'articolo di FIANDACA G., *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di Vassalli, ESI, 2006, p. 131 ss., proprio per sottolineare l'importante connessione tra la determinazione *legale* e la determinazione *giudiziale* della pena con la conseguente necessità di affrontare il tema delle cornici edittali nel trattare lo spazio dedicato nel nostro ordinamento penale al potere giudiziale nella determinazione della risposta sanzionatoria *latu sensu*.

nell'individuazione della sanzione per il singolo caso concreto, ma che il giudice dovrà invece analizzare per individualizzare la risposta punitiva. Si tratta di spazi di discrezionalità che l'ordinamento opportunamente lascia al giudice al fine di consentirgli di determinare l'effettiva risposta punitiva da applicare al colpevole, così da permettergli di calibrare il trattamento al reo per favorirne anche il recupero sociale³⁰.

Sotto questo profilo, dunque, l'esigenza, di stampo illuministico, della "certezza della pena", come bisogno di conoscere quali debbano essere le conseguenze delle condotte criminose, per tutelarsi da ogni possibile abuso giudiziale, non ha ragion d'essere, perchè, al contrario, la discrasia tra la pena minacciata e la pena irrogata è posta a garanzia delle libertà e dei diritti fondamentali dei singoli, che vengono sempre seriamente compromessi dalla sanzione penale, e non costituisce, viceversa, una patologia del sistema: «se la risposta al singolo fatto di reato deve tenere conto della gravità del reato stesso, ed essere determinata in vista di particolari fini (per es., la "rieducazione" del condannato, come indica l'art. 27 Cost.), il criterio della proporzione e l'adeguamento finalistico richiedono ragionevolmente una qualche discrezionalità applicativa, e sarebbero pregiudicati da vincoli rigidi»³¹.

Ma fino a che punto il giudice può distanziarsi dalla sanzione astrattamente prevista dalla legge, senza invadere le prerogative del legislatore, violando il principio *nulla poena sine lege*³² e il principio della soggezione del giudice alla legge di cui all'art. 101 Cost.³³? In altre

³⁰ «La previsione legale di pena è ricollegata in via generale a fatti di un dato tipo, e per quanto dettagliata possa essere la configurazione dei tipi di reato, essa non può tenere conto della indefinita varietà delle circostanze da cui dipende la gravità dei casi concreti», cfr. PULITANÒ D., *Diritto penale*, 2^a ed., Giappichelli, 2007, p. 172.

³¹ PULITANÒ D., *op. cit. loc. cit.* Anche secondo la Corte costituzionale il principio di legalità della pena, già stabilito dall'art. 1 c.p., e costituzionalmente previsto dall'art. 25, comma 2° Cost., «non impone al legislatore di determinare in misura fissa e rigida la pena da irrogare per ciascun tipo di reato; lo strumento più idoneo al conseguimento della finalità della pena e più congruo rispetto al principio di eguaglianza è la predeterminazione della pena medesima da parte del legislatore fra un massimo ed 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: la "individualizzazione" della pena, in modo da tenere conto dell'effettiva entità e delle specifiche esigenze dei singoli casi, si pone, infatti, come naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio di eguaglianza), quanto attinenti direttamente alla materia penale. Di qui il ruolo centrale che, nei sistemi penali moderni, è proprio della discrezionalità giudiziale, nell'ambito e secondo i criteri segnati dalla legge»; cfr. Corte cost., 24 giugno 1992, n. 299, in *Giur. cost.*, 1992, p. 2258.

³² Sul principio di legalità della pena, si rinvia al recente contributo di LARIZZA S., *Il principio di legalità della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 122 ss., e alla bibliografia ivi indicata.

parole, fino a che punto la divergenza, talvolta eccessiva, tra la pena edittale e quella realmente irrogata può considerarsi il frutto di un “arbitrio” del giudice, o comunque un vuoto normativo da colmare ad opera del legislatore negli spazi attribuiti al potere giudiziario, o al contrario, deve ritenersi funzionale alla piena realizzazione degli scopi della pena?

Nel nostro ordinamento, come in quello di molti altri Paesi Europei, esiste solo un’ipotesi di pena detentiva *fissa*, l’ergastolo³⁴; mentre nella legislazione speciale esistono casi, anche

³³ Per un interessante dibattito sull’attualità del principio della soggezione del giudice alla legge, cfr. HASSEMER W., *Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria*, in *Criminalia*, 2007, p. 73 ss.; HIRSCH G., *Verso uno stato dei giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell’attuale momento storico*, ivi, p. 107 ss.; RÜTHERS B., *Vincolo della legge o libera scelta del metodo? Ipotesi per una discussione*, ivi, p. 121 ss.

³⁴ La previsione della pena dell’ergastolo nel nostro ordinamento è stata oggetto di una lunga e complessa evoluzione nella giurisprudenza costituzionale, visto che già all’indomani dell’entrata in vigore della Carta Costituzionale, ha subito suscitato dubbi circa la sua compatibilità con i mutati valori dell’ordinamento e con i principi previsti dall’art. 27, commi 1 e 3 Cost. Nonostante la legge vigente (v. legge n. 1634 del 1962) contemplasse già la *possibilità* di ammettere gli ergastolani al beneficio della liberazione condizionale; e nonostante una di poco precedente sentenza della Corte medesima (v. Corte cost. n. 204 del 1974) avesse, di fatto, per il tramite della richiesta di *giurisdizionalizzazione* dell’istituto *de quo*, trasformato detta ultima *possibilità* in un vero e proprio *diritto soggettivo* del condannato alla pena perpetua, nel 1974 la Corte Cost., sent. 22 novembre 1974, n. 264, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, con nota di PAVARINI M., ha ritenuto l’ergastolo costituzionalmente legittimo sulla scorta di una lettura *polifunzionale* della pena in senso debole, poichè finalizzata a segnalare che la rieducazione non rilevasse in alcun modo nella fase edittale della pena medesima, di tal che la scelta se continuare (o meno) a offrire ingresso nel nostro sistema sanzionatorio a una prevenzione generale *massima*, quale è quella incarnata da una pena di natura *perpetua*, si sarebbe dovuta ritenere unicamente di competenza legislativa. In altre parole, l’ergastolo usciva indenne dal controllo di costituzionalità perché la rieducazione non svolgeva alcun ruolo nella fase edittale della pena, secondo gli stilemi propri di quella concezione polifunzionale *flou* della prima fase della giurisprudenza della Consulta. Il mutamento della concezione delle funzioni della pena da parte della Corte Costituzionale, è evidenziato proprio con riferimento alla pena massima, dalla sentenza costituzionale n. 161 del 1997, a mezzo della quale la Corte ridisegna il volto costituzionalmente compatibile dell’ergastolo, *orientando* quest’ultimo – *già sul versante edittale* – alla rieducazione. In effetti, sancendo l’illegittimità costituzionale del meccanismo legale di *preclusione automatica* al beneficio della liberazione condizionale per l’ergastolano, la Consulta finisce per *svincolare in via definitiva* l’ergastolo dalla nota della *perpetuità*. In altri termini, secondo la Corte costituzionale, l’ergastolo potrà continuare a figurare nel sistema sanzionatorio *solo se ed in quanto*, in ossequio, per l’appunto, al principio costituzionale della rieducazione, sul terreno della normazione complessivamente vigente, detenga una durata comunque limitata nel tempo. Il predetto intervento della Corte costituzionale riguarda, dunque, il *momento esecutivo* della pena perpetua, ma si riflette immancabilmente sul *momento legislativo edittale* di essa, dal momento che l’ergastolo continuerà a far parte dell’arsenale sanzionatorio vigente, ma come *pena* (necessariamente) *orientata alla rieducazione*, anche se, a dire il vero, alla luce di quest’ultima giurisprudenza la sorte normativa dell’ergastolo dovrebbe dirsi ormai segnata. Non deve dimenticarsi, inoltre, come, qualche anno prima rispetto alla pronuncia da ultimo citata, la Corte costituzionale si fosse già spinta sino al punto di dichiarare l’assoluta e insanabile incompatibilità costituzionale dell’ergastolo con il finalismo

abbastanza frequenti, di pene pecuniarie *fisse*³⁵ o anche *proporzionali*³⁶. Ovviamente, in tali ipotesi il giudice non esercita alcun tipo di discrezionalità, a meno che non si avvalga della

rieducativo. Si allude alla sentenza n. 168 del 1994, con la quale la Corte censurava la normativa sanzionatoria vigente nella parte in cui non prevedeva l'esclusione del *minore imputabile* dalla *previsione edittale* dell'ergastolo. In proposito deve tuttavia notarsi come la predetta pronuncia di incostituzionalità parziale degli artt. 17 e 22 c.p. abbia riguardato soltanto i minorenni e, infatti, l'illegittimità costituzionale *de qua* è conseguita alla ritenuta violazione, non già del solo art. 27, co. 3, bensì anche dell'art. 31, co. 2 Cost. Sempre sulla compatibilità dell'ergastolo con il principio rieducativo della pena, cfr. SARTARELLI S., *La Corte costituzionale tra valorizzazione della finalità rieducativa della pena nella disciplina della liberazione condizionale e mantenimento dell'ergastolo: una contradictio in termini ancora irrisolta (in particolare, riflessioni sulla sentenza 161/97)*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 684 ss.

³⁵ La problematica della legittimità costituzionale delle pene fisse è stata esaminata per la prima volta dalla Corte Costituzionale con la sent. 15 maggio 1963, n. 67, in *Giur. cost.*, 1963, p. 575 s., con nota di ESPOSITO C., *Le pene fisse e i principi costituzionali di eguaglianza, personalità e rieducatività della pena*, che ha rappresentato un punto di riferimento per le pronunce successive. Con tale decisione 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, e di procedere ad una graduazione delle sanzioni attraverso l'applicazione di talune circostanze, e in particolare di quelle generiche ex art. 62 *bis* c.p., allorchè egli ritenga di dover diminuire la pena. Sulla stessa linea si colloca la sentenza della Corte Cost. n. 167 del 1971, con la quale la Corte dopo avere 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». Chiamata a pronunciarsi di nuovo su una pena fissa, la Corte, dopo circa dieci anni, ha abbandonato il tono rigido dei precedenti assunti e, nella storica sentenza n. 50 del 1980, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, con nota di PALIERO C. E., *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, p. 726 ss., pur salvando la norma impugnata, ha sposato la tesi che assumeva come costituzionalmente imposta una commisurazione "individualizzata" della sanzione punitiva, sul presupposto che l'adeguamento di questa ai casi concreti contribuisce a rendere quanto più possibile "personale" la responsabilità penale, nella prospettiva segnata dall'art. 27, comma 1 Cost. e, nello stesso tempo, è strumento per una determinazione della pena quanto più possibile "finalizzata", nella prospettiva dell'art. 27, comma 3 Cost. I Giudici hanno pertanto 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

facoltà di aumentare la pena pecuniaria fino al triplo o di diminuirla sino ad un terzo, in applicazione del disposto dell'articolo 133 *bis* c.p..

Non sono, invece, rare le norme che prevedono per le singole fattispecie *pene alternative* (reclusione o multa, arresto o ammenda). In tali casi, la latitudine del potere discrezionale spettante al giudice è assai ampia perché attiene, prima, alla individuazione della qualità della pena e, poi, alla commisurazione quantitativa della stessa.

Le ipotesi più numerose presenti nel nostro codice, o nelle leggi speciali, sono tuttavia quelle in cui per le singole fattispecie di reato si prevedono pene detentive e pecuniarie congiunte, ovvero pene della medesima specie, la cui entità varia tra un minimo ed un massimo edittale. In tali casi il potere discrezionale del giudice nell'applicazione in concreto delle pene si esaurisce tutto nella *determinazione quantitativa* della sanzione.

Nel rispetto del principio di legalità della pena, per guidare il giudice sia nella scelta del tipo di sanzione da applicare, nel caso di comminatorie alternative, – circoscritte, nel codice vigente, come si è visto, al solo binomio pena detentiva-pena pecuniaria —, sia nella

all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato». Nella fattispecie 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 colpa, essere posto in essere da soggetti con precedenti e capacità a delinquere diversissime. Sul problema della pena fissa in dottrina cfr. BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, cit., p. p. 365 ss.; ID., *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa*, in *Sul problema della rieducazione del condannato*, Atti del II Convegno di diritto penale, Bressanone, 1963, Cedam, 1964, p. 193 ss. (ora anche in *Scritti di diritto penale*, cit., p. 275 ss.); DOLCINI E., *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 345 ss.; TURNATURI G., *Aspetti problematici della costituzionalità delle pene pecuniarie fisse e proporzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 1412 ss.

³⁶ Per le *pene proporzionali* non è previsto un limite massimo (art. 27 c.p.). Queste sono tuttora previste in materia di contrabbando dal D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43, in proporzione all'imposta evasa; e per numerose contravvenzioni nel diritto penale del lavoro, commisurate a un dato ammontare per ogni lavoratore occupato e /o per ogni giornata di occupazione (v. ad esempio art. 18 d.lgs 276 del 2003). Tale tecnica sanzionatoria dà luogo a un modello rigido di determinazione della pena in concreto, che può condurre a livelli esorbitanti. Tuttavia, la Consulta, nell'ordinanza n. 475 del 2002, ha evidenziato che i limiti costituzionali alla previsione di risposte punitive rigide di cui alla sentenza n. 50 del 1980, cit., 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 10 Kg 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, a parere della Corte, 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.

quantificazione della sanzione della medesima specie, il legislatore, insieme all'obbligo di motivazione imposto dall'art. 132 c.p., ha perciò posto una serie di *criteri legali*, previsti dall'art. 133 c.p., e da tutta la disciplina delle circostanze comuni e speciali, che tuttavia nella prassi sembrano non avere realmente adempiuto al loro scopo originario, non garantendo alcuna certezza nella risposta sanzionatoria, quasi completamente lasciata allo *ius dicere*, tanto che ormai comunemente si parla di “disintegrazione”³⁷, “collasso”³⁸ ovvero “diaspora del sistema commisurativo”³⁹.

Molti interpreti individuano nella cattiva prassi giudiziaria dei giudici italiani in materia di commisurazione della pena in concreto la principale causa di questa situazione, essendosi tradotta in una discrezionalità praticamente “incontrollata”, in quanto la Corte di Cassazione ha «quasi sempre salvato le scelte effettuate nei primi gradi di giudizio, salvo che in ipotesi eccezionali in cui la motivazione adottata contrastava con elementi obiettivi acquisiti agli atti del procedimento»⁴⁰. E dall'esame delle sentenze dei giudici di legittimità, in effetti, si può ricavare che solo alcune di esse affermano il principio secondo cui sussiste per i giudici del merito l'obbligo di indicare le ragioni che li hanno indotti ad applicare in concreto una certa pena, essendo tale motivazione necessaria al fine di controllare che il retto uso del potere discrezionale non degeneri in arbitrio⁴¹.

³⁷ PADOVANI T., La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, p. 419 ss.

³⁸ MARINUCCI G., Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 160 ss.

³⁹ MONACO L.- PALIERO E., Variazioni in tema di «crisi della sanzione»: la diaspora del sistema commisurativo, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 442 ss.

⁴⁰ Così, cfr. SIRENA P. A., Contenuti e linee evolutive della giurisprudenza in materia di sanzioni, in *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, a cura di Vassalli G., Giuffrè, 1982, p. 415; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2007, p. 743.

⁴¹ Tra la giurisprudenza che si è espressa in questo senso, si veda: Cass. pen., sez. II, 2 febbraio 1978, Di Palma; nello stesso senso cfr.: Cass. pen., sez. I, 13 ottobre 1964, Tobelli, in *Giust. pen.*, 1965, II, 2, 284; Cass. pen. sez. V, 17 gennaio 1969, Marrone, *ivi*, 1969, II, 1106; Cass. pen., sez. II, 10 ottobre 1969, Malkovich, *ivi*, 1970, II, 710; Cass. pen., 14 aprile 1986, Giberti, *ivi*, 1987, p. 502; Cass. pen., 21 agosto 1990, Minic Bozidar, in *Riv. pen.*, 1991, p. 666; Cass. pen., 18 maggio 1990, Sterlino, *ivi*, 1991, 666; Sez. II, 28 maggio 1992, Pavlovic e altro, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2841; e in *Riv. pen.*, 1993, p. 294 con nota di ALIBRANDI L., *Sulla commisurazione e motivazione della pena*; di recente, si veda Sez. II, 22 febbraio 2006, n. 8634, *CED Cass. pen.*, 2006, n. 234744, che riconosce la non contraddittorietà fra il riconoscimento delle attenuanti generiche e la scelta, nel caso di reato punito con pena alternativa, dell'irrogazione di quella detentiva anziché di quella pecuniaria, richiedendo però che il giudice fornisca un'adeguata motivazione in ordine alle ragioni di siffatta scelta. Particolarmente rilevante la pronuncia delle Sez. Un. pen., 21 aprile 1995, n. 7930, Zouine, in *Riv. pen.*, 1995, p. 1172; in *Giust.*

Accanto a questo tipo di provvedimenti, infatti, è agevole constatare che ve ne sono numerosi altri nei quali la Suprema Corte di legittimità, in merito all'obbligo della motivazione da parte del giudice ex art. 132, comma 1 c.p., afferma⁴²: a) che non è obbligatoria una disamina specifica di tutti gli elementi indicati nell'art. 133 c.p., ma solo di quelli che il giudice ritiene di maggior rilevanza⁴³; b) che il giudice adempie all'obbligo della motivazione in ordine alla misura della pena pur se si limita ad indicare anche uno solo degli

pen., 1996, II, p. 81; e in *Giur. it.*, 1996, II, p. 214, ove dichiara nulla la motivazione « “in parte qua”, perché non consente il controllo sul buon uso fatto dal giudice del suo potere discrezionale, la sentenza con cui il giudice di merito, nel pronunciare condanna per più reati, determini la pena complessiva senza alcuna indicazione della pena stabilita per ciascun reato, di quello ritenuto più grave e dell'aumento per la continuazione».

⁴² L'elenco che seguirà sui più comuni orientamenti della giurisprudenza di legittimità in ordine alle modalità di espletamento dell'obbligo di motivazione gravante sui giudici nella commisurazione della pena, è ripreso da SIRENA P. A., *Contenuti e linee evolutive della giurisprudenza in materia di sanzioni*, op. cit., p. 392 s., aggiornato con sentenze più recenti, che dimostrano come nel corso di oltre venticinque anni la prassi giurisprudenziale e l'orientamento della Suprema Corte non sia affatto mutato, salvo casi eccezionali. In dottrina, sull'obbligo di motivazione che grava sui giudici in merito alla determinazione della sanzione, si vedano: SIRACUSANO D., *In tema di discrezionalità nell'applicazione della pena. Appunti sulla motivazione nell'applicazione della pena*, in *Foro pen.*, 1957, p. 446; BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 5 ss.; DOLCINI E., *La commisurazione della pena*, cit., p. 59 ss.; AMODIO E., voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, 1977, p. 181; ALIBRANDI L., *Sulla commisurazione e motivazione della pena*, cit.

⁴³ «Il giudice, nell'esercizio del potere discrezionale di cui all'articolo 132 c.p., pur non essendo tenuto ad una disamina specifica di tutti gli elementi indicati nell'articolo 133 c.p., deve tuttavia fare menzione di quelli che, per la loro rilevanza, ha tenuto presenti nello stabilire la misura della pena»; Cass. pen., sez. V, 10 novembre 1977, Stanco; nello stesso senso cfr.: Cass. pen., sez. I, 17 gennaio 1958, Crema, in *Giust. pen.*, 1958, II, 951, n. 771; Cass. pen., sez. III, 1 giugno 1959, Ballarin, in *Riv. pen.* 1960, II, 454; Cass. pen., sez. III, 24 ottobre 1961, Zambelli, *ivi*, 1962, II, 498, n. 470; Cass. pen., sez. IV, 13 novembre 1961, Lucchina, in *Cass. pen. Mass. Ann.*, 1962, 537; Cass. pen., sez. I, 10 aprile 1961, Pappacoda, *ivi*, 1961, 647, n. 1378; Cass. pen., sez. II, 30 giugno 1962, Branchini, *ivi*, 1962, 1089, n. 2028; Cass. pen., sez. I, 17 gennaio 1958, Crema, in *Giust. pen.* 1958, II, 951, n. 771; Cass. pen., sez. V, 16 gennaio 1969, Aquino, in *Giust. pen.*, 1969, II, 1106; Cass. pen., sez. II, 22 ottobre 1969, Minauto, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1970, 1501; Cass. pen., sez. I, 16 dicembre 1969, Cinquepalmi, in *Giust. pen.*, 1971, II, 172; Cass. pen., sez. III, 3 maggio 1971, Ferrara, in *Giust. pen.*, 1972, II, 802; Cass. pen., sez. I, 10 dicembre 1971, Calì, in *Cass. Pen. Mass. ann.*, 1973, 263; Cass. pen., sez. I, 12 dicembre 1972, Bottaz, in *Riv. pen.*, 1973, II, 310; Cass. pen., sez. V, 20 febbraio 1978, Pasculli; Cass. pen., sez. I, 10 aprile 1978, Recchia; Cass. pen., sez. I, 14 gennaio 1978, Schiavone; Cass. pen., sez. V, 7 dicembre 1978, Orlandini; Cass. pen., sez. I, 2 marzo 1979, Coppola; Cass. pen., 16 aprile 1993, Croci, RV 194056; Cass. pen., 7 marzo 1990, Castiglioni, in *Riv. pen.*, 1991, 555; Cass. pen., 5 ottobre 1989, Mancuso, RV 182789, in *Riv. pen.*, 1990, 893; Cass. pen., 27 settembre 1989, Catania, RV 182914, *ivi*, 1990, 893; Cass. pen., 23 febbraio 1988, Segnalini, RV 178636, *ivi*, 1989, 422; Cass. pen., 16 ottobre 1985, Scravaglieri, *ivi*, 1986, 1085; Cass. pen., 1 dicembre 1982, Sartor, RV 158437, *ivi*, 1983, 923; Cass. pen., 27 aprile 1982, Ciulla, RV 157225, *ivi*, 1983, 562; Cass. pen., 9 aprile 1979, Marino, *ivi*, 1980, 389; Cass. pen., 3 ottobre 1978, Ciaglia, *ivi*, 1979, 327.

elementi tra quelli di cui all'articolo 133 c.p., ritenuto prevalente e di dominante rilievo⁴⁴; c) che è sufficiente il mero richiamo a formule di stile⁴⁵, del tipo «pena congrua», «pena adeguata», «pena equa»⁴⁶, poiché fanno comunque riferimento *implicitamente* agli elementi di cui all'articolo 133 c.p., dimostrando che il potere discrezionale non si è trasformato in arbitrio; d) che i giudici di merito non hanno obbligo di motivazione, allorché la pena inflitta non superi il minimo edittale ovvero sia di poco superiore a questo⁴⁷; e) che il giudice non ha

⁴⁴ «Il giudice, nell'esercizio del potere discrezionale di determinazione della pena, deve tenere presenti le circostanze oggettive (gravità del fatto) e soggettive (capacità a delinquere), ma può trarre dalle particolari modalità del fatto argomenti per ritenere la prevalenza, su tutti gli altri elementi, di uno solo che caratterizza l'episodio criminoso (nella specie, la gravità e la reiterazione dei fatti, in relazione a reati contro il patrimonio)»; Cass. pen., sez. II, 16 febbraio 1978, Tondo. Nello stesso senso cfr.: Cass. pen., sez. I, 25 febbraio 1960, Peruzzano, in *Giust. pen.*, 1960, II, 537, n. 621; Cass. pen., sez. I, 23 gennaio 1961, Lo Nardo, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1961, 289, n. 643; Cass. pen., sez. II, 26 giugno 1964, Vettore, in *Giust. pen.*, 1965, III, 55; Cass. pen., sez. III, 3 maggio 1971, Ferrara, in *Giust. pen.*, 1972, II, 802; Cass. pen., sez. I, 5 ottobre 1977, Calafiore; Cass. pen., sez. IV, 23 gennaio 1978, Di Biagio; Cass. pen., sez. V, 28 aprile 1978, Rossi; Cass. pen., sez. I, 26 giugno 1978, Munari; Cass. pen., Sez. un., 21 aprile 1979, Pelosi; Cass. pen., 20 novembre 1985, Baraglia, in *Riv. pen.*, 1986, 1085; Cass. pen., 19 aprile 1983, Mondini, RV 161015, *ivi*, 1984, 547; Cass. pen., 4 aprile 1983, Samaritani, *ivi*, 1984, 188. Ancora la Corte di Cassazione ha affermato che «nel determinare la pena il giudice è tenuto a valutare tutti gli elementi previsti dall'art. 133 c.p., ma ciò non comporta che il relativo apprezzamento debba convergere in un'unica direzione, giacché è possibile che taluno di tali elementi sia ritenuto di valenza tale da sopravanzare quelli di segno opposto pur verificati», con ciò specificamente chiarendo di considerare sufficiente un richiamo all'elemento che ha avuto un ruolo determinante nella decisione», Sez. I, 10 novembre 1998, n. 150, Renda, in *Cass. pen.* 1999, p. 3445.

⁴⁵ Le c.d. «formulette pigre» coniate da BELLAVISTA G., Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena (rist.), in Tommaso Natale, 1975, p. 214.

⁴⁶ Da ultimo, cfr. Cass. pen., sez. VI, 02 luglio 1998, n. 9120, Urrata, in *Cass. pen.*, 2000, p. 627. In quest'ultima sentenza, la S.C. ha affermato: che «deve ritenersi adempiuto l'obbligo di motivazione da parte del giudice di merito in ordine alla misura della riduzione della pena per effetto dell'applicazione di un'attenuante, attraverso l'adozione, in sentenza, di una formula sintetica (quale: "si ritiene congruo")» (Nel caso di specie la riduzione di pena era prossima alla misura massima di un terzo). Persino nel caso in cui il giudice decida di infliggere nella misura massima edittale la pena pecuniaria prevista in alternativa alla pena dell'arresto, così Sez. I, 17 gennaio 1995, n. 3632, Capelluo, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1167. Cfr. anche Sez. I, 11 aprile 1995, n. 6034, La Marca, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1167.

⁴⁷ Generalmente, infatti, l'obbligo di una motivazione specifica viene inteso dalla Suprema Corte di Cassazione in termini tanto più rigorosi quanto più, nel commisurare la pena in concreto, si superi in maniera vistosa il minimo, o addirittura, si infligga una pena superiore alla media tra il minimo e il massimo edittale. Cfr. Sez. IV, 4 luglio 2005, n. 38856, in *Guida al dir.*, 2006, p. 15; Sez. IV, 26 ottobre 2004, Nuciforo, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, p. 345; Sez. VI, 18 novembre 1999, n. 2925, in *CED Cass. pen.*, n. 217333; Sez. V, 25 gennaio 1997, Curcillo, in *Riv. pen.*, 1997, p. 870; Sez. V, 26 novembre 1996, n. 511, in *CED Cass. pen.*, n. 207497. Contrari a questa prassi giurisprudenziale, in tema di adempimento dell'obbligo di motivazione, *ex plurimis*, ROMANO M.-GRASSO G., *Commentario al codice penale*, ed. III, vol. II, Giuffrè, 2005, pp. 326 e 343, che sottolineano come l'orientamento giurisprudenziale che richiede un adempimento rigoroso della motivazione solo nei casi in cui si infligga una *pena superiore alla media tra il minimo e il massimo edittale*, fraintenda la reale

l'obbligo di motivare quando infligge una pena media, rappresentando il "criterio della medialità" la scelta migliore operabile in sede di determinazione della sanzione⁴⁸; f) che la giustificazione nell'esercizio del potere discrezionale conferito al giudice di merito dall'articolo 132 c.p. può desumersi anche per implicito dalla motivazione della sentenza⁴⁹; g) ed infine che l'adeguamento della pena nella sua concretezza costituisce più il risultato di un'intuizione che di un processo logico di natura analitica⁵⁰ o addirittura che «la determinazione della misura delle pene tenuto conto delle circostanze oggettive e soggettive di cui all'articolo 133 c.p. costituisce una facoltà del giudice di merito che vi procede secondo criteri quantificabili, ma inesprimibili, che non obbligano ad una specifica motivazione»⁵¹.

Se dunque è innegabile che la prassi giudiziaria in merito all'obbligo e al contenuto della motivazione sulle determinazioni in materia di pena, o di conseguenze del reato in senso lato, ha contribuito nel tempo alla disgregazione del sistema di commisurazione *legale*, non

funzione di tale dovere imposto al giudice, che non è previsto solamente nell'interesse dell'imputato, come strumento di controllo, ai fini di una eventuale impugnazione, ma è pensato anche come strumento di garanzia della corretta applicazione del diritto, aperta alla verifica sia dell'accusa che dell'opinione pubblica. *Contra* la giurisprudenza prevalente che ritiene correttamente adempiuto l'obbligo di motivazione da parte del giudice anche con un generico richiamo alla gravità del reato o alla personalità del reo, quando la pena venga compresa nel minimo o in prossimità del minimo: così Sez. IV, 25 settembre 2007, n. 44766, G., in *Guida dir.*, 2008, p. 81; Sez. III, 29 maggio 2007, n. 333773, in C.E.D. *Cass.*, n. 207050; Sez. II, 7 ottobre 2003, n. 43596, in C.E.D. *Cass.*, n.227685.

⁴⁸ «Non è necessaria una implicita motivazione quando il giudice di merito si attenga al criterio della medialità (che rappresenta l'optimum dell'equilibrio tra i limiti estremi in cui può spaziare l'esercizio della discrezionalità) sia per la determinazione della pena, sia per quella degli aumenti o delle diminuzioni in rapporto alle circostanze del reato», Sez. II, 16 dicembre 1960, Mangiacapra, in *Rass. studi penit.*, 1962, 64; Cass. pen., sez. I, 25 settembre 1985, Simonelli, RV 171351.

⁴⁹ La massima ricorrente è: «l'uso del potere discrezionale del giudice in ordine alla misura della pena è legittimamente giustificato anche in modo implicito ed indiretto dalla motivazione della sentenza». Cass. pen., sez. IV, 22 gennaio 1963, Sansiveri, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1963, 700, n. 1229; nello stesso senso cfr.: Cass. pen., sez. III, 22 dicembre 1959, Poni, in *Riv. pen.*, 1961, II, 265; Trib. supr. mil., 11 gennaio 1961, Scaramastra, in *Riv. pen.*, 1961, II, p. 571; Cass. pen., sez. III, 2 maggio 1968, Coscianni, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1969, 471; Cass. pen., sez. II, 10 febbraio 1965, Mastellaro, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1965, 1035; Cass. pen., 15 novembre 1989, Kular Gurchara, RV 184375, in *Riv. pen.*, 1991, p. 331; Cass. pen., 10 gennaio 1983, Romano, rv 157656.

⁵⁰ «L'adeguamento della pena nella sua concretezza costituisce più il risultato di un'intuizione, che di un processo logico di natura analitica», Sez. II, 11 ottobre 1968, Fiocco; nello stesso senso cfr.: Cass. pen., sez. VI, 5 maggio 1975, Labella, in *Giust. pen.*, 1976, III, 712; Cass. pen., sez. I, 6 giugno 1966, Riccobono, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1967, 267; Cass. pen., sez. V, 16 febbraio 1968, Collini, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1969, 74; Cass. pen., 28 maggio 1992, Pavlovic, RV 191064, in *Riv. pen.*, 1993, 294; Cass. pen., 5 novembre 1989, Kular Gurchara, RV 184375, *ivi*, 1991, 331; Cass. pen., 18 aprile 1985, Paratore, rv 169465; Cass. pen., 9 ottobre 1984, Povelato, in *Riv. pen.*, 1985, 440; Cass. pen., 11 marzo 1983, Lo Nero, rv 160599; Cass. pen., 19 ottobre 1982, Caputo, RV 158392, in *Riv. pen.*, 1983, p. 917.

⁵¹ Cass. pen., sez. I, 16 ottobre 1964, Auddino, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1965, p. 269.

consentendo un suo effettivo controllo neanche da parte della Suprema Corte, certo questa non è l'unica causa dell'ineffettività della pena, né la principale, ma ne è piuttosto una conseguenza.

La responsabilità della situazione di collasso e di incertezza del sistema sanzionatorio italiano è, a nostro modo di vedere, soprattutto del legislatore, o meglio dei diversi legislatori che si sono susseguiti negli ultimi decenni. È stato, infatti, acutamente osservato che «per dare vita ad un sistema di discrezionalità vincolata non basta, né è a rigore indispensabile che il legislatore individui in forma tassativa il 'substrato di fatto' su cui dovrà appuntarsi la valutazione del giudice: poco importa che la legge determini 'ciò' che il giudice deve prendere in considerazione, se non precisa altresì 'come' (in vista cioè di quali finalità) dovranno essere valutati quei 'dati di fatto')». Spesso un medesimo criterio 'fattuale' può assumere infatti un significato aggravante o attenuante a seconda del criterio 'finalistico' con cui viene correlato. Soltanto una normativa che definisca con chiarezza la funzione dell'istituto discrezionale riesce pertanto ad orientare realmente le scelte del giudice: nel caso di più finalità concorrenti all'interno di uno stesso istituto, si dovrà inoltre delineare una gerarchia tra tali finalità, così da risolvere su un piano generale ed astratto le antinomie degli scopi»⁵².

In realtà, il legislatore del 1930 aveva ommesso di esporre – in materia di commisurazione della pena — i *criteri "finalistici"*, perché lo scopo della sanzione gli era così evidente da fargli sembrare inutile qualunque disposizione chiarificatrice⁵³. Ma la situazione, con il passare dei decenni, è ovviamente profondamente cambiata.

⁵² Cfr. DOLCINI E., voce *Potere discrezionale del giudice (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Giuffrè, 1985, p. 750 ss.

⁵³ Per comprendere quale fosse la funzione attribuita alla pena dal codice del 1930, è sufficiente richiamare la *Relazione al Re sul Codice penale*, nella quale si legge: «delle varie funzioni, che la pena adempie, le principali sono certamente la funzione di prevenzione generale, che si esercita mediante l'intimidazione derivante dalla minaccia e dall'esempio, e la funzione c.d. satisfattoria, che è anch'essa, in un certo senso, di prevenzione generale, perché la soddisfazione che il sentimento pubblico riceve dall'applicazione della pena, evita le vendette e le rappresaglie». Da tale passo si evince che alla retribuzione (definita funzione satisfattoria) veniva attribuito un ruolo non autonomo, bensì strumentale rispetto alla prevenzione generale. La funzione di prevenzione speciale era, invece, affidata alle *misure di sicurezza*: esse, in quanto misure dirette a neutralizzare la pericolosità sociale del reo, avevano lo scopo di evitare che un medesimo soggetto commettesse altri reati in futuro. Così delineato, il sistema del c.d. "doppio binario", consentiva, e in parte ancora consente, la possibilità di applicare ad un medesimo soggetto, che sia al tempo stesso "imputabile" e "socialmente pericoloso", tanto la pena che la misura di sicurezza.

Proprio per tali ragioni, numerosi studiosi sostengono che la materia della discrezionalità giudiziale concernente la commisurazione della pena debba essere interamente rivista dal legislatore, il quale si dovrebbe far carico di riformulare integralmente gli articoli 132 e 133 c.p., offrendo all'interprete – accanto ai criteri 'fattuali', possibilmente tassativi - anche dei criteri 'finalistici' di commisurazione delle pene⁵⁴; pur se qualche altro illustre Autore afferma, al contrario, che ogni eventuale modifica del dettato normativo «sarebbe destinata a rimanere sulla carta»⁵⁵ e che «la pratica del diritto non ne trarrebbe giovamento alcuno» perché il carattere sostanzialmente libero ed intuitivo dell'apprezzamento del giudice non discenderebbe da carenze dell'attuale normativa, ma dalla stessa eterogeneità sussistente tra reato e pena, entità «tra le quali nessuna considerazione di intelletto astratto può istituire una relazione di identità qualitativa»⁵⁶.

La più profonda ragione delle carenti motivazioni in materia di commisurazione della pena e dell'ampia discrezionalità di cui oggi dispongono i giudici è, a nostro avviso,

⁵⁴ DOLCINI E., *op. cit.*, p. 753. Insiste sulla necessità di fissare dei "criteri" normativi che orientino il giudice nella sua discrezionalità commisurativa, CONTENTO G., *Note sulla discrezionalità del giudice penale, con particolare riguardo al giudizio di comparazione fra le circostanze*, in *Il Tommaso Natale, 1978, Scritti in memoria di G. Bellavista*, II, Palermo, 1978, p. 662 s., sostenendo l'inutilità dei criteri previsti dall'art. 133 c.p., come dimostrato dalle prassi motivazionali dei giudici in punto di determinazione della pena, o in tema di attenuanti generiche, ovvero di aumenti o diminuzioni di pena derivanti da circostanze, o di giudizio di comparazione fra circostanze eterogenee: sempre incentrate sugli stessi criteri di cui all'art. 133 c.p., che a ben vedere posso dimostrarsi anche contraddittori, e fuorvianti. Sulla «omnicomprensività», «asettività», «esaustività» e neutralità dei criteri indicati nell'art. 133 c.p., si veda TASCONE M. G., voce *Applicazione della pena*, in *Enc. giur. Treccani*, II, 1988, p. 2; ID., voce *Capacità a delinquere*, in *Enc. giur. Treccani*, V, 1988. Essendosi rilevato infatti come tale norma preveda tutti gli elementi ai quali «è logicamente, razionalmente ed umanamente possibile ricorrere per orientarsi in concreto nell'inflizione della pena» (MASSA M., *Le attenuanti generiche*, Jovene, 1959, p. 70), senza tuttavia contemplare i fini cui tali criteri andranno ricondotti (c.d. "vuoto di fini" dell'art. 133 c.p.), parte della dottrina ha proposto una lettura costituzionalmente orientata della stessa norma: cfr. DOLCINI E., *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 370 ss.; ID., *La commisurazione della pena, La pena detentiva*, Cedam, 1979, p. 48 ss. La dottrina prevalente oggi, pertanto, ritiene che il *principio di colpevolezza*, ormai costituzionalizzato attraverso i commi 1 e 3 dell'art. 27 Cost., costituisca il criterio guida per la determinazione in concreto della misura massima della pena, impedendo che considerazioni di prevenzione generale possano appunto far superare tale limite, al di sotto del quale potranno anche essere tenute in considerazione esigenze di *prevenzione speciale*, ma solo in *senso positivo*, ovvero solo al fine di facilitare il reinserimento sociale del reo. *Contra* PAGLIARO A., *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1981, p. 25 ss.; MILITELLO V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, Giuffrè, 8°, 1982, *passim*;

⁵⁵ PAGLIARO A., *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 1207.

⁵⁶ PAGLIARO A., *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, cit., p. 31 ss.

principalmente un'altra: di fronte alle asprezze sanzionatorie del codice Rocco, e alla sua ormai palese inadeguatezza sotto il profilo delle risposte sanzionatorie offerte⁵⁷, il potere discrezionale giudiziale ha costituito e costituisce tutt'ora il surrogato, sgradevole ma inevitabile, di un organico intervento normativo⁵⁸. Ed è dunque questo il reale motivo che sta alla base della quasi *indiscriminata adozione dei minimi legali* da parte della giurisprudenza di merito, avallata persino – salvo rare eccezioni - dalla Corte di Cassazione, visto che non potrebbe ovviamente in alcun caso essere evidenziata nella motivazione, essendo suscettibile di oscurare tutti i vari criteri 'fattuali' indicati dall'art. 133 c.p.; come è anche alla base della *automatica "concessione" delle attenuanti c.d. generiche*, e del pressoché *costante mancato riconoscimento della recidiva*, sia ante che post legge c.d. "ex Cirielli"⁵⁹.

Perciò, una riforma delle norme che riguardano la commisurazione della pena in senso lato, non potrebbe comunque fare a meno di passare attraverso la riforma della parte speciale del codice, perché «solo nell'ambito di un codice penale, nel quale il contenuto dei precetti ed il dosaggio delle sanzioni minacciate siano il più possibile in armonia con la scala dei giudizi di valore dominanti tra i consociati, non sarà mera utopia, o peggio mistificazione, concepire

⁵⁷ Non si può infatti dimenticare che il Codice penale italiano del 1930, entrato in vigore il 1° luglio 1931, costituisce in Europa, senza alcun dubbio, il codice penale più antico, legato inoltre ad un periodo storico e politico ampiamente superato, e del tutto inadeguato rispetto alla situazione socio-politica attuale. Per rendersi conto dell'assoluta arretratezza del nostro attuale sistema penale (parte generale e parte speciale), è sufficiente prendere in considerazione l'entrata in vigore dei codici penali degli Stati Europei più vicini alla nostra cultura e tradizione giuridica: il codice penale tedesco è entrato in vigore nel 1975; quello portoghese nel 1982; quello francese nel 1994; quello spagnolo nel 1995.

⁵⁸ Cfr. STILE A. M., *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *St. Urb.*, 1976-77, p. 283 ss.; PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, p. 423.

⁵⁹ Per una medesima pregevole diagnosi si legga PADOVANI T., *Promemoria sulla questione giustizia*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4029-4030, secondo il quale la «discrezionalità si è esercitata prevalentemente al ribasso, e per ragioni tutt'altro che spregevoli: il giudice patisce il peso di prognosi per la cui corretta formulazione non possiede né gli strumenti né, in definitiva, gli elementi di riscontro e, quando il terreno su cui è chiamato ad avventurarsi risulta infido (cioè quasi sempre in materia di valutazione della personalità), preferisce, non a torto, ancorarsi alle soglie della legalità. Tanto tenace è questa propensione che persino la recente riforma della recidiva – chiaramente ispirata ad un ristabilimento su larga scala dell'obbligatorietà – sta subendo uno svuotamento ermeneutico in favore di una persistente discrezionalità». Sul regime di *obbligatorietà* o "*facoltatività*" della recidiva, nelle sue diverse forme, a seguito della modifica intervenuta con la legge 251 del 2005, si rinvia al secondo capitolo.

la discrezionalità penale come giuridicamente vincolata: pretendere cioè che il giudice non alteri, bensì prosegua nel caso concreto le valutazioni legislative»⁶⁰.

Sebbene i maggiori studi sul sistema sanzionatorio abbiano già da tempo evidenziato come una riforma realistica dovrebbe basarsi su di una visione ancora più complessiva e sistematica, che insieme alle norme penali sostanziali, tenga conto anche di quelle processuali, ed infine di quelle esecutive e penitenziarie⁶¹; è pur vero che «la stessa rivisitazione dei riti alternativi e delle misure alternative alla detenzione deve muovere [ancor prima] dalla riforma del sistema delle pene, e ad essa adeguarsi, se si vuole davvero dare corpo ad un modello coerente e sostenibile, in grado di durare nel tempo»⁶².

Solo dopo aver stabilito quali tipologie di sanzioni dovrebbero essere previste dal legislatore in via edittale per punire più efficacemente, attraverso pene interdittive o paradetentive, effettivamente scontate, determinati comportamenti criminosi che oggi, pacificamente, non porterebbero mai una certa cerchia di delinquenti primari in carcere (imprenditori responsabili di lesioni o omicidi colposi a seguito di violazioni in materia antinfortunistica, medici imperiti, pubblici ufficiali incompetenti, ecc.), si potrà poi passare ad analizzare quali dovrebbero essere i possibili rimedi a livello processuale, per deflazionare il processo o le misure di esecuzione dell'eventuale violazione delle sanzioni interdittive, o paradetentive, "promosse" a sanzioni principali.

Se infatti la principale causa dell'ineffettività del sistema, che costringe i giudici a prendere il posto del legislatore nelle scelte politico-criminali sanzionatorie, e talvolta persino nella scelta dell'*an* della punizione, risiede nella totale inadeguatezza delle valutazioni legislative in merito alla tipologia e alla quantificazione della pena in *astratto*; allora occorrerà modificare *prima di tutto* le cornici edittali, sia nel senso di renderle maggiormente proporziate all'attuale percezione sociale del disvalore dei reati, che nel senso di prevedere

⁶⁰ DOLCINI E., voce *Potere discrezionale del giudice (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Giuffrè, 1985, p. 768.

⁶¹ Cfr. A.A. V.V., *L'effettività della sanzione penale*, in *L'effettività della sanzione penale*, a cura di Giunta F., Orlandi R., Pittaro P., Presutti A., Kluwer Ipsoa, 1998, passim; A.A. V.V., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*. In ricordo di Adolfo Beria di Argentine, Giuffrè, 2002, passim; e infine A.A. V.V., *Silète poenologi in munere alieno! teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, a cura Pavarini M., Monduzzi, 2006, passim.

⁶² PETRINI D., *Certezza della pena e modelli sanzionatori*, in *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, a cura di Pisa P., Giappichelli, 2008, p. 206.

differenti tipologie di sanzioni, capaci di rimuovere l'inquietante e superata centralità della pena detentiva⁶³.

Per questa ragione, le reali cause di questa endemica incertezza della pena, sembrano da rintracciare nel difficile e irrisolto rapporto tra i due ambiti della valutazione della pena *in astratto* e *in concreto*, ovvero tra *legalità* e *discrezionalità* della risposta punitiva, che si traduce nella definizione di due categorie penalistiche assai problematiche, che oggi richiederebbero, più di altre, una coerente e razionale riforma: le cornici edittali e le circostanze c.d. proprie del reato.

1. a) L'inadeguatezza delle previsioni edittali di pena e il ruolo supplente del giudice.

Le previsioni sanzionatorie edittali del Codice Rocco, per via del loro anacronismo e della loro inadeguatezza rispetto ai mutati scopi della pena, sono state spesso criticate dalla dottrina⁶⁴, e ancora più spesso sottoposte al vaglio della Corte Costituzionale: in taluni casi,

⁶³ Per una lucida analisi delle ragioni dell'ineffettività delle sanzioni, che evidenzia come in realtà la motivazione principale risieda nella eccessiva severità e sproporzione delle sanzioni edittali rispetto al disvalore attuale e reale dell'illecito, cfr. LARIZZA S., *Il principio di legalità della pena*, cit., p. 128-129: «È da ricordare, peraltro, che il nostro codice penale è del 1930 e, pur essendo stato depurato o delle mende più stridenti con il nuovo assetto politico istituzionale ad opera, in taluni casi di legislatore, ma, più spesso, della Corte costituzionale, presenta delle sfasature, delle incongruenze tra parte precettiva e parte sanzionatoria delle fattispecie penali nel senso che la comminatoria (il dosaggio sanzionatorio) non riflette più, data la distanza temporale, il reale disvalore attribuito oggi alla fattispecie. Sicuramente non si tratta di un problema di legalità della pena, di violazione di tale principio, ma, più precisamente, di adeguatezza della risposta sanzionatoria ai reali contenuti offensivi della fattispecie incriminatrice. Questa "sfasatura" ha determinato guasti sul piano della effettività della risposta sanzionatoria, dato che ai livelli "terroristici" delle sanzioni penali il nostro legislatore, inerte sul versante penale o, più propriamente, sul versante della riformulazione delle fattispecie di parte speciale, ha risposto muovendosi sul versante processuale, ma anche penale ed esecutivo determinando una correzione delle cornici edittali che, il più delle volte, non solo hanno consentito drastici ridimensionamenti, ma, addirittura, superamenti della risposta punitiva. È da rilevare, a questo proposito, che a tali esiti si giunge, peraltro, solo in modo eventuale. Difatti i ridimensionamenti della risposta sanzionatoria sono stati affidati alla gestione, tutta discrezionale, del giudice».

⁶⁴ Cfr. ad esempio LOSAPPIO G., *Il minimo edittale della bancarotta fraudolenta: profili di incostituzionalità*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 716 ss. Secondo DONINI M., «oggi nessuno potrebbe seriamente sostenere che le pene minacciate nel codice e nelle leggi complementari siano rispettose di una razionale e ordinata gerarchia dei valori e dei beni protetti (...). In una concezione relativa dell'intervento penale la misura delle pene dipende anche da bisogni di tutela storici", legati all'evoluzione e mutevolezza della stessa gerarchia dei beni protetti». Perciò, prosegue l'A., «oggi lo Stato non può esimersi dal motivare le cornici edittali [le quali] non si spiegano più da sé, mutano in ragione di scopi contingenti [la] differenziazione della penalità [impone] obblighi di motivazione della legge che presentano anche *finalità di garanzia in sede applicativa: nessun giudice* dovrebbe essere

per la loro estrema *rigidità*⁶⁵; in altri, per la loro *eccessiva elasticità*. Il giudice delle leggi, però, pur avendo offerto un notevole contributo all'adattamento del sistema penale al nuovo sentire sociale e ai principi costituzionali, raramente, e a ragione, ha modificato le scelte sanzionatorie edittali, ingerendosi nelle prerogative del legislatore⁶⁶.

Questo atteggiamento di *self restraint* ha perciò portato spesso la Consulta a salvare dalla censura di illegittimità molte scelte sanzionatorie, affermando che vi era comunque la possibilità da parte dei giudici di adeguare queste valutazioni alla funzione di individualizzazione della pena: contribuendo però così, a sua volta, ad ampliare il potere discrezionale giudiziale, come unico rimedio all'inerzia legislativa, e alla censura d'illegittimità, a scapito della complessiva razionalità del sistema punitivo e dello stesso *principio di legalità*.

Se la sanzione penale rappresenta l'espressione del disvalore sociale di un dato comportamento, che costituisce reato⁶⁷, non può esservi dubbio che la scelta della *quantificazione* del "danno" cagionato dall'illecito, cioè la trasformazione del disvalore in sanzione, dovrà essere compiuta dalla stessa "mano" che ha il potere di selezionare i comportamenti che debbano costituire illecito penale⁶⁸: solo il legislatore, come è chiaramente

libero di elaborare (...) *un progetto di politica criminale sanzionatoria indipendente*, perché c'è una dimensione tanto politica in quella scelta, che esige criteri-guida generali e pubblicamente precostituiti, ancorché suscettibili di aggiornamenti periodici» (*corsivi dell'A.*), in *Il volto attuale dell'illecito penale*, *op. cit.*, pp. 272 e 277.

⁶⁵ In particolare sulla problematica della costituzionalità delle *pene fisse* si rinvia alla precedente nota n. 7.

⁶⁶ Cfr. GALLO E., *L'evoluzione del pensiero della Corte Costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giur. Cost.*, 1994, p. 3203, che afferma: «Ai giudici rimettenti si rispondeva che "se il minimo edittale, o lo stesso disvalore della fattispecie, possono in qualche misura non più corrispondere all'attuale stato della coscienza sociale ed allo spirito informatore della Costituzione repubblicana, compete al legislatore avvertirlo"».

⁶⁷ Da ultimo in questo senso PONGILUPPI C., *Le cornici edittali al banco di prova di un sistema sanzionatorio differenziato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 951 ss.; l'A., peraltro, ribadisce che tale affermazione non implica «una presa di posizione implicita sulle funzioni della pena» affermando nettamente che «comunque la si intenda, la pena costituisce una "reazione" alla commissione di un reato". In precedenza, tra gli altri, cfr. EUSEBI L., *La privazione della libertà nel diritto penale e la Costituzione (sull'esigenza di un ripensamento delle strategie preventive)*, in *Quest. giust.*, 2004, 483.

⁶⁸ Il «livello quantitativo della comminatoria edittale (...) fonda e costituisce, da un lato la "gerarchia" materiale dei valori penalmente protetti, e, dall'altro, la "gerarchia" delle forme di tutela di uno stesso interesse, in rapporto alle diverse modalità di aggressione», cfr. PADOVANI T. - STORTONI L., *Diritto penale e fattispecie criminose*, Il Mulino, 2006, p. 117.

stabilito nel principio di legalità delle pene promanante dall'art. 25, comma 2 Cost.⁶⁹, potrà dunque stabilire la *misura della pena in astratto*, purché nei limiti della *proporzionalità* e della *ragionevolezza*, criteri che discendono direttamente dal principio di uguaglianza ex art. 3, co. 1 Cost.

Ma la Corte delle leggi ha sindacato l'uso improprio che il legislatore ha fatto di tale potere discrezionale, censurando la stessa previsione incriminatrice, solo in una ipotesi: quando quest'ultimo ha sostanzialmente derogato ai propri compiti di indicare una cornice edittale *congrua*, e quindi non troppo ampia, all'interno della quale consentire al giudice una scelta non arbitraria⁷⁰. Come correttamente si è notato, però, si trattava di un *caso limite* di una cornice edittale enorme (da un minimo di 2 ad un massimo di 24 anni di reclusione), che dunque la Corte «ha potuto eliminare senza sollevare problemi o aprire lacune»⁷¹.

⁶⁹ In questo senso anche la Corte Cost., con la precisazione per cui il legislatore deve determinare la pena fra un minimo ed un massimo, conferendo al giudice nel caso concreto, entro tali limiti, il potere di individuare la pena precisa da irrogare. La Corte nella sent. n. 15 del 1962 (rel. Fragali) afferma, infatti, che «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 ed 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».

⁷⁰ Una pronuncia riguardante il *quantum* della pena, sotto il particolare profilo dell'eccesso di ampiezza della cornice edittale, è la sent. 299 del 1992 (rel. Spagnoli), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1468, con nota di Grosso C. F., *Illegittimità costituzionale delle pene eccessivamente discrezionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1474 ss., interessante anche perché utilizza come parametro per dichiarare la incostituzionalità della norma impugnata proprio l'art. 25, comma 2, Cost. La Corte doveva giudicare della costituzionalità dell'art. 122 c.p.m.p., che comminava la reclusione da due a ventiquattro anni per una figura particolare di violata consegna. Nel sancire l'incostituzionalità dell'ampiezza di tale cornice, la Corte suddivide i compiti tra legislatore e giudice nella previsione della pena in astratto e in concreto, affermando che «mediante la determinazione legislativa del minimo e del massimo di pena, il compito che viene assegnato al giudice è quello 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 rivestono maggior gravità ed in cui siano ravvisabili indici di maggiore pericolosità personale», per poi sostenere che un margine troppo ampio tra minimo e massimo irrogabile svuoterebbe di fatto le prerogative del legislatore, in quanto «la predeterminazione legislativa della misura della pena diverrebbe soltanto apparente ed il potere conferito al giudice si trasformerebbe da potere discrezionale in potere arbitrario».

⁷¹ Ma è soprattutto particolarmente significativo evidenziare, che «l'esempio di scuola di una pena detentiva da quindici giorni a quindici anni, con la dilatazione enorme della cornice edittale, non è poi tanto di scuola, dopo che, con la novella del 1974, il meccanismo del bilanciamento fra aggravanti ed attenuanti è stato reso applicabile a qualsiasi circostanza: per effetto di ciò, è rimessa alla

Anche se i parametri di costituzionalità normalmente invocati per richiedere il giudizio di costituzionalità sul *quantum* della pena sono, oltre all'art. 3, comma 1, anche gli artt. 25, comma 2, e 27, commi 2 e 3 (anche se non mancano ordinanze di rimessione che si basano solo su questi ultimi), l'analisi delle pronunce della Corte evidenzia come essa basi il proprio scrutinio essenzialmente sul primo, generalmente ritenendo assorbiti gli altri eventuali profili denunciati⁷².

Va però al riguardo ricordato come la Corte abbia collegato il principio di eguaglianza alla pena, affermando che esso «trova dei concreti punti di riferimento, in materia penale, nei presupposti e nei fini espressamente assegnati alla pena nello stesso sistema costituzionale»⁷³; e, ancora prima, quando ha sostenuto che «l'uguaglianza di fronte alle pene viene a significare, in definitiva, “proporzione” della pena rispetto alle “personali” responsabilità e alle esigenze di risposta che ne conseguano, svolgendo una funzione che è essenzialmente di giustizia e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite alla potestà punitiva statale»⁷⁴. È da rilevare inoltre come il giudizio sul *quantum* della pena sia necessariamente “comparativo” (o meglio relativo), in quanto difficilmente può stabilirsi in modo assoluto quale sia la pena “proporzionata” per punire, per esempio, il furto piuttosto che l'omicidio o la truffa; ma si farà sempre riferimento alla maggiore o minore gravità in riferimento ad altri reati, nel contesto dell'intero ordinamento giuridico: anche questo giudizio da farsi non in maniera assoluta, ma sottoposto al mutare della sensibilità sociale e politica del momento⁷⁵.

Questo riferimento alla *proporzione* — nella sentenza citata appena accennato — verrà più ampiamente sviluppato successivamente, quando la Corte negherà «legittimità alle

discrezionalità del giudice, per delitti come le lesioni gravi e gravissime o il furto aggravato, la scelta di pene da un minimo di pochi mesi a un massimo anche al di sopra dei dieci anni. La rottura del modello codicistico, volta a evitare talune rigidità, è stata anche una rottura degli equilibri fra legalità e discrezionalità», così PULITANO D., *Diritto penale*, cit., p. 177.

⁷² Anche se non mancano in dottrina autorevoli voci che affermano che «l'art. 3 non ha niente da dire quanto alla misura delle pene»; cfr. ESPOSITO C., *Le pene fisse ed i principi di eguaglianza, personalità e rieducazione della pena*, in *Giur. cost.*, 1963, p. 662.

⁷³ Sent. n. 299 del 1992 cit.

⁷⁴ Sent. n. 50 del 1980, rel. Dell'Andro, cit.

⁷⁵ Cfr. PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema delle comminatorie edittali*, cit., p. 419 ss., il quale afferma che «la gravità è un concetto relativo, come relativa all'intero sistema è la proporzione tra reato e pena» (p. 427). Con un approccio più filosofico e storico, sottolinea comunque l'impossibilità di “misurare la gravità di un reato singolarmente preso” anche FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, p. 399.

incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni»⁷⁶.

Con riguardo allo scrutinio circa la *ragionevolezza* del *quantum* di pena va rilevata una certa «oculata pacatezza»⁷⁷ da parte della Corte, in nome di quel *self-restraint* che è particolarmente accentuato relativamente al settore penale, e che in tale ambito si traduce nella costante formula che risuona più o meno in questi termini: «appartiene alla discrezionalità del legislatore la determinazione della quantità e qualità della sanzione penale (...): non spetta infatti alla Corte rimodulare le scelte punitive effettuate dal legislatore, né stabilire quantificazioni sanzionatorie»⁷⁸ (sent. n. 341 del 1994, rel. Spagnoli)⁷⁹.

Dopo questa sentenza la Corte in molte occasioni ha verificato «che l'uso della discrezionalità legislativa in materia rispetti il limite della ragionevolezza», non sempre però seguendo percorsi lineari e del tutto convincenti.

Il principio di ragionevolezza⁸⁰, per il profilo che interessa, può essere declinato sotto diversi aspetti. Innanzitutto, il riferimento viene compiuto ad altre norme penali, le quali o parificano ai fini della pena ipotesi di reato che si assume presentino diversa gravità (casi di ingiustificata parificazione sanzionatoria), oppure comminano pene più elevate di altre relative a fatti cui si vorrebbe veder riconosciuta una gravità quanto meno non minore (casi di ingiustificata discriminazione sanzionatoria)⁸¹. In altre occasioni il principio in questione viene

⁷⁶ Sent. 409 del 1989, rel. Dell'Andro.

⁷⁷ CORBETTA S., La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale, in Riv. it. dir. proc. pen., 1997, p. 136.

⁷⁸ In questa occasione la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 341, nella parte in cui prevedeva il limite edittale minimo di sei mesi di reclusione, avendo riguardo di indicare da quali pene verranno punite le stesse condotte col venir meno di questa previsione normativa (quindici giorni), e ribadendo al legislatore che la Corte è arrivata a tanto dopo la «sollecitazione formulata da questa Corte già sette anni or sono».

⁷⁹ Corte cost., 25 luglio 1994, n. 341, in Cass. pen. 1995, p. 25 nota ARIOLLI; e in Giur. it. 1995, I, c. 430.

⁸⁰ Per un'analisi più ampia e approfondita del principio di ragionevolezza nel diritto penale, si veda MANES V., *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2007, p. 739 ss.

⁸¹ Cfr. PIZZORUSSO A., *Le norme sulla misura delle pene ed il controllo di costituzionalità*, in Giur. it., 1971, IV, p. 195; l'A., peraltro, ritiene ingiustificata l'autolimitazione della Corte in questo campo (206).

utilizzato per la “intrinseca irragionevolezza” della norma, avuto riguardo «*al rapporto di proporzionalità necessaria tra gravità del disvalore sociale del fatto ed entità della pena*» (sent. n. 22 del 2007, rel. Silvestri). Sebbene non sia sempre chiaro, dallo sviluppo delle motivazioni della Corte, se sia assunto in modo esclusivo l’uno o l’altro criterio, essendo spesso compresenti entrambe le accezioni, sono comunque di gran lunga prevalenti quelle pronunce che si basano sull’uso della comparazione⁸².

La Corte per un certo periodo non ha mai accolto le censure di incostituzionalità, ma, come è stato efficacemente osservato⁸³, pur negando in queste prime pronunce la fondatezza delle questioni, ne ha comunque affrontato il merito, e ciò ha avuto comunque grande importanza perché ha permesso successivamente alla Corte di censurare talune norme⁸⁴. In tali pronunce, dopo aver fatto delle condivisibili premesse riguardo al principio di eguaglianza e ai limiti che incontra in astratto la Corte nel proprio scrutinio, nel merito della questione, apoditticamente perviene alla conclusione che le ipotesi portate alla sua attenzione (la norma censurata e il *tertium comparationis*) sono diverse, senza spiegare perché e in che cosa.

È all’incirca nella seconda metà degli anni Settanta del secolo scorso che la Corte comincia a riscontrare quella “irragionevolezza” del legislatore che, sola, le permette di accogliere la questione di incostituzionalità per i profili di cui ci stiamo occupando. La prima pronuncia ablatoria di una norma sanzionatoria prevista per un delitto è la sent. n. 26 del 1979, rel. Paladin⁸⁵. Anche in questa pronuncia è presente la formula “di rito” che abbiamo visto innanzi («*le valutazioni sulla congruenza fra i reati e le pene appartengono alla politica legislativa salvo però il sindacato giurisdizionale sugli arbitri del legislatore*»), avvertendo

⁸² Per declaratorie di incostituzionalità che non hanno fatto ricorso al *tertium comparationis*, si veda, tra le altre, sentt. nn. 350 del 2003 e 971 del 1988.

⁸³ PIZZORUSSO A., op. ult. cit., p. 196.

⁸⁴ Tra le prime pronunce che hanno dichiarato la infondatezza riguardo al tema in questione, v. le sentt. nn. 45 del 1967; 109 del 1968; 22 del 1971; 165 del 1972; 142 del 1973, rel. Crisafulli, dove ancora si affermava che “come ha ritenuto la costante giurisprudenza di questa Corte la valutazione in ordine alla congruenza delle pene edittali alle singole fattispecie di reato è di natura essenzialmente politica ed appartiene, come tale, alla discrezionalità del legislatore, non sindacabile in questa sede se non nell’ipotesi di manifesta irragionevolezza. E, nel caso che forma oggetto del presente giudizio, detto limite non risulta oltrepassato», ma che poi sostanzialmente tralascia di spendere qualche riga per spiegare in che termini il legislatore si sia mantenuto al di qua della soglia di irragionevolezza.

⁸⁵ Le due precedenti pronunce di accoglimento, sentt. nn. 218 del 1974 e 176 del 1976, seppur di grande importanza perché censuravano l’irragionevolezza delle scelte del legislatore, avevano riguardato comportamenti di poco allarme sociale, puniti da “semplici” contravvenzioni.

peraltro che tale irragionevolezza si riscontra quando il “dosaggio” sanzionatorio dia origine a «*sperquazioni che assumano una tale gravità da risultare radicalmente ingiustificate*»⁸⁶.

L'impostazione utilizzata in questa sentenza sarà in parte alla base delle successive pronunce, nonostante prevalgano poi sviluppi argomentativi basati soprattutto su un canone di ragionevolezza ancorato in massima parte ad un raffronto logico-formale con il *tertium comparationis* (una pronuncia in cui appare più evidente uno scrutinio “critico” sul bilanciamento dei beni in campo è invece la sent. n. 341 del 1994 cit.). Tale impianto argomentativo è utilizzato anche nelle pronunce in cui è stata dichiarata la questione “non fondata”; oppure “inammissibile”, quasi che la Corte preferisca in questi casi arrestarsi sulla soglia della discrezionalità (e della ragionevolezza) del legislatore, senza scrutarne l'esercizio⁸⁷.

Emblematica a tal proposito la recente sent. n. 22 del 2007 cit., relativa al trattenimento dello straniero sul territorio dello Stato. Tutta la pronuncia è sostanzialmente un “vorrei ma non posso” dei Giudici costituzionali,— come è stato efficacemente sostenuto a commento della pronuncia⁸⁸ — i quali criticano a tratti in modo molto fermo quanto previsto dal legislatore, non esitando a definire il quadro normativo in questione caratterizzato da «*squilibri, sproporzioni e disarmonie*» tanto 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*», ma nonostante ciò non si spingono a dichiarare l'incostituzionalità della norma, *neanche nel minimo edittale*, come invece avevano fatto nella

⁸⁶ Nel caso di specie era stato impugnato l'art. 186, comma 1, c.p.m.p. che sostanzialmente equiparava nella disciplina sanzionatoria (ergastolo) l'omicidio tentato e l'omicidio volontario del superiore, denunciando la irragionevolezza di tale accostamento sia in riferimento all'equiparazione di fatti così diseguali, sia in riferimento alla diversa previsione del codice comune. La Corte accetta l'impostazione offertale dal giudice *a quo*, in ciò adombrando anche una valutazione di merito in chiave costituzionale del rango dei beni penalmente protetti, quando dichiara che «nel bilanciare i due tipi di beni, lesi dal delitto in questione, il legislatore ha operato uno stravolgimento dell'ordine dei valori messi in gioco (...) quasi che la tutela dell'esistenza o dell'incolumità del superiore fossero semplicemente in funzione dell'ossequio da prestare alla divisa ed al grado», e di conseguenza dichiara l'incostituzionalità della norma in questione. È da segnalare come nella medesima sentenza la Corte ha esteso la declaratoria di incostituzionalità, ex art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, anche alle previsioni contenute nello stesso articolo relative all'omicidio preterintenzionale e alle lesioni gravi perpetrate contro un superiore.

⁸⁷ Sulla differenziazione tra i vari tipi di pronuncia della Corte v., almeno, LUCIANI M., *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Cedam, 1984.

⁸⁸ BRUNELLI D., La Corte costituzionale “vorrebbe ma non può” sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?, in *Giur. cost.*, 2007, 181 ss.

sent. 341 del 1994 cit. sull'oltraggio, asserendo che in quel caso si trattava di norma anacronistica, mentre in questo caso «la norma censurata ... è frutto, invece, di una scelta recente del legislatore», come se il giudizio di ragionevolezza non dovesse sempre essere “valutato nell'attualità”⁸⁹, indipendentemente dal tempo trascorso dall'entrata in vigore della norma, tenendo conto solo dell'aderenza, o meno, alle norme costituzionali. Ma forse il reale spirito che ha mosso i Giudici in questa sentenza sta in un passaggio apparentemente secondario, quando affermano che nella sent. 341 del 1994 «non si mancava ... di sottolineare che la decisione interveniva dopo «ripetuti inviti» dalla stessa Corte rivolti al legislatore perché provvedesse ad adeguare la disciplina in oggetto ai principi costituzionali».

Passando in rassegna alcuni casi che paiono particolarmente interessanti, ci si rende conto di come la Corte abbia esercitato il giudizio sulla ragionevolezza delle scelte discrezionali del legislatore in tema di pene in modo non sempre coerente, e in molti casi, pur rilevando una certa differenza di trattamento tra le varie sottofattispecie di reato risultanti dalla norma impugnata, ha scaricato sul giudice comune l'onere di «tenere conto in sede di commisurazione della pena» di tali differenze (cfr. sentt. nn. 256 del 1987 e 272 del 1991, ord. n. 337 del 1987). A tale proposito lascia particolarmente perplessi quanto affermato dalla sent. n. 285 del 1991 (rel. Spagnoli). Nel caso di specie, la Corte era stata investita della questione di costituzionalità dell'uguale trattamento sanzionatorio previsto per il porto abusivo di arma da fuoco e di arma giocattolo priva del contrassegno apposito (un tappino rosso all'estremità della canna). La Corte ammette che «non può negarsi che la disposizione in esame suscita perplessità (...) in quanto la norma accomuna nel medesimo trattamento fatti la cui essenziale diversità è innegabile» e più avanti individua anche perfettamente tale diversità così macroscopica: «mentre l'incriminazione del porto di armi da sparo risponde all'esigenza di prevenire il pericolo del compimento di atti di offesa all'integrità fisica delle persone, quella delle armi giocattolo confondibili con le prime perché prive del prescritto dispositivo di identificazione mira a prevenire il pericolo di atti diretti ad intimidire, ma per definizione inidonei a ledere: sicché il loro grado di offensività e disvalore è nettamente diverso». Malgrado il diverso grado di disvalore delle due fattispecie, che mirano a tutelare beni non comparabili, la Corte dichiara l'infondatezza della questione, basandosi anche sul principio di

⁸⁹ GALLO E., In tema di “oltraggi”: le distinzioni normative fra le varie specie resistono al controllo di legittimità costituzionale, in *Giur. cost.*, 1995, p. 2448.

offensività e, forse per mitigare la portata in concreto della decisione, *suggerisce al giudice del merito il percorso logico-argomentativo da utilizzare per punire in modo congruo*, ovvero in modo decisamente più lieve, chi venga trovato in possesso di arma giocattolo⁹⁰.

Si può dunque notare come il Giudice costituzionale nel corso degli anni abbia mantenuto costante quel *self-restraint* che ha contraddistinto la sua giurisprudenza in materia penale⁹¹, trasferendo troppo spesso sul giudice comune la responsabilità della risoluzione di spinose questioni di politica criminale, relative proprio alla *valutazione del disvalore di fattispecie di reato*. Ma se da un lato si è consapevoli del rispetto che la Corte deve (anche e soprattutto in questo settore) alle prerogative, costituzionalmente previste, spettanti al legislatore; dall'altro ci si augura maggiore coraggio da parte della Consulta nell'espellere dall'ordinamento norme penali intrise dell'ideologia che le ha ispirate o adottate sull'onda emotiva delle emergenze, che spesso non si conciliano con i principi della nostra Costituzione repubblicana.

Così sempre più spesso assistiamo a sentenze della Consulta che, per salvaguardare le rispettive prerogative istituzionali nei confronti del potere legislativo, invece di dichiarare illegittime previsioni penali incostituzionali, sotto il profilo del trattamento sanzionatorio inteso in senso lato, tentano di salvarle attraverso la c.d. tecnica dell'«*interpretazione costituzionalmente orientata*», attribuendo ai giudici così un ulteriore onere e strumento di deviazione dal precetto penale. Oppure chiedendo loro di utilizzare i numerosi strumenti commisurativi, messi a disposizione dalla serie di novelle correttive che hanno ampliato i momenti di discrezionalità giudiziale proprio per correggere le numerose comminatorie edittali incongruenti: si esortano così i giudici ad adeguare le previsioni edittali al reale disvalore del fatto attraverso la concessione di attenuanti generiche (al di là della loro effettiva

⁹⁰ La Corte espressamente indica al giudice comune di applicare "l'attenuante del fatto di lieve entità prevista dalla legge 2 ottobre 1967, n. 895, la quale consente la diminuzione della pena in misura non eccedente i due terzi, col limite minimo di sei mesi di reclusione"

⁹¹ Cfr., ad esempio, Corte cost., 08 aprile 1997, n. 84, per la quale: «non è fondata, con riferimento agli art. 3 comma 2 e 27 comma 3 cost., la q.l.c. dell'art. 93 d.P.R. 16 maggio 1960 n. 570 (t.u. delle leggi per la composizione e la elezione degli organi delle amministrazioni comunali) - che sanziona con la pena della reclusione fino a due anni e della multa fino a lire centomila (...) il comportamento di chi "sottoscrive più di una dichiarazione di presentazione di candidatura" - in quanto, con riferimento al profilo di pretesa sproporzione fra disvalore dell'illecito e sanzione comminata, la valutazione di adeguatezza delle sanzioni penali rispetto alla gravità dell'illecito spetta alla discrezionalità del legislatore col limite della non irragionevolezza», in *Giur. cost.*, 1997, p. 837, con nota di Ruotolo; *Foro it.*, 1997, I, p.1680; *Cass. pen.*, 1997, p. 239; *Cass. pen.*, 1997, p. 2392; *Giust. pen.*, 1997, I, p. 193.

sussistenza), con il giudizio di prevalenza ed equivalenza delle attenuanti sulle aggravanti, o con una commisurazione intraeditale al ribasso.

Sono esempi di questo diffuso orientamento della Corte Costituzionale due recenti pronunce in tema di circostanza aggravante della recidiva, come riformata nel 2005 dalla legge 251.

Nel primo caso, nel decidere una questione d'illegittimità sollevata proprio con riferimento all'aumento fisso previsto in caso di recidiva reiterata⁹², pur ammettendo che quello scrutinato costituisce «un assetto che si discosta per più versi dalle linee generali del sistema», ha ritenuto comunque di dover escludere che il giudice, per effetto di esso, «resti privo di sufficienti margini di adattamento del trattamento sanzionatorio alle peculiarità della singola ipotesi concreta».

Il giudice remittente, infatti, richiamandosi anche alla nota sentenza n. 50 del 1980⁹³ della Consulta, lamentava l'irrazionalità e la contraddittorietà di un sistema nel quale la determinazione del conseguente aumento di pena non sia più demandata al prudente apprezzamento del giudice, bensì sia effettuata in misura fissa *ex ante* dal legislatore; cosicché il giudice, per non irrogare una pena palesemente sproporzionata alla gravità del fatto, sia posto di fronte alla rigida alternativa, stante la persistente *facoltatività* della recidiva, di escludere del tutto l'operatività di questa, oppure, laddove non vi siano elementi che giustificano tale esclusione, di variare l'entità dell'aumento solo variando la pena base, ma non in funzione della maggiore o minore rilevanza concreta della circostanza⁹⁴.

Il giudice delle leggi, invece, ha affermato che la rigidità degli aumenti di pena previsti dalla nuova normativa sulla recidiva ex art. 99 c.p. non possa ritenersi di per se' contraria al

⁹² Cfr. così Corte Costituzionale, ordinanza del 4 aprile 2008, n. 91, in www.cortecostituzionale.it, con la quale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 99, commi 1 e 3 c.p., come sostituito dalla l. 5 dicembre 2005, n. 251, sollevata in riferimento agli artt. 3, 25 e 27 della Cost., dal Giudice per le indagini preliminari del tribunale di Genova, e manifestamente infondata quella sollevata con la medesima ordinanza, in riferimento al comma 4 dell'art. 99, nella parte in cui prevede, nei rispettivi commi, che, nei casi di recidiva semplice, pluriaggravata e reiterata, «la pena possa essere aumentata nella misura *fissa* indicata in relazione a ciascuna di dette ipotesi, anziché «*fino alla*» misura stessa» (corsivo nostro).

⁹³ Per la quale si rinvia alla precedente nota n. 7.

⁹⁴ In senso critico, in particolare sulla fissità degli aumenti introdotti in tema di recidiva dalla novella del 2005, si veda PADOVANI T., *Commento all'art. 4, L. 5.12.2005, n. 251*, in *Leg. Pen.*, 2006, p. 446 ss., e, di recente, MUSCATIELLO V. B., *La recidiva*, Giappichelli, 2008, p. 169 ss., cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici.

“volto costituzionale” dell’illecito penale ove il legislatore, nel determinare il trattamento sanzionatorio di un istituto, coniughi articolazioni rigide ed articolazioni elastiche, in maniera tale *da lasciare comunque adeguati spazi alla discrezionalità del giudice*, ai fini dell’ageduamento della risposta punitiva alle singole fattispecie concrete. In particolare, nell’ipotesi in esame, secondo la Consulta, e come riconosciuto dallo stesso giudice *a quo*, il giudice può, da un lato, decidere discrezionalmente, “a monte”, se applicare o meno l’aumento di pena per l’aggravante in questione — alla stregua dei criteri di corrente adozione in tema di recidiva facoltativa — in esito alla valutazione della concreta significatività del nuovo delitto, in rapporto alla natura ed al tempo di commissione dei precedenti, sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo; dall’altro, ove non vi siano elementi che giustifichino la scelta di escludere l’operatività della recidiva, procedere all’applicazione dell’aumento di pena, la quale, tuttavia, essendo fissa nella misura frazionaria, tipica della bifasicità delle circostanze, *«si correlerà ad un dato variabile, qual è la pena base, che il giudice può discrezionalmente determinare, tra il minimo e il massimo edittale, alla luce dei criteri stabiliti dall’art. 133 cod. pen., incidendo di riflesso anche sull’incremento connesso alla recidiva»*⁹⁵.

Questa conclusione, però, appare comunque una forzatura del sistema, soprattutto nelle fattispecie concrete, come quella del giudizio *a quo*, nelle quali, esclusa la possibilità di riconoscere delle attenuanti, perfino quelle generiche (se non pretestuosamente), che possano annullare l’effetto della recidiva nel bilanciamento in termini di equivalenza, anche qualora il giudice determinasse la pena base nel minimo edittale previsto dall’art. 73, comma 1, del d.P.R. n. 309 del 1990 (anni sei di reclusione ed euro 26.000 di multa)⁹⁶, l’aumento derivante dall’applicazione della recidiva risulterebbe comunque pari a quattro anni di reclusione ed euro 17.333 di multa; ed esso non potrebbe essere temperato - stante l’entità delle condanne già riportate dall’imputato - neppure dal limite posto dall’ultimo comma dell’art. 99 c. p., in forza del quale l’aumento per la recidiva non può superare «il cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo delitto»

⁹⁵ Così la Corte Cost. ord. 91 del 2008, cit. (il corsivo è nostro)

⁹⁶ Scelta, tra l’altro, ad avviso del rimettente, «non [...] facilmente giustificabile alla luce dei parametri di cui all’art. 133 cod. pen.». Sul trattamento sanzionatorio nella disciplina degli stupefacenti si rinvia al dettagliato studio di MANES V., *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti. Frasarario essenziale alla luce dei principi di offensività, proporzione e ragionevolezza*, in *La legislazione penale compulsa*, a cura di G. Insolera, Cedam, 2006, p. 95 ss.

Il giudice delle leggi ha così ribadito il suo consueto *self restraint* in merito alla sindacabilità delle scelte sul sistema delle sanzioni, considerata una prerogativa esclusiva del legislatore, anche con riguardo alla determinazione degli aumenti di pena per le circostanze aggravanti, censurabile, come noto, solo nel caso di manifesta irragionevolezza⁹⁷.

La motivazione addotta dalla Consulta per escludere il contrasto quantomeno con il principio di ragionevolezza del nuovo impianto sanzionatorio in tema di recidiva, a nostro avviso, sembra alquanto discutibile e pericolosa per i corretti equilibri del sistema commisurativo e sanzionatorio in generale, da sempre in bilico tra gli incerti e discussi rapporti tra *legalità e discrezionalità*.

Il secondo esempio si riferisce alla sentenza n. 192 del 2007, cit., nella quale si esamina la conformità a Costituzione della nuova disciplina del giudizio di comparazione tra circostanze eterogenee, introdotta dalla l. 5 dicembre 2005, n. 251, e precisamente del nuovo testo dell'art. 69, comma 4 c.p., contestato ove stabilirebbe il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata, di cui all'art. 99, co. 4 c.p.⁹⁸. 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 copevole 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 (...):

⁹⁷ Cfr. CORBETTA S., La cornice editale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1997, p. 134; NICOSIA E., *Discrezionalità legislativa e sindacato di costituzionalità in materia di proporzione e adeguatezza allo scopo di sanzioni penali: un caso di “self restraint” della Corte costituzionale* (Nota a C. Cost. 28 dicembre 2001, n. 442), in *Foro it.*, 2003, c. 64 ss.

⁹⁸ Pubbl. in *Giur. cost.*, 2007, c. 3; e in *Foro it.*, 2007, c. 3357, con nota di TESAURO, Sulla nuova disciplina della recidiva e sulle modifiche in tema di giudizio di bilanciamento, v., fra gli altri, CORBETTA S., Il nuovo volto della recidiva: "tre colpi e sei fuori"?, in *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, a cura di Scalfati, Cedam, 2006, p. 53 s.; FLORA G., Le nuove frontiere della politica criminale: le inquietanti modifiche in tema di circostanze e prescrizione, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1325 s.; MAMBRIANI, La nuova disciplina della recidiva e della prescrizione: contraddizioni sistematiche e problemi applicativi, in *Giur. merito*, 2006, p. 837 s.; MELCHIONDA A., La nuova disciplina della recidiva, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 175 s.; PAVARINI M., The spaghetti incapacitation: la nuova disciplina della recidiva, in *La legislazione penale compulsiva*, a cura di Insolera, Cedam, 2006, p. 3 s.; POTETTI D., Osservazioni in tema di recidiva, alla luce della l. n. 251 del 2005 (c.d. «ex Cirielli»), in *Cass. pen.*, 2006, p. 2467 s.; ROSI E., Effetti della recidiva reiterata su attenuanti generiche e comparazione, in *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, cit., p. 5 s. Per maggiori approfondimenti sull'istituto si rinvia al secondo capitolo.

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, fa rilevare la Corte, poggia però, a sua volta, sul presupposto che, a seguito della l. 251 del 2005 la recidiva reiterata sia divenuta *obbligatoria* e non possa essere discrezionalmente esclusa dal giudice.

La Corte risolve il quesito sottoposto, invece, affermando che, in assenza di indirizzi consolidati sulle tematiche dianzi evidenziate (facoltatività o meno della "nuova" recidiva reiterata; conseguenze della facoltatività sul giudizio di bilanciamento) - assenza del tutto ovvia alla data delle ordinanze di rimessione (in quanto di poco posteriori all'entrata in vigore della novella), i giudici di merito, avrebbero dovuto, nell'esercizio dei poteri ermeneutici loro riconosciuti dalla legge, prediligere la soluzione interpretativa, diversa da quella posta a base dei dubbi di costituzionalità ipotizzati, tale da determinare il possibile superamento di detti dubbi (o da renderli comunque non rilevanti nei casi di specie)⁹⁹, ovvero quella che riconosceva la persistente natura *discrezionale* della reidiva reiterata.

Si può dunque concludere, a nostro parere, che la Consulta, rimanendo piuttosto ferma sulla sua posizione in merito all'insindacabilità delle scelte legislative in tema di *quantum* di pena e di scelte sanzionatorie – eccetto nei casi di palese irrazionalità e sproporzione -, ha sostanzialmente rimesso in concreto queste scelte "al prudente apprezzamento dei giudici" riversando su questi, come avvenuto anche in passato a seguito della novella del 1974, il compito di effettuare, di volta in volta, scelte di politica-criminale che dovrebbero invece spettare al legislatore, mettendo seriamente in crisi il precetto costituzionale sulla legalità della pena.

⁹⁹ Forse a questo punto sarebbe opportuno chiedersi fino a dove ci si possa spingere nell'interpretare una norma penale in modo costituzionalmente adeguato; ma, evidentemente, si tratta di tema che trascende il tema che qui ci proponiamo di analizzare. Per una possibile risposta, comunque, ci sembra di poter rinviare a quanto sostenuto di recente da PALIERO C.E., *La difesa legittima territoriale (ovvero, un paradigma orientato sulla sproporzione) (legge 13 febbraio 2006, n. 59)*, in *Leg. Pen.*, 2006, p. 569 ss., in merito ad un'altra novella che ha fatto molto discutere, ove conclude riportando un celebre *caveat* di Delitala: «(...) perché lasciare che i giudici correggano le leggi, facendo vista di interpretarle, quando, con maggiore autorità, lo può fare il legislatore?», e aggiungendo poi di suo pugno, «(...) e con efficacia erga omnes, lo deve fare la Corte Costituzionale?» (il corsivo è dell'A.). Avanza seri e condivisibili dubbi di conformità costituzionale delle previsioni sanzionatorie rigide introdotte dalla riforma della recidiva, ZANON, *Aspetti costituzionali della legittima difesa e della recidiva riformate*, in *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, a cura di Bernardi, Pastore e Pugiotto, Giuffrè, 2008, p. 78 ss.

1.1. La visione carcerocentrica del sistema sanzionatorio italiano e il problema della c.d. «fuga dalla sanzione».

L'accettazione del principio dell'*extrema ratio* implica che la minaccia della sanzione penale occupi l'ultimo posto nella scala delle misure a disposizione del legislatore, e all'interno di una scelta di penalizzazione, la *sanzione detentiva, sub specie* del carcere, a sua volta, deve risultare residuale, dovendo essere destinata a fatti di criminalità medio-grave.

Se è vero, infatti, che la pena detentiva rimane la pena “regina” per i reati di maggiore gravità, è ormai acquisizione pacifica l'effetto invece *desocializzante* e anzi *criminogeno* dell'esecuzione di pene detentive per talune tipologie di reati e di autori, soprattutto se di *breve durata*¹⁰⁰.

Non a caso, proprio per evitare che per reati puniti in via edittale con il carcere, ma attualmente ritenuti non gravi, si aprano le porte della detenzione, che realmente non comporta nessun beneficio nè per il soggetto, nè per la collettività, dalla seconda metà degli anni '70 si è assistito al fenomeno che è stato felicemente definito come «fuga dalla sanzione detentiva»¹⁰¹, per via dell'introduzione legislativa di istituti di esecuzione alternativa¹⁰², oppure sostitutivi delle pene detentive brevi¹⁰³, o attraverso l'aumento dei limiti entro i quali è concedibile la sospensione condizionale della pena, dei quali però nel tempo si è fatta un'eccessiva e meccanica applicazione giudiziale¹⁰⁴, ampliando ancora di più la discrezionalità giudiziale¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Su questo aspetto da ultimo cfr. MENGHINI A., *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo*, Giappichelli, 2008.

¹⁰¹ Espressione coniata già dal BRICOLA F., *Le misure alternative alla pena nel quadro di una “nuova” politica criminale*, in *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Giuffrè, 1977, p. 363.

¹⁰² Si tratta della legge 26 luglio 1975, n. 354, che ha introdotto il “nuovo ordinamento penitenziario”, potenziato in seguito dalla c.d. legge Gozzini del 1986 e dalla riforma dell'esecuzione penale avvenuta con la legge c.d. Simeone del 1998. Tutte novelle legislative con le quali fu notevolmente incrementato il potere discrezionale giudiziale, anche sul versante della esecuzione della pena, attraverso l'introduzione di misure alternative alla detenzione, tra le quali il giudice dell'esecuzione, in modo piuttosto “flessibile”, poteva scegliere quella ritenuta discrezionalmente più adatta alla finalità rieducativa del trattamento.

¹⁰³ Ad opera della legge 24 novembre 1981, n. 689 (capo III «sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi», in particolare art. 58).

¹⁰⁴ Su tali aspetti si veda DOLCINI E., *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, p. 95 ss.

Questa situazione è dipesa, a ben vedere, principalmente dal nostro vetusto sistema carcerocentrico, che concepisce la sanzione edittale solo come misura della pena detentiva, anche per reati di lieve entità. Ma il legislatore penale, invece di incidere sulle comminatorie edittali, per adeguare la risposta sanzionatoria all'indispensabile esigenza di *flessibilità*, che discende dal dettato costituzionale di cui all'art. 27, comma 3 Cost., in quanto funzionale all'individualizzazione della pena, ha trasferito tale compito sul giudice dell'esecuzione e di sorveglianza, andando ancora di più a determinare quello scollamento tra previsione astratta e pena in concreto¹⁰⁶, di cui abbiamo già ampiamente trattato nei paragrafi precedenti.

A pene sempre più severe in astratto, corrisponde infatti una tipologia di esecuzione indulgenziale, talvolta anche per tipologie di reati puniti con pene elevate, incrementando una complessiva sfiducia nel sistema, che non può certo essere ridotta attraverso il solo incremento sanzionatorio¹⁰⁷.

Una simile visione della funzione della pena *legale* prevalentemente, se non esclusivamente, come minaccia, intimidazione e dunque in senso generalpreventivo, contrasta ormai, tra l'altro, con la dominante *concezione polifunzionale della pena*, accolta sia dalla Corte Costituzionale, che dalla prevalente dottrina¹⁰⁸.

Il problema delle possibili sanzioni alternative al carcere, e dunque della risoluzione di tutti i problemi che esso comporta in termini anche di diritti umani e di costi sociali, è sentito d'altronde anche a livello internazionale, come dimostra l'azione intrapresa dall'O.N.U., ed in particolare dall'Ufficio delle Nazioni Unite contro la droga e il crimine (U.N.O.D.C.), che il 23 ottobre 2008 ha tenuto una discussione informale tra esperti sulle «*alternatives to imprisonment*», un argomento che è sempre stato tra i principali nodi della giustizia penale all'attenzione delle Nazioni Unite, da quando è stato discusso al VII Congresso dell'O.N.U. sulla «*Crime Prevention and Criminal Justice*», svoltosi a Milano nel 1985.

¹⁰⁵ Per un'analisi degli istituti che hanno contribuito alle cause della ineffettività del sistema sanzionatorio italiano, cfr. VASSALLI G., *La pena in Italia, oggi*, in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, vol. I, Giuffrè, 1991, p. 619 ss.

¹⁰⁶ DI MARTINO A., *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Giuffrè, 1998.

¹⁰⁷ Cfr. Su questo punto, ad esempio, CORBETTA S., *Restituire credibilità all'apparato repressivo: se non ora, quando?*, in *Corriere mer.*, 2008, p. 269 ss.

¹⁰⁸ Cfr. FIANDACA G., *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 131 ss.

In quel tempo la carcerazione (the “*imprisonment*”) costituiva indubbiamente la pietra angolare del sistema punitivo penalistico nella maggior parte dei paesi¹⁰⁹. Lo scopo della pena era d'altronde incentrato tutto sulla *natura retributiva* del sistema penale, alla quale la tipica graduabilità della sanzione detentiva si adeguava perfettamente: i colpevoli erano puniti principalmente attraverso la negazione dei loro diritti e libertà fondamentali, in modo proporzionato ai diversi gradi di disvalore dell'illecito, e nel modo più democratico ed egualitario possibile, incidendo su un bene primario che appartiene a chiunque¹¹⁰.

Da allora però molto è cambiato nelle legislazioni penali moderne, che hanno via via previsto delle sanzioni alternative alla detenzione carceraria per i reati di minor disvalore (come ad esempio il lavoro di pubblica utilità, (“*community service*”)), visti come l'unica risposta all'incremento dei costi, in termini sia finanziari che umani, dovuti al sovraffollamento carcerario.

Tuttavia, come dimostrato da un gruppo di esperti del “*Strategic Planning Unit*” dell'UNODC: «*retribution is still very much in demand*» nella pubblica opinione. Perciò, anche se le tipologie di pena alternative, insieme alle risoluzioni alternative del processo

¹⁰⁹ Come noto l'affermarsi della privazione della libertà personale come sanzione penale si sviluppa nel pensiero dei riformatori illuministi della seconda metà del XVIII sec., quale strumento capace di offrire una risposta punitiva graduabile, che attinge al bene della libertà personale, di cui chiunque è dotato, ma soprattutto come importante gesto di civiltà, rispetto alle pene corporali e alla tortura, pratiche allora piuttosto diffuse. Per un'ampia analisi anche storiografica delle ragioni del successo dell'ascesa della pena detentiva, cfr. PADOVANI T., *L'utopia punitiva: il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Giuffrè, 1981. Sul tema, *amplius*, FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. di Tarchetti A., Einaudi, 1993.

¹¹⁰ Sui rischi di sperequazioni che comporterebbe una massiccia opera di sostituzione della pena detentiva, con riferimento però al problema delle misure alternative alla detenzione previste dall'ordinamento penitenziario, si veda BRICOLA F., *Le misure alternative alla pena nel quadro di una "nuova" politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 27, ove l'A. sottolinea in realtà gli aspetti di possibile disuguaglianza insiti nell'applicazione di identiche misure alternative a soggetti diversi, che in ragione della differente situazione personale, potrebbero percepire in maniera assai divergente la limitazione di beni “alternativi” alla libertà personale, poiché diversamente disponibili e “preziosi”. si nota inoltre come la scelta stessa della misura alternativa piuttosto che della detenzione in carcere venga a dipendere dalla stessa esistenza in capo al reo di ulteriori beni rispetto alla libertà personale, con un netto sfavore delle persone in condizioni più disagiate, prive di interessi da “barattare” con quello della libertà personale. Cfr. anche DOLCINI E., *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 875-876. Con riferimento alle sanzioni del giudice di pace, si veda in argomento PAVARINI M., *Le attuali tendenze della penalità: residualità del carcere e pene alternative di fronte alla competenza penale del giudice di pace*, in Picotti-Spangher (a cura di), *Competenze penali del giudice di pace e 'nuove' pene non detentive*, cit., p. 52-53.

(come la mediazione o il risarcimento), stanno divenendo sempre più popolari, il numero dei detenuti è continuato a salire (number of prisoners per 100,000 people)¹¹¹.

Un'altra problematica emersa in occasione dell'incontro di esperti appena citato riguarda d'altronde i possibili effetti collaterali dell'introduzione di alternative al carcere, che a ben vedere potrebbero tradursi in una pesante ingerenza da parte dello Stato nella vita dei cittadini (l'effetto c.d. "*net-widening*"¹¹²).

Uno dei principali risultati emersi dalla discussione riguarda, infatti, la necessità di effettuare maggiori ricerche per comprendere il reale impatto delle pene alternative, sia sul sistema di giustizia penale, che sulla società più in generale. E' stato inoltre proposto che i giudici debbano essere consapevoli dei costi associati alle diverse opzioni, compresa la reclusione, nel loro compito di *sentencing*¹¹³.

Occorre sottolineare, inoltre, come l'introduzione delle numerose alternative al carcere, a seguito del nuovo ordinamento penitenziario, e la generalizzata ed indiscriminata indulgenza della linea di politica criminale dei tribunali dell'esecuzione e di sorveglianza italiani, hanno però nel tempo portato inevitabilmente a lasciare insoddisfatte le esigenze di prevenzione generale e di difesa sociale, conducendo in ultima analisi anche ad un notevole aumento della criminalità comune.

La spinta emotiva suscitata nell'opinione pubblica ha così portato il legislatore italiano ad intervenire, in una logica puramente repressiva, con provvedimenti urgenti durante la stagione della legislazione dell'emergenza: con l'inasprimento dei limiti edittali per alcuni delitti comuni sentiti dall'opinione pubblica come gravi ed odiosi (rapina a mano armata, sequestro, estorsione, ecc.); con l'introduzione di un'aggravante speciale per i reati commessi

¹¹¹ Dirk van Zyl Smit, segnala però come questo possa essere dovuto all'applicazione di condanne più lunghe, e non ad un incremento dei casi portati davanti alle Corti. Cfr. VAN ZYL SMIT D., *Handbook of Basic Principles and Promising Practices on Alternatives to Imprisonment*, by UNODC, 2007.

¹¹² Letteralmente "rete che si allarga".

¹¹³ A dimostrazione del grande rilievo nel dibattito internazionale del superamento di una visione carcerocentrica nella giustizia globale, gli argomenti trattati costituiranno specifico oggetto di discussione durante la prossima Commissione sulla prevenzione del crimine e giustizia penale, che si terrà nel mese di aprile 2009, nonché in due seminari al dodicesimo Congresso delle Nazioni Unite, che si terrà a Salvador, Brasile, nel mese di aprile 2010.

per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine costituzionale; attraverso l'introduzione di nuove fattispecie di reati associativi, sia in materia di criminalità politica che mafiosa¹¹⁴.

Ma il recupero delle istanze di prevenzione generale e di difesa sociale è avvenuto soprattutto attraverso *l'uso distorto della carcerazione preventiva*. Un dilagare sempre più in contrasto con il principio costituzionale di presunzione di non colpevolezza sino all'ultimo grado di giudizio¹¹⁵.

Questo ampliamento dello strumento cautelare della custodia in carcere è stata l'unica risposta che di fatto il legislatore italiano ha saputo trovare all'ineffettività della sanzione penale, tradottasi, nella c.d. "fuga dalla sanzione"¹¹⁶. L'eccessiva lunghezza dei processi, col rischio di impunità per i criminali, a causa di prescrizioni, amnistie o indulti, hanno deluso l'aspettativa dei cittadini sull'effettiva applicazione della pena attraverso un regolare processo, unitamente all'uso indulgenziale dei benefici penitenziari, e ha contribuito a trasformare la carcerazione preventiva in un vera e propria *pena anticipata*¹¹⁷. E ciò si dimostra facilmente se

¹¹⁴ Per una ampia analisi di questi provvedimenti legislativi cfr. PALAZZO F., *La recente legislazione penale*, Cedam, 1985.

¹¹⁵ Sugli effetti controproducenti e pericolosi di "fatale corruttela" della carcerazione preventiva si veda già Francesco Carrara nel suo *Immoralità del carcere preventivo*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. IV, Lucca, 1874, p. 299 ss., come sottolineato da GREVI V., *Francesco Carrara e l'"immoralità" del carcere preventivo*, in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, vol. I, Giuffrè, 1991, p. 717 ss., che riferisce come il "motto" posto in epigrafe allo studio del Maestro fosse: «se è vero che le società civili «debbono studiare i modi onde ottenere che la *punizione corregga*», a maggior ragione esse «dovrebbero altresì studiare i modi per impedire che la *prevenzione corrompa*».

¹¹⁶ Cfr. DOLCINI E., *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini E. e Paliero C. E., v. II, Giuffrè, 2006, p. 1073 ss.

¹¹⁷ Ad ampliare l'ambito della carcerazione preventiva hanno contribuito diversi strumenti legislativi, quali il prolungamento dei termini massimi di durata della stessa e l'aumento dei casi di cattura obbligatoria; l'estensione del divieto di concessione della libertà provvisoria anche per i reati più gravi, l'inclusione delle esigenze di tutela della collettività fra i criteri idonei a giustificare la carcerazione preventiva facoltativa, che può essere disposta anche per i reati meno gravi. Giova peraltro ricordare che tale norma — in precedenza era limitata ai soli più gravi delitti di mafia — è stata più volte impugnata dinanzi alla Consulta e alla CEDU per violazione dei principi di ragionevolezza, uguaglianza, diritto all'equo processo (accusatorio) e diritto alla difesa, nonché per violazione della presunzione di innocenza. Va anche ricordato che la Consulta ha ritenuto che tale principio non sia di per sé violato dalla custodia cautelare, nella misura in cui essa risponda ad esigenze strettamente processuali e non rappresenti invece un'anticipazione della pena. Così come va ricordato che entrambe le citate Corti hanno "salvato" tale norma (figlia del vecchio mandato di cattura obbligatorio) solo in quanto limitata esclusivamente ai delitti di mafia. E' infatti evidente l'irragionevolezza di una disciplina, quale quella di cui all'art. 275, comma 3, c.p.p., fondata sull'opzione secca tra custodia cautelare in carcere (presunta come misura adeguata nei confronti dell'imputato raggiunto da gravi indizi di colpevolezza per delitti di mafia) e assenza di ogni altra misura in presenza della prova positiva in ordine alla totale insussistenza di esigenze cautelari: caso nel quale il giudice non potrebbe

solo si considera che la posizione dell'imputato è più afflittiva di quella del condannato: se il secondo può beneficiare dei benefici penitenziari (quali le misure alternative alla detenzione), per il primo questi sono espressamente vietati¹¹⁸.

A questa stessa logica di recupero di istanze di prevenzione generale e difesa sociale sembra ispirarsi il nuovo Decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 febbraio 2009, recante “*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*”, che introduce l'obbligatorietà dell'arresto in flagranza e della custodia cautelare in carcere per i delitti di violenza sessuale, di gruppo e monosoggettiva (salvi i casi di minore gravità), nonché per quelli di pornografia e prostituzione minorili, iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (c.d. turismo sessuale) e atti sessuali con minore ultrasedicenne.

applicare una misura più tenue della detenzione in carcere *ante judicium*, essendo quindi costretto a scegliere tra misura custodiale in carcere e libertà.

¹¹⁸ L'uso ormai diffuso della carcerazione preventiva come vera e propria (se non unica) forma di risposta punitiva è evidenziato chiaramente dai dati statistici. Sono 50.851 i reclusi nelle carceri italiane, il 60% è in attesa di giudizio. Il 35% è straniero e il 23,4% tossicodipendente. Nelle carceri italiane ci sono più imputati che condannati. Ogni dieci detenuti sei sono in attesa di giudizio. Soltanto 20.190 dei 50.851 detenuti è stato condannato. Questi gli ultimi dati aggiornati del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, relativi al 21 febbraio 2008. Nelle carceri italiane (o meglio istituti penitenziari), nonostante l'indulto, è di nuovo sovraffollamento. Ad oggi sono detenute 7.702 persone in più rispetto alla capienza. L'indulto aveva liberato più di 25mila persone. Così dai 61.264 detenuti del 30 giugno 2006 si era passati al minimo storico dei 33.326 nel settembre 2006. Ma le leggi sull'uso di stupefacenti, sulla lotta all'immigrazione clandestina e sul contrasto alla recidiva hanno continuato a far aumentare gli ingressi in carcere, con un'incremento di 1.000 persone al mese. La capienza regolamentare di 43.149 posti è stata superata il 30 giugno 2007 con 43.957 presenze ed è continuata ad aumentare fino alle 48.693 unità del 31 dicembre e le oltre 50.000 del 21 febbraio 2008. Eppure, per completezza, occorre segnalare che il tasso di carcerazione in Italia è tra i più bassi in Europa: 94 detenuti ogni 100.000 abitanti. Meno di un terzo dei 321 dell'Estonia, che detiene il primato seguita da Lettonia, Lituania e Polonia. Ma anche molto meno della Spagna (146) o della Gran Bretagna (145). Un dato tipico della popolazione carceraria italiana però, e forse il più inquietante, è quello dei detenuti in attesa di giudizio: sono il 60%, 29.166 persone, più dei condannati, complice la lentezza dei procedimenti penali nel nostro Paese. Tra i condannati, il 29,5% sconta una pena per reati contro il patrimonio, il 16,5% contro la persona, il 15,2% per violazioni della legge sugli stupefacenti, il 3,7% per reati contro l'amministrazione e il 3,2% per associazione mafiosa. Le donne rappresentano il 4% dell'intera popolazione carceraria. Per loro non vale il problema del sovraffollamento, visto che le detenute sono 2.278 su 2.358 posti disponibili. Tuttavia sono ancora 50 le detenute madri con bambini al seguito, di età inferiore ai tre anni. I detenuti stranieri sono il 35% della popolazione. Nel 1990 erano solo l'8%. Perlopiù si tratta di africani. Il 23,4% dei detenuti è tossicodipendente e il 4% in trattamento metadonico. Un altro 2% ha problemi di alcolismo. Per quanto riguarda la durata delle pene, il 31,9% dei detenuti sconta pene inferiori ai tre anni, che dunque avrebbero potuto astrattamente usufruire delle misure alternative. Il 21,3% sconta pene tra i tre e i sei anni ed il 46,8% sconta pene di durata superiore.

Il decreto-legge citato estende inoltre ai reati a sfondo sessuale la disciplina prevista in materia di benefici penitenziari relativamente al crimine organizzato (art. 4 bis legge 354/1975). Da un lato infatti - e con un'innovazione solo parziale rispetto alla legge 38/2006 - i delitti di fruizione della prostituzione minorile, divulgazione di materiale pedopornografico, turismo sessuale, violenza sessuale nelle ipotesi di minore gravità e di atti sessuali con minore ultrasedicenne, sono ricompresi tra quelli per i quali i benefici penitenziari sono concessi solo in assenza di elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata terroristica o eversiva (art. 4-bis, comma 1, quarto periodo). Dall'altro lato, i delitti di sfruttamento di minori nella prostituzione o nella produzione di materiale pedopornografico, nonché quelli di violenza sessuale (salvi i casi di minore gravità), anche aggravata e di gruppo e di atti sessuali con minorenni, sono ricompresi tra quelli per i quali i benefici penitenziari sono ammessi solo in caso di collaborazione (ancorché impossibile o inutile), che, tuttavia, se particolarmente rilevante ai fini dei delitti di criminalità organizzata, è meno conforme alle caratteristiche di delitti monosoggettivi come quelli di violenza sessuale.

1.2. L'attuazione di una polifunzionalità della pena in senso forte: una caratterizzazione specialpreventiva in senso positivo delle cornici edittali.

Già da tempo molti autorevoli studiosi, proprio per superare la centralità della pena detentiva, come principale (se non addirittura, in taluni casi, unica) sanzione edittale, concausa come si è visto dell'attuale ineffettività del sistema sanzionatorio, hanno proposto di anticipare la previsione di pene alternative non detentive già in fase cognitiva, trattandole alla stregua di pene principali, previste in via esclusiva o in alternativa alla detenzione¹¹⁹.

¹¹⁹ Così NEPPI MODONA G., *Crisi della certezza della pena e riforma del sistema sanzionatorio*, in *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, a cura di Borrè G. e Palombarini G., FrancoAngeli, 1998, p. 51 ss.; FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 417; PALIERO C. E., *Metodologie de lege ferenda per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 1992; EUSEBI L., *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Morcelliana, p. 115 ss.; ID., *La pena "in crisi". Tra crisi dell'esecuzione penale e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993. Si è dichiarato esplicitamente contrario, invece, PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, cit., p. 449-450, secondo il quale le sanzioni non detentive diverse dalla pena pecuniaria (come le sanzioni interdittive o paradedentive) non potrebbero trovare collocazione in sede di comminatoria edittale, ma piuttosto esclusivamente in sede giudiziale: «se un illecito dev'essere reato, deve in linea di principio supporre l'esigenza di ricorrere

Questa soluzione tecnica sembrerebbe d'altronde imposta dalla recente evoluzione nella scienza penalistica delle teorie sulle finalità della pena¹²⁰, alle quali sembra si stia pian piano adeguando anche la Corte Costituzionale, che, sempre più spesso ha affermato che la generalprevenzione (di tipo *negativo*), pur partecipando ancora – e ovviamente – al finalismo della pena, è costretta tuttavia a cedere *sempre* il passo alla rieducazione, quale *finalità prevalente* su di ogni altra; e non già più nella sola fase esecutiva, ma ormai anche nella fase edittale della pena¹²¹.

Occorrerebbe dunque passare da una visione della polifunzionalità *statica* della pena, divisa per fasi, in base al noto modello di Roxin¹²², ad una visione della polifunzionalità della pena *dinamica*, secondo uno schema "*sincretistico-dialettico*"¹²³, affidando allo stesso giudice

alla pena detentiva; altrimenti, non dovrebbe essere reato». Questo orientamento, come si vedrà *amplius* nel capitolo terzo (spec. § 6), è stato accolto solo nel Progetto Pagliaro del 1992, sulla base delle medesime motivazioni, che tuttavia non sembrano del tutto convincenti, anche alla luce di un'analisi comparatistica e delle recenti linee di tendenza dei sistemi sanzionatori e dei più approfonditi studi sulle funzioni della pena.

¹²⁰ Per un efficace *excursus* sul dibattito sulle funzioni della pena "nel cinquantennio repubblicano" si veda NEPPI MODONA G., *Il sistema sanzionatorio: considerazioni in margine ad un recente schema di riforma*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 315 ss.

¹²¹ Per una recente analisi dell'evoluzione della concezione delle finalità della sanzione penale nella giurisprudenza della Consulta, cfr. FIANDACA G., *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, cit., p. 131 ss.

¹²² Cfr. ROXIN C., *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, (1966), in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin, 1973, p. 1 ss. (e in *JuS*, 1966, p. 380 ss.). In base a tale teoria, infatti, le funzioni della pena dovrebbero distinguersi nelle diverse fasi della minaccia, irrogazione ed esecuzione, nelle quali prevarrebbe, rispettivamente, la prevenzione generale negativa, la funzione retributiva nel significato garantistico di proporzione rispetto alla colpevolezza per il fatto concreto, ed infine la finalità specialpreventiva, con gli indubbi riflessi e sovrapposizioni che ciò comporta nell'ambito del doppio binario, con l'applicabilità delle misure di sicurezza per i delinquenti imputabili pericolosi. Sulla crisi del doppio binario, diffusamente cfr. MUSCO E., voce *Misure di sicurezza*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, 1990; DONINI M., *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Scritti per Federico Stella*, Jovene Editore, 2007; e in *Cass. pen.*, 2006, p. 735 ss.; PELISSERO M., *Crisi e mutazione del sistema del doppio binario*, in *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, a cura di Pisa P., Giappichelli, 2008, p. 129 ss. Sugli aspetti di incostituzionalità che presenterebbe il nostro sistema di misure di sicurezza, si veda in particolare, DE VERO G., *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2004, p. 73 ss., p. 197 ss.

¹²³ Tra le teorie sulla funzione della pena, la c.d. "concezione polifunzionale" sembra quella maggiormente diffusa nella scienza penalistica italiana, sebbene le singole impostazioni non sempre coincidano per quel che riguarda la dinamica dei reciproci rapporti tra i diversi criteri finalistici. La prima espressa enunciazione di questa tesi può farsi risalire al fondamentale contributo di VASSALLI G., *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 297 ss.; e ora anche in ID., *Scritti giuridici*, Giuffrè, 1997, vol. I, p. 1361 ss.: «occorre precisare come la combinazione tra le differenti prospettive - quella retributiva (seppure non quale "scopo", ma come "essenza", o "modalità" della pena), quella della "riaffermazione del diritto oggettivo violato" e della prevenzione generale, e quella specialpreventiva - non sia descritta come una schematica "ripartizione" delle stesse, che

del fatto le scelte sulla migliore sanzione da eseguire in concreto, anche in base ad una valutazione della personalità e delle condizioni dell'autore, sulla base però di chiare indicazioni legislative, tradottesi in cornici edittali di pena differenziate e adeguate, non solo sulla base della *proporzione* al disvalore del fatto di reato, ma anche alla *finalità specialpreventiva*¹²⁴.

comporti un "taglio netto" tra i momenti della vicenda punitiva, ma come una "prevalenza" dell'una sull'altra a seconda della fase presa in considerazione» (*op. ult. cit.*, p. 1394). Nella manualistica maggioritaria, per una posizione polifunzionale in senso lato, sembrano essersi espressi: PADOVANI T., *Diritto penale*, 7^a ed., Giuffrè, 2004, p. 293 ss.; PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 28 ss., p. 560 ss., che, riprendendo le posizioni della Corte Costituzionale, sottolinea la necessaria discrezionalità del legislatore «nel dosare la reciproca incidenza delle diverse funzioni della pena, nelle sue varie fasi»; ritiene invece che i concetti di retribuzione e prevenzione speciale entrino in gioco soltanto come "tecniche" subordinate rispetto al fine principale della prevenzione generale (intesa in senso *positivo* con riferimento particolare alla *funzione di orientamento culturale*) PAGLIARO A., *Principi di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, 8^a ed., 2003, p. 674 ss.; in senso parzialmente analogo, ritiene che la prevenzione generale sia «legittimazione e senso ultimo della pena», e che la retribuzione e la specialprevenzione ne costituiscano solo i «criteri modali», ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, 3^a ed., Giuffrè, 2004, *Pre-Art.1/38* ss.; ancorato ad un'idea retributivo-generalpreventiva quale «essenza e giustificazione etica e logica» della pena, cui però si aggiunge la finalità specialpreventivo-rieducativa, in modo «non esclusivo ma non secondario», non nella sola "teoria dell'esecuzione", ma anche nella "teoria della pena", cioè «nel momento legislativo (...) e altresì nel momento giudiziario», MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 725 ss.; per una concezione viceversa dichiaratamente "sbilanciata" verso la prevenzione speciale e verso l'idea rieducativa, da coordinare con una componente generalpreventiva diversamente collocabile nelle varie fasi della vicenda punitiva cfr. FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 645 ss., in part. 652, 664, 734 ss; ancora, assegnano alla prevenzione speciale un ruolo differente, ma *sempre presente* in modo rilevante nelle diverse fasi della pena (improntata alla prevenzione generale *entro il limite* delle esigenze specialpreventive, nel momento della minaccia legislativa; scelta e commisurata *sulla base* della prospettiva rieducativa, con il limite della colpevolezza, in sede cognitiva; *orientata* alla funzione specialpreventivo-rieducativa, con il limite del rispetto del principio di umanità e dignità personale, e della eventuale necessità di neutralizzazione per i casi più gravi, in fase esecutiva), MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, cit., 3 ss., 408 ss.; per una concezione tendenzialmente polifunzionale, nella quale però viene dato particolare risalto nella comminatoria edittale alla prevenzione generale in senso positivo, intesa cioè come orientamento culturale dei consociati, che proseguirebbe e si concretizzerebbe poi in fase esecutiva attraverso la rieducazione, seppure solo per i rei *imputabili e non pericolosi*, DE VERO G., *Corso di diritto penale*, cit., p. 7 ss. e 189 ss.

¹²⁴ In questo senso DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 95 s., p. 269 ss., secondo il quale la "ripartizione" tra i singoli scopi della pena non sarebbe da legare all'una o all'altra sua "fase", o comunque non secondo modalità fisse e ricostruibili una volta per tutte, ma si attua diversamente a seconda delle caratteristiche tipologiche specifiche della singola fattispecie o del singolo gruppo di fattispecie "di settore", e della connessa tipologia criminologica di autore: «*stabilire che, in generale e sempre, la prevenzione speciale o quella generale o la proporzione retributiva abbiano (deontologicamente) la supremazia l'una sull'altra, rispetto a qualsiasi reato, è una soluzione astratta, artificiale*» (*op. cit.*, 277). Le diverse incriminazioni «(reati come la violazione di provvedimenti amministrativi, o delle norme in materia di sicurezza sul lavoro, piuttosto che il peculato, la calunnia o la corruzione, od ancora il sequestro di persona la rapina, lo sfruttamento sessuale di minorenni, etc.)

Già nel codice penale dovrebbero pertanto essere inserite delle norme che possano costituire il presupposto del percorso “espiativo” del reo, indirizzato ove possibile verso un pieno recupero dello stesso alla società. Le potenzialità rieducative della sanzione, sebbene trovino piena realizzazione ovviamente nella fase esecutiva della stessa, devono trovare riscontro già nel momento dell’irrogazione giudiziaria della pena, ed ancora prima nella previsione editale.

A dare la stura a questo nuovo indirizzo sia dottrinario che giurisprudenziale nelle teorie riguardanti le finalità della pena è stata la nota sentenza della Corte Costituzionale n. 313 del 2 luglio 1990, di cui è opportuno richiamare, infatti, alcuni passaggi motivazionali fondamentali, nei quali, nel dichiarare l’illegittimità dell’art. 444, c. 2, del c.p.p. «nella parte in cui non prevede che il giudice possa valutare la congruità della pena indicata dalle parti», nel procedimento c.d. di patteggiamento, detta delle indicazioni di pregnante rilievo, dalle quali il legislatore, nella predisposizione della disciplina del sistema sanzionatorio, non dovrebbe ormai poter più prescindere: «in uno stato evoluto, la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stessa della pena»; ed ancora «la necessità costituzionale che la pena debba tendere a rieducare (...) indica 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»¹²⁵.

hanno infatti strutture differenti e rispondono a logiche d’intervento differenti; anche le pene rispettivamente minacciate non possono pertanto che perseguire fini distinti »(*op. cit.*, 270-273). Auspicano l’introduzione di distinzioni *espresse* nelle finalità specifiche attribuite alla pena nei singoli casi, ma con riferimento particolare alla commisurazione, ed individuando la necessaria diversificazione non tanto tra i *contenuti*, oggetto della disciplina penalistica, quanto tra le possibili tipologie di interventi sanzionatori (portando ad esempio positivo il modello della legislazione sulle sanzioni sostitutive, di cui alla l. 689/81) MONACO L.-PALIERO C.E., *Variazioni in tema di "crisi della sanzione"*, cit., 429 ss.

¹²⁵ Per un commento alla sentenza cfr., per tutti, FIANDACA G., *Pena “patteggiata” e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale* (nota a sent. C. cost. 2 luglio 1990 n. 313, Voraldo e altro c. Presidente consiglio ministri), in *Foro it.*, 1990, I, c. 2385. Di particolare rilievo anche la sent. 8 luglio 1993, n. 306, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 1993, p. 507 ss.. Nonostante, soprattutto con la prima pronuncia, sembri ormai rivendicarsi il primato della prevenzione speciale nella finalizzazione della pena, valevole «tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell’esecuzione e della sorveglianza» (così C. Cost., 313/1990, cit., 229), da parte di taluni Autori è stata offerta un’interpretazione che ne ridimensionerebbe molto la portata, che sembrerebbe invece riconducibile a posizioni più consolidate e “tradizionali”, ed in particolare a preoccupazioni prettamente generalpreventive; cfr. l’analisi di MONACO L.- PALIERO E.,

Implicitamente, ma inequivocabilmente, si deduce perciò che anche il momento della concreta irrogazione della sanzione da parte del giudice deve essere “ispirato” alla finalità della rieducazione del reo, come anche quello della previsione generale ed astratta della sanzione a livello edittale da parte del legislatore deve contenere già le linee direttrici per un futuro recupero sociale del colpevole. Finalità che, giova puntualizzarlo, secondo la Consulta, deve essere obbligatoriamente perseguita, poiché «il verbo *tendere* vuole significare soltanto la presa d’atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l’adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione»¹²⁶.

Se dunque l’attuazione del principio di cui all’art. 27, c. 3, Cost. non può assolutamente prescindere dalla considerazione del momento applicativo della sanzione penale ad opera del magistrato decidente, che ha l’obbligo di individuare, tra le sanzioni disponibili, quella/e che, tenuto conto della specificità dell’illecito - sia sotto il profilo oggettivo (gravità del fatto, disvalore dello stesso, modalità della condotta), sia sotto il profilo soggettivo (personalità del reo, “intensità” dell’elemento psicologico) - possano realizzare, per lo meno *tendenzialmente*, la finalità rieducativa, diventa pregiudiziale, e addirittura imprescindibile, l’elaborazione di *un sistema sanzionatorio più variegato e organico*, composto di nuove

Variazioni in tema di «crisi della sanzione»: la diaspora del sistema commisurativo, cit., p. 436 ss.; Questi interpreti sottolineano, infatti, che a ben vedere nella sentenza citata la Consulta continua a ribadire la necessità dei caratteri di *afflittività, difesa sociale e prevenzione generale*, come «condizioni minime senza le quali la pena cesserebbe di essere tale», affermandosi perciò che «tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena (...) non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione». Il legislatore potrà dare la prevalenza di volta in volta all’una o all’altra finalità, «nei limiti della ragionevolezza» e sempre «a patto che nessuna di esse risulti obliterata» (v. C. Cost. 306/1993, cit., p. 519). In precedenza, si veda anche C. Cost. 25 maggio 1989, n. 282, in *Cass. Pen.*, 1990, p. 543; e in *Giur. it.*, 1990, p. 1, p. 500.

¹²⁶ Le basi per una piena valorizzazione del principio rieducativo, di cui all’art. 27, co. 3, Cost., erano già state ampiamente gettate dalla Consulta nella storica sentenza n. 364 del 23 marzo 1988, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, con nota di PULITANÒ D., *Una sentenza “storica” che restaura il principio di colpevolezza*, p. 710 ss., in tema di ignoranza “scusabile” della legge, in particolare per quel che concerne i rapporti tra il principio di personalità della responsabilità penale, di cui al primo comma dell’art. 27 Cost. e la finalità rieducativa della sanzione. Argomenti assai significativi, che costituiscono il parametro costituzionale cui qualsiasi disciplina del sistema sanzionatorio deve necessariamente sottostare, pena la sua incompatibilità con la Costituzione. Sul significato da attribuire alla rieducazione — tematica molto complessa ma altrettanto affascinante — la dottrina ha puntualizzato che «non sembra eccessivo affermare che dietro lo schermo della rieducazione può riproporsi quasi integralmente il dibattito fra dottrine preventive e dottrine retributive delle pene: a seconda che per rieducazione si intenda l’acquisizione di una “nuova moralità” (...) o invece si intenda una buona condotta puramente esteriore, il mero rispetto della legge penale»; cfr. DOLCINI E., *La “rieducazione del condannato” tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 471.

tipologie di sanzioni, diverse dalla pena detentiva, da riservare soltanto alla violazione di fattispecie di rilevante gravità.

Infatti, lacerando i legami sociali, creando un ambiente radicalmente diverso e semplificato rispetto alle relazioni di vita proprie del mondo libero, la pena detentiva rappresenta un fattore che tende ad incrementare anziché a prevenire la criminalità. D'altra parte il tentativo di un'esecuzione della pena ispirata a criteri di umanità e di risocializzazione del condannato, che sino ad oggi non è mai stato coronato da pieno successo, si scontra con forti resistenze politiche motivate dai suoi alti costi finanziari¹²⁷. In Germania, per questa ragione, solo il 5-8% dei condannati sconta effettivamente la pena detentiva, e al suo posto vi è un ampio ricorso alla pena pecuniaria, che costituisce appunto più dell'80% di tutte le condanne¹²⁸. Essa evita i difetti della pena detentiva pur mantenendone il carattere afflittivo, dal momento che determina un abbassamento del tenore di vita del condannato. Tuttavia, non può tacersi che la pena pecuniaria può rivelarsi inadeguata per molti gravi reati (specie se violenti), come per molti autori (specie se nullatenenti), spesso non è suscettibile di esecuzione forzata, e la sua efficacia è facilmente annullata dal sostegno offerto al condannato da parenti ed amici¹²⁹. Sembra, pertanto, indispensabile «un significativo ampliamento della gamma delle sanzioni, che ci consenta di adeguare le conseguenze giuridiche più efficacemente di quanto

¹²⁷ Così ROXIN C., *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, p. 3 ss., che afferma: «C'è poi un ulteriore compito della scienza del diritto penale, per la cui soluzione il passato non può esserci utile. Esso consiste nell'elaborazione di un nuovo sistema sanzionatorio».

¹²⁸ Sulla ripartizione tra pena detentiva e pena pecuniaria in Germania, cfr. GÖPPINGER H., *Kriminologie*, 5^a ed., 1997, p. 735 ss.; KAISER G., *Kriminologie - Ein Lehrbuch*, 3^a ed., 1996, p. 93, n. 36; ID., *Kriminologie*, 10^a ed., 1997, p. 44. Per una recente panoramica sintetica, ma efficace, del sistema sanzionatorio tedesco cfr. FORNASARI G., *Le alternative alla pena detentiva: un excursus nel sistema penale tedesco*, in *Dir. Pen. XXI Sec.*, 2008, p. 127 ss., secondo il quale il sistema sanzionatorio tedesco appare complessivamente piuttosto “tradizionale”, in quanto, anche se la pena detentiva ha perso in effetti la propria centralità, ciò è avvenuto a vantaggio della sola pena pecuniaria, che è in concreto la sanzione privilegiata dai giudici sul piano pratico-applicativo, quando essa è prevista in alternativa alla reclusione; mentre nessuno spazio è attribuito alle pene interdittive come potenziali pene principali alternative alla detenzione. Sotto questo profilo, dunque, nel dibattito scientifico tedesco sul sistema sanzionatorio non è affatto possibile scorgere quella tendenza che si è recentemente diffusa nelle diverse codificazioni europee (di cui si parlerà tra poco), circa l'elevazione delle pene accessorie a pene principali, comminate in via esclusiva, in luogo della pena detentiva, in un'ottica di progressivo retringimento del ricorso alla detenzione solo come *extrema ratio*.

¹²⁹ Cfr. ROXIN C., *I compiti futuri della scienza penalistica*, cit. loc. cit.. Per queste tradizionali obiezioni al ricorso alla pena pecuniaria in materia penale cfr. anche FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 415.

non sia accaduto sinora alle caratteristiche individuali dell'autore, alla sua condizione sociale e agli interessi della vittima - interessi prioritari per il ristabilimento della pace sociale»¹³⁰.

È chiaro, perciò, che a tal fine appare estremamente utile guardare a ciò che si è sperimentato con successo in altri Paesi, sempreché sussistano condizioni sociali analoghe¹³¹, soprattutto nell'ottica di un'armonizzazione sovranazionale del diritto penale, non solo in tema di presupposti della punibilità, ma anche per le conseguenze giuridiche della condotta punibile¹³².

L'esperienza francese e spagnola¹³³ costituiscono, difatti, un modello interessante sotto questo profilo, proprio per la varietà di sanzioni che contemplano. Si tratta di pene interdittive

¹³⁰ *Ibidem*. E conclude: «il non luogo a procedere subordinato all'infrazione di sanzioni non penali, l'ampliamento delle ipotesi di sospensione condizionale della pronuncia della condanna o dell'esecuzione della pena, il lavoro socialmente utile, il ritiro della patente come pena autonoma anche per reati diversi da quelli della circolazione stradale, la detenzione domiciliare con sorveglianza elettronica, sanzioni *ad hoc* nei confronti delle persone giuridiche per la criminalità economica e, soprattutto, l'inclusione nel sistema sanzionatorio del risarcimento del danno e delle ulteriori forme di indennizzo in favore della vittima (con effetto di attenuazione della pena, di sospensione condizionale o addirittura di esclusione della punibilità) porranno la scienza del diritto penale, nei prossimi decenni, di fronte a grandi compiti». Così anche VON HIRSCH A.– ASHWORTH A., *Proportionate sentencing. Exploring the principles*, Oxford Univ. press, 2005, p. 156 ss.

¹³¹ Per un'analisi dettagliata delle diverse risposte sanzionatorie negli altri paesi, cfr. VINCIGUERRA S., L'identità proteiforme della pena detentiva. Appunti per la comparazione fra ordinamenti penali europei, in A.a. V.v., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*. In ricordo di Adolfo Beria di Argentine, Giuffrè, 2002, p. 167 ss.

¹³² In questo senso BERNARDI A., *Sull'opportunità di una armonizzazione europea delle scelte sanzionatorie nazionali*, in *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo. Omaggio a Hans –Heinrich Jescheck per il 92° compleanno*, Foffani L. (a cura di), Giuffrè, 2006, p. 109 ss.

¹³³ Deve tuttavia registrarsi che l'ordinamento spagnolo ha subito dei notevoli stravolgimenti, soprattutto dal punto di vista sanzionatorio ad opera delle Leggi costituzionali n. 7/2003 del 30 giugno, n. 11/2003 del 29 settembre, n. 15/2003 del 26 novembre e n. 20/2003 del 23 dicembre. Le quattro riforme fondamentali della parte generale hanno riguardato infatti la reintroduzione della pena detentiva breve, l'aggravamento delle conseguenze della recidiva, l'introduzione di fatto della pena perpetua, così come l'irrigidimento delle condizioni di accesso ai benefici penitenziari e alla libertà condizionale. Le prime due riforme rispondono all'intento, in linea col programma del Governo allora in carica, di "ripulire le strade dai delinquenti"; mentre le ultime due esprimono l'esigenza di ridurre l'effettivo sconto della pena, sul modello di ispirazione francese della "vera perpetuità", ispirato ad una ideologia conservatrice. Il codice del 1995 aveva escluso le pene di reclusione inferiore a sei mesi, la cui funzione veniva svolta dall'innovativa pena degli arresti di fine settimana, dalla multa secondo il sistema dei tassi giornalieri e dai lavori socialmente utili. Il recupero delle pene da tre a sei mesi è stato giustificato con la mancata applicazione pratica degli arresti di fine settimana, principalmente a causa della carenza di investimenti che ne facilitassero la realizzazione. Pertanto, dove era prevista la reclusione fino a tre mesi, viene introdotta, congiuntamente alla multa, la pena dei lavori socialmente utili, che a ben vedere, per la frequenza della sua previsione, presenta difficoltà applicative ancor maggiori degli arresti di fine settimana. In questo senso, cfr. ARROYO ZAPATERO L. - GUTIÉRREZ

o inabilitative, sospensive, nonché di pene eseguite attraverso lavori di pubblica utilità. Esse ricalcano, parzialmente, in ordine ai contenuti, la categoria italiana delle pene accessorie, ma il loro carattere innovativo sta proprio in questo: nella possibilità di essere comminate a titolo di pena principale¹³⁴.

Il giudice di cognizione deve decidere se la sanzione diversa dalla pena detentiva sia sufficiente a coprire il disvalore del fatto e quindi se possa essere inflitta in via esclusiva. In tal modo gli ordinamenti francese e spagnolo assegnano al giudice un'ampia discrezionalità, – a fronte della “tendenziale automaticità” con cui le pene accessorie seguono quelle principali in Italia –, ma vincolano tale potere alla verifica di presupposti determinati: la gravità del fatto di reato e il collegamento tra la sanzione e l'autore. Se, infatti, l'illecito è stato commesso con abuso della potestà genitoriale o dei poteri inerenti un incarico o durante la guida di un automezzo, allora la pena sarà mirata a neutralizzare la condotta del responsabile ed a svolgere nei suoi confronti un ruolo rieducativo, evitando che egli si ponga nuovamente nelle condizioni in cui aveva commesso il reato. Così il reo verrà rispettivamente sospeso dalla potestà genitoriale, dall'esercizio dei poteri inerenti l'incarico, dal cui abuso è scaturito il reato, dall'uso della patente.

Bisogna riconoscere, tuttavia, che i governi occidentali attualmente stanno invece andando in una direzione opposta, dal momento che si nota una politica criminale tesa ad incrementare il numero degli istituti penitenziari, e dunque ad investire le già limitate risorse economiche a disposizione della finanza pubblica, soprattutto alla luce dell'attuale momento di crisi finanziaria a livello globale, su questa esclusiva tipologia di risposta al crimine, il carcere, i cui effetti deleteri si sono appena messi in luce e sono universalmente ormai noti, non dirottando invece queste risorse economiche verso l'incentivazione di percorsi riabilitativi, o alternativi al carcere¹³⁵.

ZARZA I., *Le riforme penali in Spagna fra il 2003 e il 2005*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 700 ss. Sull'argomento si veda anche QUINTERO OLIVARES G., *Adonde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre la Leyes Penales y los penalistas espanoles*, Thomson-Civitas, 2004, p. 91 ss; GONZALEZ CUSSAC J.L., *La contrarreforma penal de 2003: Nueva y vieja política criminal*, in *Rev. Jur. Galega*, 2003, p. 13 ss.

¹³⁴ Per un'analisi, anche di tipo comparatistico sulle sanzioni interdittive, a livello europeo, si rinvia allo studio di MENGHINI A., *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo*, cit., p. 185 ss.

¹³⁵ Sembra infatti doveroso accennare almeno al problema delle prigioni a gestione privata negli USA, come in Svizzera, che potrebbero comportare un inquietante incremento della legislazione repressiva,

1.3. Correttivo: costruzione di un diverso sistema di pene edittali “differenziato” per reati e per autori.

Secondo parte della dottrina, per risolvere l’ineffettività che affligge il sistema punitivo italiano, e per adeguarlo ai nuovi scopi della pena, tipici di un ordinamento penale moderno, la ricerca in questo settore dovrebbe sforzarsi in particolare di inquadrare meglio «le relazioni profonde che corrono tra le cornici edittali del fatto e la commisurazione della pena all’autore»¹³⁶, che d’altronde sono emblematicamente intrecciate nella disciplina della recidiva e nel ruolo che questa ricopre nella determinazione della pena (come si approfondirà nel prossimo capitolo). Per tale ragione si auspica già da tempo una nuova *strategia sanzionatoria differenziata*, non solo in base ai fatti commessi, ma soprattutto in relazione agli autori da punire¹³⁷: per una sanzione penale che sia dunque *effettivamente individualizzata*, già dal punto di vista legislativo, nella previsione astratta di diverse risposte punitive, e non solo attraverso le scelte estemporanee del singolo giudicante — al quale tra l’altro non dovrebbe chiedersi di compiere scelte di politica criminale —.

ed in particolare nell’utilizzo della pena detentiva, come normale risposta al crimine, per finalità economiche e speculative, che nulla hanno a che vedere con gli scopi e le finalità della sanzione penale! Sul carcere negli U.S.A. si veda GRANDE E., *Il terzo strike. La prigione in America*, Sellerio, 2007.

¹³⁶ Cfr. DONINI M., *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004, p. 229- 269 ss.; ID., *Il diritto penale differenziato. La coesistenza di classico e post-moderno nella penalità contemporanea*, in *Critica dir.*, 2007.

¹³⁷ DONINI M., *Il volto attuale dell’illecito penale*, *ult. op. cit.*, p. 231. Nello stesso senso anche EUSEBI L., *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, in *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, a cura di Stile A. M., Jovene, 2003, p. 536: «un altro polo di interesse fondamentale per un sistema sanzionatorio che voglia agire razionalmente, e tuttavia quasi del tutto latitante sia nella progettazione dei modi - annunciati in sede edittale e offerti al giudice - di risposta ai fenomeni criminosi, sia nell’ambito del processo: ci si riferisce alle diverse tipologie, e comunque alle caratteristiche personali, degli autori di reato (pure degli autori di reati della stessa specie)». Così già BAUMANN J., *Insegnamenti da una riforma penale*, in *Metodologia e problemi fondamentali della riforma del codice penale*, a cura di A. M. Stile, Jovene, 1981, p. 3 ss., dove, proprio in base alla sua esperienza come protagonista del Progetto alternativo per la riforma del codice penale tedesco (*Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*), rileva come il fallimento di questo progetto fosse dovuto al fatto di aver posto al primo posto lo sforzo sistematico, soltando sfiorando così i reali problemi che sorgono in una riforma del codice penale, negando sufficiente attenzione alla realtà del diritto penale, rappresentata dalla pena e dalla sua esecuzione. Concludendo dunque che sarebbe più opportuno creare innanzitutto una legge di esecuzione, con la quale sperimentare quali specie di conseguenze giuridiche possano risultare più indicate per le varie categorie di delinquenti sul piano criminalpedagogico.

Come rilevato da attenta dottrina, d'altronde, la differenziazione delle risposte sanzionatorie in rapporto al tipo di illecito e di delinquente, sarebbe del tutto coerente con le generali linee di tendenza della politica criminale a livello europeo¹³⁸.

Per raggiungere tale obiettivo tuttavia sembra indispensabile il ricorso ad un sapere empirico-criminologico¹³⁹, che non sembra in verità molto sviluppato nella nostra cultura scientifica, e che anzi sembra piuttosto osteggiato e guardato con un certo sospetto dalla scienza penalistica¹⁴⁰, come dimostra, tanto per fare degli esempi, la totale carenza di studi criminologici e statistici riguardo l'impatto dell'applicazione di talune sanzioni sui diversi autori, in relazione alla loro futura condotta; o alla prevenzione stessa di quei crimini; ovvero

¹³⁸ PAGLIARO A., Principi generali del Progetto Grosso e le tendenze del diritto penale, in La riforma del codice penale. La parte generale, Atti del Convegno di Pavia 10-12 maggio 2001, a cura di de Maglie C. e Seminara S., Giuffrè, 2002, p. 15, che tra le tendenze del diritto penale europeo colloca, tra le altre: la «differenziazione delle risposte sanzionatorie e loro proporzione all'illecito».

¹³⁹ Ci si riferisce soprattutto all'apporto dei saperi empirici della psicologia, della criminologia, della statistica, della sociologia, ed dell'economia. In senso analogo anche PALAZZO F., *Corso di diritto penale, Parte generale*, Giappichelli, 2005, p. 6: «nell'allestimento di sanzioni con prevalente funzione specialpreventiva, l'ordinamento è fortemente mutuatorio delle conoscenze empiriche e scientifiche in ordine alle condizioni e alle possibilità di determinare efficacemente il comportamento dei consociati, in modo da prevenire appunto le loro condotte illecite». Sull'idea della politica criminale come «scienza applicata», v. PULITANÒ D., *Politica criminale*, in *Diritto penale in trasformazione*, cit., p. 3 ss. Ancora, sull'importanza di un approccio problematico e di un'apertura interdisciplinare della scienza penale, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., p. 36. Sottolinea la necessità di "aggiornare" le tradizionali metodologie di riforma del sistema sanzionatorio, «dando ingresso, accanto agli indispensabili ancorché controversi paradigmi criminologici, ai modelli, scientificamente più accreditati, dell'analisi economica», PALIERO C.E., *Metodologie de lege ferenda*, cit., p. 547 ss.: secondo l'A., l'analisi «costi-effettività» costituisce «uno dei fondamentali metodi de lege ferenda», nell'ambito specifico della riforma del sistema sanzionatorio, consentendo di verificare le possibilità di massimizzazione del risultato, che, «quando si tratti di opzioni sanzionatorie 'alternative' alla detenzione (...) si identifica con l'effetto di risocializzazione»: *op. cit.*, p. 547-548 (corsivi nel testo); si veda inoltre ID., *L'economia della pena (un work in progress)*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 539 ss.

¹⁴⁰ Ricollega la sfiducia diffusa nella scienza penalistica italiana nei confronti della discrezionalità giudiziale alla più generalizzata, a livello internazionale, sfiducia negli accertamenti empirici, DONINI M., *La sintassi del rapporto fatto-autore nel "Progetto Grosso"*, in ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, 2003, p. 261 ss.; e in *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Stile A. M. (a cura di), Jovene, 2003, p. 59, in particolare nt. 12; come concause dell'esasperata esaltazione dell'«onnipotenza della legge astratta e uguale», che si riscontra a partire dal codice Rocco, fino ad oggi, nella disciplina delle circostanze e nella continua creazione di meccanismi di «blocco» alla discrezionalità del giudice soprattutto in fase di commisurazione della pena. Per una recente analisi del rapporto tra il sapere criminologico e la scienza penalistica cfr. FORTI G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Cortina, 2000, p. 17 ss., 101 ss., 176 ss.

la regola processuale che vieta l'utilizzo della perizia criminologica e psicologica (art. 220, comma 2 c.p.p.)¹⁴¹.

Questa base di conoscenza sembra in verità indispensabile per l'elaborazione di una legislazione penale che attui il principio di *ultima ratio*, ovvero di sussidiarietà, intesa in una delle due sue accezioni fondamentali: quella che deve portare all'esecuzione effettiva della sanzione solo come rimedio estremo, accanto ad altre sanzioni penali parimenti disponibili (decarcerizzazione programmata, impiego prioritario di sanzioni alternative alla detenzione¹⁴²).

Questa sussidiarietà però è evidentemente a solo appannaggio del legislatore, con la conseguenza dunque che si tratta di scelte non *giustiziabili* dalla Corte Costituzionale, salvo trovare una base epistemologica, che dovrà evidentemente essere interdisciplinare¹⁴³.

Perché dunque lo strumento penale non sia solo simbolico¹⁴⁴, e retribuzionistico, ma altresì efficiente, dal punto di vista di quello che dovrebbe essere il suo scopo principale, ossia

¹⁴¹ In merito alla scelta del legislatore penale di vietare l'utilizzabilità dello strumento della perizia psicologica vi è sempre stato un atteggiamento di *self restraint* da parte della Corte Costituzionale, come testimoniano le sentenze della Corte cost., 9 luglio 1970, n. 124, in *Giur. cost.*, 1970, p. 1566, richiamata in termini analoghi da Corte cost., 19 dicembre 1973, n. 179, *ivi*, p. 2393, ove la Corte salva l'art. 220, comma 2 c.p.p. dalla censura *sub art. 27*, comma 3 Cost., affermando che «il problema non è di legittimità costituzionale, ma di discrezionalità legislativa, poiché importa un giudizio di merito sull'utilizzabilità processuale di una scienza». Ritiene comprensibile l'atteggiamento prudente della Consulta in un simile settore, in quanto fortemente connotato in senso politico, BELFIORE E. R., *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Giuffrè, 2005, pp. 269-270. Occorre tuttavia sottolineare come il *divieto di perizia psicologica* nel nostro ordinamento penalistico non valga né nel processo penale a carico di minorenni (art. 9 del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, che consente al p.m. e al giudice di sentire il parere di esperti al fine di condurre accertamenti sulla personalità del minore) e nella fase esecutiva della pena (l'art. 80 della L. 26 luglio 1975, n. 354, recante le norme sull'ordinamento penitenziario, consente all'amministrazione penitenziaria, per lo svolgimento delle attività di osservazione e di trattamento, di avvalersi di esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica).

¹⁴² VON HIRSCH A.–ASHWORTH A., *Proportionate sentencing. Exploring the principles*, Oxford Univ. press, 2005, p. 155, laddove von Hirsch A. parla di “*proportionate non-custodial sanctions*”.

¹⁴³ E' la stessa “*scienza della sussidiarietà*”, la quale contempla «l'esecuzione effettiva della sanzione privativa della libertà come rimedio estremo, accanto ad altre sanzioni penali parimenti disponibili», a richiedere «"indagini sugli impatti delle scelte normative"» e ad esigere «"l'impiego di una vasta gamma di saperi empirici"»; cfr. così DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., p. 85 ss., e ID., *Metodo democratico e metodo scientifico*, in *Alla ricerca di un disegno*, cit., p. 32 ss. e *passim*.

¹⁴⁴ Laddove per “diritto penale simbolico” s'intende «quel diritto che non mira alla tutela di un bene, ma serve solo a soddisfare i politici nel loro intento di tranquillizzare i cittadini», così PAGLIARO A., *Lo schema di legge delega per un nuovo codice penale; metodo di lavoro e principi ispiratori*, in *Ind. pen.*, 1994, p. 255.

la prevenzione della criminalità in termini di rieducazione del singolo, e di orientamento della collettività, sembra indispensabile il ricorso ad indagini empiriche e a verifiche extrapenali¹⁴⁵.

Vi dovrebbe essere, cioè, una modulazione delle cornici edittali, non solo in base alla gravità del reato, ma anche in base alle comuni caratteristiche che ricorrono negli autori di certe categorie di reati.

Il ricorso alla sanzione della pena detentiva appare oggi assolutamente anacronistico, soprattutto con riferimento alla crescente complessità della realtà “criminale”, con riguardo alle nuove tipologie di reato, sempre meno riconducibili alla categoria dei cc.dd. reati naturali, e alla variegata galleria di personalità che compongono il “popolo dei delinquenti”.

Da queste considerazioni scaturisce pertanto la indefettibile necessità di ripensare il sistema sanzionatorio, anche in funzione della specificità degli illeciti e di prevedere modalità afflittive idonee, in concreto, ad essere percepite e ritenute tali dagli autori del reato; con lo scopo di ricondurre quel determinato reo a considerare, in termini nuovi e diversi, il proprio apporto con la società e con il dovere di osservare le norme che regolano la convivenza civile¹⁴⁶.

Un’attuazione, seppur settoriale e limitata, dei principi su esposti è stata compiuta, a nostro avviso, da parte del legislatore nel circoscritto microsistema penalistico di competenza

¹⁴⁵ «È del tutto incongruo, peraltro, ritenere - come di certo non lo riterrebbe l'esperto di *marketing* di una qualsiasi azienda - che una strategia, nel nostro caso quella penalistica, orientata a motivare condotte possa non tener conto delle diverse condizioni in cui operino, o comunque vivano, i destinatari dei suoi messaggi. Il che dovrebbe orientare a costruire le strategie penalistiche in rapporto ai requisiti più probabili degli agenti potenziali di un certo reato, anche in vista di un'esecuzione penale rispetto ad essi sensata» (cfr. ancora EUSEBI L., *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?*, op. cit. loc. cit.). Sulla necessità di verifiche anche di tipo empirico, in un sistema penale orientato allo “scopo”, si veda l'intramontabile lavoro di MONACO L., *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, Jovene, 1984, p. 175 ss., 262 ss.

¹⁴⁶ L'idea di una differenziazione della risposta sanzionatoria astratta in base alle divergenti tipologie di autore, in Italia è stata vigorosamente esposta e pregevolmente argomentata da DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., che afferma: la «stessa gerarchia dei fini della pena è funzione delle tipologie d'autore: il programma preventivo non può essere per definizione lo stesso, a parità del fatto, di fronte a un criminale professionista e ad un autore primario. Anche la loro “colpevolezza”, di regola, muterà, perchè verrà declinata secondo considerazioni di scopo: infatti, la stessa esigenza, oggi molto recepita sul modello tedesco, che la pena applicata non superi *il limite della colpevolezza per il fatto*, non può sottrarsi (quand'anche non la nomini) a una valutazione della *capacità criminale* dell'autore, sia pur concretizzata “all'interno” di una *cornice di colpevolezza* che già restringe, in concreto, la *cornice edittale* della pena prevista per il reato commesso. La presa d'atto di questa realtà rende doveroso (...), esigere che ogni futura commisurazione si confronti con *cornici edittali di pena* pensate *in funzione anche del rapporto fatto/autore*, e non costruite sull'esclusivo rapporto con il fatto» (p. 274 s., corsivi dell'A.).

del giudice di pace¹⁴⁷: sia dal punto di vista di una maggiore “differenziazione sanzionatoria”, poichè prevede delle pene differenti da quelle tradizionalmente carecerocentriche (le c.d. pene paradedentive) – come la sanzione del lavoro di pubblica utilità, o la permanenza domiciliare¹⁴⁸ -; sia da quello dell’espansione, o meglio rivalutazione della discrezionalità giudiziale nella scelta e determinazione della risposta punitiva, prevedendo delle conclusioni alternative alla condanna¹⁴⁹.

Un recente esempio di prima attuazione di questa ipotesi di strategia punitiva, potrebbe essere rappresentato dalla nuova sanzione del lavoro di pubblica utilità previsto nella disciplina degli stupefacenti, e dunque finalizzato ai soli *criminali tossicodipendenti* (art. 73, comma 5-bis d.P.R. 309/1990)¹⁵⁰, da irrogare all’imputato, tossicodipendente o assuntore di sostanze stupefacenti o psicotrope, che ne faccia richiesta, quale pena sostitutiva della pena detentiva o di quella pecuniaria.

¹⁴⁷ Parla infatti di un “diritto penale mite”, come diritto penale privo della pena detentiva, BRUNELLI D., *Le sanzioni del diritto penale mite: funzioni e prospettive*, in *Sanzioni e protagonisti del processo penale*, a cura di Cerquetti G. e Fiorio C., Cedam, 2004, p. 3 ss.; ID., *La sanzione nel diritto penale mite: dalla discrezionalità applicativa alla “certezza” della esecuzione*, in *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Picotti-Spangher (a cura di), Giuffrè, 2005, p. 77 ss.

¹⁴⁸ L’art. 52, comma 2 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, ha introdotto la pena della permanenza domiciliare e la pena del lavoro di pubblica utilità.

¹⁴⁹ «La “sequenza” non è più quella formale reato-processo-pena-esecuzione, ma diviene quella sostanziale autore-vittima-società, che richiede una composizione, soluzione o superamento del conflitto fra le diverse parti, affidati in gran parte alla discrezionalità del giudice di pace», cfr. PICOTTI L., *Osservazioni conclusive sui contenuti e limiti della discrezionalità nel sistema penale del giudice di pace*, in *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, cit., p. 281.

¹⁵⁰ Anche se deve ricordarsi che tale misura sanzionatoria non è poi così innovativa nel nostro ordinamento, dal momento che già era prevista, ad esempio, dagli artt. 102, co. 2 e 105 della l. 698 del 1981, in caso di insolvenza del condannato a pena pecuniaria, e nell’art. 224-bis d.lgs 285 del 1992, del codice della strada, sebbene abbia avuto una scarsa attuazione, soprattutto per problemi applicativi, su tali rilievi e comparazioni cfr. TARANTINO L., *Le frontiere dell’esecuzione penale tra inedite esperienze rieducative e limiti di sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 309 ss. Secondo la recente sentenza della S.C., Sez. VI pen., 27 giugno - 4 settembre 2008, n. 34620, inedita, la possibilità di applicare il lavoro di pubblica utilità è subordinata ai seguenti presupposti: a) la condizione di tossicodipendente o di assuntore di stupefacenti; b) la sentenza di condanna o di patteggiamento che ritenga l’attenuante del fatto lieve; c) la richiesta dell’imputato; d) la non sussistenza delle condizioni per concedere la sospensione condizionale della pena. Inoltre, quanto al presupposto del consenso dell’interessato (necessario, perché trattasi di una sanzione che comporta un’attività lavorativa), la sentenza puntualizza che, poiché la disposizione non ripropone il meccanismo di «formazione progressiva» della sentenza, così come è invece previsto dall’articolo 33 del decreto legislativo 28 agosto 2000 n. 274, in tema di procedimento penale davanti al giudice di pace, si deve ritenere che l’imputato possa formulare la richiesta in via subordinata.

La particolarità della sanzione del lavoro di pubblica utilità prevista dal co. 5-bis dell'art. 73, rispetto a quella prevista dalla disciplina del giudice di pace, consiste però nel fatto che in tema di stupefacenti, esso «ha una durata corrispondente a quella della sanzione detentiva irrogata» (in espressa deroga all'art. 54 del d.lgs 274 del 2000). Proprio per tale particolarità, pertanto, questa previsione, che potrebbe sembrare innovativa e rispondente a quelle che, secondo il nostro auspicio, dovrebbero essere le tendenze sanzionatorie in materia penale, sembra in realtà costituire piuttosto un espediente per deflazionare e decongestionare gli istituti penitenziari, sempre più (sovra)affollati proprio da questa tipologia di criminali: non uno strumento quindi effettivamente special preventivo e risocializzante, ma uno mezzo di contenimento di un fenomeno sociale preoccupante e in continua evoluzione, dal momento che la pena edittale in astratto rimane comunque troppo elevata e sproporzionata, giacché il massimo edittale del comma 5° è pari ad anni sei di reclusione¹⁵¹.

Da ultimo, non può tacersi quello che, in una prospettiva *de iure condendo*, rappresenta, a parere di taluni, l'ostacolo tecnico maggiore da superare: la costruzione di comminatorie edittali non più solo basate sulla pena detentiva, o pecuniaria, con la loro indubbia caratteristica di graduabilità, bensì edificate su differenti tipologie sanzionatorie pongono inevitabilmente il problema di una loro *graduazione* in termini di proporzione rispetto alla scala dei diversi gradi di disvalore che può rivestire l'illecito già in astratto, e l'eventuale criterio di precedenza da adottare nella scelta tra diverse sanzioni prospettate contestualmente in via edittale per il medesimo reato¹⁵².

¹⁵¹ Sulla eccessiva severità delle pene comminate per i criminali in materia di stupefacenti, anche dal punto di vista comparatistico cfr. RUGA RIVA C., *La nuova legge sulla droga: una legge "stupefacente" in nome della sicurezza pubblica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2006, p. 234 ss.; e MANES V., *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti. Frasarario essenziale alla luce dei principi di offensività, proporzione e ragionevolezza*, in *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. Insolera, Cedam, 2006, p. 95 ss.

¹⁵² Così avverte ad esempio PONGILUPPI C., *Le cornici edittali al banco di prova di un sistema sanzionatorio differenziato*, cit., p. 947 ss.: «Nel passaggio (...) ad un sistema "differenziato", in cui nuove e diverse tipologie sanzionatorie si affiancano l'una all'altra nella comminatoria legale dei singoli reati, l'immediatezza del significato di gravità contenuto nella determinazione della pena astrattamente applicabile si viene a sfumare, se non a perdere del tutto: da un lato perché il contenuto della sanzione *ben potrebbe risultare non graduabile in senso quantitativo*; dall'altro, e soprattutto, per la difficoltà di creare una scala di "gravità punitiva" tra sanzioni qualitativamente diverse tra loro, di differente intensità afflittiva, incidenti su diversi beni della vita e come tali tra loro difficilmente confrontabili. Si rischia così di creare incoerenze e irragionevolezza ulteriori nel complesso sanzionatorio, venendo a mancare la possibilità di individuare le coordinate precise ed evidenti di una

A ben vedere, però, la difficoltà di graduare *quantitativamente* sanzioni differenti dalle tradizionali pene detentive o pecuniarie, non sembra in verità da sopravvalutare dal momento che anche sanzioni di tipo interdittivo, ablatorio, o a maggior ragione paradetentivo — come, ad esempio, il lavoro socialmente utile o l'arresto nei fine settimana, ovvero le inabilitazioni in genere —, appaiono comunque idonee ad essere costruite in una scala progressiva di serietà, proporzionata al disvalore del fatto, in quanto tutte collegate comunque al fattore temporale, suscettibile dunque di frazionamento¹⁵³.

Più complessa invece appare la possibilità di creare una gerarchia tra le differenti tipologie di sanzioni, capace di ordinarle nel rispettivo diverso grado di afflittività, secondo una scala continua di graduazione di entità afflittiva (“*kontinuierliche Schwereskala*”), nel particolare caso delle *cornici edittali alternative*, nelle quali una medesima fattispecie dispone di possibilità sanzionatorie *qualitativamente diverse*, e per le quali una gradazione “gerarchica” di “entità afflittive” appare poco afferrabile, ed estremamente problematica¹⁵⁴.

corrispondenza tra gravità del reato e gravità della pena, e dunque i criteri tendenzialmente in grado di assicurare certezza ed uguaglianza dell'intervento punitivo».

¹⁵³ Come dimostrerebbe lo stesso ordinamento spagnolo, che prevede un minimo e massimo edittale anche per questi tipi di sanzioni, aumentati nel massimo e diminuiti nel minimo dalla recente riforma operata dalla Ley Organica 15/2003 già citata. Cfr. inoltre LLORCA ORTEGA J., *Manual de determinación de la pena*, 6^a ed., corr. y aument. con las leyes reformadoras del Código Penal y la doctrina jurisprudencial emitada hasta 1 de mayo de 2004, Tirant lo Blanch, 2005, in particolare, p. 70, sul frazionamento possibile nella determinazione della pena per tutte le forme di sanzione collegate al tempo.

¹⁵⁴ Spunti interessanti sul tema dei rapporti tra comminatoria edittale e commisurazione della pena, anche in ipotesi di sanzioni comminate in via alternativa, si ricavano principalmente nella letteratura tedesca. Alcuni Autori sottolineano, infatti, come la scelta tra più *tipologie* sanzionatorie, tutte ugualmente previste dal legislatore come potenzialmente e astrattamente adeguate alle diverse realizzazioni concrete della fattispecie incriminatrice tipica, sia il frutto di considerazioni “assiologiche” da parte del giudice, e si svolga senza che siano previsti precisi criteri guida, che rendano controllabile, e cioè verificabile, la decisione relativa all'una piuttosto che all'altra modalità di reazione: DREHER E., *Über Strafrahmen*, in *Festschrift für Hans-Juergen Bruns zum 70. Geburtstag*, a cura di Frisch W., Heymann, 1978, p. 155 («in den allermeisten Fällen kann (...) niemand sagen, ob sie (die Wertentscheidungen des Richters) richtig oder falsch sind, und so stellt auch der endgültig gewählte Strafrahmen nur schwankenden Boden dar»); secondo l'A. nella scelta tra più tipologie di pena, od anche in quella tra più cornici edittali, non può parlarsi di una scala continua di gravità (*op. cit.*, p. 154). Per un rapido *excursus* su alcuni modelli di ricostruzione della successione di gravità delle diverse modalità di pena, si veda SCHOTT T., *Gesetzliche Strafrahmen und ihre tatrichterliche Handhabung: eine empirische Untersuchung zu Gesetzssystematik und Rechtstatsächlichkeit bei ausgewählten Deliktsbereichen*, Nomos Verl.-Ges., 2004; p. 88 ss. Su alcune posizioni radicalmente orientate all'esclusione di una comparabilità tra i diversi tipi di pena, con particolare riferimento alla pena pecuniaria e a quella detentiva, ID., *op. cit.*, p. 85.

Tuttavia, vi è chi condivisibilmente ritiene sia possibile individuare una precisa gerarchia tra le differenti possibilità di reazione del sistema penale alla commissione di un fatto di reato (*Strafarten*), che consenta di organizzarle, anche nell'applicazione concreta, secondo la loro differente entità afflittiva, in combinazione ai diversi gradi di disvalore reale del fatto: partendo dagli istituti della sospensione del procedimento per esiguità del fatto o in seguito al compimento della condizione (*Einstellung von Verfahren wegen Geringfügigkeit, o nach Erfüllung von Auflage*, in base ai §§ 153 e 153a StPO), passando attraverso l'istituto della *Verwarnung mit Strafvorbehalt*, secondo il § 59 StGB, per arrivare all'applicazione di una pena pecuniaria, «più lieve di qualsiasi pena detentiva», poi a quella di una pena detentiva sotto condizione, seguita da quella ad esecuzione parziale, e giungendo infine all'apice costituito dalla pena detentiva principale con l'aggiunta di pene accessorie¹⁵⁵.

È certo in ogni caso che, nella predisposizione di diverse e numerose possibilità sanzionatorie per la singola fattispecie di reato, l'esigenza insopprimibile della “certezza della pena”, sottesa al principio costituzionale di legalità, richiede che la scelta sia comunque ristretta a limitate tipologie di pena. D'altro canto, però, ciò potrebbe contrastare con l'opposta esigenza di giustizia del caso singolo, ovvero, come è stato osservato, con il principio "costituzionalmente orientato" della stretta necessità dell'intervento penale dello Stato, che impone che venga *lasciata aperta la possibilità di graduare verso il basso le reazioni sanzionatorie*, in relazione all'osservata e analizzata situazione personale del reo¹⁵⁶.

La necessità di una più stretta considerazione delle caratteristiche e condizioni personali del soggetto agente assume rilievo infatti già nella fase edittale, attraverso la predisposizione di strumenti sanzionatori che possano meglio adattarsi alla situazione singola.

Accanto al fenomeno delle comminatorie alternative, poi, ulteriormente problematica si presenta l'ipotesi in cui il trattamento in concreto complessivamente applicato al reo viene ad essere costituito dalla “combinazione” di conseguenze sanzionatorie di diversa natura: si può trattare di una combinazione di pene principali e pene accessorie (quali, per il diritto tedesco, ad esempio, la sospensione della patente - *Fahrverbot*- ai sensi del § 44 StGB), o di pene e misure di sicurezza (o altre misure *sui generis* quali quelle previste dai §§ 73 ss. StGB).

¹⁵⁵ Così, BRUNS H.J., *Das Recht der Strafzumessung*, 2^a ed., Berlin, 1985, p. 72 ss..

¹⁵⁶ In questi termini, cfr. FREUND G., *Straftatbestand und Rechtsfolgebestimmung. Zur Bedeutung der gesetzlichen Regelungstechnik und der „harmonisierten“ Strafrahmen für die Strafzumessung*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1999, p. 515.

Tali diverse “modalità di reazione” al reato, dunque, si sommano tra loro, con una intensità afflittiva, che talora sfugge ad una concreta misurabilità¹⁵⁷. Certamente, in una prospettiva *de iure condendo*, il legislatore, che voglia porre in opera un sistema sanzionatorio differenziato ma anche proporzionato, dovrà ben valutare il ruolo da attribuire alle pene accessorie, che tra l’altro nel nostro ordinamento hanno anche un regime automatico ormai inaccettabile, nell’ottica dunque di abolirle, ove ritenute eccessivamente gravose, ovvero di farle assurgere al ruolo di pene principali, e comunque limitando le c.d. comminatorie congiunte¹⁵⁸.

2. b) La perenne ricerca della proporzione della misura legale della pena al disvalore dell’illecito: il ruolo ipertrofico delle circostanze del reato.

La necessità di attribuire rilevanza giuridica a situazioni o fattori diversi da quelli che caratterizzano il reato base, in grado di valutare meglio il disvalore del fatto, incidendo in maniera attenuante o aggravante sulla pena, non è certo un problema dei tempi moderni.

Già a partire dall’illuminismo, spinti dal bisogno di legalità, è stata creata un’espressa previsione legislativa, oggi conosciuta col termine tecnico di circostanza, che, come sta ad indicare già il suo significato etimologico (*circum stant*), consiste in un elemento che sta intorno ad una fattispecie di reato, già di per sé perfetta. Si parla a riguardo, infatti, di *accidentalìa delicta*, proprio per sottolineare che le circostanze possono mancare in concreto senza che il reato venga meno nei suoi elementi costitutivi (c.d. *essentialìa delicti*). Caratteristica principale delle circostanze sembrerebbe, quindi, quella dell’*accessorietà*: affinché l’elemento circostanziale sia tale, la sua mancanza non deve escludere la sussistenza di un determinato reato, sia che ciò produca la configurabilità di un reato diverso, sia che ne derivi l’assoluta irrilevanza penale della condotta che di quell’elemento difetti¹⁵⁹.

¹⁵⁷ SCHOTT T., *Gesetzliche Strafrahmen und ihre trichterliche Handhabung*, cit., p. 77. Secondo l’A., ciò contribuisce a creare una complessità strutturale che rende lo schema della differenziazione scalare delle quantità di pena, come contenuto della cornice edittale, semplicistico a livello teorico, e nella pratica essenzialmente inservibile (la cornice edittale è «eine zu komplexe Konstruktion (...) um diese als kontinuierliche Schwere skala beschreiben zu können»: Schott, *Gesetzliche Strafrahmen und ihre trichterliche Handhabung*, cit., p. 42).

¹⁵⁸ MENGHINI A., *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo*, Giappichelli, 2008.

¹⁵⁹ Come si evincerebbe, secondo CONCAS L., *Il nuovo sistema delle circostanze*, in *Cass. pen.*, 1984, p. 2294 ss., dall’analisi degli artt. 61 e 62 c.p., che, nell’introdurre l’elenco delle varie circostanze

Nel periodo illuministico, però, le circostanze erano utilizzate nell'accezione di «*criteri indefiniti di commisurazione intraeditale della pena*», essendo palmare la differente natura e funzione degli *accidentalia delicti* rispetto agli *essentialia*¹⁶⁰. Mentre questi ultimi attenevano, naturalmente, alla struttura del reato ed alla teoria generale del reato incidendo, essi soli, sulla determinazione legale della forbice editale del precetto secondario, le circostanze, invece, afferivano alla ben distinta area della *commisurazione giudiziale* della pena ed esplicavano una efficacia rigorosamente intraeditale, rispondendo alla sola esigenza dell'adeguamento del trattamento sanzionatorio alle specificità del caso concreto¹⁶¹.

I compilatori del codice penale Rocco del 1930, tuttavia, nell'ossessione di non lasciare spazi al potere discrezionale del giudice, salvo quelli strettamente indispensabili, credendo che la legge potesse tipizzare ogni variabile concreta del fatto, operarono una scelta politico-criminale diversa, elevando le circostanze al rango di elementi (sebbene solo eventuali) della struttura del reato, optando per la collocazione sistematica della loro disciplina nel titolo III del libro I della parte generale del codice, quello dedicato al reato, conferendo ad esse una funzione teoretica di *rideterminazione legale extraeditale* della cornice sanzionatoria, ancora più evidente nelle circostanze ad efficacia speciale, autonome od indipendenti¹⁶². È chiaro che

comuni, premettono che gli elementi descritti attenuano o aggravano la pena «quando non ne sono elementi costitutivi».

¹⁶⁰ La originaria natura illuministica delle circostanze quale criterio di commisurazione intra-editale della pena è ben messa in evidenza da CAVANNA A., *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Giuffrè, 1975, p. 11 ss.; DE VERO G., *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Giuffrè, 1983, p. 17 ss.; MELCHIONDA A., *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, cit., p. 133 ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 414.

¹⁶¹ Per una accurata ricostruzione storica e comparata dell'evoluzione dell'istituto delle circostanze del reato nei sistemi penali moderni, v. MELCHIONDA A., *Le circostanze del reato*, cit., p. 133 ss.

¹⁶² Sulle diverse funzioni, teoretica o pratica, attribuibili alle circostanze, si veda ROMANO M., *Commentario sistematico al codice penale*, Art. I-84, vol. I, III^a ed., Giuffrè, 2004, p. 632; PREZIOSI S., *La fattispecie qualificata*, cit., p. 14. Ritiene che le circostanze assolvano, prima ancora che una funzione di commisurazione giudiziale della pena, una funzione di rideterminazione sul piano normativo dei caratteri della fattispecie astratta, STILE A.M., *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, cit., spec. p. 43 ss., 54 ss. e 99 ss., ad avviso del quale esse possono essere considerate afferenti (anziché al tema della commisurazione sanzionatoria della pena) al tema del concorso di reati (tra fattispecie base e fattispecie circostanziata) nella misura in cui modificano la stessa cornice editale e, quindi, la fattispecie incriminatrice astratta. Di analogo ordine di idee sono MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 414; PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, II^a ed., Giappichelli, 2006, p. 522. Sul punto cfr. anche DONINI M., *La sintassi del rapporto fatto/autore nel "Progetto Grosso"*, in *La riforma della Parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, a cura di Stile A.M., Jovene, 2003, p. 59, nota n. 13; ora anche in

una volta sottratte le circostanze (almeno apparentemente¹⁶³) all'area della commisurazione giudiziale della pena e collocate in quella della teoria generale del reato - per la precisione nelle c.d. "forme di manifestazione del reato"¹⁶⁴ - si è presentata per la scienza penalistica la necessità ineluttabile di ridefinirle e di distinguerle dall'altra *species* di elementi del reato, quelli c.d. essenziali, anche sotto il profilo funzionale.

La definizione comunemente condivisa dalla dottrina italiana delle "circostanze del reato" quali elementi meramente accidentali di un illecito già perfetto nella sua struttura, che non incidono sulla sua esistenza bensì, unicamente, sulla sua gravità e, conseguentemente, sulla entità della pena da applicare¹⁶⁵, mentre, per un verso, assolve una valida funzione sistematico-classificatoria rispetto alle circostanze già definite espressamente come tali dal legislatore; per altro verso, però, non contiene alcuna indicazione utile per poter stabilire con certezza quando, nel silenzio della legge, un dato elemento specializzante di una fattispecie incriminatrice costituisca un elemento circostanziato, e quale sia realmente la sua funzione. Si capisce, allora, come la scelta di elevare un elemento naturalistico a circostanza del reato derivi unicamente da una libera decisione, potestativa e discrezionale, del legislatore, anziché da una sua presa d'atto dell'esistenza di un dato naturalistico definibile già *ex ante*, al di fuori del diritto, come circostanza o come elemento essenziale¹⁶⁶.

DONINI M., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, 2003, p. 237 ss. Di diverso avviso è invece DE VERO G., *Circostanze del reato*, cit., p. 1 ss.

¹⁶³ Osserva come anche nel codice Rocco, nonostante la diversa scelta sistematica, le circostanze (soprattutto quelle ad efficacia comune) continuino ad assolvere anche (se non addirittura esclusivamente) una funzione determinante in sede di commisurazione giudiziale della pena, DE VERO G., op. cit., p. 119 ss.

¹⁶⁴ Definisce efficacemente questo riferimento teorico come «etichetta sistematica», GUERRINI R., *Le circostanze del reato*, in *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Giappichelli, 2001, p. 273 ss.

¹⁶⁵ In tal senso cfr., SANTORO A., *Teoria delle circostanze del reato*, Utet, 1952; CONTENUTO G., *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Jovene, 1963; MARINI G., *Le circostanze del reato*, Giuffrè, 1965; MALINVERNI A., voce *Circostanze del reato*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Giuffrè, 1961, p. 66 ss.; PADOVANI T., voce *Circostanze del reato*, in *Dig. pen.*, vol. II, Utet, 1988, p. 187 ss.; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., p. 308; MANNA A., voce *Circostanze del reato*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, 1993, p. 1 ss.; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XIV^a ed. a cura di Conti, Giuffrè, 2003, p. 437; FIANDACACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 379; PULITANÒ D., *Diritto penale*, cit., p. 428; FIORE C. - FIORE S., *Diritto penale. Parte generale*, II^a ed., vol. II, Utet, 2005, p. 3; MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II^a ed., Giuffrè, 2006, p. 419; PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 520 s.

¹⁶⁶ Sottolinea in maniera chiara la inesistenza di elementi differenziali tra le due categorie sul piano ontologico-qualitativo, ROMANO M., *Commentario*, cit., p. 634.

Sempre valida rimane dunque la definizione di Gaetano Contento, nella parte in cui afferma la innegabile necessità di riconoscere alle circostanze «il più esplicito tentativo del legislatore di rendere quanto più possibile il diritto al fatto in una materia in cui, più che in ogni altra, è viva e urgente la necessità di non dissociare la regolamentazione giuridica dalla realtà umana che ne è oggetto»¹⁶⁷.

Ma se dunque non vi è alcuna ontologica differenza tra un elemento del reato ed un elemento c.d. *accessorio*, la scienza penalistica ha cercato di individuare un altro criterio distintivo più pregnante, rintracciando il tratto tipico ed essenziale delle circostanze in senso tecnico nella *idoneità a provocare la variazione della quantità* (o, talvolta, *della qualità*) della *pena edittale del reato semplice*, variazione che, a sua volta, si pone *come conseguenza del mutamento della gravità del reato sotto l'aspetto oggettivo o soggettivo*¹⁶⁸.

Come è stato rilevato, infatti «la *ratio essendi* delle circostanze va ricercata in quella continua aspirazione del diritto penale a rendere il più aderente la valutazione legale e a meglio adeguare la pena al reale disvalore dei fatti concreti: cioè ad una sempre maggiore individualizzazione dell'illecito penale e della responsabilità; nonché a circoscrivere la discrezionalità del giudice nella determinazione della pena»¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Cfr. CONTENTO G., Introduzione allo studio delle circostanze del reato, cit., p. 2,

¹⁶⁸ E' infatti fuor di dubbio, per MELCHIONDA, *Circostanze del reato*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, Giuffrè, 2006, p. 894, che «il principale (se non unico) profilo identificativo dell'istituto [delle circostanze] possa essere colto solo nella esplicita previsione normativa di effetti modificativi direttamente incidenti sulla sanzione principale stabilita dalla legge per una determinata figura di reato». A tutte le circostanze, invero, anche a quelle che importano una variazione di pena dipendente dal reato base (c.d. circostanze ad effetto comune) il sistema riconosce un'efficacia di ampliamento della cornice edittale. Non sono quindi circostanze in senso tecnico quelle che l'art. 59, comma 1 c.p. denomina impropriamente "circostanze di esclusione della pena", e non lo sono neanche, sebbene una parte della dottrina utilizzi al riguardo l'espressione "circostanze improprie", gli indici di gravità del reato di cui all'art. 133 c.p.: le prime infatti non variano, ma escludono la pena insieme al reato; i secondi fungono invece, prima e al di fuori della eventuale presenza di circostanze aggravanti ed attenuanti, da criteri di commisurazione della pena all'interno della cornice edittale del reato semplice. Si ritiene non siano circostanze, nonostante consentano una variazione extraedittale, gli aumenti e le diminuzioni della pena pecuniaria di cui all'art. 133 bis c.p. comma 2, in quanto rappresentano soltanto uno strumento di adeguamento della sanzione in realzione alle condizioni economiche del reo e operano solo quando ogni valutazione inerente al disvalore complessivo del fatto è già compiuta. Cfr. ROMANO M., *Commentario*, cit., p. 594. In senso difforme v. MARINI G., *Circostanze del reato*, in *Noviss. Dig. it., Appendice*, vol. I, Utet, 1980, p. 1254.

¹⁶⁹ MANTOVANI F., *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 398; in questi termini anche FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 412.

Nell'ottica del legislatore autoritario del '30, la tipica funzione delle circostanze del reato, dunque, era principalmente quella di imbrigliare la discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena, richiedendogli di tener in particolare considerazione le condizioni oggettive e soggettive espressamente tipizzate dalla legge e nella misura da questa stabilita. Questo istituto dunque originariamente si sarebbe dovuto risolvere in uno *strumento di delimitazione del potere giudiziale*¹⁷⁰. E questo era tanto più evidente, ad esempio, per le circostanze ad effetto speciale, che venivano perciò opportunamente escluse dal giudizio di bilanciamento.

Questo rigido schema e la stessa *ratio* politico-criminale delle circostanze è tuttavia notevolmente mutata a seguito delle numerose novelle che ne hanno modificato la disciplina. Ed in particolare il dibattito sul loro inquadramento sistematico ha assunto toni più intensi dopo la prima significativa riforma della disciplina delle circostanze del 1974 con la quale, mediante la modifica dell'art. 69 c.p. che ha eliminato i limiti sino a quel momento esistenti, è stato consentito al giudice di coinvolgere nel giudizio di bilanciamento ogni tipo di circostanza, anche quelle ad efficacia speciale e quelle a carattere soggettivo, prima fra tutte la recidiva.

Oggi si può fondatamente sostenere quindi che la loro originaria funzione sia stata completamente trasfigurata, a causa di un ricorso eccessivo da parte del legislatore a questo istituto, che invece di restringere la discrezionalità del giudice nella determinazione della pena l'ha ampliata ancora di più, anche per via delle numerose riforme che non hanno tenuto conto della complessiva visione sistematica¹⁷¹: perciò mentre il legislatore ha continuato a fare

¹⁷⁰ Così STILE A.M., *Il giudizio*, cit., p. 56, il quale in merito al potere discrezionale di cui godrebbe il giudice in tema di circostanze, precisa che «l'intervento del legislatore, con la tipizzazione delle circostanze e con la caratteristica rilevanza assegnatavi, manifesta palesemente il fine di rapportare coattivamente la previsione della pena non solo al fatto tipico ma anche ad aspetti di una più vasta situazione di fatto, col risultato di limitare e non di accrescere la sfera di operatività del giudice, il quale, più sono le circostanze accertate, più resta vincolato ad uno schema che gli impedisce una genuina valutazione del caso concreto».

¹⁷¹ Bisogna d'altronde anche tenere conto, senza poterne qui svolgere un'approfondita disamina, che un'altra delle originarie ragioni fondamentali che avevano spinto il legislatore del '30 a tipizzare delle ipotesi circostanziali, distinte dagli elementi costitutivi di autonomi delitti, e distinta dai criteri commisurativi, era insita nella disciplina della imputazione a carattere oggettivo loro riservata, anche nel caso di aggravanti (art. 59 c.p.) — si pensi in particolare ai reati c.d. aggravati dall'evento —. Ma anche tale *ratio* è venuta meno a seguito della importante riforma operata dalla l. 7 febbraio 1990, n. 19, che ha modificato il criterio rigorosamente oggettivo di imputazione delle circostanze, richiedendo oggi il dolo o almeno la colpa. Cfr., tra gli altri, MANNA A., *Corso di diritto penale. Parte generale II*,

(ab)uso della categoria delle circostanze del reato, anche per modificare le cornici edittali di pena; ampliando il giudizio di comparazione delle circostanze eterogenee, offriva, nel frattempo, al giudice uno strumento per sostituirsi di fatto alla legge, ponendo nel nulla l'effetto che voleva garantire con la tipizzazione delle circostanze stesse, con il ben noto conseguente scollamento tra pena in astratto e pena in concreto che ne è derivato¹⁷².

Cedam, 2008, p. 275. Sulla riforma in tema di imputazione delle circostanze del reato cfr. per tutti, MELCHIONDA A., *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1433 ss.

¹⁷² Cfr. PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio*, cit., p. 452. Così anche PULITANÒ D., *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 520 ss. (in part. nt. n. 23), il quale, nell'analizzare la legittimità e le "distorsioni commisurative" collegate al rito abbreviato, afferma: «gli esiti altalenanti e sconcertanti di processi per fatti gravissimi (oscillazione fortissima delle pene chieste o irrogate: 30 anni o 16 anni) hanno fatto mettere sotto accusa la diminuente per il rito abbreviato. In realtà tale diminuente non fa che amplificare effetti paradossali la cui radice sta altrove, e precisamente nel bilanciamento di circostanze, là dove vi siano incluse circostanze che comportano una determinazione autonoma della cornice edittale». L'A. perciò riporta un esempio, tratto dalla cronaca giudiziaria, e non raro, di «un omicidio volontario aggravato ex art. 577 n. 4 (crudeltà verso la vittima), commesso da soggetto seminfermo di mente, per il quale si proceda con rito abbreviato. Secondo gli esiti del bilanciamento ex art. 69, potrà essere irrogata una pena di 30, ovvero una pena non superiore a 16 anni; in nessun caso potrebbe essere applicata una pena nell'intervallo fra i 16 e i 30 anni. Prescindendo dalla diminuente per il rito, potrebbe essere pronunciata condanna all'ergastolo, ovvero a una pena nello spazio fra i 14 e i 24 anni, con esclusione dello spazio fra i 24 e i 30 anni. Un simile esito di discrezionalità discontinua, indipendente dalla diminuente per il rito abbreviato, è da questa amplificato, posto che la diminuente in misura secca comporta un ulteriore salto (un terzo più basso) negli spazi di commisurazione della pena». Sebbene dunque il salto determinato dalla diminuente sia notevole, per l'A. non sarebbe possibile avanzare censure di illegittimità a tale riguardo, poichè questo si basa su una ragione tecnico-processuale – consolidare l'appetibilità dell'incentivo – comunque razionale, sebbene difficilmente accettata dall'opinione pubblica, che rimane «fortemente legata all'idea, anzi al sentimento della pena retributiva, talora fortemente retributiva». Quello che invece appare poco razionale, e suscita dubbi di illegittimità costituzionale rispetto al principio di uguaglianza e ai principi relativi alla pena, è lo spazio di *discrezionalità discontinua* — ben messo in evidenza nell'esempio riportato dall'A. —, che viene lasciato al giudice, il quale, secondo gli esiti di un discrezionale bilanciamento, può andare solo al di sopra o al di sotto di certe soglie, con esclusione di possibilità intermedie: «in questi casi viene spezzata la corrispondenza fra la scala delle possibili valutazioni di gravità, in ragione del peso relativo assegnato agli elementi da bilanciare, e la scala delle possibili sanzioni. La scala delle possibili valutazioni di gravità, collegate a un insieme di circostanze aggravanti e attenuanti, si colloca logicamente in un *continuum*, così come (...) v'è un *continuum* fra le posizioni relative dei due piatti della bilancia, in funzione del variare dei pesi. Le conseguenze in punto di pena, però, non possono seguire in modo puntuale le variazioni dei pesi sulla bilancia, perchè una fascia di possibilità è esclusa». L'A. però pur sottolineando la gravità del problema, avverte, infine, come non sia tecnicamente agevole la traduzione di una q.l.c. del meccanismo dell'art. 69 c.p., nella parte in cui sono inserite circostanze per le quali la pena sia determinata autonomamente dalla pena base, in modo tale da creare un intervallo fra i diversi possibili esiti del bilanciamento (si tratta soprattutto delle ipotesi di omicidio aggravato ex artt. 576 o 577, delle lesioni personali gravissime, o del furto aggravato ex art. 625) (v. spec. nota n. 23).

2.1. Il controverso ruolo delle circostanze nel sistema commisurativo: analisi funzionale dei diversi tipi di circostanze del reato.

La funzione e il ruolo che le circostanze ricoprono nel nostro sistema penale è stato e continua ad essere oggetto di dibattito in dottrina. Dell'afferenza delle circostanze alla sanzione, stante il loro indefettibile effetto di *variazione extraeditale* della quantità di pena (come talvolta anche della qualità o della specie di pena), nessuno però ormai dubita: «tutta la disciplina delle circostanze è percorsa dal filo rosso della più ampia discrezionalità. (...) Discutere di circostanze val quanto discutere della pena che deve essere applicata»¹⁷³.

Tuttavia, è possibile distinguere due approcci interpretativi separati in relazione all'inquadramento (quantomeno) delle circostanze c.d. ad efficacia comune. Il primo individua nelle circostanze delle "cause di modificazione della cornice della pena", inerenti dunque alla sua determinazione *legale*, e non già alla commisurazione *giudiziale* della stessa¹⁷⁴. Il secondo approccio, invece, argomentando dal dettato dell'art. 63, comma 1 c.p., che prevedrebbe un meccanismo bifasico per la determinazione della pena per il reato circostanziato, ritiene che la funzione delle circostanze c.d. *ad efficacia comune* debba essere distinta da quella delle circostanze c.d. *ad efficacia speciale*: mentre le prime opererebbero sul piano della commisurazione *giudiziale* della pena in senso stretto, le altre inciderebbero su quello della determinazione *legale* della pena¹⁷⁵. In una posizione intermedia sembra, invece, collocarsi chi distingue tra una *funzione teoretica* delle circostanze, che atterrebbe alla determinazione

¹⁷³ Così cfr. GALLO M., *Appunti di diritto penale*, vol. III, Giappichelli, 2003, p. 50-51.

¹⁷⁴ Per tale inquadramento, si veda, per primo, STILE A.M., *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Jovene, 1971, spec. p. 43 ss., 54 ss. e 99 ss., il quale ritiene che le circostanze assolvano, prima ancora che una funzione di commisurazione giudiziale della pena, una funzione di rideterminazione sul piano normativo dei caratteri della fattispecie astratta, in quanto esse possono essere considerate afferenti (anziché al tema della commisurazione sanzionatoria della pena) al tema del concorso di reati (tra fattispecie base e fattispecie circostanziata) nella misura in cui modificano la stessa cornice edittale e, quindi, la fattispecie incriminatrice astratta. Di analogo ordine di idee sono MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., p. 414; PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, II^a ed., Giappichelli, 2006, p. 522.; PREZIOSI S., *La fattispecie qualificata*, Cedam, 2000, p. 16. Sul punto cfr. anche DONINI M., *La sintassi del rapporto fatto/autore nel "Progetto Grosso"*, in *La riforma della Parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, a cura di Stile, Jovene, 2003, p. 59, nota n. 13; ora anche in DONINI M., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, 2003, p. 237 ss.

¹⁷⁵ Per quest'ultima tesi cfr. DE VERO G., *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Giuffrè, 1983, p. 51 ss.; DE VERO G., *Le circostanze del reato al bivio tra reintegrazione e disintegrazione sistematica. I riflessi delle novelle del 1984*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1986, p. 49 ss..

legale della pena, e non alla commisurazione *giudiziale* in senso stretto; ed una *funzione pratica* in senso commisurativo, inquadrando come «strumenti di adeguamento della pena alle peculiarità del caso concreto»¹⁷⁶. In una posizione intermedia si colloca inoltre anche Tullio Padovani per il quale «dal punto di vista funzionale l'area delle circostanze copre in forma tendenzialmente indistinta (e tanto più indistinta dopo la riforma dell'art. 69 c.p. (...)) due fenomeni assai diversi. Per un verso, le circostanze risentono della loro origine storica, di fattori legati alla determinazione della pena in concreto (...). Per un altro verso, le circostanze appaiono come modificazioni qualificatrici o privilegianti della stessa comminatoria edittale»¹⁷⁷.

Tanto è discussa e complessa la definizione teorica dell'istituto, in merito alla loro funzione teoretica incidente sul piano della determinazione legale della pena, ovvero meramente pratica, incidente solamente sul momento applicativo della commisurazione giudiziale della pena, che alcuni Autori, recentemente, mettendo in discussione il tradizionale inquadramento di questa categoria penalistica tra le “forme di manifestazione del reato”, la collocano proprio nella commisurazione in senso lato¹⁷⁸.

De iure condendo, infatti, la dottrina più avveduta, cogliendo la complessa natura delle circostanze del reato, ha suggerito, da un lato, l'accoglimento della tesi che propone una totale eliminazione delle circostanze ad effetto comune, che dovrebbero così confluire nei criteri di commisurazione della pena ex art. 133, e dall'altro, la trasformazione delle circostanze ad effetto speciale in titoli autonomi di reato, da riservare ad una tipizzazione nella parte speciale.

A nostro modo di vedere, dunque, occorre svolgere una analisi distinta di quella che è oggi la reale funzione delle diverse categorie di circostanze del reato, in base agli effetti che ciascuna tipologia comporta all'interno del sistema dal punto di vista sanzionatorio, soprattutto a seguito delle numerose novelle legislative sopravvenute.

¹⁷⁶ ROMANO M., sub pre-art. 59, in Commentario sistematico al codice penale, cit., p. 632.

¹⁷⁷ PADOVANI T., voce *Circostanze del reato*, *Dig. d. pen.*, vol. II, 1988, p. 192. Per una approfondita disamina e rivisitazione delle suesposte principali impostazioni cfr. diffusamente MELCHIONDA A., *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Cedam, 2000, p. 591 ss.

¹⁷⁸ Cfr., tra gli altri, MANNA A., *Corso di diritto penale. Parte generale II*, Cedam, 2008, p. 273 ss.

2.1.1. Le circostanze aggravanti ad effetto speciale come indici di modificazione legale della pena.

Ai nostri fini, a questo punto, sembra importante sottolineare lo stretto nesso funzionale tra le *circostanze*, le *cornici edittali* e le *finalità della pena*, oggi reso forse ancora più evidente dalla riforma dei termini ordinari di prescrizione del reato.

La funzione generalpreventiva caratteristica della pena comminata in astratto, infatti, a nostro avviso, è di fatto svolta solo dai *limiti edittali massimi di pena*, e con essi dalle *circostanze aggravanti*, o meglio dalle *aggravanti ad effetto speciale*, da quelle *autonome* e da quelle *indipendenti*, in quanto particolarmente significative dal punto di vista dell'aggravamento edittale¹⁷⁹: solo la combinazione di queste due entità è infatti in grado di dettare *l'effettivo disvalore astratto del reato*, che dovrà essere adeguato non solo in base all'importanza dell'interesse tutelato dalla singola fattispecie incriminatrice in sé, ma anche rispetto ai limiti edittali massimi dettati per le altre fattispecie di reato, in modo da realizzare una proporzionalità non solo verticale, ma anche orizzontale.

Tale inquadramento ci sembrerebbe confermato d'altronde soprattutto dalla disciplina in tema di prescrizione che, a seguito della novella del 2005, continuando ad ancorare il termine ordinario di estinzione dei reati per decorso del tempo alla *gravità astratta* degli stessi¹⁸⁰ e dunque al *limite edittale massimo*, prevede che le sole circostanze che incidano sul termine di prescrizione siano le circostanze *aggravanti* per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria (circostanze c.d. *autonome*), quelle *ad effetto speciale* (tra cui si badi anche la recidiva, eccetto nella sua forma semplice), e quelle definite

¹⁷⁹ Cfr. in questo senso anche, PREZIOSI S., *La fattispecie qualificata*, cit., p. 16, per il quale, appunto, l'autonomia del sistema delle circostanze da quello commisurativo intraedittale «è da ravvisare nella valenza funzionale delle circostanze: valenza che, in quanto si salda (almeno con riferimento alle aggravanti) alla finalità generalpreventiva della pena, ha poco da spartire con il sistema commisurativo italiano» (la parte in corsivo è evidenziata dall'Autore nel testo).

¹⁸⁰ Quanto maggiormente il fatto illecito contrasta con i valori propri dell'ordinamento, cioè quanto più è grave, tanto più il legislatore è legittimato a presumere che “*la maturazione sociale della dimenticanza*” richieda più tempo. Cfr. GIUNTA F.- MICHELETTI D., *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Giappichelli, 2003, p. 13.

*indipendenti*¹⁸¹, escludendo invece le c.d. circostanze ad effetto comune, sia aggravanti che attenuanti, e tra queste anche quelle autonome, indipendenti o ad effetto speciale (art. 157, comma 2, prima parte c.p.).

Ciò non solo conferma l'assoluta preminenza della *dimensione general preventiva* delle cornici edittali *massime* di pena, e con esse delle circostanze aggravanti ad effetto speciale, ma evidenzia, in una prospettiva di riforma, anche l'importanza di strutturarle in base ad una scala ordinata e ragionata di gravità, anche al fine di stabilire dei coerenti termini prescrizionali¹⁸².

¹⁸¹ Sebbene la norma non le nomini espressamente, la dottrina ritiene che, ai fini della determinazione del tempo necessario a prescrivere, rilevino anche le circostanze aggravanti in relazione alle quali il legislatore abbia determinato la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato (le c.d. circostanze indipendenti, come ad esempio quelle previste dall'art. 625 c.p. o quella, relativa alla rapina, prevista dall'art. 628 comma 3 c.p.). Così BRICHETTI R., *Un nuovo criterio fissa la gravità dei reati*, in *Guida dir., Dossier 1*, 2006, p. 74, secondo il quale sarebbe stato opportuno, invece, un riferimento esplicito a questa tipologia di circostanze, anche se ammette che sia la dottrina che la giurisprudenza comunemente riconducono dette circostanze alla categoria delle circostanze ad effetto speciale ex art. 63, co. 3 c.p., visto che anch'esse incidono sulla pena ordinaria del reato imponendo autonomi limiti edittali (cfr., per tutte, Sez. II, 7 ottobre 1983, Cigna, in *C.E.D. Cass.*, n. 161484). In questi termini si è espressa ad esempio la Corte di Cassazione di recente nella Sez. IV, 6 febbraio 2003, Bellani, in *C.E.D. Cass.*, n. 224754, ove ha ritenuto che, nella determinazione della pena edittale (in quel caso ai fini dell'individuazione dei termini di durata massima di fase della custodia cautelare ex artt. 278 e 303 c.p.p.), occorra tener conto - nell'ipotesi di concorso di una circostanza prevista dall'art. 625 c.p. con più circostanze aggravanti comuni di cui all'art. 61 c.p. - della pena prevista dall'art. 625 ult. comma c.p., poichè quest'ultima, in quanto determinata in modo indipendente da quella ordinaria del reato, integra un'ipotesi di circostanza c.d. indipendente, la quale deve equipararsi a quelle ad effetto speciale (richiamate espressamente dall'art. 278 c.p.p.), perché, come queste ultime, agisce in modo diverso da quelle comuni, imponendo autonomi limiti edittali. A proposito dell'esatta qualificazione delle circostanze indipendenti, MELCHIONDA AL., *Commento art. 3 L. 5.12.2005*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 437, nota 3, riferisce che in passato, prima della modifica apportata all'art. 63 c.p. dalla l. 31.7.1984, n. 400, per tutte le ipotesi di circostanze che non prevedessero un aumento o una diminuzione frazionaria della pena base, veniva utilizzata la definizione di *circostanze "ad effetto speciale"* (così ad esempio, per tutti si veda STILE A.M., *Il giudizio di prevalenza*, op. cit., p. 116). L'A. riferisce, inoltre, che «la nozione di circostanze "ad effetto autonomo" (o *tout court* autonome) fu originariamente adottata da P. NUVOLONE, *Les circonstances aggravantes en droit italien*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, p. 610, ed in seguito ritenuta preferibile alla precedente da parte di molti autori, tra cui soprattutto G. VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee* [op. cit.], p. 8, il quale però propose di considerarla valida per le sole circostanze che comportassero un mutamento della specie di pena, suggerendo invece la diversa nozione di circostanze "indipendenti" (o "ad effetto indipendente") per quelle caratterizzate dalla previsione di una autonoma cornice edittale di pena».

¹⁸² Questo assunto, tuttavia, è bene rammentarlo, contrasta con quanto è stato sostenuto da altra parte della dottrina, per la quale sarebbe preferibile invece ancorare la presunzione prescrizionale al *minimo edittale* della pena, piuttosto che al massimo, perché nella quantificazione del minimo si può più facilmente cogliere «quanto può bastare per tradurre il disvalore sociale del fatto, essendo al contrario, il massimo edittale inevitabilmente appesantito da una spinta retribuzionistica e da una componente di

Il fatto che l'attuale art. 157 c.p., così come modificato dalla legge 251 del 2005, prenda in considerazione solo *i limiti massimi di pena* e gli eventuali aumenti che questa subisce a seguito delle sole *circostanze aggravanti ad effetto speciale*, od *indipendenti*, o

esemplarità, che non si conciliano con la presunzione estintiva connessa al decorso del tempo»; cfr. così GIUNTA F.- MICHELETTI D., op. cit., p. 13. Sotto questo aspetto questi Autori dunque dichiarano di aderire all'inquadramento funzionalistico del minimo e del massimo edittale elaborato da PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, cit., p. 445-446, che verrà più ampiamente analizzato e confutato nel prossimo § 2.3. Sembra tuttavia importante sottolineare un aspetto che a noi pare alquanto contraddittorio: infatti sebbene questi Autori, per un verso, accolgano la tesi funzionalistica delle cornici edittali di Tullio Padovani, per un altro verso, nel succitato lavoro sulla prescrizione, criticano la tesi da questo sostenuta in più occasioni (ROMANO M.- GRASSO G.- PADOVANI T., *Commentario sistematico del codice penale, Sub art. 157*, vol. III, Giuffrè, 1994, p. 61; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., p. 337), riguardo il fondamento dell'istituto della prescrizione, che troverebbe la sua giustificazione nella prospettiva della prevenzione generale, in senso però negativo. Questi stessi Autori poi giustificano, *de iure condendo*, la possibilità di ancorare il termine di prescrizione al limite edittale minimo, riportando l'esempio di alcuni ordinamenti stranieri, come l'§ 78 StGB o l'art. 135 c.p. spagnolo. Una simile prospettiva, tuttavia, non sembra affatto accoglibile, sia per le evidenti conseguenze negative che comporterebbe sulla intera tenuta del sistema, stante il breve lasso di tempo che la giustizia avrebbe a disposizione per procedere, con il rischio di vedere estinti numerosi reati, specie nell'ottica di una auspicabile generale riduzione dei draconiani limiti minimi di pena previsti dal Codice Rocco, sia perchè, come gli stessi Autori riferiscono, negli altri ordinamenti l'ancoraggio del termine prescrizionale al limite minimo è giustificato dal fatto che vi è contestualmente un così stretto collegamento con l'attività processuale, tale per cui difficilmente può esserci il rischio di una simile "precoce" estinzione: come ad esempio nell'ordinamento spagnolo, attraverso il congelamento del termine durante *tutta la durata del processo* rivolto nei confronti del colpevole. Infine, si deve tuttavia ricordare che a commento della riforma della disciplina della prescrizione lo stesso GIUNTA F., *Commento art. 6 L. 5.12.2005 n. 251*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 464 ss., ha affermato: «parimenti plausibile parrebbe, in linea teorica, il principale criterio utilizzato per stabilire il tempo necessario all'estinzione della potestà punitiva: ossia il massimo edittale, in quanto espressivo dell'apice di gravità dell'illecito. Se il massimo della pena indica il tempo necessario per estinguere il massimo della colpevolezza, la stessa durata può presuntivamente ritenersi sufficiente a decretare il disinteresse sociale per la repressione del fatto costituente reato». Sebbene poi puntualizzi che con ciò non intende «affermare che tra la misura della pena e quella del tempo prescrizionale vi sia una correlazione ontologica, ma soltanto sottolineare che il legislatore, quando determina il tempo necessario a prescrivere, stabilisce tale misura in modo inevitabilmente presuntivo e convenzionale, con la conseguenza che, dal punto di vista politico-criminale, non è irragionevole assumere il massimo della pena come indicatore del tempo prescrizionale, salvo constatare, in singoli casi, l'incommensurabilità delle due entità». Questa osservazione, tuttavia, a noi sembra non accoglibile proprio per le ragioni sopra indicate, ovvero per l'analogo fondamento che è possibile rinvenire tra la misura massima della pena e il termine ordinario di prescrizione per ciascun reato. Nè sembra condivisibile l'ulteriore appunto mosso alla riforma in tema di prescrizione dallo stesso A., laddove afferma che: «alla l. 251/2005 si può fondatamente contestare di non tenere in nessun rilievo l'intrinseca complessità che caratterizza l'accertamento probatorio di taluni reati, la quale è indipendente dalla gravità dell'illecito»; cfr. GIUNTA F., *Commento art. 6 L. 5.12.2005 n. 251*, cit. p. 466. Infatti, l'esigenza probatoria, comunque garantita dall'eventuale introduzione di cause di sospensione del termine opportunamente calibrate anche in questo senso, non può sopraffare le ragioni politico criminali poste alla base dell'istituto della prescrizione che sono espressione delle stesse funzioni della pena.

autonome deve essere interpretato, a nostro avviso, proprio in tal senso: solo questa tipologia di circostanze aggravanti, intese evidentemente come *cause legali di modificazione degli stessi massimi di pena*, esprimono nel nostro attuale ordinamento la funzione generalpreventiva della pena, che è coesistente alla stessa tenuta del sistema, pur dovendo ovviamente mantenere anche un carattere retributivo di “proporzione” rispetto alla gravità del fatto, a garanzia dei principi costituzionali di colpevolezza e di uguaglianza.

Sono evidenti d'altronde le forti connessioni tra le teorie della pena e la spiegazione funzionale dell'istituto estintivo della prescrizione, concepito appunto come *limite negativo della punibilità*, ovvero come «soglia temporale oltre la quale la pena cessa di corrispondere allo scopo per cui era stata pensata»¹⁸³: con il decorso del tempo infatti si affievolisce il ricordo sociale del fatto, l'allarme relativo, e con esso la stessa efficacia deterrente che la minaccia della pena e la sua eventuale effettiva concretizzazione procurano, e che non possono che essere correlati alla gravità del reato in astratto¹⁸⁴, a prescindere da considerazioni soggettivistiche ed individualistiche legate ad esempio alla vittima concreta del reato, come d'altronde risulta evidente visto che l'estinzione del reato avviene a prescindere dall'accertamento della sua sussistenza, o dall'individuazione di un colpevole, ovvero dall'accertamento della sua responsabilità¹⁸⁵

¹⁸³ Cfr. così proprio GIUNTA F.- MICHELETTI D., op. cit., p. 21 s.; ma già ROMANO M.- GRASSO G.- PADOVANI T., op. cit. loc. cit.

¹⁸⁴ Tale ricostruzione, pur finalizzando la comminatoria legale prevalentemente alla funzione di prevenzione generale in senso c.d. negativo, ovvero fondato sulla intimidazione, non sembra, del resto, inconciliabile neanche con la funzione di prevenzione generale c.d. positiva, secondo la quale la minaccia e l'inflizione della pena sarebbero destinate a produrre nella generalità dei consociati, piuttosto che un effetto *deterrente*, un effetto *pedagogico*, una sorta di *orientamento culturale* verso l'acquisizione e l'identificazione con l'insieme di valori che sono tutelati dalle norme penali attraverso le sanzioni penali. Per questa teoria, che risulta dunque un valido ed evoluto complemento della teoria della prevenzione generale fondata semplicemente sulla deterrenza, cfr., tra gli altri, ANDENAES J., *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di Romano M. e Stella F., il Mulino, 1980, p. 33 ss.; PACKER H.L., *I limiti della sanzione penale*, (1968), trad. it., Giuffrè, 1978, p. 42 ss.; STRATENWERTH G., *Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?*, Walter de Gruyter, 1995; HASSEMER W., *Variationen der positiven Generalprävention*, in Id., *Strafen im Rechtsstaat*, Nomos-Verl.-Ges., 2000, p. 199 ss.; DE VERO G., *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea di prevenzione generale positiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 439 ss.

¹⁸⁵ Per dirla con le parole di Cesare Beccaria: «Quanto la pena sarà più pronta e più vicina al delitto commesso ella sarà tanto più giusta e più utile»; più giusta per il reo, cui si risparmiano i «fierissimi tormenti dell'incertezza»; *più utile alla società* «perché quanto minore la distanza del tempo che passa tra la pena ed il misfatto, tanto più forte è nell'animo umano l'associazione di queste due idee, delitto

Ma se così è, non vi è chi non veda come l'entità temporale alla quale commisurare il venir meno delle ragioni della stessa punibilità non possa individuarsi nel limite minimo — che a nostro avviso, come si vedrà meglio più avanti (§ 2.3.) dovrebbe essere abolito o notevolmente ridotto per certe tipologie di reati —, ma piuttosto il limite massimo che detta il massimo sacrificio della libertà o di altri diritti fondamentali dell'individuo richiesto, e ritenuto proporzionato, dall'ordinamento in base al massimo grado di gravità che si immagina possa raggiungere la realizzazione della singola fattispecie di reato. Il limite minimo, e con esso le diverse circostanze attenuanti, al più, indicano invece il margine inferiore massimo verso il quale il giudice può spingere la commisurazione della pena verso il basso tenendo conto anche delle esigenze di specialprevenzione, sia nel senso positivo della risocializzazione, che nel senso negativo della neutralizzazione (come avviene nel caso in cui si adottino dei minimi di pena fissi).

E' proprio l'analisi della ragione fondante della prescrizione del reato, se non addirittura la sua stessa previsione all'interno dei moderni ordinamenti penali, a confermare, ove ce ne fosse ancora bisogno, il definitivo tramonto delle concezioni c.d. assolute della pena¹⁸⁶, come quella retributiva, che «per definizione non tollererebbe cedimento alcuno rispetto alla costante necessità che al reato commesso consegua la pena»¹⁸⁷.

Il fatto di ancorare l'istituto estintivo della prescrizione, ai soli *limiti massimi di pena* e alle sole *circostanze aggravanti ad effetto speciale o indipendente*, con esclusione di quelle

e pena»; BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 71. Anche la Corte Costituzionale ha più volte affermato che l'effetto estintivo della prescrizione trova ragione «nell'interesse generale di non più perseguire i reati rispetto ai quali il lungo tempo decorso dopo la loro commissione abbia fatto venir meno, o notevolmente attenuato, [...] l'allarme della coscienza comune» (vedi sentenze n. 202 del 1971 e n. 254 del 1985).

¹⁸⁶ Sulla distinzione tra teorie assolute e teorie relative della pena cfr. CATTANEO M. A., *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Giappichelli, 1990, p. 56.

¹⁸⁷ Così ROMANO M.- GRASSO G.- PADOVANI T., op. cit. loc. cit. Ancora una volta un forte potere esplicativo circa la funzione che idealmente dovrebbe svolgere la pena nelle teorie c.d. assolute, che la ricolleggerebbero ad una risposta dell'ordinamento in senso etico-retributivo per il male commesso, è svolto dal noto esempio Kantiano: «Se anche il consorzio civile si sciogliesse con il consenso di tutti i suoi membri (se ad esempio gli abitanti di un'isola decidessero di separarsi e di disperdersi per il mondo), dovrebbe prima essere giustiziato l'ultimo assassino che si trovi in prigione, affinché a ciascuno tocchi ciò che i suoi atti meritano e la colpa del crimine non resti impressa sul popolo, che, non avendo reclamato la punizione, potrebbe essere considerato responsabile di questa pubblica lesione della giustizia», tratto da DE VERO G., *Corso di diritto penale*, cit., p. 10

attenuanti e dello stesso bilanciamento¹⁸⁸, sebbene da alcuni criticata, può invece ritenersi, a nostro avviso, espressione di una certa coerenza sistematica¹⁸⁹.

La questione di costituzionalità dell'art. 157, secondo comma, del codice penale, come novellato dall'art. 6, comma 1, della legge n. 251 del 2005, nella parte in cui non prevede che per determinare il tempo necessario a prescrivere si tenga conto anche delle *circostanze attenuanti* per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria e di quelle ad effetto speciale, sollevata dal Giudice del Tribunale di Roma, è stata infatti giudicata non fondata dalla Corte Costituzionale, sulla base di motivazioni ampiamente condivisibili. La scelta di considerare, ai fini del calcolo del termine di prescrizione dei reati, solo l'aumento di pena derivante dall'applicazione delle *circostanze aggravanti* con previsione speciale di pena o ad effetto speciale e non la corrispondente diminuzione derivante dall'applicazione delle circostanze attenuanti della stessa natura è stata ritenuta dalla Consulta «espressione del legittimo esercizio della discrezionalità legislativa e non [contraria al] principio di ragionevolezza»¹⁹⁰. La legge n. 251 del 2005, nel riformare la disciplina della prescrizione, ha confermato la tendenziale correlazione, già accolta nel codice del 1930, tra il tempo necessario a prescrivere e la gravità del reato, ancorando il criterio per la determinazione del termine di prescrizione del reato alla entità della sanzione per esso prevista, indice del suo maggiore o

¹⁸⁸ Cfr. BRICHETTI R., *Un nuovo criterio fissa la gravità dei reati*, cit., p. 67.

¹⁸⁹ Ritiene che la riforma, legando il tempo di prescrizione alla pena stabilita per ciascuna fattispecie di reato, abbia attribuito un fondamento generalpreventivo alla prescrizione, BARGIS M., *La prescrizione del reato e i "tempi" della giustizia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1402: «Da un canto, può avere un senso legare la prescrizione, in rapporto al criterio della prevenzione generale, alla singola fattispecie di reato, ma l'opzione può destare dubbi in un sistema come il nostro che non è stato ancora in grado di "rivisitare" l'armamentario di sanzioni pensate per un contesto politico-sociale ben diverso; d'altro canto, si è sostenuto che la scelta, ponendo un così rigido collegamento fra pena edittale e prescrizione, si tramuta in un fattore di instabilità, perché "qualsiasi riforma delle pene" si rifletterebbe sul "tempo" di prescrizione». In quest'ultimo senso cfr. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 528 s., il quale osserva che anche «il sistema delle fasce di gravità non esclude[va] effetti sulla prescrizione, derivanti da un mutato approccio di politica penale; ma l'identificazione rigida fra pena edittale e tempi di prescrizione, frammentando il sistema dei termini di prescrizione, lo rende strutturalmente più instabile». Ma a ben vedere la critica era principalmente rivolta al sistema precedente che agganciava la prescrizione alle scelte discrezionali del giudice, in relazione alla concessione delle attenuanti generiche e al bilanciamento fra circostanze eterogenee, che invece oggi, proprio a seguito della novella del 2005, non hanno più alcun rilievo ai fini della determinazione del termine estintivo. D'altronde non si vede come sia possibile stabilire un termine prescrizionale stabile e prevedibile se non ancorandolo alla *gravità del reato in astratto*, prestabilita dal legislatore attraverso la misura dei limiti massimi di pena, su cui influiscono inevitabilmente le circostanze aggravanti del reato ad effetto speciale, quelle indipendenti, o autonome.

¹⁹⁰ Così C. Costituzionale, 1 agosto 2008, n. 324.

minore disvalore. Il primo comma dell'art. 157 cod. pen. novellato collega, infatti, il termine di prescrizione alla misura della pena massima edittale. Nel dettare tali regole, il legislatore può, peraltro, nell'esercizio della propria discrezionalità, ponderare i vari interessi coinvolti dalla complessa disciplina della prescrizione e, ciò facendo, può anche escludere la considerazione di alcuni fattori, pure suscettibili di incidere sull'entità della pena, con il solo limite costituito dalla non irragionevolezza di tale scelta. In siffatta prospettiva, secondo la Consulta, «non può considerarsi irragionevole che il legislatore abbia ritenuto che la rinuncia a perseguire i fatti criminosi debba essere *rapportata alla gravità del reato nella sua massima ipotizzabile esplicazione sanzionatoria prevista per la fattispecie base e sul massimo aumento di pena previsto per quelle circostanze aggravanti - quelle a effetto speciale e quelle che comportano un mutamento qualitativo della pena - che, cogliendo elementi del fatto connotati da una maggiore idoneità a incidere sull'ordinaria fisionomia dell'illecito, comportano una eccezionale variazione del trattamento sanzionatorio*¹⁹¹. L'esclusione della considerazione delle attenuanti è conseguente alla scelta del legislatore in favore di un criterio di misurazione del tempo necessario a prescrivere in grado di evitare che solo successivamente all'accertamento del fatto, in sede di decisione di merito, si pervenga, per effetto del riconoscimento e dell'eventuale giudizio di comparazione tra circostanze di segno opposto, ad una pronuncia di non doversi procedere per intervenuta prescrizione, con conseguente inutilità dell'attività processuale svolta; nonché in grado di evitare che la determinazione del termine prescrizionale venga a dipendere da valutazioni giudiziali ad alto tasso di discrezionalità quale, in particolare, quella che presiede al bilanciamento tra circostanze eterogenee».

Infatti, secondo un principio di elaborazione giurisprudenziale, assunto al rango di vero e proprio «diritto vivente», per effettuare il giudizio di comparazione tra circostanze di segno opposto e, ancor prima, per la stessa valutazione sulla sussistenza delle circostanze attenuanti, era necessario svolgere interamente il processo, non essendo possibile riconoscere la sussistenza delle circostanze attenuanti ed effettuare il cosiddetto «bilanciamento» previsto dall'articolo 69 del codice penale, se non alla fine dell'istruttoria dibattimentale (Sez. VI pen., 4 novembre 1997, n. 4319; Sez. V pen., 13 luglio 1993, n. 2710; Sez. I pen., ord.15 aprile 1998, n. 2110). Secondo il Supremo Giudice delle leggi, quindi, non «è irragionevole la scelta del legislatore di adottare un criterio predeterminato e astratto chiamato ad operare anche

¹⁹¹ Il corsivo è nostro.

prima del giudizio, e comunque indipendentemente *dall'accertamento in fatto, il quale è, invece, necessario per il riconoscimento della sussistenza delle circostanze attenuanti*». Questo dimostrerebbe come anche attraverso la prassi applicativa, di fatto, le circostanze attenuanti, siano esse ad effetto comune o speciale, abbiano acquisito un ruolo piuttosto diverso da quello dello aggravanti, e segnatamente quello di criteri logici di commisurazione giudiziale della pena in concreto.

Per gli stessi motivi sopra evidenziati, è stata ritenuta, a nostro avviso correttamente, infondata anche l'analoga questione di costituzionalità dell'art. 6, comma 1, della legge n. 251 del 2005, sollevata dal GIP del Tribunale di Padova, nella parte in cui non prevede che, per determinare il tempo necessario a prescrivere, si tenga conto anche *delle circostanze aggravanti comuni e delle circostanze attenuanti*.

2.1.2. Le circostanze ad effetto comune come indici particolarmente rilevanti di commisurazione giudiziale della pena.

Come le argomentazioni della motivazione della Consulta, sopra richiamate, sembrano confermare, oggi è pertanto possibile ritenere che le *circostanze ad efficacia comune*, siano esse aggravanti o attenuanti, abbiano acquisito il valore di “*criteri «logici» di commisurazione della pena*”, così come peraltro sostenuto da parte di un'illustre dottrina già nel sistema penale vigente prima della novella del 2005¹⁹². Così il legislatore, forse non del tutto consapevolmente, sembra aver attribuito un ruolo diverso alle circostanze ad effetto comune rispetto a quelle autonome o ad effetto speciale (o meglio ciò vale per quelle aggravanti).

La loro trasformazione da circostanze “proprie” in *circostanze “improprie”*, ovvero in criteri di commisurazione della pena simili a quelli attualmente previsti dall'art. 133 c.p., anche per via della riforma in tema di prescrizione, sancirebbe pertanto la loro definitiva sottrazione dall'originaria area della *determinazione legale della pena* e, viceversa, la loro sussunzione nella sfera della *commisurazione giudiziale*¹⁹³.

¹⁹² Cfr. DE VERO G., *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., p. 119 ss.

¹⁹³ Così anche MANNA A., *Corso di diritto penale*, cit., p. 275-276, che tuttavia non fa alcuna distinzione in merito alle diverse tipologie di circostanze (tra aggravanti ed attenuanti, nè tra quelle ad effetto comune o meno), e alla loro differente funzionalità, come sembra emergere invece proprio dalla

La novella del 2005, più volte già richiamata, modificando il computo del termine ordinario della prescrizione previsto dall'art. 157 c.p. avrebbe pertanto radicalmente messo fine alla «caratteristica ambivalenza delle circostanze ad efficacia comune sul piano della commisurazione della pena in senso lato», dal momento che ha cancellato l'ultimo esplicito aggancio normativo che si opponeva al loro inquadramento nell'ambito della determinazione meramente giudiziale della pena, contenuto nella originaria disciplina della prescrizione del reato, riferita alla quantità edittale di pena, ricavata dal massimo di sanzione applicabile in astratto per il reato circostanziato, segnalato rispettivamente dall'aumento massimo consentito dalle circostanze aggravanti e dalla *diminuzione minima indotta da quelle attenuanti*¹⁹⁴

2.1.3. Le circostanze attenuanti generiche e il criterio prasseologico dell'equità.

Un ruolo del tutto particolare ricoprono, invece, nel nostro ordinamento le circostanze attenuanti generiche¹⁹⁵ (art. 62 *bis* c.p.), che non può essere assimilato a quello delle circostanze attenuanti comuni in genere, delle quali condividono solo la disciplina, e dunque l'effetto frazionario sulla pena base di diminuzione di un terzo, potendosi classificare, sotto questo profilo, come circostanze attenuanti ad effetto comune.

L'istituto delle circostanze attenuanti generiche, già previsto dall'art. 59 del Codice Zanardelli, abolito dalla codificazione fascista del 1930, fu introdotto dal legislatore del 1944¹⁹⁶ con lo scopo di mitigare l'eccessiva severità delle sanzioni stabilite dal codice Rocco, consentendo al giudice di prendere in considerazione, in senso favorevole al reo, situazioni e circostanze particolari, diverse dalle attenuanti comuni¹⁹⁷.

disciplina della prescrizione, che esclude appunto solo quelle "ad effetto comune", e quelle *attenuanti ad effetto speciale* (od autonomo e indipendente), che sarebbero perciò in tal modo, a nostro avviso, assorbite anch'esse nella commisurazione giudiziale, insieme a tutte le altre ad effetto comune.

¹⁹⁴ Cfr. DE VERO G., op. cit., p. 121; e STILE A.M., *Il giudizio di prevalenza*, cit., p. 54 s.

¹⁹⁵ Comunemente definite così dalla dottrina e dalla giurisprudenza già prima della formale inserzione legislativa di questa locuzione nella rubrica dell'art. 62-bis c.p., ad opera della l. 251 del 2005. Da notare infatti che prima questo articolo non era affatto rubricato.

¹⁹⁶ Dall'art. 2 del D.L.vo Lgt. 14 settembre 1944, n. 288.

¹⁹⁷ Diffusamente sull'istituto in esame si veda MELCHIONDA A., *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Cedam, 2000, p. 660 ss.; BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, cit., passim; MASSA M., *Le attenuanti generiche*, Jovene, 1959.

Nella prassi applicativa, però, tale istituto si era tradotto in un vero e proprio strumento di indulgenza nelle mani dei giudici¹⁹⁸, che si trovavano così ad esercitare un potere discrezionale eccessivo ed incontrollato, attuando, come è stato efficacemente affermato, una vera «*politica penale giudiziale*»¹⁹⁹, con le conseguenze che ciò comportava in termini di divergenza tra pena minacciata, e pena inflitta. L'effetto che generalmente il loro diffuso riconoscimento comportava, infatti, non incideva solo sulla diminuzione dei minimi edittali, effettivamente sproporzionati ed eccessivamente rigorosi, bensì attraverso il bilanciamento con eventuali aggravanti, finanche quelle ad effetto speciale o indipendenti, finivano per diminuire la complessiva risposta legale al reato, annullando l'effetto delle aggravanti eventualmente concorrenti.

Per arginare appunto questa prassi giudiziaria²⁰⁰, il legislatore della novella del 2005, nel perseguire il suo duplice intento, da un lato, di restringere complessivamente il potere discrezionale dei giudici nella commisurazione della pena, e dall'altro, di rendere più effettiva e rigorosa la repressione dei rei recidivi reiterati, con l'art. 1 della legge 251/2005 ha introdotto un nuovo comma nell'art. 62-*bis*²⁰¹, in cui si prevede in collegamento con il

¹⁹⁸ Secondo una maggioritaria linea di tendenza, l'introduzione delle circostanze attenuanti generiche nel sistema del codice Rocco perseguirebbe infatti una funzione "mitigatrice" (Cass., sez. III, 25 gennaio 2000, Rigamonti, in CED n. 216572). Per una descrizione efficace della reale funzione delle c.d. attenuanti generiche, cfr. PULITANÒ D., *Diritto penale*, cit., p. 436-437: «Come e più di altri istituti affidati alla discrezionalità del giudice, l'istituto delle attenuanti generiche funziona come strumento di ritenuta equità (o di minore iniquità) del caso concreto, al prezzo di introdurre un alto grado di indeterminatezza, difficilmente compatibile col principio di legalità. Da decenni serve a mitigare il rigore punitivo del codice Rocco (e anche della successiva legislazione di parte speciale) in sede di politica penale giudiziaria».

¹⁹⁹ Per la distinzione tra la nozione di «politica penale giudiziaria» e quella di «discrezionalità giudiziale» in senso tecnico, v. STILE A.M., *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *St. Urb.*, 1976-77, p. 279.

²⁰⁰ Così si legge nella relazione all'originario progetto di legge n. 2055 del 2001, che in realtà prevedeva una limitazione alla stessa operatività delle attenuanti generiche molto più estesa: l'applicazione delle attenuanti generiche veniva vietata con riferimento a tutti i casi di recidiva e a vari altri gravi tipologie di delitti non colposi. Per l'esame dell'evoluzione parlamentare che ha subito la riforma dell'art. 62-*bis*, cfr. Melchionda, *Modifiche in materia di circostanze*, in *Aa.V.v.*, *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005*, n. 251, op. cit., p. 183 e ss.

²⁰¹ Al comma 2 dell'art. 62-*bis*, si prevede: «Ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto dei criteri di cui all'art. 133, primo comma, numero 3, e secondo comma, nei casi previsti dall'art. 99, quarto comma, in relazione ai delitti previsti dall'art. 407 comma due lettera a) del codice di procedura penale, nel caso in cui siano puniti con la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni».

riconoscimento dello *status* di recidivo reiterato un'ulteriore restrizione della discrezionalità giudiziale in sede di commisurazione della pena in senso lato.

Il giudice, infatti, ai sensi del nuovo comma 2, nell'effettuare il tipico giudizio relativo alla concedibilità (*rectius* riconoscimento) delle generiche ad un soggetto dichiarato recidivo reiterato *ex art. 99, comma 4, del cp*, ritenuto colpevole di uno dei gravi reati di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a) c.p.p., qualora questi siano puniti con la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni, non dovrà tener conto dei criteri di cui all'articolo 133, comma 1, numero 3, e comma 2, del c.p.: ossia di quelli relativi, rispettivamente, alla «intensità del dolo» e alla «capacità a delinquere del reo», con esclusione del criterio che si riferisce al «grado della colpa», che, all'evidenza, di per sé non può rilevare, visto che la recidiva, come si è già detto, è ora applicabile solo per i «*delitti non colposi*».

Tale innovazione è stata perciò chiaramente ispirata dalla necessità di porre un freno alla intollerabile prassi giudiziale di concedere automaticamente le attenuanti generiche sulla base di un mero «giudizio di fatto»²⁰², non controllabile pertanto neanche in sede di legittimità, soprattutto in relazione a «gravi fenomeni di criminalità».

La disposizione del nuovo comma 2 dell'art. 62-*bis* c.p. esprime perciò il chiaro intento di porre un limite agli spazi di discrezionalità tradizionalmente riservati al giudice nel riconoscimento delle c.d. attenuanti generiche in sede di commisurazione della pena in senso lato²⁰³. Questo però non si traduce in un generalizzato divieto di applicazione delle attenuanti generiche per i soggetti recidivi. Affinché operi tale limitazione, infatti, la norma impone degli stringenti presupposti sia di carattere oggettivo che soggettivo.

Dal punto di vista oggettivo, il delitto oggetto del giudizio, nel quale si stia valutando il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche a favore del soggetto dichiarato recidivo

²⁰² Tanto che l'applicazione delle circostanze attenuanti generiche, di fatto, era considerata come «un vero e proprio diritto del reo». Così si legge nella relazione all'originario progetto di legge n. 2055 del 2001, che in realtà prevedeva una limitazione alla stessa operatività delle attenuanti generiche molto più estesa: l'applicazione delle attenuanti generiche veniva vietata con riferimento a tutti i casi di recidiva e a vari altri gravi tipologie di delitti non colposi. Per l'esame dell'evoluzione parlamentare che ha subito la riforma dell'art. 62-*bis*, cfr. MELCHIONDA A., *Modifiche in materia di circostanze*, in Aa.V.v., *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, a cura di Giunta F., p. 183 e ss.

²⁰³ Per la distinzione tra commisurazione della pena in senso stretto e commisurazione in senso lato cfr. ROMANO M. –GRASSO G., *sub art. 132*, in *Commentario sistematico al codice penale*, II, cit., p. 320 s..

reiterato, deve necessariamente rientrare tra quelli elencati all'art. 407, co. 2 let. a) c.p.p.²⁰⁴. Ma non basta. Il novero dei delitti previsti dall'elenco cui si fa riferimento risulta ancora più circoscritto dall'ulteriore presupposto che il delitto *sub iudice* preveda come pena minima la reclusione non inferiore a cinque anni²⁰⁵.

La dottrina è unanime nel criticare la scelta del legislatore di aver fatto riferimento *per relationem* alla lista di reati di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a) c.p.p., predisposta per uno scopo affatto diverso. Essa contiene, infatti, categorie di reati per i quali è concesso che la fase delle indagini preliminari possa prolungarsi fino a due anni, in considerazione non tanto della gravità dei fatti di reato sui quali si indaga, ma della complessità investigativa e della ipotizzabile difficoltà di reperimento delle fonti di prova. Appare pertanto irrazionale collegare il limite introdotto al riconoscimento delle attenuanti generiche a tale articolo del codice di procedura penale²⁰⁶. Inoltre, la categoria di reati richiamata appare, inoltre, disomogenea, essendo esclusi dalla lista reati di pari, se non maggiore, allarme sociale e gravità.

Quindi, se da un lato, è apparso positivo il fatto di aver ancorato tale restrizione anche ad un profilo di gravità oggettiva del fatto commesso, emendando l'originaria previsione che, nell'ottica di una cieca repressione, negava ogni possibilità di riconoscimento delle circostanze generiche per il soggetto recidivo *tout court*, solo su di una base soggettiva; dall'altro, rimane comunque discriminatorio aver creato, per certi reati, "tipologie di rei", a quali verrà comminata una pena, che — tenendo conto del già elevato minimo edittale e della

²⁰⁴ La dottrina sembra in prevalenza convinta che si debba trattare del delitto di cui in concreto si stia giudicando, cfr. MELCHIONDA A., *Le modifiche in materia di circostanze*, in A.a.V.v., *Le innovazioni al sistema penale*, cit., p. 186.

²⁰⁵ Si noti ad esempio che rimarranno fuori dall'ambito di applicazione della fattispecie: la rapina aggravata, ex art. 628, co. 3 c.p., e l'associazione per delinquere ex art. 416, commi 1 e 3 c.p. Il legislatore, però, resosi conto che tra i delitti per i quali poteva operare la limitazione di cui all'art. 62-bis, co. 2 c.p., non sarebbe rientrato l'art. 416-bis, ha provveduto contestualmente ad aumentare le pene da questo previste. L'art. 1, co. 2 della l. 251 del 2005, ha infatti previsto: «All'articolo 416-bis del codice penale sono apportate le seguenti modificazioni: a) al primo comma, le parole: «da tre a sei anni» sono sostituite dalle seguenti: «da cinque a dieci anni»; b) al secondo comma, le parole: «quattro» e «nove» sono sostituite, rispettivamente, dalle seguenti: «sette» e «dodici»; c) al quarto comma, le parole: «quattro» e «dieci» sono sostituite, rispettivamente, dalle seguenti: «sette» e «quindici» e le parole: «cinque» e «quindici» sono sostituite, rispettivamente, dalle seguenti: «dieci» e «ventiquattro»».

²⁰⁶ Cfr. così, per tutti, ROSI E., *Effetti della recidiva reiterata*, in *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva, analisi della legge 5 dicembre 2005 n. 251 (ex cirielli)*, a cura di Scalfati, Cedam, 2006, p. 5 ss.

improbabilità del riconoscimento delle generiche — risulterà certamente sproporzionata rispetto a quella possibile in riferimento ad altri reati che, pur gravi, non siano inclusi nello stesso elenco. Per questi ultimi, infatti, il giudice potrà ancora considerare le circostanze attenuanti generiche su base soggettiva, anche se l'imputato verrà considerato recidivo, scendendo in tal modo al di sotto del minimo edittale.

Per quanto riguarda, invece, il presupposto soggettivo, si deve rilevare che i destinatari di tale restrizione sembrano coincidere con coloro ai quali, obbligatoriamente, il giudice dovrà, nel giudizio in corso, riconoscere la recidiva reiterata di cui all'art. 99, commi 4 e 5 c.p.

Se infatti l'art. 62-*bis*, co. 2 c.p. non ha fatto esplicito riferimento al comma quinto dell'art. 99, ma piuttosto al quarto, si spiega con il fatto che il regime previsto dal comma 5, discende automaticamente dal solo integrarsi del presupposto oggettivo del tipo di delitto commesso dal recidivo. Per tale ragione, si deve ritenere che la norma di cui all'art. 62-*bis*, co. 2 c.p., troverà applicazione solo nei confronti di quei soggetti che, già dichiarati recidivi in una precedente pronuncia e avendo commesso un delitto previsto nell'elenco di cui all'art. 407, co. 2 let. a), purchè punito con pena edittale minima di almeno 5 anni, dovranno essere “obbligatoriamente” dichiarati recidivi reiterati dal giudice di cognizione ai sensi del combinato disposto dei commi 4 e 5 c.p.. I destinatari di tale disciplina, pertanto, oltre a dover subire un rigido aumento della metà o di due terzi della pena, non potranno neanche vedersi riconoscere le attenuanti generiche, sulla base dei criteri “soggettivi” di cui all'art. 133, co. 1, n. 3) e co. 2 c.p.²⁰⁷.

Tale disposizione, a ben vedere, non preclude del tutto il riconoscimento delle attenuanti generiche nei confronti dei soggetti definibili come “super-recidivi”, ma dispone solamente una limitazione al tradizionale potere discrezionale, riconosciuto al giudice *ex art.* 132 e 133 c.p., di concederle per ragioni “soggettive”, che possono trovare fondamento cioè in una minore intensità del dolo ovvero in uno o più criteri dettati dall'art. 133 comma 2 c.p., per l'apprezzamento della capacità a delinquere²⁰⁸.

²⁰⁷ Difforme l'interpretazione di Melchionda, *Le modifiche in materia di circostanze*, cit., p. 198, secondo il quale i destinatari sarebbero coloro che saranno discrezionalmente riconosciuti dal giudice recidivi reiterati, in base al solo comma 4 dell'art. 99 c.p., non scorrendo evidentemente alcun legame con il comma quinto dell'art. 99 c.p.

²⁰⁸ E dunque, i “motivi”, il “carattere del reo”, i “precedenti penali o giudiziari”, la “condotta antecedente, contemporanea o susseguente al reato”, la “vita del reo” e le sue “condizioni di vita, individuale, familiare e sociale”. Sul potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena,

I parametri fattuali previsti dall'art. 133 c.p. che non potranno mai essere alla base della motivazione di riconoscimento delle attenuanti generiche a favore di tali recidivi riguardano due criteri soggettivi: da un lato, con riguardo all' "intensità del dolo", si fa riferimento alla tipica ipotesi di "volontà colpevole attenuata", ossia alla forma del dolo eventuale (o "dolo indiretto"), dall'altro, invece, più genericamente, ci si riferisce a tutti i criteri fattuali che possano in qualche modo afferire alla c.d. capacità a delinquere del recidivo.

Il giudice potrà dunque solo ricorrere ai parametri oggettivi di valutazione della «gravità del reato», deducibili pertanto «dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione», ovvero «dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato».

Tutto ciò avrà degli indubbi riflessi sull'obbligo di motivazione posto in capo al giudice *ex art. 132, co. 1 c.p.*, nel caso in cui decida di riconoscere le "generiche" in capo al c.d. super-recidivo. Il giudice infatti sarà obbligato a specificare con ancor maggiore precisione descrittiva il suo percorso motivazionale in tal senso, con ampie possibilità dunque di un sindacato di legittimità, non solo per difetto di motivazione *ex art. 606, co. 1, let. e) c.p.p.*, bensì anche per inosservanza od erronea applicazione della legge penale *ex art. 606, co. 1, let. a) c.p.p.*²⁰⁹ Anche se è forse più probabile pensare che tale maggiore aggravio in capo ai giudici, in concreto si tradurrà solo in una «sistematica non applicazione dell'art. 62-bis c.p.»²¹⁰, in caso di recidivi reiterati colpevoli dei reati già citati.

Si è, inoltre, giustamente notato che, limitando il potere discrezionale del giudice nella concessione delle "generiche" alla sola considerazione dei criteri commisurativi di natura oggettiva, *ex art. 133, co. 1 c.p.*, si introduce di fatto una sorta di presunzione legale *iuris et de iure* di elevata "intensità del dolo" e di sicura "capacità a delinquere" in capo ai soggetti "super-recidivi", ovvero quei recidivi dichiarati reiterati perchè colpevoli dei gravi delitti indicati *per relationem* nel co. 2 dell'at. 62-bis c.p..

cfr. DOLCINI E., voce *Potere discrezionale del giudice*, cit., p. 744; ID., *L'art. 133 c. p. al vaglio del movimento internazionale di riforma*, in *Evoluzione del diritto e della procedura penale 1945-1990. Studi in onore di G. Vassalli*, Giuffrè, 1991, p. 241; STILE A. M., *La commisurazione della pena nel contesto attuale del sistema sanzionatorio. Aspetti problematici*, ivi, p. 287 ss.

²⁰⁹ Cfr. AMATO G., *Il recidivo va a caccia di generiche*, in *Guida dir.*, Dossier n. 1, 2006, p. 56.

²¹⁰ In tal senso, MELCHIONDA A., op. cit., p. 200.

Nei loro confronti, infatti, il giudice non ha margini di manovra per apprezzare in concreto gli aspetti soggettivi del loro agire, rappresentati dall'intensità dell'elemento psicologico e dalla attitudine a delinquere nel futuro, in quanto il legislatore ha già effettuato tale valutazione, presuntivamente, sulla sola base della tipologia del delitto *sub judice* e della ricaduta nel reato, senza però che vi sia alcun collegamento con la tipologia dei delitti per i quali il colpevole sia stato già dichiarato recidivo in passato. Tale scelta legislativa è apparsa pertanto a molti Autori affetta da una intrinseca irragionevolezza, sotto il profilo dei principi generali in materia di responsabilità penale e pertanto incostituzionale²¹¹.

Con riferimento ai limitati casi individuati dalla norma, la dichiarazione di recidiva reiterata avrà duplici effetti dal punto di vista della commisurazione extraeditale della pena: da un lato, limiterà il giudice in sede di riconoscimento delle attenuanti generiche, e dall'altro, in sede di loro bilanciamento con la stessa recidiva, che non potrà mai ai sensi dell'ult. comma dell'art. 69 essere considerata sub-valente rispetto alle ritenute attenuanti concorrenti.

Dopo solo tre anni, da questa modifica all'art. 62 bis c.p., il legislatore pone di nuovo mano alla disciplina di questo istituto, con la l. 24 luglio 2008, n. 125, con la quale ha convertito il D.L. n. 92 del 2008, contenente misure urgenti in materia di sicurezza pubblica, introducendo al terzo comma dell'art. 62-bis cod. pen. il divieto di concedere le attenuanti generiche se la relativa decisione deve fondarsi esclusivamente sulla condizione di incensuratezza dell'imputato.

Evidente dunque la *ratio* che anima la nuova modifica disposizione: la forte volontà del Parlamento di rivendicare l'esclusiva competenza nel valutare la rispondenza degli strumenti sanzionatori all'interesse della collettività, competenza asseritamente usurpata da quelle prassi giudiziarie.

Rivendicazione che si è tradotta nella compressione degli spazi di discrezionalità del giudice nella determinazione della pena che la riforma del 1974 gli aveva attribuito.

In quest'ottica la disposizione di nuovo conio rappresenta l'ideale prosecuzione di quella operazione accentuatamente rigoristica iniziata con le modifiche apportate proprio dalla legge n. 251 del 2005 al secondo comma dell'art. 62-bis cod. pen. e all'art. 69 cod. pen. (per cui è stato inibito nel giudizio di bilanciamento tra circostanze la possibilità di dichiarare le

²¹¹ FIANDACA G.-MUSCO M., op. cit., p. 444; PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni*, cit., p. 33.; AMATO G., op. cit., p. 56.

attenuanti prevalenti sulle aggravanti sempre nel caso in cui l'imputato sia recidivo reiterato, di cui si discorrerà nel prossimo paragrafo).

Peraltro, mentre gli interventi operati nel 2005 sul versante dell'attenuazione dei trattamenti sanzionatori edittali erano agganciati all'obiettivo maggiore pericolosità espressa dal recidivo (ed all'implicito fallimento del percorso rieducativo somministratogli con le precedenti condanne), il nuovo innesto rivela esclusivamente la volontà di comprimere, per l'appunto, la discrezionalità del giudice nella determinazione della pena da irrogare in concreto.

La novella non intende riportare il codice del 1930 alla sua originaria configurazione – che per l'appunto, come visto, non contemplava le attenuanti generiche, - ma certo vuole ridimensionare in maniera significativa l'ambito di applicazione dell'art. 62-*bis* c.p. dal momento che l'incensuratezza dell'imputato costituisce nella prassi giudiziaria dominante il principale motivo cui è ancorata la concessione della diminuzione di pena ad esso connessa.

E' evidente dunque che mentre le circostanze attenuanti comuni (o speciali) avevano il chiaro intento di imbrigliare il potere giudiziale nella determinazione della pena in concreto, fissando *ex ante* gli elementi di cui il giudice doveva tener conto nella commisurazione della pena in senso lato²¹², le circostanze attenuanti c.d. generiche svolgevano una funzione esattamente opposta, con il chiaro problema di inefficienza e incertezza sulla pena che ne è derivato: da un lato, si diceva al giudice di tener conto di questi elementi, ma nel contempo, nell'impossibilità di tipizzarli tutti in astratto, gli si consentiva di tenere conto di altri indefiniti e indefinibili elementi di fatto (pertanto non sindacabili in sede di legittimità)²¹³. Ne' tale problematica sembra comunque essersi risolta con la novella del 2008, che contribuirà a

²¹² «Il codice Rocco è in effetti dominato dall'ossessione di vincolare il quantum della punibilità ad un'imponente serie casistica di elementi definiti nel loro significato e nella loro portata, la cui funzione preminente consiste nel riguadagnare al primato della legge il maggior spazio possibile compreso tra l'astrattezza della norma e la poliedrica multiformità del fatto di vita, nonchè nell'accentuare le capacità respresive della norma incriminatrice», cfr. PADOVANI T., voce *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, 1988, p. 199.

²¹³ La stessa Corte di Cassazione, nel dissipare i sospetti di illegittimità costituzionale della norma in esame, sotto il profilo della carenza di tassatività della norma, ha sottolineato come essa, non solo non viola l'art. 25, comma 2 Cost., ma è anzi finalizzata a rendere «di fatto la pena più rispettosa del principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e della finalità costituzionalizzata sub art. 27, comma 3, di cui la "congruità" costituisce elemento essenziale», cfr. Cass., Sez. VI, 10 aprile 1995, Faletto, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2019.

nostro avviso solo a rendere più farragginosa la commisurazione della pena e il compito dei giudici²¹⁴.

Il nuovo comma dell'art. 62-*bis* cod. pen. precisa infatti che l'assenza di precedenti condanne non può costituire l'unico fondamento della diminuzione di pena e dunque non elimina *tout court* la circostanza dall'orizzonte di valutazione del giudice²¹⁵.

Già prima dell'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 62-*bis*, la Corte di legittimità d'altronde aveva censurato la concessione da parte dei giudici del fatto delle "generiche" per il solo fatto della incensuratezza dell'imputato, soprattutto se trattasi di uno straniero la cui incensuratezza è difficile da dimostrare²¹⁶.

2.2. Il giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee e il suo progressivo svuotamento.

Il carattere di prevenzione generale delle cornici edittali di pena e dunque la funzione deterrente e di orientamento positivo, che esse svolgono nel nostro ordinamento viene sovente messa in discussione da un istituto dal fondamento assai controverso: il giudizio di equivalenza e di prevalenza tra circostanze eterogenee (art. 69 c.p.).

Il suo fondamento, infatti, anche a seguito delle numerose riforme che ne hanno probabilmente intaccato l'originaria natura, non è molto chiaro oscillando tra la determinazione *legale* e la determinazione *giudiziale* della pena.

In effetti attraverso tale giudizio, il giudice si ritrova spesso arbitro della definizione della gravità dei reati, contraddicendo le scelte di politica criminale operate dal legislatore attraverso la determinazione astratta delle cornici edittali²¹⁷. Attraverso il gioco della

²¹⁴ Per un commento delle modifiche all'art. 62-*bis* cfr. NATALINI A., *Le altre modifiche al codice penale: falsità personali, omicidio volontario aggravato ed attenuanti generiche*, in *Il decreto sicurezza d.l. n. 92/2008 convertito con modifiche in legge n. 125/2008*, a cura di Scalfati A., Giappichelli, 2008.

²¹⁵ Critico sulla prassi giudiziaria che utilizzava il criterio dell'incensuratezza per il riconoscimento delle attenuanti generiche, in quanto elemento di per se' insufficiente per una valutazione positiva della personalità del reo, PULITANÒ D., *Diritto penale*, cit., p. 436.

²¹⁶ Cfr. Sez. IV pen. 28 luglio 2008, n. 31440, inedita.

²¹⁷ In tal senso cfr. VASSALLI G., *Concorso fra circostanze eterogenee e "reati aggravati dall'evento"*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1975, p. 10 ss., a cui avviso al giudice, dopo la riforma del 1974, sono stati «conferiti poteri immensi, tali da permettergli, se volesse, di porre quasi nel nulla la supposta o manifesta volontà del legislatore», con il rischio di aprire le porte in questo modo all'ingresso nel

prevalenza e dell'equivalenza, il giudice ha il potere di modificare in concreto i limiti edittali e la valutazione circa la gravità di talune modalità esecutive che il legislatore esprime attraverso le circostanze, financo quelle ad effetto speciale o c.d. autonome. Questo istituto, a seguito della riforma del 1974, ha perciò trasformato il sistema delle circostanze «da vincolo all'ossessione legislativa di tutto prevedere e tutto dominare, a espressione di un dominio del giudice sulla cornice edittale»²¹⁸.

Questa «sovranità giudiziaria», però, a ben vedere, è solo apparente, in quanto il giudizio di bilanciamento ha in realtà una funzione solo di raccordo tra la commisurazione legale e la commisurazione giudiziale della pena. L'effetto che sembra emergere come conseguenza inevitabile in caso di soccombenza di taluna circostanza, ossia quello di *elisione*, in realtà non si verifica, se non in parte, in quanto sebbene la circostanza soccombente – come anche nel caso delle circostanze equivalenti che si elidono a vicenda - non inciderà più sulla definizione della cornice edittale entro la quale il giudice dovrà determinare la pena, essa muterà il suo valore, trasformandosi da indice di modificazione edittale, ad indice di commisurazione giudiziale, in quanto influirà sul peso specifico della circostanza prevalente, ossia sull'aumento o diminuzione che il giudice andrà in concreto ad irrogare a seguito dell'aggravante o attenuante, rispetto alla pena del reato base.

Tale ruolo di raccordo tra *dosimetria legale e giudiziale* della pena sembra essere stato di recente avallato anche sul piano normativo dalla stessa novella del 2005, che ha espunto la valenza del giudizio di bilanciamento dal calcolo della prescrizione (cfr. art. 157, co. 3 c.p.), che è ora invece collegata solo alla *gravità astratta dei reati*, come stabilito dal comma 2 dell'art. 157 c.p.²¹⁹, implicitamente assegnando una funzione “commisurativa” della gravità in concreto del reato.

nostro ordinamento di «un diritto “libero” rimesso a scelte individuali del giudice». In argomento, si veda anche PADOVANI T., voce *Circostanze*, cit., p. 194. La norma in questione, nella sua formulazione primitiva, consentiva, infatti, il giudizio di comparazione solo tra le circostanze aggravanti ed attenuanti così dette comuni; mentre con la riforma del 1974, il giudizio suddetto venne esteso anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole e soprattutto alle aggravanti speciali, a quelle cioè previste per un solo reato o per un gruppo ristretto di reati che stabiliscono una pena di specie diversa o determinano la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato.

²¹⁸ PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, cit., p. 452.

²¹⁹ Nel caso di concorso di aggravanti e di attenuanti, la vecchia disposizione prevedeva che fossero applicabili le disposizioni dell'art. 69 c.p.. In altre parole, il giudice doveva procedere al giudizio di prevalenza o di equivalenza delle opposte circostanze, in esito al quale se riteneva prevalenti le

E' altrettanto significativo però sottolineare come tale istituto, da sempre perno dell'intero sistema sanzionatorio, continui a ricevere un notevole svuotamento, tanto che oggi si enumerano tantissime eterogenee *eccezioni* alla sua applicazione ordinaria, di difficile inquadramento, contribuendo a rendere poco razionale ed effettivo il sistema di determinazione della pena delle circostanze, il cui numero come si è già sottolineato è invece in continua espansione²²⁰.

E' particolarmente interessante notare, infatti, come il legislatore, ogni qualvolta abbia avuto necessità di rispondere a speciali esigenze di prevenzione generale, sia intervenuto proprio sull'istituto del giudizio di comparazione delle circostanze eterogenee, disciplinato dall'art. 69 c.p., restringendone o ampliandone la portata. Sembrerebbe dunque che questo costituisca il vero perno intorno al quale ruota l'attuale sistema sanzionatorio e che, di conseguenza, con il tempo, sia diventato lo strumento che il legislatore ha messo a disposizione del giudice per il perseguimento delle diverse finalità, che il contesto socio-politico del momento intende attribuire alla sanzione penale²²¹.

E' nota l'esigenza generalpreventiva che ha mosso il legislatore della novella del 1974 ad ampliare l'ambito operativo del giudizio di comparazione delle circostanze, includendovi anche quelle ad efficacia speciale e le circostanze inerenti la persona del colpevole: rendere

aggravanti teneva conto, ai fini della prescrizione, soltanto degli aumenti massimi di pena stabiliti; se reputava prevalenti le circostanze attenuanti, teneva conto soltanto della minima diminuzione per essa prevista; in caso di equivalenza, invece, la pena edittale del reato base non subiva influenza alcuna né dalle une né dalle altre. La legge 251 del 2005, sul punto ha introdotto una novità importante, vietando di applicare le disposizioni dell'art. 69 c.p., con la conseguenza che il giudizio di comparazione tra le circostanze effettuato dal giudice non inciderà più sul regime della prescrizione. Essa si spiega con l'intento del legislatore di fissare la prescrizione secondo termini di carattere obiettivo, sottraendola alla discrezionalità del giudice, che, attraverso il riconoscimento di circostanze, poteva incidere fortemente sui termini di prescrizione. Novità assai utile, per un verso, a fronteggiare le disuguaglianze generate dall'amplissimo *spatium decidendi* permesso sinora in materia e, per l'altro, a rendere meno ambigua alle parti del processo la data in cui matura la fattispecie estintiva. In questi termini v. SCALFATI A., *Cade il bilanciamento delle circostanze*, cit., p. 38. Molti, in dottrina, i commenti positivi in relazione a tale modifica, tra gli altri, GIUNTA F., *Dal disegno di legge alla legge ex Cirielli*, op. cit., p. 25; nella manualistica, si veda, per tutti, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 2007, cit., p. 781.

²²⁰ Per una recente analisi e ricostruzione delle diverse deroghe alla regola contenuta nell'art. 69 c.p., cfr. PECCIOLI A., *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Brigati, 2008.

²²¹ Non a caso, infatti, il giudizio di comparazione tra circostanze eterogenee è stato definito come «una delle chiavi di volta del sistema penale italiano, data l'esuberante e massiccia presenza in esso di previsioni circostanziali suscettibili di modificare profondamente il trattamento sanzionatorio», cfr. PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè, 2006, p. 254. Nello stesso senso, con riferimento all'istituto delle circostanze del reato in generale, cfr. De Vero, *Le circostanze del reato al bivio tra reitegrazione e disintegrazione sistematica. I riflessi delle novelle del 1984*, in Riv. it. dir. pen. proc., 1986, p. 49 ss.

maggiormente proporzionati i livelli sanzionatori, affidando ai giudici il compito di adeguare gli anacronistici ed eccessivamente rigidi limiti edittali del codice autoritario del 1930 al reale disvalore del fatto²²².

Da quel momento i giudici, in un certo senso, sono stati “delegati” dalla stessa legge a determinare gli ambiti edittali per le singole fattispecie pluricircostanziate, sostituendo le proprie scelte politico criminali a quelle del potere legislativo, per supplire all’atavica indolenza di quest’ultimo nel porre mano alla riforma della parte speciale del codice penale²²³.

Diverse, e per certi versi opposte, esigenze di prevenzione generale e difesa sociale, collegate a gravi episodi di criminalità particolarmente preoccupanti, hanno invece indotto il legislatore successivo a porre delle significative *eccezioni* allo stesso istituto del bilanciamento di cui all’art. 69 c.p., sottraendo parzialmente ai giudici quel potere concesso con la novella del ’74, per «salvaguardare i limiti edittali normativamente prescritti» per delitti di sicuro allarme sociale²²⁴. Così sul finire degli anni ’70 e agli inizi di quelli ’90, sull’onda di gravi emergenze di sicurezza sociale e ordine pubblico, si introdussero delle *deroghe* alla regola dell’*obbligatorietà* ed *unitarietà* del giudizio di equivalenza o prevalenza tra circostanze eterogenee, simili a quella oggi prevista dal comma 4 dell’art. 69 c.p., con riferimento alle

²²² Per un’analisi delle modifiche apportate dalla riforma del 1974, cfr. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Cedam, 1985, p. 23; STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, cit., p. 273 ss.; VASSALLI G., *Concorso fra circostanze eterogenee e “reati aggravati dall’evento”*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1975, p. 4 ss.; VASSALLI G., *La riforma penale del 1974: lezioni integrative al Corso di diritto penale*, F. Vallardi, 1975.

²²³ In questi termini Contento, *Note sulla discrezionalità del giudice penale, con particolare riguardo al giudizio di comparazione fra le circostanze*, cit., p. 657; LATAGLIATA A.R., *Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 337; PADOVANI T., voce *Circostanze del reato*, cit., p. 213; STILE A.M., *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, cit., p. 300; VASSALLI G., *Concorso fra circostanze eterogenee*, cit., p. 3, in cui l’illustre Autore rileva che l’art. 69 c.p., nella versione introdotta con il d.l. n. 99 del 1974, «conferisce al giudice poteri immensi, tali da permettergli, se volesse, di porre quasi nel nulla la supposta o manifesta volontà del legislatore», avvisando che l’innovazione, «se non viene attentamente integrata nel sistema, rischia di darci per la prima volta un diritto libero rimesso a scelte individuali del giudice». Così anche in giurisprudenza, v. Sez. II, 14 maggio 1976, Iacobucci, in *Giur. it.*, 1978, p. 160, in cui si afferma che con la riforma si è voluto trasferire al giudice una serie di valutazioni che prima erano riservate al legislatore. In senso conforme, cfr. Sez. I, 17 febbraio 1978, Del Prete, in *Cass. pen.*, 1979, p. 32; Sez. I, 3 ottobre 1978, Campria, in *Riv. pen.*, 1979, p. 195.

²²⁴ Cfr. Padovani, voce *Circostanze del reato*, loc. cit.

aggravanti della recidiva reiterata e a quelle di cui agli articoli 111 e 112, primo comma, n. 4) c.p. (della quale si tratterà *infra*)²²⁵.

Con l'art. 1, comma 1, del d.l. 15 dicembre 1979, n. 625 (*Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica*), convertito nella l. 6 febbraio 1980, n. 15, è stata introdotta un'*aggravante* comune, con aumento fisso della metà della pena base, per i reati commessi per *finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico*, e contestualmente si è disposta al comma 3 l'esclusione dell'equivalenza o della prevalenza di ogni attenuante sia con l'*aggravante* speciale prevista al comma 1, sia con qualsiasi altra circostanza autonoma o indipendente eventualmente concorrente²²⁶. Con l'art. 2 dello stesso provvedimento legislativo si reintrodusse, inoltre, all'art. 280 c.p. il delitto di *attentato per finalità terroristiche o di eversione* (che era stato abrogato dal d.leg.lt. n. 288 del 1944), nel quale, oltre a prevedere diverse *aggravanti speciali*²²⁷, all'ultimo comma, analogamente all'art. 1 della l. n. 15 del 1980, si è disposto testualmente che «*le circostanze attenuanti concorrenti con le circostanze aggravanti non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste*»²²⁸.

Queste disposizioni diedero subito adito a molteplici interpretazioni, alcune delle quali hanno fatto sorgere anche fondati dubbi di legittimità costituzionale sotto il profilo dell'art. 3 Cost. Secondo una prima impostazione, l'esclusione delle attenuanti dal bilanciamento non doveva essere interpretata come una totale preclusione per il giudice di effettuare il giudizio di

²²⁵ La dottrina e la giurisprudenza assegnano al giudizio comparativo tra circostanze due importanti caratteri, quali l'obbligatorietà e la unitarietà. Il primo sta nel fatto che il giudice, in presenza di circostanze aggravanti e attenuanti (circostanze eterogenee), non può esimersi dall'applicare l'art. 69 c.p., ma deve prenderle in considerazione e valutarle comparativamente. Il secondo, strettamente connesso al concetto di obbligatorietà, si concreta nella necessità di una valutazione complessiva, e non analitica, delle circostanze riconosciute esistenti.

²²⁶ DE FRANCESCO G., Commento agli artt. 1 e 2 della legge 6 febbraio 1980 (antiterrorismo), in *Leg. pen.*, 1981, p. 36.

²²⁷ Se dall'attentato derivino lesioni gravi o gravissime (comma 2); qualora le persone offese appartengano agli organi giudiziari, penitenziari o di pubblica sicurezza (comma 3); se dal fatto derivi la morte delle persone stesse (comma 4).

²²⁸ Altre ipotesi di deroga al regime di comparazione sono quelle riguardanti il sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione (art. 289-bis, comma 5 c.p., introdotto dall'art. unico della l. 18 maggio 1978 n. 191), così come l'ipotesi del sequestro di persona per finalità di estorsione (art. 630, comma 6 c.p.), nelle quali l'incidenza di eventuali attenuanti riceve un trattamento autonomo, con l'indicazione specifica delle varie diminuzioni di pena da effettuarsi sulla pena già precedentemente aggravata dalle circostanze speciali ivi previste. Cfr. per tutti, PALAZZO F., *La recente legislazione penale*, cit., p. 244.

bilanciamento, che, al contrario, poteva comunque portare alla prevalenza delle circostanze aggravanti in questione. Questa prospettiva, tuttavia, è stata notevolmente criticata dalla dottrina prevalente, secondo la quale tali disposizioni, così interpretate, avrebbero comportato una violazione del principio di uguaglianza, in quanto escludevano *a priori* qualsiasi considerazione delle attenuanti, sulla base di una inaccettabile presunzione *iuris et de iure* di maggiore pregnanza dell'aggravante di volta in volta in questione su qualsiasi circostanza attenuante concorrente²²⁹. A parere dei sostenitori di queste critiche, perciò, per superare tali sospetti di incostituzionalità e salvaguardare il principio di uguaglianza, sarebbe stato preferibile ritenere esclusa *tout court* l'applicabilità dell'art. 69 c.p., dovendosi ritenere inconcepibile *un giudizio di bilanciamento vincolato nell'esito* ad un'unica soluzione, quella cioè della prevalenza delle aggravanti²³⁰. Altri illustri studiosi, infine, ritennero che con queste disposizioni, in realtà, si sia voluto lasciare al giudice l'alternativa tra un giudizio di bilanciamento, dall'esito vincolato alla sola eventuale prevalenza delle aggravanti in questione, e una serie di distinte e successive applicazioni di tutte le concorrenti circostanze, ai sensi dell'art. 63, comma 3 c.p.²³¹.

Quest'ultima fu l'interpretazione sostanzialmente accolta anche dal Giudice delle leggi, nella sentenza interpretativa di rigetto n. 38 del 1985, con la quale ha ritenuto infondata la questione di legittimità sollevata con riferimento all'art. 1, comma 3, della l. n. 15 del 1980, in relazione all'art. 3, comma 1 Cost.²³². La Consulta affermò che la disciplina derogatoria, correttamente interpretata, non esclude in radice la possibilità di applicare diminuzioni di pena, ma *si limita a lasciare al giudice tale scelta*: nel caso in cui questi discrezionalmente decida per la non prevalenza delle aggravanti, le diminuzioni di pena per le attenuanti non soccombenti andranno calcolate sulla sanzione risultante dagli aumenti già previamente

²²⁹ Cfr. DE VERO G., Concorso di circostanze eterogenee ed attentato per finalità di terrorismo o di eversione con esito mortale nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1986, p. 1302 ss. Nello stesso senso DE FRANCESCO G., Commento agli artt. 1 e 2 della legge 6 febbraio 1980 (antiterrorismo), cit., p. 39; VALLINI A., voce Circostanze del reato, Agg. Dig. disc. pen., Utet, 2000, p. 48.

²³⁰ Ancora diversa sembra la posizione di FIORE C., voce *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Giuffrè, 1980, p. 1103, secondo il quale la circostanza aggravante ad effetto speciale in questione deve valutarsi per prima, sottraendosi al giudizio di comparazione con eventuali attenuanti.

²³¹ Così cfr. GALLO E.-MUSCO E., *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Patron, 1984, p. 268.

²³² V. C. Cost. 7 febbraio 1985, n. 38 e C. Cost., 28 giugno 1985, n. 194, entrambe pubblicate in Riv. it. dir. e proc. pen., 1986, p. 1293 ss., con nota di DE VERO G., *Concorso di circostanze eterogenee ed attentato per finalità di terrorismo o di eversione con esito mortale*, cit.

operati per la suddetta aggravante ad effetto speciale, secondo il regime di cumulo previsto dall'art. 63, comma 3 c.p., che regola il regime del concorso omogeneo di circostanze²³³. Considerazioni analoghe sono state poste alla base anche della sentenza interpretativa di rigetto n. 194 del 1985 della Corte Costituzionale, con riferimento alla previsione di cui all'art. 280, comma 5 c.p., con la quale il legislatore analogamente ha inteso limitare il giudizio di comparazione tra le attenuanti eventualmente concesse e le aggravanti delle lesioni gravi o gravissime o della morte, delineate dallo stesso art. 280, senza che ciò comporti una sicura esclusione dell'operatività delle attenuanti sulla pena, stabilita però precedentemente in maniera indipendente per il delitto aggravato²³⁴.

Analoghi meccanismi derogatori rispetto al giudizio di comparazione sono stati previsti, in seguito, dall'art. 7 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152 (convertito, con modificazioni, nella l. 12 luglio 1991, n. 203)²³⁵, che ha introdotto un'aggravante di portata comune per i delitti commessi avvalendosi della forza intimidatrice dell'associazione di stampo mafioso ex art. 416-bis c.p. o allo scopo di agevolarne l'attività; dall'art. 7 del d.l. 31 dicembre 1991, n. 419 (convertito in l. 18 febbraio 1992, n. 172, sul *fondo vittime dell'estorsione*)²³⁶; e dall'art. 3 del d.lg. 26 aprile 1993, n. 122 (*misure discriminatorie*)²³⁷.

In tutte queste disposizioni, a ben vedere, pare siano state integralmente recepite le indicazioni provenienti dalle citate sentenze interpretative di rigetto n. 35 e n. 194 del 1985 della Corte Costituzionale, in quanto in esse compare una medesima formulazione normativa, estremamente più chiara, che sembra non lasciare spazio ai dubbi interpretativi emersi invece con riferimento all'art. 280, comma 5 e all'aggravante della finalità di terrorismo ed

²³³ In senso conforme all'interpretazione della Consulta cfr. PALAZZO, La recente legislazione penale, cit., p. 249. In senso critico, invece, si veda DE FRANCESCO G., *Commento agli artt. 1 e 2 della legge 6 febbraio 1980 (antiterrorismo)*, cit., p. 39; DE VERO G., *Concorso di circostanze eterogenee ed attentato per finalità di terrorismo*, cit., p. 1294 ss.

²³⁴ V. C. Cost., 28 giugno 1985, n. 194, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 1293 ss., con nota di De Vero, *Concorso di circostanze eterogenee ed attentato per finalità di terrorismo o di eversione*, cit.. Conforme anche Sez. I, 6 dicembre 1985, De Stefano, in *Cass. pen.*, 1987, p. 887.

²³⁵ Cfr. MANZIONE, Una normativa "d'emergenza" per la lotta alla criminalità organizzata e la trasparenza e il buon andamento dell'attività amministrativa (d.l. n. 159 del 1991 e l. n. 203 del 1991): uno sguardo d'insieme, in *Leg. pen.*, 1992, p. 844.

²³⁶ DE FRANCESCO G., *Commento all'art. 7 d.l. 31 dicembre 1991, n. 419 (fondo vittime estorsioni)*, in *Leg. pen.*, 1992, p. 763.

²³⁷ DE FRANCESCO G., *Commento all'art. 3 del d.l. 26 aprile 1993 n. 122 (misure antidiscriminatorie)*, in *Leg. pen.*, 1994, p. 215.

eversione²³⁸: «*le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dall'art. 98, concorrenti con l'aggravante (...) [facendo riferimento nelle diverse ipotesi alle aggravanti ad effetto speciale all'uopo introdotte dai singoli provvedimenti legislativi], non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti*»²³⁹.

Simili deroghe al principio del bilanciamento tra circostanze di segno opposto, d'altronde, non sono nuove neanche alla legislazione più recente, come dimostrano sia la disposizione prevista nel comma 5 dell'art. 600 *sexies* c.p., che, stante la particolare gravità e odiosità dei delitti in materia di prostituzione e pornografia minorile, ha vietato il giudizio di prevalenza o di equivalenza di tutte le attenuanti concorrenti con le aggravanti ad effetto speciale previste nel medesimo articolo²⁴⁰; sia l'art. 12, commi 3-*ter* e 3-*quater* del d.lg. 25 luglio 1998, n. 286, come modificato dalla l. n. 189 del 2002, in materia di favoreggiamento all'ingresso illegale di stranieri aggravato dalla finalità di sfruttamento sessuale, prostituzione

²³⁸ In questo senso DE FRANCESCO G., *Commento all'art. 7 d.l. 31 dicembre 1991, n. 419, cit.*, p. 771; e DE FRANCESCO G., *Commento all'art. 3 del d.l. 26 aprile 1993 n. 122, cit.*, p. 215.

²³⁹ Questa stessa formula in seguito è stata recepita anche per la succitata aggravante comune della finalità di terrorismo ed eversione e per le aggravanti speciali previste per l'attentato per finalità di terrorismo ed eversione, rispettivamente dall'art. 1, comma 3 della l. n. 15 del 1980 e dal comma 5 dell'art. 280 c.p., così come modificati ad opera della l. 14 febbraio 2003 (legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione internazionale per la repressione degli attentati terroristici mediante utilizzo di esplosivo, adottata dall'ONU a New York il 15 dicembre 1997). Oggi, infatti, tali disposizioni, così come l'ult. comma dell'art. 280-bis, prevedono testualmente che «le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114, concorrenti con le aggravanti di cui ai commi (...), non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti».

²⁴⁰ Il comma 5 dell'art. 600-*sexies* c.p. è stato aggiunto ad opera dell'art. 15, comma 4 della l. 11 agosto 2003, n. 228, recante misure contro la tratta di persone. Sintomatico del fatto che ormai tali "eccezioni" al principio del bilanciamento stiano diventando la "regola" è che le stesse fattispecie di reato, per le quali l'art. 600-*sexies*, nelle ipotesi aggravate, oggi prevede tale divieto di prevalenza ed equivalenza con le concorrenti attenuanti, sono le stesse che compaiono nell'elenco di cui all'art. 407, comma 2, let. a), n. 7 bis) c.p.p., richiamato dall'attuale comma 5 dell'art. 99 c.p., come delitti che integrano ipotesi di recidiva speciale "obbligatoria", e per i quali, nel caso si configuri una recidiva reiterata, è prevista la nuova deroga al bilanciamento, ai sensi dell'art. 69, comma 4 c.p.. Per tali delitti, perciò, in caso di concorso eterogeneo tra circostanze attenuanti, diverse dall'art. 98 c.p., e circostanze aggravanti speciali previste dall'art. 600-*sexies*, se commessi da un soggetto recidivo reiterato ex art. 99, commi 4 e 5 c.p., vi sarà un doppio vincolo per il giudice all'esercizio del bilanciamento. Egli non solo non potrà ritenere le eventuali attenuanti concorrenti prevalenti rispetto all'aggravante della recidiva reiterata, ma avrà anche il divieto di decretarle prevalenti o equivalenti rispetto alle aggravanti ad effetto speciale previste dall'art. 600-*sexies*.

o sfruttamento dei minori²⁴¹. Anche queste eccezioni vengono disciplinate nello stesso modo delle precedenti, attraverso l'utilizzo della medesima formulazione normativa prima richiamata, quasi a voler armonizzare a livello legislativo la regolamentazione di tutte le deroghe al principio di bilanciamento tra circostanze di segno diverso.

In linea con la medesima tendenza legislativa tesa a derogare al criterio di concorso delle circostanze eterogenee ex art. 69, per soddisfare esigenze di prevenzione generale in senso prevalentemente deterrente, si pone anche la norma prevista dalla lett. f) dell'art. 1, del D.l. 23 maggio 2008, n. 92 – *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, convertito con legge n. 125 del 2008, che introduce nel codice penale l'inedito art. 590-*bis*, che detta, una nuova deroga all'art. 69 c.p., una speciale disciplina del concorso tra circostanze aggravanti ed attenuanti, qualora le prime siano proprio quelle inserite dallo stesso decreto negli artt. 589, comma terzo, e 590, comma quarto, cod. pen. e collegate alla guida in stato di ebbrezza o di alterazione da stupefacenti²⁴².

La disciplina in questione sottrae le menzionate aggravanti al giudizio di bilanciamento con le attenuanti – ad eccezione di quelle previste dagli artt. 98 e 114 cod. pen. - prevedendo che queste ultime non possano essere ritenute equivalenti o prevalenti e che le relative diminuzioni vengano calcolate sulla quantità di pena risultante dalla precedente applicazione delle stesse aggravanti. Emerge dunque in maniera nitida la volontà dell'Esecutivo di rendere più severa e soprattutto effettiva la risposta sanzionatoria per i delitti contro la vita e l'incolumità personale commessi nell'ambito della circolazione stradale e in particolar modo di quelli connessi all'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti. E, sotto il profilo dell'effettività della pena, il disegno si completa attraverso l'esclusione - prevista dall'art. 590 *bis* cod. pen. - dell'aggravante in questione dal giudizio di bilanciamento con le circostanze attenuanti. Clausola, questa, come visto, tutt'altro che inedita, avendo caratterizzato nel recente passato molteplici interventi del legislatore segnati da analoghi intenti repressivi,

²⁴¹ L'art. 12, comma 3-*quater*, del d.lg. 25 luglio 1998, n. 286, stabilisce infatti che: «Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98 del codice penale, concorrenti con le aggravanti di cui ai commi 3-*bis* e 3-*ter*, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti».

²⁴² Per un commento su tale nuovo limite al bilanciamento per queste circostanze di nuovo conio cfr. BRICCHETTI R., Ipotesi aggravate e implicazioni in tema di omicidio e lesioni colposi, in Il decreto sicurezza d.l. n. 92/2008 convertito con modifiche in legge n. 125/2008, a cura di Scalfati A., Giappichelli, 2008.

sebbene sia da sottolineare che questa sia la prima volta che una norma di questo genere compare sulla scena delle fattispecie caratterizzate dalla colpa.

Tutte queste eccezioni all'art. 69 c.p., introdotte dal legislatore dopo la riforma del 1974, rendono perciò ancor più complessa la già controversa individuazione della *funzione* svolta dal giudizio di equivalenza o prevalenza tra circostanze eterogenee nell'attuale sistema penale.

La dottrina più tradizionale, insieme alla unanime giurisprudenza, agganciandosi a quanto espresso nella Relazione Ministeriale al codice del 1930²⁴³ — con il quale è stato introdotto per la prima volta l'istituto —, ritengono che il giudizio di bilanciamento attenga al piano della *individualizzazione della pena*, governato perciò dai criteri di cui all'art. 133 c.p., consentendo al giudice una valutazione unitaria e sintetica dell'intero fatto nel suo concreto esplicitarsi, in maniera da rendere la pena proporzionata sia alla personalità dell'agente che all'entità complessiva della gravità del fatto²⁴⁴.

²⁴³ In merito, il Ministro Guardasigilli, nella Relazione sul libro primo del Progetto, ha sottolineato espressamente come la previsione dell'innovativo giudizio di bilanciamento delle circostanze concorrenti fosse stata ispirata dalla necessità di far sì «che il giudice abbia una visione completa ed organica del colpevole e del reato da questo commesso, in modo che la pena da applicare in concreto sia, per quanto è possibile, il risultato di un giudizio complessivo e sintetico sulla personalità del reo e sulla gravità del reato, anziché l'arido risultato di successive operazioni aritmetiche», come previsto invece nel codice previgente.

²⁴⁴ Così BRICOLA F., Le aggravanti indefinite (legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato), in Riv. it. dir. e proc. pen., 1964, p. 1064; MALINVERNI A., voce Circostanze del reato, in Enc. dir., Giuffrè, 1960, vol. VII, p. 101; MARINI G., Le circostanze del reato. Parte generale, Giuffrè, 1965; SANTORO A., Le circostanze del reato, Utet, 1952, p. 299. Più di recente dopo la riforma del 1974, cfr. FIANDANESE, Gli effetti del giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze e la riforma operata dal d.l. 11 aprile 1974 n. 99, in Cass. pen., 1978, p. 331; DE VERO G., Circostanze del reato e commisurazione della pena, cit., p. 193 ss., in cui l'Autore fa leva sulle modifiche introdotte al 4° comma dell'art. 69 c.p. con l'art. 6, d.l. 11 aprile 1974 n. 99, con il quale, tra le circostanze sottoponibili al giudizio di comparazione, sono comprese anche quelle «inerenti alla persona del colpevole». In giurisprudenza si veda Sez. IV, 28 giugno 2005, Matti, C.E.D. Cass. n. 30432, nella quale si afferma: «la finalità del giudizio di comparazione tra le circostanze (articolo 69 del Cp), che attribuisce al giudice la valutazione della prevalenza o equivalenza in caso di concorrenza tra circostanze aggravanti ed attenuanti, è quella di apprezzare la personalità del colpevole e la vera entità del fatto onde conseguire il perfetto adattamento della pena al caso concreto». Nello stesso senso, tra le altre, Sez. VI, 9 giugno 1996, n. 8788, Franchini, in questa rivista, 1997, p. 2701; Sez. IV, 16 novembre 1988, Carotenuto, in questa rivista, 1990, p. 405; Sez. II, 9 dicembre 1988, Lana, in questa rivista, 1991, p. 230; Sez. II, 25 febbraio 1987, Finanzo, in Riv. pen., 1987, p. 936. Particolarmente interessante è poi la Sez. I, 19 gennaio 1990, Esposito, in questa rivista, 1991, p. 1768, secondo la quale i precedenti penali dell'imputato possono essere valutati, non solo come elementi costitutivi della recidiva, ma anche ai fini del giudizio di comparazione.

Tale classica impostazione è stata però posta in dubbio da quella parte della dottrina che riconduce il giudizio di comparazione ad un piano diverso e precedente a quello della commisurazione della pena in senso stretto, ritenendo perciò che il giudice debba ricorrere a parametri diversi da quelli di cui all'art. 133 c.p.²⁴⁵. Secondo questo orientamento dottrinario, cioè, la comparazione non avrebbe la finalità di individualizzare la pena, in base alle concrete caratteristiche del fatto e dell'agente, ma piuttosto quella di *rideterminare la cornice legale*, stabilendone così la base per la successiva effettiva commisurazione, fissando la maggiore (*prevalenza*), minore (*subvalenza*) o immutata (*equivalenza*) gravità del fatto in astratto²⁴⁶.

Due in particolare erano i dati normativi da cui muoveva tale assunto. Il primo era ravvisabile nell'efficacia che assumeva il giudizio di bilanciamento delle circostanze eterogenee nella determinazione dei termini di prescrizione del reato in base al disposto dell'art. 157, comma 2 c.p. (nella versione precedente alle modifiche del 2005). Dalla constatazione che il computo del tempo di prescrizione del reato non aveva alcun rapporto con la *pena concreta*, bensì si riferiva esclusivamente al livello massimo della pena minacciata²⁴⁷, un'illustre dottrina in particolare aveva tratto un'importante conclusione riguardo alla funzione del giudizio di comparazione e *a fortiori* delle stesse circostanze: esse costituiscono «elementi di *valutazione legale del reato* ed incidono sulla pena minacciata prima che sulla pena commisurata»²⁴⁸.

Il secondo dato normativo, posto a sostegno della tesi che attribuisce al giudizio di bilanciamento la funzione di predeterminazione legale della cornice edittale, era tratto

²⁴⁵ Ritengono che, nel giudizio di comparazione, il giudice non debba fare ricorso ai criteri di cui all'art. 133 c.p., quanto piuttosto al *grado intrinseco di intensità*, con cui la circostanza aggravante o attenuante si è manifestata, CONTENTO G., *Note sulla discrezionalità del giudice penale*, cit., p. 672; DE VERO G., *Circostanze del reato e commisurazione*, cit., p. 210; PADOVANI T., voce *Circostanze del reato*, cit., p. 215; BISSI, *Giudizio di comparazione tra circostanze concorrenti eterogenee e criteri-guida operativi*, in *Giust. pen.*, 1993, p. 541.

²⁴⁶ STILE A. M., *Il giudizio*, cit., p. 142. Sostanzialmente nello stesso senso, PAPI, *Le ambiguità dell'art. 69 c.p. tra reale e razionale*, in *Cass. pen.*, 1984, p. 1928; ROMANO M., *sub art. 69*, in *Commentario sistematico*, cit., p. 708 ss. Per una completa ed esauriente ricostruzione delle diverse tesi cfr. diffusamente MELCHIONDA A., *Le circostanze del reato*, cit., p. 688 ss., il quale aderisce alla seconda delle due tesi qui sinteticamente descritte.

²⁴⁷ L'art. 157, comma 2 c.p., nella versione originaria, stabiliva: «per determinare il tempo necessario a prescrivere si ha riguardo al massimo stabilito dalla legge per il reato, consumato o tentato, tenuto conto dell'aumento massimo di pena stabilito per le circostanze aggravanti e della diminuzione minima stabilita per le circostanze attenuanti».

²⁴⁸ Così STILE A. M., *Il giudizio*, cit., p. 55 (il corsivo è dell'Autore).

dall'originaria esclusione dal meccanismo normativo di cui all'art. 69 c.p. delle “*circostanze inerenti la persona del colpevole*”²⁴⁹. Una simile limitazione sembrava infatti incompatibile con la tesi che ravvisava nel giudizio di bilanciamento la funzione di personalizzazione della pena, che implica che anche tali elementi siano presi in considerazione nel complessivo giudizio commisurativo, che, seppur sintetico, deve comunque tener conto di tutti i risvolti concreti del reato, coinvolgenti non solo il fatto, ma anche la personalità del suo autore, così come richiesto dall'art. 133 c.p.. Da questo punto di vista, perciò, l'originario impianto del giudizio di bilanciamento, dal quale venivano escluse sia le circostanze ad effetto speciale sia quelle inerenti la persona del colpevole, appariva coerente — contrariamente a quanto affermato nella Relazione preliminare al codice — con una visione di questo come rispondente ad esigenze di prevenzione generale, collegate alla determinazione *legale* della cornice edittale della pena, che proprio attraverso questo particolare istituto veniva in parte “delegata” anche al giudice²⁵⁰.

Dopo la novella del 1974, certamente questo modello è entrato in crisi ed è entrata in crisi anche questa visione della funzione del bilanciamento, determinando una «disfunzione sistemica che si riflette sullo stesso potere discrezionale del giudice»²⁵¹. L'art. 69 c.p., pur continuando ad incidere sul termine di prescrizione del reato *ex art.* 157 co. 2 c.p., aveva assunto un significato ambiguo e polivalente, collocandosi in una posizione intermedia tra la determinazione *legale* della cornice edittale del reato, e il momento commisurativo *giudiziale* della pena in concreto.

²⁴⁹ La ragione per cui le circostanze autonome originariamente non erano state considerate ai fini del bilanciamento, si faceva risalire al fatto che il legislatore aveva determinato volta per volta l'effettivo disvalore del fatto e ciò non poteva essere vanificato dall'opera di valutazione del giudice. Per le circostanze inerenti alla persona del colpevole, invece, al fatto che queste si consideravano del tutto eterogenee rispetto alle altre circostanze. Così PADOVANI T., voce *Circostanze del reato*, cit., p. 212.

²⁵⁰ Per le circostanze inerenti la persona del colpevole già si è detto. Per le c.d. circostanze ad effetto speciale, invece, ciò si spiega considerando che le particolari esigenze generalpreventive sottese alla loro stessa previsione, e tali da giustificare un aumento superiore a quello ordinario o una cornice edittale autonoma o addirittura una tipologia di pena differente da quella del reato base, necessitano che tali scelte legislative siano sottratte al potere discrezionale del giudice di determinazione legale della cornice edittale nell'ambito del concorso di circostanze eterogenee. Cfr. STILE A. M., *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, p. 300, ove afferma: «la possibilità accordata al giudice di eliminare dal novero degli elementi che concorrono a determinare la pena le c.d. circostanze ad efficacia speciale significa modificare il significato tradizionale della discrezionalità: il giudice non è più chiamato soltanto a proseguire l'opera del legislatore ma a sostituire le proprie valutazioni, legate alla concretezza dell'episodio criminoso, a quelle normative di parte speciale».

²⁵¹ Così STILE A. M., ult. op. cit., p. 294.

Ma il rilievo critico decisivo, e tuttora a nostro avviso insuperabile, alla tesi che ravvisa la funzione del bilanciamento nella individualizzazione della pena, concerne l'“*effetto di elisione*”, che può derivare da un giudizio di equivalenza o di soccombenza di talune circostanze (soprattutto se autonome o ad effetto speciale). L'esigenza di una globale valutazione di tutti gli elementi riguardanti sia il fatto che l'autore, sottesa ad un giudizio di natura commisurativa, così come si evince dall'art. 133 c.p., risulta incompatibile con l'effetto di elisione previsto dal meccanismo giuridico di cui all'art. 69²⁵². Perciò l'unico modo per recuperare la rilevanza delle circostanze ritenute soccombenti od equivalenti sembrerebbe quello di svincolare il giudizio di comparazione dalla fase di irrogazione concreta della pena, attribuendogli la funzione di *ridefinizione della cornice edittale* tra le tre astrattamente possibili (quella determinata dalla prevalenza delle aggravanti, delle attenuanti o dall'ipotesi base), che il giudice dovrà prendere come riferimento per la quantificazione della pena in concreto, nella successiva fase di commisurazione vera e propria. In questa fase, perciò, le circostanze ritenute non prevalenti riacquisteranno la loro rilevanza, divenendo “elementi di valore” ai fini del giudizio di *Strafzumessung*, potendo determinare lo spostamento verso il minimo o il massimo della cornice, così come predeterminata in fase di comparazione²⁵³.

²⁵² Cfr. STILE A. M., ult. op. cit., p. 298 e 300, ove ancor meglio spiega: «l'effetto di elisione non trova nessuna giustificazione né in presenza di circostanze ad efficacia speciale, per esigenze di graduazione della pena, né nel concorso di circostanze del fatto e della persona: fatto e persona possono condurre logicamente ad una sintesi che tenga conto (art. 133) di entrambi gli aspetti, ma non si prestano certo a un raffronto che consenta di annullare — a qualsiasi livello — la rilevanza di significati dell'uno o dell'altro tipo».

²⁵³ Cfr. STILE A.M., *Il giudizio di prevalenza*, cit., p. 147. Così anche ROMANO M., *sub art. 69*, in Commentario, cit., p. 715, laddove puntualizza che: «le circostanze dichiarate soccombenti (o equivalenti) possono (meglio, devono) essere considerate dal giudice, insieme agli altri elementi contingenti, al fine della determinazione della concreta misura dell'influenza delle circostanze prevalenti (...), e/o della concreta misura della pena-base del reato ai sensi dell'art. 133» (la parte in corsivo è evidenziata dall'Autore nel testo). Coglie tale aspetto problematico dell'istituto del bilanciamento anche PADOVANI T., voce *Circostanze del reato*, cit., p. 215, il quale, tuttavia, poi propende per la prima delle due tesi qui esposte, sostenuta da DE VERO G., *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., p. 199 ss., affermando, pertanto, che «per evitare l'assurdità dell'elisione che il giudizio ex art. 69 c.p. determinerebbe, basta tener presente che, per fissare la pena-base, il giudice «deve escludere dalla propria ricognizione l'elemento oggetto di qualificazione circostanziale, al fine di evitarne la doppia valutazione»». Poi prosegue sostenendo: «lo stesso giudizio di comparazione, in quanto diretto ad accertare se le circostanze concorrenti debbano o meno trovare applicazione come tali», serve prima di tutto a stabilire quale modello «il giudice dovrà seguire nell'operazione di commisurazione». Le circostanze soccombenti, ancora una volta, non perdono ogni rilevanza, ma ne assumono una diversa meno pregnante ma pur significativa, nell'ambito dell'art. 133 c.p.».

Oggi, a seguito dell'abolizione dell'efficacia del bilanciamento delle circostanze ai fini del computo del termine di prescrizione (art. 157, comma 3 c.p.), comunque collegato al limite edittale massimo di ciascun reato, si potrebbe pensare che la "disfunzione" dell'istituto si sia ricomposta nel senso di un suo totale inglobamento nell'ambito della commisurazione della pena. Tuttavia, sebbene la seconda tesi qui sostenuta abbia perso uno degli agganci normativi più rilevanti, l'immutato "effetto di elisione", che il bilanciamento tutt'oggi può determinare, non consente di assimilare del tutto il giudizio *ex art. 69 c.p.* al momento di individualizzazione della pena.

L'*ambiguità funzionale* del giudizio di prevalenza e di equivalenza sembra d'altronde emergere ancora più incisivamente, se si pensa che l'"effetto di elisione", nonostante le numerose eccezioni di cui si è parlato, continua ad essere previsto anche con riguardo alle circostanze autonome e a quelle ad effetto speciale, che, al contempo, se aggravanti, incidono sul termine di prescrizione del singolo reato *ex art. 157, comma 2 c.p.*, mantenendo dunque, come si è già sottolineato, la loro intrinseca funzione di "*cause di modificazione della cornice della pena*". Se dunque il legislatore, come si è cercato di dimostrare, sembra aver attribuito un ruolo diverso alle circostanze ad effetto comune rispetto a quelle autonome o ad effetto speciale (o almeno ciò vale per quelle aggravanti). Tale differenza funzionale, però, avrebbe dovuto, più coerentemente, riverberarsi anche sul meccanismo del bilanciamento. Il riformatore avrebbe fatto meglio, cioè, a cogliere la reale *ambiguità funzionale* dell'istituto delle *circostanze* e del *bilanciamento*, così come già l'attuale sistema penale ha fatto emergere con la previsione di tutte le citate deroghe: se non abolendo in radice il giudizio di cui all'art. 69 c.p., quantomeno limitandolo alle sole circostanze ad effetto comune²⁵⁴. Per le circostanze c.d. autonome o ad effetto speciale, infatti, sarebbe stato forse preferibile adottare una soluzione diversa, magari prevedendo che queste incidano sulla pena in un momento precedente ed indipendente dal concorso, oppure generalizzando quel meccanismo previsto da numerose leggi speciali per specifiche aggravanti autonome o ad effetto speciale.

²⁵⁴ In tale direzione sembrano, d'altronde, muoversi le recenti tendenze di riforma della parte generale del codice penale, espresse nei Progetti di riforma elaborati dalle Commissioni ministeriali negli ultimi decenni. Per un'analisi più approfondita di questi si rinvia al terzo capitolo.

Simili scelte normative avrebbero, tuttavia, richiesto una più complessa riforma dell'intero sistema delle circostanze e della commisurazione della pena, di cui, invece, il riformatore del 2005 non si è minimamente preoccupato.

Le principali ragioni politico-criminali ispiratrici della riforma, del resto, risiedono essenzialmente nella volontà di reprimere gli autori recidivi in tutti i modi possibili. Ed è dunque con questo obiettivo che il legislatore della novella ha deciso di introdurre l'ennesima eccezione al principio del bilanciamento tra circostanze eterogenee (art. 69, comma 4 c.p.). Questa nuova deroga, infatti, si distingue da quelle precedentemente analizzate sotto diversi aspetti, tanto da aver fatto dubitare della sua stessa legittimità costituzionale, ad onta della massiccia presenza nell'attuale sistema penale di limitazioni all'art. 69 c.p., alcune delle quali, come si è visto, hanno in passato già superato il vaglio della Consulta.

Se, infatti, come si è visto, il carattere obbligatorio ed unitario del giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee subisce nell'attuale sistema penale già numerose deroghe, è pur vero che queste presentano tutte un *carattere "oggettivo"*, ovvero sono accomunate dalla medesima *ratio*, tesa a limitare la discrezionalità giudiziale al fine di stabilizzare la cornice edittale *legale* di reati particolarmente gravi, per i quali esigenze generalpreventive suggeriscono di garantire un certo inasprimento sanzionatorio.

Con la legge n. 251, invece, per la prima volta, si è introdotta una deroga *generale* al principio del bilanciamento di *carattere "soggettivo"*, ovvero non legata alla tipologia di delitti commessi, ma alla tipologia degli autori e alla loro carriera criminale.

Il novellato comma 4° dell'art. 69 prevede, infatti, il *divieto di prevalenza* delle circostanze attenuanti sulle seguenti circostanze aggravanti: la recidiva reiterata ex art. 99, comma 4 c.p. e le circostanze aggravanti previste dagli artt. 111 e 112, comma 1°, n. 4) c.p., relative alla determinazione al reato di persone non imputabili e non punibili. Nel caso in cui vengano riconosciute queste ultime aggravanti, il giudice non potrà dunque concludere per la prevalenza delle eventuali circostanze attenuanti concorrenti²⁵⁵.

²⁵⁵ Per una prima applicazione di tale nuova deroga al giudizio di bilanciamento, cfr. Sez. V, 27 febbraio 2007, n. 14152, inedita. In questa la Suprema Corte ha affermato che, nel caso sia contestata la recidiva reiterata, ove si ravvisi un'attenuante ad effetto speciale, come quella prevista dall'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990, il giudice non può applicare la riduzione prevista per l'attenuante e quindi operare un aumento per la recidiva, ma deve effettuare il giudizio di comparazione, nei limiti segnati dall'art. 69, comma 4, c.p.

Si deve considerare, tuttavia, che nell'originario progetto "Cirielli" la riforma proposta andava molto più in là, escludendo radicalmente dal giudizio di bilanciamento, non solo i casi di recidiva reiterata di cui all'art. 99 co. 4 c.p., ma anche tutte le c.d. circostanze ad "effetto autonomo o indipendente"²⁵⁶.

Con l'approvazione del testo definito della legge, il senso della disposizione è notevolmente cambiato²⁵⁷. Infatti, oltre ad esser stata circoscritta alla sola ipotesi di recidiva reiterata di cui all'art. 99, comma 4 c.p., la norma prevede solo un divieto di prevalenza e dunque non esclude che gli effetti aggravanti della recidiva possano ancora essere elisi attraverso un giudizio di equivalenza, anche con una sola concorrente attenuante²⁵⁸.

La deroga all'ordinario meccanismo del bilanciamento tra circostanze di segno opposto introdotta dalla l. n. 251/2005, modificando il comma 4 dell'art. 69 c.p., proprio per la sua peculiarità rispetto alle altre disseminate nel sistema, ha da subito sollevato però delle riserve in punto di legittimità costituzionale nella dottrina prevalente, così come nella giurisprudenza²⁵⁹.

La sindacabilità della legittimità della scelta legislativa di limitare il giudizio di comparazione, vietando la soccombenza della recidiva reiterata, a ben vedere, non può non

²⁵⁶ Si proponeva quindi una formulazione della norma quasi identica a quella originariamente prevista dal Codice Rocco e rimasta in vigore fino alla riforma del 1974. Infatti l'unica differenza era data dalla mancata considerazione delle circostanze relative alla imputabilità, escluse in origine dal bilanciamento quali circostanze inerenti alla persona del colpevole ed incluse, invece, nel 1974.

²⁵⁷ Anche il riferimento contenuto nel comma 4 dell'art. 69 c.p. alle due ulteriori circostanze aggravanti di cui agli artt. 111 e 112, primo comma, n. 4) c.p., non era presente nell'originaria formulazione del disegno di legge n. 2055, essendo il risultato di un emendamento proposto dalla commissione Giustizia della Camera dei deputati nella seduta del 15 dicembre 2004 nel corso dei lavori parlamentari.

²⁵⁸ Sul punto, cfr. PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, cit., p. 32, il quale afferma che potrebbe trattarsi di «un (provvidenziale) lapsus calami, visto che, per neutralizzare il peso della recidiva reiterata e riportare la commisurazione giudiziale nei limiti edittali semplici, è sufficiente la valutazione «compensativa» di una sola attenuante».

²⁵⁹ Cfr. AMATO G., *Il recidivo va a caccia di generiche*, cit., p. 56; PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, cit., p. 34; ROSI E., *Effetti della recidiva reiterata*, in Aa.Vv., *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva, analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex Cirielli")*, a cura di Scalfati, Cedam, 2006, p. 23; SCALFATI A., *Cade il bilanciamento delle circostanze*, in Guida dir., Dossier n. 1, 2006, p. 39. Cfr., inoltre, MELCHIONDA A., *La nuova disciplina della recidiva*, in Dir. pen. proc., 2006, p. 184, il quale afferma: «appare di dubbia apprezzabilità logica e razionale il fatto che il legislatore ha in questo modo vincolato l'esito del giudizio di bilanciamento, a prescindere dal quadro complessivo delle altre aggravanti, e subordinandolo solo alla presenza o meno della recidiva reiterata. In questo modo cioè la recidiva reiterata, anche se riferita a condanne estremamente remote nel tempo e per delitti di minima gravità, assume da sola un peso commisurativo più rigido e maggiore di quello che potrebbe essere apprezzato per molte altre aggravanti concorrenti fra loro».

essere strettamente correlata alla funzione che si intende attribuire al giudizio di bilanciamento. I primi commentatori della riforma hanno sottolineato, infatti, come questo ulteriore strumento di maggior rigore, basato, non tanto sulla maggiore gravità del fatto, e dunque su di un parametro oggettivo, quanto su di un parametro soggettivo, consistente nella ritenuta maggiore colpevolezza o pericolosità dei recidivi reiterati, configgesse con la stessa *ratio* del giudizio di bilanciamento *ex art. 69*. Se si ritiene infatti che il bilanciamento abbia lo scopo di individualizzare e personalizzare la pena, considerando globalmente e unitariamente tutti gli elementi positivi e negativi circostanziali, riguardanti il fatto e il suo autore, attraverso un giudizio del tutto assimilabile a quello di *commisurazione della pena* in senso stretto, allora si potrebbe fondatamente concludere per l'illegittimità di una simile eccezione. Questa è stata infatti la premessa sistematica da cui sono partiti coloro i quali, sia in dottrina che in giurisprudenza, hanno sollevato serie perplessità in merito alla disposizione di cui all'art. 69, comma 4 c.p. dal punto di vista della sua costituzionalità²⁶⁰. Questa deroga, limitando *in peius* la possibilità di considerare circostanze che possono notevolmente attenuare la pena (partendo anche al disotto del minimo), rende in taluni casi palesemente sproporzionata la risposta sanzionatoria, finendo con il tradursi in una violazione dei principi di personalità della responsabilità penale e di rieducazione della pena *ex art. 27 Cost.*, che devono sempre informare il momento commisurativo giudiziale, piegandolo invece ad esigenze di prevenzione generale, che dovrebbero, viceversa, rimanere ad esso del tutto estranee²⁶¹.

²⁶⁰ Esplicitamente in questo senso si sono espressi in dottrina, FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale*, cit., p. 426; AMATO G., *Il recidivo va a caccia di generiche*, cit., p. 60, il quale afferma: «come è noto, la finalità del giudizio di comparazione tra le circostanze (articolo 69 del Cp), che attribuisce al giudice la valutazione della prevalenza o equivalenza in caso di concorrenza tra circostanze aggravanti e attenuanti, è quella di apprezzare in modo pieno e completo la personalità del colpevole e la vera entità del fatto onde conseguire il perfetto adattamento della pena al caso concreto. In questa prospettiva, la limitazione normativa vulnera fortemente la possibilità di pervenire a una determinazione della pena effettivamente aderente alla personalità dell'imputato e al ruolo da questi rivestito nel reato».

²⁶¹ Sulla possibilità che la commisurazione della pena possa anche tenere conto del perseguimento di finalità di prevenzione generale, si veda PAGLIARO A., *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1979, p. 1189; ID., *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 25; ID., *Doppio ambito edittale delle sanzioni e commisurazione della pena nell'ottica della prevenzione generale*, in AA. VV., *Problemi generali di diritto penale*, a cura di Vassalli G., Giuffrè, 1982, p. 229 ss. *Contra* la prevalente dottrina, tra cui cfr. DOLCINI E., voce *Potere discrezionale*, cit., p. 755; ROMANO M., *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in AA. VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di Romano M. e Stella F., Il Mulino, 1980, p. 179; STILE A. M., *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, cit., p. 298. La stessa Corte Costituzionale (in C. cost., 2 luglio 1990, n. 313, cit.,

Vincolare l'esito del giudizio di comparazione tra circostanze, impedendo di poter ritenere prevalenti le circostanze che possano attenuare la posizione del colpevole, sulla base di un parametro "soggettivo", in un *diritto penale del "fatto"*, è sembrato perciò palesemente irragionevole e contrastante con la funzione di adeguamento al caso concreto sottesa al carattere *unitario* ed *obbligatorio* del giudizio di comparazione, funzionale anche alla realizzazione del principio di necessaria offensività del reato (artt. 25, comma 2). Escludere la categoria dei rei "recidivi reiterati" da tale possibilità di adeguamento della sanzione al caso concreto e dunque alla concreta gravità del fatto e alla effettiva colpevolezza dell'autore, è sembrato inoltre incompatibile con il principio di eguaglianza, introducendo una irragionevole disparità di trattamento nei confronti della categoria dei "recidivi reiterati", sulla base di una "generalizzata" presunzione *iuris et de iure* di una loro maggior pericolosità sociale rispetto al "tipo normale" di autore²⁶².

Questi sono stati i rilievi posti alla base della maggior parte delle numerose ordinanze di rimessione di Tribunali di merito di tutta Italia, con le quali sono stati sollevati molteplici dubbi di illegittimità costituzionale in relazione all'art. 69, comma 4 c.p., nella parte in cui vieta al giudice di ritenere prevalenti le circostanze attenuanti sull'aggravante della recidiva reiterata, prevista dall'art. 99, comma 4, c.p., in relazione ai parametri costituzionali di cui agli artt. 3, 25, secondo comma, 27, primo e terzo comma, 101, secondo comma, e 111, primo e sesto comma della Costituzione.

dichiarando incostituzionale l'art. 444, comma 2 del nuovo c.p.p., nella parte in cui non prevede che, ai fini e nei limiti di cui all'art. 27, comma 3 Cost., il giudice possa valutare la congruità della pena indicata dalle parti, rigettando la richiesta in ipotesi di sfavorevole valutazione, ha enunciato l'importante principio per cui l'individuo non può essere strumentalizzato per fini generali di politica criminale o di difesa sociale. Perciò, pur ribadendo il fondamento costituzionale della funzione di intimidazione e difesa sociale della pena, ha statuito che questa non può comunque pregiudicare la finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione. Su tale pronuncia cfr. inoltre i rilievi di STILE A. M., *Prospettive di riforma della commisurazione della pena*, cit., p. 310.

²⁶² Così esplicitamente FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 426. Nonostante, tra l'altro, da parte di alcuna dottrina, inizialmente, si fosse ritenuto che la modifica avesse una capacità innovativa più teorica che effettiva (cfr. SCALFATI, *Cade il bilanciamento*, cit., p. 39), in realtà, di fatto la norma ha invece comportato notevoli problemi applicativi dal punto di vista della giustizia sostanziale e della sua compatibilità e tenuta costituzionale, come dimostrano le ordinanze di rimessione che hanno subito investito la Consulta (di cui infra), in particolar modo quando venivano ad esser coinvolte attenuanti c.d. "ad effetto autonomo", o "ad effetto indipendente", che prevedano una cornice di pena inferiore nel massimo allo stesso minimo edittale del reato-base. Per queste ultime considerazioni, cfr. MELCHIONDA A., *Le modifiche in materia di circostanze*, in *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, op. cit., p. 212.

Al contrario, se si ritiene che l'art 69 c.p. svolga prevalentemente la funzione di *determinazione della cornice edittale della fattispecie*, non sembra possa revocarsi in dubbio la legittimità costituzionale di norme che prevedano delle limitazioni al potere giudiziale in tale ambito, salvo ovviamente il limite del principio di uguaglianza, inteso anche come canone di ragionevolezza, oltre che nel senso di non manifesta disparità di trattamento. Così come il legislatore ha il potere di «rimettere alla prudente interazione decisionale del giudice la stessa delimitazione della cornice edittale di pena all'interno della quale dovrà poi trovare esplicitazione la definitiva fase di commisurazione concreta della pena»²⁶³, così può, altrettanto discrezionalmente, decidere di limitare tale giudizio, revocando al giudice *parzialmente* tale potere, attribuendo *ex lege* maggior “peso” a talune circostanze, piuttosto che ad altre, anche se riguardanti aspetti di carattere “soggettivo”. In sostanza, non sembra potersi dubitare, quantomeno in termini generali ed astratti, della legittimità costituzionale della limitazione dell'ambito di operatività del bilanciamento delle circostanze, perché sarebbe come sindacare della stessa discrezionalità del legislatore nel determinare la misura dei limiti edittali previsti per una fattispecie di reato, da sempre ritenuta indiscutibile²⁶⁴.

Questo potere discrezionale del legislatore deve trovare però un limite invalicabile nel rispetto del *principio di uguaglianza*, inteso sia come canone di non discriminazione, per il quale situazioni diverse devono ricevere trattamenti diversi; sia come parametro di *ragionevolezza*, richiedendo che le pene non prevedano spazi edittali tra i minimi ed i massimi eccessivamente dilatati²⁶⁵.

La deroga *in peius* al regime del concorso di circostanze eterogenee, prevista dall'art. 69 comma 4 c.p., rischia invece di violare entrambi questi parametri. A causa di come è oggi disciplinata la recidiva, infatti, qualora si ammetta che il giudice non abbia più alcun margine di discrezionalità nel riconoscere la condizione di recidivo reiterato, si potrebbe giungere ad avere un medesimo aggravato trattamento per situazioni recidivanti in realtà assai diverse tra

²⁶³ Cfr. MELCHIONDA A., op. cit., p. 216.

²⁶⁴ La Corte Costituzionale ha infatti affermato più volte che la determinazione edittale delle misure delle pene rientra nella discrezionalità del legislatore, nell'ambito delle sue scelte di politica criminale, potendo trovare un argine solo nel rispetto del principio di uguaglianza. Per maggiori approfondimenti sul punto cfr. CORBETTA S., *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, cit., p. 134 ss.

²⁶⁵ Cfr. *retro* § 1.1.

loro²⁶⁶. Inoltre, l'aumento smisurato della cornice edittale, prevista per alcune ipotesi di recidiva, non potendo più essere "bilanciata" da un eventuale giudizio di prevalenza di circostanze attenuanti, rischia di dar luogo ad una spazio edittale *irragionevolmente dilatato*²⁶⁷.

Si deve fin d'ora sottolineare, tuttavia, come, sotto lo specifico profilo della censura della violazione del canone dell'uguaglianza, il Giudice delle leggi, nel dichiarare infondata la questione di legittimità del comma 1-*bis* dell'art. 444 c.p.p., abbia già avuto modo di affermare che la scelta del legislatore di escludere i recidivi reiterati dalla possibilità di applicazione di pena su richiesta, in misura maggiore rispetto a quella di due anni, certamente rientrando nella sua sfera di discrezionalità, «non è stata esercitata in maniera manifestamente irragionevole», dal momento che «il legislatore pone normalmente la condizione del soggetto recidivo a base di un trattamento differenziato - e meno favorevole - rispetto alla posizione del soggetto incensurato, e considera la recidiva reiterata sintomatica di una pericolosità soggettiva più intensa rispetto alle altre forme di recidiva»²⁶⁸. E' infatti agevole notare come nel sistema penale la condizione di recidivo sia alla base di trattamenti più gravosi e differenziati rispetto ai soggetti incensurati, costituendo talvolta elemento impeditivo per la concessione di benefici di carattere sostanziale, che, tuttavia, la stessa Corte Costituzionale ha più volte escluso trattarsi di trattamenti discriminatori²⁶⁹.

Un profilo di irragionevole disparità di trattamento si ricava, invece, più propriamente, come si è già accennato, dalla stessa disciplina della recidiva reiterata, che, a causa del suo

²⁶⁶ Così SALERNO G. M., Un intervento in linea con la Costituzione, in Guida dir., Dossier n. 1, 2006, p. 47.

²⁶⁷ Per tale rilievo, in particolare, cfr. CORBETTA S., Il nuovo volto della recidiva: "Tre colpi e sei fuori"?, in Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva, analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex Cirielli"), op. cit., p. 80 s.

²⁶⁸ C. cost., 23 dicembre 2004, n. 421.

²⁶⁹ A tale riguardo, la Corte Costituzionale ha avuto già occasione di precisare che tra le "condizioni personali e sociali", richiamate dall'art. 2 Cost. per escludere che possano costituire il presupposto di eventuali trattamenti discriminatori, non rientrano certamente quelle che, come la recidiva, derivano da una condotta illegale o addirittura criminosa. Cfr. C. cost. sentenze n. 100 del 1971 e n. 5 del 1977. La Corte ha inoltre ritenuto esente da profili di irragionevolezza o discriminazione la disciplina che esclude i recidivi reiterati dalla concessione della sospensione condizionale della pena (C. cost. 30 luglio 1980, n. 133, in *Cass. pen.*, 1981, p. 11; C. cost. 18 luglio 1991 n. 361, in *Cass. pen.*, 1992, p. 595; ordinanza C. cost. 16 novembre 1993, n. 393, in *Giur. cost.*, 1993, fasc. 6). Queste sono state le considerazioni poste alla base dell'ordinanza del Trib. Rimini, 22 marzo 2006, inedita, che ha ritenuto il nuovo regime del bilanciamento né irrazionale ex art. 3 Cost., né lesivo del diritto di difesa ex art. 24 Cost.

carattere *perpetuo*, *generico* ed “*obbligatorio*”, potrebbe ritenersi, *prima facie*, applicabile in modo indiscriminato a tutti i soggetti che presentino almeno due precedenti condanne definitive, assoggettando perciò al medesimo gravoso trattamento commisurativo ex art. 69, comma 4 c.p. soggetti che presentano, già in astratto, profili di colpevolezza e pericolosità notevolmente diversi tra loro²⁷⁰.

2.3. Correttivo all’attuale sistema ipertrofico delle circostanze del reato in senso tecnico: eliminazione (o quantomeno riduzione) dei minimi edittali con conseguente abolizione delle circostanze attenuanti e del giudizio di bilanciamento.

In controtendenza rispetto alla crescente prassi legislativa volta ad identificare nel generico aumento delle pene edittali, nell’introduzione di circostanze aggravanti, anche comuni, e nella contestuale introduzione di “*automatismi*” commisurativi, tesi a restringere la discrezionalità del giudice, la sola reazione politico-criminale possibile ad ogni situazione contingente di mutato allarme sociale²⁷¹; da tempo la dottrina più avveduta ha suggerito di *diminuire* i minimi di pena, soprattutto nell’ambito di un quadro di ristrutturazione totale del sistema sanzionatorio, che debba comunque necessariamente partire dalla *rivisitazione delle cornici edittali* in senso maggiormente proporzionato²⁷².

²⁷⁰ Con riferimento alle prime ordinanze di rimessione di alcuni giudici di merito (vedi in particolare, le due ordinanze del Trib. Ravenna, 12 gennaio 2006, rispettivamente in Dir. giust., 2006, p. 57; www.dirittoegiustizia.it, quotidiano on line del 28 gennaio 2006), MELCHIONDA A. (ult. op. cit., p. 218) ha, infatti, affermato che: «qualora invece si ritenga che, (...) la recidiva possa legittimamente essere fonte di un inasprimento sanzionatorio, la compatibilità ai principi costituzionali dell’attuale disciplina dell’art. 69, comma 4 c.p., potrà e dovrà essere messa in discussione solo se tale effetto verrà collegato ad un regime di rigida obbligatorietà conseguente al riscontro dei soli presupposti formali della recidiva reiterata». Sulla reale natura discrezionale della recidiva reiterata “comune”, così come interpretata in senso costituzionalmente conforme si rinvia al secondo capitolo § 1.

²⁷¹ Ci si riferisce in particolare alla legge 251/2005 (c.d. ex-Cirielli), al c.d. Decreto Sicurezza D.L. n. 92 del 2008, convertito con la legge 24 luglio 2008, n. 125, contenente misure urgenti in materia di sicurezza pubblica, che da ultimo oltre ad aver introdotto una serie di disposizioni intese a rafforzare l’apparato sanzionatorio dedicato ai reati di omicidio colposo e lesioni personali colpose commessi con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale, nonché alle contravvenzioni previste dal codice della strada per la guida in stato di ebbrezza o di alterazione per l’assunzione di stupefacenti o psicotrope; ha inserito una nuova circostanza aggravante comune all’art. 61, 11) bis c.p..

²⁷² Cfr. FERRAJOLI L., *Diritto e ragione - Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1989, rist. 2004, p. 397; DONINI M., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, 2003, p. 282 ss.; STILE A. M., *Introduzione*, in *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Jovene, 2003, p. XXV, che hanno indicato l’opportunità di diminuire i

Lungi dal fornire risposte adeguate al problema dell'insicurezza pubblica e dell'incertezza della pena, la tendenza legislativa volta all'incremento sanzionatorio, a ben vedere, non assicura una maggiore effettività della pena²⁷³, offrendo una risposta solo simbolica e, spesso, proprio perché frutto di scelte condizionate dall'emotività del momento, rappresenta la causa principale della sempre maggiore *disomogeneità* di fondo del sistema globale delle comminatorie edittali, spingendo lo stesso potere giudiziario, come si è visto, a un ruolo "supplente" di *adeguamento in concreto delle scelte politico criminali* effettuate dal legislatore sulla *pena in astratto*²⁷⁴.

Un possibile *correttivo* all'ipertrofia delle circostanze aggravanti, e alla tendenza ad incrementare i vincoli alla discrezionalità giudiziale, potrebbe consistere, a nostro avviso, invece proprio nell'*eliminazione* (o almeno nella notevole riduzione) *dei limiti minimi edittali*²⁷⁵, nonostante ciò si ponga in netta antitesi rispetto a quella ideologia dominante, fino

minimi edittali, ovvero di eliminarli del tutto, in vista soprattutto di una migliore considerazione dell'autore del reato per la finalità di risocializzazione cui dovrebbe tendere la pena.

²⁷³ Secondo le risultanze di indagini scientifiche ampiamente accreditate, infatti, il livello di effettività del diritto penale non coincide affatto con il grado di severità sanzionatoria delle singole disposizioni incriminatrici, che, al contrario, proprio per il loro eminente carattere simbolico, scontano una sostanziale disapplicazione pratica. Essenziale in proposito ancora il contributo di PALIERO C.E., *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 471 ss.; ID., *Metodologia de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1992, p. 543 ss.; in parte poi ripreso nel recente contributo PALIERO C. E., *Economia della pena (un work in progress)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1336 ss. Così anche DELLA BELLA A., *Il ruolo dell'affidamento in prova nella crisi di certezza e di effettività della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1493; MANTOVANI F., *Il vero "diritto penale minimo": la riduzione della criminalità?*, in *Silète poenologi in munere alieno!: teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, a cura Pavarini M., Monduzzi, 2006, p. 43 ss.

²⁷⁴ «Sul versante delle pene - la spada della giustizia - il sistema mostra il suo volto oscuro, meno razionale e meno razionalizzabile. "Bisogni di sicurezza", resi acuti dall'esplosione (o dalla mera percezione soggettiva) di questa o quest'altra emergenza criminale, troppo facilmente si traducono in bisogni di punizione, istintivi o sollecitati. In Italia, riforme "di parte speciale" nate sotto il segno dell'allarme sociale, e dell'esibizione di rigore di fronte a fenomeni criminali allarmanti, hanno ulteriormente accentuato la già draconiana severità del codice. In riforme (settoriali) di parte generale e del sistema penitenziario hanno invece prevalso istanze di umanizzazione e di prevenzione speciale. Gli esiti complessivi sono quanto mai ambigui: la "politica penale" appare contraddittoria, e non riesce a definire equilibri e criteri idonei. Il sistema sanzionatorio si rivela, allo stesso tempo, ineffettivo e di estrema severità», cfr. PULITANÒ D., *La riforma del codice penale: un cammino possibile?*, in *La riforma del codice penale. La parte generale, Atti del Convegno di Pavia 10-12 maggio 2001*, a cura di de Maglie C. e Seminara S., Giuffrè, 2002, p. 251; nello stesso senso cfr, anche, di recente CORBETTA S., *Restituire credibilità all'apparato repressivo: se non ora, quando?*, in *Corr. mer.*, 2008, p. 269 ss. FLORA G., *Verso un diritto penale del tipo d'autore?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 559 ss.

²⁷⁵ Da notare che tale soluzione tecnica è stata adottata anche nel c.d. «*Corpus juris 2000*», che costituisce un modello di Codice penale e di procedura penale, elaborato da un gruppo di esperti,

a pochi anni fa, in tutta la dottrina italiana, per la quale, al contrario, lo spazio tra le cornici edittali (il c.d. *Spielraum* nella dottrina tedesca), nel quale il giudice può, o meglio deve, operare, dovrebbe essere il più contenuto possibile onde evitare il rischio di un'eccessiva disparità di trattamento, dovuta all'ampia possibilità di scelta tra i livelli sanzionatori, affidata così al libero arbitrio dei singoli giudici, con la conseguenza inevitabile di vedere condannati due soggetti per il medesimo delitto, commesso in analoghe circostanze, a diverse sanzioni, o comunque per una durata assai differente.

Ma questa visione, forse eccessivamente legata ad un retaggio illuministico, preoccupata soprattutto di contenere eventuali abusi del potere giudiziario, sembra, in realtà, trascurare due aspetti fondamentali del procedimento di determinazione concreta della pena: la valutazione dell'autore e della sua personalità, che evidentemente non sarà mai identica ad un altro caso, seppur simile dal punto di vista oggettivo della gravità dell'offesa e della modalità

nell'ambito di uno studio promosso ad iniziativa della Commissione Europea, nella prospettiva della creazione di un diritto penale minimo europeo a tutela degli interessi finanziari della Comunità, alla luce degli esiti di un'amplissima ricerca comparativa, e pertanto particolarmente significativo, in quanto costituisce la sintesi delle esperienze dei diversi ordinamenti anche in materia di sanzioni. In questo, infatti, sia per le persone fisiche che per gli enti, si prevedono delle pene e misure accessorie, il cui importo o limite quantitativo è fissato solo nel massimo. Cfr., per una traduzione in lingua italiana dell'ultima versione dell'articolato, GRASSO G.- SICURELLA R. (a cura di), *Il Corpus juris 2000: un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Giuffrè, 2003, p. 360 s. (cfr art. 14 in particolare). E' interessante inoltre leggere, tra i principi tradizionali, con i quali inizia il *Corpus Juris* il "Principio di proporzione delle pene": «Le sanzioni penali irrogate per i reati previsti agli artt. 1-8 del *Corpus Juris* devono essere proporzionate, da un lato, alla gravità del fatto di reato, valutata con riferimento al bene giuridico tutelato ed al danno prodotto o all'esposizione a pericolo accertata; dall'altro, alla colpevolezza dell'agente ed alle circostanze relative alla sua persona».

dell'azione²⁷⁶; e la possibile esiguità del fatto in concreto, come ultimo stadio nella graduale scala di gravità dell'illecito²⁷⁷.

Come sottolineato di recente, del resto, la “cornice edittale” (*der Strafrahmen*) non costituisce un'entità ineliminabile del sistema penale *tout court*, in quanto la sua esistenza dipende da una scelta di tecnica legislativa, operata nell'ambito di un determinato ordinamento politico, giuridico e storico²⁷⁸.

Il fatto dunque che tradizionalmente il nostro sistema sanzionatorio, per la definizione *in astratto* della risposta punitiva, abbia generalmente fatto ricorso ai limiti massimi e minimi di pena, senza altro tipo di sperimentazioni, e senza che, salvo rare eccezioni, questa tecnica sia stata posta in discussione, appare forse più il frutto di una storica carenza, nel panorama

²⁷⁶ Cfr. in termini analoghi STILE A. M., *Introduzione*, op. cit., p. XXIV s., ove afferma che «arginare la discrezionalità è certamente necessario, ed oggi imprescindibile, ma ciò può avvenire con diverse modalità: restringerne gli spazi o incrementarne il vincolo alla legge e così la controllabilità. La prima possibilità, che si traduce innanzitutto nel ravvicinamento dei limiti edittali, porta inevitabilmente a trascurare proprio la persona (e la personalità) dell'autore a beneficio di esigenze generalpreventive. Opportunamente, a questo riguardo, il dibattito sulla riforma ha proposto con maggiore consapevolezza il quesito di quanto gli spazi edittali debbano lasciare anche alla valutazione del grado della colpevolezza ovvero alla considerazione del livello di socializzazione del reo. (...) I limiti edittali ravvicinati, d'altro canto, impongono inevitabilmente l'ingresso di un sistema di circostanze fondato sul catalogo di quelle comuni, con conseguente giudizio di prevalenza o equivalenza: una sorta di ritorno all'originario codice Rocco, sia pure in un quadro di riferimento diverso quanto alle pene previste. Ma ciò non porta a quella semplificazione del sistema di commisurazione da tutti auspicato in vista di una individualizzazione seria, per la quale l'unica prospettiva è quella del processo bifasico».

²⁷⁷ Sulla possibilità di graduare la risposta punitiva attraverso l'utilizzo di sanzioni alternative al carcere, in una scala di afflittività proporzionata alle diverse misure della gravità dell'illecito, cfr. § 1.3. di questo capitolo.

²⁷⁸ Vedi PONGILUPPI C., *Le cornici edittali al banco di prova di un sistema sanzionatorio differenziato*, cit., p. 954 (nt. 15), ove riporta il pensiero di DREHER E., *Über Strafrahmen*, in *Festschrift für Hans-Juergen Bruns zum 70. Geburtstag*, hrsg. von Frisch W., Heymann, 1978, p. 141, che afferma: «Strafrahmen sind kein Essentiale jeden Strafrechts, sondern ein rechtshistorisches Phänomen». E' inoltre significativa, ai nostri fini, la presa di posizione dell'A. sull'inammissibilità di pene non determinate in astratto, come starebbe a dimostrare l'esempio del sistema del diritto penale nazionalsocialista, dove la pena applicabile per la singola fattispecie tipica poteva variare da una multa di tre marchi alla pena di morte, rendendosi così l'esistenza stessa delle cornici edittali affatto illusoria, considerata l'estrema disomogeneità di esperienza, cultura, e mentalità dei giudici e la pressoché completa assenza di mezzi di impugnazione delle sentenze di condanna. Tuttavia, l'A. non esclude la possibilità che si adotti una simile soluzione tecnica, poiché — come sottolineato da PONGILUPPI C., op. cit., loc. cit. — osserva «come soltanto uno Stato fondato su concezioni fondamentali omogenee, che disponga di giudici intelligenti ed esperti, e di adeguati mezzi di impugnazione contro decisioni contrarie ai principi basilari della commisurazione, potrebbe "permettersi" cornici edittali ampie, che evidentemente rappresentano nell'ottica dell'A. strumento prezioso quanto delicato e pericoloso». Condizioni, aggiungiamo noi, che dovrebbero in realtà sussistere in ciascun moderno stato di diritto. Cfr. DREHER E., *Über die gerechte Strafe*, cit., 76,

scientifico (solo) italiano, di una vera e propria elaborazione teorica sulle cornici edittali²⁷⁹, che una precisa e ponderata presa di posizione tecnico-normativa.

Il risultato più interessante che, a nostro avviso, potrebbe trarsi comminando solo i limiti massimi di pena, consisterebbe poi nell'*eliminazione della categoria delle circostanze attenuanti*, che rientrerebbero nella commisurazione giudiziale — come alcuni interpreti tra l'altro già ritengono che avvenga nell'attuale sistema²⁸⁰ — con la conseguente possibilità di

²⁷⁹ Così DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 228, sebbene dia atto di alcuni studi che costituiscono un importante contributo per una sua realizzazione futura, analizzando i nessi tra fattispecie, commisurazione della pena e concorso di reati. Tra questi perciò cita, PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio*, cit., p. 419 ss.; MELCHIONDA A., *Le circostanze del reato*, cit., p. 330 ss., 394 ss.; PREZIOSI S., *La fattispecie qualificata*, cit., pp. 142-220 (cap. VI); BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, cit., p. 157 ss., 190-201; STILE A. M., *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza*, cit., p. 54 ss., 80 ss. Una riflessione critica sulla carenza di approfondimenti scientifici sul problema delle cornici edittali è svolta da PADOVANI T., op. cit., p. 437: l'A. sottolinea come l'interesse della dottrina in materia sia «per lo più circoscritto alla mera rilevanza dogmatica che la cornice di pena presenta, soprattutto in riferimento alla sua commisurazione concreta». Severo su questo stesso aspetto anche FERRAJOLI L., *Diritto e Ragione, teoria del garantismo penale*, cit., p. 396, ove osserva come il problema della comminatoria edittale, «dopo aver impegnato e appassionato il dibattito illuministico, sembra scomparso dall'orizzonte teorico della cultura penalistica, a conferma del suo atteggiamento acriticamente contemplativo nei riguardi del diritto vigente». Particolarmente ricca, invece, è in proposito la letteratura tedesca, dove, non solo il riferimento alla funzione delle cornici edittali gode di un ampio spazio nelle riflessioni sulla commisurazione della pena (*Strafzumessung*), soprattutto se paragonato ai paralleli studi italiani, ma esistono alcuni lavori anche espressamente e specificamente dedicati all'argomento: tra i più recenti si vedano GÖTTING B., *Gesetzliche Strafrahmen und Strafzumessungspraxis: eine empirische Untersuchung anhand der Strafverfolgungsstatistik für die Jahre 1987 bis 1991*, Lang, 1997; SCHOTT T., *Gesetzliche Strafrahmen und ihre tatrichterliche Handhabung: eine empirische Untersuchung zu Gesetzssystematik und Rechtstatsächlichkeit bei ausgewählten Deliktsbereichen*, Nomos Verl.-Ges., 2004. I contributi classici sull'argomento, ma ancora fondamentali, sono di BRUNS H.J., *Grundprobleme des Strafzumessungsrechts*, in *ZStW*, 1982, p. 111 ss; ID., *Das Recht der Strafzumessung*, 2. Aufl., Carl Heymanns V., 1985; DREHER E., *Über die gerechte Strafe. Theoretische Untersuchung für die deutsche strafrechtliche Praxis*, Heidelberg, 1947; ID., *Über Strafrahmen*, in *Festschrift für Hans-Jürgen-Bruns*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1978, 141 ss.; HASSEMER W., *Die rechtstheoretische Bedeutung des gesetzlichen Strafrahmens. Bemerkungen zu Radbruchs Lehre von den Ordnungsbegriffen*, in *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch: 21.11.1878 - 23.11.1949*, hrsg. von Kaufmann A., Vandenhoeck & Ruprecht, 1968, p. 281 ss.; MONTENBRUCK A., *Strafrahmen und Strafzumessung*, Dunker & Humblot, 1983; ZIPF H., *Die Strafzumessung. Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung*, Müller, 1977; ALBRECHT H.J., *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*, Duncker & Humblot, 1994; FREUND G., *Straftatbestand und Rechtsfolgebestimmung. Zur Bedeutung der gesetzlichen Regelungstechnik und der „harmonisierten“ Strafrahmen für die Strafzumessung*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1999, p. 509 ss.

²⁸⁰ Cfr., per quanto concerne le circostanze ad efficacia comune, DE VERO G., *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., p. 119 e *passim*.

abolire anche il giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p., istituito, come si è visto, tanto contrastato e problematico.

Da diverso tempo, d'altronde, una parte avveduta della dottrina, tenendo conto degli effetti deleteri che, più in generale, l'attuale normativa in materia di circostanze riverbera sulla tenuta di un sistema penale, già in crisi per una molteplicità di concause, ha rilevato come, in un'ottica *de iure condendo*, sia preferibile, in luogo di continui interventi di natura settoriale e frammentaria (come ad esempio è avvenuto per la disciplina delle circostanze attenuanti generiche), un più deciso intervento "abolizionista" volto ad eliminare definitivamente l'istituto delle "circostanze proprie" del reato²⁸¹. A parere di Giuliano Vassalli, a ben vedere, «le circostanze attenuanti ed aggravanti come istituto fondamentale del codice non [dovrebbero] esistere e soprattutto non [dovrebbero] essere ammesse ad operare sull'intero sistema»²⁸². In particolare, secondo questo orientamento, da un lato, si dovrebbero commutare le circostanze "proprie" ad efficacia comune, ossia quelle ad efficacia meramente frazionaria, in circostanze "improprie", come *criteri qualificati* di commisurazione intraeditale della pena, come in realtà già *in nuce* contenuti in quelli più ampi previsti nell'art. 133 c.p. Dall'altro, si dovrebbero trasformare le *circostanze aggravanti ad efficacia speciale*, ovvero quelle *c.d. indipendenti ed autonome*, in veri e propri titoli di reato differenziati. Il legislatore, quindi, dovrebbe operare su due piani distinti, ma tra loro complementari: sotto un primo profilo, dovrebbe degradare le circostanze in senso tecnico a meri criteri nominati di commisurazione giudiziale della pena, con efficacia rigorosamente intraeditale, sulla falsariga delle *Strafzumessungsgründe* del §46 StGB²⁸³; sotto altro profilo, dovrebbe considerare sempre (anziché circostanze ad efficacia speciale) elementi costitutivi di autonome norme

²⁸¹ In favore di una opzione "abolizionista" in materia di circostanze si è espresso chiaramente, MOCCIA S., *Considerazioni sul sistema sanzionatorio nel progetto preliminare di un nuovo codice penale*, in *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, a cura di Stile, Jovene, 2003, p. 471; osservazioni sostanzialmente analoghe sono formulate in una prospettiva *de lege ferenda*, da MANNA A., voce *Circostanze*, cit., p. 15; VALLINI A., voce *Circostanze*, cit., p. 51. Propendono solo parzialmente per tale soluzione, DE VERO G., *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., p. 231 e , FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 375. Di diverso avviso è MELCHIONDA A., *Le circostanze del reato*, cit., p. 777.

²⁸² VASSALLI G., *Sulla disciplina delle circostanze del reato*, in *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, cit., p. 401.

²⁸³ Per una completa indagine comparatistica in materia di circostanze seppure non più attuale, viste le modifiche che ha subito soprattutto il sistema spagnolo, si rinvia a MELCHIONDA A., *Le circostanze del reato*, cit., p. 315 ss.; con specifico riferimento al sistema penale tedesco cfr. PREZIOSI S., *La fattispecie qualificata*, cit., p. 59 ss.

incriminatrici (di norme, vale a dire, dotate di una propria ed adeguata forbice sanzionatoria), tutti quei requisiti ulteriori rispetto alla fattispecie base, in relazione ai quali si avverte l'esigenza di commisurare, già a livello normativo, una reazione punitiva differenziata *in melius* o *in peius*.

Le circostanze, in tal modo, a ben vedere, non scomparirebbero del tutto, determinando la irragionevole eliminazione della possibilità, costituzionalmente imposta dall'art. 27, comma 3, Cost., di individualizzare al meglio la risposta punitiva nei confronti dell'autore del reato, ma cambierebbero solamente natura giuridica. In ogni caso secondo il corretto avviso di questi Autori, una soluzione di questo genere (sebbene sia in fondo meno drastica di quanto possa sembrare *prima facie*), proprio per il suo "alto impatto" sul sistema penale, non potrebbe essere adottata isolatamente; ma dovrebbe, al contrario, essere varata all'interno di una organica e razionale riforma dell'intero apparato sanzionatorio. Essa, invero, come è stato ben rilevato, presupporrebbe, contestualmente, «un'accurata tipicizzazione delle fattispecie, una ragionevole definizione dei loro limiti edittali ed un funzionale meccanismo generale di commisurazione orientato a scopi e valori costituzionali»²⁸⁴. La sua attuazione, cioè, sarebbe possibile solo in combinato disposto con una ponderata e proporzionata (ri)calibratura delle cornici di pena dei singoli reati, vera causa, queste ultime, per il loro eccessivo rigore repressivo, della sopravvalutazione, nell'economia del sistema attuale, dell'istituto delle circostanze²⁸⁵.

A sostegno di questa opzione politico-criminale sono, peraltro, addotte molteplici e comprensibili ragioni. In primo luogo, si osserva che l'eliminazione delle circostanze, soprattutto quelle attenuanti, consentirebbe il recupero delle istanze di certezza della pena, la semplificazione del sistema sanzionatorio ormai "collassato"²⁸⁶ ed il rafforzamento della perduta funzione general-preventiva positiva delle norme incriminatrici. Oggi, difatti, come si è visto, a causa dell'efficacia extra-edittale delle circostanze, si assiste ad un fenomeno di palese "falsificazione" delle cornici edittali e, dunque, dei giudizi politico-criminali di

²⁸⁴ Così, MOCCIA S., Considerazioni sul sistema sanzionatorio, cit., p. 472.

²⁸⁵ Sul punto si rinvia, per tutti, a PREZIOSI S., *La fattispecie qualificata*, cit., p. 1 ss.

²⁸⁶ Ben evidenziato il patologico stato di "disintegrazione" e di perdita di effettività del nostro sistema sanzionatorio, PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, p. 423 ss.; GIUNTA F., *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento sanzionatorio*, ivi, 1998, p. 414 ss.; MARINUCCI G., *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, ivi, 2000, p. 160 ss.

graduazione della risposta punitiva operati in via generale ed astratta dal legislatore in base al disvalore sociale del fatto: troppo spesso la pena commisurata ed irrogata dal giudice all'esito di un'attività discrezionale è ben diversa da quella prevista *ex lege* dalla forbice edittale.

In secondo luogo, in tal modo si ridurrebbe decisamente il potere discrezionale del giudice in sede di commisurazione della pena, vincolandolo, per quanto attiene agli esiti della decisione, al rispetto dei limiti massimi fissati dal legislatore e ai tassativi criteri rappresentati dalle c.d. circostanze improprie, riducendo sensibilmente, altresì, quei problemi di *bis in idem* sostanziale sovente causati dalle circostanze a causa della loro ibrida natura e della loro funzione meramente specializzante di dati già contenuti nella fattispecie base.

Secondo una recente dottrina, inoltre, la soppressione delle circostanze «garantirebbe un notevole recupero di precisione nel momento legislativo di redazione delle fattispecie incriminatrici, mettendo fine alla deprecabile tendenza oggi invalsa a costruire fattispecie incriminatrici sempre meno precise chiuse da circostanze ancor meno determinate»²⁸⁷.

Questa drastica rottura con la tradizione legislativa italiana, potrebbe risolvere anche l'annosa problematica della distinzione fra circostanze del reato ed elementi costitutivi, che, come noto, non può essere imperniata su dati di tipo ontologico-qualitativo, dal momento che non esistono sul piano della realtà fenomenico-naturalistica dei peculiari caratteri distintivi delle circostanze rispetto agli elementi essenziali di un reato²⁸⁸.

²⁸⁷ COSÌ AMARELLI G., *Circostanze ed elementi essenziali del reato: il difficile distinguo si ripropone per il furto in abitazione*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2815, che riporta efficacemente l'esempio del delitto di violenza sessuale di cui all'art. 609-bis c.p., «dove la fattispecie base descrive con una espressione onnicomprensiva e generica la condotta incriminata (compiere atti sessuali) e l'ipotesi circostanziata consente al giudice di ridurre la pena edittale per essa prevista addirittura fino a due terzi nei "casi di minore gravità"». Per l'A. è chiaro che «se il legislatore non avesse avuto a disposizione nel suo "armamentario giuridico" le circostanze sarebbe stato costretto a tipizzare in maniera distinta in due autonome fattispecie incriminatrici maggiormente determinate le ben diverse condotte (anche sotto il profilo dell'offesa al bene tutelato) della vera e propria violenza sessuale e delle semplici molestie sessuali, evitando di sussumere in un unico titolo di reato dai confini incerti condotte fortemente differenti quali lo stupro ed il c.d. "bacio rubato"».

²⁸⁸ La inesistenza sul piano ontologico di aspetti differenziali tra circostanze ed elementi costitutivi del reato è stata ben sottolineata già da CONTENTO G., *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, cit., p. 172 ss. L'illustre Autore rilevava infatti come «sotto questo profilo è evidente che qualunque elemento assunto a figura di circostanza potrebbe fungere, viceversa, da elemento costitutivo. E l'esame della realtà dell'ordinamento ce ne offre una costante, continua conferma. Frequentissime sono, infatti, le fattispecie differenziate esclusivamente dalla presenza di elementi che, in relazione ad altre fattispecie, possono invece fungere soltanto da circostanze [...]. Non vi è quindi un dato settore della realtà o dell'esperienza dal quale siano attinti i contenuti delle circostanze, che sia sempre, costantemente diverso da quello che individua i c.d. "elementi costitutivi", ma sia gli uni che gli altri

L'aumento della discrezionalità giudiziale che così inevitabilmente si avrebbe — in realtà, non più ampio di quello attuale — potrebbe essere “bilanciato” da una serie di strumenti, come ad esempio le “*peines plancher*”, adottato in Francia in casi particolari, che costituirebbe la versione continentale delle c.d. *mandatory sanctions* anglosassoni, da introdurre nelle ipotesi in cui, esigenze di prevenzione generale e difesa sociale, particolarmente intense, prevalgano, in un determinato periodo storico, per una particolare categoria di soggetti o di reati.

Non vi è chi non veda infatti come nei sistemi ad impostazione giuridica romanico-germanica (in particolare Germania, Spagna, e Italia), la tradizionale previsione per ciascun reato di limiti massimi e minimi, soprattutto laddove questi ultimi siano piuttosto elevati, conduca inevitabilmente alla previsione di circostanze, in special modo attenuanti, siano esse previste a livello comune, valide dunque, in ipotesi, per tutti i reati, oppure previste, come nel caso della Germania per ciascun reato di parte speciale e nelle leggi complementari, come correttivi di equità, e quindi anche a carattere indefinito²⁸⁹.

Per quanto riguarda il sistema tedesco, ad esempio, le circostanze (*mildernde Umstände, erschwerende, o schärfende, Umstände*), che noi definiremmo *comuni*, sono solitamente considerate come regole di “commisurazione legale” della pena, aventi dunque

possono essere costituiti dai medesimi elementi di fatto, la cui configurazione dommatica, perciò, come elementi o come circostanze, è rimessa esclusivamente al profilo della rispettiva funzionalità. Il prudente, ma sovrano arbitrio del legislatore, determina, dunque, quale ruolo debbano svolgere, nell'ambito dell'esperienza giuridico-penale, determinati elementi, ne è dato, in difetto, di una precisa indicazione di carattere formale quale può derivare soltanto dalla legge, distinguere altrimenti, nel reciproco contenuto di fatto, le circostanze dai c.d. elementi essenziali». In termini sostanzialmente analoghi si era espresso anche MARINI G., *Le circostanze*, cit., p. 29, ad avviso del quale la categoria dommatica delle circostanze finiva con il risultare una «categoria formale nel cui ambito può essere calato qualsiasi contenuto, ad esclusivo arbitrio del legislatore». Nello stesso senso si vedano VASSALLI G., *Concorso tra circostanze eterogenee e «reati aggravati dall'evento»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1975, p. 14 e PADOVANI T., voce *Circostanze*, cit., p. 189.

²⁸⁹ Oltre al nostro istituto delle circostanze attenuanti generiche, si veda ad esempio l'«*attenuante de eximente incompleta*» prevista dall'art. 68 del C.P. spagnolo, recentemente modificata dalla Ley Organica n. 15 del 25 novembre 2003, per un'analisi anche del nuovo testo cfr. LLORCA ORTEGA J., *Manual de determinación de la pena, 6ª ed., corr. y aument. con las leyes reformadoras del Código Penal y la doctrina jurisprudencial emitada hasta 1 de mayo de 2004*, Tirant lo Blanch, 2005, p. 115 ss.

un'incidenza intraeditale, dando perciò al giudice ampia possibilità di apprezzamento (§46 StGB²⁹⁰).

Per proporzionare la previsione editale astratta delle singole fattispecie al diverso disvalore reale del fatto, il legislatore tedesco, in relazione a determinate fattispecie di reato di parte speciale, fissa delle aggravanti e attenuanti *indefinite*, cui si accompagna una modifica dei limiti edittali, non in termini frazionari della pena prevista per la fattispecie base — come spesso previsto nel sistema italiano —, quanto piuttosto una ridefinizione dell'intero quadro editale. Si tratta di quelli che in Germania sono definiti: *besonders schwere Fälle* (per i casi particolarmente gravi), e i *minder schwere Fälle* (nei casi meno gravi). Tali elementi circostanziali, però, proprio per il loro carattere indefinito, sono completamente rimessi alla discrezionalità del giudice che sarà così messo in condizione, nell'irrogare la pena, di superare i limiti edittali stabiliti legislativamente.

In alcuni casi è lo stesso legislatore ad indicare alcuni esempi di “casi particolarmente gravi” o “meno gravi”: si tratta dei c.d. *Regelbeispiele* (letteralmente “esempi di regola”)²⁹¹,

²⁹⁰ Cfr. PIELSTICKER S., §46 StGB – *Revisionfalle oder sinnvolle Bereicherung des Sanktionenrechts?*, Duncker&Humblot, Berlin, 2004.

²⁹¹ I *Regelbeispiele* consistono in una tecnica esemplificativa grazie alla quale il legislatore formula una norma che può definirsi “aperta”, elencando una serie d'ipotesi, e lasciando la possibilità all'interprete di ritenere riconducibili a questa regola anche altri casi simili, pur non compresi nell'elencazione espressa, facendo dunque ampio ricorso all'analogia. L'esempio più lampante di questa tecnica è offerto dal §243 StGB, che punisce con la pena detentiva da tre mesi a dieci anni i casi di furto di “particolare gravità” (*Besonders schwere Fälle*). Si tratta di una ipotesi autonomamente aggravata — come ce ne sono tante altre nel sistema tedesco — ove non esistono le circostanze in senso tecnico come noi le conosciamo. Dopo avere stabilito la pena per i casi di particolare gravità, il §243 StGB dispone che un «caso particolarmente grave ricorre di norma nelle ipotesi seguenti (...)». Benchè nell'elencazione degli esmpi si riscontrino molte consuete circostanze aggravanti del furto, il legislatore tedesco dà evidentemente ad intendere che si tratta di una elencazione che non esaurisce le ipotesi di particolare gravità, risultando passibile appunto di estensione analogica. §243StGB: «Casi di furto di particolare gravità. Nei casi di particolare gravità, il furto è punito con la pena detentiva da tre mesi a dieci anni. Un caso di particolare gravità ricorre di norma quando l'autore: 1. Per l'esecuzione del fatto irrompe, penetra, con una chiave falsa o con altro strumento, ecc.; 2. Ruba una cosa che è protetta in modo particolare contro la sottrazione, ecc; 3. Ruba per professione; 4. Ruba una cosa che è destinata al servizio religioso, ecc.». Si tratta, per comune ammissione, di una palese deroga al divieto d'analogia (*Analogieverbot*), ma mentre una parte della dottrina proprio per questa ragione la censura, la parte prevalente tende invece a giustificarla, facendo prevalere l'esigenza di una giustizia del caso concreto, evitando un'esasperata, e comunque insoddisfacente enumerazione casistica, come avviene ad esempio in Italia.

che non sono comunque vincolanti per il giudice, il quale, nonostante tale indicazione legislativa, potrà continuare comunque ad operare in base al suo personale apprezzamento²⁹².

Questo tradizionale impianto sanzionatorio a *doppia delimitazione edittale*, che, formalmente, sembrerebbe prevedere dei vincoli al potere discrezionale commisurativo giudiziale, nella realtà, come si è visto, lascia un grande spazio di apprezzamento al giudice-interprete, soprattutto laddove si consideri che, salvo i casi di reati particolarmente gravi, i limiti edittali minimi previsti dallo *Strafgesetzbuch* tedesco sono solitamente molto bassi (cfr. il § 243 stesso per il reato di furto).

Anche in Spagna le circostanze del reato rappresentano il nucleo centrale della prassi commisurativa giudiziale, che risulta così però estremamente farraginosa e “vincolante” per il giudice, con evidente pregiudizio per una effettiva individualizzazione della pena²⁹³.

Da una approfondita analisi anche giurisprudenziale emerge, inoltre, che la prospettiva di eliminare i limiti minimi di pena non configgerebbe affatto con i principi costituzionali in materia di personalità e proporzionalità della pena alla gravità del fatto, in quanto, come esplicitamente affermato dalla stessa Corte Costituzionale, «non può ritenersi contraddetto il fine rieducativo della pena, imposto dall’art. 27, terzo comma, della Costituzione, *da una sanzione determinata solo nel massimo*, e quindi irrogabile in concreto entro il limite inferiore corrispondente ai minimi stabiliti in via generale per ciascuna specie di pena»²⁹⁴.

²⁹² Per altri reati, invece, le circostanze rimangono completamente indefinite, senza neanche un esempio di regola, come per il delitto di truffa §263 StGB.

²⁹³ Già solo l’esistenza di manuali specificamente dedicati allo studio e alla spiegazione della dosimetria della pena dimostra la particolare complessità di questa fase nel sistema penalistico spagnolo, sia sotto il profilo della previsione in astratto di molteplici sanzioni principali alternative al carcere, sia sotto quello della commisurazione delle circostanze, cfr. LLORCA ORTEGA J., *Manual de determinación de la pena*, 6ª ed., corr. y aument. con las leyes reformadoras del Código Penal, cit., *passim*.

²⁹⁴ Cfr. Corte cost., 8 aprile 1997, n. 84, in *Giur. cost.* 1997, p. 837, con nota critica di RUOTOLO M., *Un caso di «irragionevole» ragionevolezza*; in *Foro it.*, 1997, I, c. 1680; in *Cass. pen.*, 1997, p. 2392; *Giust. pen.*, 1997, I, p. 193, nella quale, con riguardo alla pretesa sproporzione fra disvalore dell’illecito e sanzione comminata, si è (ri)affermato il noto principio per il quale la «valutazione di adeguatezza delle sanzioni penali in relazione alla gravità dell’illecito spetta infatti alla discrezionalità del legislatore, col limite della non irragionevolezza (cfr., *ex plurimis*, sentenze n. 25 del 1994 e n. 333 del 1992; ordinanza n. 220 del 1996): nella specie, la norma impugnata commina pene, detentiva e pecuniaria, *determinate solo nel massimo e non nel minimo*, e dunque consente che i fatti di minore gravità siano puniti in concreto con l’applicazione di pene che possono non superare l’entità minima stabilita in via generale dagli artt. 23 e 24 del codice penale. Non può pertanto dirsi che il trattamento sanzionatorio riservato alla condotta considerata appaia di per sè manifestamente irragionevole».

Il più alto Consesso, infatti, nella medesima sent. n. 84 del 1997, arrivando ad una pronuncia di infondatezza della q.l.c. sollevata in riferimento all'art. 3 co. 1 e 27 co. 3 Cost., relativa all'art. 93 d.P.R. n. 570 del 1960, nella parte in cui dispone che l'elettore che sottoscriva più di una dichiarazione di presentazione di candidatura alle elezioni comunali «è punito con la reclusione *fino a due anni e con la multa fino a L. 100.000*», aggiunte, altresì, che la scelta compiuta dal legislatore in tema di illeciti in materia elettorale «di configurare cioè *una unica fattispecie comprensiva di più sotto-fattispecie, tutte punibili con una pena fissata solo nel massimo, e dunque tale da consentire la modulazione della sanzione da irrogare in concreto in rapporto alla diversa gravità dell'illecito — non è di per sé costituzionalmente preclusa al legislatore* (cfr. sentenze n. 272 del 1991 e n. 67 del 1992; ordinanza n. 220 del 1996), *sempreché non travalichi in un vero e proprio “sovertimento del rapporto tra il principio della riserva alla legge del trattamento sanzionatorio e quello dell'individualizzazione della pena”* (sentenza n. 285 del 1991)».

Proprio prendendo spunto da tale motivazione è dunque possibile sostenere che, già in via teorica, non vi sarebbe alcun ostacolo, neanche di tipo costituzionale, alla previsione legislativa, per la *generalità dei reati* di lieve o media gravità, di fattispecie composte da più sotto-fattispecie, con una previsione del solo limite edittale massimo, lasciando perciò al giudice, in concreto, la definizione della reale gravità, utilizzando, in luogo degli elementi circostanziali attenuanti, ad effetto ultraedittale, che poi andranno necessariamente bilanciati con gli elementi aggravatori — con il consueto aumento della discrezionalità che tale giudizio di prevalenza ed equivalenza porta con sé —, i consueti parametri fattuali di commisurazione ex art. 133 c.p., che sarebbero così maggiormente rivalutati, portando inevitabilmente il giudice a dover motivare la sua scelta. La Consulta ritiene, infatti, che la determinazione della pena solo nel massimo permetta al giudice di graduarla in relazione alla gravità del reato e perciò di contenerla eventualmente nei limiti di cui agli artt. 23 e 24 c.p. (quindici giorni di reclusione e L. 10.000 di multa). Ciò consentirebbe di pervenire all'applicazione di pene «se non eguali (...) comunque non irrazionalmente diverse nelle diverse ipotesi»²⁹⁵.

²⁹⁵ Bisogna d'altronde considerare che, una volta riconosciuto che il principio di stretta legalità dei reati e delle pene implica l'inammissibilità della questione solo qualora il *petitum* sia rivolto a determinare l'aggravamento della pena, per le restanti ipotesi, come quella in esame, nella quale si contesti la previsione del solo limite massimo, rimane pur sempre il problema della individuazione del

In tal modo non sarebbero violati, né il principio rieducativo della pena, che come si è visto, alla luce dei nuovi orientamenti sia giurisprudenziali che dottrinari, dovrebbe informare ogni fase della determinazione della pena, dal momento della sua astratta previsione a quello della sua concreta esecuzione, venendo piuttosto valorizzato; né il principio costituzionale di proporzionalità tra pena ed importanza del valore tutelato, che al contrario impone di graduare la specie e la quantità della pena al diverso rango dei beni e al diverso grado e “quantità” dell’offesa²⁹⁶.

Sotto tale ultimo profilo, poi, va aggiunto che «non è precluso in linea di principio al legislatore includere in una medesima previsione punitiva una pluralità di fattispecie diverse per struttura e disvalore: restando affidato in tal caso al giudice il compito di far emergere la differenza tra le varie ipotesi criminose, tramite la graduazione della pena da irrogare in concreto nell’ambito della cornice edittale»²⁹⁷. Per cui, anche nella definizione delle sanzioni amministrative pecuniarie, la Corte ha affermato che «l’ampiezza della “forbice” tra minimo e massimo esclude ancora un’irrazionalità della previsione, e viceversa consente l’applicazione di una sanzione amministrativa concretamente determinabile in rapporto alla gravità della violazione, differenziandola a seconda che sia commessa dai comandanti di navi minori o di navi maggiori»²⁹⁸.

Mutatis mutandis, è perciò sostenibile che, se è possibile impugnare una fattispecie incriminatrice davanti alla Consulta, *quoad poenam*, ed in particolare per l’*eccessiva severità* del minimo edittale previsto, solo sotto il profilo della eventuale irragionevolezza (ovvero

tertium comparationis inteso nella sostanza come sanzione «giusta» che possa essere estesa dalla Corte alla fattispecie disciplinata solo con il massimo edittale.

²⁹⁶ Principio di proporzionalità che d’altra parte non trova il suo fondamento solo nell’art. 3, ma anche e proprio nell’art. 27 comma 3 Cost., in quanto se la libertà personale è limitabile in misura crescente proporzionalmente all’importanza crescente del rango dei beni tutelati, una pena che sia sproorzionata risulta comunque *diseducativa* e perciò incostituzionale; cfr. in tal senso MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., p. 198. Vero è, d’altronde, che la Corte, pur avendo superato il dogma della incontrollabilità della discrezionalità del legislatore in materia penale, per quanto riguarda la misura della sanzione, finora si è per lo più pronunciata in ordine ad ipotesi in cui veniva previsto un minimo edittale eccessivo; cfr. su questo aspetto LUCIANI M., *Una legislazione penale più coerente*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 370 ss.. Sebbene, infatti, solo al legislatore «spetta la scelta discrezionale relativa alla determinazione dei precetti, del tipo e della entità delle rispettive sanzioni» (ordinanza n. 377/2004), questo deve avvenire nei limiti della ragionevolezza, intesa appunto come proporzione tra la gravità del fatto e l’entità della pena ex artt. 3 e 27 Cost., cfr. Corte Cost., n. 409/1989, cit.; n. 487/1989, cit.; 313/1990, cit.; 343/1993, cit.; n. 341/1994, cit.

²⁹⁷ Corte Cost., ord. n. 158 del 2004.

²⁹⁸ Così v. ordinanza n. 109/2004.

sproporzione) rispetto al rango del bene protetto; lo stesso non potrebbe affermarsi con riferimento ad una fattispecie di reato che preveda il *solo massimo edittale*, contestando pertanto la *carezza di un limite minimo*, poichè questo non sarebbe in alcun modo contrario ai principi dettati dalla Costituzione italiana, né dalle fonti sovranazionali e dai trattati internazionali²⁹⁹.

Solo il massimo edittale svolge la funzione di *limite*, in senso garantistico, in quanto detta la misura massima di pena che si ritiene proporzionata al valore del bene tutelato dalla fattispecie incriminatrice e al (dis)valore del fatto previsto e punito da questa ultima: «nell'istante in cui l'idea di proporzione dovesse esprimersi *al livello di determinazione del minimo edittale della pena*, essa paleserebbe un'essenza retributiva antiumanista e anzi disumana, perchè *nessuna persona è commisurabile a un fatto*»³⁰⁰. La *tipica funzione general-preventiva*, sia in senso positivo che negativo, dovrebbe infatti essere svolta, a ben vedere, dal *solo massimo edittale*, perciò l'eliminazione del minimo non toglierebbe alcuna efficacia alla minaccia della pena, ben sapendo ormai che il minimo edittale tra l'altro ha perso ogni

²⁹⁹ Nella Raccomandazione N° (92) 16 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, relativa alle "Regole Europee sulle sanzioni e misure alternative alla detenzione", sebbene non sia vincolante per gli Stati membri, si afferma che: «Regola 5: *Nessuna sanzione o misura alternativa alla detenzione deve essere di durata indeterminata. La durata delle sanzioni e misure alternative alla detenzione deve essere fissata dall'autorità incaricata di emettere il provvedimento, nei limiti previsti dalle disposizioni di legge in vigore. Regola 6: La natura e la durata delle sanzioni e misure alternative alla detenzione devono al tempo stesso essere proporzionate alla gravità dell'infrazione per la quale un soggetto è stato condannato, o per la quale una persona viene accusata, e tener conto della sua situazione personale*».

³⁰⁰ Così DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 275 (i corsivi sono dell'A.), ed aggiunge «il *massimo della pena edittale*, definito e bilanciato dal valore del bene e dal disvalore del fatto, garantisce almeno *un limite*, è delimitato secondo una scala proporzionata al valore del bene protetto, ma il *minimo edittale della pena*, quando è alto per ragioni di prevenzione generale (come generalmente accade in Italia) o quando è misurato sul valore gerarchico del bene protetto, vuole surrettiziamente commisurare una persona (o un suo bene personale) a un fatto, ciò che è impossibile. Per questo appare *di gran lunga preferibile*, come regola, *la scelta di minimi edittali molto bassi*, assai più rispettosi delle esigenze della prevenzione speciale positiva». Quest'ultima prospettazione, che sviluppa considerazioni già accennate in studi precedenti: ID., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in ID., *Alla ricerca di un disegno, Scritti sulle riforme penali in Italia*, p. 412; e *La sintassi del rapporto fatto/autore nel "Progetto Grosso"*, in ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, Padova, 2003, p. 311 ss., è da noi ampiamente condivisa, ed è proprio da queste riflessioni che si è tratto spunto per la tesi dell'eliminazione dei limiti minimi edittali esposta in queste pagine, che non deve ritenersi in contrasto invece con l'altra ipotesi, che si tratterà in seguito, di introdurre dei minimi obbligatori in determinati reati e *per determinati autori* in presenza di particolari esigenze di carattere generalpreventivo, in quanto semmai, a nostro modo di vedere, ne costituisce una conferma.

credibilità, a seguito delle numerose riforme che hanno consentito l'allargamento dell'applicazione della sospensione condizionale, la possibilità della sospensione della stessa esecuzione della pena, fino a considerare lo stesso regime delle circostanze attenuanti generiche e del bilanciamento tra circostanze eterogenee, perfino se autonome, indipendenti o ad efficacia speciale, e così via dicendo³⁰¹.

La prassi giudiziale in tema di adempimento dell'obbligo di motivazione sui criteri di giudizio utilizzati nella commisurazione della pena, insieme agli appelli della stessa Consulta ai giudici ad un'opera di adeguamento o d'interpretazione costituzionalmente conforme degli eventuali automatismi sanzionatori o inadeguatezze delle valutazioni legislative in tema di pena edittale, hanno, a nostro avviso, già ampiamente dimostrano come, in fondo, il sistema italiano faccia un ampio uso del potere discrezionale giudiziale in senso individualizzante, e dunque come un'eventuale eliminazione dei limiti minimi edittali, per particolari tipologie di reati, ovviamente di media o lieve entità, non possa poi di fatto sconvolgere eccessivamente il sistema di c.d. discrezionalità vincolata, rivelatosi sostanzialmente una ipocrisia normativa³⁰².

³⁰¹ Cfr. sempre DONINI M., ult. op. cit. loc. cit., sul diverso *fondamento della pena* a seconda che si guardi al massimo o al minimo: «il *fondamento del massimo edittale* di pena non è nella proporzione, ma nella *prevenzione generale, delimitata dal valore del bene e dal disvalore del fatto*. Invece, il *fondamento del minimo edittale* e della scelta del tipo di pena, fra le più disponibili in alternativa, è nella *prevenzione speciale, delimitata verso il basso dal valore della persona umana*: non certo dalla prevenzione generale che da sola non avrebbe confini, ma neppure dal valore del bene, che potrebbe suggerire minimi incompatibili con la rieducazione e la risocializzazione». *Contra* PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio*, cit., p. 444 s., il quale propone un'analisi affatto diversa della struttura funzionale e teleologica del minimo e del massimo edittale. L'A., non solo non pone in discussione la tradizionale struttura delle pene edittali in forma di cornice composta inevitabilmente da un minimo ed un massimo edittale, ma esalta la funzione del limite minimo legale, intravedendo in questo la "ratifica" in assoluto della collocazione gerarchica del bene tutelato, segnando «l'ultimo gradino al quale può scendere la tutela giuridica», ovvero «il limite estremo fino al quale l'ordinamento è disposto ad assicurare l'efficacia concreta di tale tutela». La chiave di volta della comminatoria edittale sarebbe perciò costituita dalla proporzionalità tra l'offesa arrecata dal reato ai "beni sociali" e "il danno" che la pena rappresenta per il condannato; tale sarebbe il "principio distributivo" che logicamente precede e condiziona le esigenze preventive, ed in particolare quelle della prevenzione generale, all'interno della determinazione della pena legale. Sebbene qui si prediliga la prima delle due (uniche) impostazioni che presenta il panorama scientifico italiano in tema di cornici edittali, è pur vero che l'elaborazione andrebbe a nostro avviso maggiormente approfondita, in particolare sull'aspetto dell'*ampiezza dello spazio edittale*, per comprendere se la diversa estensione dello stesso possa, e in che misura, influire nella concretizzazione della pena nel caso concreto.

³⁰² L'effettivo rapporto di derivazione logico funzionale tra la fase della comminatoria legale e quella della commisurazione giudiziale, che è proprio lo scopo di questa nostra indagine, già dai primissimi rilievi sembra — soprattutto alla luce dell'analisi della giurisprudenza della Corte Costituzionale — aver dimostrato che non vi è alcun legame logico e teleologico, e che comunque la individualizzazione

Occorre, infine, tenere conto di come la soluzione normativa qui proposta si porrebbe in linea piuttosto con le attuali tendenze riformatrici che, da tempo, vorrebbero introdurre l'istituto giuridico dell' "irrilevanza penale del fatto", una misura di semplificazione e di accelerazione anche di carattere processuale, che si vada ad aggiungere ad uno strumento di flessibilità interno al sistema, capace di svolgere una effettiva deflazione, che esiste da oltre dieci anni nell'ordinamento minorile e dal 2000 ormai anche nel microsistema del giudice di pace. Si tratta di riprendere sul punto l'originario progetto Carotti, in forme che rendano possibile l'archiviazione. Non c'è *vulnus* al principio di obbligatorietà, perché l'irrilevanza penale è controllata dal giudice, e costituisce uno sviluppo del principio di offensività già affermato, sia pur timidamente, dalla Corte costituzionale. Occorre aver fiducia nel giudice e offrirgli uno strumento capace di conferire flessibilità al sistema nell'esame del caso singolo: si pensi a falsi innocui commessi con il consenso dell'avente diritto, alla coltivazione di una piantina di marijuana, a forme di resistenza a pubblico ufficiale senza violenza. Si propone di tenere conto sia dell'entità del danno o del pericolo, sia della personalità del reo. Si tratta di una formulazione generale, analoga a quelle più volte usate dal legislatore in tema di attenuanti o aggravanti, che però ha in sé parametri noti (quali la tenuità del danno o la personalità dell'imputato, desumibile dai precedenti o dalle modalità dell'azione)³⁰³.

I reati bagatellari impropri sono reati solo astrattamente gravi, che tuttavia in concreto manifestano quell'esiguità che li qualifica come bagatellari.

necessaria operata dal giudice difficilmente può venire "vincolata", ma al più guidata dalle comminatorie edittali attraverso la doverosa predisposizione di misure sanzionatorie il più differenziate ed elastiche possibili. Questo d'altronde sembrerebbe ampiamente avallato anche da indagini empiriche, presenti in modo più abbondante nella letteratura tedesca già citata; che espongono numerosi dubbi sulla effettiva rilevanza contenutistica delle diverse estensioni edittali. Si vedano in particolare SCHOTT T., *Gesetzliche Strafraumen und ihre trichterliche Handhabung*, cit., p. 44; nonché le ricerche condotte da ALBRECHT H.J., *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*, cit., p. 277 ss., che mostrano come, a fronte di differenze anche piuttosto nette tra i limiti sanzionatori di legge, previsti rispettivamente in alcuni Paesi di riferimento (in particolare Austria e Germania), le pene concretamente applicate si collocano entro intervalli quantitativi del tutto simili, così smentendo la sussistenza di un'influenza reale della cornice edittale (e della sua diversa estensione) sulla commisurazione della pena.

³⁰³ Sulle possibili soluzioni sia di carattere processuale che sostanziale per l'introduzione di simili meccanismi deflattivi, cfr. QUATTROCOLO S., *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Jovene, 2004.

Questa tipologia di reati non è suscettibile di una depenalizzazione in astratto, poiché è solo in concreto, sul piano della manifestazione naturalistica che essi presentano quell'esiguità che giustifica un'attenuazione del regime sanzionatorio, *lato sensu* inteso.

Un'eventuale politica deflattiva può quindi realizzarsi solo attraverso dei modelli di depenalizzazione in concreto, che rinviando il compito di precisare il rapporto tra la fattispecie astratta (grave) e la sua manifestazione naturalistica (esigua) al funzionamento di meccanismi, sostanziali o processuali, operanti *ex post*.

Dinanzi a dei sistemi penali letteralmente sfiancati dall'ipertrofia penalistica, i moderni legislatori hanno acquisito piena consapevolezza dell'importanza e della gravità (tutt'altro che bagatellare) del fenomeno e della improrogabilità di una risposta normativa.

In alcuni paesi, come la Francia o gli USA, si è individuata una possibile linea di intervento nel funzionamento di meccanismi processuali che realizzano una depenalizzazione in concreto degli episodi meno gravi valorizzando le potenzialità deflative del principio di opportunità processuale.

Viceversa in quegli ordinamenti, come il nostro, informati all'opposto principio di obbligatorietà dell'azione penale sono stati elaborati dei modelli di depenalizzazione in concreto che, ferma l'esistenza del reato, escludono l'applicazione della pena sulla base di valutazioni di opportunità, *lato sensu* intese.

Si possono distinguere, a nostro avviso, tre diversi modelli di depenalizzazione in concreto, che pur realizzando tutti un risultato deflattivo, sembrano valorizzare tre diverse esigenze.

Il primo modello è costituito da quegli istituti che a fronte di episodi criminosi che presentano un disvalore esiguo realizzano *ex post* un arretramento della sanzione penale attuando così il principio di sussidiarietà e valorizzando delle esigenze equitative o meglio di proporzione tra la gravità del fatto e le sue conseguenze sanzionatorie.

In questo primo gruppo sembrano rientrare l'istituto della "Mancanza di meritevolezza di pena del fatto" previsto dal § 42 öStGB e l'istituto dell'irrilevanza penale del fatto previsto da due disegni di legge governativi (n. 4625/C-1998 e n.4625-bis/C-1998) che avrebbero dovuto accompagnare la riforma del giudice unico.

I due istituti escludono la punibilità in relazione ad un fatto che, ancorché tipico, antigiuridico e colpevole, presenta in concreto un disvalore sociale così ridotto da essere considerato immeritevole di pena o penalmente irrilevante.

I risultati deflattivi che ne possono conseguire sono solo degli effetti indiretti (ancorché di non secondaria importanza) ed eventuali ma non costituiscono il fine ultimo delle due disposizioni, le quali, sul piano della formulazione tecnica sono accumulate dal fatto di individuare il “reato bagatellare improprio” non già rimettendolo ad un complessivo giudizio di esiguità del giudice bensì attraverso la previsione espressa e tassativa, ancorché non sempre sufficientemente determinata, di una duplice categoria di limiti, tanto esterni quanto interni al fatto medesimo.

Un secondo modello è rappresentato da quegli istituti (§§ 153 e 153 *dStPO*) che mirano a soddisfare innanzitutto esigenze di economia processuale ossia a ridurre il numero dei procedimenti penali pendenti.

Gli istituti in questione puntano per lo più a decongestionare il sistema processuale dai procedimenti riguardanti i piccoli reati, con meccanismi più razionali e controllabili di quanto non siano quelli operanti nella prassi.

La necessità di valorizzare al massimo le potenzialità deflattive di tali istituti ha indotto il legislatore tedesco a rinunciare nella formulazione della disposizione tanto alla tassatività quanto alla determinatezza. In altri termini l'individuazione del reato esiguo è rimessa, di fatto, all'*assoluta discrezionalità del giudice*, il quale si affiderà ad un complessivo giudizio di esiguità, del tutto svincolato da qualsiasi parametro normativo.

Infine, occorre considerare quei modelli (come ad esempio la “Sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto” prevista dall'art 27 d.p.r. 448/1988) che hanno come obiettivo principale quello di escludere la sanzione penale a fronte della commissione di reati bagatellari in considerazione dell'effetto stigmatizzante che il processo e la sanzione penale possono assumere nei confronti del reo.

Valutando, *de iure condendo*, la possibilità di introdurre nel nostro ordinamento positivo, una *clausola d'irrilevanza penale del fatto*, o una *clausola di esiguità*, o attenuanti indefinite per tenuità del fatto, si potrebbe porre il problema riguardante il criterio in base al quale il giudice dovrebbe decidere della irrilevanza.

Un criterio tra quelli che potrebbero essere introdotti riguarda, ad esempio, l'*occasionalità della condotta*. Non si vede per quale ragione se la persistenza nell'illecito, dimostrata nel caso della recidiva, specie se reiterata, comporta in generale (come si vedrà *amplius* nel prossimo capitolo) addirittura un aggravamento sanzionatorio extraeditale, il suo opposto, ovvero l'*occasionalità della condotta* non possa attenuarla, se non addirittura, unitamente ad altre circostanze, e sotto la comminatoria di determinate prescrizioni o adempimenti, comportare una *rinuncia alla pena*, dopo che comunque sia stato aperto il procedimento penale, sull'esempio della *Diversión radical* tedesca, prevista dal § 153b *StPO*.

In questa direzione dovrebbe muoversi la politica criminale italiana, o meglio europea, del XXI secolo, così come autorevolmente indicato, nella sua «ultima lezione italiana», da Jescheck³⁰⁴.

Questa proposta, inoltre, esorterebbe i giudici ad una maggiore attenzione nella determinazione del *quantum* di pena, normalmente invece stabilito sempre nel minimo, o talvolta nella misura media tra il minimo ed il massimo, senza una effettiva ponderazione degli elementi circostanziali. Certo si potrebbe obiettare che senza l'indicazione di criteri finalistici da seguire, e la predisposizione di strumenti tecnici per la prognosi riguardante inevitabilmente la valutazione della personalità del reo, i giudici potrebbero rimanere comunque ancorati al criterio della medialità, proprio per non prendersi l'eccessivo peso di simili complesse valutazioni, o meglio nell'impossibilità di effettuarle. Tuttavia, questo è un difetto presente già nel nostro sistema e che andrà comunque corretto, rivalutando quello che è il dettato dell'art. 187 c.p.p.³⁰⁵.

³⁰⁴ JESCHECK H. H., *Nuove prospettive del diritto penale comparato, europeo e internazionale: quale politica criminale per il XXI secolo?*, in *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo. Omaggio a Hans Heinrich Jescheck per il 92° compleanno*, Foffani L. (a cura di), Giuffrè, 2006, p. 8.

³⁰⁵ Così DONINI M., *La sintassi del rapporto fatto-autore nel "Progetto Grosso"*, in *La riforma della parte generale del codice penale*, op. cit., 2003, p. 67; e *passim*: «l'appiattimento della prassi e la scarsa scientificità degli strumenti conoscitivi disponibili, uniti all'effettiva assenza di sapere circa la persona degli autori dei fatti accertati ha determinato, per effetto di un doveroso contenimento dei minimi edittali spesso troppo alti, un esercizio della discrezionalità commisurativa indulgenziale o quantomeno approssimativo e standardizzato verso i minimi edittali. E' comprensibile quindi che uno dei problemi principali posti dal sistema sanzionatorio, al quale oggi si tenta di porre un rimedio, sia quello dell'eccesso di discrezionalità e insieme di indulgenza e di disapplicazione delle pene. Deve peraltro essere chiaro a tutti che *se un eccesso di discrezionalità non ha favorito l'attenzione all'autore, non si comprende davvero come possa ottenere ciò la semplice riduzione di quella discrezionalità*, tanto più che oggi si registra giustamente un progressivo abbandono di cristallizzazioni

Inoltre, se come si è visto debba accogliersi la tesi, che sembra trovare il consenso anche della Consulta per cui la finalità rieducativa non attiene alla sola fase di esecuzione, bensì anche alla fase di determinazione della pena, potendo persino spingere il giudice a scegliere una pena meno afflittiva o una quantità di pena inferiore al grado di colpevolezza dell'autore³⁰⁶, sembra dunque preferibile un sistema di limiti edittali, non solo elastici, ma piuttosto bassi, che consentano al giudice di tenere in considerazione concretamente le possibilità di risocializzazione del reo. Sembra infatti, più opportuno, sempre in un'ottica *de iure condendo* prevedere delle pene minime obbligatorie per il giudice, quando particolari esigenze anche di prevenzione generale lo impongano, consentendo al giudice sempre di graduare la sanzione, ma solo entro il limite legislativamente imposto, al di sotto del quale l'irrogazione della pena non garantirebbe il rispetto di esigenze general-preventive che, comunque, è inutile negarlo, fanno sempre parte delle scelte di politica sanzionatorie dei legislatori.

2.4. L'esperienza francese.

Un esempio della proposta qui presentata per una diversa costruzione dei limiti edittali di pena, e per una semplificazione del sistema delle circostanze del reato, potrebbe essere offerto, a nostro giudizio, proprio dal nuovo codice penale francese, entrato in vigore nel 1994, che a tale proposito ha realizzato una scelta piuttosto peculiare in relazione ai limiti di pena, rispetto agli altri ordinamenti di tradizione giuridica analoga — come, ad esempio, la Germania, la Spagna e l'Italia —, prevedendo per i vari reati soltanto un massimo edittale, omettendo invece qualunque indicazione del minimo (*systeme du seul plafond*), e come *pendant* abolendo completamente le circostanze attenuanti comuni e generiche.

Le conseguenze non sono particolarmente significative riguardo ai reati di lieve e media entità, mentre negli altri casi la distanza tra i limiti edittali di pena, secondo taluni,

legali di tipi normativi d'autore». Purtroppo come la storia legislativa recente ha rilevato, sembra in realtà esserci un ritorno a queste costruzioni presuntive di tipi normativi d'autore: come ad esempio, nel caso della recidiva, o dei tossicodipendenti, o degli immigrati. Tuttavia, è proprio la valorizzazione del potere discrezionale del giudice che, non a caso, ha invece contribuito a salvare dalla censura di illegittimità costituzionale, almeno la nuova disciplina della recidiva, ma già si paventano profili di incostituzionalità per la nuova aggravante della clandestinità ex art. 61, co. 11-bis) c.p.

³⁰⁶ Cfr. per tutti in tal senso FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 754.

sarebbe tale da non consentire una effettiva prevedibilità del *quantum* di sanzione che viene di volta in volta irrogata³⁰⁷.

Questa soluzione ha costituito una rilevante novità anche per lo stesso ordinamento francese, che è passato da un sistema di *discrezionalità* totalmente *vincolata* ad un sistema a *discrezionalità* piuttosto *libera*, che oggi però viene messo di nuovo seriamente in discussione dall'entrata in vigore di alcune leggi che prevedono invece la reintroduzione di un sistema di pene minime obbligatorie (c.d. *peines-plancher*), proprio per i delinquenti recidivi³⁰⁸.

In reazione agli arbitrii dei giudici dell'*Ancien Regime*, il codice penale francese del 1791 prevedeva delle sanzioni fisse, proibendo qualunque individualizzazione della pena. Questo sistema rivelò però rapidamente i suoi limiti e fu rimesso in discussione durante il primo Impero.

Il codice penale del 1810, infatti, sostituì le pene fisse con pene variabili, comprese tra un massimo ed un minimo per ogni fattispecie (*système de la "fourchette"*), dando così al giudice la facoltà di adattare la sanzione al profilo del delinquente; e prevedendo anche delle comuni circostanze attenuanti o aggravanti della sanzione.

Da allora, le riforme dell'*ancien code pénal* hanno tendenzialmente accresciuto i poteri di apprezzamento del giudice, in particolare attraverso la generalizzazione delle circostanze attenuanti, che gli consentivano di pronunciare una pena inferiore al minimo previsto per legge³⁰⁹.

La legge del 2 febbraio 1981, detta «*sécurité et liberté*», da questo punto di vista, è stata un'eccezione. L'effetto delle circostanze attenuanti in materia sanzionatoria veniva limitato da questo testo ad una pena fissa per l'autore di delitti violenti, se costui era stato in

³⁰⁷ Così FORNASARI G.- MENGHINI A., *Percorsi europei di diritto penale*, Cedam, 2008, p. 223, dove si esprime un giudizio critico in relazione a tale scelta, sottolineando come questa sembri violare il principio di determinatezza, che non è rivolto solo alla configurazione della condotta, ma anche alle conseguenze sanzionatorie del reato.

³⁰⁸ Si tratta della legge 10 agosto 2007, che introduce nel codice penale francese una serie di pene minime obbligatorie, graduate a seconda che il reo abbia commesso l'illecito in stato di recidiva o di multirecidiva legale. Per un commento di queste disposizioni cfr. PRADEL J., *Enfin des lignes directrices pour sanctionner les délinquants récidivistes*, in D. 2007, p. 2247.

³⁰⁹ Mentre il codice originario del 1810 limitava il domino delle circostanze attenuanti ai soli delitti; la legge del 28 aprile 1832 generalizzò l'applicazione di queste a tutti i crimini e delitti previsti dal codice penale; la legge del 21 dicembre 1928 e l'ordinanza del 4 ottobre 1945 rese le circostanze attenuanti applicabili anche alle infrazioni previste da tutte le leggi speciali. Infine, la legge dell'11 febbraio 1951 sopresse le ultime disposizioni speciali che ancora limitavano il campo di applicazione delle circostanze attenuanti.

precedenza condannato per un crimine (senza rinvio o sospensione della pena) o se nei cinque anni precedenti era stato condannato per un delitto ad una pena detentiva senza messa alla prova superiore a sei mesi, o a due distinte pene detentive senza messa alla prova ciascuna di una durata superiore a tre mesi. La pena fissa non poteva dunque essere inferiore a un 1 anno, se la pena da infliggere, tenuto conto della recidiva, era nel massimo di 10 anni, o a 2 anni, se questa pena era superiore a 10 anni di detenzione.

Queste disposizioni, però, sono state poco dopo abrogate nel 1983 (dalla *Loi du 10 juin 1983*) e il legislatore tornò al principio tradizionale, che lasciava una notevole libertà d'apprezzamento al giudice.

Tuttavia, nella prassi, attraverso il gioco delle circostanze attenuanti, i giudici ricorrevano spesso alla loro facoltà di diminuire la pena, e i minimi fissati dalla legge non conservavano altro che un valore simbolico — allo stesso modo come si è riscontrato in Italia —, dando ai giudici solo un'indicazione sulle intenzioni del legislatore.

Prendendo atto di questa evoluzione, il nuovo codice penale del 1994³¹⁰ ha soppresso i limiti minimi delle pene, con l'eccezione tuttavia di una soglia di due anni per i crimini puniti con l'ergastolo e di un anno per i crimini puniti con la pena detentiva. Dunque, la legge fissa solo il massimo della pena e il giudice può decidere una sanzione inferiore a questo massimo senza essere tenuto a motivare la sua scelta con le circostanze attenuanti. Cosicché il “*principio di personalizzazione della pena*”, previsto dall'articolo 132-24 del *nouveau code pénal*, è diventato una delle pietre angolari del diritto penale francese³¹¹.

Il principio di individualizzazione delle pene ha trovato però una consacrazione a livello costituzionale solo di recente, da parte del Giudice Costituzionale francese che, con la sentenza del 22 luglio 2005³¹², sulla legge che disciplina l'udienza di *omologazione della comparizione su riconoscimento preliminare della colpevolezza* (nel rito assimilabile al nostro c.d. patteggiamento), ha dichiarato la costituzionalità di questa disciplina rilevando che non rinnegava «né il *principio di individualizzazione delle pene* che deriva dall'art. 8 della

³¹⁰ V. art. 322 de la *loi* du 16 décembre 1992.

³¹¹ V. art. 132-24, con cui si apre la Sec. II “*Des modes de personnalisation des peines*”, stabilisce: «Nei limiti fissati dalla legge, il giudice stabilisce le pene e ne fissa l'entità in funzione delle circostanze dell'illecito e della personalità dell'autore. Quando il giudice irroga una ammenda, ne determina l'ammontare tenendo anche conto delle risorse e delle spese dell'autore del reato».

³¹² *Conseil constitutionnel, décision n° 2005-520 DC du 22 juillet 2005.*

dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, né alcun altro principio costituzionale».

La personalizzazione delle pene è dunque legata al *principio di stretta necessità* della pena proclamato dall'articolo 8 della Dichiarazione di Parigi del 1789³¹³ ed era stata applicata in questo senso dal giudice costituzionale, anche prima della sentenza del 2005, portando al divieto di pene automatiche. Così, in materia di accompagnamento alla frontiera, il Consiglio costituzionale ha valutato che il fatto che «ogni provvedimento di accompagnamento alla frontiera comporti automaticamente una sanzione interdittiva dal territorio dello Stato per una durata di un anno, a prescindere dalla gravità della condotta che ha giustificato la sentenza, senza possibilità di escluderla né di modificarne la durata» non risponde alle esigenze dell'articolo 8 della dichiarazione del 1789»³¹⁴.

In effetti, come si è analizzato nei primi paragrafi di questo capitolo, l'*automaticità* di una pena impedisce che essa sia proporzionata alla gravità dei fatti. Allo stesso modo il giudice costituzionale ha censurato il carattere automatico della decadenza dei diritti civili e politici che la legge 25 gennaio 1985 ricollegava ad una sentenza che dichiarasse il fallimento, o l'interdizione dai pubblici uffici³¹⁵.

Viceversa, è interessante sottolineare come spesso il *Conseil constitutionnel* francese, come il nostro Giudice delle leggi³¹⁶, per ritenere costituzionalmente legittima la legge oggetto del ricorso, prenda in esame l'ampia possibilità lasciata al giudice di mitigare la pena prevista per legge³¹⁷.

Se dunque il valore costituzionale del principio di personalizzazione delle pene non sembra più posto in dubbio, occorre, tuttavia, evidenziare che, in base ad altre decisioni prese dal Consiglio costituzionale sull'individualizzazione della sanzione, non si tratta di un valore

³¹³ L'art. 8 sancisce che: «La Legge deve stabilire solo le pene strettamente ed evidentemente necessarie».

³¹⁴ *Conseil constitutionnel, décision n° 93-325 DC du 13 août 1993.*

³¹⁵ *Conseil constitutionnel, décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999.*

³¹⁶ Cfr., tra i molti esempi, ord. 91 del 2008, cit.; sent. n. 192 del 2007, cit.: entrambe in tema di recidiva, così come modificata ad opera della novella del 2005, per la cui analisi si rinvia al § 1.a).

³¹⁷ *Conseil constitutionnel, décisions n°93-325 DC du 13 août 1993 et n°93-334 DC du 20 janvier 1994.*

assoluto, bensì di un principio che deve comunque conciliarsi con le altre esigenze costituzionali³¹⁸.

Così, nella sentenza che riguardava la legge detta “sicurezza e libertà”³¹⁹ (di cui si è accennato precedentemente), dove si respingeva il ricorso fondato sulla violazione di questo principio, il giudice costituzionale ha notato che l’art. 8 della Dichiarazione dei diritti civili e politici «non implica che la necessità delle pene debba essere valutata dal solo punto di vista della personalità del condannato, ed ancor meno che a questo fine il giudice debba avere un potere arbitrario, ciò che proprio l’articolo 8 intende evitare», precisando inoltre che «sebbene la legge francese abbia dato un posto importante all’individualizzazione delle pene, non vi ha mai conferito il carattere di un principio unico e assoluto, che travalica necessariamente in ogni caso sugli altri fondamenti della repressione penale; di modo che, anche a supporre che il principio di individualizzazione delle pene possa, entro questi limiti, essere considerato uno dei principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica, esso non è in grado di impedire al legislatore — pur lasciando al giudice o alle autorità incaricate di determinare le modalità esecutive delle pene con un ampio potere di apprezzamento — di fissare delle regole che assicurino una repressione efficace dei reati».

Anche i trattati internazionali ai quali aderisce la Francia sembrano allo stesso modo invitare ad un apprezzamento equilibrato dell’individualizzazione della pena. Sebbene né la Convenzione europea dei diritti dell’uomo, né il Patto internazionale sui diritti civili e politici menzionino questo principio come tale, ciò nonostante, secondo la dottrina francese³²⁰, esso costituisce il corollario dell’esigenza di un processo equo previsto dall’art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo: «il diritto di accesso ad un tribunale, condizione primaria per un processo equo, per non rimanere teorico suppone che il giudice sia investito di un potere di apprezzamento ampio, definito di ‘piena giurisdizione’ dalla Corte di Strasburgo». In particolare, questa autorità giudiziaria ritiene che in materia penale il giudice

³¹⁸ Impostazione dunque che richiama alla memoria la c.d. tesi della polifunzionalità della pena, espressa più volte dalla nostra Corte Costituzionale per salvaguardare molte scelte sanzionatorie del legislatore, e rivalutata anche dalla prevalente dottrina.

³¹⁹ *Conseil constitutionnel, décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981.*

³²⁰ Cfr. per esempio, DESPORTES F.- LE GUNHEC F., *Droit pénal général*, 11^{ème} édition, Economica, 2004, p. 864.

debba vedersi riconosciuto «il potere di riformare tutti i punti, di fatto come di diritto, della decisione»³²¹.

L'individualizzazione della pena, come condizione necessaria per il rispetto del principio costituzionale di proporzionalità delle pene, sembra dunque avere assunto un ruolo essenziale nel sistema penale francese di commisurazione delle sanzioni. E proprio a questo principio sembra essersi ispirato il legislatore d'oltralpe quando, con il nuovo codice penale del 1994, ha voluto adottare la soluzione di porre solo i massimi di pena, attribuendo indubbiamente un amplissimo potere discrezionale all'autorità giudiziaria, nonostante alcune forze politiche ed esponenti della stessa magistratura avessero segnalato: che l'indicazione delle cornici di pena, ovvero in sostanza la scelta relativa alla gravità dei fatti di reato, debba competere al Parlamento; che in tal modo si rischia di mettere in discussione il principio di uguaglianza, dato che per lo stesso fatto potrebbero essere comminate pene assai diverse; ed, infine, che la scelta effettuata può risultare incompatibile con l'obiettivo di esemplarità che deve presentare una sanzione penale³²².

Tuttavia, a noi sembra che la scelta del codice penale Francese del 1994, di omettere la previsione di limiti minimi, con la conseguente soppressione delle attenuanti, proprio perché basata sulla constatazione empirica che, nel vecchio codice penale del 1810 i minimi fissati dalla legge non erano quasi più presi in considerazione, dal momento che nella pratica i giudici ricorrevano ampiamente alla facoltà di pronunciare una pena inferiore, se riscontrate delle circostanze attenuanti, potrebbe essere adottata anche nel nostro ordinamento, semplificando una materia, quale quella del circostanze del reato, ormai, come visto, divenuta ingestibile da parte dei giudici.

Il sistema penale in esame, infatti, non ha ovviamente potuto rinunciare *in toto* all'istituto delle circostanze del reato, indispensabile sotto certi profili per un'adeguata

³²¹ *Cour européenne des droits de l'homme*, 23 octobre 1995, Schmutz e altri.

³²² Piuttosto critico sulla modifica operata dal nuovo codice penale francese in tema di determinazione del *quantum* di pene è PRADEL J., *Il nuovo codice penale francese. Alcune note sulla sua parte generale*, in *Ind. pen.*, 1994, p. 26: «bisogna certamente conservare al giudice questo potere [di individualizzazione della pena], ma bisognerebbe “inquadralo” molto di più, dal momento che egli, nel nuovo come nel vecchio codice, dispone di una illimitata libertà. La determinazione della pena avviene senza il minimo ancoraggio obiettivo. Persiste ugualmente il rischio di una grande disparità di trattamento. Le parole di Pascal sulla giustizia, “verità di qua dai Pirenei, errore al di là”, rischiano di rimanere vere. Bisognerà un giorno riformare la riforma del Codice penale».

considerazione della gravità dei reati, continuando a prevedere una serie di aggravanti speciali, riferibili solo ad alcune fattispecie delittuose, ma ha continuato a conservare al giudice a tal proposito una certa discrezionalità.

Il principio fondamentale dell'individualizzazione delle pene non è stato perciò intaccato dall'inserimento di circostanze aggravanti speciali, dato che queste si traducono solo in un aggravamento della pena massima inflitta, obbligando il giudice, in effetti, per molti reati, a pronunciare una pena superiore al massimo normalmente applicabile. Tuttavia, non esistendo circostanze aggravanti generali (o comuni, seguendo la nostra consueta classificazione, ad eccezione della recidiva, considerata invece aggravante comune), l'aggravamento della pena è possibile solo quando esso è esplicitamente previsto dal legislatore per lo specifico reato, e il giudice non ha alcuna libertà d'apprezzamento una volta che abbia constatato la presenza di una circostanza aggravante. Se, come abbiamo cercato di provare, le circostanze aggravanti, specie se ad effetto speciale, autonomo o indipendente, svolgono normalmente una funzione generalpreventiva, attenendo alla valutazione *legale* degli illeciti, le circostanze attenuanti, avendo assunto ormai, a livello prasseologico, solo il ruolo di indici logici di commisurazione *giudiziale* della pena, ben possono essere eliminate, come istituto a se stante, andando di fatto a coincidere con i criteri fattuali di commisurazione, oggi previsti nel nostro art. 133 c.p.

Questa analisi comparatistica, però, non sarebbe completa, se non si desse atto che, di recente, in Francia è stato introdotto un istituto, che ha nuovamente messo in crisi questo sistema di pene edittali, e con esse lo stesso principio d'individualizzazione della pena: il c.d. *régime des peines plancher*, ossia l'introduzione di *pene minime obbligatorie*, in caso di recidiva. Si è posta cioè un'importante eccezione al generalizzato sistema di non previsione di minimi proprio in tema di recidiva, con un chiaro intento generalpreventivo di inasprimento sanzionatorio nei confronti della cerchia di rei ritenuta più pericolosa³²³, come è contemporaneamente avvenuto anche in Italia e in Spagna (queste altre due legislazioni si analizzeranno nel prossimo capitolo).

³²³ Per un approfondimento ed un *excursus* anche storico della disciplina della recidiva nell'ordinamento francese si rinvia al puntuale studio di PERSIO P. T., *La recidiva nell'ordinamento penale francese*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, p. 372 ss., che sottolinea l'intento puramente repressivo della legge.

La legge è stata promulgata il 10 agosto 2007, n. 2007-1198, ed è stata pubblicata sul *Journal officiel* dell'11 agosto 2007, dopo che il *Conseil constitutionnel*, su ricorso di più di 60 senatori e più di 60 deputati, con la decisione del 9 agosto del 2007³²⁴, ha dichiarato conforme alla Costituzione il testo legislativo, che prevede una *scala di pene minime detentive* applicabili agli autori di crimini o delitti in stato di recidiva legale.

Questo provvedimento, però, è solo l'ultimo atto conclusivo di un programma riformatore del legislatore francese partito dalla Legge n. 2005-1549 del 12 dicembre 2005, inteso a rafforzare la lotta alla recidiva dei maggiorenni e dei minorenni, che, nell'introdurre il c.d. meccanismo delle *peines plancher* (artt. 132-18-1 e 132-19-1 c.p.), derogatorio rispetto al normale sistema di commisurazione legale delle pene, ha contestualmente più in generale ristretto anche il potere di scelta della pena da parte del giudice.

La legge n. 2005-1549, infatti, non solo ha ampliato la nozione di recidiva³²⁵, ed introdotto la definizione di reiterazione³²⁶, ma ha anche inciso sull'art. 132-24 c.p., che come

³²⁴ *Décision* n° 2007-554 DC du 09 août 2007, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>.

³²⁵ Il campo di applicazione della recidiva dopo l'intervento legislativo del 2005 è stato dunque ampliato sotto due profili. Da un lato, prevedendo all'art. 132-16-6 c.p. la rilevanza anche delle sentenze di condanna definitive emesse dalle giurisdizioni penali degli Stati membri dell'UE; dall'altro, in tema di recidiva speciale, ampliando la nozione di "reati assimilati". Si vedano, in particolare, gli artt. 132-16-3, 132-16-4. Cfr. PERSIO P. T., *ult. op. cit.*, p. 382, che sottolinea «la portata innovativa di questa disposizione che consente di estendere l'ambito di repressione a tutti quei fatti illeciti nei quali il requisito della violenza interviene anche solo come semplice circostanza aggravante». Nella dottrina francese cfr. HERZOG -EVANS M., *Récidive: quelles réponses judiciaires? – Récidive: surveiller et punir plus plutôt que prévenir et guérir*, in *AJ pénal*, 2005, n. 9, p. 305 ss. La legge sulla recidiva del 12 dicembre 2005 con il ricorso ai minimi di pena ha evidentemente cercato delle nuove risposte alle preoccupazioni suscitate dall'incremento del fenomeno della recidiva, adottando anche degli strumenti particolarmente invasivi della libertà e dignità umana (già noti in verità in altri Paesi Europei) come il c.d. "braccialetto elettronico". Alcuni riferimenti di diritto penale comparato qui riportati sono ripresi da uno studio di legislazione comparata, commissionato dal Senato della Repubblica Francese, sulle «*peines minimales obligatoires*», Sénat n° LC 165, septembre 2006-<http://www.senat.fr/lc/lc165/lc165.html>. Per un commento sfavorevole a queste disposizioni cfr. ROETS D., *À propos de l'art. 4 de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, in *D. 2006, Chron.* 169 ; *Contra* RASSAT M. L., ROUJOU G. DE BOUBEE, *À propos de l'art. 4 de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, in *D. 2006 Chron.* 593.

³²⁶ Colmando una lacuna del sistema, la legge in esame introduce, all'art. 132-16-7 c.p., la definizione di reiterazione, in base all'interpretazione comunemente accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza, ed in base alla quale essa ricorrerà quando una persona già condannata per un precedente reato ne commetta un altro al di fuori delle condizioni previste dalla recidiva legale, e le pene pronunciate per le infrazioni commesse si cumuleranno senza limiti di *quantum*.

si è visto costituisce la norma chiave della commisurazione della pena nel sistema francese, e che fino a quel momento si basava esclusivamente sul *principio di individualizzazione*.

Oggi, invece, tra le finalità della pena che il giudice francese dovrà tenere in considerazione per stabilire la «*nature, le quantum et le régime des peines*» vi è anche la «*protection effective de la société*», «*les intérêts de la victime*» e «*la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions*» (art. 132-24, 2° cpv.). In un certo senso, dunque, si può rilevare come il legislatore francese abbia accolto ed esplicitato quella che in Italia viene ormai comunemente definita come la concezione polifunzionale della pena, senza, tuttavia, offrire dei criteri, anche a livello gerarchico, di priorità tra le diverse finalità.

Con la legge n. 1198 del 2007, l'intento repressivo nei confronti della recidiva è stato ulteriormente sviluppato, ed in modo ancora più deciso, introducendo gli artt. 132-18-1³²⁷ e 132-19-1³²⁸ c.p., che stabiliscono delle pene minime applicabili per la prima recidiva, in tutti i casi di *crimini* o *delitti* puniti con almeno tre anni di detenzione.

³²⁷ Article 132-18-1, in vigore dall'11 agosto 2007, per opera della: «Pour les crimes commis en état de récidive légale, la peine d'emprisonnement, de réclusion ou de détention ne peut être inférieure aux seuils suivants :

1° Cinq ans, si le crime est puni de quinze ans de réclusion ou de détention;

2° Sept ans, si le crime est puni de vingt ans de réclusion ou de détention ;

3° Dix ans, si le crime est puni de trente ans de réclusion ou de détention ;

4° Quinze ans, si le crime est puni de la réclusion ou de la détention à perpétuité.

Toutefois, la juridiction peut prononcer une peine inférieure à ces seuils en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci.

Lorsqu'un crime est commis une nouvelle fois en état de récidive légale, la juridiction ne peut prononcer une peine inférieure à ces seuils que si l'accusé présente des *garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion*».

³²⁸ Art. 132-19-1 in vigore dall'11 agosto 2007 ad opera della : «Pour les délits commis en état de récidive légale, la peine d'emprisonnement ne peut être inférieure aux seuils suivants:

1° Un an, si le délit est puni de trois ans d'emprisonnement;

2° Deux ans, si le délit est puni de cinq ans d'emprisonnement ;

3° Trois ans, si le délit est puni de sept ans d'emprisonnement;

4° Quatre ans, si le délit est puni de dix ans d'emprisonnement.

Toutefois, la juridiction peut prononcer, par une décision spécialement motivée, une peine inférieure à ces seuils ou une peine autre que l'emprisonnement en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci.

La juridiction ne peut prononcer une peine autre que l'emprisonnement lorsque est commis une nouvelle fois en état de récidive légale un des délits suivants:

1° Violences volontaires;

2° Délit commis avec la circonstance aggravante de violences;

In realtà, il dibattito sulle soglie di pena obbligatorie si era comunque già riaperto in Francia dopo il deposito all'Assemblea Nazionale, il 4 febbraio 2004, di una proposta di legge, n. 1399³²⁹, che prevedeva ugualmente la fissazione di sanzioni minime per le infrazioni commesse dai recidivi, ma che proprio per via del loro carattere automatico venne subito respinta e censurata.

Il sistema predisposto nel 2007, invece, è apparso comunque conciliare le diverse finalità della pena, così come richiesto anche dalla Corte Costituzionale: quella di prevenzione generale e difesa sociale e quella dell'individualizzazione della risposta punitiva.

Infatti, nonostante la legge preveda l'applicazione di una scala di pene minime detentive applicabili agli autori di crimini in stato di recidiva, puniti da un minimo di tre anni di reclusione, i giudici mantengono la possibilità di adattare questo sistema entro condizioni il cui rigore varia a seconda che la persona sia recidiva semplice o reiterata.

In caso di prima recidiva il giudice può pronunciare una pena detentiva inferiore alla soglia normale, se le circostanze della violazione, la personalità dell'autore e la possibilità di un suo inserimento sociale non giustificano un aggravamento di pena. Per i delitti, il giudice può inoltre, nelle stesse condizioni, pronunciare una pena diversa dalla detenzione, anche se dovrà motivare in modo particolare la sua decisione di derogare alle pene minime detentive.

In caso di recidiva reiterata, per i crimini e per i delitti di particolare gravità (violenze dolose, delitti aggravati dall'uso della violenza, reati sessuali, delitti puniti con almeno 10 anni di reclusione), il giudice non potrà invece derogare alla pena minima, salvo qualora ci siano delle *garanzie eccezionali di reinserimento e dietro motivazione specifica*. In ogni caso in queste ipotesi la pena dovrà essere *necessariamente detentiva*.

In questo modo i giudici saranno maggiormente responsabilizzati in caso di recidiva reiterata (per usare una terminologia a noi più familiare), poiché, ove decidano di *derogare ai*

3° Agression ou atteinte sexuelle;

4° Délit puni de dix ans d'emprisonnement.

Par décision spécialement motivée, la juridiction peut toutefois prononcer une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure aux seuils prévus par le présent article si le prévenu présente des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion.

Les dispositions du présent article ne sont pas exclusives d'une peine d'amende et d'une ou plusieurs peines complémentaires».

³²⁹ Proposta di legge «*tendant à instaurer des peines minimales en matière de récidive*» presentata da MM. Christian Estrosi, Gérard Léonard e altri membri del gruppo UMP, n° 1399, AN, XII^e législature.

minimi, dovranno prevedere una specifica motivazione, altrimenti saranno comunque costretti ad applicare la pena almeno oltre la soglia stabilita dalla legge.

Certo è comunque che il criterio utilizzato dal legislatore francese per consentire ai giudici, in caso di recidiva reiterata, di pronunciare una pena inferiore alle soglie minime (eccezionali garanzie di reinserimento), sembra difficile da realizzarsi, trattandosi di delinquenti, e a maggior ragione nel caso di criminali recidivi reiterati, tenuto conto in particolare delle difficoltà per la maggior parte di loro di presentare, al momento del giudizio, un progetto abbastanza solido di reinserimento (in particolare dal punto di vista lavorativo) in un ambiente sociale ed economico, che normalmente non è particolarmente favorevole per chi abbia alle spalle già una condanna. In base a queste obiezioni, la commissione parlamentare propose due emendamenti al fine di permettere al giudice di prendere in considerazione a titolo eccezionale, non soltanto gli elementi che riguardano l'inserimento del condannato, ma anche le circostanze della violazione e la personalità dell'autore anche in caso di recidiva reiterata. Inoltre, per garantire che il giudice possa disporre degli elementi necessari sulla personalità dell'autore, la commissione ha suggerito di emendare il progetto di legge in modo tale che il pubblico ministero non possa chiedere la circostanza aggravante della recidiva se non ha previamente provveduto a realizzare una ricerca sulla personalità volta a chiarire al giudice la personalità del reo. Infine, si propose un ulteriore emendamento affinché il presidente della corte avverta la persona condannata per la prima volta dell'aggravamento di pena che sarà comminato in caso di recidiva (art. 362 c.p.p.).

La scala di pene minime introdotta da questa legge, a ben vedere, dunque, sembra rispondere comunque al principio di proporzionalità della sanzione. Inoltre, le condizioni alle quali il giudice può derogare al limite per la prima recidiva, soprattutto a seguito di questi emendamenti, sembrano conformi al principio di personalizzazione della pena³³⁰.

³³⁰ Scettica sull'applicazione pratica da parte dei giudici della facoltà di derogare ai minimi di pena, a causa del maggiore onere motivazionale che deriva a loro carico, è PERSIO P. T., op. cit., p. 386.

CAPITOLO SECONDO

IL RUOLO DELLA RECIDIVA NELLA DETERMINAZIONE DELLA RISPOSTA SANZIONATORIA

SOMMARIO: 0. Il controverso fondamento della recidiva e gli strumenti politico criminali per contrastarla. 1. La recidiva come circostanza aggravante del disvalore del reato nel sistema italiano. 1.1. La funzione delle diverse forme di recidiva nella commisurazione della pena. 1.2. Da *Status* soggettivo sintomo di maggiore colpevolezza e/o pericolosità a strumento di politica criminale di controllo sociale e sicurezza: la riforma italiana del 2005 e quella spagnola del 2003. 1.3. L'influenza delle leggi americane dei “*three strikes and you are out*” sui sistemi continentali sia di *common* che di *civil law*. 1.4. Il fallimento delle politiche del “*mandatory sentencing*”. 1.5. L'attuale disciplina della recidiva e la *crisi* del principio rieducativo. 2. Il ripudio della recidiva come elemento di aggravamento della pena: il caso isolato del sistema tedesco. 2.1. La recidiva come indice di pericolosità sociale e requisito di applicazione di una misura di sicurezza.

0. Il controverso fondamento della recidiva e gli strumenti politico criminali per contrastarla.

E' veramente significativo notare come, a distanza di oltre un secolo, la descrizione dello stato della scienza penalistica sul tema della recidiva di uno dei maggiori esponenti della Scuola Classica sia ancora ampiamente valida ed attuale: «la *recidiva*, che appare a taluno sterile tema, e suscettibile appena di essere costruito a teoria, porge argomento ad importantissimi ed eleganti problemi, che richiamano le attente meditazioni dei criminalisti e dei legislatori. Ciò si dimostra, a parer mio senza fallo, mercé una rapida escursione intorno le *divergenze* e questioni che su cotesto proposito dividono non solo le scuole, ma anche i Codici modernamente preposti ai vari Stati d'Europa. Avvegnaché mi sembri incontrastabile, che quando sovra un punto di gius discordano legislazioni sorte sotto le ispirazioni progressive del secolo presente, sia necessità convenire che su tal punto la scienza non abbia ancora detto la sua ultima sillaba»³³¹.

³³¹ CARRARA F., *Stato della dottrina sulla recidiva*, in *Opuscoli di diritto criminale*, 5° ed., vol. II, Casa Editrice Libreria “Fratelli Cammelli”, 1898, p. 127 (corsivi dell'A.).

La difficoltà di rintracciare un chiaro ed univoco fondamento alla recidiva³³², visto il suo carattere ontologicamente *bidimensionale*, e il suo stretto collegamento con il fenomeno stesso della criminalità e dunque con le diverse ideologie sulle finalità della pena dominanti nei vari periodi storici, non poteva non riflettersi anche sulle diverse misure politico-criminali apprestate dai governi per prevenirla e contrastarla³³³.

Nella diversità dei contesti e delle tradizioni culturali, tuttavia, è possibile scorgere delle *costanti* nella trattazione del fenomeno criminale della recidiva.

Si è passati da una fase storica in cui dominavano le tesi “abolizioniste” ad una fase, soprattutto a cavallo dei secoli XIX e XX, in cui invece si è parlato in merito alla disciplina della recidiva addirittura di una “ossessione creatrice”³³⁴.

La recidiva, infatti, pur essendo conosciuta già nelle più arcaiche concezioni oggettivistiche del diritto penale, fu contrastata dai fautori della concezione classico-retributiva, in quanto andava a spezzare l’equazione reato-pena fondata sulla gravità del singolo illecito. In base a questa dottrina c.d. abolizionistica³³⁵, infatti, la pena doveva necessariamente essere proporzionata al male commesso, senza poter tener conto di elementi soggettivi³³⁶.

³³² Per una ricostruzione di tipo storiografico dell’istituto cfr. MARCHETTI P., *L’armata del crimine. Saggio sulle origini della recidiva*, Cattedrale, 2008.

³³³ Cfr. infatti già STILE A.M., *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, cit., p. 290, nota 32: «È certo, intanto, che un uso corretto e controllabile della discrezionalità nella irrogazione degli aumenti di pena per la recidiva presupporrebbe accertata, oggi, la funzione della pena (...), il che certamente non è, così in dottrina come ancor più, nella prassi. Proprio per queste ragioni (...) la nuova disciplina della recidiva non sembra proporre problemi di politica della pena (e di arbitrio giudiziario) diversi da quelli tradizionali».

³³⁴

³³⁵ Tesi fondamentale della dottrina abolizionistica è quella per cui un diritto penale retributivo, che considera la pena quale retribuzione del «fatto», della singola azione delittuosa, non può tener in alcuna considerazione la recidiva: questa infatti si risolverebbe nel porre nuovamente a carico dell’agente un’azione per la quale l’agente ha già risposto, con palese violazione del «*ne bis in idem*»

³³⁶ Per capire le ragioni sottostanti alle teorie che negavano qualsiasi tipo di effetto allo stato di recidivo, basta ricordare la IX disposizione in materia penale formulata da Morelly più di due secoli fa nel Code de la nature: «terminata la pena sarà proibito a ogni cittadino di farne il minimo rimprovero alla persona che l’ha scontata o ai suoi parenti, d’informati le persone che l’ignorano e anche di mostrare il minimo rimprovero alla persona che l’ha scontata o ai suoi parenti, d’informati le persone che l’ignorano e anche di mostrare il minimo disprezzo per i colpevoli, in loro presenza o assenza, sotto pena di subire la stessa punizione» Così riferito da FERRAJOLI L., *Diritto e ragione - Teoria del garantismo penale*, cit., p. 759.

Dopo aver superato però queste antiche resistenze, la recidiva ha fatto il suo ingresso nella maggior parte delle codificazioni penalistiche principalmente per poter soddisfare esigenze di prevenzione generale.

Risalendo al diritto dei popoli antichi si nota come il concetto di recidiva fosse in realtà già conosciuto³³⁷.

Il diritto mosaico adottava una concezione retributiva dell'istituto, come anche le legislazioni indiane che prevedevano, accanto ad una recidiva generica, alcune ipotesi di recidiva specifica per i reati di furto e adulterio.

Nel diritto penale romano, secondo alcuni autori³³⁸, si distingueva già addirittura tra recidiva e semplice reiterazione nel reato, in quanto si richiedeva, per la sussistenza della prima, l'avvenuta espiazione della pena inflitta per il precedente illecito.

Nonostante il diritto romano punisse i recidivi a seconda del tipo di reati con pene diverse, si deve precisare, tuttavia, che il *Corpus Juris* non elaborò una vera e propria costruzione giuridica della recidiva come circostanza aggravante del reato.

Si arrivò ad un maggiore approfondimento teorico dell'istituto nel diritto intermedio, grazie soprattutto all'opera dei giureconsulti del tempo. Interessanti appaiono i principi affermati da Farinaccio: non poteva sussistere recidiva se prima non vi fosse stata condanna ed espiazione della pena in ordine al precedente delitto.

Disposizioni piuttosto severe erano previste, poi, nei vari Statuti penali preunitari in caso di recidiva³³⁹. Ma, come affermato anche dal Manzini «il regolamento giuridico della recidiva, fino agli ultimi anni del secolo XVIII, fece scarsissimi progressi»³⁴⁰.

Il codice delle Due Sicilie del 1819 modificò l'impostazione ora esposta, secondo cui era necessaria, ai fini della sussistenza della recidiva, la previa espiazione della pena inflitta

³³⁷ Etimologicamente da “*rursus cadere*” (cadere di nuovo) nella accezione preferita da ANDREOTTI, *Recidiva*, in *Enc. Giur. Italiana*, vol. XIV, p. 283 ss.; avversata da BRUSA, *Studi sulla recidiva*, Milano, 1886, p. 11 ss., il quale ritiene che derivi dal verbo “recidere”, che indica il ripullulare delle cose.

³³⁸ BRUSA, *Studi sulla recidiva*, cit., p. 57 ss.

³³⁹ Ad Ancona, per esempio, si prevedeva la fustigazione nudi; a Pavia, Ferrara e Milano si applicava la pena di morte.

³⁴⁰ MANZINI V., *La recidiva nella sociologia, nella legislazione e nella scienza del dir. penale*, Torino, 1890.

per il precedente reato, affermando che fosse elemento sufficiente anche la sola precedente sentenza di condanna, purché irrevocabile (art. 78)³⁴¹.

Il codice penale del 1889, conosciuto come codice Zanardelli, collocava la disciplina della “Della recidiva” in un titolo autonomo (Titolo VIII), dopo quello relativo al concorso di reati e di pene, e impostava la recidiva quale circostanza aggravante della pena (non del reato) prevedendo “dosimetrie sanzionatorie” a seconda del tipo di recidiva, stabilendo inoltre, con altrettanta precisione, che cosa si dovesse intendere per reati della stessa indole (art. 82 c.p. 1889)³⁴². L’art. 80 del codice penale del 1889, nel disciplinare la forma semplice di recidiva, fissava al comma 1, due termini, decorrenti dal giorno in cui la pena fosse stata scontata o la condanna estinta, oltre i quali la recidiva non aveva alcun rilievo: *dieci anni*, se la pena era superiore ai cinque anni di durata; non oltre *cinque anni* negli altri casi. La recidiva semplice, come venne definita più tardi, ovvero quella per cui è sufficiente che il reo compia solo due reati, veniva pertanto configurata dal Codice Zanardelli come una recidiva *temporanea*, sebbene generica, non comportante, fra l’altro, un aumento di pena, quanto invece un effetto commisurativo *intraeditale*, poichè il giudice *non* poteva punire il recidivo «*con il minimo della pena incorsa per il nuovo reato*» (art. 80, comma 1); salvo nell’ipotesi di recidiva specifica, ovvero che «*il nuovo reato sia della stessa indole di quello per il quale è stata pronunciata la precedente condanna*» (art. 80, comma 2), nel qual caso, invece, il giudice doveva aumentare la pena in modo proporzionato alla gravità del nuovo reato, in base ad una serie di regole commisurative particolareggiate.

In sintonia dunque con la concezione classico-garantistica, il codice del 1889 ha così ritenuto di prevedere una recidiva, sì *obbligatoria*, per garantire a tutti i recidivi eguale trattamento, ma nello stesso tempo, nella generalità dei casi, *specifica* (anche nel caso di recidiva reiterata (art. 81)), in base alla antica convinzione che recidivo sia solo chi ricade in un reato della stessa natura, in quanto, solo in presenza di un nuovo reato omogeneo, si può ritenere che la pena sofferta si sia rivelata insufficiente; e altresì, *temporanea*, in quanto

³⁴¹ Distingueva infatti la recidiva dalla reiterazione, la quale ultima era ravvisabile «quando il colpevole di un misfatto, per il quale non è stato ancora legalmente condannato, commette altro misfatto; o il colpevole di delitto commette altro delitto; o il colpevole di contravvenzione commette altra contravvenzione». Invero, come si osserva, la reiterazione si poteva configurare solo quando veniva commesso più volte lo stesso genere di reati. Nei casi di concorso di reati, diversi dalla reiterazione, si applicava invece la sola pena pre vista per il reato più grave.

³⁴² Cfr. DASSANO F., *Recidiva e potere discrezionale del giudice*, Giappichelli, 1999, p. 20 ss.

l'astensione dal delitto per un certo numero di anni depone a favore della sufficienza della pena.

Nella struttura originaria del codice del 1930, in linea con la concezione autoritaria dell'epoca, la recidiva era disciplinata, invece, in maniera assai più severa che nel codice previgente.

Le nuove Scuole di pensiero, che emergevano in quegli anni, portarono tuttavia allo smantellamento della massima, formulata nel diritto comune, secondo cui «*consuetudo delinquenti est circumstantia aggravandi delictum et puniendi delinquentem acrius*»: si faceva strada la tesi per cui la recidiva non potesse sempre assumersi necessariamente solo come indice di maggiore colpevolezza, ma che dovesse, invece, essere studiata in rapporto all'uomo e alla sua innata proclività al delitto.

Un postulato simile, tipico del positivismo, si riconnetteva alla nuova concezione del reato, divenuto “elemento sintomatico di una personalità socialmente pericolosa”³⁴³.

Il legislatore del 1930, perciò, cercando un compromesso tra le istanze classico-retributive e le nuove tendenze positivistiche, conferì a tale istituto le caratteristiche di *genericità, obbligatorietà e perpetuità*.

Il codice penale Rocco è stato oggetto però, nel corso degli anni, di importanti riforme in tema di recidiva, come quella dell'aprile 1974³⁴⁴ e quella ancor più recente del dicembre 2005³⁴⁵ che saranno esaminate nel paragrafo a seguire.

La disciplina risultante da tutta questa serie di modifiche si presenta perciò non sempre coerente, ed organica, e offre ancora adito alle più svariate ricostruzioni, così come dimostra la giurisprudenza italiana prevalente che, nel disorientamento generale, individua il fondamento della recidiva indistintamente sia nella maggiore colpevolezza per il fatto, in senso diagnostico-retributivo, che nella maggiore pericolosità dell'autore, in senso prognostico-specialpreventivo: questa incertezza sembra d'altronde dovuta anche alle divergenze ancora esistenti sulle finalità della pena e sul conseguente trattamento da riservare ai delinquenti

³⁴³ Così la Relazione del Guardasigilli giustificava l'accoglimento del sistema della recidiva *a tempo indeterminato*: «seppur rigoroso, siffatto principio si presentava necessario per un Progetto, che tiene in considerazione tutta la vita antecedente del colpevole, non soltanto agli effetti di dichiarazione di abitudine e professionalità nel reato, ma anche agli effetti dell'applicazione della pena in concreto, entro i limiti del potere discrezionale del giudice».

³⁴⁴ D.L. 11 aprile 1974, n. 99, convertito nella l. 7 giugno 1974, n. 220.

³⁴⁵ Si tratta della riforma dovuta alla legge 251/2005.

pericolosi, che, a ben vedere, riguardano più a monte il rilievo che dovrebbe assumere la valutazione della “capacità a delinquere” nella determinazione della risposta sanzionatoria.

Nonostante la dottrina italiana prevalente in tema di recidiva, rintracci il fondamento dell’aumento di pena che l’ordinamento ancora vi ricollega nella maggiore “colpevolezza” dell’autore³⁴⁶; questa ricostruzione, sebbene fondata su argomenti assai suggestivi, non sembra però più del tutto convincente, perché non riesce a spiegare quale criterio dovrebbe guidare il giudice nell’aumentare la pena, rimanendo, anche dopo la novella del 2005 — come vedremo per interpretazione costante ormai sia in dottrina che in giurisprudenza —, una circostanza a carattere discrezionale, sia nella forma pluriaggravata che reiterata³⁴⁷, non essendo d’altronde in alcun modo d’ausilio il tratteggio richiamo all’art. 133 c.p..

Come dovrebbe procedere il giudice, se — come avviene, tra l’altro, di frequente — il retroterra criminologico del reo evidenzia una spiccata capacità criminale per la sua professionalità nel commettere reati, di vita dunque dedita al delitto, insieme però ad una condizione familiare, sociale ed esistenziale, capaci, al contempo, di attenuare quel giudizio di colpevolezza, dovuta ad una minore comprensione dei valori dell’ordinamento? Come potrà il giudice escludere l’aumento in base alla sola colpevolezza, nonostante ci si trovi di fronte ad

³⁴⁶ In tal senso, seppure con diversi accenti ed argomentazioni, si vedano, AMBROSETTI E. M., *Recidiva e recidivismo*, Cedam, 1997, p. 238 ss; DASSANO F., *Recidiva e potere discrezionale del giudice*, p. 176 ss.; LATAGLIATA A. R., *Contributo allo studio della recidiva*, Jovene, 1958; *Contra*, DONINI M., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, 2003, p.; ID., *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004, p. 266 s. (in particolare nt. 67); PADOVANI T., *Diritto penale*, Giuffrè, 2006, p. 254, che invece, contestando, duramente la novella, arriva alla stessa conclusione partendo però da un presupposto differente, basato cioè sulla disciplina concreta dell’istituto, distinguendo: tra una recidiva *generica, perpetua e discrezionale*, necessariamente proiettata al futuro e perciò basata su una prognosi di maggiore pericolosità sociale, intesa come maggiore probabilità di ricaduta futura nell’illecito;

³⁴⁷ In questo senso - oltre a DOLCINI E., *Le due anime della legge «ex Cirielli»*, in *Corr. del mer.*, 2006, p. 56 (nt. 26); CORBETTA S., *Il nuovo volto della recidiva: "tre colpi e sei fuori"?*, p. 75 ss.; MELCHIONDA A., (nt. 42), p. 180 s.; PISTORELLI L., *Ridotta la discrezionalità del giudice*, in *Guida dir.* p. 62 (nt. 65); SCALFATI, *Cade il bilanciamento delle "circostanze"*, *ivi*, p. 40. Ritengono invece che, per effetto della riforma del 2005, la recidiva pluriaggravata e la recidiva reiterata *ex art. 99 commi 3 e 4 c.p.* abbiano assunto carattere obbligatorio, BATTISTA, *Recidiva: dalla nuova legge un pericoloso ritorno al passato*, in *Dir. giust.*, 2005, 46, p. 105; PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni*, *cit.*, p. 32; SALERNO, *Un intervento in linea con la Costituzione*, in *Guida dir.* (nt. 65), p. 47. In quest’ultimo senso v. anche FIANDACA G.- MUSCO E., *Diritto penale, pt. gen.*, 4^a ed., *cit.*, p. 870. Sembra lasciare aperto il problema, segnalando argomenti che militano a favore dell’una e dell’altra soluzione, PALAZZO F., *Corso di diritto penale, pt. gen.*, *cit.*, p. 532

una elevata prognosi di futura commissione di altri reati della stessa indole, e dunque di una maggiore pericolosità?³⁴⁸

Se si seguisse la tesi prevalente nella dottrina italiana, il giudice dovrebbe riconoscere l'esistenza dell'aggravante, con il conseguente aumento di pena solo ove ravvisi una maggiore "colpevolezza", intesa come maggiore rimproverabilità, con la conseguenza, nel caso sopra prospettato, di escludere sia l'aumento di pena che i connessi effetti sanzionatori e commisurativi, oggi ricollegati al riconoscimento di questa aggravante (in particolare nella forma reiterata, che è poi quella più comune). Normalmente, invece, la giurisprudenza di merito mostra di applicare distintamente o congiuntamente al criterio della maggior rimproverabilità, anche quello della maggiore propensione al delitto del reo, in senso spiccatamente specialpreventivo. Per questa ragione non manca in dottrina chi, propugnando l'instaurazione di un diritto penale nuovo e differenziato, anche per tipi d'autore, oltre che per tipologie di illecito, sostiene che il giudice ne dovrebbe tenere conto, più correttamente in una chiave esclusivamente specialpreventiva, per aumentare la pena come già proporzionata alla colpevolezza per il fatto (all'interno della c.d. cornice di colpevolezza, come sottospecie di quella legale), ed eventualmente, meglio, per applicare una risposta differenziata.

Ma ciò che rende ancora attuale il tema in oggetto è constatare che l'oscillazione, che ha caratterizzato le epoche passate, tra tesi "riduzionistiche" (o "abolizioniste") e concezioni che ne suggeriscono invece una rivalutazione, si ripropone quasi negli stessi termini anche nell'epoca contemporanea.

Parte della dottrina italiana, già prima della novella del 2005, criticava duramente la disciplina della recidiva, disciplinata come aumento di pena extraeditale, proprio sottolineando che, laddove il fondamento di questa categoria venisse individuato nella maggiore colpevolezza del reo, questa dovrebbe incidere e trovare rilievo solo entro il limite massimo di colpevolezza che il legislatore ha fissato per quel determinato reato, ovvero entro il massimo editale. L'opzione legislativa posta alla base della recidiva appariva dunque, già prima dell'ultima riforma, non conforme con il volto moderno del diritto penale poichè «l'accentuazione del ruolo delle qualificazioni soggettive di pericolosità sociale rischia di conferire uno spazio eccessivo all'autore del reato, a scapito del fatto di reato e della sua

³⁴⁸ Cfr. DONINI M., Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà, op. cit., p. 266 (nota 67).

doverosa centralità in un diritto penale moderno, secondo un'istanza oggi ribadita anche dalla nostra Costituzione»³⁴⁹. Perciò, taluni autori, in prospettiva *de iure condendo* ritenevano si dovesse addirittura *valutare l'opportunità di eliminarla del tutto*³⁵⁰.

Questa visione “abolizionista”, tuttavia, è stata negli ultimi anni smentita dalle scelte legislative dei principali stati di origine romano-germanica — come la Francia, la Spagna e l'Italia —, che invece hanno rivalutato molto questa categoria dommatica, sebbene attraverso accorgimenti giuridici diversi, facendone il principale strumento di lotta alla criminalità, forse anche sotto l'influenza delle politiche criminali dei paesi di *common law*: ennesimo frutto di una nuova tendenza alla globalizzazione anche delle politiche penali.

Seguendo una concezione c.d. polifunzionale della pena, che dia spazio dunque anche a politiche di tipo preventivo, e non solo retributivo, è inevitabile, d'altronde, a nostro parere, attribuire rilievo anche all'aspetto della capacità criminale dell'autore.

La sfida che ogni ordinamento giuridico moderno si trova a dover affrontare è infatti se sia giusto ed opportuno, da un punto di vista del raggiungimento dello “scopo”, adottare un trattamento differenziato per gli autori pericolosi, e in che modo possa essere accertata la loro “pericolosità”, e segnatamente, se la recidiva possa essere considerata appunto un indice di questa maggiore pericolosità³⁵¹.

Questa esigenza non è certo recente, ed è strettamente collegata alla problematica della commisurazione della pena, come dimostra la Raccomandazione (92) n. 17 del Consiglio di Europa che, attraverso una commissione di esperti (prevalentemente giudici) sulle tecniche di *sentencing*, dettando degli *standards* sulla commisurazione della pena, cui tutti gli Stati membri dovrebbero uniformarsi, per evitare le diseguaglianze e gli arbitrii giudiziari — ma che invece, come sappiamo, non è affatto vincolante — in un paragrafo ha preso specificamente in considerazione anche il ruolo che dovrebbero ricoprire le precedenti

³⁴⁹ ROMANO M.- GRASSO G., *Pre-Art. 99*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, 3^a ed., Giuffrè, 2005, p. 85. Pur criticando invece la scelta tecnica di ancorare la considerazione della speciale capacità criminale del recidivo ad un aumento extraeditale di pena, Donini, *Il volto*, cit., ritiene, invece, debba darsi risalto anche alla valutazione della personalità dell'autore nella commisurazione della pena, tanto quanto quella del fatto, tralasciando la visione etico-retribuzionista della possibilità di commisurare la pena di un autore alla colpevolezza per il fatto, che invece dovrà costituire il limite interno alla cornice editale.

³⁵⁰ Cfr. così esplicitamente, ROMANO M.- GRASSO G., *Pre-Art. 99*, op. cit. loc. cit., nt. 48.

³⁵¹ CALABRIA A., *Sul problema dell'accertamento della pericolosità sociale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 782 ss.

condanne nella commisurazione della pena, puntualizzando delle direttrici e principi di buon senso, che i legislatori degli Stati membri successivamente, come vedremo tra poco, hanno disatteso o dimenticato³⁵². Nella *rule D.*³⁵³ viene infatti *raccomandato* di non utilizzare contro l'imputato in qualsiasi fase della commisurazione della pena “*mechanically*” le sue precedenti condanne penali, e comunque di tenerle in considerazione attraverso dei criteri razionali, in modo da irrogare una pena sempre comunque proporzionata alla “*seriousness of the current offence(s)*”, suggerendo dunque in effetti di evitare una disciplina della recidiva *generica e perpetua*, e sottolineando con particolare enfasi la necessità di mantenere comunque un rapporto di proporzione con la gravità del/i fatto/i *sub judice*³⁵⁴.

In alternativa, al tradizionale inquadramento della recidiva come *circostanza aggravante del reato*, vi sarebbero in realtà numerose altre soluzioni tecnico normative, sia a livello sistematico, che politico criminale, forse anche più efficaci dal punto di vista preventivo sia generale che speciale.

Tramontate ormai da più di due secoli le teorie abolizioniste classiche, legate alle c.d. teorie assolute della pena, che non trovano neanche più il supporto degli studi empirici e criminologici, non vi è infatti alcun sistema normativo che non dia rilievo a livello sanzionatorio

³⁵² *Raccomandazione* No. R (92) 17 della Commissione dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri, concernente le regole per uniformare la commisurazione della pena (“*consistency in sentencing*”), adottata il 19 ottobre 1992, in *Eur. Jour.Crim. Pol. Res.*, vol. 2-1, p. 16.

³⁵³ «*D. Previous convictions*: 1. Previous convictions should not, at any stage in the criminal justice system, be used *mechanically* as a factor working against the defendant. 2. Although it may be justifiable to take account of the offender's previous criminal record within the declared rationales for sentencing, the sentence should be kept in proportion to the *seriousness of the current offence(s)*. 3. The effect of previous convictions should depend on the particular characteristics of the offender's prior criminal record. Thus, any effect of previous criminality should be reduced or nullified where: *a.* there has been a significant period free of criminality prior to the present offence; or *b.* the present offence is minor, or the previous offences were minor; or *c.* the offender is still young. 4. There should be a coherent policy with regard to the relevance of discontinued proceedings, foreign judgements, amnesty, pardon or time-barred offences. 5. Where an offender is sentenced on one occasion for several offences, the decision on the severity of the sentence or combination of sentences should take some account of the plurality of offences but should also remain in proportion to the seriousness of the total criminality under consideration».

³⁵⁴ Cfr. così ASHWORTH A., *Towards European sentencing standards*, in *Eur. Jour. Crim. Pol. Res.*, 1994, p. 7 ss., che riferisce come sul problema degli effetti che i precedenti penali dovrebbero avere nella commisurazione della pena in senso lato venne subito raggiunto un generale consenso nella Commissione nominata dal Consiglio d'Europa, più rapidamente che su altre questioni, ed in particolare afferma che: «the principles in D.1. to D.5 spell out the need to consider the effect of particular convictions *with care, not applying any mechanical rule but considering their relevance and ensuring that the sentence is kept in proportion to the seriousness of the latest offence*» (p. 9).

allo *status* di recidivo, sebbene attraverso eterogenee misure di prevenzione e contrasto, che ovviamente nel tempo si sono alternate nei singoli ordinamenti giuridici seguendo il corso appunto delle diverse finalità della pena cui in quel momento storico si voleva dare priorità.

I vari ordinamenti hanno collocato però in modo diverso tale istituto a seconda che allo stesso fosse attribuita una finalità prevalentemente “*retributiva*”, quale fattore legato alla colpevolezza del soggetto (ovvero al grado di maggiore capacità a delinquere per la insensibilità dimostrata verso il comando ricevuto con la condanna); o una finalità di prevenzione speciale, quale connotato di una maggiore pericolosità del soggetto riscontrabile nella ostinazione a delinquere.

Una soluzione che si sta affacciando negli ultimi anni, in un’ottica che privilegierebbe l’aspetto special preventivo, è quella che prevedrebbe la recidiva come criterio al quale ricollegare non una sanzione quantitativamente maggiore, quanto piuttosto una *qualitativamente diversa* e più severa rispetto a quella prevista per il medesimo fatto criminoso se commesso da un delinquente primario.

In questo modo si attuerebbe quella *differenziazione tra autori* di cui si è già parlato nel primo capitolo e che è altamente auspicabile per l’intera tenuta del sistema³⁵⁵. In realtà

³⁵⁵ Cfr. VON HIRSCH A.– ASHWORTH A., *Proportionate sentencing. Exploring the principles*, cit., p. 151 ss., che propongono un sistema piuttosto innovativo, basato sulla tolleranza per la fragilità umana e dunque per il “primo sbaglio” dei delinquenti primari od occasionali, con una progressiva perdita invece di mitigazione per le successive scelte criminali degli stessi soggetti: «the offender should be punished somewhat less when first convicted, but the discount should progressively be reduced» (“*theory of progressive loss of mitigation*”). Particolarmente significative sono inoltre le obiezioni da loro rivolte sia alla tesi retributiva, che pretenderebbe di dimostrare come il precedente penale del reo aggravi il danno o la colpevolezza del presente fatto, sia alla tradizionale tesi della funzione “riabilitativa” della pena detentiva. Confutano la prima tesi, sostenendo, infatti, come sia errato ritenere che l’ “*harmfulness*” (l’offensività) della presente condotta sia aggravata dai precedenti penali del reo, e che in realtà questa visione sottenderebbe un giudizio soprattutto di tipo etico-retributivo, basato cioè sulla *defiance* (disprezzo) rivolto verso chi continua a delinquere nonostante sia stato già punito. A ben vedere invece, secondo gli Autori, «in a liberal society, defiance should not constitute a wrong that justifiably enhances what an offender deserves. Treating defiance in itself as an extra harm presupposes authoritarian assumptions about the state and the criminal law». Come precisato dagli stessi Autori, promotori della teoria della “tolleranza”, questa non costituisce, però, una riedizione della tesi della riabilitazione, secondo la quale non punendo il reo per il suo primo crimine, o punendolo meno gravemente, questi sarebbe maggiormente indotto a non commettere più delitti in futuro e dunque a riabilitarsi, poiché non vi è alcuna possibilità per dimostrare la correlazione tra l’attuale punizione e il futuro comportamento del reo, e comunque dipenderebbe da quanta disponibilità il singolo individuo dimostra nei riguardi del trattamento intrao extracarcerario. La tesi in esame, piuttosto sarebbe fondata sull’assunto per il quale «every offender, as a human being, is to be deemed as a moral agent capable of understanding the censure espressa through punishment and

questa soluzione non è poi così innovativa per l'ordinamento italiano visto che già in una legge complementare, in tema di contrabbando (art. 296 D.P.R. n. 43/1973)³⁵⁶, è prevista una ipotesi di *recidiva specifica*, per la quale il giudice, invece di aumentare la pena pecuniaria prevista come pena base per il reato, deve irrogare una pena detentiva, congiuntamente alla multa³⁵⁷, sebbene comunque sia considerata pacificamente sempre come una circostanza aggravante del reato, seppure *ad effetto speciale*, o meglio *autonomo*.

Una sorta di variante della proposta appena enunciata di punire i recidivi con una pena di tipo diverso rispetto a quella prevista per il delinquente primario, autore del medesimo reato, è quella che sta trovando consenso in alcuni ordinamenti europei, e che ha rintracciato una risposta puntiva *al di fuori della pena*, prevedendo lo *status* di recidivo come tipologia di autore tipizzato, da sottoporre, in caso di riscontrata pericolosità, a misura di sicurezza, con riferimento però a reati di particolare allarme sociale, con una chiara finalità dunque specialpreventiva, in senso di neutralizzazione, in casi nei quali però il rischio di futura recidiva supera la soglia della sola possibilità o probabilità, affidando la prognosi non al solo giudice, ma alle acquisizioni empiriche del sapere scientifico.

Un ultimo strumento tecnico normativo, infine, utilizzato per offrire una risposta punitiva differenziata per i recidivi è quello volto ad assicurare loro, agendo sempre a livello commisurativo, un sicura e maggiore risposta punitiva, attraverso il ricorso alle c.d. *peines*

responding accordingly. The person forfeits the tolerance, and loses the associated penal discount, only through his actual subsequent criminal choices». In questa costruzione comunque giocano un ruolo fondamentale anche il numero e la gravità dei precedenti penali, ai quali però non viene dato un ruolo stringente e predeterminato, lasciando sostanzialmente la valutazione al caso concreto. Sull'interrogativo circa quale debba essere il numero degli "sbagli" consentiti prima che la "tolleranza" venga meno, rispondono significativamente che: «this is a matter of judgement: a possibility would be that the discount should be lost after about three prior convictions, but there are no magic numbers». Sulla concezione del fondamento della pena di von A. Hirsch, cfr. anche il suo contributo, tradotto in italiano, in VON HIRSCH A., *L'esistenza della istituzione della pena: rimprovero e prevenzione come elementi di una giustificazione*, in Stortoni-Foffani (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte*, Giuffrè, 2004, p. 121 ss.

³⁵⁶ L'art. 296 "Recidiva nel contrabbando" del d. P. R. 23 gennaio 1973, n. 43 recita così: «Colui, che dopo essere stato condannato per delitto di contrabbando preveduto dal presente testo unico o da altra legge fiscale, commette un altro delitto di contrabbando per il quale la legge stabilisce la sola multa, è punito, oltre che con la pena della multa, con la reclusione fino ad un anno. Se il recidivo in un delitto di contrabbando preveduto dal presente testo unico o da altra legge fiscale commette un altro delitto di contrabbando per il quale la legge stabilisce la sola multa, la pena della reclusione comminata nella precedente disposizione è aumentata dalla metà a due terzi. Quando non occorrono le circostanze prevedute in questo articolo, la recidiva nel contrabbando è regolata dal codice penale».

³⁵⁷ Vedi Sez. III, 16.5.1997, n. 4545, Ciullo.

plancher (o soglie minime inderogabili), sull'esempio di ciò che è stato introdotto recentemente in Francia: in tal modo la pena sarebbe sì aggravata, ma nell'ambito del limite massimo edittale, imponendo un vincolo al giudice sempre evidentemente per spiccate esigenze generalpreventive di difesa sociale, al quale si potrà derogare, eventualmente solo in casi eccezionali e dietro una specifica motivazione.

In realtà, neanche questo "espediente commisurativo" sarebbe del tutto nuovo nell'ordinamento italiano, in quanto è stato in parte già introdotto dalla riforma del 2005, sebbene limitatamente alla commisurazione prevista in caso di reato continuato e di concorso formale di reati.

Un ulteriore effetto c.d. minore conseguente all'"applicazione" della recidiva, introdotto dalla legge in commento, è infatti quello attinente al *limite verso il basso* posto alla sfera di discrezionalità del giudice nella commisurazione del trattamento sanzionatorio previsto per il concorso formale di reati e per il reato continuato, il cui regime è per entrambi, come noto, basato sul cumulo giuridico delle pene. L'art. 5, comma 1 della Legge 251/2005 ha infatti sancito un nuovo effetto repressivo per i recidivi reiterati, inserendo all'art. 81 c.p. un quarto comma, che prescrive: «fermi restando i limiti indicati al terzo comma se i reati in concorso formale o in continuazione con quello più grave sono commessi da soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, quarto comma, c.p. l'aumento della quantità di pena non può essere comunque inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave»³⁵⁸. Tale modifica va letta inoltre congiuntamente anche alla riforma dell'art. 671 c.p.p., che regola l'applicazione *in executivis* della disciplina del concorso formale e della continuazione di reati, nella quale è stato inserito un nuovo comma 2-*bis*, che richiama il giudice dell'esecuzione all'applicazione della disposizione di cui all'art. 81, comma 4 c.p. appena citato.

³⁵⁸ Per i profili transitori sollevati dall'applicazione di questa norma cfr. Cass. pen., Sez. III, 23 marzo 2006 (dep. 19 maggio 2006), n. 17462 in www.penale.it, che ha affermato per i processi pendenti la validità delle vecchie norme. Per un'analisi più approfondita della norma di cui al comma 4 dell'art. 81 c.p., ed in particolare della formulazione letterale utilizzata («soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, quarto comma, c.p.»), che lascia adito, invero, ad almeno due possibili diverse interpretazioni circa i destinatari di tale eccezionale trattamento sanzionatorio, con conseguenze piuttosto rilevanti dal punto di vista dei risultati applicativi, cfr. MELCHIONDA A., *La nuova disciplina della recidiva*, op. cit., p. 185; PISTORELLI L., op. cit., p. 66; BISORI L., *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative*, in *Le innovazioni al sistema penale, apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, a cura di Giunta F., Giuffrè, 2006, p. 86 ss.

Le norme in esame, *prima facie*, sembrano tra l'altro costituire l'accoglimento normativo di quel consolidato orientamento giurisprudenziale³⁵⁹, che afferma, tra i dissensi di parte della dottrina³⁶⁰, la compatibilità tra la continuazione e la recidiva, in base al rilievo che si tratterebbe di istituti autonomi che svolgono i loro effetti in ambiti diversi, essendo la prima una forma di disciplina di una pluralità di reati, la seconda una circostanza aggravante di carattere soggettivo inerente un solo reato. Da tempo, infatti, la giurisprudenza aveva ammesso la configurabilità del “medesimo disegno criminoso”, e dunque l'applicazione del regime più favorevole previsto per la continuazione dall'art. 81 c.p. tra reati accertati con sentenza passata in giudicato ed altri commessi successivamente, così come sarebbe implicitamente confermato dalla stessa disposizione dell'art. 671 c.p.p.³⁶¹. Costituiva perciò già *ius receptum* in giurisprudenza applicare il regime sanzionatorio della continuazione a reati commessi dopo il passaggio in giudicato di una sentenza di condanna, in maniera congiunta o disgiunta all'incremento per la recidiva.

In dottrina, tuttavia, la compatibilità tra recidiva e reato continuato continua a costituire oggetto di molte critiche, tendenti ad affermare «la prevalenza della *ratio* della recidiva sulla normativa del reato continuato, perché il condannato per una serie di reati non sarebbe dissuaso dal commetterne altri perché questi sarebbero puniti in “termini di pena estremamente scontati”, sicché ne risulterebbe vanificata la stessa funzione di prevenzione generale e speciale dell'ordinamento penale»³⁶².

Seguendo l'interpretazione prevalente, anche in giurisprudenza, il giudice perciò una volta riconosciuta *discrezionalmente* la recidiva reiterata *ex art. 99, co. 4 c.p.*, prima dovrà aumentare la pena per i singoli reati, in relazione ai quali la recidiva si riferisce, della misura

³⁵⁹ Cfr. Sez. Un. Pen. 17 aprile 1996, Zucca, in Cass. pen., p. 357, con nota di DIOTALLEVI, La continuazione nel reato, il giudicato e la recidiva nella prospettiva nomofilattica delle Sezioni unite.

³⁶⁰ Nega la compatibilità tra continuazione e recidiva, PITTARO P., voce *Recidiva*, *cit.*, p. 368. Per una posizione più radicale, cfr. PAGLIARO A., *Cosa giudicata e continuazione di reati*, in Cass. pen., 1987, p. 96, che fa discendere l'incompatibilità tra la recidiva e la continuazione dalla stessa incompatibilità di quest'ultima con il giudicato, visto come effetto normativo idoneo a spezzare il legame del medesimo disegno criminoso. Se infatti la formazione del giudicato è idonea ad escludere la configurabilità della continuazione con i reati commessi successivamente alla sentenza definitiva, *a fortiori* dovrà escludersi la continuazione in caso di recidiva, il cui presupposto normativo formale è costituito appunto da una condanna passata in giudicato.

³⁶¹ Per tale rilievo cfr. ROMANO M. – GRASSO G., *sub art. 81, op. cit.*, p. 726. Per un quadro esaustivo delle diverse opinioni dottrinali in merito cfr. COPPI F., voce *Reato continuato*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Utet, p. 229 ss.; PAGLIARO A., *Cosa giudicata e continuazione di reati*, *cit.*, p. 85.

³⁶² Così, testualmente, RAMACCI F., *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2005, p. 494.

rigida della metà o di due terzi, per determinare il reato più grave, e poi in sede di commisurazione dell'aumento stabilito per la continuazione o per il concorso formale dovrà obbligatoriamente elevare la pena del reato così individuato di almeno un terzo.

Proprio in relazione però a tale “complesso” e frammentario processo commisurativo, la dottrina unanime ha molto criticato la norma, evidenziando come questa produca una *ingiustificata duplicazione di effetti repressivi* per il recidivo reiterato, in quanto la circostanza aggravante, laddove venga riconosciuta, agirà sia per la determinazione della pena-base sia per la determinazione del trattamento connesso al cumulo giuridico previsto per il concorso formale o la continuazione³⁶³

Tuttavia, così interpretata, la norma ricolleggerebbe l'inasprimento sanzionatorio solo al profilo personale dell'autore dei reati in continuazione o in concorso, indipendentemente dalla gravità del fatto che in quel momento si sta valutando, snaturando così la natura e la funzione dell'istituto della recidiva e determinando una inaccettabile violazione del principio di colpevolezza. In tal modo, infatti, si è evidenziato, che il *surplus* di pena avrebbe i connotati tipici di una misura di sicurezza, basata però in questo caso su una forma di pericolosità presunta *ex lege*, coincidente con lo *status* di recidivo reiterato, che diverrebbe così un marchio di maggiore pericolosità per svariati fini³⁶⁴.

A prescindere dunque dalle diverse alternative risposte punitive che un ordinamento giuridico può apprestare alla recidiva, nasce dalle suesposte considerazioni l'esigenza di coordinare la natura giuridica attribuita dal codice italiano a questa categoria dommatica con la reale funzione politico criminale che di fatto essa svolge nell'intero ordinamento penalistico italiano.

1. La recidiva come circostanza aggravante del disvalore del reato nel sistema italiano.

Il Codice penale del '30 all'art. 99 c.p., nella sua versione originaria, prevedeva aumenti automatici ed obbligatori per la recidiva, salvo che per le ipotesi previste all'art. 100

³⁶³ Così PADOVANI T., *Un novella*, op. cit., p. 32; FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 655.

³⁶⁴ Cfr. per tali rilievi problematici, PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni*, cit., p. 33; BISORI L., *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative*, op. cit., pp. 79 ss.

c.p.. In quest'ultima norma, infatti, era previsto un regime eccezionale, che consentiva al giudice di applicare o meno l'aumento di pena (*recidiva facoltativa*), nel caso di rapporti tra delitti e contravvenzioni, oppure tra delitti dolosi o preterintenzionali e delitti colposi, ovvero infine tra contravvenzioni, in considerazione della particolare eterogeneità di questi reati o della loro minore gravità. A caratterizzare, tuttavia, lo stampo particolarmente repressivo dell'istituto nella sua formulazione originaria, oltre al regime tendenzialmente obbligatorio, contribuiva anche la sua *perpetuità*, consistente nella mancata previsione di un limite temporale per la sua applicabilità, e la sua *genericità*, ossia l'irrilevanza dell'indole dei reati commessi.

Tale disciplina venne però radicalmente modificata con il già più volte menzionato D.L. n. 99 del 1974, convertito nella L. 7 giugno 1974, n. 220, che mitigò notevolmente il precedente regime stabilendo: una generalizzata "facoltatività" della recidiva; la riduzione degli aumenti di pena per la recidiva aggravata e reiterata; la fissazione, all'ultimo comma dell'art. 99, di un limite generale all'aumento di pena per effetto della recidiva, che in nessun caso poteva superare il cumulo delle pene risultanti dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo reato.

In tal modo però, dopo la riforma del 1974, la recidiva, pur mantenendo l'inquadramento giuridico di una circostanza aggravante del reato, perse gran parte del suo rilievo pratico per via proprio del regime discrezionale della sua adozione lasciato al prudente apprezzamento del giudice, senza tuttavia che fossero indicati dei criteri in merito ai quali poter giudicare se i precedenti penali del reo potessero assumere valore per l'ordinamento, nè fornendo al potere giudiziario degli strumenti di indagine conoscitiva adeguati alla realtà della dimensione processuale per poter compiere la complessa prognosi di recidiva ad essi "commissionata" dal legisaltore

La naturale conseguenza di questo nuovo assetto è stata pertanto una sorta di "consuetudine (giudiziaria) abrogatrice", agevolata anche dall'inclusione della recidiva tra le circostanze "bilanciabili", insieme con le circostanze attenuanti persino generiche, il cui

riconoscimento non era, secondo la giurisprudenza prevalente, incompatibile con quello dei presupposti della recidiva, persino se pluriaggravata o reiterata³⁶⁵.

A questa situazione di sostanziale ineffettività di questo istituto, con la conseguente perdita di certezza della pena dal punto di vista della generalprevenzione, e dell'insicurezza che ne è derivata, ha cercato di rispondere la riforma del 2005, che come noto, ha parzialmente reintrodotta il regime di obbligatorietà della recidiva originariamente previsto nel Codice Rocco, amplificandone addirittura gli effetti repressivi³⁶⁶: oltre al connaturale effetto dell'aumento del *quantum* di pena, che risulta più elevato rispetto al passato, la recidiva incide anche nella concessione delle attenuanti generiche, nel giudizio di bilanciamento con le attenuanti, nella determinazione del trattamento sanzionatorio nel concorso formale di reati e nel reato continuato (come si è già visto nel precedente paragrafo) e persino nel dilatare il tempo necessario alla prescrizione.

Il vero fulcro della riforma del 2005, infatti, che pure inizialmente sembrava essere incentrato soprattutto sulla prescrizione, può senz'altro identificarsi, invece, nella novella della recidiva, diventata il fondamento di un trattamento sanzionatorio differenziato³⁶⁷ e più severo, sia in fase di commisurazione della pena, che in sede di esecuzione, fino a raggiungere l'ambito del trattamento penitenziario, introducendo a tal fine numerose restrizioni al potere discrezionale del giudice. Quest'ultimo, a parere di molti illustri Autori, oggi si troverebbe infatti di fronte ad una reintroduzione di *presunzioni assolute di pericolosità sociale*³⁶⁸.

³⁶⁵ Cfr. ad esempio Sez. III, 27 maggio 1998, n. 7844, Ribatti, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1948; Sez. VI, 25 maggio 1993, Clerici, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2982; Sez. IV, 25 giugno 1981, Revello, in *Giust. pen.*, 1982, II, p. 413.

³⁶⁶ Che si vanno ad aggiungere, per la verità, ai cospicui effetti già contemplati nel nostro ordinamento in materia di: amnistia (art. 151, comma 5 del c.p.), oblazione (art. 162-bis, comma 3, del c.p.), sospensione condizionale della pena (art. 164, comma 2, n. 1 e 168, comma 1, del c.p.), perdono giudiziale (art. 169, comma 3, del Cp), estinzione della pena per decorso del tempo (art. 172, comma 2, del c.p.), indulto (art. 174, comma 3, del c.p.), liberazione condizionale (art. 176, comma 2, del c.p.) e riabilitazione (art. 179, comma 2, del c.p.); per non parlare anche di quelli introdotti di recente anche a livello processuale ad opera della legge 12 giugno 2003 n. 134, con riguardo ai rapporti tra recidiva e patteggiamento c.d. allargato (art. 444, co. 1-bis c.p.p.).

³⁶⁷ Tanto che si è parlato di introduzione nel sistema sanzionatorio di un "doppio binario", differenziato a seconda che il colpevole sia recidivo o meno, cfr., tra gli altri, SCALFATI, *Cade il bilanciamento delle circostanze*, cit., p. 38; FIANDACA-MUSCO, *La legge c.d. ex Cirielli n. 251/2005*, op. cit., p. 868 ss.

³⁶⁸ Così PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità*, cit., p. 34, che afferma: «La base di tali presunzioni poggia sulla genericità e sulla perpetuità delle condanne, di per sé sufficienti a determinare lo stato di recidivo reiterato. Si tratta di presunzioni capaci di superare il filtro dell'articolo 3 della Costituzione? se la risposta dovesse essere positiva, dovremmo (tristemente)

In particolare, si è osservato³⁶⁹ come in un sistema penale “del fatto” come il nostro, fondato sul principio di offensività e materialità, la riforma sembri, al contrario, aver spostato la valutazione penale sul “soggetto recidivo”, identificato come vero e proprio “tipo normativo d’autore”, «stringendo[gli] con occhiuta determinazione il cappio sanzionatorio intorno al collo»³⁷⁰, a prescindere dal concreto profilo oggettivo dei fatti per cui viene giudicato, e senza alcuna correlazione, neanche temporale, con quelli per i quali è stato già condannato. Come si vedrà meglio più avanti, infatti, la recidiva ha mantenuto il suo carattere di “*genericità*” e “*perpetuità*”, combinato però ad una “restaurata obbligatorietà”.

Si deve evidenziare, innanzitutto, la chiara presa di posizione del legislatore della riforma in ordine all’inquadramento della natura giuridica della recidiva come circostanza aggravante.

Sebbene, infatti, prima della novella del 2005, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti facessero già rientrare la recidiva tra le circostanze aggravanti inerenti la persona del colpevole che potevano essere sottoposte al giudizio di bilanciamento *ex art. 69*, comma 4 — così come modificato dalla riforma del 1974 — argomentando dal comma secondo dell’art. 70; permaneva un orientamento dottrinario³⁷¹, pur minoritario, che dubitava della qualità di circostanza in senso tecnico della recidiva, e dunque della possibilità che questa fosse assunta ad oggetto di comparazione con circostanze attenuanti concorrenti.

Secondo i fautori di questo inquadramento, infatti, la recidiva andrebbe considerata solo come una condizione personale dell’agente, derivante dall’esistenza di una precedente condanna per un fatto diverso, non incidente sul nuovo fatto di reato, ma sul *quantum* della pena, come circostanza c.d. impropria, di natura analoga agli indici di commisurazione previsti dall’art. 133 c.p.³⁷². Tale classificazione sembrava trovare avallo sia nella introduzione

concludere che nel nostro ordinamento si sono spalancate le porte a un diritto penale d’autore a sfondo sintomatico-presuntivo». A questa domanda sembra comunque aver dato una prima, seppur implicita, risposta la Corte Costituzionale con la sentenza del 14 giugno 2007, n. 192, *cit.*, dichiarando inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento all’art. 69, co. 4 c.p., laddove pone il divieto di prevalenza delle attenuanti, nel concorso eterogeneo con l’aggravante della recidiva reiterata di cui all’art. 99, co. 4 c.p., vedi *infra*.

³⁶⁹ Cfr. PISTORELLI, *Ridotta la discrezionalità del giudice*, op. cit., p. 61.

³⁷⁰ PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità*, cit., p. 32.

³⁷¹ NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, Cedam, 1982, p. 337; BETTIOL G., *Diritto penale, parte generale*, Cedam, 1982, p. 521; MALINVERNI A., voce *Circostanze del reato*, in *Enc. dir.*, cit., p. 72; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., p. 683.

³⁷² BETTIOL G., op. cit. loc cit.

della facoltatività della dichiarazione di recidiva, a seguito della riforma del 1974, sia nella riforma del regime di imputazione soggettiva delle circostanze aggravanti *ex art. 59, co. 2 c.p.* a seguito della novella del 1990. Da un lato, il carattere facoltativo appariva contrastante con la natura di circostanza in senso tecnico, che deve essere invece obbligatoriamente contestata e dichiarata dal giudice. Dall'altro, il criterio della conoscenza o conoscibilità per l'imputazione delle aggravanti, si riteneva incompatibile con la recidiva, che si sostanzia nel mero *status* soggettivo di condannato.

Nonostante tali rilievi, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti hanno continuato a ritenere la recidiva come una circostanza a tutti gli effetti³⁷³, rilevando come in realtà l'ordinamento già conoscesse delle circostanze discrezionali, quali, ad esempio, le attenuanti generiche di cui all'art. 62 *bis* c.p., e come non fosse assolutamente scontata l'inapplicabilità del criterio della conoscenza e conoscibilità richiesto dall'art. 59, comma 2 anche alla recidiva³⁷⁴.

Il legislatore con la riforma del 2005 sembra perciò aver accolto il diritto vivente che si era formato sul punto e che inquadra la recidiva come circostanza in senso tecnico e non come mero indice di commisurazione della pena. Infatti, pur mantenendo la posizione sistematica tradizionale del codice Rocco, che aveva collocato la recidiva all'art. 99 c.p. tra le circostanze inerenti la persona del colpevole, e non tra le circostanze aggravanti comuni, nel riformare il comma 4° dell'art. 69 c.p., oggi prevede un regime particolare per il giudizio di comparazione tra circostanze eterogenee quando concorra anche la recidiva reiterata (cfr. *capitolo primo* § 2.2.), includendola perciò esplicitamente tra le circostanze in senso tecnico da considerare nel

³⁷³ Così, DASSANO F., *Recidiva e potere discrezionale del giudice*, cit., p. 127; MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, II, Torino, 1981, p. 747; DE VERO G., *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., p. 101, nota 123; AMBROSETTI E., *Recidiva e recidivismo*, Cedam, 1997, p. 69; MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, 2004, p. 362; RAMACCI F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 420; PADOVANI T., *Diritto Penale*, cit., p. 251; ROMANO M.-GRASSO G., *sub art. 99*, in *Commentario sistematico al codice penale*, cit., p. 92; in posizione più dubitativa si pongono invece, FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 413. In giurisprudenza si vedano, ad esempio: Cass. pen., Sez. V, 5 marzo-8 aprile 1999, n. 4412, Albanese, *Cass. pen.*, 2000, p. 1261 (s.m.) (in tema di calcolo del termine per la prescrizione); Id., Sez. VI, 1 febbraio 1983, Pivari, in *Giust. Pen.*, 1983, c. 723, m. 785; Id., Sez. VI, 17 ottobre 1978, Martino, in *Cass. pen.*, p. 1087; Id., Sez. V, 23 ottobre 1975, Bartolucci, in *Cass. pen.*, p. 1016.

³⁷⁴ Così in particolare MELCHIONDA A., *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1468, spec. nota 94.

bilanciamento³⁷⁵. A favore di una conclusione che porta ormai a ritenere accolto anche a livello legislativo l'inquadramento dogmatico della recidiva come circostanza in senso tecnico, milita, infine, il nuovo comma 01 dell'art. 47-ter della l. n. 354 del 1975 sull'ordinamento penitenziario (introdotto dalla stessa legge n. 251 del 2005), ove nell'ultima parte qualifica la recidiva di cui all'art. 99 c.p. espressamente come "aggravante".

Per quanto concerne specificamente la riforma della disciplina della recidiva, e dunque dell'art. 99 c.p., tre sono le *principali novità* introdotte dalla l. n. 251 del 2005: la limitazione del suo ambito operativo ai soli delitti dolosi; il complessivo incremento degli aumenti di pena per ciascuna ipotesi di recidiva, in taluni casi previsti come "rigidi"; e la (re)introduzione di ipotesi di obbligatorietà della recidiva.

La prima significativa novità introdotta con la riforma del 2005 riguarda il restringimento dell'ambito operativo della recidiva ai soli "delitti non colposi". Pur mantenendo la originaria genericità del regime della recidiva, il legislatore, per temperare il rigore della nuova disciplina, ha voluto, con una scelta assai discussa³⁷⁶, limitare la rilevanza della recidiva ai soli delitti dolosi. I delitti colposi e le contravvenzioni perciò non rileveranno più né come presupposti fondanti, né come condizioni espressive di colpevolezza e pericolosità tali da far scattare la dichiarazione. Da una parte della dottrina, tale innovazione, è stata interpretata come un indice della volontà del legislatore di accentuare il profilo retributivo dell'istituto, ridimensionandone invece la vocazione specialpreventiva³⁷⁷. Tuttavia, non è mancato chi ha criticato aspramente tale scelta, sottolineandone l'irrazionalità di fondo³⁷⁸, dal momento che ricollega, senza alcun fondamento criminologico e scientifico, la maggiore colpevolezza ai soli delitti dolosi e preterintenzionali, escludendo, ad esempio, i numerosi illeciti ambientali, urbanistici o quelli in materia di sicurezza sul lavoro, che oltre ad essere statisticamente molto diffusi, in un'ottica retributiva, se commessi in serie sono

³⁷⁵ Si deve rilevare, infatti, come, a seguito della riforma del 2005, anche quella autorevole dottrina, che negava alla recidiva la natura di circostanza in senso tecnico, abbia ammesso che «il legislatore appare avere optato per la natura circostanziate della recidiva (anche se con l'intento pratico di circoscrivere la contrastata prassi giurisprudenziale del bilanciamento indiscriminato in materia)», vedi MANTOVANI F., *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 641.

³⁷⁶ Cfr. specialmente PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni*, op. cit., p. 33; ID, *Commento all'art. 4, L. 5.12.2005, n. 251*, in *Leg. Pen.*, 2006, p. 447.

³⁷⁷ Così PISTORELLI, *Ridotta la discrezionalità del giudice*, op. cit., p. 62; GIUNTA F., *Dal disegno di legge alla legge ex Cirielli*, cit., p. 18.

³⁷⁸ PADOVANI T., *ult. op. cit. loc. cit.*

ugualmente meritevoli di riprovazione, sostanziandosi generalmente, tra l'altro, in contravvenzioni a carattere doloso³⁷⁹.

1.1. La funzione delle diverse forme di recidiva nella commisurazione della pena.

La riforma del 2005, come sopra affermato, ha inciso notevolmente sull'art. 99, già modificato dalla novella del 1974, lasciando tuttavia immutata la distinzione delle tre forme di recidiva, semplice, aggravata e reiterata.

La recidiva semplice (art. 99 co. 1 c.p.), prima della legge 251/2005, si aveva quando un soggetto dopo essere stato condannato per un reato, ne commetteva un altro. In tali condizioni il giudice, nel determinare la pena, poteva operare un aumento fino ad un sesto della pena da infliggere per il nuovo reato.

La legge 251/2005, però, ha agito sia sull'*an* del riconoscimento, delimitando la rilevanza della ricaduta nell'illecito ai soli i delitti non colposi, che sul *quantum* elevando a un terzo l'aumento della pena da infliggere per il nuovo delitto non colposo in tema di recidiva semplice. Dunque, non solo l'elevazione dell'aumento di pena da un sesto ad un terzo, ma anche la previsione di un aumento in misura fissa e non discrezionale, cioè non più graduabile dal giudice³⁸⁰. Pur mantenendo il carattere discrezionale del riconoscimento della recidiva semplice, come si evince dal dettato del nuovo comma 1, laddove afferma «*può essere sottoposto*», il legislatore sembra, invece, aver imposto per l'aumento una misura fissa «*di un terzo*», non avendo utilizzato la consueta espressione “fino ad un terzo”³⁸¹.

³⁷⁹ Sembra opportuno rilevare, inoltre, come tale scelta legislativa ponga problemi di coordinamento con altre disposizioni del codice penale rimaste invece immutate, come l'art. 162-*bis*, co. 3 c.p. che, nel precludere l'oblazione c.d. speciale, come noto riservata solo alle contravvenzioni, continua a fare riferimento alla recidiva reiterata, oggi riservata però ai soli delitti dolosi. Se oggi la dichiarazione di recidiva reiterata, ex art. 99, comma 4 c.p., può essere valutata solo in relazione alla commissione di delitti dolosi, appare alquanto irrazionale proseguire a ritenerla come una condizione ostativa all'esercizio discrezionale del giudice riguardo la concessione dell'oblazione destinata alle sole contravvenzioni.

³⁸⁰ Sui dubbi di legittimità costituzionale ingenerati dalle previsioni di pene fisse, sotto il profilo del principio rieducativo della pena e del principio costituzionale di eguaglianza, si veda MANTOVANI F., *Diritto penale, parte generale*, 2001, *cit.*, p. 773.

³⁸¹ Come presupposto per la dichiarazione della recidiva è ancora richiesta la sussistenza di un precedente delitto accertato con *sentenza irrevocabile di condanna*, anche se siano intervenute cause di estinzione del reato o della pena (come ad esempio la prescrizione della pena o l'amnistia impropria,

In tema di recidiva aggravata (art. 99 co. 2 c.p.), la legge 251/2005 ha, inoltre, mantenuto l'originaria articolazione nelle tre distinte ipotesi della c.d. "recidiva specifica", riconducibile ai casi nei quali il nuovo delitto non colposo commesso dal reo è "della stessa indole" di quello per il quale è già intervenuta condanna definitiva; della "recidiva infraquinquennale", tradizionalmente distinta a sua volta in "recidiva aggravata vera" e "recidiva aggravata finta".

Per quanto riguarda la "recidiva specifica" è importante precisare che il requisito della "stessa indole" trova ancora una definizione normativa nell'art. 101 c.p. che individua le caratteristiche di "stessa indole" criminosa sia nella violazione della medesima disposizione di legge sia nella violazione di fattispecie criminose le quali, pur essendo previste da disposizioni di legge diverse o da articoli diversi del codice penale, presentano, nei casi concreti, caratteri fondamentali comuni, tenuto conto della natura dei fatti che li costituiscono (come le effettive modalità di realizzazione o gli eventi lesivi provocati) o dei motivi che li determinarono³⁸².

Si parla invece di "recidiva infraquinquennale" quando il nuovo delitto non colposo è stato commesso nei cinque anni dalla condanna precedente; di "recidiva aggravata vera", quando il nuovo delitto è stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena applicata con la precedente condanna e infine di "recidiva aggravata finta", se il nuovo delitto è stato commesso dal latitante o dall'evaso.

Al contrario di quanto previsto dalla disciplina *ante* riforma, che stabiliva un aumento fino ad un terzo, ora l'aumento per la recidiva aggravata, in qualsiasi delle diverse tipologie si manifesti, è previsto «*fino alla metà*» della pena da infliggere per il nuovo delitto non colposo. In questo caso, dunque, a differenza di quanto previsto al comma 1, alla maggiorazione dell'incremento di pena si accompagna il mantenimento del suo carattere flessibile, unito alla discrezionalità del suo riconoscimento («*può essere aumentata*»).

Pertanto, mentre nell'ipotesi di recidiva semplice l'eventuale aumento pari ad un terzo della pena applicabile per il nuovo delitto è "rigido", nell'ipotesi più grave di recidiva aggravata l'aumento, che può essere spinto fino alla metà, è "elastico". Individuare la *ratio* di

etc.), con eccezione, invece, di quelle, come, ad esempio, la riabilitazione, che comportano l'estinzione di tutti gli "effetti penali della condanna" (art. 106 c.p.), tra le quali si annovera anche la recidiva.

³⁸² Cass. pen., sez. I, sent. n. 2097 del 12 luglio 1988 (dep. 29 settembre 1989) rv. 182174; Cass. pen., sez. III, sent. n. 2383 del 30 gennaio 1981 (dep. 17 marzo 1981) rv. 148122; Cass. pen., sez. III, sent. n. 3362 del 4 ottobre 1996 (dep. 5 dicembre 1996) rv. 206531.

questa differente scelta non è semplice³⁸³, ed appare fondato il sospetto che si tratti di opzione affetta da irragionevolezza *ex art. 3 Cost.*³⁸⁴. Un'interpretazione letterale della nuova disciplina contenuta nei commi 1 e 2 dell'art. 99 c.p. comporterebbe infatti conseguenze paradossali: il giudice in teoria potrebbe nei confronti dell'imputato, cui sia stata contestata la recidiva aggravata, contenere l'incremento sanzionatorio al minimo (ossia solo in un giorno), mentre al coimputato dello stesso reato cui sia invece contestata la fattispecie meno grave della recidiva semplice, dovrà irrogare l'aumento di pena fisso di un terzo³⁸⁵.

Proprio per evitare simili inaccettabili disequaglianze di trattamento, perciò, parte della dottrina ha proposto un'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni di cui all'art. 99, commi 1 e 2 c.p.³⁸⁶. In caso di recidiva aggravata, si potrebbe ritenere infatti che «il conseguente aumento della pena applicabile per il nuovo delitto non colposo dovrà essere necessariamente ricompreso nella forbice da un terzo (variazione minima rigida imposta per la recidiva semplice) fino alla metà (variazione massima elastica prevista per la recidiva aggravata)»³⁸⁷. Tale interpretazione adeguatrice si basa fundamentalmente sulla constatazione che «le diverse figure di recidiva aggravata non rappresentano ipotesi autonome rispetto alla recidiva semplice, ma presuppongono sempre anche la necessaria integrazione di quest'ultima»³⁸⁸. Tuttavia, la suesposta esegesi della norma sembra incrinata dall'ultimo inciso del comma 5° dell'art. 99, laddove stabilisce un livello minimo di aumento di un terzo per l'ipotesi speciale ivi contemplata di recidiva monoaggravata "obbligatoria". Quest'ultima norma, infatti, a meno di interpretarla come frutto non improbabile di una svista del legislatore, dovrebbe far ritenere che, al di fuori dei delitti di cui all'art. 407, co. 2 let. a),

³⁸³ Questo punto pone un problema interpretativo di particolare rilievo come già segnalato nel corso dei lavori preparatori. In tal senso si veda l'intervento del sen. Fassone, in sede di dibattito presso la Commissione giustizia del Senato, nella seduta del 13 gennaio 2005, e del sen. Calvi, nella seduta del 26 gennaio 2005.

³⁸⁴ Cfr. PISTORELLI, *op. cit.*, p. 63 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 2007, 5° ed, Bologna, p. 447.

³⁸⁵ PISTORELLI, *ult. op. cit. loc. cit.*

³⁸⁶ E' bene ricordare, infatti, come più volte affermato anche dalla Corte Costituzionale, che tra più soluzioni astrattamente possibili, l'interprete deve optare per quella che renda la disposizione conforme alla Costituzione, evitando così di investire la Corte Costituzionale (cfr. sentenza C. Cost., 20 aprile 2000, n. 113, e, *ex plurimis*, tra le ultime, le ordinanze n. 32 del 2007, n. 244, n. 64 e n. 34 del 2006).

³⁸⁷ MELCHIONDA A., *La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 180.

³⁸⁸ *Ibidem*.

richiamati dall'art. 99, co. 5°, per la recidiva aggravata il giudice possa normalmente aumentare la pena di una frazione anche inferiore ad un terzo.

Nelle due prime ipotesi di recidiva appena analizzate sembrerebbe dunque che la dichiarazione sia rimasta “facoltativa”, e quindi affidata in concreto alla valutazione discrezionale del giudice, il quale, oltre ai presupposti formali richiesti dai primi due commi dell'art. 99 (costituiti dalle precedenti condanne per delitti dolosi, dalla identità dell'indole, dallo *status* di latitante od evaso del recidivo), dovrà continuare ad accertare in concreto anche i presupposti sostanziali, vale a dire se la ricaduta nel delitto non colposo sia effettivamente espressione di una più marcata pericolosità del reo ovvero costituisca indice della sua maggiore colpevolezza³⁸⁹, così come richiesto, secondo la dottrina prevalente, già dopo la novella del 1974³⁹⁰.

L'attuale comma 3 dell'art. 99 c.p., continua, inoltre, a disciplinare la fattispecie della recidiva “pluriaggravata”, ipotesi ravvisabile nell'eventualità che il nuovo delitto non colposo venga congiuntamente ad integrare più situazioni di “recidiva aggravata”, rilevanti ai sensi del comma 2, art. 99 c.p..

A differenza però della versione precedente, in cui si prevedeva che l'aumento di pena poteva («può») arrivare fino alla metà, ora invece si afferma — stando alla lettera della disposizione — che l'aumento di pena «è», in misura fissa, della metà.

Le novità introdotte perciò sembrerebbero due: da un lato, l'aumento di pena sembra essere diventato obbligatorio, dall'altro, esso sembra imposto in misura fissa. Tuttavia, è bene ricordare che questo maggior rigore è mitigato dalla possibilità non solo del giudizio di equivalenza, ma anche di quello di prevalenza delle attenuanti, che, come si vedrà *infra*, è invece negato in caso di recidiva reiterata.

³⁸⁹ Così PISTORELLI L., *op. cit.*, p. 61; MELCHIONDA A., *ult. op. cit.*, p. 180.

³⁹⁰ Si deve tener conto tuttavia di un consistente difforme orientamento di parte della giurisprudenza che, nel vigore della precedente disciplina, riteneva che la “facoltatività” introdotta dalla riforma del 1974 avesse ad oggetto solo l'applicazione, o meno, dell'aumento di pena, fermo restando lo *status* di recidivo, che conseguirebbe automaticamente alla commissione del nuovo fatto di reato, con la conseguente automatica produzione di tutti gli altri effetti pregiudizievoli c.d. minori connessi alla recidiva (in tema di oblazione, di riabilitazione, amnistia, etc.). Per quest'ultima giurisprudenza, criticata dalla prevalente dottrina, si vedano Cass. penale, Sez. VI, 5 settembre 1974, in *Cass. Pen.*, 1976, p. 163; Id., Sez. V, 22 novembre 1974, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 303; Id., Sez. I, 18 settembre 1992, in *Cass. Pen.*, 1994, p. 310 (in tema di oblazione discrezionale); Sez. IV, 16 marzo 2003, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2261 (in tema di oblazione speciale); si veda comunque più avanti il § 2.2..

Della restaurazione del regime obbligatorio in tema di recidiva pluriaggravata, così come era previsto originariamente nel codice Rocco, sembra tuttavia lecito dubitare alla luce delle considerazioni che verranno di seguito svolte con riferimento alla recidiva reiterata, attraverso un'interpretazione sistematica dell'intero art. 99, che prenda in considerazione i reciproci rapporti strutturali dei singoli commi del nuovo art. 99, specialmente riguardo al nuovo comma 5°.

Il comma 4 dell'art. 99 c.p., inoltre, ancora prevede la c.d. "recidiva reiterata", che ricorre nelle ipotesi in cui colui che sia stato già dichiarato recidivo commetta un altro delitto non colposo.

Il previgente articolo 99 prevedeva tre ipotesi di recidiva reiterata: la recidiva reiterata "semplice", che poteva comportare un aumento di pena fino alla metà; la recidiva reiterata c.d. "aggravata", nei casi previsti dai nn. 1 e 2 del comma 2 art. 99 c.p., cui corrispondeva un aumento fino ai due terzi, ed infine, la recidiva reiterata "aggravata", nel caso previsto dal n. 3, cui poteva corrispondere un aumento di pena da un terzo a due terzi.

La nuova disposizione prevede, al contrario, solo due ipotesi: la c.d. recidiva reiterata semplice, con aumento di pena della metà e la c.d. recidiva reiterata aggravata (in tutti e tre i casi sopra descritti in relazione alla recidiva aggravata), con aumento di pena di due terzi.

Dal confronto con la previgente disposizione emerge che il legislatore ha inteso abbandonare la dimensione elastica degli aumenti di pena, stabilendo oggi una variazione fissa «della metà», per il recidivo reiterato "semplice", e di «due terzi», per il caso di recidivo reiterato "aggravato".

Una delle principali novità contenute nella legge 251/2005, tuttavia, è rappresentata dall'inserimento di un nuovo comma 5° all'art. 99 c.p., con il quale si prevede espressamente una nuova ipotesi di recidiva specifica ed obbligatoria, per i delitti rientranti tra quelli indicati all'art. 407, comma 2 lettera a) c.p.p. L'ultima parte della disposizione del comma 5°, inoltre, statuisce che nei casi di c.d. recidiva monoaggravata, previsti dal co. 2°, l'aumento non può essere inferiore a un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto rientrante appunto nella citata norma di rito.

Con questa previsione, secondo la dottrina prevalente, il legislatore di fatto avrebbe moltiplicato le ipotesi di recidiva e le sue possibili conseguenze commisurative, attraverso una «cervellotica e pedante frammentazione di più situazioni», in quanto si ritiene abbia creato una

sottofattispecie *per tutti i tipi di recidiva* previsti dall'art. 99, avente come unico elemento di specializzazione il fatto che il delitto oggetto di giudizio rientri nell'elenco dettato dall'art. 407, comma 2 lettera a) c.p.p.³⁹¹.

Per ciascuna forma di recidiva (semplice, monoaggravata, pluriaggravata e reiterata), perciò, a seconda che il delitto oggetto di giudizio sia previsto nel succitato articolo del codice di rito, si avrà una corrispondente forma obbligatoria di recidiva. Il passaggio dal regime discrezionale a quello obbligatorio in queste ipotesi speciali, si spiegherebbe considerando la particolare gravità dei delitti indicati nell'art. 407, co. 2, let. a) c.p.p., che sarebbero stati selezionati proprio sulla base del maggiore allarme sociale che essi sono in grado di suscitare, tale da giustificare la privazione al giudicante di ogni spazio di discrezionalità.

Tuttavia, il richiamo a questa disposizione del codice di procedura penale, è stato unanimemente molto criticato dalla dottrina.

Innanzitutto, i criteri in base ai quali il legislatore del processo ha selezionato i delitti da includere nell'elenco di cui all'art. 407, rispondono a finalità esclusivamente processuali quali quelle, ad esempio, di elevare la durata massima delle indagini preliminari a due anni, o i termini della custodia cautelare. Pertanto, sembrano poco conciliabili con le esigenze politico-criminali che dovrebbero essere sottese alla disciplina di istituti, come la recidiva, di carattere sostanziale³⁹². A ben vedere, proprio a causa della diversa *ratio* che ha mosso il legislatore a creare l'elenco di cui all'art. 407, co. 2, i delitti in esso contenuti non appaiono affatto omogenei tra loro, rimanendo esclusi infatti delitti di ancor maggiore disvalore e allarme sociale³⁹³. Inoltre, il rinvio a tale catalogo di reati comporterà sicuramente molti problemi interpretativi in ordine all'individuazione dei delitti in relazione ai quali dovrà scattare il regime obbligatorio della recidiva: non sempre infatti il legislatore del codice di rito ha utilizzato il criterio nominale, quanto piuttosto si è servito di clausole aperte di predeterminazione come ad esempio nel riferirsi a tutti i delitti «commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo».

³⁹¹ Cfr, per tutti, MELCHIONDA A., *La nuova disciplina della recidiva*, *op. cit.*, p. 182.

³⁹² E' la prima volta, fa notare PISTORELLI, *op. cit.*, p. 62, che questo catalogo di reati viene assunto come punto di riferimento per la disciplina di un istituto di diritto sostanziale.

³⁹³ Si veda MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 183.

L'ultimo comma dell'art. 99 c.p., infine, riprendendo il comma 5 della precedente versione, prevede il limite di carattere generale all'aumento di pena conseguente alla dichiarazione di recidiva, introdotto con la novella del 1974, individuato nel «*cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo delitto non colposo*»³⁹⁴. Si tratta di una norma di chiusura che, come risulta dalla sua stessa collocazione³⁹⁵, vale per tutte le tipologie di recidiva di cui ai commi precedenti, e dunque anche per quella c.d. obbligatoria di cui al comma 5°.

Ma è soprattutto in relazione alla disposizione di cui al comma 4, dell'art. 99 c.p., tuttavia, che sono finora emersi i maggiori problemi interpretativi per gli operatori del diritto, a causa dei numerosi effetti che la riforma ricollega proprio alla dichiarazione (e/o applicazione) della recidiva reiterata, che oggi condiziona pesantemente molti istituti commisurativi a base discrezionale, previsti non solo nel codice penale³⁹⁶.

La laconicità del nuovo testo normativo, unita alla scarsa coordinazione sistematica interna allo stesso art. 99, dovuta ad una certa sciatteria legislativa, hanno fatto sorgere incertezze interpretative circa la natura “obbligatoria” o meno del riconoscimento della recidiva reiterata (ma il problema si pone anche, come abbiamo visto, per quella pluriaggravata, seppur con minori ripercussioni pratiche).

Da subito, infatti, in dottrina si sono profilate due opposte soluzioni esegetiche: l'una favorevole a ritenere come obbligatoria solo la nuova ipotesi eccezionale, prevista dal comma 5 dell'art. 99, mantenendo perciò ancorate ad un regime di discrezionalità giudiziale le altre

³⁹⁴ In proposito la Cass. penale, Sez. II, sent. 16 maggio 1985, Tinnirello, in C.E.D. Cass, n. 170553, ha ritenuto che si dovesse fare applicazione dell'ultimo comma dell'art. 99 c.p. anche per determinare il termine di prescrizione.

³⁹⁵ Da quanto è emerso dai lavori preparatori, infatti, (così riferisce PISTORELLI, *op. cit.*, p. 64) tale opportuno meccanismo di contenimento degli aggravamenti sanzionatori derivanti dalla recidiva è stato posizionato all'ultimo comma — dopo essere stato inizialmente invece collocato al co. 5 —, in modo da poter trovare applicazione, senza alcun dubbio, anche con riferimento alla nuova ipotesi di recidiva obbligatoria prevista per i delitti di cui all'art. 407, co. 2 let. a) c.p. p.

³⁹⁶ Di cui in parte si è già parlato, come nel caso della limitazione al giudizio di bilanciamento o della commisurazione nel reato continuato o nel concorso formale di reati, mentre per altri si tratterà *infra*. Per un dettagliato *excursus* dei vecchi e nuovi “effetti collaterali” della recidiva, si veda il recente contributo di BERTOLINO M., *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva: dal codice Rocco alla riforma del 2005*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1145 ss.

ipotesi previste dai primi quattro commi³⁹⁷; l'altra, invece, sostenitrice del carattere obbligatorio sia della recidiva pluriaggravata che di quella reiterata (commi 3 e 4 dell'art. 99 c.p.)³⁹⁸.

Quest'ultima interpretazione si basa sia su un'analisi ermeneutica di tipo letterale del novellato testo dell'art. 99, sia sulla verifica delle «implicazioni logico sistematiche» dell'eventuale accoglimento della tesi contraria. Sotto il primo profilo, appare un indice inequivocabilmente a favore dell'obbligatorietà, l'utilizzo del verbo indicativo «è» nelle ipotesi di recidiva pluriaggravata e reiterata, in luogo del verbo «può», utilizzato al contrario per la forma semplice e monoaggravata³⁹⁹. Inoltre, all'argomento che fa leva sulla espressa previsione dell'obbligatorietà contenuta nel nuovo comma 5°, tale dottrina obietta che quest'ultima disposizione potrebbe essere interpretata «anche (e probabilmente solo)» nel senso di aver voluto rendere obbligatorie, nei casi di particolare allarme sociale, individuati nell'elenco dei delitti previsti dall'art. 407 co. 2 let. a) c.p.p., le sole ipotesi di cui ai commi 1 e 2, considerate certamente da sempre come facoltative. L'ipotesi speciale di recidiva obbligatoria introdotta nel nuovo comma 5° costituirebbe, perciò, una sottospecie eccezionale solo della recidiva semplice e monoaggravata, come sarebbe ulteriormente evidenziato dalla parte finale del co. 5°, laddove soggiunge che l'aumento obbligatorio «*nei casi indicati al secondo comma, non può essere inferiore ad un terzo*». Viceversa, la recidiva pluriaggravata e quella reiterata sarebbero da considerare sempre obbligatorie, pur nella loro genericità e perpetuità. A simili osservazioni testuali, se ne aggiungerebbero poi altre, per lo più basate sulla *ratio* dell'intervento riformatore che, come abbiamo già evidenziato, ha come «bersaglio privilegiato» di una restaurazione repressiva il recidivo, in particolare quello reiterato, nell'intento complessivo di porre rimedio al «deperimento applicativo» dell'istituto della recidiva. L'accoglimento della tesi che ritiene ancora facoltativo il riconoscimento della

³⁹⁷ MELCHIONDA A., *La nuova disciplina della recidiva*, op. cit., p. 181; PISTORELLI, op. cit., p. 62; SCALFATI A., *Cade il bilanciamento delle circostanze*, op. cit., p. 40; PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 532.

³⁹⁸ PADOVANI T., *Commento all'art. 4, L. 5.12.2005, n. 251*, in *Leg. Pen.*, 2006, p. 446 ss., laddove afferma che «al vincolo dell'obbligatorietà si sottraggono ancora la forma semplice (art. 99 co. 1 c.p.) e quella monoaggravata (art. 99, co. 2 c.p.), con l'eccezione — introdotta dal 5° comma dell'art. 99 c.p. — dei delitti indicati dall'art. 407, co. 2 let. a c.p.p., rispetto ai quali l'aumento di pena è in ogni caso obbligatorio». Di opinione analoga anche SALERNO, *Un intervento in linea con la Costituzione*, op. cit., p. 47; non prende posizione invece GIUNTA F., *Dal disegno di legge alla legge ex Cirielli*, cit., p. 18 e seg.

³⁹⁹ PADOVANI T., *ult. op. cit.*, p. 448.

recidiva reiterata, infatti, comporterebbe un sostanziale svuotamento delle conseguenze di inasprimento previste dal provvedimento riformatore; e dunque un sostanziale mantenimento dello *status quo ante*. Infine, la medesima dottrina ha evidenziato l'inconciliabilità logica di «un'applicazione facoltativa della recidiva con la fissità degli aumenti» previsti sia per la recidiva pluriaggravata che per quella reiterata⁴⁰⁰: prevedere la discrezionalità sull'*an* dell'aumento (o come appare preferibile sull'*an* dello stesso riconoscimento dei presupposti per dichiarare la recidiva), dovrebbe *a fortiori* comportare anche una discrezionalità sul *quantum* di tale incremento sanzionatorio.

La dottrina che ritiene, invece, che le figure di recidiva previste dai novellati commi tre e quattro dell'art. 99 c.p. abbiano mantenuto il carattere di circostanze discrezionali, muove dalla decisiva constatazione che nessuna delle diverse tipologie di recidiva costituisce una autonoma fattispecie svincolata dagli elementi costitutivi e normativi della ipotesi base, individuata nella recidiva semplice, di cui al comma 1. Tutte le varie ipotesi di recidiva, compresa quella pluriaggravata e reiterata, presuppongono cioè l'integrazione degli elementi costitutivi della recidiva semplice, distanziandosene solo per quanto concerne le diversificate conseguenze sanzionatorie.

Tale interpretazione, d'altronde, in base al noto brocardo «*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*», troverebbe una chiara conferma anche nel diverso tenore stilistico utilizzato dal legislatore nel comma 5: «laddove la scelta legislativa è stata a favore di un vero e proprio ritorno all'obbligatorietà della recidiva, lo si è detto espressamente, specificando che, in tale diverso caso, «*l'aumento di pena per la recidiva è obbligatorio*»»⁴⁰¹.

A favore della natura facoltativa (*rectius* discrezionale) della nuova recidiva reiterata, si sono espresse sia la Corte Suprema di Cassazione⁴⁰², che, a seguire, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 192/2007⁴⁰³, seppure quest'ultima con un accenno indiretto nel pronunciare una sentenza di inammissibilità delle numerose questioni di legittimità costituzionale dell'art.

⁴⁰⁰ Per tutti questi rilievi cfr. sempre PADOVANI T., *ult. op. cit.*, p. 448 e seg.

⁴⁰¹ MELCHIONDA A., *La nuova disciplina della recidiva*, op. cit., p. 181.

⁴⁰² Sez. IV, sent. 11 aprile 2007 (dep. 3 maggio 2007), n. 16750, P.G. in proc. Serra ed altro; Sez. VI, 27 febbraio 2007, Ben Hadhria, entrambe in *Cass. pen.*, 2007, p. 4081 ss.; seguite poi unanimemente da copiosa altra giurisprudenza della Corte Suprema, come, tra le altre, Sez. IV, 24 ottobre 2007, n. 39134, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1905; Sez. IV, 2 luglio 2007, Farris, in C.E.D. Cass., n. 236910; Sez. II, 4 luglio 2007, Doro, *ivi*, n. 237144; Sez. V, 25 settembre 2007, Mura, *ivi*, n. 237273; Sez. VI, 3 luglio 2007, Saponaro, *ivi*, n. 237272.

⁴⁰³ Corte Cost., sent. 14 giugno 2007, n. 192, Pres. Bile, Rel. Flick, in *Cass. pen.*, 2007, *cit.*

69, quarto comma, c.p., come sostituito dall'art. 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251, sollevate in riferimento agli artt. 3, 25, secondo comma, 27, primo e terzo comma, 101, secondo comma, e 111, primo e sesto comma, della Costituzione.

Sia le pronunce di legittimità, che la decisione della Consulta, di poco successiva, hanno rigettato quell'orientamento interpretativo, ormai minoritario in dottrina⁴⁰⁴, che ritiene che, per effetto della legge 251/2005, la recidiva reiterata, come quella pluriaggravata, sia divenuta in ogni caso obbligatoria.

Nelle suddette sentenze, i giudici di legittimità, accogliendo, più o meno esplicitamente, i già esposti argomenti avanzati da numerosi commentatori detrattori della tesi della obbligatorietà della recidiva reiterata⁴⁰⁵, hanno ritenuto che la recidiva reiterata contemplata al quarto comma dell'art. 99 c.p., come modificato dalla legge n. 251 del 2005, debba ritenersi tuttora facoltativa, salvo nell'ipotesi speciale di recidiva reiterata "specifica", prevista dal quinto comma del medesimo articolo, nel caso in cui il nuovo delitto non colposo commesso dal recidivo rientri nel catalogo dei delitti previsti all'art. 407 secondo comma, lett. a) c.p.p.. Il legislatore con la nuova disposizione del comma 4, dell'art. 99, infatti, attraverso l'utilizzo in senso imperativo del verbo "è", sembra abbia voluto vincolare il giudicante solo nel *quantum* dell'incremento sanzionatorio, reso tra l'altro fisso, e non anche nell'*an* della recidiva⁴⁰⁶. Il giudice, dunque, anche a parere della Corte Costituzionale, continuerà ad applicare l'aumento di pena previsto per la recidiva reiterata «solo qualora ritenga il nuovo episodio delittuoso concretamente significativo – in rapporto alla natura ed al tempo di commissione dei precedenti, ed avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 cod. pen. – sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo»⁴⁰⁷.

La tesi della facoltatività della nuova recidiva reiterata, d'altronde, oltre ad essere a livello sistematico più armonizzabile con il tessuto normativo del nuovo art. 99, risulta quella maggiormente conforme ai principi costituzionali in tema di proporzione, personalizzazione e

⁴⁰⁴ In particolare, tra i primi, si veda, PADOVANI T., *Commento all'art. 4, L. 5.12.2005, n. 251*, cit.

⁴⁰⁵ MELCHIONDA A., *La nuova disciplina della recidiva*, cit., p. 181; PISTORELLI L., op. cit., p. 62; SCALFATI A., *Cade il bilanciamento delle circostanze*, op. cit., p. 40; PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2006, p. 532; FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 447 (ove, pur ritenendo che l'unica ipotesi di obbligatorietà della recidiva reintrodotta dalla riforma sia quella di cui al comma 5°, sembrano ricostruirla come una ipotesi speciale della sola forma della recidiva reiterata); MANTOVANI F., *Diritto penale, parte generale*, 5° ed., cit., p. 639.

⁴⁰⁶ SCALFATI A., *Cade il bilanciamento delle circostanze*, op. cit., p. 40 s.

⁴⁰⁷ Corte Cost., sent. 14 giugno 2007, n. 192, cit.

ragionevolezza della risposta sanzionatoria, così come disposto dal combinato degli artt. 3, 25, co. 2° e 27, commi 1° e 3° Cost. Solo ammettendo che, anche in seguito alla novella del 2005, la recidiva reiterata sia rimasta una *circostanza discrezionale*, il Giudice delle leggi, nella sentenza n. 192 del 2007, ha potuto respingere i dubbi di costituzionalità riguardo al nuovo divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata, imposto dall'art. 69, co. 4 c.p.. La predeterminazione dell'esito del giudizio di comparazione di circostanze eterogenee, operante solo nei confronti dei recidivi reiterati, è ammissibile, sotto il profilo della ragionevolezza e della non discriminazione di tali soggetti nei confronti di quelli incensurati, nei limiti in cui lo *status* di recidivo non discenda *sic et simpliciter* dalla constatazione di pregresse condanne per reati anche remoti e di scarso rilievo, in base ad una presunzione di pericolosità soggettiva *iuris et de iure*⁴⁰⁸.

Sarà il giudice discrezionalmente, in concreto, a dover stabilire se il nuovo delitto — in correlazione con il reale disvalore oggettivo dei delitti che hanno consentito la pregressa dichiarazione di recidiva semplice o aggravata e al tempo trascorso dalla loro commissione — sia da ritenersi realmente significativo ai fini di un aggravamento sanzionatorio; impedendo perciò che si dia luogo a quell'«automatismo sanzionatorio» che i giudici di merito invece ritenevano censurabile⁴⁰⁹.

La riforma del 2005, dunque, se per un verso ha avuto il merito di rinnovare l'attenzione su un istituto come la recidiva certamente svalutato nella sua applicazione giudiziaria⁴¹⁰, dall'altro, ha mancato l'occasione per chiarirne il fondamento, non offrendo chiari criteri normativi di riferimento per il giudice, soprattutto laddove si è mantenuto un regime discrezionale, combinato alla persistente rilevanza giuridica della recidiva in termini di perpetuità e genericità. Da questa nuova disciplina, inoltre, rimangono comunque aperte le

⁴⁰⁸ Quella di mantenere un regime discrezionale per la recidiva, eccetto che per l'ipotesi prevista nel comma 5 dell'art. 99 c.p., sembra essersi trattata di una vera e propria scelta del legislatore, come confermerebbero i lavori preparatori della legge, che segnano l'abbandono della soluzione dell'obbligatorietà di tutte le forme di recidiva, ipotizzata invece nella versione originaria del Progetto Cirielli, cfr. su questo aspetto MELCHIONDA A., *La nuova disciplina della recidiva*, cit., (nt. 42), p. 175 S.

⁴⁰⁹ Per le motivazioni dei giudici di merito riguardo alla rilevanza e non manifesta infondatezza delle censure di illegittimità, tra le prime, cfr. Tribunale di Ravenna, ordinanze del 12 gennaio 2006 e del 24 gennaio 2006 su www.penale.it.

⁴¹⁰ Non certo dal punto di vista scientifico, come dimostrano i saggi monografici di AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, Cedam, 1997; DASSANO F., *Recidiva e potere discrezionale del giudice*, Giappichelli, 1999.

annose questioni di carattere applicativo, relative all'obbligo di contestazione, all'oggetto effettivo della discrezionalità del giudice e alla definizione di locuzioni come “*applicazione*” della recidiva, pur ricorrenti in molte norme novellate dalla stessa legge.

Quello che invece, a nostro avviso, è importante rilevare, dopo che si sono descritte le principali caratteristiche delle diverse forme di recidiva, alla luce di una ricostruzione di tipo sistematico, è la distinzione funzionale che è possibile rintracciare anche nelle diverse forme di recidiva, a seconda del loro valore commisurativo, al pari di quanto già esposto nel primo capitolo in merito alle circostanze.

Se infatti la *recidiva semplice* è trattata dal legislatore come circostanza comune aggravante del reato, ad efficacia comune frazionaria, e per di più discrezionale, è chiara la sua effettiva funzione di *elemento di commisurazione giudiziale*, il cui effetto ultraeditale, come noto ha ormai solo un valore simbolico. E come tale svolgerà dunque il solo ruolo di precisazione del criterio della “capacità a delinquere”, ex art. 133, comma 2 c.p.

Diverso è invece il ruolo e il fondamento delle forme di recidiva che prevedono un aumento superiore ad un terzo della pena ordinaria e che possono dunque essere ricomprese nella categoria delle circostanze aggravanti ad effetto speciale⁴¹¹: la loro funzione è evidentemente quella di differenziare la risposta sanzionatoria *legale* per i vari reati in senso generalpreventivo, in quanto cause modificatrici della cornice editale superiore della pena in astratto, che comunque spetterà poi al giudice determinare in concreto. Un medesimo fatto illecito, secondo il punto di vista del legislatore del 2005 — che in questo in realtà non appare aver poi modificato l'impostazione originaria del codice — susciterebbe un maggior allarme sociale se commesso da un recidivo, o meglio da un recidivo reiterato, e dunque già a livello

⁴¹¹ Sulla possibilità di configurare la recidiva, che comporti un aumento superiore ad un terzo, come c.d. circostanza ad efficacia speciale, prima della riforma del 2005, si veda un discutibile orientamento giurisprudenziale, Sez. VI, 22 novembre 1994, Dell'Anna, in *Giust. pen.*, 1996, II, p. 207, con la quale la Suprema Corte aveva affermato che la recidiva, pur potendo comportare in alcune ipotesi un aumento della pena superiore ad un terzo (art. 99, secondo capoverso c.p.), è una circostanza inerente alla persona del colpevole (art. 70 c.p.), e non già ad effetto speciale; conseguentemente, ove essa concorra con una circostanza aggravante ad effetto speciale, dovrà farsi luogo ad un duplice aumento di pena, non potendo trovare applicazione l'art. 63, terzo cpv. c.p., secondo il quale si applica solo la pena stabilita per la circostanza più grave (fattispecie qualificata dalla sussistenza della recidiva specifica, reiterata, infraquinquennale e della circostanza aggravante di cui all'art. 80 d.p.r. 9 ottobre 1990 n. 309, in tema di stupefacenti). Questa isolata tesi è stata di recente smentita da una serie di pronunce che invece confermano il nostro assunto sulla valenza di circostanza ad efficacia speciale della recidiva reiterata.

di previsione astratta merita di essere sanzionato più gravemente. Nell'ottica legislativa, infatti, non importa se la persistenza nel delitto debba essere giudicata come una maggiore o minore insensibilità del reo, e dunque un sintomo di maggiore colpevolezza rispetto al fatto commesso almeno per la terza volta, oppure, come un indice di maggiore pericolosità, intesa come maggiore probabilità di futura ricaduta. Infatti, non offre alcuna indicazione nell'uno o nell'altro senso. Ciò che interessa, e forse anche per una maggiore acquisizione del consenso sociale ed elettorale, è lanciare un messaggio simbolico, a tutti i consociati in termini di maggiore sicurezza contro i criminali più pericolosi, che ai delinquenti persistenti in termini di maggiore intimidazione e deterrenza. Se poi effettivamente quest'ultimo sia empiricamente un risultato acquisibile, evidentemente, non si ritiene importante, data l'assenza di analisi statistiche e indagini criminologiche precedenti all'emanazione della legge e giustificatrici di un simile aggravio di disciplina.

1.2. Da *status* soggettivo sintomo di maggiore colpevolezza o pericolosità a strumento di politica criminale di controllo sociale e sicurezza: la riforma italiana del 2005 e quella spagnola del 2003.

La stessa logica di prevenzione generale e di contenimento del maggior allarme sociale suscitato dalla delinquenza persistente, che ha ispirato la riforma italiana della legge c.d. ex Cirielli del 2005, si è registrata anche nella recente riforma penale adottata in Spagna nel 2003, con la quale vi è stata una parziale inversione di rotta rispetto alle scelte liberali effettuate con il codice del 1995.

Dopo che, nel 1983 è stata soppressa la recidiva reiterata, il codice penale del 1995 aveva eliminato anche la *recidiva generica*: a norma dell'art. 22, comma 8 c.p., infatti, la circostanza della *reincidencia* può aversi soltanto quando, dopo una prima condanna definitiva per delitto, «venga commesso un delitto compreso nello stesso titolo del codice, sempre che sia della stessa natura». Inoltre, la norma citata esclude che si tenga conto dei precedenti penali che sono stati o dovrebbero essere cancellati: e la cancellazione dei precedenti, alla luce dell'art. 136 c.p., avviene (o può avvenire) al massimo - quando sia stata inflitta una "pena

grave" - dopo che siano decorsi *cinque anni dall'estinzione della pena*, senza che siano stati commessi nuovi delitti⁴¹².

Anche in Spagna, però, sebbene il codice penale sia entrato in vigore solo nel 1995, la disciplina e il ruolo della recidiva nel trattamento sanzionatorio sono nuovamente mutati, al mutare del governo in carica e delle nuove ideologie politico-criminali⁴¹³. Così nel 2003, con la Legge Organica del 29 settembre, sono stati reintrodotti due strumenti repressivi, che sembravano ormai abrogati definitivamente dalla LO n. 8 del 1983: la recidiva reiterata (*multirreincidencia*) e la conversione delle “contravvenzioni” (*faltas*) in delitti⁴¹⁴. La legge del 2003, d'altronde, come si legge nell'Esposizione dei motivi, aveva l'obiettivo di introdurre delle misure per contrastare la delinquenza abituale per i delitti comuni, al fine di assicurare una maggiore sicurezza nelle città, di scoraggiare la violenza domestica e di assicurare una maggiore integrazione degli immigrati.

Nell'art. 66, comma 5 c.p. è perciò oggi prevista una recidiva reiterata specifica e discrezionale⁴¹⁵, che consente al giudice di fissare la pena al livello maggiore previsto per il reato considerato, nel caso questo sia stato commesso da un recidivo reiterato, condannato *per*

⁴¹² Per un commento all'art. 22, comma 8 c.p. cfr. PRATS CANUT J.M., *sub* art. 22, in QUINTERO OLIVARES G. (director), *Comentarios al Nuevo Código penal*, Aranzadi, Pampelune, 4ª edición, 2005, p. 267 ss., che sottolinea come anche nella letteratura spagnola non sia possibile rintracciare un fondamento politico-criminale sufficientemente chiaro per questa circostanza aggravante, essendo la dottrina spagnola altrettanto divisa, come in Italia, tra coloro i quali sostengono la maggiore pericolosità di questi autori, e coloro i quali invece ne avvertono la maggiore colpevolezza.

⁴¹³ Per un'analisi approfondita di questa riforma, del suo iter parlamentare e delle opzioni politico-criminali che si possono apprestare per offrire una risposta punitiva efficace contro la recidiva, diverse dall'aumento di pena, si veda, nella letteratura spagnola, AGUADO LÓPEZ S., *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: problemas constitucionales y alternativas político-criminales*, Iustel, 2008, *passim*.

⁴¹⁴ Negli artt. 147.1. (lesioni), 234 (furto) e 244.1 (sottrazione di veicoli a motore), è stabilito che le pene previste per questi delitti si applicheranno anche a chi abbia commesso nell'arco di un anno quattro volte azioni che costituiscono *faltas*, che verranno così automaticamente convertiti in *delitti*. Queste previsioni, così come la circostanza aggravante della multirreincidencia, secondo AGUADO LÓPEZ S., *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito*, cit, pongono notevoli problemi di costituzionalità sotto il profilo del principio di proporzionalità, colpevolezza, eguaglianza e presunzione di innocenza.

⁴¹⁵ Nella norma, infatti, nel rispetto del principio d'individualizzazione della pena, si usa il verbo *podrán*, e si dettano dei criteri che il giudice eventualmente può prendere in considerazione anche per negare la sussistenza di questa aggravante: “*las condenas precedentes*”, che dovranno comunque essere della medesima indole, oltre che essere previste nel medesimo titolo del c.p.; e la “*gravidad del nuevo delito cometido*”. Così disegnata si tratta perciò di una circostanza discrezionale come quella della recidiva reiterata prevista nell'art. 99, comma 4 c.p. italiano.

almeno tre delitti compresi nel medesimo titolo del codice, e sempre che siano della stessa natura.

La reintroduzione della recidiva reiterata nell'ordinamento spagnolo, sebbene non preveda tutti gli effetti sanzionatori repressivi collegati invece nel nostro ordinamento all'art. 99, comma 4 c.p., sembra essere comunque ispirata dalla stessa logica e dalla convinzione, che l'unico strumento efficace per contrastare la criminalità abituale o professionale sia l'aggravamento della pena prevista invece per il delinquente primario, con un approccio perciò sempre basato su una differenziazione della risposta punitiva in termini *quantitativi* e non *qualitativi*, sebbene non vi siano riscontri positivi in termini di efficacia preventiva della delinquenza per tendenza a seguito dell'adozione di questa strategia.

Le politiche criminali perseguite sia in Spagna che in Italia negli ultimi anni contro la recidiva (ma l'osservazione può estendersi anche alla Francia, cfr. § 2.4, capitolo primo) sembrerebbero, perciò, a parere di parte della dottrina, dei tipici esempi di politica c.d. di "tolleranza zero", o di "law & order", consistente nella predisposizione di sistemi di controllo di fasce della popolazione ritenute pericolose, che sembra riproporre, seppure con tecniche diverse, le logiche della difesa sociale e della incapacitazione, a scapito del rispetto delle garanzie costituzionali⁴¹⁶.

In relazione a questa svolta repressiva nei confronti della criminalità recidiva si è infatti addirittura parlato di un "diritto penale del nemico", di cui oggi tanto si discute a proposito dei limiti di legittimità delle strategie poste in essere contro i terroristi, trattati appunto come nemici politici, e che dunque, in tal caso, sarebbero invece individuati nei recidivi.

Tuttavia, noi riteniamo più corretta l'analisi di altra autorevole parte della dottrina, seppur al momento minoritaria, che, al contrario, sostiene che l'«asserito diritto penale del nemico» vada innanzitutto «depurato dalle ipotesi legislative, che non presentano alcuna "inimicizia"» proprio come il «diritto penale della recidiva e del connesso inasprimento sanzionatorio, i quali, pur se orientati all'autore, non reificano il recidivo a nemico meramente

⁴¹⁶ Sulla riforma italiana, cfr. in questo senso, tra gli altri, RESTA F., *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 181 ss., in particolare p. 186, nt. 17. Per la riforma spagnola cfr. MUÑOZ CONDE F., *Las reformas de la parte especial del derecho penal español en el 2003: de la «tolerancia cero» al «derecho penal del enemigo»*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini E. e Paliero E., v. II, Giuffrè, 2006, p. 2531 ss.; Díez Ripollés J. L., *The "law and order" approach in Spanish criminal justice policy*, in *Reidp*, 2007.

neutralizzabile: *a)* perché, innanzitutto, la recidiva trova il suo pur discusso fondamento nella moderna funzione anche specialpreventiva della pena, vertendo oggi la discussione soprattutto se consentire aumenti di pena sovraedittali o mantenerli nei limiti edittali secondo il postulato della colpevolezza come limite superiore della pena; *b)* perché, in linea di principio, anche il recidivo gode delle garanzie sostanziali e giurisdizionali del non recidivo e la pena, pur se aumentata, presenta il carattere non meramente neutralizzatore, ma anche dialogico-risocializzativo della pena in genere; *c)* perché, pertanto, anche il diritto penale della recidiva, pur se orientato verso l'autore, non può dirsi perciò solo un diritto penale del nemico, salvo verificarne gli specifici contenuti nelle singole legislazioni nazionali (quali quelli della legge italiana del 2005, criticata specie per quanto riguarda particolarmente il severo trattamento per i recidivi reiterati, provvedendo però la prassi giudiziale, attraverso la consueta non contestazione della recidiva, a vanificarlo)»⁴¹⁷.

1.3. L'influenza delle leggi americane dei “*three strikes and you are out*” sui sistemi continentali sia di *common* che di *civil law*.

Secondo la dottrina italiana prevalente «con la legge 251/2005, la maggioranza politico-governativa ha voluto scimmiettare l'ideologia punitiva statunitense della c.d. tolleranza zero»⁴¹⁸. Infatti, la legge c.d. ex Cirielli prevedendo la maggior parte degli effetti repressivi rispetto alla sola ipotesi della recidiva reiterata, per la cui contestazione occorre la commissione di tre reati, appare essersi ispirata al principio nord-americano dello “*three strikes and you are out*”, cioè alla legislazione dei tre reati e si è fuori dal sistema normale del *sentencing*, ossia da un sistema discrezionale di pena flessibile: si può infatti essere condannati in quanto recidivi reiterati ad una pena *life* o *no-fixed* che comporta comunque un minimo di pena detentiva da scontare particolarmente elevato⁴¹⁹.

E' ben comprensibile, però, la difficoltà di innestare nel nostro ordinamento gli stessi meccanismi penali e processuali propri dell'ordinamento statunitense, ove per circoscrivere

⁴¹⁷ MANTOVANI F., Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale, in Riv. it. dir. proc. pen., 2007, p. 470 ss.

⁴¹⁸ FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 869.

⁴¹⁹ Per una descrizione in lingua italiana del meccanismo commisurativo di queste leggi v. CORBETTA S., Il nuovo volto della recidiva: “Tre colpi e sei fuori?”, in Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva, analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (“ex Cirielli”), cit., p. 80 s.

l'illealtà, si è escogitata, appunto, la regola del "tre e via", ispirata addirittura al gioco del *baseball*, da noi assolutamente inaccettabile, in quanto interessata più a punire che a rieducare il condannato⁴²⁰.

I sistemi anglosassoni e quelli c.d. continentali hanno sempre rappresentato infatti due modelli eterogenei di commisurazione della pena, nei quali la recidiva di conseguenza non poteva che ricoprire un ruolo notevolmente diverso.

Mentre i sistemi anglosassoni tradizionalmente davano un ampio spazio all'apprezzamento del giudice nella determinazione della pena, gli ordinamenti di stampo romanico-germanico, in ossequio al principio di legalità e all'idea di stampo illuministico di contenere il più possibile l'arbitrio giudiziario, prevedono normalmente delle regole dettagliate per la commisurazione della pena e dunque per la considerazione della recidiva, tendevano a circoscrivere la discrezionalità dei giudici, pur sempre nel rispetto del principio d'individualizzazione e di colpevolezza.

Da qualche tempo, tuttavia, molti paesi anglofoni hanno approvato delle leggi *ad hoc*, per introdurre dei limiti minimi di pena (c.d. "*mandatory sentences*")⁴²¹, che vincolano la discrezionalità del giudice nel determinare la pena per i soggetti plurirecidivi.

Negli Stati Uniti i minimi obbligatori, introdotti nel diritto federale dopo più di due secoli, riguardano ad oggi più di un centinaio di reati. Così, il giudice deve infliggere l'ergastolo nei confronti dei recidivi autori di crimini violenti gravi e di alcuni reati sessuali contro minori; la maggior parte delle altre pene minime obbligatorie si applicano al traffico di stupefacenti e alle armi da fuoco.

Allo stesso modo, il Canada, ad esempio, ha prima previsto pene minime obbligatorie per gli autori di reati contro la persona realizzati con armi da fuoco; in seguito sono state previste pene minime per una quarantina di reati (in particolare reati sessuali su minori, vari reati commessi da recidivi, possesso non autorizzato di un'arma da fuoco, guida in stato di

⁴²⁰ Negli Stati Uniti, in realtà, i primi sforzi legislativi diretti a colpire il fenomeno del "*recidivism*" risalgono al tempo delle colonie. Nel 1797 a New York venne emanato uno *statute* che comminava la prigione a vita per il reo che commettesse un secondo delitto. Quasi tutti gli stati americani introdussero, di lì a poco, atti normativi che stabilivano forti aumenti di pena per il reo che realizzava ulteriori crimini; vi erano addirittura alcuni *statutes* che sancivano l'obbligo per il giudice di applicare la pena della prigione a vita a colui che commettesse un terzo reato.

⁴²¹ Per un *excursus* storico sulla nascita e la diffusione delle *mandatory sentences* cfr. WARNER K., *Mandatory sentencing and the role of the academic*, in *Crim. law for.*, 2007, p. 322 ss.

ebbrezza; se riconosciuti colpevoli di quest'ultima infrazione, gli autori sono sottoposti a una pena minima obbligatoria detentiva di 14 giorni alla prima recidiva, e di 90 per le successive).

Nello stesso senso, le pene minime introdotte nel 1997 nella legislazione inglese si applicano non soltanto a certi reati commessi da recidivi (forme gravi di traffico di stupefacenti, furto con effrazione), ma anche ai detentori di armi illecite. Ciò nonostante, in ogni caso, il giudice ha la possibilità di non applicare la pena minima se la ritiene ingiusta.

Gli Stati Uniti forniscono un altro modello in materia di pene minime: il sistema federale di tabelle di sanzioni penali, fondato su una determinazione quasi matematica della pena (le cosiddette “*sentencing guidelines*”, le linee guida sulla sanzione). Per un'infrazione il giudice federale è obbligato ad applicare una delle funzioni di due parametri, la gravità del delitto e i precedenti penali dell'imputato.

Su questo impianto, si è innestata inoltre anche la celebre legge adottata, tra i primi, nel 1994 dallo Stato della California “*three strikes and you're out*”, che obbliga a pronunciare una pena tra i 25 anni l'ergastolo in caso di terza condanna, può applicarsi a qualunque fatto di reato a prescindere dal tempo trascorso⁴²².

Esperienza che ha ormai più di dieci anni, partita pionieristicamente in alcuni Stati americani e adottata, tra il 1994 e il 1997, da trentasei Stati americani⁴²³.

In relazione a tali norme, come era prevedibile, nel sistema nordamericano sono state sollevate questioni di legittimità costituzionale sotto diversi profili: in particolare, è stato denunciato il contrasto di tali disposizioni con il diritto ad un'uguale tutela di fronte alla legge (*Equal Protection*), con il diritto costituzionale ad un giusto processo (*Due Process*) e con il divieto di pene crudeli e inusitate. La giurisprudenza della Suprema Corte, tuttavia, non ha accolto tali istanze volte ad affermare il contrasto della normativa in esame con i principi sanciti dalla carta fondamentale⁴²⁴.

Ma l'influenza di queste leggi e la politica criminale che queste esprimono non si è diffusa solo tra gli Stati di origine romano-germanica, come l'Italia e la Spagna, ma ha

⁴²² Per esempio nel 1995 a Renè Landa fu inflitta la pena dell'ergastolo, con isolamento per 27 anni, per il furto di una ruota di scorta, essendo stato condannato nel 1972 e nel 1986 per furto con scasso.

⁴²³ Per un autorevole commento, critico, a questa disciplina cfr. ZIMRING F. E.- HAWKINS G. – KAMIN S., *Punishment and democracy: Three strikes and you're out in California*, Oxford University Press, 2001, *passim*. Per un'analisi dei problemi e degli effetti che queste leggi hanno avuto sul sistema di *sentencing* cfr, invece, più in generale TONRY M., *Sentencing Matters*, New York Oxford, 1996.

⁴²⁴ Cfr. *Ewing vs. California*, 5 marzo 2003, in www.caselaw.findlaw.com.

influenzato anche Paesi europei di *common law*, come l’Inghilterra, che nel 2003 ha adottato il “*Criminal Justice Act*” s. 143(2), che stabilisce: «*In considering the seriousness of an offence (“ the current offence ”) committed by an offender who has one or more previous convictions, the court must treat each previous conviction as an aggravating factor if (in the case of that conviction) the court considers that it can reasonably be so treated having regard, in particular to: (a) the nature of the offence to which the conviction relates and its relevance to the current offence, and (b) the time that has elapsed since the conviction*»⁴²⁵.

1.4. Il “fallimento” delle politiche del “*mandatory sentencing*”.

Lo strumento delle “*mandatory sentences*” introdotte ormai diffusamente in tutti i paesi di *common law*, e da qualche anno anche in quelli di *civil law*, sono l’esempio più evidente di una politica criminale di stampo “populista” che si sta diffondendo in tutti i paesi occidentali, come ha messo molto bene in evidenza David Garland⁴²⁶.

Senza voler richiamare tutte le complesse problematiche che tale istituto ha comportato, e comporta, negli Stati americani che le hanno adottate, ci interessa qui sottolineare soprattutto un aspetto della prassi applicativa relativa a queste leggi⁴²⁷, che le accomuna con la vicenda italiana relativa alla discussa natura obbligatoria o discrezionale della recidiva reiterata, che si è analizzata in precedenza, e che può ormai dirsi pacificamente conclusa ad opera del “diritto vivente”.

Quello che interessa notare è, infatti, l’impatto che questo tipo di legislazione ha avuto negli ordinamenti degli Stati americani che le hanno adottate, tenendo in considerazione però

⁴²⁵ Per un commento di questa nuova normativa cfr. ROBERTS J. V., *Punishing persistence. Explaining the enduring appeal of the recidivist sentencing premium*, in *Brit. J. Criminol.*, 2008, p. 468 ss.; ID., *Punishing Persistent Offender. Exploring Community and Offender Perspectives*, Oxford Univ. press, 2008, passim. L’A. si dichiara favorevole alla previsione di simili leggi, evidenziando che da sempre la recidiva costituisce un fattore aggravante nella commisurazione della pena per i giudici, sia che questa sia esplicitamente prevista dalla legge, che non lo sia, costituendo una sorta di principio di diritto comune, così come è indiscutibile il valore aggravante della premeditazione. Il governo laburista britannico ha lanciato una riforma della giustizia penale istituendo il “*sentencing guidelines council*” (comitato sulle linee guida sanzionatorie), che lavora in collaborazione con la corte d’appello per creare e aggiornare una lista di pene per ogni infrazione, alle quali i giudici dovranno in futuro fare riferimento.

⁴²⁶ GARLAND D., *La cultura del controllo*, cit., passim.

⁴²⁷ Ben messo in luce di recente da DELLA BELLA A., ult. op. cit.

che le leggi in questione *differiscono* sensibilmente le une dalle altre, sia per il numero di condanne necessarie perchè scatti l'eliminazione' (da un minimo di due a un massimo di quattro), sia per la selezione dei reati presi in considerazione da ciascuna legge (c.d. *strike zone*) nei vari stadi della carriera criminale del soggetto (per lo più il primo reato deve rientrare in una gamma di delitti di particolare gravità, mentre per gli stadi successivi rileva di regola una gamma più ampia di delitti), sia per le conseguenze sanzionatorie in cui si concreta l'eliminazione⁴²⁸.

Premesso che, da un punto di vista generale, l'eterogeneità dei quadri legislativi e dei dati statistici tra i vari sistemi giuridici, non facilita la comparazione tra i tassi di recidiva (latamente intesa) da un paese all'altro, uno studio dell'istituto di ricerca e di statistica del governo federale canadese⁴²⁹, a sua volta basato su molte ricerche americane, consente di fare però alcune osservazioni particolarmente interessanti, visto anche che, come si è detto, tali leggi sono state prese come "esempio" anche in altri Paesi del mondo occidentale.

L'impatto di una legge in tema di recidiva, infatti, sembrerebbe dipendere dal carattere rigoroso o meno della legislazione preesistente, dal numero di persone alle quali l'istituto verrà prevedibilmente applicato⁴³⁰, e, aspetto per noi ancora più significativo, dalle sue condizioni d'applicazione da parte dei giudici (se questi dispongano o meno di un margine d'apprezzamento, o detto meglio il regime discrezionale o automatico della recidiva).

La California, per esempio, con la legge detta del "terzo sbaglio" (Three strikes law), con pene che vanno da 25 anni all'ergastolo per la seconda recidiva per reati gravi, pare aver registrato un'effettiva riduzione della criminalità. Tuttavia, altri stati con leggi simili non hanno avuto alcuna evoluzione favorevole nei tassi di criminalità, o addirittura gli Stati Americani ("*strikeless*") come quello di New York hanno avuto un calo della criminalità

⁴²⁸ Occorre, infatti, chiarire che non tutti gli Stati del Nord America hanno adottato tali leggi, e comunque che anche tra quelli che le prevedono vi sono delle profonde differenze di disciplina, per le quali si rinvia a DELLA BELLA A., *Three strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 832 ss.

⁴²⁹ ROBERTS J. V., *Peines d'emprisonnement obligatoires dans les pays de la Common Law: quelques modèles représentatifs*, *Division de la recherche et de la statistique, Ministère de la justice du Canada*, in http://www.justice.gc.ca/fra/pi/rs/rap-rep/2005/rr05_10/index.html.

⁴³⁰ In Australia una legge relativa ai minimi fissi per i recidivi che abbiano commesso 7 reati minori o 4 gravi è stata applicata solo due volte in 16 mesi.

maggiore che in *California*⁴³¹: sintomo dunque, a nostro avviso, che il calo della criminalità che si sta registrando negli ultimi anni è un effetto determinato da congiunture di tipo economico o sociale, indipendenti dall'implementazione di queste leggi.

E così, nonostante il sistema americano sia caratterizzato da una legislazione piuttosto rigorosa, continua ad avere un tasso di criminalità e di delinquenza superiore alla media europea ed un tasso notevole di carcerazione. La prima più lampante conseguenza dell'adozione di queste leggi nel sistema americano, e specie in California, è stata infatti l'elevazione del numero dei detenuti. Il Wacquant, nel fare un "bilancio" sull'applicazione oramai decennale di tale regime ha osservato che «è una circostanza inquietante prendere atto che il sistema di giustizia penale statunitense prima del *three strikes* raggiungesse, esattamente nel 1975, un tasso di carcerizzazione uguale a quello italiano di questi giorni, cioè di un detenuto ogni 1000 abitanti. Oggi dopo più di venti anni di applicazione di questa strategia i detenuti sono 2.200.000 e i condannati a misure alternative 4.500.000 annui, vale a dire 7 detenuti su 1000 e 13 condannati in misura alternativa sempre su 1000 residenti. Un tasso del 2% della popolazione nazionale sotto controllo penale è impressionante»⁴³².

Il menzionato studio canadese, analizzando più in dettaglio l'effetto di minimi di pena applicabili a reati legati alle armi da fuoco in Canada (che costituiscono la metà delle pene minime obbligatorie istituite in questo paese) ha rilevato una diminuzione della proporzione di omicidi e di rapine dopo l'entrata in vigore della legge, e allo stesso tempo un aumento dei furti senza armi. Sembrerebbe, infatti, che la pubblicità data a questo tipo di leggi concorra ad assicurarne l'efficacia. Questo studio conclude che le leggi sulle pene minime obbligatorie

⁴³¹ Da un raffronto tra l'andamento della criminalità, nell'arco di tempo 1993-2002, risulta che questo è sceso in California del 38,8%, nello Stato di New York del 49,6 %; il tasso di reati violenti è sceso in California del 44,90%, nello Stato di New York del 53,9%. Cfr. DOLCINI E., *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 324., che, dopo un approfondito esame degli effetti di queste leggi negli Stati americani che le hanno adottate, conclude affermando che «Le leggi 'tre colpi e sei fuori', nel panorama internazionale, non sembrerebbero un esempio da imitare. L'esperienza americana mostra che quelle leggi - mentre frenano, forse, alcune forme minori di criminalità, soprattutto la criminalità contro il patrimonio - non frenano affatto la commissione dei reati più gravi (omicidi e reati connotati da violenza alla persona). Dove non sono rimaste sulla carta, le leggi dei 'tre colpi' producono guasti superiori ai benefici: guasti che si concretizzano in pene sproporzionate e ingiuste, nonché in un vistoso incremento della popolazione carceraria (e dunque, fra l'altro, in una forte crescita delle spese per la giustizia)».

⁴³² WACQUANT L., *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale*, Feltrinelli, 2000, p. 80. Sulla conseguente carcerazione di massa derivante da questa legislazione negli U.S.A. cfr. anche GRANDE E., *Il terzo strike. La prigionia in America*, cit., p. .

dissuadono più i delinquenti occasionali che quelli abituali, e influiscono maggiormente sulle infrazioni “riflesse” (rapina a mano armata, hold up etc.) che su quelle commesse da soggetti con patologie psichiatriche. D’altro canto, anche la rapidità della sanzione è un elemento determinante per combattere il sentimento di impunità.

E’ bene ricordare, infatti, che le pene minime sono nate e sono caratteristiche di un sistema dove il pubblico ministero ha un notevole potere in caso di “ammissione di colpevolezza”. Questa pratica autorizza una grande flessibilità a livello di qualificazione penale e permette al pubblico ministero di superare l’automatismo della pena attraverso la scelta della qualificazione da dare al fatto e il patteggiamento. Simili disposizioni di legge testimoniano la diffidenza dell’opinione pubblica e del legislatore verso la magistratura, che però continua a mantenere un ampio margine di manovra, avendo di fatto ridotto l’impatto di queste disposizioni, decretandone una sostanziale disapplicazione⁴³³. Ed è forse anche per questa ragione che, fino ad ora, gli studi condotti sulle pene fisse non hanno inoltre dimostrato alcun effetto dissuasivo sulla criminalità.

1.5. L’attuale disciplina della recidiva e la *crisi* del principio rieducativo.

Come è accaduto nell’ordinamento Nordamericano — ma solamente con parecchio ritardo — anche in Italia la *crisi dell’ideale rieducativo*, ossia della fiducia nella possibilità che un trattamento individualizzato in carcere possa portare un’effettiva risocializzazione del condannato e dunque anche un effetto special preventivo, ha portato ad un irrigidimento nelle regole dell’esecuzione penitenziaria ed extrapenitenziaria della pena, derogando ai principi cui si ispirava l’intero ordinamento penitenziario, con una *escalation* di severità che ha trovato il suo apice proprio nella disciplina della recidiva⁴³⁴.

⁴³³ Così sia DOLCINI E., *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, cit., p. 522 ss.; che DELLA BELLA A., *Three strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, cit., p. 845 s.

⁴³⁴ E’ opportuno notare, infatti, che, come del resto avviene con tutti i fenomeni sociali, dalla moda alla politica, così anche le correnti ideologiche in merito alle scelte di politica-criminale giungo nel continente europeo, e principalmente in Italia con estremo ritardo, forse a causa della nostra cultura fondamentalmente conservatrice, nella quale i cambiamenti di ideologia necessitano di maggiore tempo per diffondersi che altrove. Così, mentre in America l’entusiasmo per il principio rieducativo nell’esecuzione carceraria si andava spegnendo, anche sulla base di riscontri di tipo empirico, in Italia

Sul recidivo reiterato, infatti, con la novella del 2005, oltre agli inasprimenti sanzionatori già esaminati, sono calate vistose restrizioni anche nell'ambito dell'applicabilità delle misure alternative alla detenzione e dei cosiddetti benefici penitenziari. L'accesso a tali misure di favore, una volta dipendente dalla sola discrezionale valutazione del giudice di sorveglianza, oggi, è divenuto notevolmente più difficile, se non addirittura impossibile. Ciò è dipeso non solo dalle ripercussioni negative che la dichiarazione di recidiva reiterata comporta in maniera generalizzata a livello sanzionatorio, aumentando il livello di pena concreta irrogata, che non rientrerebbe più quindi nel limite che dà diritto di accesso a simili misure, ma soprattutto dall'introduzione di specifiche disposizioni che hanno provveduto ad incrementare la soglia quantitativa di pena espiata per la concedibilità, ovvero, in taluni casi, addirittura a precluderne la stessa fruibilità.

La legge 251/05 ha apportato infatti diverse modifiche ed integrazioni alla legge 26 luglio 1975, n. 354 (c.d. ordinamento penitenziario) ispirate per lo più ad una maggiore severità nei confronti dei recidivi. Tali interventi hanno riguardato i seguenti ambiti: la concessione dei permessi premio (art. 30-*quater*); la detenzione domiciliare (art. 47-*ter*); la concessione della semilibertà (art. 50-*bis*); il divieto di concessione di taluni benefici (art. 58-*quater*).

Componente comune a tali disposizioni è il riferimento al «*soggetto al quale sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, comma 4° del codice penale*»⁴³⁵. E' bene infatti domandarsi cosa intendesse il legislatore del 2005 quando ha condizionato l'operatività o

invece prendeva piede l'illusione del possibile trattamento dei criminali attraverso degli strumenti alternativi alla mera detenzione, culminata nell'approvazione della l. 374 del 1975 che creava l'ordinamento penitenziario, informato complessivamente all'idea del trattamento rieducativo. Per un *excursus* della disillusione americana per la tesi della pena rieducativa cfr. GRANDE E., *Il terzo strike. La prigionia in America*, Sellerio, 2007, p. 51 ss. e la bibliografia americana ivi citata. Sullo stesso argomento, seppure meno recente, vedi anche DOLCINI E., *La "rieducazione del condannato" tra mito e realtà*, cit., p. 469 ss.

⁴³⁵ Particolari problemi interpretativi ha suscitato, inoltre, l'utilizzo di una simile locuzione ("applicazione") nell'art. 81, comma 4 c.p., così come modificato dalla legge in commento, laddove prevede un limite al potere discrezionale del giudice nella ordinaria commisurazione della pena per il concorso formale o il reato continuato per «i soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista all'art. 99, comma 4, c.p.». Per una puntuale valutazione comparativa delle formule letterali utilizzate dal legislatore per disciplinare gli effetti c.d. minori della recidiva prima e dopo la riforma del 2005, si veda BISORI L., *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative*, in *Le innovazioni al sistema penale*, a cura di Giunta, op. cit., p. 49 ss.

l'efficacia di molti istituti all' "applicazione" della recidiva ai soggetti (siano essi *condannati* ovvero *detenuti*), a favore dei quali si rivolge quella specifica disciplina⁴³⁶.

In particolare, di recente, è stato richiesto anche alla giurisprudenza di legittimità di stabilire se per la produzione degli effetti della recidiva, diversi da quelli commisurativi sia sufficiente che sia stato riconosciuto dal giudice della cognizione lo *status* di recidivo ovvero sia necessario un *quid pluris*, ossia che la circostanza aggravante abbia prodotto l'effetto tipico di incremento sanzionatorio, e perciò, laddove sia entrata nel bilanciamento tra circostanze eterogenee, sia stata almeno ritenuta equivalente rispetto alle concorrenti attenuanti, producendo così comunque un effetto di aggravamento, consistente nell'annullare l'attenuazione che queste avrebbero comportato.

Si tratta cioè di affermare se una circostanza aggravante *discrezionale* come la recidiva si intenda *applicata* solo laddove espliciti il suo tipico effetto di aumento della pena in concreto, ovvero anche semplicemente quando siano stati riconosciuti i suoi presupposti sostanziali fondanti (maggiore colpevolezza e più intensa capacità a delinquere), e perciò sia stata dichiarata dal giudice.

A favore della prima di queste soluzioni interpretative si è finora pronunciata la prevalente giurisprudenza di legittimità, nel decidere in merito alle nuove e più restrittive disposizioni dell'ordinamento penitenziario in materia di misure alternative alla detenzione, che trovano il loro comune denominatore e la loro *ratio* nella ostativa qualità personale del soggetto al quale «sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99 c.p., comma 4, c.p.»⁴³⁷.

⁴³⁶ Si fa riferimento all'istituto della detenzione domiciliare (art. 47-*ter*, commi 1.1 e 1-*bis* dell'ord. pen.), al limite generale previsto per la concessione delle misure alternative (art. 58-*quater*, co. 7-*bis*, ord. pen.), alla sospensione obbligatoria dell'esecuzione delle pene detentive brevi (art. 656, co. 9, c.p.p.), ai permessi premio (art. 30-*quater*, comma 1, ord. pen.), e alla semilibertà (art. 50-*bis*, comma 1, ord. pen.). Nella disciplina di tutti questi istituti, per lo più consistenti in benefici di carattere penitenziario, o comunque misure di favore in sede esecutiva, modificati dalla legge 251/2005, si prevedono dei limiti alla loro concessione nel caso in cui al condannato (o al detenuto) «sia stata applicata la recidiva prevista all'art. 99, comma 4, c.p.».

⁴³⁷ Sul concetto di "recidiva applicata" alla luce della ex-Cirielli, si veda Sez. I, 27 giugno 2006, n. 33634, in *C.E.D. Cass. pen.*, 2006, n. 234292, e in *Cass. pen.*, 2007, p. 2996, che ha affermato che «in tema di misure alternative alla detenzione, la disciplina restrittiva all'affidamento in prova al servizio sociale per il condannato recidivo, dettata dalle modifiche apportate con la l. n. 251 del 2005 all'art. 58 *quater* ord. penit., opera solo quando la recidiva reiterata sia stata contestata nel giudizio di cognizione ed in tale sede sia stata riconosciuta da parte del giudice, attraverso l'applicazione dell'aggravamento della pena; pertanto, quando nel giudizio di bilanciamento è stata dichiarata la prevalenza delle circostanze attenuanti su detta aggravante, non risulta concretamente "applicata" la recidiva».

I giudici di legittimità, rifacendosi ad un costante orientamento della Suprema Corte in tema di indulto, inaugurato da una pronuncia delle Sez. Unite del 1991⁴³⁸ in relazione all'interpretazione di una simile formulazione letterale, utilizzata con riferimento all'esclusione del beneficio "*ove applicate*" alcune specifiche aggravanti, hanno affermato: «una circostanza aggravante deve essere ritenuta, oltre che riconosciuta, anche come applicata non solo quando esplica il suo effetto tipico di aggravamento della pena, ma anche quando produca, nel bilanciamento tra circostanze aggravanti e attenuanti di cui all'art. 69 c.p., un altro degli effetti che le sono propri, cioè quello di paralizzare un'attenuante, impedendo a questa di svolgere la sua funzione di concreto alleviamento della pena da irrogare»⁴³⁹.

A contrario, tale giurisprudenza, perciò, sostiene che l'aggravante non è da ritenere applicata allorquando essa non manifesti concretamente alcuno degli effetti che le sono propri, a causa della prevalenza attribuita all'attenuante, che non si limita a paralizzarla, ma prevale su di essa, in modo che, sul piano dell'effettività sanzionatoria, l'aggravante risulti *tamquam non esset*⁴⁴⁰.

In realtà, tale distinzione tra il *riconoscimento*, ovvero la *dichiarazione* di recidiva, cui il giudice sarebbe sempre vincolato, e la sua *applicazione*, basata sulla produzione o meno dell'aumento sanzionatorio, che rimarrebbe invece facoltativo, secondo ancora parte della giurisprudenza⁴⁴¹, sembra da rigettare. I giudici di legittimità sia della Consulta sia della Corte

⁴³⁸ Sez. Un. 18 giugno 1991, n. 17, ric. Grassi, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1957, con nota di GIOACCHINO; confermata dalle seguenti: Sez. I, 21 maggio 1992, n. 2303, ric. Castellano, rv. 192017; Sez. I, 26 giugno 1993, n. 1294, ric. Comisso, rv. 194003, tutte relative a fattispecie concernenti l'applicabilità dell'indulto.

⁴³⁹ Cfr. Sez. I, 14 ottobre 2008, n. 43019, in *CED Cass. pen.*, 2008, n. 241831, che ha affermato che ai fini dell'applicazione della recidiva reiterata - circostanza che comporta il divieto di sospensione dell'esecuzione a norma dell'art. 656, comma 9, c.p.p. - non è necessario che essa abbia determinato un aggravamento del trattamento punitivo, essendo sufficiente che essa abbia paralizzato gli effetti della concessione d'attenuanti, impedendo la diminuzione di pena ad esse correlata.

⁴⁴⁰ «In tema di misure alternative alla detenzione, se con la condanna posta in esecuzione la recidiva reiterata è stata dichiarata *subvalente rispetto alle circostanze attenuanti*, l'art. 58 *quater* comma 7 *bis* ord. penit., introdotto con l. n. 251 del 2005, non è di ostacolo alla concessione della semilibertà, perché la recidiva può ritenersi "applicata", a norma del menzionato art. 58 *quater* ord. penit., se realizza l'effetto tipico di aggravamento della pena e quindi se nel giudizio di comparazione ex art. 69 c.p. le circostanze attenuanti non sono state dichiarate prevalenti», cfr. Sez. I, 22 giugno 2006, n. 27814, in *C.E.D. Cass. pen.*, 2006, n. 234433.

⁴⁴¹ Cfr. Sez. VI, 27 febbraio 2007, Ben Hadhria, cit., in base alla cui motivazione, il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata troverebbe applicazione a prescindere dalle determinazioni che il giudice può assumere discrezionalmente in ordine all'aumento di pena, in quanto il novellato art. 69 c.p. farebbe riferimento alla recidiva quale *status* soggettivo, legato ad un dato

Suprema in recenti pronunce di segno contrario, sembrano infatti aver definitivamente chiarito come non sia possibile scindere il momento del riconoscimento dello *status* di recidivo, che rimane discrezionale (salvo i casi eccezionali di cui all'art. 99, co. 5 c.p.), dal momento dell'aumento di pena, che deve rimanere collegato allo stesso riconoscimento dell'aggravante. Oggi la giurisprudenza prevalente, pertanto, allineandosi con quanto la dottrina affermava già dopo la riforma del 1974, sostiene che qualora il giudice discrezionalmente ritenga sussistenti i presupposti sostanziali per dichiarare la recidiva, sarà costretto poi anche ad aumentare la pena o comunque a considerare la recidiva nel giudizio di bilanciamento⁴⁴². Ciò è infatti insito nella natura circostanziante stessa della recidiva, che esclude la possibilità di una c.d. "discrezionalità bifasica"⁴⁴³. Inoltre, è bene rammentare che la migliore dottrina in tema di giudizio di prevalenza o equivalenza *ex art. 69 c.p.* ha sempre sostenuto che *anche le circostanze soccombenti svolgono una loro influenza a livello commisurativo*, in quanto il giudice dovrà tenerne conto, insieme agli altri elementi contingenti, per determinare la diminuzione o l'aumento extraedittale corrispondente alle circostanze prevalenti⁴⁴⁴. Deve concludersi perciò che qualora la circostanza della recidiva, "ritenuta" dal giudice di cognizione e doverosamente ammessa al giudizio di bilanciamento, sia risultata soccombente, dovrà comunque essere considerata come *applicata*, in quanto «la qualificazione del fatto è e resta quella di reato circostanziato» a tutti gli effetti penali⁴⁴⁵. Alla luce di queste

oggettivo indefettibile, costituito dai precedenti giudiziari. *Contra* vedi Sez. IV, sent. 11 aprile 2007 (dep. 3 maggio 2007), n. 16750, *cit.*

⁴⁴² ROMANO M.-GRASSO G., *op. cit.*, p. 93.

⁴⁴³ In questo senso chiaramente Sez. IV, sent. 11 aprile 2007 (dep. 3 maggio 2007), n. 16750, *cit.*, che testualmente afferma «non è ammissibile configurare, in materia di circostanze, una "discrezionalità bifasica" (sull'*an* della circostanza, che deve essere riconosciuta, e sulla variazione della pena conseguente), in quanto deve riconoscersi che l'individuazione e l'applicazione della circostanza devono seguire un medesimo binario e che la facoltatività della recidiva comporta un accertamento in concreto della particolare insensibilità e pericolosità sociale del soggetto, sicché il requisito oggettivo della precedente condanna non è sufficiente, in assenza dei presupposti soggettivi a fondare non solo l'aumento di pena, ma anche il riconoscimento della recidiva agli altri effetti penali». E così come per l'effetto dell'aumento di pena, dovrà avvenire anche per gli altri effetti c.d. secondari, ma sempre comunque commisurativi.

⁴⁴⁴ Qualora anche due attenuanti vengano considerate prevalenti rispetto ad una aggravante, come ad esempio la recidiva, la diminuzione della pena potrà essere contenuta in misura esigua, *ex art. 63 c.p.*, anche per via del numero e del significato delle aggravanti pur soccombenti. Così STILE, *Il giudizio di prevalenza e di equivalenza tra le circostanze*, *cit.*, p. 137; DE VERO G., *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, *cit.*, p. 632; ROMANO M.-GRASSO G., *op. cit.*, p. 715.

⁴⁴⁵ Cfr. AMBROSETTI E.M., *La recidiva*, in *Studium iuris*, 1999, p. 318 s. Si deve tuttavia evidenziare come le considerazioni qui espone dal punto di vista teorico avranno probabilmente una scarsa

considerazione e della nuova interpretazione giurisprudenziale, il lemma “*applicazione*” dovrà ritenersi, dunque, sinonimo di “*dichiarazione*” di recidiva. Non può d'altronde a riguardo non ricordarsi che, proprio a seguito delle diverse modifiche che hanno colpito il sistema sanzionatorio dopo la novella del 2005, con esclusivo riferimento ai recidivi, non sarà più possibile che la recidiva reiterata risulti soccombente rispetto ad una circostanza attenuante, così come disposto oggi dall'art. 69, comma 4 c.p., potendo al più risultare equivalente (si veda *retro* il § 2.2.). Non è escluso infatti che fosse anche questo l'intento ultimo del legislatore della riforma: impedire che, attraverso il bilanciamento tra la recidiva anche reiterata e circostanze attenuanti, tali limitazioni in sede di fruizione di misure di favore penitenziarie potessero essere vanificate.

È ancora dubbio tuttavia se le restrizioni previste per il recidivo si applicheranno al soggetto dichiarato tale da qualsiasi sentenza, ovvero se vi sia la necessità che la dichiarazione di recidiva risulti nella specifica sentenza alla quale si stia dando esecuzione⁴⁴⁶.

Scendendo più approfonditamente nell'analisi delle singole restrizioni, una prima modifica ha riguardato l'aggiunta dell'art. 30-*quater*, nella disciplina sui permessi premio ai detenuti⁴⁴⁷. Il nuovo articolo è intitolato «concessione dei permessi premio ai recidivi», già in questo evidente espressione di una *disciplina differenziata* e chiaramente più rigorosa per i

rilevanza pratica, in seguito alle modifiche della novella del 2005, dal momento che i principali effetti della recidiva, soprattutto a livello di condizioni per l'applicabilità di misure alternative e di benefici penitenziari, sono state ricollegate all'effetto ostativo della sola forma della recidiva reiterata *ex art.* 99, co. 4 c.p., per la quale, al contempo, è stato previsto, al comma 4 dell'art. 69, un divieto di prevalenza delle attenuanti in sede di bilanciamento delle circostanze: pertanto la recidiva reiterata tutt'al più potrà essere ritenuta equivalente alle attenuanti concorrenti (cfr. meglio *infra* § 3.2.).

⁴⁴⁶ Per questo secondo orientamento si è finora espressa la Suprema Corte, ad esempio, nella sentenza Sez. I, 28 giugno 2006, n. 28632, in *D&G*, 2006, p. 55, con nota di SANTALUCIA G., con cui afferma che: «la recidiva è una circostanza aggravante che per produrre il suo effetto deve essere dapprima contestata, e quindi dichiarata con la sentenza di condanna. Ne consegue che il nuovo testo dell'art. 58 *quater*, comma 7 *bis*, dell'ordinamento penitenziario, il quale esclude dall'affidamento in prova i recidivi, si applica soltanto quando la recidiva sia stata applicata nella sentenza della cui esecuzione si tratta, a nulla rilevando l'applicazione di essa in altre diverse sentenze».

⁴⁴⁷ Cfr., Cass. pen., Sez. I, 25 gennaio 2005, n. 5430: ai fini della concessione o meno del permesso premio, ai sensi dell'art. 30-*ter*, prevedendosi in tale norma, oltre al requisito della regolare condotta, anche quello dell'assenza della pericolosità sociale, è del tutto legittimo che quest'ultimo venga valutato con particolare attenzione nel caso di soggetti condannati per reati di allarmante gravità e con fine pena lontana nel tempo, attribuendosi rilevanza in senso negativo, anche alla mancanza di elementi indicativi di una rivalutazione critica, da parte del condannato, del suo pregresso comportamento deviante; Cass. pen., Sez. I, 19 maggio 2000, n. 3688: la fruizione pregressa di riduzioni di pena per liberazione anticipata non costituisce, da sola, elemento idoneo a provare il conseguimento, da parte del condannato, di un grado di rieducazione adeguato alla concessione dei permessi premio.

recidivi. Di fatto, la nuova disposizione stabilisce che la concessione dei permessi premio ai detenuti condannati quali recidivi “reiterati” sia subordinata all’espiazione di determinate percentuali di pena, certamente maggiori rispetto a quelle ordinariamente previste⁴⁴⁸.

Altre modifiche riguardano la detenzione domiciliare (art. 47-*ter*), con l’introduzione di nuove ipotesi applicative e con corrispondenti limitazioni nei confronti dei recidivi reiterati. Le nuove ipotesi riguardano: il condannato ultrasettantenne; il condannato a pena superiore a quattro anni che versi in date situazioni; il condannato a pena non superiore a due anni.

Per i detenuti che hanno compiuto i settanta anni⁴⁴⁹ (comma 1 dell’art. 47-*ter*), a condizione che la condanna non riguardi determinati delitti particolarmente gravi (es. riduzione in schiavitù, reati connessi alla prostituzione minorile, reati sessuali, reati connessi all’associazione mafiosa), la pena della reclusione può essere espiata nella propria abitazione o in altro luogo di cura, assistenza e accoglienza. Sono esclusi da questa previsione i delinquenti abituali, professionali o per tendenza e quelli dichiarati recidivi, anche una sola volta.

Per il soggetto che è stato condannato alla pena della reclusione (o dell’arresto) non superiore a quattro anni (anche se residuo di maggior pena) è possibile (comma 1 dell’art. 47-*ter*) l’espiazione della pena nella propria abitazione o in altro luogo di cura, assistenza ed accoglienza, quando si tratta di detenuti che versino in particolari condizioni (donne incinta, genitore con prole di età inferiore a dieci anni, gravi condizioni di salute, ultrasessantenne parzialmente inabile, infortunato per particolari ragioni di salute, studio o famiglia).

⁴⁴⁸ In particolare: nei confronti dei condannati all’arresto o alla reclusione non inferiore a tre anni anche se congiunta all’arresto (art. 30-*ter*, comma 4, lett. a) prima della riforma era possibile la concessione dei permessi premio senza limiti alla pena presofferta. Oggi, limitatamente ai recidivi “reiterati”, occorre che sia stato espiato un terzo della pena. Nei confronti dei condannati (art. 30-*ter*, comma 4, lett. b) alla reclusione superiore a tre anni (salvo quanto previsto nella lettera c) prima della riforma era possibile la concessione dei permessi dopo l’espiazione di almeno un quarto della pena. Oggi, limitatamente ai recidivi “reiterati” occorre che sia stata espiata la metà della pena. Nei confronti dei condannati alla reclusione per taluno dei delitti indicati nell’art. 4-*bis*, comma 1 (art. 30-*ter*, comma 4, lett. c), mentre prima della riforma era possibile la concessione dei permessi premio dopo l’espiazione di almeno metà della pena e comunque di non oltre dieci anni, oggi, limitatamente ai recidivi reiterati occorre che siano stati espiati i due terzi della pena e comunque non oltre quindici anni. Nei confronti dei condannati all’ergastolo (art. 30-*ter*, comma 4, lett. d), mentre prima della riforma era possibile la concessione dei permessi premio dopo l’espiazione di almeno dieci anni, oggi, limitatamente ai recidivi “reiterati”, occorre che siano stati espiati i due terzi della pena e comunque non oltre quindici anni.

⁴⁴⁹ V. Cass. pen., Sez. I, 9 maggio 2006, n. 20035: un particolare *dictum* sul caso di un detenuto ultrasettantenne.

Nei confronti del condannato al quale sia stata applicata la recidiva “reiterata”, sempre che ricorrano le altre condizioni, occorre che la pena detentiva inflitta (anche se costituente parte residua di maggior pena) non superi i tre anni, anziché i quattro previsti dalla precedente versione.

Indipendentemente dalla sussistenza delle particolari condizioni sopra descritte, la detenzione domiciliare può essere applicata (comma 1-*bis* dell’art. 47-*ter*) per l’espiazione della pena detentiva inflitta in misura non superiore a due anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, quando non ricorrono i presupposti per l’affidamento in prova al servizio sociale e sempre che tale misura sia idonea ad evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati. Restano esclusi da quest’ultima previsione però i detenuti incorsi in recidiva “reiterata” nonché i condannati per alcuni delitti particolarmente gravi (art. 4-*bis* o.p.).

Venendo al tema della concessione della semilibertà, ricordiamo che, ai sensi dell’art. 50 (o.p.), possono essere espiate in regime di semilibertà: la pena dell’arresto e la pena della reclusione non superiore a sei mesi, se il condannato non è affidato in prova al servizio sociale. Fuori da questi casi il condannato può essere ammesso al regime di semilibertà soltanto dopo l’espiazione di almeno metà della pena, ovvero, se si tratta di condannato per alcuni delitti particolarmente gravi (indicati dal comma 1 dell’art. 4-*bis*), di almeno due terzi di essa; l’internato può esservi ammesso invece in ogni tempo. Tuttavia, nei casi previsti dall’art. 47, se mancano i presupposti per l’affidamento in prova al servizio sociale, il condannato per un reato diverso da quelli indicati nel comma 1 dell’art. 4-*bis* può essere ammesso al regime di semilibertà anche prima dell’espiazione di metà della pena; il condannato all’ergastolo può essere ammesso al regime di semilibertà dopo aver espiaato almeno venti anni di pena.

La l. n. 251 ha inserito nella disciplina di questa misura alternativa il nuovo art. 50-*bis*, secondo cui il condannato, al quale sia stata applicata la recidiva “reiterata”, può avere accesso alla semilibertà soltanto dopo l’espiazione dei due terzi della pena, ovvero di tre quarti della pena in caso di delitti particolarmente gravi (art. 50-*bis*). La norma sembra riferirsi perciò solo a soggetti detenuti. Effettivamente, la riforma esclude la sospensione dell’esecuzione della pena prima del suo inizio per i recidivi “reiterati” (v. art. 656 c.p.p.), ma può capitare, tuttavia, che il soggetto si trovi comunque a chiedere la semilibertà in condizioni di libertà, ancorché

sia recidivo “reiterato”: nei confronti di tale soggetto la disciplina restrittiva dunque non sarebbe applicabile⁴⁵⁰.

Per quanto riguarda, invece, i benefici penitenziari occorre distinguere tra le due modifiche introdotte dalla l. n. 251, che prevedono due distinte tipologie di restrizioni a seconda che il soggetto sia stato condannato per un particolare tipo di reato, ovvero se sia stato dichiarato recidivo ai sensi dell’art. 99, co. 4 c.p..

La prima modifica stabilisce che non possono essere concessi al condannato riconosciuto colpevole di evasione i seguenti benefici: assegnazione al lavoro all’esterno; concessione di permessi premio, affidamento in prova al servizio sociale, nei casi previsti dall’art. 47; detenzione domiciliare; semilibertà (art. 58-*quater*). E’ da ricordare che tale previsione esisteva già nel primo comma dell’art. 58-*quater*, con la differenza che l’esclusione operava solo nei confronti dei condannati per uno dei delitti previsti nel comma 1 dell’art. 4-*bis*.

La seconda modifica impone, invece, che non possano essere concessi più di una volta al recidivo reiterato i benefici dell’affidamento in prova al servizio sociale, nei casi previsti dall’art. 47, della detenzione domiciliare e della semilibertà. Deve ritenersi che la norma consenta al recidivo “reiterato” una sola misura alternativa in tutta la vita, essendo tale lettura quella sicuramente più coerente con la lettera della legge e con l’intero disegno normativo⁴⁵¹.

La modifica apportata dalla 251 al d.P.R. 309/90, in materia di sostanze stupefacenti, consisteva nell’aggiunta di un nuovo articolo, il 94-*bis*, riguardante la concessione dei benefici ai recidivi.

Il d.P.R. 309/90 prevede una serie di disposizioni di favore nei confronti del tossicodipendente ritenuto responsabile di reati, ma che intenda seguire un programma terapeutico e socio-riabilitativo. In particolare, è consentita: la sospensione dell’esecuzione (art. 90) se la pena detentiva inflitta o ancora da scontare non supera i sei anni o i quattro anni, se relativa a titolo esecutivo comprendente un reato di cui all’art. 4-*bis* ord. pen.; l’affidamento in prova al servizio sociale (art. 94) se la pena detentiva inflitta o ancora da scontare non

⁴⁵⁰ MARCHESELLI A., *Permessi premio con il contagocce ai recidivi*, in *Guida dir.*, 2006, p. 79 ss.

⁴⁵¹ Tra le prime applicazioni giurisprudenziali, cfr. Cass. pen., Sez. I, 10 luglio 2006, n. 33634, cit.: se la condanna è passata in giudicato prima dell’8 dicembre 2005 (entrata in vigore della legge ex-Cirielli), il recidivo non incorre nella preclusione introdotta dal nuovo art. 58-*quater* dell’Ord. pen..

supera i sei anni o i quattro anni, se relativa a titolo esecutivo comprendente un reato di cui all'art. 4-*bis* ord. pen. .

L'art. 94-*bis* stabiliva, che in caso di recidiva "reiterata", il condannato poteva accedere ai benefici della sospensione ed all'affidamento in prova con due limitazioni aggiuntive: la pena detentiva inflitta o ancora da scontare non doveva superare i tre anni; tali benefici potevano essere usufruiti una sola volta.

Tale disciplina si poneva però in palese contrasto con le esigenze di recupero dei condannati tossicodipendenti riducendo, anzi di fatto azzerando, le possibilità d'accesso ai programmi terapeutici esterni al carcere per la stragrande maggioranza dei condannati affetti da problemi legati all'abuso di droghe. In base ai dati statistici uniformi, infatti, per tale tipologia di soggetti la ricorrenza della recidiva costituisce un dato stabile del profilo criminologico legato alla reiterazione di reati di microcriminalità aggressivi del patrimonio, commessi allo scopo di reperire i mezzi per l'acquisto dello stupefacente. Il Governo, pertanto, poco dopo l'entrata in vigore della l. n. 251, ha provveduto ad abrogare tale disposizione, con il D.L. del 30 dicembre 2005, n. 272, convertito nella L. 21 febbraio 2006, n. 49.

Le modifiche al regime penitenziario introdotte dalla riforma del 2005 fin qui esaminate, però, come era prevedibile, hanno subito sollevato problemi di diritto transitorio, agevolmente risolti dalla giurisprudenza di legittimità attraverso i comuni principi in materia di successione delle leggi penali nel tempo. L'art. 10 di tale legge prevede, infatti, una particolare disciplina transitoria soltanto per le disposizioni contenute nell'art. 6, relative ai termini di prescrizione, limitandosi, per tutte le altre, a richiamare l'art. 2 cod. pen., norma generale in materia di successione delle leggi penali nel tempo, la quale sancisce, al quarto comma, la prevalenza della legge penale più favorevole al reo, salvo il limite derivante dal giudicato.

Proprio in relazione al regime transitorio delle nuove norme restrittive in tema di misure alternative e benefici penitenziari, sono stati sollevati dubbi di costituzionalità che hanno portato a ben due declaratorie di incostituzionalità, aventi ad oggetto: la prima, l'art. 30-*quater* ord. pen., sui permessi premio; la seconda, l'art. 58-*quater*, commi 1 e 7-*bis* ord. pen., che prevede delle nuove preclusioni per l'accesso alla misura dell'affidamento in prova al

servizio sociale per i condannati per condotte punibili ai sensi dell'art. 385 c.p., o per i recidivi reiterati.

L'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale, che diede vita alla prima pronuncia di incostituzionalità (sentenza 21 giugno 2006 n. 257)⁴⁵² dell'art. 30-*quater* introdotto dall'art. 7 della legge in esame, aveva profilato un contrasto sia con il disposto dell'art. 25, 2° co, Cost., per violazione del principio di irretroattività, sia con l'art. 27, 3° co., Cost, per violazione del principio della finalità rieducativa della pena.

Sotto il primo profilo, il giudice rimettente aveva sostenuto che la norma *de quo* dovesse ritenersi in contrasto con il principio di irretroattività della legge penale di sfavore, nella parte in cui prevedeva che i nuovi limiti di pena per accedere al beneficio dei permessi premio, si applicassero anche ai condannati recidivi *ex art. 99, 4° co*, per i delitti commessi prima dell'entrata in vigore della l. 251/2005. Secondo il Magistrato di sorveglianza di Livorno⁴⁵³, infatti, tutte le norme che prevedono i c.d. benefici penitenziari, e che di fatto dunque descrivono modalità di esecuzione della pena, incidendo sulla quantità e qualità della stessa, possono di diritto entrare nella sfera di applicazione del parametro costituzionale previsto dall'art. 25, co. 2 Cost., in quanto considerabili come norme di natura intrinsecamente penale-sostanziale, intesa in senso lato, ossia comprendente anche la disciplina dell'esecuzione penitenziaria.

Lo stesso giudice *a quo*, tuttavia, conscio del prevalente orientamento giurisprudenziale contrario, affermò che, ove non si fosse voluta accogliere l'interpretazione estensiva dell'art. 25, co. 2 Cost. appena esposta, si sarebbe dovuto comunque rilevare il contrasto della norma, di cui all'art. 30-*quater* ord. pen., con il principio della finalità di rieducazione della pena, sancito dall'art. 27, comma 3 Cost., nella parte in cui non prevede che il beneficio del permesso premio possa essere concesso in favore dei condannati che, prima

⁴⁵² La Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 30-*quater* introdotto dall'art. 7 della legge in esame, con la sentenza 21 giugno 2006 n. 257 (su www.cortecostituzionale.it), nella parte in cui non prevede che il beneficio del permesso premio possa essere concesso sulla base della normativa previgente nei confronti dei condannati che, prima dell'entrata in vigore della citata legge, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto.

⁴⁵³ Quest'ultimo, nel giudizio *a quo*, era stato investito della richiesta di permesso premio formulata da un detenuto nei confronti del quale è stata ritenuta sussistente, in sede di condanna, la recidiva reiterata e specifica.

dell'entrata in vigore dell'art. 7 l. 251/2005, *abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto, almeno in base alla previgente normativa*.

La Corte Costituzionale, tuttavia, con la sentenza n. 257/2006, accolse l'eccezione di incostituzionalità, sollevata in relazione all'art. 30-*quater*, solo sotto il profilo del contrasto con l'art. 27, 3° co, Cost., richiamando un consolidato orientamento inaugurato dalla sentenza n. 306 del 1999, secondo il quale «non si può ostacolare il raggiungimento della finalità rieducativa, prescritta dalla Costituzione nell'art. 27, con il precludere l'accesso a determinati benefici o a determinate misure alternative in favore di chi, al momento in cui è entrata in vigore una legge restrittiva, abbia già realizzato tutte le condizioni per usufruire di quei benefici o di quelle misure»⁴⁵⁴. La Corte osserva, perciò, che se la condotta del detenuto ha consentito di accertare il raggiungimento di uno stadio rieducativo adeguato alla fruizione del beneficio richiesto, l'innovazione legislativa sopraggiunta, che vieti tale concessione, finisce per atteggiarsi alla stregua di una “revoca”, non giustificata però da comportamenti colpevoli del detenuto stesso e perciò idonea ad arrestare bruscamente ed illegittimamente la logica progressiva ed individualizzante, che deve connotare lo stesso percorso trattamentale penitenziario per tutta la sua intera durata⁴⁵⁵.

La Consulta ha perciò rigettato, seppur in modo implicito, tralasciando di affrontarlo specificamente, il primo profilo di illegittimità costituzionale profilato dal giudice remittente per violazione del principio di irretroattività delle leggi penali più sfavorevoli. Sul punto, infatti, è opportuno ricordare quell'orientamento consolidato della giurisprudenza costituzionale che circoscrive alle sole norme penali incriminatrici l'ambito di operatività dell'art. 25, secondo comma, Cost. In particolare, la giurisprudenza è piuttosto unanime nell'affermare che tale ultima disposizione, non trovi applicazione nella fase esecutiva della pena, stante la natura processuale delle norme in materia di esecuzione della pena e di misure alternative, con conseguente immediata applicabilità delle stesse in tutti i procedimenti

⁴⁵⁴ Per un commento piuttosto critico a quest'ultima sentenza cfr. PAVARINI M., *La ex Cirielli: colpita ma non affondata*, in *D&G*, 2006, p. 44 ss.; secondo il quale la Consulta ancora una volta avrebbe intrapreso la strada meno diretta e più tortuosa: quella di dichiarare

⁴⁵⁵ Così anche la sentenza della Corte Cost. n. 445 del 1997, richiamata sia dal giudice remittente che dalla stessa Corte.

pendenti al momento della entrata in vigore di leggi modificative, in virtù del principio del “*tempus regit actum*”, che regola la successione nel tempo delle norme penal-processuali⁴⁵⁶.

L'effetto trascinate del *dictum* della Corte Costituzionale, non tardò a manifestarsi anche nei confronti della norma dell'art. 58-*quater* della legge n. 354 del 1975, sulla limitazione alla concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale da parte del recidivo reiterato⁴⁵⁷.

Con ordinanza del 6 febbraio 2006, il Tribunale di sorveglianza di Catania, infatti, allineandosi al principio stabilito dalla Consulta nella sent. n. 257 del 2006, sollevò questione di legittimità costituzionale dell'art. 58 *quater*, commi 1 e 7 *bis* o.p., per contrasto con gli artt. 3 e 27, co. 3, Cost., nella parte in cui dette disposizioni, modificando la legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), prevedono che le nuove preclusioni stabilite per l'accesso alla misura dell'affidamento in prova al servizio sociale si applichino anche ai condannati per condotte punibili ai sensi dell'art. 385 del codice penale, o ai recidivi reiterati, per delitti commessi prima dell'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005, «indipendentemente dal comportamento tenuto successivamente alla condanna e alla casuale data di irrevocabilità delle sentenze da eseguire».

Il giudice *a quo*, pur affermando di conoscere l'orientamento costante della Corte circa l'inapplicabilità dell'art. 25, secondo comma, Cost. alle norme penali disciplinanti la fase esecutiva della pena, sottolinea come sia nondimeno opportuno richiamare quella giurisprudenza della Corte costituzionale circa i limiti che il legislatore dovrebbe incontrare nell'adottare norme dotate di efficacia retroattiva, le quali devono trovare «adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza» e non possono porsi in contrasto «con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti». Le disposizioni censurate, tuttavia, a parere del

⁴⁵⁶ Così Cass., Sez. I, 11 luglio 2006 (dep. 20 luglio 2006), n. 25113, *cit.*, che afferma: per le norme in materia di esecuzione della pena e misure alternative vale il principio “*tempus regit actum*”, v. anche Cass., Sez. I, 9 maggio 2006 (dep. 13 giugno 2006), n. 20035.

⁴⁵⁷ La Corte Suprema di Cassazione, infatti, poco dopo, con ordinanza, Sez. I, del 19 ottobre 2006 (dep. 9 novembre 2006), n. 37276, sollevò questione di legittimità costituzionale sul divieto di accesso ai benefici penitenziari per i recidivi reiterati, previsto dall'art. 58 *quater*, comma 7 *bis* o.p. Da notare che, per gli stessi motivi evidenziati con riferimento all'art. 30-*quater* o.p., la Suprema Corte, nel provvedimento di remissione, respinse la tesi dell'assunto contrasto della norma con l'art. 25, co. 2, riconoscendo espressamente all'art. 58-*quater* natura di norma processuale, soggetta, per costante indirizzo giurisprudenziale, al diverso principio “*tempus regit actum*”.

giudice di sorveglianza, sembravano travalicare tali limiti nel momento in cui, modificando con efficacia retroattiva l'art. 58-*quater* della legge n. 354 del 1975, introducono «nuove presunzioni di pericolosità, fondate l'una sul titolo del reato e l'altra sull'avvenuta applicazione della recidiva reiterata, senza considerare né il dato temporale dell'epoca del commesso reato, né quello della condotta successiva del condannato». La preclusione dell'accesso alla misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale, in danno dei soggetti che, al momento dell'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005, abbiano già intrapreso un percorso riabilitativo, si traduce infatti in un ingiustificato arresto di tale percorso, contrastante sia con il canone della ragionevolezza ex art. 3 Cost., che con quello del necessario finalismo rieducativo della pena ex art. 27, co. 3 Cost..

La questione di illegittimità così motivata fu accolta dalla Corte Costituzionale, con sentenza del 16 marzo 2007, n. 79⁴⁵⁸, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei commi 1 e 7-*bis* dell'art. 58-*quater* della legge 26 luglio 1975 n. 375, introdotti dall'art. 7, commi 6 e 7, della legge 5 dicembre 2005 n. 251, nella parte in cui non prevedono che i benefici in essi indicati possano essere concessi, sulla base della normativa previgente, nei confronti dei condannati che, prima della entrata in vigore della citata legge n. 251 del 2005, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti.

La Consulta, rifacendosi ad un suo orientamento costante ed univoco, da ultimo confermato anche nella sentenza n. 257 del 2006 in merito ai permessi premio, ha ritenuto che l'applicazione della nuova restrizione alla concessione dell'affidamento in prova a coloro i quali avevano già maturato, secondo la previgente disciplina, le condizioni per godere del beneficio, rappresenti una violazione del principio del finalismo rieducativo del trattamento penitenziario, potendo tradursi, invece, in una «brusca interruzione» dell'*iter* rieducativo del condannato, senza che ad essa abbia in alcun modo corrisposto un suo comportamento colpevole (sentenza n. 445 del 1997). In tal modo «l'opzione repressiva finisce per relegare nell'ombra il profilo rieducativo [...] al di fuori di qualsiasi concreta ponderazione dei valori coinvolti»⁴⁵⁹.

⁴⁵⁸ Cfr. CESARI C., *Un nuovo esercizio di equilibrio della Consulta nel perenne confronto tra rieducazione ed emergenza* (Nota a C. Cost. 16 marzo 2007, n. 79), in *Giur. cost.*, 2007, p. 772 ss.

⁴⁵⁹ Così richiamando, testualmente, la sent. n. 257 del 2006, *cit.*

La Corte conclude, pertanto, affermando che l'identità della *ratio decidendi* con le pronunce richiamate, e dunque anche con la sentenza da ultimo citata n. 257/2006 sempre relativa a restrizioni introdotte dalla Legge in commento, comporta la dichiarazione d'illegittimità costituzionale anche delle norme di cui all'art. 58-*quater*, commi 1 e 7-*bis*, della legge 26 luglio 1975, n. 354, per violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost.

Ma l'inasprimento maggiormente rilevante che colpisce i recidivi in fase esecutiva, e che concerne un numero piuttosto rilevante di casi, è costituito indubbiamente da quello introdotto dall'art. 9 della legge 251/05, che esclude dall'operatività del meccanismo di automatica sospensione dell'esecuzione delle pene, ex art. 656 c.p.p. (così come novellato dalla legge Saraceni- Simeone), oltre i condannati per i delitti di cui al 4 *bis* o.p., anche i condannati a pena o residuo pena inferiore ai tre anni, ai quali sia stata *applicata* la recidiva ex articolo 99 quarto comma c.p.

Questi complessivi irrigidimenti nella esecuzione della sanzione, rivolti però solo verso i *recidivi reiterati*, senza tra l'altro alcuna distinzione per la tipologia di reati che li ha visti coinvolti (salvo evidentemente la irrazionale restrizione ai soli «delitti non colposi»), a ben vedere, costituisce una reazione, piuttosto impulsiva da parte del legislatore, al generalizzato clima di insofferenza nell'opinione pubblica suscitato da alcuni episodi di cronaca, esempio, da un lato, di un eccessivo indulgenzialismo da parte dei giudici di sorveglianza nell'adottare le misure alternative alla pena detentiva previste dalla disciplina penitenziaria; dall'altro, di una politica criminale talvolta irrazionale e incoerente che si traduceva nell'introduzione di benefici penitenziari disarticolati rispetto al sistema complessivo, che comportavano, in effetti, l'esecuzione dell'irrogata sanzione della reclusione da subito in sostanziale libertà⁴⁶⁰, anche per delinquenti recidivi responsabili di crimini di

⁴⁶⁰ Si pensi ad esempio al c.d. *indultino* introdotto ad opera dell'art. 1, co. 1, della l. 1° agosto 2003, n. 207, che prevedeva una sospensione automatica dell'esecuzione della pena detentiva nel limite massimo di due anni, che però la Corte Costituzionale, con sent. 4 luglio 2006, n. 255, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3510, ha dichiarato illegittima proprio nella parte in cui non prevedeva che il giudice di sorveglianza potesse negare la sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva al condannato quando ritenesse il beneficio non adeguato alle finalità previste dall'art. 27, comma 3 Cost. In questa pronuncia infatti la Corte ha affermato il principio di diritto — poi confermato come si è visto nelle successive pronunce in tema di permessi premio e affidamento in prova dei recidivi — in base al quale la generalizzata applicazione del trattamento di favore compromette non soltanto il principio di uguaglianza, omologando fra loro situazioni diverse, ma anche la stessa funzione rieducativa della pena, posto che il riconoscimento di un beneficio penitenziario che non risulti

particolare gravità. La risposta che ha creduto di dare il governo italiano a questo stato di paura, forse incrementato eccessivamente anche dai media⁴⁶¹, è stato perciò quello di introdurre degli *automatismi sanzionatori* poco razionali e conformi allo “scopo”⁴⁶².

Se da un lato è vero che, anche di recente, la Corte Costituzionale ha riconosciuto la possibilità per il legislatore di attribuire peso ai precedenti penali negativi del recidivo al fine, ad esempio, di stabilire preclusioni da eventuali benefici o istituti di maggior favore, anche di carattere processuale⁴⁶³, è altrettanto vero però che più volte gli stessi giudici della Consulta hanno ribadito l'assoluta illegittimità di ogni reazione sanzionatoria che risulti fondata solo su presunzioni *juris et de jure* di maggiore colpevolezza o di maggiore pericolosità⁴⁶⁴.

Perciò se in apparenza la legge in esame potrebbe sembrare incompatibile con i parametri di legittimità fissati dagli artt. 3 e 27 comma 1 Cost., il “diritto vivente”, attraverso l'interpretazione che ha fornito in merito alla natura sostanzialmente *discrezionale* della circostanza aggravante dell'art. 99, comma 4 c.p., ha provveduto a riportarla nell'alveo dei principi conformi alla Costituzione.

correlato alla positiva evoluzione del trattamento, compromette inevitabilmente l'essenza stessa della progressività, che costituisce il tratto saliente dell'iter riabilitativo.

⁴⁶¹ Concordano nel giudicare questa politica legislativa soprattutto come una risposta alla domanda collettiva di insicurezza INSOLERA G., *Una nuova grammatica costituzionale di fronte alla palingenesi della ideologia punitiva*, in *La legislazione penale compulsiva*, a cura di Insolera G., Cedam, 2006, p. 31, nt. 96; DOLCINI E., *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 515 ss..

⁴⁶² FIORIO C., *Recidiva e prescrizione dei reati: le novità della legge ex-Cirielli (II). Le disposizioni esecutive e penitenziarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 315 ss.

⁴⁶³ Cfr. C. Cost., 23 dicembre 2004, n. 421, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1565; e in *Giur. cost.*, 2004, p. 6 che nel dichiarare manifestamente infondata la q.l.c. dell'art. 444 comma 1 *bis* c.p.p., introdotto dall'art. 1 comma 1 della l. 12 giugno 2003 n. 134 (Modifiche al c.p.p. in materia di applicazione della pena su richiesta delle parti), sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 111 cost., nella parte in cui preclude ai recidivi reiterati ai sensi dell'art. 99 comma 4 c.p. (nella formulazione precedente alla novella del 2005) di accedere all'istituto del patteggiamento c.d. “allargato”, ha affermato che risulta coerente con le finalità perseguite in via generale dall'ordinamento penale che il legislatore, nell'ampliare l'ambito di operatività del patteggiamento, abbia previsto specifiche esclusioni soggettive nei confronti di coloro che, da un lato, hanno dimostrato un rilevante grado di capacità a delinquere, in quanto recidivi reiterati e, dall'altro, sono imputati di reati che - ove si tenga conto della determinazione della pena in concreto e della speciale diminuzione di un terzo per effetto del patteggiamento - rivestono non trascurabile gravità, tanto da comportare l'applicazione di una pena detentiva superiore a due e sino a cinque anni.

⁴⁶⁴ A tal proposito si ricordino gli insegnamenti di BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 359: «ogni reazione sanzionatoria che venga rigidamente e obbligatoriamente basata su forme di tipologia soggettiva deve ritenersi in pieno contrasto con quell'esigenza di adeguamento della pena, che è sancita dall'art. 27 comma 3 Cost».

D'altronde, alla luce delle considerazioni svolte anche nel primo capitolo in merito alle funzioni della pena, e alla prevalenza delle teorie "relative", non può negarsi che, accanto alla finalità rieducativa, le sanzioni penali mantengono ulteriori funzioni di indubbio rilievo costituzionale (vale a dire quella punitiva, dissuasiva, preventiva e di difesa sociale); e pertanto l'aggravamento del trattamento sanzionatorio, *sub specie* di limitazione nella fruizione di benefici penitenziari, potrebbe essere sindacato dalla Corte soltanto ove fosse in assoluto e netto contrasto con la predetta finalità rieducativa, e dunque obbligatoriamente applicabile da parte del giudice in via automatica, ipotesi esclusa a monte dalla natura discrezionale della recidiva prevista dall'art. 99, comma 4 c.p., cui le disposizioni penitenziarie si riferiscono.

D'altronde, in conclusione, per quanto concerne la costituzionalità di tale impianto legislativo è opportuno ricordare che le scelte di merito che il legislatore compie in ordine alla politica criminale, sia che si tratti di materia penale sostanziale, di disciplina processuale o di penitenziaria, rientrano nella sua sfera discrezionale che è sottratta al sindacato della Corte Costituzionale in base all'art. 28 l. 87/1953, norma che preclude alla Corte «ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento», salvo il sindacato di «non arbitrarietà» della legge, che le consente di valutare anche la correttezza delle scelte legislative in materia criminale, là dove esse appaiono, nelle loro conseguenze giuridiche, del tutto incoerenti con il quadro effettuale nelle quali esse si pongono.

2. Il ripudio della recidiva come elemento di aggravamento della pena: il caso isolato del sistema tedesco.

La legislazione tedesca, è il più vivo esempio di un ordinamento che ha scelto di combattere il fenomeno della recidiva con strumenti giuridici diversi dall'aggravamento del limite massimo della sanzione, ed è forse l'unico ordinamento di tradizione romano-germanica dove (ancora) non sembra riscontrabile l'influenza delle leggi anglosassoni dei "three strikes".

In Germania, infatti, con la 23° legge di modifica del 13 aprile 1986, in decisa controtendenza rispetto alle politiche criminali di altri ordinamenti europei ed

extracontinentali, si è abolito l'istituto della recidiva (previsto dal § 48 StGB⁴⁶⁵), che comunque non comportava, come nell'ordinamento italiano un aggravio di pena ultraeditale, quanto una *pena detentiva minima obbligatoria* (di 6 mesi), sullo schema dunque delle c.d. *peines plancher* introdotte con la riforma del 2007 in Francia.

La scelta del legislatore tedesco della fine degli anni '80 sembra fosse motivata sulla base di risultanze criminologiche, che avevano mostrato l'inefficienza preventiva dell'istituto, che in realtà si risolveva in un aggravamento sproporzionato solo nei confronti di una ristretta cerchia di delinquenti, quelli socialmente più deboli e disagiati, a fronte dei notevoli problemi che tale misura repressiva invece comportava dal punto di vista della sua compatibilità con i principi costituzionali, tra cui soprattutto quelli della colpevolezza e della necessaria proporzione tra la gravità del fatto e la pena⁴⁶⁶.

Ciò che si metteva in discussione, d'altronde, era: che il minimo di pena fissato per l'autore recidivo (*sei mesi*) fosse proporzionato anche nei casi di reati bagatellari; la sua stessa natura di *causa di elevazione della colpevolezza*, visto che si metteva in dubbio il reale effetto intimidatorio delle precedenti condanne; ed infine si segnalava l'inefficacia specialpreventiva del §48 StGB⁴⁶⁷.

A seguito della novella legislativa, però, la recidiva non è scomparsa completamente dall'ordinamento penale tedesco, continuando a rappresentare un indice di commisurazione giudiziale della pena in senso stretto, riconducibile all'interno del §46, comma 2 StGB, al

⁴⁶⁵ Il §48 StGB del codice penale tedesco (*Strafgesetzbuch*) prevedeva una norma che regolava l'istituto della recidiva, sancendo l'irrogazione *obbligatoria* di una pena più grave per quei soggetti che ricadessero nel *delitto doloso*, dimostrando di non aver recepito l'effetto ammonitorio delle precedenti condanne: la recidiva comportava una pena detentiva di *almeno 6 mesi*, e si applicava alle persone che avevano subito *almeno due condanne in meno di cinque anni*, e che avevano scontato una pena di almeno tre mesi di detenzione a questo titolo, quando il nuovo reato aveva luogo *meno di cinque anni* dopo il precedente, e la pena massima applicabile al nuovo reato fosse una pena detentiva inferiore a un anno. Sulle ragioni che hanno indotto il legislatore tedesco ad abrogare il § 48 *StGB*, nella letteratura italiana, cfr. AMBROSETTI E. M., *Recidiva e recidivismo*, cit., p. 203 ss., (nt. 7).

⁴⁶⁶ L'istituto in esame, infatti, sarebbe stato abrogato in quanto non sembra avesse dato buona prova nella prassi. Cfr. ZIPF H., *Die Behandlung des Rückfalls und der Vorstrafen nach Aufhebung des § 48 StGB*, in *Festschrift für Tröndle*, 1989, p. 439 ss.

⁴⁶⁷ Segnala efficacemente questo aspetto DOLCINI E., *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, cit., p. 516, ove afferma che: «l'approccio criminologico alla recidiva mostra che tale istituto non dà un contributo apprezzabile alla prevenzione della criminalità, e per converso accentua il carattere selettivo proprio del diritto penale».

requisito della vita del reo antecedente al fatto (*Vorleben des Täters*)⁴⁶⁸, con un effetto limitato, pertanto, all'ambito intraeditale della pena, come molti Autori auspicano che avvenga anche nel sistema italiano⁴⁶⁹.

D'altronde, laddove si volesse prendere in considerazione l'interpretazione qui avanzata in merito alla effettiva funzione della categoria delle circostanze nell'attuale sistema, sembra possibile sostenere che anche nel nostro ordinamento, già di fatto, almeno la forma semplice di recidiva (art. 99, comma 1 c.p.), in quanto circostanza aggravante ad efficacia comune, abbia un sostanziale valore di *indice commisurativo giudiziale*, più che di criterio legale di modificazione del limite massimo di pena.

In ogni caso è opportuno rilevare come in realtà nel sistema penale tedesco, o meglio nella prassi commisurativa giudiziale (*Strafzumessungspraxis*), il criterio dei precedenti penali rappresenti forse il criterio più frequentemente applicato dai giudici nel sospingere la pena *verso l'alto*⁴⁷⁰, specie nei reati contro il patrimonio anche a carattere bagatellare⁴⁷¹, riproponendo perciò i medesimi problemi di proporzionalità rispetto alla gravità del fatto e al principio di colpevolezza che hanno spinto il legislatore tedesco ad abrogare il §48 StGB, e che oggi si ripresentano inalterati nel nostro sistema per via della natura comunque

⁴⁶⁸ Che costituisce però solo uno dei diversi criteri fattuali enunciati nel comma 2 del §46 StGB (*Grundsätze der Strafzumessung*), norma cardine nel sistema penale tedesco per la commisurazione della pena, che deve essere proporzionata, per esplicita enunciazione del legislatore, alla colpevolezza per il fatto. Disposizione dunque che può essere paragonata al nostro art. 133 c.p., salvo che per la chiara esplicitazione del criterio finalistico in base al quale il giudice tedesco di merito dovrebbe tenere in considerazione i vari indici fattuali indicati nel §46.

⁴⁶⁹ Tra gli altri, cfr. MELCHIONDA A., *La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 187 s.; DOLCINI E., ult. op. cit., p. 515 ss.

⁴⁷⁰ Come viene messo in luce, anche attraverso studi di carattere empirico da ALBRECHT H.J., *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*, cit., pp. 333, 381. Cfr. inoltre, per tutti, JESCHECK H.H. – WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts, A.T.*, 5^a ed., 1996, p. 6.

⁴⁷¹ Cfr. nella letteratura tedesca MEIER B. D., *Die Bestrafung von Rueckfalltaetern in der Bundesrepublik Deutschland und in den USA: e. rechtstatsaechl. u. rechtsvergleichende Unters. zu § 48 StGB*, Bernd-Dieter Meier, 1982; ID., *Die Strafzumessung bei Rueckfalltaetern in der Bundesrepublik Deutschland*, in *Deutsche Forschungen zur Kriminalitätsentstehung und Kriminalitätskontrolle*, a cura di Hans-Jürgen Kerner Helmut Kury & Klaus Sessar eds., Heymann, 1983, p. 1350; HÖFER S., *Sanktionskarrieren: eine Analyse der Sanktionshärteentwicklung bei mehrfach registrierten Personen anhand von Daten der Freiburger Kohortenstudie*, Ed. Iuscrim, 2003, p. 105; GÖTTING B., *Gesetzliche Strafraumen und Strafzumessungspraxis*, cit., p. 230; SCHOTT T., *Gesetzliche Strafraumen und ihre tatrichterliche Handhabung*, cit., p. 245; STRENG F., *Verfahrensabsprachen und Strafzumessung - Zugleich ein empirischer Beitrag zur Strafzumessung bei Delikten gegen die Person*, in *Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen: Festschrift für Professor Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag*, a cura di Feltes T., Müller, 2006, pp. 447, 453, 461.

discrezionale della recidiva: «i giudici tedeschi si interrogano, caso per caso, sulla possibilità di scorgere nelle precedenti condanne l'indizio di un *grado più alto di colpevolezza*, soprattutto allorchè risulti che l'agente non ha tenuto conto dell'ammonimento insito in quella o in quelle condanne, nonché sull'eventuale idoneità delle condanne riportate in passato a far emergere nell'agente un *accentuato bisogno di prevenzione speciale*»⁴⁷².

La giurisprudenza tedesca recente ha più volte mostrato che la condanna, non è affatto legata soltanto al valore della colpa dell'autore del reato, in particolare in materia di reati contro la proprietà. Il fatto che la prima condanna non sia servita come monito per il reo in genere porta ad un inasprimento delle pene rispetto al delinquente primario⁴⁷³. La *ratio* di questo innalzamento della pena deve essere individuata nel fatto che la ricaduta del reo viene interpretata come un'intensa forma di ribellione contro l'ordine giuridico, e di conseguenza, la colpevolezza per il reato viene considerata più grave. Questo produce una discrepanza tra l'entità del danno come osservato dal giudice e il danno effettivamente procurato alla vittima, o meglio l'entità dell'offesa, mettendo in crisi la validità della c.d. *Spielraum Theorie* incentrata sul § 46, che si basa sulla proporzionalità della pena in concreto rispetto alla colpevolezza per il fatto.

Con l'aggravamento della pena per la recidiva viene perduto invece il ragionevole e proporzionato equilibrio tra la pena e l'offesa che deriva dal fatto compiuto, ad esempio, quando viene imposta una pena detentiva per taccheggio di un articolo del valore di ventisei centesimi⁴⁷⁴. Nonostante le critiche provenienti dalla dottrina, è stato più e più volte necessario ai giudici di appello, infatti, correggere le sentenze emesse dai giudici di primo grado, rideterminando la pena sulla base della effettiva colpa dell'autore di alcuni reati minori rispetto alla gravità della condotta percepita dal giudice di grado inferiore⁴⁷⁵.

⁴⁷² Così DOLCINI E., ult. op. cit., p. 518.

⁴⁷³ Cfr. BGHSt 24, p. 200; BRUNS H.J., *Neues Strafzumessungsrecht?*, 1988, p. 59; FRANKE U., in *Münchener Kommentar zum StGB*, § 46, MN, 2003, p. 40; LACKNER K. – KÜHL K., *Strafrecht Kommentar*, § 46, MN (25th ed., 2004), p. 37.

⁴⁷⁴ Cfr. OLG Stuttgart, in *NJW*, 2002, p. 3188.

⁴⁷⁵ Cfr. OLG Braunschweig, NSTZ-RR, 2002, p. 75; OLG Stuttgart, cit., 3188; OLG Karlsruhe, *NJW*, 2003, p. 1825; ERHARD C., *Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld*, 1992, p. 259; STRENG F., *Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, in MN, 2nd ed., 2002, p. 427.

2.1. La recidiva come indice di pericolosità sociale e requisito di applicazione di una misura di sicurezza.

Le istanze di potenziamento della prevenzione speciale negativa diffuse nella società contemporanea, e amplificate dai media, così come sapientemente descritte da Garland, se nella maggior parte degli ordinamenti, come in quello Italiano, come si è visto, hanno trovato risposta nell'inasprimento della disciplina della recidiva e nell'ampliamento dei suoi effetti collaterali, in altri ordinamenti, come in quello tedesco, hanno, invece, portato ad un *potenziamento dell'apparato delle misure di sicurezza*, come strumenti di contrasto della recidiva nei soggetti imputabili particolarmente pericolosi, autori di gravi reati contro la persona o a sfondo sessuale.

E' significativo, infatti, che, sebbene la recidiva sia stata espunta dallo *Strafgesetzbuch* come categoria dogmatica a sé stante in grado di elevare la pena edittale, oggi essa può costituire presupposto per l'applicazione di "misure di sicurezza", anche piuttosto severe, e di durata indeterminata, come ad esempio la discussa misura della "custodia di sicurezza" (*Sicherungsverwahrung*) (§ 66 *StGB*), che nel 2002 e 2004 ha subito un significativo rafforzamento, con l'introduzione di due nuovi §§ 66a e 66b *StGB*, che consentono al giudice di applicare tale misura c.d. di "miglioramento e sicurezza", oltre che al momento della condanna, anche nel corso dell'esecuzione della pena detentiva, sia che vi sia stata una espressa riserva formulata in tal senso nella sentenza che in sua assenza, sebbene la sua applicazione sia stata, però, ristretta a un numero limitato di gravi reati, per lo più contro la vita o l'incolumità personale, e comunque caratterizzati dall'uso della violenza⁴⁷⁶.

L'istituto della *Sicherungsverwahrung* ('custodia di sicurezza'), contemplato nel codice penale (§ 66) tra le "misure di miglioramento e sicurezza" (*Maßregeln der Besserung und Sicherung*) (Tit. VI *StGB*), è assimilabile alla nostra misura di sicurezza della "colonia

⁴⁷⁶ Per un commento molto critico su questo nuovo istituto cfr. KINZIG J., *Umfassender Schutz vor dem gefährlichen Straftäter? Das Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung*, in *NStZ*, 2004, p. 655. Per un commento dal punto di vista del Corte Europea dei Diritti dell'uomo cfr. RENZIKOWSKI J., *Die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die Europäische Menschenrechtskonvention*, in *JR*, 2004, p. 271. Per un'analisi dal punto di vista criminologico del rischio di recidiva con riferimento agli autori di crimini violenti, cfr. il recente contributo di HARRENDORF S., *Wo sind die Adressaten der Sicherungsverwahrung? Zur Rückfallgefahr schwerer Gewalttäter*, in *Juristische Rundschau*, 2008, p. 6 ss..

agricola o casa di lavoro”, prevista all’art. 216 ss. c.p.. Il codice penale tedesco, infatti, è rimasto fedele alla logica del *doppio binario* (*Zweitspurigkeit*), che caratterizza anche il nostro codice, e che riflette i bisogni di sicurezza della collettività, per i quali può essere necessaria una privazione della libertà più lunga di quella che sarebbe dovuta alla stregua della sola colpevolezza per il fatto e delle esigenze della risocializzazione del condannato, per cui può essere indispensabile un tipo di intervento *diverso* da quello della normale esecuzione della pena, sulla base però di una concezione della pena di stampo piuttosto autoritario, e che si riteneva ormai superata.

La custodia di sicurezza ha i connotati di una misura detentiva di *durata indeterminata* rivolta a soggetti (delinquenti per tendenza) che abbiano riportato precedenti condanne a pena detentiva e che dunque, almeno di regola, abbiano scontato le relative pene⁴⁷⁷. A differenza della nostra misura di sicurezza, che può essere applicata, teoricamente, per qualsiasi tipo di criminalità, l’ambito di applicazione della *Sicherungsverwahrung* è piuttosto ristretto, essendo tipizzate con particolare cura le caratteristiche concrete dei reati che possono condurre ad una simile restrizione, che dunque si presenta non come generalizzata, ma rivolta piuttosto ad una selezionata criminalità abituale specifica⁴⁷⁸.

⁴⁷⁷ A norma del § 66 comma 1 *StGB*, l’internamento in custodia di sicurezza può essere disposto nei confronti di chi venga condannato per un reato doloso ad almeno due anni di pena detentiva in presenza delle seguenti condizioni: a) il soggetto deve essere già stato condannato per almeno due volte a pene detentive di almeno un anno ciascuna; b) deve avere scontato tali pene per almeno due anni; c) deve risultare incline a commettere rilevanti reati, che espongano la vittima a gravi danni fisici o psichici ovvero producano un grave danno economico. Nel secondo e nel terzo comma del § 66 *StGB* si prevedono poi ipotesi in cui la misura può essere disposta - nei confronti di soggetti inclini a delinquere - già in occasione di una seconda o addirittura di una prima condanna: in questi casi la condanna deve essere pronunciata per più reati (almeno tre) e la pena detentiva inflitta deve ammontare ad almeno tre anni (§ 66 comma 2) oppure deve trattarsi della seconda condanna pronunciata per reati di particolare gravità (crimini, alcuni delitti sessuali, lesioni personali pericolose, maltrattamenti di soggetti sottoposti a protezione, anche nel caso in cui uno di tali reati sia stato commesso in stato di ubriachezza totale, dolosa o colposa) (§ 66 comma 3).

⁴⁷⁸ Nonostante ciò, DOLCINI E., ult. op. cit., p. 518 riferisce che anche nel sistema tedesco, come accade nel nostro, la giurisprudenza appare fortemente restia ad applicare tale misura, in quanto — secondo Jescheck e Weigend — «i giudici sentono come ingiusto prolungare la privazione della libertà personale oltre l’ammontare della pena detentiva meritata dal soggetto» (corsivi dell’A.). Un elemento positivo che distingueva il sistema tedesco da quello italiano in tema di misure di sicurezza era costituito inoltre dalla previsione di un *limite massimo*, inderogabile, fissato in *dieci anni*, che però è venuto meno con la legge contro i reati sessuali del 26 gennaio 1998 (*Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten*, v.BGBI. I S. 160), che ha previsto la possibilità di prolungare eccezionalmente la misura nel caso in cui permanga il pericolo che il soggetto, in dipendenza della propria inclinazione, commetta gravi reati consistenti in gravi danni psichici o

Tale strumento, tuttavia, nonostante il progressivo calo dei tassi della criminalità in Germania, è stato ritenuto insufficiente dal legislatore tedesco, che per dare una risposta più efficace all'insicurezza suscitata dalla criminalità più pericolosa, ovvero quella dei delinquenti recidivi qualificati, autori di reati violenti (*Gewaltdelikte*) o a sfondo sessuale, ha progressivamente sempre più esteso l'ambito di applicazione della custodia di sicurezza.

Al fine di assicurare una maggiore difesa sociale, perciò, la l. 21 agosto 2002 (*Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung*) ha introdotto nello StGB il §66a (*Riserva di internamento in custodia di sicurezza*), che consente di ordinare l'applicazione della custodia di sicurezza anche successivamente alla sentenza di condanna (ma comunque non oltre sei mesi prima del termine in cui può essere concessa la liberazione condizionale), a condizione che al momento della sentenza non fosse stato possibile accertare con sufficiente sicurezza (*mit hinreichender Sicherheit*) la pericolosità dell'autore per la collettività e sempre che «la valutazione complessiva del condannato, i fatti commessi e il suo sviluppo durante l'esecuzione della pena mostra che possono attendersi da lui dei reati rilevanti, che producano alla vittima gravi danni fisici o mentali»⁴⁷⁹. La disciplina del §66 StGB, infatti, consentendo di applicare la misura *congiuntamente alla pena*, solo con la sentenza di condanna, lasciava scoperti quei casi in cui la pericolosità dell'autore si fosse manifestata in un momento successivo, durante l'esecuzione della pena, e il principio dell'intangibilità del giudicato non consentiva di porvi rimedio, con la conseguenza di non poter dare una risposta adeguata a

corporali a danno della vittima (§67 d, co. 3 StGB “*Dauer der Unterbringung*”). Occorre inoltre ricordare che questa norma è stata ritenuta costituzionalmente legittima dalla Corte Costituzionale Federale tedesca con la decisione *BVerfG*, 2 BvR 2029/01 del 5 febbraio 2004, in *NJW*, 2004, p. 739 e in http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20040205_2bvr202901.htm. Cfr. su questo punto PELISSERO M., *Crisi e mutazione del sistema del doppio binario*, in *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, op. cit., p. 139, che fa notare come «pur trattandosi di un giudizio di pericolosità di più difficile accertamento (è necessaria una prognosi in positivo di commissione di fatti gravi), che dovrebbe consentire di contenere i casi di sfioramento del termine decennale, non di meno l'abbattimento del limite massimo segnala un sacrificio del principio di colpevolezza in favore del soddisfacimento di esigenze di difesa sociale ritenute prevalenti».

⁴⁷⁹ Particolarmente critico sulla politica criminale espressa dal legislatore tedesco, e avallata dalla Corte costituzionale Federale, a seguito di queste leggi, è PRITZWITZ C., *Populismo e opportunismo nella politica criminale. Il ruolo della legislazione e quello della magistratura costituzionale nel caso della “custodia di sicurezza”*, in *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, cit., p. 81 ss. Per le diverse notazioni critiche sollevate dalla letteratura tedesca nei confronti di questa nuova disciplina della custodia di sicurezza si v. BÖLLINGER L.- POLLÄHNE H., in *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar*, a cura di Kindhäuser U.- Neumann U., Paeffgen H. U., vol. 1, 2^a ed., 2005, § 66a, p. 1863 ss. e § 66b, p. 1871 s.

quegli autori di gravi reati sessuali che, specie in caso di pedofilia, mostravano un alto tasso di recidiva⁴⁸⁰.

Dopo appena due anni però l'ambito di applicazione della *Sicherungsverwahrung* è stato ulteriormente esteso dalla legge 23 luglio 2004 (*Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung*), che ha introdotto al §66b *StGB* la c.d. *custodia di sicurezza successiva* (o *supplementare*), direttamente rivolta ai recidivi reiterati, autori di reati gravi⁴⁸¹, condannati ad una pena non inferiore a due anni di reclusione e già condannati per fatti commessi in precedenza ad una pena detentiva non inferiore a tre anni⁴⁸².

La custodia di sicurezza, non disposta con la sentenza di condanna, e senza che vi sia stata un'esplicita riserva in merito, può oggi essere ordinata anche successivamente (*nachträglichen*) se «dalla valutazione complessiva del condannato, dei fatti commessi ed altresì del suo sviluppo durante l'esecuzione della pena risulta che *con alta probabilità* commetterà rilevanti fatti di reato, che producono alla vittima gravi danni fisici o mentali». Come previsto anche dal §66a, si tratta di una disciplina che rinvia la *prognosi di recidiva* ad un momento successivo a quello della sentenza di condanna; ma a differenza dell'istituto della riserva di custodia non è previsto un limite temporale per l'applicazione della misura, che può essere disposta sino al giorno prima della cessazione della pena detentiva, rendendola così, di fatto, potenzialmente perpetua.

⁴⁸⁰ Cfr. PELISSERO M., *ult. op. cit.*, p. 140.

⁴⁸¹ Il cui elenco è stato tuttavia esteso rispetto alla riforma del 2002. Mentre il §66a *StGB* richiama specifiche fattispecie di reato, il §66b fa riferimento infatti ai delitti contro la vita, l'incolumità personale, la libertà personale, la libertà sessuale o i reati di rapina di cui ai §§250 e 251.

⁴⁸² L'introduzione nel codice penale tedesco del § 66b è il frutto di una complessa vicenda istituzionale, che ha visto coinvolti, da un lato, i legislatori di alcuni *Länder* (per primo quello del *Baden Württemberg*, seguito poi da quello di *Baviera*, *Sassonia*, *Turingia*, e altri), dall'altro la Corte costituzionale (*BVerfG*). La norma che consente di disporre la custodia di sicurezza durante la fase di esecuzione della pena detentiva, in assenza di una riserva formulata nella sentenza di condanna, era stata inizialmente prevista dal legislatore di questi Stati, sull'assunto che si trattasse di materia di polizia (e non di materia penale, che è invece riservata al legislatore federale). Questa tesi è stata respinta dal *BVerfG*, con sentenza del 10 febbraio 2004, (come riferito in senso assai critico nei confronti della *BVerfG* da PRITTWITZ C., *Populismo e opportunismo nella politica criminale*, *cit.*, p. 85 ss., anche per aver provvisoriamente lasciato in vigore le leggi statali fino al settembre del 2004); sollecitando inoltre, nella sostanza, il legislatore federale ad adottare una disciplina che ricalcasse le leggi statali pur dichiarate illegittime dalla Corte. Il che è puntualmente avvenuto, nel luglio 2004, con l'introduzione del § 66b. Cfr. ULLENBRUCH, in *Münchener Kommentar zum StGB*, Bd. 21, 2005, *sub* § 66a, p. 463 e *sub* § 66b, p. 471 s.

Va però osservato che, mentre nell'ipotesi di cui al § 66, comma 1 *StGB* la custodia di sicurezza può interessare i condannati per *un qualsiasi reato doloso*, nelle nuove ipotesi di cui ai §§ 66a e 66b *StGB* la misura è applicabile soltanto a chi abbia commesso un reato ricompreso in una gamma piuttosto circoscritta. E anche tra la custodia con riserva e quella successiva vi è una notevole differenza, poiché mentre quella di cui al § 66a può venire in considerazione solo quando la condanna sia pronunciata per uno dei reati di cui al § 66, comma 3 (ovvero tutti i crimini, alcuni delitti sessuali, lesioni personali pericolose, maltrattamenti di soggetti sottoposti a protezione, anche nel caso in cui uno di tali reati sia stato commesso in stato di ubriachezza totale, dolosa o colposa), il § 66b riguarda i soli condannati per un *crimine* contro la vita, l'incolumità personale, la libertà personale, l'autodeterminazione sessuale, per rapina aggravata, per rapina seguita dalla morte della vittima, o, ancora, per uno dei *delitti* contemplati nel § 66 comma 3. Inoltre la prognosi di pericolosità richiesta al giudice dai §§ 66a e 66b *StGB* è assai impegnativa, avendo per oggetto la probabilità che il condannato commetta in futuro "*importanti reati che producano alla vittima gravi danni nella sfera psichica o fisica*" (*Hang zu erheblichen Straftaten*), e scompare, inoltre, il riferimento che il § 66 comma 1 fa alla inclinazione a commettere reati che potrebbero produrre rilevanti *danni economici*. A norma del § 66b, poi, tale probabilità deve essere elevata (la legge parla di "*hohe Wahrscheinlichkeit*")⁴⁸³.

Proprio in relazione alla prognosi di alta probabilità di recidiva che viene richiesta al giudice, occorre, infatti, ricordare che con la legge 23 luglio 2004 (*Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung*), insieme al §66b *StGB*, il legislatore tedesco ha introdotto anche il § 275a *StPO*, nel quale il giudice è obbligato (si usa infatti il verbo modale *müssen*, che è il verbo che indica un comando al quale non ci si può sottrarre) a decidere sulla

⁴⁸³ Tutti questi rilievi, circa la precisione e la delimitazione tipologica sia dei reati che degli autori che possono subire tale misura, sono stati posti alla base della decisione della Corte costituzionale tedesca (*BVerfG*) nella sentenza 23 agosto 2006 n. 226 per dichiararne la legittimità costituzionale. Cfr. *BVerfG* 23 agosto 2006 n. 226, in www.bverfg.de/entscheidungen/nrk20060823.htm. In particolare, la Corte ha fatto leva sulla "stretta delimitazione dell'ambito applicativo del § 66b" per affermare che tale disposizione "viene in considerazione solo in casi del tutto eccezionali ed è rivolta soltanto a pochissimi condannati": di qui la conclusione che la norma non si espone a censure di legittimità costituzionale sotto il profilo del principio di proporzionalità, anche in considerazione della complessa prognosi che viene richiesta al giudice in merito alla futura recidiva del reo, che dovrà essere sostenuta da una motivazione di alta probabilità.

base della perizia richiesta a *due esperti* in psichiatria o psicologia, che non devono aver mai conosciuto prima il caso e che devono risultare tra loro concordi (§ 275°, comma 4, StPO)⁴⁸⁴.

Tale ultimo requisito ci sembra assai importante, poiché cerca di risolvere uno degli aspetti più controversi dell'applicazione delle misure basate sulla prognosi della pericolosità del reo imputabile: quello degli strumenti con i quali il giudice può formulare, con le sue sole competenze, in base alle massime di esperienza, un simile complesso e delicato giudizio. Il legislatore tedesco perciò con l'introduzione di questa norma nel Codice di procedura penale sembra aver accolto esplicitamente la possibilità che nel giudizio penale entrino anche questi diversi saperi scientifici di tipo empirico, che invece nel nostro ordinamento, come noto, sono banditi (art. 220, comma 2 c.p.p.).

Sebbene dunque numerosi autori si siano manifestati generalmente contrari all'adozione di simili misure per prevenire ed arginare il fenomeno della recidiva, indicandole, ancora una volta, come espressioni di un *diritto penale d'autore*, o addirittura del *nemico*⁴⁸⁵, anche in questo caso ci sentiamo invece di condividere il diverso approccio manifestato da altra parte della dottrina che ritiene invece che simili misure vadano tenute ben distinte dal c.d. "delitto penale del nemico", espressione tra l'altro forse abusata, visto che si tratterebbe in taluni casi di strumenti che, non solo non presentano alcuna "inimicizia", ma addirittura perseguono una finalità benefica rispetto all'autore del reato: «le *misure di sicurezza* personali rispetto agli autori pericolosi adulti, (...) pur costituendo per loro stessa natura una paradigmatica ipotesi di un diritto penale orientato all'autore, non reificano perciò solo il soggetto pericoloso a nemico meramente neutralizzabile: 1) perché la *pericolosità* di certi soggetti è un dato incontestabile della realtà umana, pur se soggetta a ridimensionamento, nel senso che va considerata come una caratteristica non indefettibile (come invece per la Scuola positiva), ma *eventuale*, fondata sul presupposto minimo di un reato (o di più reati, di analoga

⁴⁸⁴ Anche se a parere di DOLCINI E., ult. op. cit., p. 518, per via dei requisiti stringenti richiesti dalla nuova norma, «anche nelle nuove modalità applicative, la custodia di sicurezza è dunque verosimilmente destinata a produrre un impatto modesto sulla prassi», è bene evidenziare che in realtà dopo appena un anno dall'entrata in vigore della legge del 2004, la Corte Suprema Federale (*Bundesgerichtshof*) aveva già emesso tre decisioni riguardanti i presupposti per l'applicazione della custodia ex §66b StGB. Cfr. *BGHST* 50, 180, 182-185; e che anche parecchi *Oberlandesgerichte* sono stati investiti di questioni concernenti il §66b StGB. Cfr. *OLG Frankfurt* 10, in *NSTZ-RR*, 2005, p. 107; *OLG Koblenz* 25, *NSTZ*, 2005, p. 99.

⁴⁸⁵ Ritene che l'attuale sistema di misure di sicurezza previsto dal codice penale italiano costituisca un esempio di "diritto penale del nemico", poiché rivolto agli autori con "pericolosità caratteriale interna" DONINI M., *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 743 ss.

indole e di una certa gravità ?), e *specifica* (quale probabilità di commettere specifici reati e di particolare rilevanza; 2) perché contro tale pericolosità appaiono irrinunciabili sistemi diretti sia alla difesa, sia solidaristicamente al possibile recupero del soggetto pericoloso, vertendo la mai sopita discussione soltanto sui sistemi preferiti: del criticato doppio binario spurio (delle misure di sicurezza anche rispetto ai soggetti responsabili), del doppio binario puro (delle misure rispetto ai soli soggetti irresponsabili), o del binario unico (della scelta delle sole pene, stante la loro acquisita funzione anche specialpreventiva); 3) perché le misure di sicurezza detentive hanno subito un'*evoluzione normativa o prasseologica*, nel senso della loro applicazione ai pericolosi irresponsabili e di una loro delegittimazione e una disapplicazione (almeno in Italia) rispetto ai soggetti responsabili per la loro riduzione, rispetto a questi, ad un raddoppio della pena, stante la funzione anche di specialprevenzione della stessa; nonché, comunque, nel senso di una estensione ad esse, in certi sistemi, dei principi dell'*extrema ratio*, proporzione, vicarietà o fungibilità tra misure e pene; 4) nella *non privazione*, per concorde opinione, rispetto al delinquente pericoloso dei diritti e garanzie costituzionali del "delinquente cittadino", della giurisdizionalizzazione del processo di sicurezza, di alcuni diritti dell'*habeas corpus*; 5) perché anche le misure di sicurezza, modernamente intese, presentano un carattere non meramente neutralizzatore, ma "*dialogico*", mirando esse, e poiché mirano, a conseguire la risocializzazione del delinquente pericoloso, avendo come tali un intrinseco contenuto dialogico, terapeutico, educativo, rispettoso della dignità umana, ed essendo soggette a limitazioni temporali attraverso periodi di verifica in concreto della pericolosità; 6) perché, pertanto, anche il diritto delle misure di sicurezza, pur se orientato verso l'autore, non può dirsi un diritto penale del nemico e conserva una legittimità di fondo, anche se bisognoso talora di riforme e comunque di attenti controlli giurisdizionali»⁴⁸⁶.

Il "trattamento" dei delinquenti pericolosi, siano essi imputabili o meno, ha sempre costituito l'aspetto centrale, ma forse il più complesso, della questione criminale, soprattutto in relazione alle misure da adottare nei confronti di questa particolare tipologia di autori e del modo in cui accertare la loro pericolosità.

Sia i criteri sulla base dei quali il giudice più o meno discrezionalmente dovrebbe poter stabilire la pericolosità sociale del singolo individuo, che il diverso trattamento che tali

⁴⁸⁶ Così MANTOVANI F., *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, cit., p. 470 ss.

soggetti dovrebbero subire, si pongono da sempre al confine limite con la compatibilità con i principi basilari dello Stato di diritto, oggi trasfusi nella Carta Costituzionale. La previsione di accorgimenti tecnico-normativi come quelli introdotti nel codice penale e processuale tedesco, però, sembrano un utile ausilio per il giudice e una effettiva garanzia anche per l'imputato e per il rispetto dei suoi diritti: la maggiore durata della sua reclusione non dipenderà dal solo discrezionale e intuitivo parere del giudice, ma da periti imparziali e con un bagaglio di conoscenze adatte a formulare questi giudizi.

Certo è che rimane, a nostro giudizio, un rilevante problema di legittimità rispetto alla *durata*, comunque indeterminata nel massimo, della custodia, che, pur essendo effettivamente limitata a casi di autori recidivi reiterati particolarmente pericolosi, potrebbe non essere comunque compatibile con i diritti civili salvaguardati anche dalla Convenzione dei diritti dell'uomo, e in base alla quale oggi, infatti, il *Bundesstaat* tedesco sta attendendo un giudizio dalla Corte di Strasburgo.

Un altro recente esempio di strategia differenziata, orientato sul piano politico-simbolico, da esigenze di prevenzione generale e difesa sociale, è fornito anche dalla legislazione francese introdotta ad opera della legge del 25 febbraio 2008, relativa alla "*rétenion de sûreté*", che pur inserendo, per la prima volta in Francia, una misura dichiaratamente di sicurezza, la riserva a quei criminali, ritenuti particolarmente pericolosi (*dangereux*), che sono stati condannati ad una pena almeno pari a cinque anni di reclusione, per soli delitti a connotazione sessuale. Questa comporta l'esecuzione della sanzione all'interno di un centro socio-medico giudiziario di sicurezza, dove è assicurato anche un controllo di tipo medico⁴⁸⁷.

Le analogie tra questa misura e quella prevista nel sistema tedesco relativo alla misura di sicurezza destinata ai colpevoli di delitti a stampo sessuale (§§ 66.3; 66a; 66b StGB), sono perciò evidenti⁴⁸⁸, ed entrambe, a bene vedere, sembrano basarsi su ricerche di tipo empirico, che in un certo senso dunque giustificano questo tipo di legislazioni "eccezionali": si pensi in particolare al contrasto dei delinquenti colpevoli di reati di pedofilia, dimostrando perciò il

⁴⁸⁷ Su questa nuova misura cfr. PRADEL J., *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux*, in *D.*, 2008, chron. p. 1000.

⁴⁸⁸ LEBLOIS HAPPE J., *La nouvelle rétenion de sûreté. Détenion de sûreté vs Unterbringung in die Sicherungsverwahrung: les enseignements d'une comparaison franco-allemande*, in *AJ pénal*, 2008, p. 209 ss.

condivisibile intento dei legislatori d'oltralpe di *differenziare le strategie punitive*, anche tenendo conto delle recenti acquisizioni delle scienze complementari al diritto penale.

CAPITOLO TERZO

COSTANTI E VARIABILI NEI PROGETTI DI RIFORMA DEL CODICE PENALE IN TEMA DI DETERMINAZIONE LEGALE E GIUDIZIALE DELLA PENA

SOMMARIO: 1. Riduzione degli spazi di operatività della discrezionalità giudiziale e recupero della certezza della pena. 2. La revisione delle cornici edittali. 3. La restrizione dell'ambito di rilevanza delle circostanze del reato. 3.1. La progressiva scomparsa del giudizio di bilanciamento delle circostanze eterogenee. 3.2. L'abolizione delle circostanze attenuanti generiche. 4. La restaurazione del regime obbligatorio della recidiva come aggravante in senso tecnico. 5. La previsione di criteri finalistici nella disciplina della commisurazione giudiziale della pena. 6. Ampliamento delle tipologie sanzionatorie: crisi della centralità della pena detentiva e fine del doppio binario? 7. Considerazioni conclusive sulle attuali tendenze di riforma del sistema sanzionatorio.

1. Riduzione degli spazi di operatività della discrezionalità giudiziale e recupero della certezza della pena.

Uno degli aspetti che sicuramente ha accomunato tutti i Progetti di riforma della parte generale del codice Rocco a partire dagli anni novanta riguarda il proposito di intervenire sul sistema delle pene e soprattutto sulla loro determinazione in concreto, nel tentativo di ridurre l'ambito della discrezionalità giudiziale nella commisurazione della pena, per restituire la certezza ormai perduta.

Se è vero che tale esigenza poteva essere soddisfatta principalmente sul terreno della parte speciale, con la ridefinizione per ciascun reato delle singole cornici edittali e dell'eventuale previsione in via principale di "sanzioni alternative" alla detenzione, è altrettanto vero che un buon risultato poteva (e può) essere comunque conseguito anche solo sul piano della parte generale, attraverso l'apporto di diversi interventi modificativi coordinati tra loro su più versanti, gettando le basi per una futura più razionale costruzione delle concrete scelte sanzionatorie⁴⁸⁹.

⁴⁸⁹ La Commissione ministeriale istituita con D.M. 1° ottobre 1999, presieduta dal prof. C.F. Grosso, dedicando al problema della commisurazione della pena una Sotto-Commissione di studio *ad hoc*, si prefiggeva espressamente l'obiettivo di «ricostruire sul presupposto di un razionale riassetto delle pene edittali un rapporto equilibrato fra vincolo legale e discrezionalità giudiziale e di assicurare la coerenza delle scelte sanzionatorie rispetto alle funzioni del sistema penale», cfr. *Note sulla*

Tutti i progetti di riforma che si andranno ad analizzare hanno infatti inciso su quelle che sono state individuate come le ragioni tecniche del collasso del sistema sanzionatorio, come risultante da tutte quelle riforme stratificatesi per oltre settantanni sull'impianto originario del Codice Rocco, e che, per ovviare alla sua eccessiva ed anacronistica severità, hanno portato, viceversa, ad una insopportabile mitezza della risposta penale sul piano sanzionatorio, ingenerando una diffusa sensazione di incertezza della pena ed i indulgenzialismo giudiziario. E' così che le diverse Commissioni ministeriali "ingranano la retromarcia", e la maggior parte delle innovazioni proposte costituiscono in verità un "ritorno al passato"⁴⁹⁰: ripristinando ipotesi di aumento obbligatorio della pena in caso di recidiva, ripristinando il divieto di bilanciamento per alcune circostanze inerenti alla persona del colpevole, eliminando le cosiddette circostanze ad effetto speciale, che in taluni casi vengono assimilate anche formalmente a titoli autonomi di reato, ed infine eliminando le attenuanti generiche (che erano state reintrodotte nel 1944 dopo che il codice del 1930 le aveva abolite), con evidenti effetti sulla restrizione del giudizio di comparazione e con forti riflessi sulla lunghezza del tempo necessario alla prescrizione del reato, e dunque di riflesso sull'effettivo potere discrezionale del giudice e sul ripristino della certezza della risposta punitiva.

Se, dunque, da un lato, si assiste ad una certa uniformità nella tipologia degli interventi sul piano delle circostanze del reato, e dei criteri della commisurazione della pena in senso stretto – segno del raggiungimento da parte della comunità scientifica penalistica di unanimi e condivisi approdi —, dall'altro, sembra emergere invece l'isolato tentativo, da parte della

commisurazione della pena, di Seminara S.-Pulitanò D.-Pisa P., in *Per un nuovo codice penale*, a cura di C. F. Grosso, Cedam, 2000, p. 239. Questa Commissione, infatti, inizialmente aveva avuto l'incarico di elaborare un documento d'indirizzo, che è stato pubblicato nell'estate del 1999, e si può leggere nel volume *Per un nuovo codice penale*, cit., contenente oltre al documento anche le relazioni preparatorie delle singole Sottocommissioni. Successivamente la Commissione ha avuto dal Ministro Diliberto l'incarico, confermato dal Ministro Fassino, di predisporre un progetto di riforma della parte generale. Il progetto preliminare, con relazione illustrativa, è stato pubblicato nel sito Internet del Ministero della giustizia nel settembre 2000, e in una versione contenente alcune importanti modifiche, nel maggio 2001, il cui testo e le cui relazioni sono pubblicati in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 574 ss., e in *La riforma del codice penale. La parte generale, Atti del Convegno di Pavia 10-12 maggio 2001*, a cura di de Maglie C. e Seminara S., Giuffrè, 2002.

⁴⁹⁰ O almeno all'epoca precedente alla riforma del 1974, che costituisce indubbiamente la riforma più profonda subita dal codice Rocco, rispetto alla quale la riforma del 2005, n. 251, può correttamente definirsi come una controriforma. Cfr. VASSALLI G., *Riforma del codice penale: se, come e quando*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 10 ss., che nel parlare della novella del 1974, afferma: «Il rigore, indubbiamente duro, del codice Rocco ne venne travolto dalle fondamenta e per rimuovere eccessi di pena si passò alla possibilità, largamente usata, di eccessi di mitezza ».

Commissione Nordio⁴⁹¹, di riformare in maniera più radicale il calcolo della pena, e le diverse tipologie sanzionatorie, strasvolgendo i consueti canoni del Codice Rocco.

Si potrebbe, infatti, sostenere che il Progetto Nordio, anche in materia sanzionatoria, abbia quasi riproposto un sistema a *legalità assoluta*, ispirato ad un principio di legalità di impronta quasi illuminista, riducendo al massimo gli spazi di discrezionalità del giudice⁴⁹².

La stessa Commissione, presieduta dal Cons. Nordio, ha affermato di aver ritenuto «sin dalle prime battute, di incidere maggiormente rispetto al passato (...) su altri due principi universalmente, ma talvolta solo formalmente, condivisi: la residualità del diritto penale (il c.d diritto penale minimo) e la certezza della pena. Sotto il primo profilo la Commissione ha optato per una più vasta depenalizzazione dei reati minori, e l'abolizione delle contravvenzioni. Sotto il secondo, è stata attuata una più radicale revisione del sistema sanzionatorio, delle circostanze e del concorso di reati. Fissati questi parametri, era possibile, e più fruttuoso, rivolgersi alla parte speciale»⁴⁹³.

In tutti, invece, emerge in modo piuttosto omogeneo e sempre più intenso, la necessità di ridimensionare la centralità della pena detentiva, per farle assumere l'effettivo ruolo di *extrema ratio* nella scelta della risposta punitiva, sulla base del diverso sentire sociale, soprattutto su quella che oggi è ritenuta come la reale funzione della pena: non più solo come equa e proporzionata retribuzione per il male commesso, quanto strumento di effettiva risocializzazione. Ma anche sotto questo profilo, la differenziazione punitiva è operata nel

⁴⁹¹ Commissione di studio per la Riforma del codice penale, istituita con Decreto Interministeriale il 23 novembre 2001 dal Ministro di Grazia e Giustizia Roberto Castelli, e presieduta dal Sostituto Procuratore di Venezia dottor Carlo Nordio, e composta da professori universitari in materie giuridiche (Aleo S., Calvi A., Caraccioli I., Fiorella A., Militello V., Morselli E., Padovani T., Patalano V., Ramacci F., Stile A. M., Vinciguerra S., Voena P.), magistrati (Lignola P., Marini L. M., Quaranta E., Sardiello A., Sorbello S., Staffa R., Stifano M., Toppan A.) e avvocati (Cricri E., Dalla Libera P., Della Valle R., D'Avirro A., Favazzo A., Militi W., Rossi E.).

⁴⁹² Per un'analisi piuttosto critica della riforma del sistema sanzionatorio proposto dalla Commissione Nordio si veda PADOVANI T., *Una introduzione al Progetto di Parte Generale della Commissione Nordio*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2852 ss., il quale afferma: «il Progetto delinea quindi l'applicazione della pena come una sorta di percorso punitivo definito *a priori* nelle sue cadenze e nella sua intensità; in essa si esprimono in forma rigida progressione e flessibilità del trattamento, che un'antica tradizione riservava all'esecuzione penitenziaria. Non v'è dubbio che, da noi, queste caratteristiche tipiche dell'esecuzione abbiano via via assunto dimensioni incontrollabili e prodotto esiti incongrui; ma la cura proposta dal Progetto è più che drastica: esiziale. In effetti, un sistema siffatto impone al giudice – ora per allora – prognosi di ampiezza profetica, sulla scorta di parametri (inevitabilmente) esili e sfuggenti».

⁴⁹³ Vedi Introduzione della relativa relazione, in *Cass. pen.*, 2005, p. 246.

segno del restringimento del potere discrezionale del giudice, o almeno di quello di sorveglianza, dal momento che la scelta tra le varie tipologie di sanzioni c.d. alternative, interdittive o paradedentive, non sono più lasciate al prudente apprezzamento del giudice nella fase esecutiva, ma sono stabilite *ex ante* (per quanto possibile) già in fase legislativa di previsione astratta.

2. La revisione delle cornici edittali.

Il problema delle comminatorie edittali è stato esplicitamente affrontato in tutti i Progetti di riforma del codice penale, concordi sulla necessità di una loro «profonda revisione»⁴⁹⁴. Tuttavia le soluzioni e l'approfondimento con cui le diverse Commissioni di studio si sono concretamente occupate di questo tema, e dei suoi inevitabili riflessi sistematici all'interno del sistema sanzionatorio nel suo complesso, sono assai differenti e meritano pertanto un'analisi separata.

Sia il Progetto redatto dalla Commissione ministeriale presieduta dal Prof. Antonio Pagliaro nel 1991⁴⁹⁵, sia quello della Commissione presieduta dal Prof. Carlo Federico Grosso si pongono il problema della definizione di *un rapporto aritmetico costante tra i valori del massimo e del minimo edittale* (rispettivamente, fissandone la misura nel quadruplo o nel triplo)⁴⁹⁶.

Il problema dell'*ampiezza dell'intervallo edittale* viene affrontato in questi due Progetti principalmente con riferimento al potere discrezionale del giudice nella commisurazione della

⁴⁹⁴ Così la Relazione della commissione Grosso (1999), in *Per un nuovo codice penale*, II, Quaderni de L'indice Penale, a cura di Grosso C. F., Cedam, 2000, p. 53.

⁴⁹⁵ La Commissione ministeriale in questione, composta dai professori Antonio Pagliaro, Franco Bricola, Ferrando Mantovani, Tullio Padovani e Antonio Fiorella, fu nominata con D.M. 8 febbraio 1988, e il 25 ottobre 1991 presentò uno schema di disegno di legge-delega al Governo per l'emanazione di un nuovo codice penale.

⁴⁹⁶ Il *quadruplo* veniva prospettato dal Progetto Pagliaro (art. 58, 2° co., lett. a), *Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale, Parte speciale*, in *Doc. Giust.*, 1992, p. 409 ss., accogliendo probabilmente la proposta di PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio*, cit., p. 419 ss., componente della stessa Commissione di studio ministeriale. Il *triplo* era invece il rapporto che doveva sussistere tra i due limiti secondo il Progetto Grosso, che peraltro pone l'indicazione come mera regola esemplificativa: si veda la *Relazione della commissione Grosso (1999)*, cit., p. 53., ma che comunque è indice di una tendenza volta sempre più al restringimento della discrezionalità giudiziaria.

pena, o meglio sotto l'aspetto della *meccanica riduzione degli spazi materiali di movimento di quest'ultimo nel momento della irrogazione giudiziale della sanzione*. Nonostante tra le cause della «insostenibile situazione di incertezza e imprevedibilità della sanzione concretamente scontata da parte del condannato» venga annoverata la «mancanza di criteri guida affidabili», questi non vengono poi individuati dal punto di vista sostanziale. Risulta assente inoltre dalla riflessione dei riformatori qualsiasi sforzo di individuare, se vi siano *le ragioni* di una estensione *costante ed unitaria* della cornice edittale indiscriminatamente per ciascun reato, ovvero se necessiti una differenziazione, al di là del rapporto algebrico tra i due limiti edittali. La questione del resto solleva la problematica più a monte relativa al *fondamento del limite minimo e massimo edittale*, ovvero se questi possano essere considerati espressione di differenti esigenze teleologiche, o se debbano ritenersi invece uniti dalla medesima *ratio* ispiratrice: aspetto basilare, eppure completamente omissso nella elaborazione progettuale che si limita a riproporre lo schema classico della “cornice di pena” legale, seppur con una estensione circoscritta e costante, ritenuta per definizione più compatibile rispetto alle esigenze costituzionali legate alla pena⁴⁹⁷.

Nel proporre la semplificazione e il riordino delle cornici edittali, «riducendo i livelli eccessivi del codice attuale e restringendo il divario tra minimo e massimo edittale», l'obiettivo perseguito per entrambi i Progetti di riforma è sempre comunque quello di «eliminare l'eccessivo potere discrezionale del giudice nella determinazione concreta della pena»⁴⁹⁸. Sono dunque l'eccessivo rigore e l'eccessiva ampiezza degli spazi edittali vigenti a preoccupare i riformatori, ed è ad essi che si mira a trovare rimedio. La soluzione ipotizzata però pare in tal modo restare ai margini del problema reale, e la definizione delle singole pene edittali per i singoli reati resta impregiudicata, non solo perchè le scelte specifiche vengono di fatto rimesse al legislatore delegato, ovvero ad una successiva riforma della parte speciale⁴⁹⁹, ma anche per la carenza di precisi presupposti e criteri guida *sostanziali*: la consueta delimitazione della pena in astratto sotto forma di cornice edittale non viene affatto posta in

⁴⁹⁷ Su questo aspetto in particolare, ovvero sul diverso fondamento del minimo e del massimo edittale, e sulla incompatibilità di minimi elevati con la finalità specialpreventiva di risocializzazione della pena, seppur in un contesto di cornici edittali più ristrette, ma uniformi indifferentemente per tutti i reati e per tutti gli autori, si rinvia alle considerazioni già svolte nel capitolo primo, § 2.3.

⁴⁹⁸ Cfr. Relazione della Commissione Grosso (1999), cit., p. 53.

⁴⁹⁹ Cfr. PAGLIARO A., Lo schema di legge delega per un nuovo codice penale; metodo di lavoro e principi ispiratori, in *Ind. pen.*, 1994, p. 258.

discussione, quasi si trattasse di un dato scontato ed inalterabile, e l'unica proposta si sostanzia nella riduzione del *range* tra il massimo ed il minimo.

Sotto il profilo della *misura astratta delle sanzioni*, particolarmente significativa è la proposta avanzata dalla Commissione Pagliaro di riformulare i limiti edittali prevedendo delle “*classi progressive di pena*”, con quantità sanzionatorie standardizzate, nelle quali inserire i singoli reati in ragione del disvalore complessivo del fatto⁵⁰⁰, poichè in tal guisa ci si è almeno posti il problema di *rendere i limiti edittali proporzionati* non sono *in senso verticale*, ovvero di cercare la pena più appropriata per ciascun reato in base alla diversa gradualità di disvalore del fatto tipizzato; ma anche *in senso orizzontale*, per «assicurare parità di trattamento tra quei reati, anche assai diversi tra loro per struttura e per bene giuridico offeso, che però presentino un disvalore penale simile»⁵⁰¹.

Parte della dottrina, in un'ottica *de iure condendo*, si è dichiarata favorevole alla costruzione di “classi di pena”, sullo stampo del codice penale spagnolo previgente, avvertendo però come, in concreto, una simile scelta dovrebbe inevitabilmente tenere conto anche dei possibili riflessi sistematici che possono collegarsi a determinate misure di pena, (quali i limiti di ammissibilità per - o di esclusione da - determinati benefici, cause estintive, etc.), nonchè della previsione, o meno, di singole circostanze aggravanti od attenuanti, non

⁵⁰⁰ Anche l'indicazione che il Progetto Pagliaro fornisce per la costruzione delle “classi” sanzionatorie — come per la costruzione della singola cornice — appare però meramente “aritmetica”: il minimo ed il massimo edittali della classe superiore non possono superare il doppio di quelli preveduti dalla classe inferiore, con temperamento progressivo dei massimi di pena nel passaggio alla classe superiore: art. 58, 2° co, lett. b), *Schema di delega legislativa, Parte speciale*, cit. Nella Relazione di accompagnamento alla Bozza di articolato, nella esposizione dei principi generali che hanno guidato la redazione dei criteri direttivi della parte speciale, al punto 2, si legge: «si è cercato di semplificare il regime delle pene, stabilendone la previsione per classi, in modo che con poche indicazioni (...) il codice possa designare con esattezza il regime penale di ciascun reato (art. 58). I criteri per la fissazione delle classi di pena sono indicati nella legge-delega; ma la Commissione, pur avendo provveduto a elaborare, per la maggior parte dei reati, una bozza del regime penale da proporre, ha poi ritenuto più opportuno lasciare al legislatore delegato l'importantissimo compito di soppesare la esatta proporzione tra il disvalore di ciascun tipo di illecito e la misura della pena». Sull'opportunità di una suddivisione in classi edittali standardizzate si vedano anche la *Relazione della Commissione Grosso (1999)*, cit., p. 53, e PISA P., *La riforma del sistema sanzionatorio, Allegato alla Relazione, Doc. n. 8*, in *Per un nuovo Codice Penale*, cit., p. 204.

⁵⁰¹ In tal senso, PAGLIARO A., *Lo schema di legge delega per un nuovo codice penale; metodo di lavoro e principi ispiratori*, cit., p. 257 s.

potendo non tenere anche in considerazione le molteplici implicazioni sistematiche che sono tradizionalmente collegate a questa controversa categoria penalistica⁵⁰².

In linea generale, secondo questa tesi una simile scelta sarebbe necessariamente condizionata dagli stessi criteri adottati nella formulazione delle singole fattispecie di reato e delle corrispondenti eventuali modificazioni in senso aggravante od attenuante. E proprio sotto questo profilo dunque propone l'adozione di previsioni analoghe a quelle dei c.d. *Regelbeispiele* del codice tedesco, sebbene in Germania non abbiano portato a soluzioni del tutto soddisfacenti: «sulla falsariga di quanto è sembrato già parzialmente ravvisabile in alcune soluzioni adottate nella più recente legislazione penale, potrebbe inoltre prospettarsi il ricorso ad una tecnica che, pur senza rinunciare al carattere formalmente tassativo e vincolante delle varie circostanze previste, possa risultare utile non solo (o, comunque, non principalmente) ad una più esatta determinazione delle conseguenze astrattamente applicabili per una certa figura di reato, ma anche al fine di meglio puntualizzare gli stessi requisiti di “tipicità” di una fattispecie base volutamente fissata su schemi di massima genericità e semplicità, pur nel rispetto della necessaria determinatezza descrittiva»⁵⁰³.

Anche nel quadro di un mutato sistema di cornici edittali, strutturate in forma di “classi di pena”, occorrerà considerare la complessa problematica del ruolo da assegnare a quei *particolari elementi del fatto* che, mutando il disvalore del reato, sia in senso aggravante che attenuante, generalmente sono destinati tecnicamente ad operare quali *specifiche cause di modificazione della pena*, ovvero bisognerà preoccuparsi di stabilire se dare loro una diversa valorizzazione, quali ad esempio elementi costitutivi di una *autonoma figura “speciale” di reato*.

Come sottolinea questa attenta dottrina, dunque, la valutazione di questi “*elementi qualificanti*”, che nell'ordinamento italiano vigente trova soluzione diretta, da un lato,

⁵⁰² Cfr. MELCHIONDA A., Proposta (minimale) di modifica alle disposizioni in tema di circostanze del reato previste dallo “Schema di disegno di legge recante delega legislativa al Governo della Repubblica per l’emanazione della parte generale di un nuovo codice penale presentato dalla “Commissione Pisapia”, in <http://www.isisc.org/public/Melchionda.pdf>.

⁵⁰³ *Ibidem*, ove per un esempio di questa soluzione rinvia a quanto già osservato in ID., *Le nuove fattispecie di usura. Il sistema delle circostanze*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, p. 683 ss., in particolare p. 735 ss., con riferimento alla riforma dei delitti di usura, ed in particolare alla singolare correlazione esistente fra l’assoluta “essenzialità” dell’attuale formulazione della fattispecie di cui al primo comma dell’art. 644 c.p. e la connessa introduzione di un articolato e poliedrico insieme di specifiche circostanze aggravanti.

attraverso le disposizioni sul *concorso di reati*, dall'altro, mediante le regole sul *concorso di circostanze*, assumono una rilevanza diretta sulla cornice edittale concretamente individuabile, e sono pertanto determinanti rispetto alla stessa *tecnica di redazione delle varie "classi" di pena*⁵⁰⁴. Una futura revisione delle cornici edittali finirebbe, quindi, col ricollegarsi alla, già segnalata, problematica della individuazione di un criterio di sicura distinzione fra *circostanze ed elementi costitutivi di autonome figure di reato*⁵⁰⁵.

Anche a questo proposito, la tesi dottrina qui in esame ritiene che la tecnica proposta di predeterminazione delle cornici edittali mediante la previsione di "*classi di pena*" potrebbe risultare "di una certa utilità", dal momento che «a meno di non ipotizzare una radicale, ma improbabile rifondazione dell'attuale sistema di fattispecie incriminatrici su basi di assoluta sintesi e genericità (ad esempio: limitando la tutela di ogni bene giuridico ad una sola fattispecie di portata generale), non è plausibile pensare che il legislatore possa rinunciare alla previsione di singoli *elementi modificativi della fattispecie*. Rispetto a questi elementi si apre tuttavia la necessità di distinguere quegli elementi specializzanti che, come nel rapporto fra furto e rapina, vengano ritenuti meritevoli di dare vita ad una separata ed autonoma figura di reato, rispetto a tutte quelle altre ipotetiche modificazioni della fattispecie, per le quali si reputi invece sufficiente mantenere un più stretto rapporto di dipendenza con il c.d. reato base»⁵⁰⁶.

Escluso il mero ricorso al c.d. principio di necessaria "nominatività" delle circostanze, o all'utilizzazione di criteri di tipo prettamente formale (quali, ad esempio, quelli tradizionalmente fondati sull'inserimento in una autonoma disposizione di legge, ovvero sulla indicazione di un nuovo ed apposito *nomen juris*), è assolutamente indispensabile, a parere di questa dottrina, che il legislatore si orienti a favore dell'adozione di un *criterio di tipo logico-sistematico*, in grado di fornire una adeguata giustificazione delle scelte di volta in volta operate e tale, quindi, da assicurare una loro sufficiente "percepibilità" interpretativa: «attraverso una più chiara predeterminazione legislativa dei casi in cui si ritenga di modificare il rilievo meramente "dipendente" delle fattispecie incriminatrici implicitamente descritte mediante la previsione di una mera circostanza, optando invece per la loro diversa

⁵⁰⁴ MELCHIONDA A., Proposta (minimale) di modifica alle disposizioni in tema di circostanze del reato, cit.

⁵⁰⁵ Cfr. *retro* capitolo primo § 2.3.

⁵⁰⁶ V. MELCHIONDA A., ult. op. cit.

configurazione quali “autonomi titoli di reato”⁵⁰⁷. E proprio in questa prospettiva, viene perciò suggerita «una delimitazione della rilevanza modificativa degli elementi “meramente accidentali” contenuta all’interno della stessa cornice edittale di pena e, a seconda dei casi, tale da imporre come obbligatoria, ovvero solo come facoltativa, la metà superiore (per le aggravanti) o la metà inferiore (per le attenuanti) della cornice medesima (questa soluzione, oggi prevista nel Codice penale spagnolo, era già stata proposta nel “Progetto Ferri” del 1921). Solo nel caso di *elementi di maggiore e più univoca pregnanza commisurativa* sarebbe invece legittimato il “passaggio” ad una diversa (più grave o più lieve) “classe” di pena, con conseguente più esplicita presa di posizione legislativa a favore della natura autonoma della corrispondente “nuova” fattispecie di reato»⁵⁰⁸.

Comunque, tutta questa problematica, inerente la possibile riforma dell’attuale sistema delle cornici edittali e il collegamento con gli elementi modificativi delle stesse, risulta completamente assente nel Progetto di riforma proposto dall’ultima Commissione governativa di studio nominata per la predisposizione di un nuovo codice penale durante la scorsa Legislatura e presieduta dall’on. Pisapia, come risulterà in maniera ancora più evidente analizzando la disciplina in tema di circostanze, che non si discosta affatto dalla tradizione.

Nel Progetto di riforma elaborato dalla Commissione Nordio nel 2005, invece, i tentativi di revisione dell’apparato punitivo si fanno più articolati e complessi, e viene per la prima volta affrontato esplicitamente il problema del necessario rispetto della *proporzionalità tra reato e pena*, nel quadro di un sistema sanzionatorio differenziato, ovvero alla luce dell’ampliamento di pene principali, diverse da quella detentiva e pecuniaria. Si afferma infatti nella *Presentazione* del progetto di legge delega e di articolato, che «l’esigenza di garantire al massimo grado il rispetto del criterio di proporzione tra reato e sanzione» rende opportuno «ricorrere a un’*unità* di misura edittale della gravità del reato»⁵⁰⁹. La puntualizzazione della questione è certamente degna di nota, anche se la soluzione pratica individuata può suscitare qualche perplessità: non appare infatti del tutto convincente, né tanto meno logicamente

⁵⁰⁷ Ibidem.

⁵⁰⁸ Ibidem. I corsivi sono nostri.

⁵⁰⁹ Così la *Presentazione dei lavori della Commissione*, p. 33. I documenti della Commissione Nordio (la *Presentazione dei lavori della Commissione*, la *Proposta di legge delega*, il *Progetto di articolato* e le *Dissenting Opinions* del prof. Vincenzo Militello) sono consultabili sul sito www.dignitas.it/approfondimenti.htm, Approfondimenti n. 6. Si veda anche, per la *Relazione* (limitatamente alla parte introduttiva) e per l’*Articolato Cass. Pen.*, 2005, p. 244 ss. e p. 251 ss.

“vincolata”, la scelta di tale *unità di misura*, che la Commissione individua nella pena della *reclusione*, la cui quantità esprimerebbe la “*valutazione legale della gravità del reato*” (art. 79 - *Unità di misura edittale della previsione di pena*).

A fronte di un ampliamento notevole del catalogo delle tipologie sanzionatorie, raggruppate in pene “detentive o restrittive della libertà personale”, pene “interdittive”, pene “prescrittive” e pene “ablative”⁵¹⁰, la disciplina di determinazione del tipo e *quantum* della pena concretamente applicabile viene a fondarsi su un *meccanismo di conversione* che parte comunque dalla *comminazione legale della pena detentiva*: il giudice deve così stabilire, in primo luogo, la durata della reclusione adeguata al caso di specie e solo successivamente valutare l'opportunità di procedere ad una conversione in altra pena, da scegliere, a seconda dei casi, tra le diverse categorie ora elencate. Sono fissati i limiti entro cui la reclusione può essere convertita nelle altre pene “*restrittive della libertà personale*” (semidetenzione, detenzione domiciliare, permanenza domiciliare, rispettivamente quando la reclusione è applicata in misura *non superiore agli anni tre*, ad anni due, e a mesi sei⁵¹¹), mentre si rimanda alla legge per individuare i casi in cui la reclusione potrà essere convertita, *in tutto o in parte*⁵¹², in *pena interdittiva*, *prescrittiva* o *ablative*, sulla base di criteri di ragguaglio precisamente stabiliti dagli artt. 82 e 83.

⁵¹⁰ Le pene “detentive o restrittive della libertà personale” (art. 54 n. 1, *Articolato*, cit.) comprendono l'ergastolo, la reclusione, la semidetenzione, la detenzione domiciliare e la permanenza domiciliare (artt. 56-60, *Articolato*, cit.). Le pene “interdittive” (art. 54, n. 2, *Articolato*, cit.) sono l'interdizione o sospensione dai pubblici uffici; da una professione, da un'attività d'impresa o da un mestiere; dall'esercizio di funzioni gestionali o di controllo di persone giuridiche, enti, associazioni o imprese; la revoca o sospensione di licenze, concessioni, autorizzazioni amministrative o altre abilitazioni; decadenza o sospensione della potestà di genitori (artt. 61-65, *Articolato*, cit.). Sono pene “prescrittive” (art. 54, n. 3, *Articolato*, cit.) l'allontanamento dalla famiglia, il divieto o limitazione di accesso o di permanenza in determinati luoghi o divieto di avvicinare determinate persone, la sottoposizione a controllo, il lavoro di pubblica utilità, l'espulsione dello straniero con divieto di reingresso, l'affidamento al servizio sociale con prescrizioni (artt. 66-71, *Articolato*, cit.). Infine, come pene “ablative” (art. 54, n. 4, *Articolato*, cit.), sono previste la confisca e la pena pecuniaria per i reati di competenza del giudice di pace (art. 72, *Articolato*, cit.).

⁵¹¹ Si veda l'art. 81 dell'*Articolato*, cit.

⁵¹² La possibilità di convertire anche solo *una parte* della reclusione, sia quando si applichi in sua vece una pena interdittiva, prescrittiva o ablativa, sia quando la si sostituisca con altra pena restrittiva della libertà personale è stata criticata dai primi commenti al Progetto di articolato, sottolineandosi l'eccessiva complessità, la difficoltà e controvertibilità di scelte “preventive”, che stabiliscano *a priori*, “ora per allora”, la sostituzione di *parte* della pena irrogata con pene diverse e meno afflittive, ed infine la problematicità della diversificazione della risposta punitiva, nonché dei caratteri di alcuni tipi di

Nel peculiare impianto proposto nel Progetto Nordio le comminatorie edittali mantengono dunque invariata la fisionomia originaria; l'individualizzazione e diversificazione della risposta sanzionatoria è invece rimessa a *meccanismi di ragguaglio legali fissati in astratto*, ma poi spostata in concreto alla fase applicativa, in sede di conversione della pena, di cui la legge si limita a tracciare confini e criteri tecnici, «in un singolare *mix* di rigidità e flessibilità del sistema, che lo fa apparire governato da una duplice logica, rispettivamente per la pena in astratto, e per la pena in concreto»⁵¹³.

La proposta del Progetto Nordio di fondare il giudizio astratto di gravità del reato su una comminatoria edittale incentrata esclusivamente sulla pena detentiva tradizionale, da utilizzarsi quale *misura unitaria di valutazione*, salva, in un secondo tempo, la possibilità di "convertire" la pena comminata ed irrogata in altre tipologie sanzionatorie, limitative anch'esse della libertà personale, o affatto diverse (interdittive, prescrittive, ablativo)⁵¹⁴, se, nelle intenzioni dei Commissari, doveva garantire la certezza di una uniformità nei criteri applicativi delle diverse modalità sanzionatorie⁵¹⁵; in realtà, non sembra poter garantire una prevedibilità della pena in concreto inflitta, attraverso il passaggio della previsione della reclusione (prima in astratto, poi in concreto), *più di quanto* non possa un meccanismo di commisurazione giudiziale che si attui *direttamente* per i singoli reati, attraverso la previsione

pena, rispetto al principio di uguaglianza: PADOVANI T., *Una introduzione al Progetto di parte generale della Commissione Nordio*, cit., p. 2852 ss.

⁵¹³ Cfr. MILITELLO V., *Dissenting Opinions sulla nuova parte generale*, cit.

⁵¹⁴ Sull'opportunità di simile scelta politico-criminale, si può riportare l'osservazione secondo cui «la minaccia dello stesso tipo di pena, sia pure diversamente dosata, tanto per le più gravi figure di illecito quanto per gli illeciti bagatellari, compromette la percezione del loro diverso disvalore nella coscienza sociale»: così DOLCINI E. - PALIERO C. E., *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Giuffrè, 1989, p. 7.

⁵¹⁵ Cfr. *Presentazione*, «Il sistema è stato rimodellato secondo (...) una logica di proporzione, perché malgrado ogni tentativo di forzatura ermeneutica, il concetto di pena contiene etimologicamente e ontologicamente quello di espiazione; e una teleologia di rieducazione, espressamente indicata dal canone costituzionale. Ne è derivato un assetto che coniuga la rigidità della pena comminata con la flessibilità di quella applicata in concreto, eliminando, o almeno attenuando, il contrasto tra l'avvertita esigenza della sua certezza, associata alla diffusa esaltazione del carcere nella sua dimensione meramente afflittiva, e il contestuale, altrettanto diffuso, esasperato indulgenzialismo premiale. La composizione è stata perseguita attraverso una semplificazione dei criteri di previsione sanzionatoria, fondata sulla sostanziale eliminazione della pena pecuniaria, e sulla reclusione come «unità di misura» della pena, ampiamente temperata da un ampio spettro di opzioni di conversione, a loro volta affiancate da rigorosi sistemi di controllo e di tassative conseguenze ripristinatorie in caso di inottemperanza», in *Cass. pen.*, 2005, p. 244.

diretta di pene differenziate; nè sembra poter garantire un'effettiva proporzione, in termini di individualizzazione in concreto della pena da irrogare.

Il rapporto di "equivalenza" instaurato tra le diverse modalità sanzionatorie, «sulla base di un semplice "nesso matematico" che consenta di dar conto della maggiore o minore gravità di ogni specie di pena rispetto alle altre, sembrerebbe infatti presupporre una perfetta comparabilità tra le diverse tipologie sanzionatorie, ed una loro differenziazione esclusivamente "quantitativa": per un determinato episodio particolarmente grave di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio, ad esempio, ci si potrebbe trovare ad individuare una pena detentiva di 4 anni, e poi ad applicare una pena affatto diversa, per entità afflittiva e capacità preventive, quale potrebbe essere, tra quelle previste dal Progetto Nordio, l'interdizione dai pubblici uffici *perpetua*, disposta per effetto di una meccanicistica conversione della prima nella seconda, in base all'art. 83, n. 3 dell'*Articolato* («agli effetti della conversione, l'applicazione di una pena interdittiva perpetua equivale ad anni quattro di pena detentiva»); se l'*an* della conversione in altra pena pare poter restare nell'ambito della discrezionalità giudiziale (non assistita, peraltro, da alcuna indicazione o linea guida di tipo sostanziale), il contenuto e il *quantum* della stessa viene ad essere vincolato dal legislatore ad uno stretto rapporto di "consequenzialità" rispetto alla iniziale determinazione quantitativa della pena detentiva»⁵¹⁶.

Il sistema sanzionatorio così delineato perderebbe pertanto la sua effettiva portata di differenziazione, che dovrebbe puntare invece proprio sulle diverse caratteristiche *qualitative* delle pene interdittive, prescrittive o ablatorie, offrendo una capacità di risposta *differenziata* alle differenti esigenze preventive riscontrabili, non solo nei singoli fatti di reato, ma anche nelle singole tipologie d'autore: «significherebbe anzi, a ben vedere, negare *tout court* all'attività di commisurazione giudiziale della pena (ed ancor prima a quella di quantificazione legislativa) quel carattere individualizzante che paradossalmente si vorrebbe assicurare con la riforma delle tipologie punitive»⁵¹⁷.

La individuazione della pena "differenziata" dunque non dipenderebbe da una scelta ponderata politico criminale teleologicamente orientata a dei precisi scopi preventivi,

⁵¹⁶ Per queste condivisibili critiche cfr. PONGILUPPI C., *Le cornici edittali al banco di prova di un sistema sanzionatorio differenziato*, cit., p. 947 ss., che, anche in vista di un sistema sanzionatorio differenziato, propone un meccanismo di cornici edittali costruite per classi di pena.

⁵¹⁷ Ibidem.

principalmente in base alle caratteristiche del reato, o dell'autore, effettuate dal legislatore in via generale ed astratta in base ai quei necessari dati empirici, di cui abbiamo già detto (cfr. capitolo primo, § 1.3.), ma sarebbe frutto di una "conversione" matematica ricavabile *ex post* dopo che il giudice ha in concreto stabilito la misura della pena detentiva, che corrisponde alla gravità del reale fatto di reato, che può non necessariamente essere proporzionata anche in termini *quantitativi* alla differente sanzione che, in virtù del meccanismo di conversione, si dovrebbe adottare, stante le *differenze qualitative* tra la pena detentiva, che funge qui da unità di misura, e quelle "restrittive della libertà", o addirittura quelle di natura interdittiva, prescrittiva o ablatoria: una pena di anni due e mesi sei di reclusione, ad esempio, ha certamente una carica afflittiva diversa rispetto ad una sanzione interdittiva della medesima durata, valutata sotto il profilo teleologico della prevenzione speciale, in base alle singole caratteristiche del reato e del suo autore⁵¹⁸.

3. La restrizione dell'ambito di rilevanza delle circostanze del reato.

In considerazione della rivalutazione della reale funzione dell'istituto delle *circostanze del reato*, sembra particolarmente interessante esaminare la scelta della Commissione Ministeriale per la riforma del codice penale Presieduta dal Prof. Grosso, che ha ritenuto opportuno collocarle nella parte dedicata in generale alla *Pena*, in stretto raccordo con il tema della commisurazione ed applicazione delle conseguenze sanzionatorie⁵¹⁹.

⁵¹⁸ Interessante sembra a tale proposito l'opinione dissenziente di un membro della stessa Commissione di studio presieduta dal Cons. Nordio, (cfr. MILITELLO V., *Dissenting Opinions sulla nuova parte generale*, cit., p. 13), il quale, sottolineando il rischio di esplosione del numero dei detenuti insito nella proposta di abolire completamente le pene pecuniarie, decisa da questo Progetto di riforma, propone di valorizzare l'applicazione delle pene non detentive, attraverso un meccanismo di conversione non meramente facoltativo, e dunque lasciato alla discrezionalità giudiziale, bensì obbligatorio, salvo per casi eccezionali, collegati al «*carattere di recidività dell'autore*, da sancire peraltro secondo una scala di gradualità, mantenendo dunque una fascia intermedia di casi in cui il giudice valuta l'opportunità della conversione in base a più chiari criteri finalistici».

⁵¹⁹ L'analisi della disciplina di questa categoria, che sarà qui illustrata più in dettaglio, è quella introdotta nell'Articolato del Progetto preliminare di Riforma del codice penale-Parte generale, predisposto e approvato dalla Commissione Ministeriale presieduta dal prof. Carlo Federico Grosso, nella seduta 21 maggio 2001, tenendo però altresì in debito conto del primo Articolato del 12 settembre 2000. Infatti in alcuni punti il primo si discosterebbe dal secondo dettandone una diversa normativa, soprattutto in base alle sollecitazioni pervenute dalla dottrina. La stessa scelta di collocare le

L'elaborazione della disciplina delle circostanze del reato si è dimostrata, a detta dello stesso Presidente della Commissione Ministeriale del 1999, di notevole complessità tecnica⁵²⁰.

L'obiettivo della Riforma in materia, così come già sottolineato nella prima Relazione del luglio 1999, era stato individuato nella riduzione degli amplissimi spazi di discrezionalità giudiziale conseguenti alla disciplina del codice vigente circa il calcolo delle circostanze. La Commissione propose allora: «a) una tendenziale diminuzione delle circostanze del reato previste nella parte speciale del codice penale, la rivalutazione delle circostanze ad efficacia speciale, l'eventuale eliminazione delle circostanze attenuanti generiche; b) il superamento del sistema vigente di calcolo delle circostanze eterogenee: conformemente alle indicazioni dello schema di legge-delega Pagliaro si ritiene che tutte le circostanze debbano essere valutate, e che si debba prevedere un'apposita disciplina per il computo delle circostanze che determinano effetti diversi sulla pena; c) la valorizzazione della recidiva, con la eliminazione della sua facoltatività, anche se accompagnata da un ridimensionamento dei suoi effetti e da una eventuale cancellazione della recidiva generica»⁵²¹.

Tali finalità hanno mantenuto la loro valenza anche nel successivo lavoro svolto dalla Commissione, che sulla base dei dibattiti svoltisi nei mesi a seguire, ha apportato qualche modifica alle finalità individuate in questa prima Relazione (15 luglio 1999).

In generale, infatti, nella seconda Relazione del settembre 2000, la Commissione sottolineava come il testo proposto contenesse, in continuità con la tradizione, una disciplina di “parte generale” delle circostanze aggravanti e attenuanti, cercando poi a livello di fattispecie di realizzare uno sfoltimento del catalogo delle circostanze “di parte generale”⁵²².

circostanze all'interno del titolo dedicato alla pena, è stata presa anche dalla Commissione Nordio, dove le circostanze del reato, sono disciplinate nella Sez. II - del “Titolo VI - La pena”. Per una critica a quest'ultima scelta sistematica cfr. MILITELLO V., *Dissenting Opinions sulla nuova parte generale*, cit., p. 20, che invece ritiene che, sia il “reato circostanziato”, che il concorso di reati, andrebbero previsti nella parte sul reato, in autonomi paragrafi distinti, dopo quello dedicato al reato tentato e al concorso di persone nel reato.

⁵²⁰ Cfr. GROSSO C. F., *Le linee e i contenuti del Progetto di codice penale*, in *La riforma del codice penale. La parte generale*, Atti del Convegno di Pavia 10-12 maggio 2001, a cura di de Maglie C. e Seminara S., Giuffrè, 2002, p. 1 ss.

⁵²¹ V. Relazione della Commissione Ministeriale per la Riforma del codice penale- Osservazioni preliminari su oggetto e metodo del lavoro, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 600.

⁵²² V. Relazione al “Progetto preliminare di riforma del codice penale” – Parte generale (12 settembre 2000), in *Riv. it. Dir. e proc. pen.*, fasc. II, 2001, p. 575.

Quanto agli effetti delle circostanze poi, la Commissione intese introdurre (articolato 12 settembre 2000), per le circostanze ad effetto ordinario, un criterio assai più restrittivo dell'attuale (art. 69, comma 2), nel quale gli aumenti o le diminuzioni di pena corrispondenti ad una circostanza ad effetto ordinario sarebbero stati fino a un quarto della pena che il giudice avrebbe applicato in assenza di circostanze; mentre se a concorrere fossero state due o più circostanze aggravanti, ovvero due o più circostanze attenuanti, ad effetto ordinario, gli aumenti o le diminuzioni di pena sarebbero stati complessivamente fino alla metà.

Tale disciplina è stata modificata con il nuovo articolato del 26 maggio 2001. La Commissione al riguardo sottolineò come queste proposte erano state pensate per un sistema sanzionatorio rinnovato, caratterizzato da *cornici edittali più contenute e più conformi alla realtà*, sottolineando altresì che non potevano non intendersi come l'avvio di una riforma che deve toccare l'intero sistema delle pene edittali.

La Commissione Ministeriale, in conformità a quanto stabilito nel vigente codice Rocco e per evitare lacune in un contesto in cui la parte speciale del codice penale non sarebbe, nell'immediato, stata modificata, ha inteso mantenere una, seppur ridotta, elencazione di circostanze aggravanti e attenuanti.

Nell'ultimo articolato, successivo a quello originario del 12 settembre 2000, espressamente vengono indicate, (nel titolo III intitolato "*La pena*", del Capo II, "*Circostanze aggravanti e attenuanti*") le ipotesi di "circostanze aggravanti" comuni⁵²³.

Da una prima osservazione della disciplina predisposta in materia di circostanze aggravanti dalla Commissione Ministeriale del 1999 emergerebbe subito il fatto che sono stati profilati come elementi aggravatori del reato solo quelle ipotesi di particolare gravità del reato, nelle quali appare plausibile l'opportunità di andare oltre i limiti edittali, mentre la valutazione di altre situazioni è stata lasciata alla discrezionalità del giudice entro la normale cornice della commisurazione della pena.

⁵²³ L'art. 64 del Progetto preliminare di riforma del codice penale espressamente dispone: «Sono circostanze aggravanti comuni, salvo che la legge disponga diversamente: l'aver commesso il delitto per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine costituzionale, o di intimidazione mafiosa, o di discriminazione razziale; l'aver commesso il reato per eseguire o occultare un altro reato, ovvero per assicurare a sé o ad altri il profitto o l'impunità di un altro reato; l'aver, nei delitti contro il patrimonio o che comunque offendono il patrimonio, cagionato alla persona offesa dal reato un danno patrimoniale di rilevante gravità; l'aver, nei delitti dolosi contro la persona, o comunque commessi con violenza alla persona, agito per motivi abietti o futili, o con sevizie; l'aver, nei delitti colposi, agito nonostante la previsione dell'evento».

Precisamente in merito alle ipotesi menzionate nell'art. 66 di *terrorismo, mafia, discriminazione razziale e nesso teleologico con gli altri reati*, spiccherebbe la finalità di un maggiore significato criminale; nei delitti che offendono il patrimonio, la particolare *gravità* del danno cagionato; nei delitti dolosi contro la persona, o comunque commessi con *violenza*, l'aver agito per *motivi abietti o futili*; nei delitti colposi, l'aver agito nonostante la *previsione dell'evento*. Notevoli sono pertanto le modifiche apportate rispetto al codice Rocco, dall'articolato elaborato dalla Commissione presieduta dal prof. Grosso, avendo omesso di indicare esplicitamente le ipotesi aggravanti di cui ai numeri 5, 6, 8, 9, 10, 11, dell'art. 61 c.p., riducendo così la portata effettiva dello stesso istituto delle circostanze aggravanti comuni.

La maggior parte delle *circostanze attenuanti* comuni contemplate nell'articolato sono invece situazioni in cui è ridotta la colpevolezza dell'agente⁵²⁴. In particolare, rispetto al codice penale vigente, se da una parte sono state recuperate le classiche ipotesi come ad es. "l'aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale, o l'aver reagito in stato d'ira", dall'altra sono state introdotte ipotesi parzialmente nuove (come ad es. "l'aver nell'esercizio di una prestazione lavorativa subordinata, commesso il fatto per evitare un pericolo di danno grave ...", o "l'aver commesso il fatto per evitare un pericolo grave di danno alla persona o al patrimonio, in una situazione particolare nella quale era sensibilmente diminuita la possibilità di tenere un comportamento conforme alla norma"). Vi sono poi la classica figura attenuante del danno lieve e le circostanze relative a condotte successive al reato.

Nel corso del dibattito scientifico sul c.d. "Progetto Grosso", come si è già avuto modo di affermare nel primo capitolo, era però emersa in maniera decisa da parte di alcuni interpreti una posizione critica nei confronti dello stesso mantenimento dell'istituto delle circostanze del

⁵²⁴ L'art. 66, in merito a tali circostanze attenuanti, dispone che: «Sono circostanze attenuanti comuni, salvo che la legge disponga diversamente: l'aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale; l'aver reagito in uno stato d'ira determinato dal fatto ingiusto altrui; l'aver, nei delitti contro il patrimonio o che comunque offendono il patrimonio cagionato un danno di particolare tenuità; l'aver commesso il reato perché indotto da persona alla cui autorità l'autore del reato era sottoposto, o l'aver, nell'esercizio di una prestazione lavorativa subordinata, commesso il reato perché condizionato da disposizioni impartite da un superiore; l'aver commesso il reato per evitare un pericolo grave di danno alla persona o al patrimonio, in una situazione particolare nella quale era sensibilmente diminuita la possibilità di tenere un comportamento conforme alla norma; l'aver, prima del giudizio, risarcito integralmente il danno, o comunque l'essersi adoperato efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato».

reato⁵²⁵. La Commissione, pur ritenendo di non poter accogliere completamente tale istanza “abolizionista”, considerando che le circostanze del reato rispondano alla ineliminabile esigenza di adeguare la sanzione penale alle peculiarità che possono connotare la realizzazione del reato, ha tuttavia previsto la *eliminazione delle circostanze ad effetto speciale*, con riferimento alle quali la pena viene determinata in una dimensione sganciata da quella prevista per il c.d. reato base, stabilendo che «quando l'aumento o la diminuzione della pena è determinato in maniera autonoma il reato si considera titolo autonomo di reato» (art. 6 disp. trans.)⁵²⁶.

La Commissione Ministeriale, con il nuovo articolato del 26 maggio 2001, ha pertanto eliminato tale distinzione facendo così prevalere la tesi emersa durante il dibattito relativo alla formulazione del primo articolato. In base a questa rinnovata disciplina, pertanto, sarebbe stato compito del legislatore di parte speciale evitare che situazioni riconducibili alle vecchie nozioni di circostanze aggravanti ed attenuanti ad effetto speciale possano concorrere tra loro.

⁵²⁵Cfr. in questo senso, soprattutto MOCCIA S., *Considerazioni sul sistema sanzionatorio nel progetto preliminare di un nuovo codice penale*, cit., p. 470-471: «in materia di circostanze del reato è maturata l'esigenza di incidere radicalmente sull'intero sistema, che si presenta del tutto pletorico nella stratificazione normativa, di taglio esasperatamente casistico. Visto lo stato delle cose, siamo convinti che sia necessario orientarsi ad una rinuncia di principio a questi accidentalia delicti: un'accurata tipicizzazione delle fattispecie, una ragionevole definizione dei loro limiti edittali ed un funzionale meccanismo generale di commisurazione, orientato a scopi e valori costituzionali, renderebbe del tutto superflua la loro presenza». Vedi, inoltre, *retro* capitolo primo, § 2.3.

⁵²⁶Coerentemente con tale scelta è stata cambiata la formulazione dell'originario art. 69 (ora art. 67), dal quale sono stati eliminati gli originari commi 3 (*sono circostanze ad effetto speciale quelle per le quali l'aumento o diminuzione di pena è determinato in maniera autonoma, o in misura superiore al quarto*), 4 (*se una circostanza ad effetto speciale concorre con una o più circostanze ad effetto ordinario, gli aumenti o diminuzione di pena corrispondenti alle circostanze ad effetto ordinario si applicano sulla pena in concreto determinato con riferimento alla circostanza ad effetto speciale*), 5 (*se concorrono più circostanze aggravanti, ovvero più circostanze attenuanti, ad effetto speciale, si applica la circostanza che comporta l'aumento o la diminuzione maggiore, e le circostanze vengono applicate come se fossero circostanze ad effetto ordinario*) e 7 (*salvo che la legge non disponga diversamente, quando ricorrono circostanze ad effetto speciale sia aggravanti che attenuanti, si applica la disciplina di cui al comma 6*), nonché i richiami alle circostanze ad effetto ordinario e alle circostanze ad effetto speciale di cui agli artt. 63 - 67 del codice penale Rocco, cfr. *Articolato*, p. 719. Nella stessa direzione si è mossa anche la Commissione di studio successiva, che ha eliminato le vigenti circostanze speciali ad effetto speciale, preferendo la previsione di figure autonome di reato, attraverso però una dubbia previsione normativa, che dettando il principio di tassatività delle circostanze al comma 1, non richiederebbe teoricamente la precisazione successiva contenuta nel comma 2: “*Art. 85. Tassatività delle circostanze. 1) Sono circostanze del reato quelle denominate tali dalla legge. 2) Agli effetti della legge penale, costituisce titolo autonomo di reato la fattispecie per la quale la legge determina edittalmente la pena*”, nell’*Articolato*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 266.

Infatti, sulla base di quanto suddetto, ed andando ad esaminare la Relazione del settembre 2000, si può notare come già in un primo momento la Commissione aveva preso in considerazione l'idea di recuperare il significato delle circostanze nell'ambito di un unitario procedimento di commisurazione, ma, successivamente, *difficoltà tecniche* avevano portato a recuperare (per le circostanze ad effetto ordinario) il tradizionale modello degli aumenti o diminuzioni sulla pena in concreto inflitta, allo stesso modo di quanto prevede l'attuale comma 1 dell'art. 63 c.p.⁵²⁷. Nel comma 2 dell'art. 67 (originario art. 69) è stato introdotto un limite minimo agli aumenti e alle diminuzioni di pena dovuti alla presenza di una circostanza del reato, che va da "un sesto ad un quarto della pena" (nell'originario era "fino a un quarto").

Completa la disciplina delle circostanze del reato la statuizione dei *limiti di pena per il reato circostanziato* di cui all'art. 68 del progetto che così recita: «*Le pene non possono essere aumentate, per effetto di circostanze aggravanti, oltre i seguenti limiti: reclusione speciale: 30 anni; reclusione: 20 anni; detenzione domiciliare: 15 mesi; multa e ammenda: due anni e sei mesi; misure interdittive: 6 anni. Le pene diminuite per effetto di circostanze attenuanti non possono scendere al di sotto dei seguenti limiti: per la reclusione speciale: 20 anni, salvo che nei casi di capacità ridotta e negli altri casi espressamente indicata dalla legge; per la reclusione e per le pene interdittive: due mesi; per le altre specie di pena: i limiti indicati nell'art.51*». Da questa norma è facile riscontrare come siano stati effettivamente notevolmente ridotti i limiti edittali rispetto alla disciplina dettata nel codice Rocco.

Dal dibattito esperito successivamente alla pubblicazione della Relazione e dell'Articolato approvato dalla Commissione per la Riforma del codice penale nella seduta del 26 maggio 2001, sembra che la nuova disciplina delle *circostanze del reato* sia stata accolta

⁵²⁷ L'art. 67 non ha più introdotto tale distinzione, sancendo che: «Gli aumenti o le diminuzioni di pena, stabiliti dalla legge per le circostanze aggravanti o attenuanti, si operano aumentando o diminuendo la quantità di pena che il giudice applicherebbe al colpevole, qualora non concorresse la circostanza. Gli aumenti o diminuzioni di pena corrispondenti ad una circostanza sono da un sesto ad un quarto della pena che il giudice applicherebbe in assenza di circostanze. Se concorrono due o più circostanze aggravanti, ovvero due o più circostanze attenuanti, gli aumenti o le diminuzioni di pena sono complessivamente fino alla metà. Quando concorrono insieme circostanze aggravanti e attenuanti, e le prime sono ritenute dal giudice prevalenti, non si tiene conto delle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti, e si fa luogo soltanto agli aumenti di pena stabiliti per le circostanze aggravanti. Se le circostanze attenuanti sono ritenute prevalenti sulle circostanze aggravanti, non si tiene conto degli aumenti di pena stabiliti per le circostanze aggravanti, e si fa luogo soltanto alle diminuzioni di pena stabiliti per le circostanze attenuanti. Se fra le circostanze aggravanti e attenuanti il giudice ritiene vi sia equivalenza, dette circostanze non sono considerate ai fini della pena».

comunque con favore nelle sue linee salienti⁵²⁸, anche se non può certo nascondersi che ci siano state anche delle osservazioni critiche, come quelle esposte da chi ha ravvisato nella materia delle innovazioni che inizialmente avrebbero fatto pensare ad un sistema “rigoroso”, mentre in realtà a ben vedere si tratterebbe di disposti resi inutili dal fatto che alla loro *ratio* indulgenzialista si è provveduto diversamente: si pensi ad esempio all’eliminazione delle attenuanti generiche che viene “compensata” dal principio che la pena non può superare i limiti della colpevolezza⁵²⁹.

Ancora criticato è stato l’inserimento, ad avviso di qualcuno “improprio”, delle circostanze del reato nel Titolo III dedicato alla *pena*.

Tale aspetto, invece, a nostro avviso, è significativo di una mutata e più consapevole ricostruzione della funzione delle circostanze anche a livello sistematico, seppur non seriamente approfondita, e, tuttavia, nella *Relazione introduttiva* alla presentazione del progetto preliminare di riforma del codice penale, il prof. Carlo Federico Grosso ha sottolineato come a suo avviso questi siano problemi che non incidono sulle cose che contano nella riforma di una parte generale del codice penale e difendendo l’operato della Commissione testualmente afferma che «nessun membro ha ritenuto di collegare alla classificazione codicistica alcun significato di scelta dogmatica⁵³⁰».

Volendo tirare le fila dell’analisi fin qui svolta sul testo del Progetto “Grosso”, l’interprete viene subito colpito dalla nuova collocazione delle circostanze del reato, che, come più volte ricordato, nell’articolato del 2001 si trova non nel Titolo III intitolato “ Del Reato”, come nel codice vigente, ma nel titolo dedicato alla “Pena”. Come osservato dalla dottrina, lo spostamento denoterebbe, invece, una scelta sistematica non priva in verità di implicazioni teoriche e pratiche. La Commissione Grosso sembra aver recepito infatti quella che era stata l’indicazione fornita da alcuni Autori, secondo i quali «la funzione delle circostanze è quella di rapportare la previsione legislativa ad elementi ulteriori rispetto al

⁵²⁸ E’ opportuno precisare che il tema delle “circostanze del reato” è stato, in sede di Sotto-Commissione, inserito in quello della “Riforma del sistema sanzionatorio” i cui membri sono: Pisa, Corbi, Pulitanò, Randazzo, Seminara, Zagrebrelsky e Zancan. Ai lavori di questa Sotto –Commissione ha partecipato anche il Presidente Grosso.

⁵²⁹ MORSELLI E., Osservazioni sul progetto di riforma del codice penale della «Commissione Grosso», p. 583.

⁵³⁰ GROSSO C. F. , Relazione introduttiva del progetto preliminare di riforma della parte generale del codice penale, cit., p. 5.

significato del fatto tipico e la conseguenza che ne scaturisce è la modificazione della cornice della pena». Proprio questa funzione giustificerebbe il loro inserimento nel titolo dedicato alla pena e comunque prima della commisurazione⁵³¹.

Venendo alla struttura del capo II dedicato alle circostanze del reato, il Progetto Grosso, conserva in questa sede, in continuità con la tradizione, una disciplina di “parte generale” delle circostanze aggravanti e attenuanti. In questa prospettiva la Commissione ha previsto una serie di modificazioni significative della normativa vigente in materia, quali: a) la tendenziale diminuzione del numero delle circostanze; b) l’eliminazione delle circostanze attenuanti generiche; c) la sottrazione delle circostanze ad effetto speciale al regime del bilanciamento ripristinando così la disciplina anteriore alla novella 1974; d) la limitazione dell’entità dell’aumento e della diminuzione di pena collegata alle circostanze ad effetto ordinario; e) limiti più rigorosi negli aumenti di pena dipendenti dal cumulo giuridico delle pene⁵³².

Queste misure sono state adottate dalla Commissione al fine ultimo di ridurre l’ampio potere discrezionale attribuito al giudice dalle varie riforme apportate nel corso degli anni al codice vigente. Effettivamente la discrezionalità è uno strumento che se consapevolmente utilizzato permetterebbe al sistema di conservare la necessaria elasticità rispetto a quelle che sono le peculiarità della fattispecie concreta⁵³³; se però essa diviene lo strumento per attenuare l’ingiustificata severità di certe norme della disciplina vigente, allora è da considerare piuttosto come un pericoloso elemento di rottura di tale sistema.

⁵³¹ Secondo PREZIOSI S., *Osservazioni sul Progetto preliminare di riforma del codice penale: le circostanze del reato e la commisurazione della pena*, in *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, cit., p. 441 ss: «l’impressione che si ricava dalla lettura dell’articolato, è che si voglia continuare a mantenere in vita “artificialmente” l’autonomia delle circostanze del reato dalla cornice edittale di pena. (...) L’istituto delle circostanze del reato mantiene così il suo carattere ibrido, ereditato dal Codice Rocco e in nessun modo emendato. (...) Svincolando le circostanze dalla loro efficacia diretta sulla cornice edittale di pena, rimane immutata l’incertezza delle cornici di pena e invana una loro revisione, sia in sede di parte generale che di parte speciale; quindi, conseguentemente, si lascia immutato l’eccessivo potere discrezionale del giudice in sede di determinazione della pena».

⁵³² Vedi Relazione al “Progetto preliminare di riforma del codice penale” - Parte generale (12 settembre 2000), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 574.

⁵³³ Appare ormai velleitaria e quanto mai superata l’idea di rendere il giudice esclusivamente “*bouche de la lois*”, “la bocca della legge”, in base alla nota concezione di Montesquieu. Sottolineano la necessità di una rivalutazione della discrezionalità giudiziale, EUSEBI L., *Critica di un dogma*, cit., p. 78; auspica la nascita di «una nuova cultura della discrezionalità» DONINI M., *La sintassi del rapporto fatto/autore*, cit., p. 311.

La Commissione Grosso, attraverso la disciplina introdotta ha inteso proprio porre freno alla discrezionalità giudiziale al fine di evitare che possa sfociare sempre più in un incontrollato arbitrio in cui la certezza della pena diviene un fine fuori portata⁵³⁴.

L'interprete che si trovi a commentare le innovazioni così introdotte nel Progetto Grosso non può fare a meno però di rilevare però come le modifiche proposte in tema di circostanze non sono state poi così rivoluzionarie, a fronte invece dei vivaci dibattiti che hanno suscitato altre tematiche oggetto di riforme più penetranti (basti pensare alla responsabilità penale delle persone giuridiche proposta per la prima volta nel Progetto).

Non tanto dissimile può essere il giudizio a seguito dell'esame dello schema di disegno di legge delega della Commissione Pisapia, per quanto concerne specificatamente la disciplina delle circostanze del reato, che anzi, sotto certi profili, appare effettuare un passo indietro rispetto all'articolato della Commissione Grosso, che almeno in parte sembrava recepire i risultati della migliore elaborazione scientifica sull'argomento, a partire proprio dalla collocazione sistematica dell'istituto e dal tentativo di razionalizzarne la disciplina.

Dal punto di vista dogmatico e sistematico, appare contestabile infatti il mantenimento di una disciplina delle circostanze fondata su di un'ampia elencazione di circostanze aggravanti e attenuanti comuni, all'interno della parte generale, quali "forme di manifestazione del reato". E' evidente, infatti, come la Commissione presieduta dall'On. Pisapia, scegliendo di collocare questo istituto nel Titolo III dedicato al reato, tra il delitto tentato e il concorso di reati, si sia posta in controtendenza sia nei confronti dell'elaborazione della prevalente dottrina, sia rispetto ai Progetti di riforma appena precedenti, come quello Grosso e Nordio, che avevano sistemato la disciplina delle circostanze, l'uno, nel titolo relativo alla pena (artt. 64 e seg.), l'altro, in una sottosezione del capo dedicato alla commisurazione della pena (artt. 85 e seg.). La "via maestra" suggerita dalla maggior parte della dottrina, come si è visto, era infatti quella di abolire questo istituto, attraverso la contestuale introduzione di "*autonome fattispecie qualificate*". L'esigenza di graduare la sanzione corrispondentemente al variare del disvalore del reato potrebbe trovare piena soddisfazione già all'interno della cornice edittale di singole fattispecie di parte speciale - così

⁵³⁴ Bisogna però fare attenzione evitando troppo rigore. Ad avviso di chi scrive, ogni sistema che abbia l'aspirazione di essere troppo rigido è inevitabilmente destinato ad essere superato dalla storia; ogni dialettica tra legislatore e giudice non può essere archiviata limitando i poteri di quest'ultimo a compiti di mera esecuzione.

come avviene nel sistema tedesco -, prevedendo però, al contempo, indici chiari e precisi di commisurazione della pena, con la previsione della possibilità di scendere al di sotto del minimo edittale per fatti dal disvalore attenuato o per esigenze di integrazione sociale.

In tal modo, si realizzerebbe una notevole semplificazione del sistema penale con una contemporanea riduzione del potere discrezionale del giudice ed un effetto di razionalizzazione anche in materia processuale (si pensi ai riti speciali). E' sempre più avvertita infatti l'esigenza di prevedere un maggiore collegamento delle circostanze con i risvolti processuali, soprattutto in tema di "giustizia negoziata". Tutta la casistica delle circostanze proposta all'art. 18 della bozza di legge delega del 2007, a ben vedere, appare riconducibile sostanzialmente agli stessi parametri generali previsti in tema di commisurazione della pena all'art. 35, comportando con ciò prevedibilmente i consueti problemi di *bis in idem* sostanziale⁵³⁵.

Piuttosto contraddittoria infatti appare la giustificazione fornita dalla Commissione Pisapia circa la decisione di mantenere la categoria delle circostanze del reato, come istituto funzionalmente distinto dai criteri fattuali di commisurazione della pena, e perciò inerente alla sola commisurazione legale della pena, laddove afferma: «Dopo aver esaminato con particolare attenzione la proposta di eliminazione delle circostanze, si è mantenuta la loro efficacia ultraedittale soprattutto per la loro capacità di: 1) esprimere una maggiore o minore intensità dell'offesa rispetto al bene protetto dalla norma incriminatrice; 2) tutelare beni diversi da quelli protetti dalla norma incriminatrice in caso di condotte plurioffensive (es. art. 61 n.2;

⁵³⁵ Su questo aspetto, invece, cfr. quanto riportato da MOROSINI P., *Appunti sui lavori della Commissione per la riforma del Codice penale*, in *Quest. giust.*, 2007, p. 1083 ss.: «Dopo un confronto serrato, [la Commissione] ha deciso di non degradarle a «fattori di governo della pena» (sul tipo degli indici fattuali del vigente art. 133 c.p.) mantenendone l'efficacia ultraedittale. La disciplina prevede, innanzitutto, l'indicazione espressa dell'elemento circostanziale da parte del legislatore, per assecondare esigenze di maggiore certezza sui reali confini dell'istituto (comma 1 lett. a), (...). Inoltre, il testo propone: a) l'abrogazione delle circostanze indeterminate, quali le attenuanti generiche, o aggravanti indefinite (ancorate a formule del tipo «nei casi di particolare gravità» come quella di cui all'art 1 legge n. 400 del 1985); b) la tendenziale diminuzione delle circostanze previste nella parte speciale, fissando la regola secondo cui «costituisce titolo autonomo di reato il fatto per il quale la legge determini in modo autonomo la pena edittale»; c) l'aggiornamento del catalogo delle circostanze comuni, con l'eliminazione di alcune delle attuali suscettibili di favorire in sede applicativa forme di *bis in idem* sostanziale (si pensi al rapporto tra l'aggravante della colpa cosciente di cui all'art 61 n. 3 e l'indice del grado di colpa di cui all'art 133, comma 1 n. 3) o di dubbio significato (avere agito per suggestione della folla in tumulto), e l'introduzione di nuove quali l'aggravante dell'avere agito per finalità di discriminazione razziale, religiosa, di orientamento sessuale; d) la revisione della entità degli aumenti e delle diminuzioni per le circostanze comuni (da un sesto ad un quarto)».

61 n.9; 625 n.2, 576 n.5 c.p.); 3) precisare atteggiamenti psichici o caratteristiche tipiche della personalità dell'offensore che si riflettono sul grado di colpevolezza e sul disvalore complessivo della condotta. Si è ritenuto che – mantenendo l'obbligatorietà della loro applicazione e collocandole nell'alveo della *commisurazione legale della pena* - le circostanze possano svolgere ancora oggi una importante *funzione retributiva e generalpreventiva*. Tuttavia, anche in considerazione dell'orientamento di parte della dottrina favorevole all'eliminazione delle circostanze – e come punto di equilibrio tra le diverse posizioni (basate su argomentazioni pregevoli) – si è deciso di *ridurne il catalogo e di limitare gli spazi di discrezionalità derivanti sia dall'applicazione delle circostanze che dall'entità degli aumenti o delle diminuzioni di pena*⁵³⁶. Infatti, le tre ragioni individuate per conferire alle circostanze un valore autonomo di cause di modificazione della cornice edittale, potrebbero altrettanto giustificare una loro collocazione tra i criteri fattuali di commisurazione intraedittale; e anzi laddove vi fosse l'esigenza di tutelare dei “*beni diversi da quelli protetti dalla norma incriminatrice in caso di condotte plurioffensive*”, non sembra opportuno affidare simile protezione ad un “elemento accidentale”, sebbene nell'ottica di una sua integrale valutazione, operata eliminando il giudizio di bilanciamento. Il ruolo loro attribuito nella bozza di d.d.l di l. delega infatti non sembra congruente nè con l'aumento o la diminuzione “da un sesto ad un quarto” che esse determinano sulla pena base, in via generalizzata, ossia valevole per tutti i reati; nè con la previsione del consueto meccanismo di valutazione bifasico, ossia operato sulla pena in concreto⁵³⁷, sempre mutuato dall'attuale art. 63, co. 1 c.p.. Incidendo sulla cornice edittale del singolo fatto di reato, infatti, teoricamente, l'aumento o la diminuzione stabilita in modo generale ed astratto, senza distinguere tra il disvalore che le cornici edittali dei singoli reati esprimono, non solo sembrano vanificare il valore generalpreventivo degli stessi limiti edittali, ma potrebbe in effetti rendere *spoporzionata* la misura della risposta sanzionatoria legalmente stabilita. In ogni caso, nella Relazione non vi è alcun cenno al problema dell'influenza che le circostanze del reato esercitano sulle cornici edittali e della

⁵³⁶ Cfr. § XVI. Circostanze del reato, Relazione al d.d.l. della legge delega per la riforma del codice penale, in http://www.giustizia.it/commissioni_studio/relazioni/xvleg/comm_pisapia_relazione.htm.

⁵³⁷ Cfr. art. 18, n. 5 let. a): «gli aumenti o le diminuzioni di pena, stabiliti dalla legge per le circostanze aggravanti o attenuanti comunque denominate, si applichino aumentando o diminuendo la quantità di pena che il giudice applicherebbe al colpevole, qualora non concorresse alcuna circostanza». in *Bozza d.d.l. della legge delega per la riforma del codice penale*, in http://www.giustizia.it/commissioni_studio/relazioni/xvleg/bozza_ddl_pisapia.htm.

necessità di garantire la proporzione tra la misura della pena legalmente stabilita con il disvalore del fatto, che certamente dipenderà anche dalle circostanze.

A dimostrazione delle inutili complessità ed incertezze che la disciplina delle circostanze proposta reca con sé, si dovrebbe prendere in considerazione anche l'art. 18, n. 1, lett. a), b) e c)⁵³⁸. Le previsioni di cui alla lettera a) e c), sembrano sovrapporsi. Se le circostanze devono essere espressamente denominate come tali, non si vede a cosa serva la lettera c), il cui tenore appare tra l'altro oscuro: non è forse determinata edittalmente anche la pena prevista *per relationem*, ossia in termini di aumento della pena prevista per il reato base? Il criterio della nominatività delle circostanze (let. a) e quello della predeterminazione legislativa edittale (let.c) rischiano di contraddirsi se previsti contemporaneamente in uno stesso codice. Ove, invece, si dovesse ritenere che questi due criteri non siano stati rivolti al legislatore futuro, ma siano stati pensati per risolvere problemi intertemporali, allora sarebbe più opportuno inserirli in una norma transitoria.

Quanto alle singole circostanze aggravanti alcune di esse, ed in particolare quelle di cui al n. 2 let. a), e let. f) , si fondano sull'atteggiamento interiore o in chiave di mera finalità soggettiva, o in quanto motivi a delinquere. I relativi aumenti di pena, al di là della cornice edittale, appaiono perciò incompatibili con il principio di offensività solennemente affermato all'art. 2 dello stesso progetto di legge delega. Di tali finalità e motivi si potrebbe e dovrebbe tenere conto soltanto all'interno dei limiti edittali. Altre circostanze aggravanti, n. 2 lett. b), c), d) ed e), si riferiscono alle modalità della condotta o alle modalità dell'evento, e dunque anche esse potrebbero eliminarsi e ricondursi ai noti indici di commisurazione infraedittale della pena. Per quanto riguarda le circostanze attenuanti, anche queste potrebbero essere ricondotte tra gli indici infraedittali di commisurazione della pena, limitatamente all'attenuante della provocazione o della soggezione all'altrui autorità. L'attenuante della condotta risarcitoria o riparatoria, invece, potrebbe anche essere prevista in una disciplina organica di estinzione del reato.

Il sistema di computo della pena previsto in materia di circostanze attenuanti o aggravanti potenzia e favorisce una "*aritmetica sanzionatoria frammentata*", che complicherebbe il lavoro dei giudici. La previsione di un catalogo di circostanze comuni, e l'aver imposto al giudice una serie di aumenti e diminuzioni, attraverso una logica di *cumulo*

⁵³⁸ Cfr. Bozza d.d.l. della legge delega per la riforma del codice penale, cit.

algebrico, tale per cui la discrezionalità andrà esercitata con riferimento a ciascuna singola circostanza, appare come un preoccupante passo indietro rispetto al codice Rocco. In particolare, tale scelta contrasta con l'esigenza di semplificazione cui invece dovrebbe tendere una bozza di delega per un nuovo codice penale soprattutto in tema di commisurazione della pena: l'obiettivo dovrebbe essere non tanto quello di ridurre la discrezionalità del giudice, quanto quello di precisarne chiaramente i confini.

3.1. La progressiva scomparsa del giudizio di bilanciamento delle circostanze eterogenee.

Le attuali tendenze di riforma della parte generale del codice penale, con particolare riferimento alla disciplina del concorso di circostanze, sembrano muoversi verso un completo superamento dell'istituto del giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee di cui all'art. 69 c.p. — se non abolendo in radice, quantomeno limitandolo alle sole circostanze ad effetto comune —, cogliendo perciò quella che è la sua *ambiguità funzionale*, fatta emergere, come si è visto, ancora con più forza dall'attuale sistema penale, attraverso la previsione delle numerose citate deroghe, che ne stanno praticamente svuotando l'essenza.

Nel "Progetto Pagliaro", infatti, all'art. 25, comma 1, si prevedeva, l'integrale eliminazione del sistema del bilanciamento, proponendo l'applicazione di tutte le circostanze eterogenee concorrenti, con successivi aumenti e diminuzioni di pena⁵³⁹.

Sotto questo profilo, invece, la Commissione di riforma presieduta dal Prof. C.F. Grosso si è distanziata dalle posizioni raggiunte da quella precedente, decidendo, di mantenere l'istituto⁵⁴⁰. Non sono state così accolte quelle istanze mosse da chi auspicava il ritorno al

⁵³⁹ Per maggiori approfondimenti sulle soluzioni legislative proposte in tema di circostanze dallo Schema di legge Delega elaborato dalla Commissione presieduta dal Prof. A. Pagliaro, cfr. MELCHIONDA A., *Riforma del codice penale e circostanze del reato: fra esigenze contingenti e ripensamenti tecnico - sistematici*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, p. 793 ss.

⁵⁴⁰ Occorre specificare però che la Sotto-Commissione per la "Riforma del sistema sanzionatorio", sul tema delle circostanze intese proporre *il superamento dell'attuale sistema di valutazione del concorso di circostanze eterogenee*, aggiungendo che «Conformemente alle indicazioni del progetto Pagliaro, si ritiene che tutte le circostanze debbano essere valutate, abbandonando il meccanismo di bilanciamento attualmente previsto dall'art. 69 c.p. Tutte le circostanze dovranno trovare integrale applicazione, prevedendo un'apposita disciplina per il computo di circostanze che determinano effetti diversi dalla pena». Per il *concorso di circostanze aggravanti e attenuanti*, la Commissione Grosso, dunque, era partita dall'idea dell'integrale superamento del sistema del bilanciamento, e l'alternativa ipotizzata era

sistema vigente nel codice del 1889 (riproposto appunto nello schema di legge delega di riforma del codice penale del 1992), motivando tale scelta in base al fatto che «il sistema del *bilanciamento* vigente vanificherebbe la funzione individualizzatrice, nel sistema sanzionatorio, svolta dalle circostanze, sulla base di un raffronto di dati eterogenei e spesso incommensurabili, perciò esposti alla incontrollabile discrezionalità del giudice»⁵⁴¹. Dello stesso avviso era d'altronde anche il prof. Pagliaro, secondo il quale «il considerare alcune circostanze come prevalenti sulle altre è privo di fondamento logico e può condurre a gravi arbitri. Sarebbe opportuno che il legislatore rinunciassse al principio di prevalenza, mantenendo quello di equivalenza»⁵⁴².

Probabilmente la scelta operata dalla Commissione “Grosso” di mantenere in vita il giudizio di prevalenza o di equivalenza voleva rispondere all’esigenza lungamente avvertita da quella parte della dottrina⁵⁴³ che ravvisa in questo la funzione di determinazione dei limiti edittali, considerando preventivamente le circostanze tipizzate e solo successivamente, in base ai criteri di commisurazione della pena, tutti gli altri elementi in grado di adeguarne la pena stessa alla personalità del reo e alla gravità del fatto. In tal modo verrebbero recuperate le circostanze “soccumbenti”, che pur non potendo influire sul piano della misura legale, riacquisterebbero la loro rilevanza nel momento ulteriore e diverso della individualizzazione della pena, determinandone lo spostamento verso il massimo e verso il minimo.

Si giustificerebbe così anche la forte riduzione, rispetto al codice Rocco, sia delle circostanze aggravanti che delle attenuanti, circoscritte solo a quelle ipotesi di consistente rilevanza, con la conseguenza di riservare le altre situazioni alla valutazione del giudice alla luce dei comuni criteri commisurativi intraedittali.

Sempre in merito al giudizio di prevalenza e di equivalenza, la cui disciplina è dettata dall’art. 67 del Progetto Grosso, la novità più rilevante è stata quella di aver eliminato le

quella dell’applicazione integrale di tutte le circostanze, con successivi aumenti o diminuzioni di pena. Tale soluzione, così come pure rilevato tra gli altri dalla Commissione della Procura Generale nel suo parere al documento di base del 15 luglio 1999, era parsa impraticabile in quanto avrebbe esaltato i difetti della aritmetica sanzionatoria, frammentando il procedimento di commisurazione della pena. Per esclusione, si è perciò recuperato parzialmente il sistema di bilanciamento: dice la Commissione, «soluzione non ottimale, ma che è parsa meno problematica e più facilmente compressibile delle altre venute in discussione e che alla luce della disciplina complessiva delle circostanze, evita gli eccessi di discrezionalità giudiziale che caratterizzano la disciplina vigente».

⁵⁴¹ MANTOVANI F., *Diritto penale*, op. cit., p. 415.

⁵⁴² PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, Giuffrè, VII, 2000, p. 484.

⁵⁴³ ROMANO M., *Commentario*, op. cit., STILE A. M., *Il giudizio*, op. cit.

circostanze ad *efficacia speciale* dal bilanciamento, ritornando così nuovamente alla disciplina originaria del codice Rocco, vigente fino alla riforma del 1974, con la quale, come si è visto, si era riconosciuta al giudice una forte discrezionalità, conseguente alla possibilità, attraverso il giudizio tra circostanze ad efficacia comune e circostanze ad efficacia speciale, di operare una rilevante modifica sulla pena edittale prevista. La Commissione Grosso, sempre nell'intento di ridurre la discrezionalità giudiziale e di riequilibrarne il rapporto con il principio di legalità della pena, ha inteso eliminare dal giudizio di prevalenza e di equivalenza le circostanze comportanti una pena autonoma rispetto a quella prevista per il reato base, in cui il legislatore ha operato caso per caso «*un giudizio di disvalore analogo a quello compiuto con la creazione di autonome figure di reato*» e considerando tale giudizio insuscettibile di essere posto nel nulla ad opera della concreta valutazione del giudice⁵⁴⁴.

Il “Progetto Grosso”, risultante dal testo definitivo licenziato il 26 maggio 2001, perciò risulta particolarmente interessante, perché oltre ad aver inserito il sistema delle circostanze del reato all'interno del sistema sanzionatorio, ha limitato il giudizio di comparazione tra circostanze di segno diverso alle *sole circostanze ordinarie ad effetto comune frazionario* (per le quali la diminuzione di pena non è più prevista fino a un terzo, ma solo fino ad un quarto), escludendolo, invece, per le circostanze ad effetto speciale, che a loro volta, secondo le intenzioni della Commissione, dovrebbero essere trasformate in autonomi titoli di reato⁵⁴⁵.

Anche il Progetto di riforma della parte generale del codice penale elaborato dalla “Commissione Nordio”, presentato il 21 aprile 2005, si è proposto come obiettivo principale la riduzione dell'ambito di discrezionalità del giudice nella determinazione della pena. A tal fine, perciò, oltre a prevedere in via generale per la parte speciale — che tuttavia non ha mai visto

⁵⁴⁴ VASSALLI G., *La riforma penale del 1974*, 1975, 51; STILE A. M., *Il giudizio*, op. cit., p. 120, in cui l'Autore precisa che in presenza di circostanze ad efficacia speciale «poiché non si tratta di stabilire l'aumento o la diminuzione da apportare, ciò sta da indicare che nella valutazione legislativa varia la *fisionomia* del reato e non la sua gravità», aggiungendo poi che «il divieto della legge non può trovare dunque la sua spiegazione nell'impossibilità di un raffronto, ma semplicemente nel fatto che, con la disciplina predisposta, la legge ha mostrato di voler assegnare a determinate circostanze, per il significato riconosciuto, una particolare rilevanza, differenziandole *connotativamente* dalle altre circostanze».

⁵⁴⁵ Per osservazioni e critiche sul sistema delle circostanze proposto nel progetto si veda VASSALLI G., *Sulla disciplina delle circostanze del reato*, cit., p. 401; DE VERO G., *Osservazioni sui principi e sull'articolato della disciplina delle circostanze del reato*, ivi, p. 406; MELCHIONDA A., *La nuova disciplina delle circostanze del reato nel “Progetto preliminare Grosso”: pregi e difetti di una riforma che non “rifonda”*, ivi, p. 411; PREZIOSI S., *Osservazioni sul Progetto preliminare di riforma del codice penale: le circostanze del reato e la commisurazione della pena*, ivi, p. 442.

la luce — la riduzione delle pene edittali, attraverso l’abbassamento dei massimi, proponeva anche l’eliminazione delle circostanze attenuanti generiche (come si desume dalla disposizione che afferma il principio di tassatività delle circostanze (art. 85)), e l’imposizione della *valutazione integrale di tutte le circostanze riconosciute*, siano esse aggravanti o attenuanti, con una sorta di calcolo aritmetico ed uno sbarramento: «la pena non può essere mitigata al di sotto della metà del minimo e non può aumentare oltre la metà del massimo edittale». Nel rivisitare il sistema vigente di calcolo delle circostanze eterogenee, anche l’ultima Commissione di riforma del Codice penale, seguendo l’esempio del Progetto Pagliaro e di quello Nordio, ha suggerito l’abolizione del giudizio di bilanciamento, con l’introduzione di un computo che tenga conto di tutti gli aumenti e le diminuzioni, da determinare autonomamente per ogni circostanza sulla pena base.

Fin d’ora, però, è possibile esprimere serie perplessità rispetto a tali proposte “abolizioniste” del giudizio di bilanciamento, ove non si voglia mettere mano, contestualmente ad una più profonda riforma, in senso realmente “riduzionistico” del numero delle circostanze anche comuni (ovvero persino dell’intera categoria dogmatica)⁵⁴⁶.

Fintanto che si continueranno a prevedere così tante circostanze eterogenee non si potrà fare a meno di un meccanismo di bilanciamento come quello previsto dall’art. 69, salvo, altrimenti ritornare ad un calcolo aritmetico, come quello previsto nel Progetto Pagliaro e in parte nella bozza di articolato del 2005, ed ora anche in quella Pisapia, con un salto nel passato, che non garantirebbe un’adeguata valutazione del caso concreto sotto il profilo della determinazione della risposta sanzionatoria più proporzionata, continuando a rendere poco razionale il procedimento di commisurazione della pena in senso lato.

Ove, invece, attraverso l’eliminazione dei limiti minimi edittali, si faccia a meno di prevedere le circostanze attenuanti comuni, non vi sarebbe evidentemente più alcun bisogno concreto dello stesso istituto.

3.2. L’abolizione delle circostanze attenuanti generiche.

⁵⁴⁶ Cfr. le osservazioni di MELCHIONDA A., *La nuova disciplina delle circostanze del reato nel “Progetto preliminare Grosso”*: pregi e difetti di una riforma che non “rifonda”, cit., p. 425.

Sempre nell'ottica di un ridimensionamento della discrezionalità giudiziale tutti i Progetti di riforma unanimemente propongono l'abolizione della categoria delle circostanze attenuanti generiche, «la cui originaria funzione “equitativa” è stata sfigurata dalla prassi in un indulgenzialismo gestito in modi non uniformi e non controllabili»⁵⁴⁷, cogliendo così le aspre critiche che a questo istituto venivano mosse dalla prevalente dottrina, che già da tempo ne auspicava l'eliminazione⁵⁴⁸, sebbene correlandola ad un più ampio ripensamento del sistema sanzionatorio complessivo, in quanto è innegabile la funzionalità delle “generiche” nel sistema del codice attuale, come già riferito, in termini di mitigazione dell'eccessivo e sproporzionato rigore delle pene edittali comminate almeno in astratto.

Per conciliare l'eliminazione delle circostanze attenuanti generiche con le esigenze di giustizia sostanziale e di proporzione della risposta punitiva al caso concreto, il disegno di legge delega Pisapia, però, introduce all'art. 37 un “*correttivo di equità*”— nella parte dedicata alla commisurazione della pena —, che tuttavia ugualmente aumenta la discrezionalità del giudice in base al un parametro, tutt'altro che univoco, dell'*effettivo disvalore del fatto*⁵⁴⁹.

⁵⁴⁷ V. *Relazione al “Progetto preliminare di riforma del codice penale” – Parte generale* (12 settembre 2000), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 622 ss. Cfr., inoltre, l'art. 20, n. 2, del Progetto Pagliaro, che stabilisce: «Formulare le circostanze, aggravanti e attenuanti, in modo che risultino determinate nel loro contenuto». Nello stesso senso anche il Progetto Nordio e quello Pisapia che aboliscono tutte le circostanze generiche ed indefinite nel loro contenuto.

⁵⁴⁸ Cfr. per tutti, PULITANÒ D., *Diritto penale*, 2^a ed., cit., p. 437: «In una razionale riforma del sistema, un istituto così evanescente nei presupposti, ed insieme gravido di conseguenze, non dovrebbe avere ragion d'essere».

⁵⁴⁹ La Commissione di riforma motiva la scelta di questa soluzione tecnica in questi termini: « Si è peraltro cercata, non senza perplessità da parte di non pochi componenti della Commissione, una soluzione meno drastica, quale quella di prevedere una specifica norma (correttivo di equità) che permetta al giudice di applicare una diminuzione fino ad un terzo quando la pena in concreto irrogabile risulti eccessiva rispetto all'effettivo disvalore del fatto (art. 36). Il correttivo di equità, a differenza delle circostanze attenuanti generiche, è, nelle intenzioni della Commissione, uno strumento da utilizzare in casi eccezionali e particolari quali quelli in cui le conseguenze del reato abbiano già determinato una “pena naturale” ritenuta più che sufficiente in relazione al disvalore del fatto: l'esempio di scuola è quello relativo a un omicidio colposo per violazione del codice della strada in cui la vittima, o le vittime, sono persone legate da forti legami affettivi al responsabile del reato. E' questo il motivo per cui, nell'ultima versione di tale direttiva, si è voluto specificare che la diminuzione di pena possa essere applicata, solo quando la pena inizialmente prevista sia “palesamente eccessiva” rispetto all'effettivo disvalore del fatto. E si è voluto specificare, proprio per evitare una interpretazione estensiva, che, in caso di applicazione del “correttivo di equità” la decisione debba essere “analiticamente motivata” proprio per evitare qualsiasi indiscriminata applicazione di una norma di favore, garantendo, anche attraverso il controllo di legittimità, che la pena sia effettivamente adeguata al caso concreto. E' stata anche valutata, nell'ambito della Commissione, la proposta di prevedere, in

Tale anomalia si accentua ove si consideri che, tra le attenuanti comuni dello stesso articolato compaiono già indici che consentono al giudice di “apprezzare” il disvalore del fatto, diminuendo la pena ove non consti un’offesa di particolare rilievo.

L’esigenza di prevedere un simile “correttivo” all’interno della disciplina della commisurazione della pena, dimostra che l’abolizione delle attenuanti generiche in un sistema che continui a contemplare i minimi edittali, specie se alti, e dunque sproporzionati, di per sé non è sufficiente a garantire un’*equa commisurazione della pena verso il basso*. Viceversa, nella ricostruzione qui propugnata di un sistema che elimini la c.d. “forchetta”, contemplando solo limiti edittali massimi non occorrerebbe ricorrere a tale “correttivo”, essendo sufficienti dei criteri commisurativi certi e coerenti con le finalità che l’ordinamento stesso accetta di attribuire alla pena e che, come si è detto, non possono essere standardizzate, ma piuttosto necessariamente diversificate in base agli autori e ai diversi delitti: sempre però che si sia disposti ad ammettere un’ampia discrezionalità per il giudice⁵⁵⁰.

La previsione segnala in ogni caso un problema politico criminale non trascurabile: eliminate le attenuanti generiche, sfolto l’insieme di circostanze, venuto meno il giudizio di bilanciamento, affiora l’esigenza di tipizzare qualche attenuante in più che possa ridondare a favore del reo, in quelle ipotesi eccezionali di tenuità del fatto in concreto, senza dover ricorrere ad una eccessiva dilatazione della discrezionalità giudiziale. Alcuni spunti interessanti possono derivare proprio da una riflessione, non priva di agganci con l’esperienza comparata, su alcune *valvole di collegamento tra diritto e processo*, delle quali un nuovo

casi simili, una specifica causa di non punibilità, in quanto, in casi del tutto particolari, già può essere sufficiente la “pena” e la “sofferenza” derivanti dalle conseguenze del reato: un’eventuale altra sanzione non avrebbe alcuna giustificazione proprio in considerazione della finalità che la pena deve avere ai sensi dell’art. 27 della Costituzione. La Commissione, a larga maggioranza, non ha accolto tale proposta e si è orientata per la norma prevista dall’art. 36, *la cui finalità – è opportuno ribadirlo onde evitare equivoci – è ben diversa da quella dell’attuale art. 62 bis c.p.*» (corsivo nostro). Tuttavia, non è affatto chiaro in cosa consista tale differenza, e il parametro della palese eccessività della pena appare comunque estremamente aleatorio e relativo, sebbene si ritenga in ogni caso opportuna la scelta di richiedere un’analitica motivazione sul punto. E’ lecito tuttavia dubitare che questo obbligo, in assenza della previsione di una sanzione per la sua eventuale violazione, venga rispettato dai giudici, come la prassi applicativa quotidiana dimostra costantemente, e per la cui analisi si rinvia al capitolo primo § 0.

⁵⁵⁰ Cfr. anche DONINI M., in commento alla Bozza di d.d.l. Pisapia, in <http://www.isisc.org/public/Donini.pdf>.

codice penale dovrebbe essere dotato, ove intenda attuare realmente il principio di sussidiarietà dello strumento penale in concreto⁵⁵¹.

Ci si riferisce pertanto a quelle *clausole* c.d. *di esiguità*, o di *irrilevanza penale del fatto*, che potrebbero portare alla *rinuncia alla pena*, che non tutti i progetti organici di riforma del codice penale, qui esaminati, hanno preso in considerazione.

Soltanto il Progetto preliminare di riforma della parte generale del codice penale elaborato dalla Commissione Grosso, infatti, dopo un'ampia discussione e solo nell'ultima elaborazione approvata il 26 maggio 2001, ha previsto espressamente una clausola generale di irrilevanza penale del fatto⁵⁵². Nella sua versione originaria, pubblicata il 12 settembre 2000, il Progetto, enunciato il principio di non offensività, che già era stato previsto come principio costituzionale dalla Commissione Bicamerale (art. 2 comma 2 del Progetto preliminare, che sotto la rubrica «applicazione della legge penale» dispone che «le norme incriminatrici non si applicano ai fatti che non determinano una offesa del bene giuridico»), si era limitato a prevedere l'istituto della irrilevanza del fatto nei confronti dei reati commessi dai minori imputabili, riprendendo le linee della disciplina già presente nell'ordinamento minorile (art. 109 del Progetto, che stabilisce che «viene disposto il non luogo a procedere per irrilevanza del fatto qualora ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni: il fatto è di particolare tenuità; il comportamento è stato occasionale; il non luogo a procedere appare coerente con la finalità di cui all'art. 106 comma 2»). Eppure una parte della Commissione, rimasta allora minoritaria, nel corso dei lavori aveva sostenuto una linea più innovativa. Dal Documento di

⁵⁵¹ Su tale specifico aspetto cfr. in particolare *retro*, capitolo primo, § 2.3.

⁵⁵² Il Progetto Pagliaro aveva previsto, in verità, un'ipotesi assimilabile a questa in esame, ma dai contorni e dalle finalità non molto definiti, anche perchè limitata ai soli delitti colposi. Cfr. l'art. 40 “*Astensione dalla pena*”, che stabiliva: «1. Prevedere che il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna per un reato colposo, possa astenersi dall'infliggere la pena, quando il reo abbia subito gli effetti pregiudizievoli del reato in misura e forma tale che l'applicazione della pena risulterebbe ingiustificata sia in rapporto alla colpevolezza che alle esigenze di prevenzione speciale. 2. Previsione di un'analoga possibilità per il reato doloso, purché gli effetti pregiudizievoli si siano verificati esclusivamente a carico del soggetto agente». Nella *Relazione*, cit., p. 330, si afferma che l'istituto avrebbe dovuto operare «allorchè il reo abbia subito una “*poena naturalis*”, tale da rendere ingiustificata la sanzione sia in rapporto alla colpevolezza che in rapporto alle esigenze di prevenzione speciale. Se l'ambito di elezione del nuovo istituto (secondo l'esperienza dell'ordinamento tedesco) è il reato colposo, si è tuttavia ritenuto che esso potesse riferirsi, con opportune cautele, anche al reato doloso». Così come strutturato pertanto sembrerebbe l'antecedente del “*correttivo d'equità*” proposto dalla Commissione Pisapia, che però prevede solo una diminuzione ulteriore di pena e non una completa astensione da questa.

base pubblicato il 15 luglio 1999⁵⁵³, si ricava infatti che «altra parte della Commissione, pur non nascondendosi i problemi, ha assunto un atteggiamento di maggiore apertura. Si è rilevato che l'istituto ha funzionato comunque bene in materia minorile. Si è soggiunto che se si considerano le prassi seguite in sede di archiviazione, si constata che di fatto il criterio viene già usato con una certa ampiezza al di fuori da qualunque regolamentazione e da qualunque controllo, per cui una sua disciplina razionale potrebbe risultare positiva sul terreno della legalità. Si è affermato che in fondo l'idea soggiacente al criterio della esiguità della offesa o della tenuità del fatto è quella della esclusione dall'area del penalmente rilevante della fascia di criminalità bagatellare che ben può annidarsi all'interno di fattispecie costruite in termini espressivi di un disvalore quantitativamente molto differenziato (come ad es. i reati patrimoniali, i reati fiscali, nei quali fra l'altro l'utilizzazione di soglie quantitative di punibilità, sia pure tipizzate, costituisce una costante). Si è sostenuto che i dubbi di incostituzionalità costituiscono un falso problema». Piuttosto, avevano osservato i componenti della Commissione non ostili alla introduzione del principio generale di *irrilevanza penale del fatto*, «occorre riflettere sui limiti entro i quali esso (che, non si dimentichi, è istituto 'di favore') può essere utilizzato senza scardinare il sistema della responsabilità penale».

Al riguardo sono stati individuati alcuni requisiti: «a) necessità di una rigorosa delimitazione dell'area applicativa dell'istituto attraverso limiti quantitativi di pena; b) per il giudizio concreto di irrilevanza, considerazione primaria degli elementi 'interni' al fatto: la particolare tenuità del fatto, scaturente dalla esiguità del danno o del pericolo e dal grado della colpevolezza; c) i requisiti esterni al fatto, quali la occasionalità dello stesso, o la prognosi in ordine alla sua non ripetibilità da parte dell'autore, dovrebbero essere (tutt'al più) costruiti come 'limiti negativi' alla dichiarazione della irrilevanza nonostante la sussistenza dei requisiti indicati sub a) e sub b)».

Poiché dunque nel corso del dibattito, seguito alla pubblicazione del testo 12 settembre 2000, vi sono stati numerosi interventi favorevoli alla introduzione del principio di irrilevanza penale del fatto, la Commissione, sia pure a maggioranza, e dopo ampia discussione, ha modificato la sua posizione originaria. Nell'art. 74 del nuovo articolato 26 maggio 2001, significativamente collocato nel capitolo dedicato alla commisurazione della pena, ha previsto perciò una *situazione generale di «non punibilità per particolare tenuità del fatto»*, stabilendo

⁵⁵³ Cfr. in *Doc. giust.*, 1999, p. 796 s.

che «il fatto non è punibile quando ricorrono le seguenti condizioni: a) il fatto è di particolare tenuità per la minima entità del danno o del pericolo nonché per la minima colpevolezza dell'agente; b) il comportamento è stato occasionale; c) non sussistono esigenze di prevenzione generale e speciale tali da richiedere una qualsiasi misura nei confronti dell'autore del reato. 2. Il presente articolo si applica ai reati puniti con pena detentiva non superiore nel massimo a due anni».

Tuttavia, questo tipo di formulazione dell'istituto continua a far discutere la dottrina non riuscendo ad ottenere un unanime consenso, come afferma lo stesso Presidente della Commissione di riforma del 1999, che ritiene «che il problema meriti tuttavia una riflessione ulteriore, e che (...) il principio di non punibilità per *scarsa significatività della offesa* debba trovare una sua rilevanza in sé, come causa di irresponsabilità penale a fianco del *principio di totale inoffensività*»⁵⁵⁴, ammettendo, ciò nonostante, che il Progetto Grosso abbia comunque costituito “un notevole passo avanti” sotto questo profilo.

Dietro le resistenze della dottrina italiana riguardo l'introduzione di istituti come quello dell'irrilevanza del fatto, o della clausola di esiguità, c'è forse una confusione dei problemi e dei rilievi sostanziali che tale istituto solleva rispetto a quello limitrofo, ma comunque assai differente dell'inoffensività del fatto, anch'esso piuttosto controverso, per l'ampio potere ermeneutico che una sua esplicita previsione attribuirebbe al giudice del fatto⁵⁵⁵. Mentre quest'ultimo istituto, però, mira a risolvere quei casi pratici nei quali può verificarsi uno scollamento tra la tipicità in astratto e quella del fatto in concreto, che pur presentando apparentemente tutti gli elementi essenziali della fattispecie tipica manca proprio di quello più importante, ovvero dell'offesa di danno o di pericolo al bene giuridico tutelato; la *ratio* di istituti come l'irrilevanza, l'esiguità o la tenuità del fatto è affatto diversa. Nelle fattispecie cui ci si riferisce quando si parla di questi istituti, non manca alcun elemento fondamentale del reato, nè tantomeno l'offesa, seppure essa sia oggettivamente esigua, ma in base alla

⁵⁵⁴ Cfr. GROSSO C. F., *Proscioglimento per furto di cose di valore particolarmente esiguo: inoffensività od irrilevanza penale del fatto?*, in *Cass. pen.*, 2001, 54 ss.

⁵⁵⁵ Il principio di offensività costituisce uno dei capitoli più interessanti e dibattuti dalla scienza penalistica dell'ultimo decennio, e ha impegnato pressochè tutte le diverse Commissioni di riforma del codice penale, soprattutto circa l'opportunità di una sua codificazione nella futura parte generale del codice penale. Vista la complessità dell'argomento che trascende i limiti e gli scopi di questa trattazione, rinviando a FIANDACA G., *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 3 s.; e in *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, a cura di Stile A.M., Jovene, 2003, p. 141 ss.

considerazione di altri concomitanti fattori, comunque fondamentali, e dunque sulla base di un *bilanciamento di interessi*, che dovranno essere tipizzati dalla legge, l'ordinamento ritiene di poter rinunciare all'applicazione di una sanzione criminale che, a causa della marginalità dell'offesa, sarebbe ugualmente non ragionevole alla stregua del noto principio secondo cui "*de minimis non curat praetor*"⁵⁵⁶.

Dal punto di vista funzionale, pertanto, mentre il principio di necessaria offensività del fatto, riferendosi a situazioni del tutto eccezionali di scollamento tra tipicità astratta ed offesa in concreto, non può avere alcuna efficacia deflattiva; la *particolare tenuità del fatto*, al contrario, soprattutto se concepita come *condizione di improcedibilità*, può incidere sui carichi giudiziari, ed è normalmente proposta con questa finalità, insieme ovviamente all'esigenza di giustizia sostanziale di adeguare il più possibile la pena al disvalore concreto del fatto e alla colpevolezza del suo autore. Questa ontologica differenza ha dunque inevitabili conseguenze anche sotto il profilo della collocazione sistematica e dell'inquadramento giuridico: mentre l'istituto della necessaria offensività del fatto, sia che venga concepito come operante sul piano strutturale, sia che venga identificato con un criterio ermeneutico, costituisce uno strumento di diritto penale sostanziale; l'istituto della particolare tenuità del fatto può essere collocato, a seconda della tipologia dei criteri prescelti dal legislatore, sia nell'ambito del *diritto penale sostanziale*, che in quello del *diritto processuale penale*. Sebbene entrambi gli istituti escludano la pena, da un punto di vista di teoria generale del reato, comunque si intenda il principio di offensività, esso *esclude la tipicità del fatto*, con la conseguenza che il suo autore non può andare incontro ad alcuna conseguenza giuridica, né penale, né extrapenale. Diversamente, in qualsiasi modo venga configurata l'irrelevanza penale del fatto (condizione di improcedibilità o causa di non punibilità, etc.); essa non solo non incide sulla tipicità, ma non esclude neppure l'antigiuridicità e la colpevolezza, per cui siamo in presenza di un fatto illecito, perchè contrario all'intero ordinamento giuridico, che va esente da pena, perchè dotato di un disvalore così tenue per il quale una reazione penale sarebbe eccessivamente gravosa, e la cui punizione sarebbe contraria sia al comune senso di giustizia, che alle stesse finalità della pena.

⁵⁵⁶ Cfr. il fondamentale lavoro di PALIERO C. E., *Minima non curat praetor. Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit., *passim*.

E' evidente dunque come simili istituti concedano al giudice una amplissima discrezionalità, almeno pari a quella che gli veniva riconosciuta con lo strumento delle attenuanti generiche, eppure non può sfuggire ad alcuno come qualsiasi ordinamento penale moderno per rispondere effettivamente al principio di *sussidiarietà* ed *extrema ratio*, basilari per la costruzione di un *diritto penale minimo*, abbia bisogno di prevedere simili istituti, e dunque, in ultima analisi, abbia bisogno della *discrezionalità giudiziale*: strumento indispensabile di raccordo tra le previsioni incriminatrici necessariamente astratte e le esigenze punitive che le caratteristiche del caso concreto reclamano. Ciò sembrerebbe confermato anche dalla recente proposta della Commissione ministeriale per la riforma del codice di procedura penale, presieduta dal Prof. Giuseppe Riccio, che tra i *presupposti dell'archiviazione*, previsti nella prima parte della *direttiva 65* ha indicato anche «la particolare tenuità del fatto»⁵⁵⁷, precisando però che «la tenuità del fatto non assume,

⁵⁵⁷ Cfr. CAPRIOLI F., § 18 “*Azione penale ed archiviazione*” della Relazione in http://www.giustizia.it/commissioni_studio/relazioni/xvleg/riccio_prova.htm, dove si spiega che «la Commissione – unanimemente favorevole a estendere al processo ordinario l'istituto della tenue offensività, sinora confinato, a titolo sperimentale, nel sottosistema minorile e in quello di pace – ha dovuto affrontare in via pregiudiziale due delicate questioni. In primo luogo, si doveva decidere se configurare la tenuità del fatto come causa di esclusione della *punibilità* (secondo il modello già normativamente sperimentato in ambito minorile) oppure come causa di esclusione della *procedibilità* (secondo il modello già normativamente sperimentato nell'ambito del procedimento di pace). In secondo luogo, si trattava di stabilire se consentire la declaratoria di tenuità del fatto anche in sede di archiviazione della notizia di reato o soltanto in ambito processuale (*id est*, con sentenza): in altre parole, se configurare o meno la modesta offensività della condotta come una causa di legittima desistenza dall'esercizio dell'azione penale. Si tratta, è bene precisarlo, di due variabili indipendenti: in quanto causa di improcedibilità, è scontato che la modesta offensività della condotta criminosa avrebbe potuto e dovuto essere annoverata tra i presupposti di legittima rinuncia alla *potestas agendi*; ma la scelta di configurare la particolare tenuità del fatto come causa di non punibilità non impedisce di prevedere che la tenuità venga ugualmente dichiarata con archiviazione. Quanto al primo dilemma, si è ritenuto che il compito di fornire il più corretto inquadramento sistematico all'istituto non potesse che essere affidato ai lavori di riforma del codice penale. L'opinione della Commissione è che sarebbe peraltro inopportuno configurare la tenuità del fatto come causa di improcedibilità, sia per il rilievo che una simile qualificazione risulta più coerente con la previsione di cause di mancato esercizio o di mancato proseguimento dell'azione penale legate alla valutazione di interessi *esterni* al fatto e al suo autore, sia perché la disciplina processuale dell'improcedibilità (e in particolare, la precedenza logica che va riconosciuta all'improcedibilità rispetto alle altre cause di proscioglimento) stenta a conciliarsi con i contenuti della declaratoria di tenuità, che non può prescindere dall'analisi del merito della causa e che dovrebbe intervenire, almeno in sede dibattimentale, soltanto dopo l'accertamento degli altri elementi costitutivi del reato». Per un maggior approfondimento delle ragioni poste alla base della scelta dell'inquadramento della “tenuità del fatto” come presupposto per l'archiviazione cfr. anche CAPRIOLI F. - MELILLO G. - RUGGIERI F. - SANTALUCIA G., *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l'istituto della declaratoria di particolare tenuità del fatto. Riflessioni a margine di una recente proposta*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3496 ss.

nell'economia della direttiva, i connotati di una causa di archiviazione *ulteriore* rispetto a quella derivante dalla ritenuta impossibilità di sostenere l'accusa. Occorre cioè ribadire che tale presupposto (la "non sostenibilità dell'accusa in giudizio") abbraccia *tutte* le ipotesi di prevedibile esito proscioglimento del dibattimento, ivi comprese le cause di improcedibilità e le cause di non punibilità e dunque, in prospettiva futura, anche la tenuità del fatto. Da questo punto di vista, l'inciso "*anche per la particolare tenuità del fatto*" può dunque suonare – ed effettivamente è – superfluo: la sua funzione è unicamente quella di ribadire, per un verso, *l'impellente necessità di introdurre una causa generale di improcedibilità o di non punibilità legata alla scarsa offensività della condotta criminosa (...)*; per altro verso, quella di chiarire che *non esistono ragioni perché la tenuità del fatto non possa essere dichiarata con provvedimento di archiviazione al pari di tutte le altre cause di improcedibilità o non punibilità*⁵⁵⁸. Sul punto, è bene ricordare inoltre che la Commissione di riforma del codice penale del 2007, ha previsto all'art. 3 (*Principio di offensività. Irrilevanza del fatto*), *let. b*) una specifica *causa di non punibilità* «quando risultino la tenuità dell'offesa e l'occasionalità del comportamento». Per quanto riguarda quest'ultimo fattore di valutazione — *l'occasionalità del comportamento* —, costantemente previsto in tutte le precedenti formulazioni dell'istituto, sono state avanzate due pungenti obiezioni che ne ostacolerebbero *de iure condendo* la sua futura riproposizione: in primo luogo, l'oggettiva difficoltà di monitorare le declaratorie pre-processuali di tenuità del fatto di cui non rimane traccia nel certificato del casellario giudiziale, con la conseguente impossibilità di formulare la diagnosi di occasionalità della condotta tenendo conto degli eventuali precedenti specifici dell'autore tenue; in secondo luogo, e soprattutto, la ritenuta oggettiva evanescenza e indeterminatezza del parametro «in bilico tra interpretazioni restrittive volte a identificare l'occasionalità con la pura e semplice assenza di precedenti specifici e interpretazioni di più ampio respiro volte a identificare l'occasionalità con il carattere eccezionale e prevedibilmente irripetibile delle circostanze in cui è maturato il comportamento illecito»⁵⁵⁹. Già il primo rilievo, però, è stato ritenuto superabile dalla stessa Commissione Riccio, che nella Relazione definitiva al Progetto

⁵⁵⁸ Cfr. CAPRIOLI F., § 18, cit. (i corsivi sono nostri). Da notare che, coerentemente a nostro avviso, la formula della "particolare tenuità del fatto" è stata prevista anche, nella *direttiva 26.2*, come possibile causa di assoluzione o proscioglimento.

⁵⁵⁹ Così CAPRIOLI F. - MELILLO G. - RUGGIERI F. - SANTALUCIA G., Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l'istituto della declaratoria di particolare tenuità del fatto. Riflessioni a margine di una recente proposta, cit., p. 3499.

di legge delega per il nuovo codice di procedura penale ha chiarito che: il «requisito dell'occasionalità può essere infatti smentito anche da un comportamento *successivo* a quello ritenuto occasionale: nell'ipotesi considerata, dunque, la totale assenza di preclusività del provvedimento di archiviazione renderebbe possibile non soltanto indagare sul secondo episodio criminoso ma anche riaprire le indagini nei confronti del primo, che non apparirebbe *più* occasionale alla luce della probabile reiterazione; il carattere occasionale o meno delle due condotte verrebbe così valutato unitariamente. In questi termini, la declaratoria di tenuità del fatto mediante archiviazione potrebbe funzionare come una sorta di *sospensione condizionale dell'azione penale, con benefici effetti di prevenzione speciale nei confronti del soggetto che ne fosse destinatario*»⁵⁶⁰. Per quel che concerne invece il secondo requisito le perplessità che suscita la possibilità per il giudice di effettuare un giudizio prognostico sull'*occasionalità* del comportamento da parte di quello specifico autore, sono le medesime in fondo che può suscitare il giudizio che quotidianamente il giudice del merito deve svolgere rispetto al carattere *persistente* della condotta dell'autore recidivo, in ordine a sue possibili ricadute. In sostanza, però, si ritiene che sia inevitabile attribuire al giudicante, che solo può conoscere le particolari circostanze del caso concreto una simile valutazione, che non potrà mai essere prevista e tipizzata dal legislatore in alcun modo. L'unica via per arginare i rischi di arbitrarietà e di imprevedibilità, che una simile causa di non punibilità (o di improcedibilità) può comportare è ancorare il criterio dell'occasionalità — che dovrà essere sempre comunque previsto unitamente a quello della tenuità del danno o del pericolo — a chiari criteri finalistici, ed in particolare a quello della *prevenzione speciale*, di carattere positivo (ovvero di non desocializzazione del reo), che dovrebbe costituire la stessa *ratio* dell'istituto della tenuità (esiguità o irrilevanza).

4. La restaurazione del regime *obbligatorio* della recidiva come aggravante in senso tecnico.

Il legislatore del 2005, nel riformulare la disciplina della recidiva, non ha evidentemente tenuto in considerazione le più recenti proposte contenute nei Progetti di riforma elaborati dalle Commissioni di studio ministeriali nelle diverse legislature in tema di

⁵⁶⁰ Cfr. CAPRIOLI F., § 18, cit. (i corsivi sono nostri).

recidiva, salvo che per il suo costante inquadramento come *circostanza aggravante comune*, a regime *obbligatorio*: caratteri entrambi riscontrabili in tutti i Progetti di riforma, da quello del 1992 all'ultimo elaborato nel 2007.

Nella disciplina della recidiva delineata dalla “Commissione Nordio” (art. 87, lett. g), ad esempio, tra le novità di maggiore spicco, oltre all'abolizione della recidiva reiterata, vi è il ripristino integrale dell'obbligatorietà⁵⁶¹, scelta mutuata dal precedente progetto predisposto dalla “Commissione Grosso”, il quale — in ciò diversificandosi dal testo del 2005 elaborato dalla “Commissione Nordio”, almeno per quanto concerne la forma semplice — prevedeva un duplice sbarramento alla dichiarazione di recidiva: uno di carattere temporale, dovendo la commissione del nuovo reato intervenire *entro dieci anni* dalla precedente sentenza irrevocabile⁵⁶², l'altro relativo alla tipologia di reati considerati, ristretta ai delitti o alle contravvenzioni della *stessa indole*⁵⁶³.

Con questa normativa, perciò, sia il Progetto Grosso che il Progetto Nordio sembrano ritornare all'originario regime della recidiva del codice del 1930, precedente alla riforma di cui alla legge n. 99 del 1974, rispetto al quale la novità più rilevante consiste nella riduzione delle forme di recidiva: nell'uno, ridotta alla sola recidiva semplice; nell'altro, invece, a *due sole forme*, quella *semplice* (con aumento della pena tra un sesto e un quarto) e quella *aggravata* (con aumento della pena tra un quarto e un terzo) (artt. 45 e 50 comma 2), che si

⁵⁶¹ Si deve tener presente d'altronde che la Commissione ministeriale di studio, presieduta dal Cons. Nordio è stata nominata, ed ha lavorato, licenziando il testo dell'articolato per un nuovo codice penale, durante la medesima legislatura nella quale ha trovato approvazione la legge n. 251 del 2005, che, al contrario di quanto previsto da questo Progetto, ha fatto della “*recidiva reiterata*” il fulcro di una nuova politica criminale repressiva.

⁵⁶² L'originario art. 67 dell'articolato del Progetto Grosso è stato però modificato nel 2001, riducendo significativamente il lasso temporale di riferimento per la valutazione della recidiva, da dieci a cinque *anni*. Così, l'ultima versione del comma 1 dell'art. 67 dell'articolato recita: «1. La pena è aumentata nei confronti di chi, dopo essere stato condannato, nei *cinque anni* successivi alla sentenza irrevocabile commette un delitto, ovvero una contravvenzione della stessa indole», cfr. *Articolato*, in *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, a cura di A.M. Stile, Jovene, 2003, p. 718 (nt. 59).

⁵⁶³ Per il comma 2 dell'art. 67 dell'articolato, *ivi*, sono reati della stessa indole: «quelli che costituiscono violazione della medesima disposizione di legge, ovvero offendano il medesimo interesse, ovvero per la natura dei fatti o dei motivi che li hanno determinati, presentano in concreto caratteri fondamentali comuni».

realizzerebbe quando «il nuovo reato è commesso nei cinque anni dalla condanna precedente ed è della stessa specie del delitto precedentemente commesso»⁵⁶⁴.

Anche la disciplina della recidiva proposta nel disegno di legge delega elaborato dalla Commissione Pisapia si muove nello stesso solco tracciato dai precedenti progetti, e in netta antitesi rispetto alla riforma operata nel 2005 dalla legge c.d. ex-Cirielli.

Nell'art. 18, n. 3) della bozza di legge delega del 2007, la recidiva (anche se non viene usata esplicitamente tale espressione) è stata concepita come una circostanza aggravante *obbligatoria, infraquinquennale e specifica*, per la quale sono stati previsti degli aumenti (da 1/6 ad 1/4) piuttosto contenuti rispetto all'attuale previsione dell'art. 99 c.p.⁵⁶⁵.

Parlando di recidiva, è inevitabile inoltre il confronto tra le scelte adottate dal Progetto Pisapia e il d.d.l. Mastella, presentato nella medesima legislatura, che mirava ad eliminare gli effetti negativi della legge c.d. "ex-Cirielli" attraverso una completa riformulazione dell'istituto⁵⁶⁶. Lo schema di disegno di delega legislativa della Commissione Pisapia sembra

⁵⁶⁴ Nel Progetto Nordio si specifica inoltre che la recidiva, oltre ad essere divenuta a regime obbligatorio, una volta dichiarata produrrà particolari effetti penali, precludendo: l'applicabilità della sospensione condizionale della pena, la fruibilità del perdono giudiziale e l'affidamento al servizio sociale.

⁵⁶⁵ Si è espresso in modo piuttosto critico proprio sulla estrema esiguità dell'aumento previsto in tema di recidiva dal Progetto Pisapia, il Prof. A. Pagliaro, durante il Convegno dei Professori di Diritto Penale dal titolo "*Esame e valutazione dello schema di legge delega della Commissione Pisapia*", svoltosi presso l'I.S.I.S.C. di Siracusa, il 21-23 giugno 2007, nel corso del quale è stata presentata la bozza di riforma del codice penale predisposta dalla Commissione Parlamentare presieduta dall'On. Avv. Giuliano Pisapia, relativa alla parte generale del codice. Nella *Relazione*, consultabile in <http://www.isisc.org/public/Pagliaro.pdf>, l' A. infatti afferma che «e' risibile la misura dell'aumento di pena "da un sesto a un quarto nei confronti di chi, dopo avere riportato una condanna per reato doloso, nei cinque anni successivi alla sentenza irrevocabile commette un reato doloso della stessa indole" (art. 19.3/a). La recidiva e' l'unico indice prognostico di cui disponiamo per prevedere la futura carriera criminale di un individuo. Percio', le si deve dare un rilievo adeguato. Si noti che la legge californiana dei *three strikes*, adottata poi in molti Stati USA, ha dato ottimi risultati nella prevenzione dei reati. Senza giungere alle esagerazioni californiane, un aumento di pena almeno della metà dovrebbe essere collegato alla recidiva specifica. Perche' rinunciare a un così efficace mezzo di lotta contro il reato? (...) La strana obiezione che la recidiva si ispiri a un diritto penale di autore non tiene conto che la recidiva e' essa stessa un fatto».

⁵⁶⁶ Solo dopo un anno e mezzo dall'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005 (c.d. "ex Cirielli"), approvata sul finire della XIV Legislatura, è stato presentato da parte del Ministro della Giustizia della XV Legislatura (sen. Mastella), uno Schema di disegno di legge n. 2031 del 2007, recante: "*Disposizioni per l'accelerazione e la razionalizzazione del processo penale, nonché in materia di prescrizione dei reati, recidiva e criteri di ragguglio tra pene detentive e pene pecuniarie*", approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 5 aprile 2007 (Atto camera n. 2664 del 16 maggio 2007). Nell'articolato, riguardante sia disposizioni di carattere processuale che sostanziale, si propone una nuova riforma della recidiva e della prescrizione, nel dichiarato intento di «eliminare gli effetti negativi

condividere, oltre alla filosofia di fondo della proposta ministeriale, anche parecchi punti della disciplina: l'*obbligatorietà* (anche se il 'progetto Mastella' conserva la facoltatività per la recidiva reiterata); la *specificità*, visto che la recidiva interessa solo delitti della stessa indole, avendo cura di precisare all'art. 18 comma 3 lett. b) che «siano considerati reati della stessa indole quelli che costituiscono violazione della medesima disposizione di legge ovvero offendono il medesimo bene giuridico ovvero, per la natura dei fatti o dei motivi che li hanno determinati, presentano in concreto caratteri fondamentali comuni»; la *temporaneità*, nel senso che come segnala l'art. 18 comma 3 lett. a) «la pena sia aumentata da un sesto a un quarto nei confronti di chi, dopo aver riportato una condanna per reato doloso, *nei cinque anni successivi* alla sentenza irrevocabile commette un reato doloso della stessa indole»; l'inquadramento sistematico della recidiva tra le aggravanti comuni e ad effetto comune, scolpendo un'escursione applicativa *da un sesto a un quarto*; la riferibilità ai *delitti (o meglio, reati) non colposi*, avendo tra l'altro in programma la soppressione delle contravvenzioni.

Diversamente dal 'progetto Mastella', però, la disciplina della recidiva elaborata dalla Commissione Pisapia presenta una veste per così dire 'minimalista' o 'generica', nel senso che, sull'esempio dei precedenti Progetti, non si avverte la necessità di articolare l'aggravante in diverse ipotesi, ma ci si limita a stabilire un'unica soluzione per il caso della 'ricaduta nel reato'.

Sparisce così la discussa figura del recidivo reiterato, ma spariscono anche le modulazioni *in pejus* fissate per chi ricada in un delitto di cui all'art. 407, comma 2, let. a) c.p.p.

Sebbene entrambi gli schemi siano dunque da apprezzare per lo sforzo di porre rimedio alle rigidità introdotte dalla legge ex-Cirielli, e per la ricerca di una maggiore linearità e

della legge 251/2005, con un intervento riequilibratore nel trattamento tra i recidivi e non». Così la Relazione consultabile su http://www.giustizia.it/dis_legge/xvleg/dislegge_indice.htm. Il nuovo art. 99 reciterebbe così: «Nei confronti del soggetto che, dopo essere stato condannato per un delitto non colposo, nei cinque anni successivi alla sentenza irrevocabile commette un delitto della stessa indole, in caso di successiva condanna il giudice applica un aumento fino a un quarto della pena da infliggere per il nuovo reato. Nei confronti del soggetto condannato per taluno dei delitti indicati all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale, il termine di cui al periodo che precede è di dieci anni. La pena può essere aumentata fino alla metà se il recidivo commette un altro delitto della stessa indole nei dieci anni successivi all'ultimo dei precedenti delitti che hanno determinato la recidiva di cui al primo comma. L'aumento non può essere inferiore ad un terzo quando la nuova condanna viene pronunciata per taluno dei delitti indicati all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale».

semplicità nella formulazione, non può non rimarcarsi una certa discrasia tra la formulazione della recidiva del “Progetto Pisapia” con l’affermato principio di tassatività delle circostanze, laddove introduce l’indeterminato criterio della “*identità d’indole dei reati*”, per il cui apprezzamento occorre evidentemente rinviare ad una valutazione «in concreto» di «caratteri fondamentali comuni» fra i reati di volta in volta considerati: espressione che rischia perciò di ampliare notevolmente i margini di discrezionalità del giudice nell’applicazione della recidiva, vanificando il suo regime obbligatorio e dunque la certezza della sua applicazione⁵⁶⁷.

Con riguardo al più generale problema del fondamento della recidiva, inevitabilmente collegato alla stessa scelta dei riformatori di continuare a configurarla come *circostanza aggravante del reato in senso tecnico*, la più avveduta dottrina ha già più volte segnalato i possibili vizi di incostituzionalità riscontrabili in una disciplina che preveda degli effetti di aggravamento sanzionatorio (potenzialmente) ultraedittali. In un diritto penale *del fatto*, «se la misura massima di pena (compatibile con il principio della responsabilità penale personale) è quella proporzionata alla “colpevolezza per il fatto commesso”, non si vede, infatti, come possa giustificarsi un aumento di pena per ragioni connesse ad una precedente condanna»⁵⁶⁸.

Parimenti incostituzionale, altresì, appare a questi Autori ogni soluzione che determini effetti aggravanti “*automatici*”, applicabili senza una concreta valutazione giudiziale della effettiva maggior pericolosità e/o colpevolezza del reo. In questa prospettiva, certamente

⁵⁶⁷ In questo senso, cfr. MELCHIONDA A., Proposta (minimale) di modifica alle disposizioni in tema di circostanze del reato previste dallo “Schema di disegno di legge recante delega legislativa al Governo della Repubblica per l’emanazione della parte generale di un nuovo codice penale” presentato dalla “Commissione Pisapia”, in <http://www.isisc.org/public/Melchionda.pdf>, p. 7 (del documento estratto).

⁵⁶⁸ Sul punto, si veda quanto osservato già rispetto al c.d. “Progetto Grosso”, da MELCHIONDA A., La nuova disciplina delle circostanze del reato nel “Progetto preliminare Grosso”: pregi e difetti di una riforma che non “rifonda”, in *La riforma della parte generale del codice penale*, cit., p. 430, e dallo stesso A., anche in sede di commento alla nuova disciplina introdotta dalla c.d. legge ex-Cirielli: MELCHIONDA A., *La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 187 s. Così anche DONINI M., *La sintassi del rapporto fatto-autore nel “Progetto Grosso”*, in *La riforma della parte generale del codice penale*, cit., p. 102 ss.; DOLCINI E., *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 515 ss., secondo il quale, infatti, «in armonia con le linee complessive del nostro sistema penale, le precedenti condanne non dovrebbero integrare una circostanza del reato, ma dovrebbero piuttosto rilevare nella commisurazione della pena in senso stretto, dando corpo ad un criterio di commisurazione per altri versi evanescente e manipolabile come quello della capacità a delinquere del reo (art. 133 comma 2 c.p.): in quella sede le precedenti condanne potrebbero suggerire al giudice di applicare l’intera pena corrispondente alla colpevolezza per il singolo fatto (a quella che, con una terminologia più aderente alla legge italiana, può designarsi come la gravità del reato entro i limiti segnati dalla colpevolezza), mentre non potrebbero mai legittimare l’inflizione di una pena di entità superiore».

preferibile appare quindi la previsione a suo tempo proposta dal “Progetto Pagliaro”, che, pur disciplinando la recidiva quale circostanza aggravante con effetti obbligatori, escludeva ogni effetto della stessa qualora i relativi presupposti fondanti non fossero «*significativi di una più intensa colpevolezza per il fatto*» (v. art. 21)⁵⁶⁹. Scelta che nel Progetto del 1992 mostra la reale intenzione di mantenere, sotto le mentite spoglie di un regime obbligatorio, la *natura sostanziale* che la recidiva aveva assunto dopo la riforma del 1974⁵⁷⁰.

Sembra soprattutto interessante notare, a questo proposito, la particolare e radicale scelta operata dal Progetto Pagliaro del 1992 in tema di “*pericolosità sociale*”, che, innovando decisamente rispetto al codice vigente, riserva attenzione alle sole forme di pericolosità di tipo «*bio-patologico, legate ad anomalie mentali ovvero ad altre forme patologiche*», con la conseguente scomparsa della figura del delinquente per tendenza, e la disciplina dell’abitudine e della professionalità, unitamente alla recidiva, quali circostanze aggravanti (art. 21.2), «in quanto significative di una più intensa *colpevolezza per il fatto*»⁵⁷¹.

Questa normativa agganciando il fondamento dell’istituto della recidiva, e in genere dell’aggravamento per una “*condotta criminosa di vita*”, alla *colpevolezza per il fatto* si traduce inoltre in una disciplina commisurativa prevalentemente incentrata sul “disvalore complessivo del fatto” (art. 39.1), riportato tuttavia nell’orbita della *colpevolezza*, nella quale alle «esigenze di prevenzione speciale, espresse dalla capacità a delinquere, viene riservato un ruolo sussidiario, nel senso che essa opera esclusivamente in chiave di eventuale attenuazione della pena (art. 39.2)»⁵⁷².

La scelta di collegare il fondamento dell’aggravante comune contemplata dal Progetto Pagliaro per la “*condotta di vita criminale*”, costituita dallo stato di recidiva, di abitudine e di professionalità nel delitto, alla *colpevolezza per il fatto*, si espone ugualmente ai rilievi di incostituzionalità prima evincibili con riferimento al Progetto Pisapia, per via della scelta di

⁵⁶⁹ Per il testo completo della disposizione e la relazione di accompagnamento v. La riforma del codice penale, Schema di delega legislativa per l’emanazione di un nuovo codice penale, in Doc. Giust., 1992, pp. 319 e 343.

⁵⁷⁰ Come si ricorderà, in questo senso, si espresse per primo PEDRAZZI C., *La nuova facoltatività della recidiva*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, p. 304.

⁵⁷¹ Così la relazione allo Schema di disegno di legge delega al Governo, in *Doc. giust.*, 1992, p. 319 e 343, dove si puntualizza che «l’unica forma di pericolosità prevista dall’art. 36 del progetto è dichiarabile nei confronti dei soli soggetti totalmente non imputabili autori di reati plurimi o di un unico reato di particolare gravità, a condizione però che tali reati siano manifestazione della causa di non imputabilità».

⁵⁷² *Ibidem*.

mantenerne gli effetti ultraedittali. Inoltre, questa costruzione sembra entrare in contraddizione laddove, nella disciplina della commisurazione della pena, invece, conserva la categoria della “*capacità a delinquere*”, come criterio di commisurazione intraedittale orientato alla prevenzione speciale con effetti però solo *in melius*.

Ancora più contraddittoria e criticabile, tuttavia, è apparsa alla più avveduta dottrina la scelta della Commissione Grosso addirittura di *abolire la categoria della “capacità a delinquere”*, come criterio di commisurazione della pena in concreto, nello sforzo di costruire il nuovo codice penale nella rigorosa prospettiva di un *diritto penale del fatto*, riportando la recidiva al suo originario *regime automatico*⁵⁷³.

Altrettanto irrazionale è apparsa la disciplina della recidiva prevista nella Bozza di d.d.l. di legge delega della Commissione Pisapia (art. 18, n. 3 lett. a e b), in rapporto a quella della commisurazione della pena, contenuta nell’art. 36, poichè, se da un lato, reintroduce opportunamente il criterio della “*capacità di commettere nuovi reati*” (art. 35, n. 2 let. a) — che nella Bozza di legge delega del 2007 ha sostituito la tradizionale locuzione della “capacità a delinquere” —, prevedendo al n. 1, lett. d, “*i precedenti penali*” e *i comportamenti antecedenti o successivi quali parametri di commisurazione*, dall’altro, all’art. 36, n. 2, let. a), stabilisce la regola secondo la quale questa “capacità” debba essere «*valutata solo a fini di attenuazione della pena*»⁵⁷⁴.

Anche se, per scongiurare il pericolo di un “diritto penale d’autore”, la dottrina prevalente continua ad affermare che la pena dovrebbe venire commisurata “*solo (o principalmente) sulla base della colpevolezza per il fatto*”, non può nascondersi che nella realtà e nella prassi commisurativa, così come nell’opinione pubblica, cui i legislatori sono particolarmente attenti, un ruolo fondamentale sia giocato anche dalla “*personalità*” dell’autore del reato e dunque anche dalla sua “*capacità di commettere nuovi reati*” (art. 35, n.

⁵⁷³ Cfr. DONINI M., La sintassi del rapporto fatto-autore nel Progetto Grosso, cit., spec. pp. 100-104, e ID., Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia, cit., spec. 304 ss. (§ 5.2). Cfr. così anche STILE A. M., Introduzione, in La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso, cit., p. XXIV, laddove afferma: «La assenza di un capo relativo all’autore, la collocazione dell’imputabilità (vizio di mente e minore età) dopo il sistema sanzionatorio, sembrano confermare che lo sforzo, di per sè encomiabile, di costruire il Progetto in una rigorosa prospettiva di diritto penale del fatto abbia però portato a trascurare, quasi platealmente, la persona. Ciò trova conferma anche nel ritorno ad una recidiva automatica che non può che attenere alla funzione di prevenzione generale».

⁵⁷⁴ Cfr. Così Donini M., in <http://www.isisc.org/public/Donini.pdf>, commento nel quale riprende le medesime critiche rivolte anche al Progetto Grosso (vedi nota precedente).

2 let. a), che non sarà pertanto opportuno (come invece previsto nei Progetti Grosso e Nordio) escludere totalmente dalla cultura e dal linguaggio della “scienza”, nè che gli venga attribuito in sede commisurativa un valore in senso solo attenuante (ovvero privilegiando solo la funzione positiva della prevenzione speciale), poichè ciò sarebbe sia scorretto dal punto di vista scientifico, che irrealistico.

Nella prassi giudiziaria, come anche nella maggior parte dei sistemi penali, d'altronde, non può escludersi che la recidiva sia uno dei maggiori indici di una più spiccata propensione al crimine, e dunque appare piuttosto incoerente prevedere, da un lato un aggravamento di pena extraedittale per la recidiva, e dall'altro, che la “capacità criminale” non possa invece influire nella commisurazione della pena se non *in senso attenuante*.

A parere di molti, perciò, continuare a prevedere per la recidiva un aumento ultraedittale di pena appare espressione di un “*diritto penale d'autore*”, contrario tra l'altro al principio di offensività e di colpevolezza, che dovrebbero informare oramai qualsiasi moderno Stato di diritto. In quanto circostanza aggravante, pertanto, appare auspicabile *de iure condendo* anche per la recidiva una sua riconduzione tra gli indici di commisurazione della pena, sull'esempio del codice penale tedesco (per il quale si rinvia al capitolo secondo, § 2.1.).

Questa soluzione, peraltro, se ancorata ad una più netta specificazione di “*gradi*” *interni alla cornice edittale*, come è avvenuto di recente nella legislazione francese attraverso la (re)introduzione del meccanismo delle soglie minime di pena (semi) obbligatorie (c.d. *peines plancher*), lungi dal risultare meno efficace, potrebbe anche essere caratterizzata da riflessi aggravanti molto più efficaci e certi di quelli oggi previsti dall'attuale art. 99 c.p.

5. La previsione di criteri finalistici nella disciplina della commisurazione giudiziale della pena.

Sembra importante segnalare, inoltre, che tutti i progetti di riforma di cui si è finora discusso si sono posti il problema di riempire il “vuoto finalistico” che presenta l'attuale art. 133 c.p., accogliendo gli ormai pluridecennali moniti unanimi della dottrina, dettando, insieme ai criteri fattuali che il giudice dovrà tenere in considerazione nella commisurazione intraedittale della pena, anche le *finalità* che dovranno informare la scelta sia del *quantum* che del tipo di sanzione irroganda, specificandone anche una sorta di ordine gerarchico.

Così, ad esempio, sulla scia delle proposte già formulate dalle precedenti Commissioni di riforma e dalle discipline di alcuni “moderni” codici stranieri⁵⁷⁵, l’art. 35 del disegno di legge delega del 2007, dopo avere descritto gli indici fattuali di commisurazione, prevede l’indicazione dei cd. *criteri finalistici della pena* e delle modalità in cui essi devono tra loro interagire, confermando un *trend* già ampiamente condiviso: la norma esprime «l’esigenza di superare le timidezze interpretative sulle indicazioni già ricavabili dalla Carta costituzionale (art. 27 Cost.)»⁵⁷⁶. Si esclude esplicitamente il ricorso a commisurazioni ispirate a ragioni di esemplarità punitiva, e si specifica che, in concreto, la pena non potrà andare oltre la *proporzionalità* rispetto al fatto commesso, ferma restando la possibilità di modularla *verso il basso* per esigenze legate al *reinserimento sociale dell'imputato*.

E’ da giudicare sicuramente in modo positivo il fatto che, a differenza dei precedenti progetti Grosso e Nordio, nella bozza di legge delega predisposta dalla Commissione Pisapia, sia stata presa nuovamente in considerazione la “*capacità di commettere reati*”, come criterio per la commisurazione intraeditale della pena, sebbene già si sia sottolineata (v. retro §4) la contraddizione insita nel fatto che tale elemento possa essere valutato “solo a fini di attenuazione della pena” (art. 35.2 lett. a), prevedendo nel contempo un’aggravante per condotte recidivanti infraquinquennali per reati della stessa indole (art. 18.3 lett. a), e “i precedenti penali e i comportamenti del colpevole anteriori (...) al reato” tra gli indici fattuali di cui all’art. 35.1, let. d).

Suscita perplessità, inoltre, il semplice riferimento testuale della *proporzione al fatto*, che sembra non apportare alcun contributo chiarificatore sui criteri che il giudice dovrà seguire⁵⁷⁷.

6. Ampliamento delle tipologie sanzionatorie: crisi della centralità della pena detentiva e fine del doppio binario?

La ricerca di risposte sanzionatorie alternative alla pena detentiva, ed in parte anche alla pena pecuniaria, che — come abbiamo già avuto modo di chiarire nel primo capitolo —,

⁵⁷⁵ Come la **Germania § 46 StGB, il Brasile , e il Portogallo.**

⁵⁷⁶ Cfr. MOROSINI P., *Appunti sui lavori della Commissione per la riforma del Codice penale*, cit., p. 1083 ss.

⁵⁷⁷ Sebbene lo stesso On. Pisapia in *Dir.pen. proc.*, 2007, p. 565 ss.; e in *Cass. pen.*, 2007, parli peraltro di provvedimento «analiticamente motivato, entro i limiti della proporzione con la colpevolezza per il fatto commesso»: espressione decisamente preferibile, ma che non è entrata nell’articolato.

costituisce una priorità per la razionalizzazione del sistema sanzionatorio in un diritto penale moderno, è stata intrapresa con particolare impegno soprattutto a partire dalla Commissione Grosso, accogliendo la proposta avanzata da molti autori di introdurre pene principali diverse dal carcere già in fase edittale.

La strada percorsa dalla Commissione Grosso può dirsi notevolmente innovativa rispetto alla precedente esperienza progettuale della Commissione presieduta dal Prof. Antonio Pagliaro che si è invece mostrata da subito contraria a dare ingresso ad una diversa tipologia di sanzioni (come quelle paradetentive, interdittive e così via dicendo) tra le pene edittali, delineando perciò il sistema sanzionatorio, sul piano della comminatoria legale astratta, sul consueto binomio pena detentiva-pena pecuniaria.

La ragione di tale contrarietà era così motivata: «quando l'offesa penalmente rilevante è selezionata secondo corretti criteri di politica criminale e quindi nel rispetto sia del principio di proporzione che di quello di sussidiarietà, non può escludersi *a priori* la necessità di ricorrere alla pena criminale più grave e significativa senza con ciò tradire il senso stesso del canone di *ultima ratio*. Se il ricorso alla pena detentiva o semidetentiva deve concepirsi come “estremo rimedio”, è logico ch'essa sia comminata in sede legislativa ogni qual volta possa astrattamente prospettarsene la necessità, rimettendo al giudice l'adozione di un trattamento sanzionatorio diverso e meno pesante (possibilità che nel progetto è peraltro riconosciuta con particolare ampiezza). In sostanza, adottando sanzioni edittali corrispondenti alle sanzioni sostitutive si finirebbe, o con l'irrigidire assurdamente la valutazione di gravità dell'illecito (bloccandola in una dimensione che può rivelarsi insufficiente o incongrua), o col prospettare (se la previsione edittale fosse alternativa al ricorso alla pena carceraria) una possibilità di scelta di cui il giudice può disporre in sede di commisurazione della pena in senso lato. D'altronde, se l'offesa penalmente rilevante non implica, di per sé, la necessità del ricorso ad una comminatoria di pena detentiva, sola o in alternativa ad una pena pecuniaria, proprio quest'ultima potrà certo soddisfare le esigenze di una criminalizzazione relativamente “minore”»⁵⁷⁸.

Per queste ragioni le sanzioni sostitutive, nel Progetto Pagliaro, pur essendo rimesse alla discrezionalità giudiziale nell'applicazione della pena in concreto, rivestono comunque un

⁵⁷⁸ Cfr. Relazione sullo schema di legge delega legislativa per la emanazione di un nuovo codice penale, in Doc. Giust., 1992, c. 328.

grande rilievo soprattutto per il «trattamento sanzionatorio della criminalità minore», sia “comune”, atteggiandosi come contenuti della misura sospensiva (art. 41.7), che recidivante, ovvero di quella tipologia di criminali «rimasta insensibile alle misure sospensive disposte, ma tuttavia non tale da dover essere avviata senz'altro all'esecuzione penitenziaria»⁵⁷⁹, nei confronti della quale dunque si atteggiavano come pene vicarie rispetto alla pena detentiva (o semidetentiva) la cui sospendibilità è preclusa (art. 43)⁵⁸⁰.

Evidentemente dunque la Commissione ministeriale del 1992, riteneva che il principio di sussidiarietà e di *ultima ratio* del diritto penale dovesse comportare l'alternativa netta tra reato-pena detentiva, oppure depenalizzazione-sanzione amministrativa, senza possibilità di una alternativa e una graduazione, opzione smentita tuttavia dall'evoluzione legislativa successiva⁵⁸¹.

L'esperienza dei principali Paesi dell'Unione Europea, e l'analisi dell'attuale sistema penale, con il ricorso sempre più frequente, in fase di esecuzione della pena, a modalità alternative o sostitutive alla detenzione, specie se di breve durata, insieme alla recente esperienza del giudice di pace, hanno tuttavia dimostrato come «nessun sistema penale, oggi, sia in grado di rinunciare a istituti che — pur intervenendo in fasi diverse, con misure di natura e carattere differente — hanno in comune un unico obiettivo: ridurre il ricorso alla pena detentiva, attraverso alternative credibili e (per quanto possibile) efficaci sia sotto il profilo generalpreventivo che del reinserimento del reo»⁵⁸².

Rispetto a numerose tipologie comportamentali, infatti, sembra ancora necessario ed opportuno il mantenimento della loro qualifica di illiceità penale, pur in mancanza della previsione di una pena detentiva, proprio secondo una logica di sussidiarietà del ricorso al

⁵⁷⁹ Cfr. Relazione, cit., c. 331 s.; PAGLIARO A., Lo schema di legge delega per un nuovo codice penale; metodo di lavoro e principi ispiratori, in *Ind. pen.*, 1994, p. 267-268.

⁵⁸⁰ Particolarmente interessante appare, comunque, la norma di cui all'art. 38 dello Schema di delega del “Progetto Pagliaro”, nel quale la *differenziazione sanzionatoria* viene riservata alla fase applicativa, con una “riedizione” delle pene interdittive quali “alternative commisurative”, da applicare, anche autonomamente, anziché solo in via accessoria, quando appaiano proporzionate alla gravità del reato e sufficienti ad impedire la commissione di altri reati da parte del condannato. In tal modo dunque, contrariamente alle intenzioni enunciate nella Relazione, sembrerebbe trovare spazio una possibile previsione di sanzioni alternative come pene principali.

⁵⁸¹ Cfr. su questo aspetto, per tutti, DI MARTINO A., *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Giuffrè, 1998.

⁵⁸² Così PETRINI D., *Certezza della pena e modelli sanzionatori*, in *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, cit., p. 200.

carcere, che dovrà essere mantenuto solo per i fatti più gravi, la prevenzione e punizione dei quali non può subire deroghe: è proprio la rivalutazione del principio di *extrema ratio* che comporta la necessità di ricorrere al carcere solo come ultimo rimedio, senza che ciò comporti però la depenalizzazione di tutti gli altri comportamenti.

Il Progetto Grosso, da questo punto di vista, per un verso, si inserisce, proseguendola, sulla medesima linea d'azione del Progetto precedente, volta alla *valorizzazione delle pene interdittive*, ampliandone e precisandone il catalogo⁵⁸³, modificandone però la disciplina applicativa, prevedendo che esse, anziché circoscritte al ruolo di pene accessorie, possano essere utilizzate quali *pene principali* (la norma parla in realtà però di “pene principali o accessorie”), sulla base delle diverse indicazioni delle singole fattispecie incriminatrici di parte speciale⁵⁸⁴. Per un altro verso, invece, l'articolato del 2000 (invariato, sul punto, nel 2001), riveste carattere piuttosto innovativo, introducendo tra le pene principali per i delitti uno strumento sanzionatorio nuovo, la *detenzione domiciliare*: essa «comporta l'obbligo di permanenza continuativa nella propria abitazione, o in altro luogo indicato dal giudice»⁵⁸⁵.

⁵⁸³ L'art. 49, 2° co. dell'*Articolato* annovera l' “interdizione da uno o più uffici pubblici”, l' “interdizione dagli uffici direttivi di persone giuridiche o imprese”, l' “interdizione da una professione o mestiere”, l' “incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione”, il “ritiro o sospensione della patente di guida”, il “divieto di allontanamento dal territorio dello Stato, o di una Regione, o di una Provincia, o di un Comune”, il “divieto di accesso a determinati luoghi”, la “pubblicazione della sentenza di condanna”.

⁵⁸⁴ Per una critica a tale modello, non particolarmente chiaro nella sua effettiva portata (potendosi prospettare l'utilizzazione delle pene interdittive come sanzioni sostitutive in fase giudiziale - con il che il progetto Grosso si collocherebbe «sulla stessa lunghezza d'onda del progetto Pagliaro» - o invece come sanzione esclusiva prevista in via edittale - nel qual caso, nelle ipotesi di recidiva plurima, «la risposta punitiva risulterebbe manifestamente insufficiente»), cfr. PADOVANI T., *Fuga dal carcere e ritorno alla sanzione. La questione delle pene sostitutive tra efficacia della sanzione ed efficienza dei meccanismi processuali*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Atti del Convegno di Studi Enrico de Nicola, Casarolo-Gallipoli 27-29 ottobre 2000, Giuffrè, 2002, p. 77.

⁵⁸⁵ Cfr. art. 53, 1° co., *Articolato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 661 ss., nonché in *La riforma del codice penale. La parte generale*, *Quaderni di Cassazione Penale*, cit. (con l'indicazione delle modifiche rispetto alla precedente Stesura del Progetto, del 12 settembre 2000). Poiché però il comma secondo prevede che «in caso di allontanamento illegittimo dal luogo di permanenza obbligata la pena residua si converte nella pena della reclusione», è stato notato come, a prescindere dalla sua previsione «in forma edittale», la detenzione domiciliare non sembri rappresentare altro che «una modalità di esecuzione della pena detentiva», la cui centralità risulterebbe così riconfermata: in questi termini critici cfr. PADOVANI T., *Fuga dal carcere e ritorno alla sanzione*, cit., p. 77. Si veda in proposito anche DOLCINI E., *Riforma della parte generale del codice*, cit., p. 831, che nota come «la logica sottostante alla stessa previsione della detenzione domiciliare come pena principale nel Progetto Grosso non sembra andare oltre la mera deflazione carceraria».

Al di là del carattere più o meno innovativo delle proposte della Commissione Grosso, si nota però anche qui l'assenza di un approfondimento del rapporto tra la riforma delle tipologie sanzionatorie e quella delle cornici edittali, tra le quali anzi sembra non ravvisarsi alcun collegamento significativo. Le esemplificazioni proposte nei lavori della commissione⁵⁸⁶ sono emblematiche, se osservate nell'ottica di individuare una scala di gravità tra i reati, o anche solo di confrontare i trattamenti sanzionatori previsti per i singoli reati tra loro: la previsione di pene principali, pene accessorie, di aumenti o modifiche della pena nei casi di recidiva, di meccanismi di sostituzione della stessa pena principale nel caso di "risarcimento integrale del danno" (con un utilizzo quanto meno discutibile di tale strumento, che monetizzando la sanzione e facendo conseguire al condannato un trattamento di favore, crea tra i diversi casi concreti sperequazioni evidenti) fanno emergere un quadro in cui ogni fattispecie incriminatrice costituisce realtà a sé, difficilmente paragonabile alle altre, e dunque in ultima analisi difficilmente controllabile in termini di "giustizia equitativa".

L'apprezzabile introduzione di sanzioni "mirate", anche se rende difficile una visione coerente d'insieme, ha avuto certamente il merito di dare l'avvio ad una tendenza riformatrice del sistema sanzionatorio maggiormente differenziata e più effettiva, che è stata poi pervicacemente seguita — anche se in modo a volte confuso — dalle Commissioni ministeriali di riforma successive.

Su questa strada si è certamente mossa la Commissione di riforma del codice penale presieduta dal Cons. Carlo Nordio, il cui progetto di articolato sembra essere caratterizzato proprio dal modesto "uso del carcere", dalla scomparsa delle multe, e dalla vasta previsione di sanzioni interdittive e pene accessorie innovative, che comprendono anche, ad esempio, il divieto di emettere assegni o utilizzare carte di credito.

Tra i profili di maggiore interesse della Bozza di articolato proposta dalla Commissione Nordio, che sono stati al centro del dibattito scientifico e politico, spicca indubbiamente proprio la riforma del sistema sanzionatorio, ed in particolare del sistema di commisurazione e determinazione delle pene.

Il nuovo modello è basato, in linea generale, sull'eliminazione della pena pecuniaria (mantenuta esclusivamente per i reati di competenza del giudice di pace) e dell'arresto (in dipendenza dell'eliminazione di tutte le contravvenzioni), e su un sistema in cui la reclusione,

⁵⁸⁶Cfr. PISA P., La riforma del sistema sanzionatorio, cit., p. 205 ss

da una parte, diventa *centrale*, come unità di misura della gravità del reato e dall'altra diventa parametro per la conversione in altre tipologie di pena principali, come altre forme di pena detentiva, pena interdittiva, ablativa (la confisca⁵⁸⁷) o prescrittiva (per esempio, l'allontanamento dalla famiglia o l'espulsione dello straniero con divieto di reingresso), la cui scelta spetta però sempre al prudente apprezzamento del giudice di cognizione. Con l'obiettivo dichiarato di prevedere il carcere come *estrema ratio* e di puntare a un sistema di sanzioni meno afflittive, ma più efficaci, garantendo il principio costituzionale del fine rieducativo della pena.

Il meccanismo immaginato, come riferisce la stessa relazione al testo, è questo: «dopo aver identificato il reato, il giudice deve procedere alla valutazione della sua gravità in concreto, misurata in giorni di reclusione. Dopodiché il giudice stesso deve procedere di regola alla conversione della reclusione in altra pena (detentiva, oppure di altra specie) nei casi stabiliti dalla legge e secondo i criteri di ragguglio previsti per i diversi tipi di sanzioni». Per fare un esempio: una pena interdittiva perpetua come può essere l'interdizione o la sospensione dai pubblici uffici equivale a quattro anni di reclusione. In pratica, per i reati di media gravità, la reclusione quantificata dal giudice potrà divenire una “*pena di ritorno*” se il soggetto non ottempererà alle prescrizioni impartite dal giudice; mentre nei casi più gravi la conversione avverrà in parte. La conversione sarà prevista per classi di reato o per singole figure di reato. L'effettività della pena, secondo i suoi proponenti, sarebbe così garantita sia dall'esclusione dell'applicazione della sospensione condizionale alle pene non detentive, che dalla necessaria osservanza degli obblighi imposti al soggetto in sede di conversione. Naturalmente, l'effettività di un sistema così complesso non potrà prescindere in concreto dai controlli che dovranno essere effettuati, magari anche da parte della polizia penitenziaria.

In particolare, nella relazione di accompagnamento della bozza di articolato del 2005, con riferimento al nuovo, e per diversi profili originale, assetto sanzionatorio, si legge: «l'obiettivo della effettività della pena e della sua riconduzione nell'ambito degli scopi che le sono possibili e appaiono utili, è stato perseguito attraverso un'attuazione più incisiva dei noti

⁵⁸⁷ La confisca, oltre a rimanere come pena accessoria, diventa pena principale ablativa (50 euro per ogni giorno di reclusione) e la sua applicazione avverrà preferenzialmente nei reati di delinquenza economica, imprenditoriale o con fini di lucro. Non solo. La confisca, anche se distinta dalle obbligazioni civili e di risarcimento del danno, è una somma che lo stato ingloba ma con finalità di riparazione del danno alle vittime del reato o al ripristino dello stato dei luoghi.

principi dell'opzione garantistica: la retributività (*nulla poena sine crimine*) la legalità (*nullum crimen sine lege*); la necessità (*nulla lex poenalis sine necessitate*); la lesività (*nulla necessitas sine iniuria*) la materialità dell'azione (*nulla iniuria sine actione*): la colpevolezza (*nulla actio sine culpa*). Il sistema è stato rimodellato secondo la struttura logica e teleologica della sanzione penale quale emerge dal lessico normativo: una logica di proporzione, perché malgrado ogni tentativo di forzatura ermeneutica, il concetto di pena contiene etimologicamente e ontologicamente quello di espiazione; e una teleologia di rieducazione, espressamente indicata dal canone costituzionale»⁵⁸⁸.

Per cercare di contemperare le esigenze di rigidità della pena comminata in astratto, con la necessaria flessibilità di quella applicata in concreto, nel tentativo di attenuare il contrasto «tra l'avvertita esigenza della sua certezza, associata alla diffusa esaltazione del carcere nella sua dimensione meramente afflittiva, e il contestuale, altrettanto diffuso, esasperato indulgenzialismo premiale», si è costruito un sistema piuttosto complesso che, se da un lato, persegue la finalità di semplificazione dei criteri di previsione sanzionatoria, attraverso l'eliminazione della pena pecuniaria, dall'altro, prevede la reclusione come «unità di misura» della pena, in combinato ad un ampio spettro di *opzioni di conversione*, a loro volta affiancate da rigorosi sistemi di controllo e a tassative conseguenze ripristinatorie in caso di inottemperanza, con il risultato invero di aggravamento della procedura di commisurazione in luogo di una sua razionalizzazione.

La necessità di un rinnovamento radicale del sistema delle sanzioni penali «nella prospettiva di una loro razionalizzazione nel quadro del contemperamento delle esigenze di prevenzione generale e di prevenzione speciale» è stata rimarcata anche per la Commissione di riforma del codice penale presieduta dall'on. Giuliano Pisapia, sin dal suo decreto istitutivo (D.I. 27 luglio 2006).

Conseguentemente, la Commissione⁵⁸⁹, ha mosso i suoi primi passi proprio sul tema della riforma del sistema sanzionatorio, partendo anche dall'esperienza dei Progetti passati.

⁵⁸⁸ Così Relazione sui Principi generali di codificazione del “Il Progetto di codice penale della Commissione Nordio”, in Cass. pen., 2005, p. 244 ss.

⁵⁸⁹ Come spiegato dal suo stesso Presidente, l'Avv. Giuliano Pisapia, in PISAPIA GIU., La riforma del codice penale muove i primi passi: le scelte della Commissione ministeriale per una nuova parte generale, in Verso una riforma del sistema sanzionatorio?, cit., p. 293 ss.

In particolare la Bozza di legge delega per un nuovo codice penale dell'ultima Commissione ministeriale di riforma si è particolarmente distinta proprio per il suo sforzo di uscire dalla logica della sanzione carceraria come unica sanzione penale possibile, prevedendo, oltre alle sanzioni detentive: la permanenza domiciliare, la detenzione domiciliare, sanzioni interdittive, e sanzioni pecuniarie per tassi giornalieri.

Nel delineare le linee guida della riforma del sistema sanzionatorio, la Commissione Pisapia è partita proprio dalla constatazione dei gravi limiti dell'attuale bipartizione delle pene in detentive e pecuniarie, dalla profonda inefficacia dell'attuale sistema sanzionatorio e dall'eccessiva discrezionalità giudiziale nella commisurazione sia infraedittale che extraedittale della pena⁵⁹⁰.

Le idee guida che sembrano aver ispirato, *in subjecta materia*, le proposte della Commissione, si compendiano: nell'esclusione della reclusione *come pena breve* attraverso la *marcata diversificazione delle sanzioni penali*; nell'*abolizione dell'ergastolo*; nel rifiuto delle pene esemplari; nell'esclusione della rilevanza della capacità di commettere nuovi reati se non *in bonam partem*⁵⁹¹; nella *limitazione della discrezionalità giudiziale*, ed, in generale, in un recupero di razionalità ed efficacia preventiva del sistema nel suo insieme.

Sulle modalità concrete con cui si è cercato di attuare queste fondamentali direttrici politico-criminali, però, è lecito avere talune perplessità, sebbene la mancanza di qualsivoglia indicazione sui lineamenti della futura parte speciale del codice penale, limiti sensibilmente la praticabilità di giudizi consapevoli sul valore delle scelte compiute dal Progetto.

In ogni caso, se da un lato la disciplina delle pene è la parte più innovativa del progetto, dall'altro essa è stata oggetto di alcune tra le più vivaci ed insistenti critiche già all'indomani della presentazione del disegno di legge delega.

Nello specifico, sotto il profilo dell'arsenale sanzionatorio, pur essendo ampiamente condiviso l'obbiettivo di fondo di un arricchimento della gamma di sanzioni applicabili dal giudice della cognizione, in linea con il finalismo rieducativo delle pene, non è parsa

⁵⁹⁰ Così uno dei commissari, cfr. MOROSINI P., *Appunti sui lavori della Commissione per la riforma del Codice penale*, in *Quest. giust.*, 2007, p. 1083 ss.

⁵⁹¹ Sulla possibile contraddizione di tale previsione rispetto all'introduzione dell'aggravante della recidiva, si rinvia sopra a §§ 4, 5.

condivisibile l'ipertrofia del catalogo delle sanzioni principali elencate nel Progetto: due forme di pena pecuniaria, nove di pena interdittiva, nove di pena prescrittiva, tre di pena detentiva⁵⁹².

Ciò, infatti, sembra porsi in stridente contrasto proprio con la necessità di riedificare un sistema sanzionatorio coerente e razionale. Il sistema proposto dalla Bozza di legge delega sembra infatti connotato in termini di complessità ed atipicità sanzionatoria, con la correlata amplissima discrezionalità giudiziale, nella prospettiva di una pena sempre comunque indeterminata.

Si è così sostenuto che le esigenze di diversificazione del ventaglio delle sanzioni e di riconduzione della pena privata della libertà personale ad *ultima ratio*, potrebbero essere soddisfatte più razionalmente e senza sacrificio delle parimenti essenziali necessità di legalità, *sub specie* della determinatezza, della pena, attraverso meccanismi di sostituzione, anche obbligatoria (quanto meno nel limite dei sei mesi), della sanzione detentiva, con una delle varie sanzioni prescrittive e/o interdittive, inclusi istituti come la sospensione o l'affidamento al servizio sociale, la pena pecuniaria e l'ammonizione. In questo modo, la pena detentiva sarebbe circoscritta a fatti di criminalità medio-grave, senza cedere, però, ad "un'estrema, pragmaticamente disordinata, 'flessibile' differenziazione", la quale, peraltro, non potrebbe non rimanere senza effetto anche sulle categorie del reato, e specialmente della colpevolezza.

Per quanto concerne più specificamente le soluzioni adottate nello Schema, il fatto che le diverse tipologie di pena, e le singole varianti al loro interno, possano essere applicate "singolarmente, disgiuntamente o congiuntamente" (art. 26 n. 1 lett. b)), se da un lato permette di configurare positivamente le alternative al carcere, come pene principali, realmente indipendenti dalla detenzione, accogliendo così istanze dottrinarie ormai diffuse, dall'altro, fa sorgere il rischio, stante l'ampio margine di apprezzamento lasciato al legislatore delegato nelle scelte criminalizzatrici di parte speciale, di risposte sanzionatorie anche molto variegate per i medesimi fatti di reato (specie ove numerose pene principali fossero previste

⁵⁹² Cfr. FLORA G., *Verso la riforma della parte generale: il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1411, per il quale «il Progetto sembra pervaso da una vera e propria frenesia creatrice di nuove pene edittali. E ciò (...) rischia però di costituirne anche un limite». Uno sguardo critico, proprio sulle proposte del Progetto 2007, incidenti sul sistema sanzionatorio, è offerto da CARACCIOLI I., *Quale futuro per il diritto penale italiano?*, in *Iustitia*, 2007, p. 385 ss. Molto critiche anche le osservazioni formulate da MOCCIA S., *Profili dialettici all'interno della Commissione. Le ragioni (alcune) di un dissenso*, in <http://www.isisc.org/public/Moccia.pdf>.; e da CAVALIERE A., *Luci ed ombre nel sistema sanzionatorio dello Schema di legge delega 2007*, in <http://www.isisc.org/public/Cavaliere.pdf>.

alternativamente tra loro per una singola fattispecie). Ciò a detrimento di elementari esigenze di certezza del diritto, di uguaglianza e conoscibilità delle conseguenze del proprio agire da parte dei consociati. In più, l'eventuale diffuso ricorso da parte del legislatore delegato a *comminatorie disgiunte* si tradurrebbe in un ulteriore forte ampliamento del potere discrezionale del giudice rispetto al sistema vigente.

In secondo luogo, non si comprende agevolmente la ragione della differenziazione tra alcune sottospecie di pena, come quella tra un modello di pena pecuniaria per entità determinata ed un altro a tassi giornalieri (art.27 n.1 lett.a), b) e c)); o tra un tipo di pena prescrittiva avente ad oggetto "prescrizioni comportamentali" ed un altro imperniato su "prescrizioni a contenuto conformativo" (art. 29, n.1 lett. a) e b)); o ancora, stante il venir meno della distinzione tra delitti e contravvenzioni, tra interdizione temporanea e sospensione dai pubblici uffici, dall'esercizio di una professione, da determinate funzioni direttive di enti o imprese, ecc. (art. 28, n. 1 lett. a), b), c), d)). Se l'obiettivo è lasciare a disposizione del legislatore delegato la più ampia gamma di opzioni sanzionatorie, risulta evidente il limite insito in una *delega smisurata*, in relazione alle innumerevoli combinazioni punitive possibili.

Pare, altresì, deludente, giacché stridente con l'obbiettivo della delimitazione del ricorso al carcere per la criminalità di medio-bassa entità, anche la fissazione del minimo edittale della pena detentiva *in tre mesi* (art. 30, comma 1, lett. b)).

Infine, le scelte operate dal progetto in materia sanzionatoria non paiono sufficientemente suffragate dal necessario corredo di indagini empiriche e comparatistiche, proiettando così un'ombra oscura sulle reali possibilità di implementazione di un sistema complesso come quello disegnato dallo Schema⁵⁹³.

I dubbi sulla reale praticabilità delle nuove pene prospettate sia dalla Commissione Pisapia che da quella Nordio, inducono perciò a manifestare propensione per il modello sanzionatorio delineato dal Progetto Pagliaro, i cui caratteri distintivi sono individuabili, specie se paragonati allo Schema Pisapia, nella semplificazione sanzionatoria, nella certezza e legalità delle pene (con il correlato vincolo alla discrezionalità giudiziale), oltre che nel forte contenimento della sospensione condizionale.

⁵⁹³ Sull'importanza di studi di carattere comparatistico in una prospettiva di riforma del sistema delle sanzioni, cfr. PALIERO C. E., *La riforma del sistema sanzionatorio. Percorsi di metodologia comparata*, in *Arch. Pen.*, 1994, p. 95 ss.

Una riflessione a parte merita la considerazione che nei diversi Progetti di riforma è stata riservata alla pena detentiva permanente (l'ergastolo), che in modo particolarmente significativo, suscitando però non poche polemiche sia di tipo politico che scientifico, è stata abolita sia nel Progetto di codice penale del 2000, che dall'ultimo progetto del 2007.

In quest'ultimo, però, in sostituzione dell'ergastolo, è stata prevista la "reclusione di massima durata", applicabile fino a trentotto anni nelle ipotesi di concorso di reati. Per certi aspetti, dunque, l'ergastolo si perpetuerebbe sotto le mentite spoglie di tale reclusione speciale, che potrebbe rivelarsi all'atto pratico perfino più rigorosa dell'attuale disciplina, in quanto espressiva di visioni proprie di un "diritto penale d'autore" e di un modello di giustizia retributiva, in palese contrasto con la finalità costituzionale di integrazione sociale.

Nonostante nell'economia del nuovo impianto sanzionatorio delineato nel Progetto Grosso, la sostituzione dell'ergastolo con la "*reclusione speciale*" di durata trentennale abbia avuto un «rilievo marginale»⁵⁹⁴, la scelta ha suscitato invece forte dissenso da parte di quegli Autori che hanno sottolineato come in tal modo si obliterasse imprudentemente alla imprescindibile funzione di prevenzione generale⁵⁹⁵.

La pena detentiva massima è stata invece mantenuta nel progetto della Commissione Nordio⁵⁹⁶, sebbene limitata ai casi più gravi, e con un rilievo pratico di fatto meramente simbolico, dal momento che, per effetto del meccanismo di compensazioni tra circostanze aggravanti e attenuanti, potrebbe trovare applicazione solo nei casi in cui non vi fosse neanche una circostanza attenuante.

Per quanto concerne invece la scelta del mantenimento del doppio binario, si nota una tendenza pressochè costante in tutta l'elaborazione progettuale riformatrice ad un superamento, almeno per i soggetti imputabili, dell'originario sistema delle misure di sicurezza del Codice Rocco, che aveva mostrato tutta la sua incoerenza, soprattutto rispetto ai

⁵⁹⁴ Così GROSSO C. F., Le linee e i contenuti del Progetto di codice penale, in La riforma del codice penale. La parte generale, Atti del Convegno di Pavia 10-12 maggio 2001, a cura di de Maglie C. e Seminara S., Giuffrè, 2002, p. 12.

⁵⁹⁵ Cfr. in senso piuttosto critico MORSELLI E., Osservazioni sul Progetto di riforma del codice penale della "Commissione Grosso", in La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso, cit., p. 596 s.

⁵⁹⁶ Art. 56. Ergastolo: «1) La pena dell'ergastolo comporta la privazione perpetua della libertà personale. 2) È scontata in una casa di reclusione, con l'isolamento notturno e con obbligo di lavoro. La condanna all'ergastolo comporta l'interdizione perpetua dai pubblici uffici. 3) Nei casi previsti dalla legge il condannato all'ergastolo può essere ammesso alla liberazione condizionale».

principi costituzionali vigenti, e che, d'altronde, non si è dimostrato vitale neanche dal punto di vista della prassi applicativa, specie dopo l'abolizione delle presunzioni di pericolosità da parte della Consulta⁵⁹⁷.

7. Considerazioni conclusive sulle attuali tendenze di riforma del sistema sanzionatorio.

Non può che essere giudicata positivamente la tendenza, riscontrata in quasi tutti i Progetti di riforma, di anticipare la previsione di diverse sanzioni alternative alla pena detentiva — alcune delle quali effettivamente assai innovative — già a livello edittale, come sanzioni esse stesse principali; nell'ottica di attuare un sistema punitivo più *differenziato* e teleologicamente orientato alla rieducazione del condannato, in base all'attuale predominanza delle teorie c.d. relative sul fondamento pluridimensionale della pena, e tese ad evitare anche i provati effetti negativi legati alla esecuzione della pena detentiva (persino di breve durata) anche per reati di lieve o media gravità, come unica risposta punitiva.

Tuttavia, nell'ambito di questo rinnovato disegno politico criminale, risulta ancora insufficiente l'attenzione prestata alla valutazione della *personalità dell'autore dell'illecito*, e la ricerca di quale sia il momento processuale più adatto per dare rilievo a questo delicato profilo, ovviamente sempre ai fini sia di una maggiore efficacia preventiva, che di una

⁵⁹⁷ Per il sistema delle misure di sicurezza adottato nello Schema Pagliaro si rinvia a quanto già detto nel § 4. Per una critica invece del mantenimento della distinzione tra pene e misure di sicurezza nel Progetto Grosso, che pure le limita solo ai soggetti “non imputabili”, si veda MOCCIA S., *Considerazioni sul sistema sanzionatorio nel progetto preliminare di un nuovo codice penale*, cit., p. 481 s., secondo il quale: «una volta che si riconosca la funzione rieducativa che la pena deve svolgere nei confronti di soggetti imputabili e semimputabili viene meno ogni ragione di distinguere in linea di principio pena e misura di sicurezza sulla base di un diverso orientamento finalistico. Se, quindi, il mantenimento della distinzione dovesse risultare funzionale, come sembra apparire dai cenni contenuti nella Relazione, a mantenere l'idea di una pena orientata anche in senso retributivo-deterrente, contrapposta ad una misura orientata in senso specialpreventivo, non si potrebbe essere assolutamente d'accordo»; e continua poi a p. 510 ss., svelando le ambiguità sistematiche del Progetto del 2001 riguardo ai rapporti tra non imputabilità, colpevolezza e finalità preventive delle sanzioni penali. Favorevole invece all'abbandono delle misure di sicurezza anche se solo per i soggetti imputabili, previsto dall'ultimo Progetto di riforma della parte generale del codice penale del 2007, è FLORA G., *Verso la riforma della parte generale: il sistema sanzionatorio*, cit., p. 1411. Nel Progetto Pisapia per i soggetti non imputabili, inoltre, non sono più previste misure di sicurezza, ma “misure di cura e di controllo” (art. 22 lett. e) ed f)) di durata non superiore a «quella della pena che si applicherebbe all'agente imputabile», sull'esempio di quanto oggi prevede il codice spagnolo, eliminando uno degli aspetti più discussi dell'attuale disciplina delle misure di sicurezza: la loro durata indeterminata.

migliore individualizzazione della sanzione penale⁵⁹⁸. Eppure questo aspetto fondamentale sembra essere quasi completamente trascurato dai Progetti di riforma della parte generale del codice penale, salvo che per l'aggravante della recidiva, istituito tralattivamente riprodotto in ciascun articolato, senza particolari innovazioni di rilievo, eccetto che per la reintroduzione del regime obbligatorio.

In particolare, *de iure condendo*, ci si chiede se, in un auspicato sistema di *comminatorie edittali differenziate anche per tipologia d'autore*, non sia possibile (ed opportuno) prevedere, ad esempio, in luogo del consueto aumento di pena detentiva per i soggetti recidivi, una sanzione di tipo detentivo *ad hoc* per tale tipologia di rei, nell'ambito, invece, di una generale comminatoria di sanzioni differenti e più miti per i delinquenti primari⁵⁹⁹. Per chi infatti ha già "assaggiato" in passato il carcere, non sembra poi così deterrente prevedere qualche mese o anno in più in caso di recidiva, mantenendo questa in tutti i progetti la tradizionale natura di circostanza in senso "proprio", con il consueto effetto extraedittale. Non sembra infatti realistico che chi già rischi di essere condannato, ad esempio, a 4 anni di reclusione, e sia già avvezzo al carcere perchè plurirecidivo aggravato, possa essere seriamente dissuaso dal suo proposito criminoso solo perchè venga previsto per lui un anno in più di reclusione. E' evidente infatti che le strategie punitive finora adottate per combattere il

⁵⁹⁸ Sulla necessità che la scienza penalistica, e dunque di riflesso lo stesso diritto penale, ritorni a prendere in considerazione l'autore, cfr. ancora DONINI M., «Fatto» e «autore» nel diritto penale contemporaneo. *Dialogo immaginario tra Giacomo Delitala e Franz von Liszt redivivi*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini E. e Paliero C. E., v. II, cit., p. 1525 ss.

⁵⁹⁹ Come sembrano proporre VON HIRSCH A.–ASHWORTH A., *Proportionate sentencing. Exploring the principles*, cit., p. 150, che nel predisporre un sistema proporzionato di pene, ritengono si debba riservare la sanzione detentiva proprio alla categoria di autori recidivi, nell'ambito di un generale impianto sanzionatorio di pene, invece, non-custodiali per i delinquenti primari, od occasionali. Cfr. anche DE VERO G., *Corso di diritto penale*, cit., p. 201 s., che, collocandosi in una posizione piuttosto originale, almeno rispetto al panorama italiano, e che sembrerebbe tra l'altro confermata anche dalle recenti scelte legislative di alcuni Paesi Europei di tradizione simile alla nostra, afferma: «senza voler elevare uno steccato — che sarebbe a sua volta di dubbia rispondenza ai principi ispiratori della nostra costituzione — tra soggetti *non pericolosi* e soggetti *pericolosi*, sembra tuttavia ragionevole sostenere la permanente opportunità di un trattamento sanzionatorio differenziato di queste categorie, quanto meno sulle modalità esecutive, già nell'ipotesi che i soggetti pericolosi risultino (pienamente) imputabili. Non è anzi da escludere che un'avvenuta progettazione in tale direzione potrebbe contribuire a liberare la stessa pena in senso stretto da talune risalenti incongruenze o contraddizioni con la finalità rieducativa che deve caratterizzarla per vincolo costituzionale (...). Perchè allora non coltivare il progetto che, rispetto alle tipologie criminose di (anche) media gravità, la pena detentiva si configuri tendenzialmente come *domiciliare* rispetto ai soggetti non pericolosi, mentre la restrizione *carceraria* subentri, quale modalità esecutiva "di sicurezza", solo per i soggetti pericolosi?».

fenomeno della recidiva, che non sembrano essere poste sostanzialmente in discussione nei vari progetti di riforma, non hanno in realtà ottenuto risultati soddisfacenti, riuscendo solo forse ad aumentare il divario sociale e l'emarginazione di alcuni settori della popolazione, già più disagiati, mettendone forse definitivamente in pericolo il reinserimento sociale⁶⁰⁰.

Probabilmente per questa ragione altri ordinamenti europei, come la Francia e la Germania stanno sperimentando altre strade, come quella di prevedere delle misure di sicurezza, particolarmente repressive, per delinquenti imputabili pericolosi, in quanto recidivi per reati però di particolare odiosità (v. capitolo secondo § 2.1.).

E' forse opportuno a questo punto ricordare che, del resto, lo stesso padre della c.d. "teoria dello scopo", distingueva tra tre obiettivi, in corrispondenza di altrettante tipologie di delinquenti: 1) la *risocializzazione*, in rapporto ai rei bisognosi di essere reintegrati in un quadro di comportamenti rispettosi delle regole di civile convivenza e che siano suscettibili di trattamento rieducativo; 2) la *intimidazione*, per agli autori che non denuncino *deficit* di socializzazione e si presentino come *delinquenti "occasional"*; 3) la *neutralizzazione*, in rapporto ai delinquenti, sì bisognosi di risocializzazione, ma purtroppo "*irrecuperabili*"⁶⁰¹. Ma, al di là dell'introduzione dell'innovativo concetto della risocializzazione, che ancora oggi

⁶⁰⁰ Un recente studio, condotto in Italia, ad un anno dall'entrata in vigore della legge sull'indulto (l. 31 luglio 2006, n. 241), per analizzare l'effetto del carcere sulla "propensione a delinquere", e dunque sulla funzione c.d. di deterrenza generale e speciale della pena detentiva, avrebbe mostrato come in realtà «il tempo passato in carcere tende a ridurre la sensibilità rispetto alla pena carceraria attesa, rendendo la minaccia di qualche mese in più o in meno poco incisiva o addirittura ininfluente rispetto alla scelta di commettere o meno un reato per cui è previsto il carcere». La ricerca, effettuata per conto dell'I.Z.A. di Bonn, è di Drago-Galbiati-Vertova, *Le contraddizioni dell'effetto deterrenza*, ed è apparsa con il titolo "*Furti e spaccio di droga ad alto tasso di ricaduta*", su *Il sole 24 Ore*, del 23 luglio 2007, p. 7. Il meccanismo della legge sull'indulto, che prevede che il beneficio venga revocato di diritto per coloro che indultati siano condannati ad una pena non inferiore a 2 anni per un delitto non colposo, commesso entro 5 anni dalla data della sua entrata in vigore, ha costituito, in effetti, un ottimo "esperimento naturale" per testare empiricamente l'efficacia della nuova disciplina della recidiva, entrata in vigore già da un anno e mezzo. Nonostante sia stato previsto che gli indultati che ricadessero nel crimine, non solo dovessero scontare gli anni condonati, ma, in quanto recidivi, potessero essere sottoposti a notevoli aggravii di pena, in virtù proprio della legge n. 251, circa un quinto di coloro che sono stati beneficiati sono già ritornati in carcere. Ma ciò che sembra ancor più da sottolineare è che la tipologia dei delitti commessi da questi recidivi appartiene prevalentemente ai reati contro il patrimonio o a delitti legati al traffico di stupefacenti: proprio la tipologia di autori, dunque, che sembravano essere nel mirino della legge ex-Cirielli. Alla stessa conclusione sembra giunto anche DOLCINI E., *La recidiva riformata. Ancora più duro il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 515 ss., il quale, attraverso un'attenta comparazione dei sistemi tedesco e statunitense, arriva ad affermare che: «l'approccio criminologico alla recidiva mostra che tale istituto non dà un contributo apprezzabile alla prevenzione della criminalità (...)».

⁶⁰¹ Cfr. VON LISZT F., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, (1883), trad. it., Giuffrè, 1962, p. 53 s.

fa discutere per la difficoltà della sua realizzazione e per l'individuazione dei mezzi migliori per il suo raggiungimento⁶⁰², ciò che appare particolarmente significativo ai fini del nostro discorso è richiamare alla memoria lo strumento essenziale proposto da Liszt per “punire” i *delinquenti “irrecuperabili”*, bisognosi cioè di *neutralizzazione*: l'*isolamento a tempo indeterminato*, da disporsi da parte del giudice in occasione della *terza condanna* per uno dei delitti contro la proprietà ed il buon costume, da eseguirsi entro stabilimenti particolari quali le *case di custodia o di lavoro* e da sottoporsi a verifica quinquennale in vista di un'eventuale liberazione del detenuto, con successiva consegna dello stesso ad altri istituti correzionali⁶⁰³.

È subito evidente la forte analogia con la stessa filosofia sottesa alle leggi americane dei c.d. “*three strikes*” sulla repressione dei soggetti recidivi, come d'altronde anche con la nostra recidiva reiterata, o la *multirreincidencia* prevista dall'art. 66.5 Còdigo penal spagnolo, per la cui configurabilità, come si è visto, è necessario che si siano stati commessi almeno tre reati (*rectius*, ora delitti non colposi, ex art. 99, comma 4 c.p.). Lo strumento prospettato da Liszt, a ben vedere, però, non consisterebbe nella pena, o nel suo mero aggravamento, quanto piuttosto sarebbe paragonabile ad una *misura di sicurezza*, vale a dire «una conseguenza del reato che corre su un binario distinto, anche se suscettibile di problematiche interferenze, da quello della pena in senso proprio»⁶⁰⁴, nella stessa direzione, d'altronde, verso la quale sembrerebbero muoversi le attuali tendenze legislative di stampo repressivo.

Con questo non si vuole certo affermare che la soluzione stia solo e necessariamente nell'adozione di misure di sicurezza, ma che certamente il fenomeno della delinquenza persistente, “irrecuperabile”, e dunque giudicabile *pericolosa* (seppur senza ricorrere a presunzioni di alcun tipo), esiste e non può non essere tenuto in considerazione dal legislatore, perchè è insito nella stessa considerazione della *personalità dell'autore*, che non dovrebbe costituire un problema solo del giudice nella scelta e determinazione della pena in concreto, ma un fattore che il legislatore deve tenere in considerazione nell'apprestare la sua politica criminale⁶⁰⁵.

⁶⁰² Si pensi anche solamente alla discussa compatibilità della pena dell'ergastolo con la finalità risocializzante (o rieducativa) che dovrebbe caratterizzare qualsiasi tipo di pena, per non parlare della stessa legittimazione della pena di morte.

⁶⁰³ Cfr. VON LISZT F., op. cit., p. 56 s.

⁶⁰⁴ Così DE VERO G., *Corso di diritto penale*, cit., p. 30 s.

⁶⁰⁵ Contrario all'adozione di simili misure di sicurezza custodiali è PELISSERO M., *Crisi e mutazione del sistema del doppio binario*, in *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, cit., 2008, p. 145,

La futura compatibilità di questo tipo di misure (di sicurezza) — molto deprecate dalla dottrina prevalente che tende a configurarle come espressioni di un “diritto penale dell’autore”, se non addirittura di un “diritto penale del nemico” —, finora però salvate dalle Corti Costituzionali dei rispettivi Stati in cui vengono adottate, dipenderà a nostro avviso, da un lato, dalla capacità del legislatore di selezionare la *tipologia di reati e di autori* per i quali prevederne l’applicazione, tipizzandone le caratteristiche concrete, e dall’altro lato, aspetto ancora più importante, dall’attribuzione al giudice di validi strumenti anche probatori, per effettuare quel giudizio prognostico-specialpreventivo che dovrà necessariamente essere alla base dell’adozione di una simile misura limitativa dei fondamentali diritti umani.

Se dunque è da sottolineare positivamente lo sforzo delle diverse Commissioni di riforma di mettere mano al sistema della commisurazione della pena, unito al problema del sistema sanzionatorio; a nostro parere la strada intrapresa e gli strumenti usati non sembrano sufficienti per raggiungere lo scopo che tutti, indistintamente, i riformatori si erano prefissati: il *recupero della certezza (rectius prevedibilità) della risposta punitiva*, che dalle loro affermazioni dovrebbe andare di pari passo con la *riduzione della discrezionalità giudiziale*.

Le varie proposte, coinvolgenti i diversi istituti, che, in senso lato, incidono sulla individuazione ed applicazione della pena (specificamente ci riferiamo alle cornici edittali e alle circostanze del reato, che fin dal primo capitolo abbiamo indicato come gli istituti nevralgici dell’intero sistema commisurativo), si muovono infatti ancora troppo nel solco della tradizione, non apportando dunque alcun reale cambiamento nel sistema.

Immutato infatti appare il sistema di *determinazione legale della pena*, sempre legato alla previsione di minimi e massimi per ciascun reato di parte speciale, senza un disegno sistematico d’insieme che consenta, ad esempio, una effettiva individualizzazione della sanzione anche allo scopo di prevenzione speciale, sia in senso positivo, che negativo.

Sotto l’aspetto della prevenzione speciale negativa, anzi, la tendenziale svalutazione dello strumento delle misure di sicurezza, oltre ad essere contraddetta dalle attuali tendenze legislative di tipo repressivo, che stanno rivalutando questo strumento con finalità incapacitante e neutralizzante, rischia di trascurare ingenuamente il complesso problema del

secondo il quale «la direzione intrapresa dai progetti di riforma del codice penale di privilegiare la pena per i soggetti imputabili [dovrebbe] essere mantenuta, in quanto è solo sul terreno della pena che va risolto il trattamento sanzionatorio per i soggetti imputabili pericolosi».

trattamento dei delinquenti plurirecidenti particolarmente pericolosi, che la novella del 2005 ha fatto rivenire alla luce riaprendo delle problematiche costanti nella criminalità, sebbene apprestando strumenti probabilmente poco efficaci.

Dal punto di vista invece della prevenzione speciale, in senso positivo, a nostro parere, un simile obiettivo di politico-criminale, da molti individuato come antecedente logico indefettibile per qualsiasi riforma del sistema sanzionatorio di ampio respiro, potrebbe essere perseguito accogliendo ad esempio la proposta di ridurre (ovvero eliminare) i limiti minimi di pena per la criminalità comune e primaria di lieve e media gravità, consentendo una maggiore discrezionalità al giudice, guidata però da criteri normativi di scopo, e dall'indicazione di circostanze di attenuazione, non più intese come elementi simbolici di modificazione *legale* della pena, ma come criteri di commisurazione *giudiziale*, il cui utilizzo dovrebbe essere sottoposto ad un effettivo controllo, anche di legittimità, sulla base della coerenza delle scelte giudiziali con gli scopi della pena legislativamente prefissati.

I diversi progetti di riforma sopra analizzati, invece, pur nell'apprezzabile intento di sfoltire il numero delle circostanze comuni e di eliminare le circostanze attenuanti generiche, rimanendo ancorati alla tradizionale categoria delle circostanze di reato, come *cause di modificazione ultraeditale della pena*, non riescono a superare i consueti problemi che tale controversa categoria giuspenalistica ormai da tempo pone, soprattutto se ci si riferisce alle circostanze c.d. ad effetto speciale o indipendente — che opportunamente però vengono in prevalenza trasformate in fattispecie autonome di reato —, e che non potranno essere risolti dalla semplice abolizione del giudizio di bilanciamento, in favore di una quantificazione meramente algebrica delle attenuanti ed aggravanti.

D'altra parte, ogni valutazione sulla futura effettiva tenuta dei sistemi sanzionatori e commisurativi prospettati dai singoli Progetti riformatori sarebbe comunque carente e parziale mancando in questi ultimi quasi totalmente una complessiva opera di revisione dell'intero assetto delle cornici edittali di pena, che come si è visto costituisce lo snodo cruciale dell'intero sistema punitivo di un ordinamento penale, poiché è direttamente collegato allo spazio che si vuole riservare al potere giudiziario nell'ambito delle valutazioni dei singoli reati: più l'entità e la specie delle sanzioni vengono strutturate in modo proporzionato al reale disvalore delle fattispecie in base alla scala di valori sociali, ovvero percepite come adeguate allo "scopo", minori saranno i tentativi da parte dei giudici, avallati come si è visto dalla stessa

Corte Costituzionale, di aggiramento giudiziale della misura *legale* della pena, con il conseguente risultato di rendere la risposta punitiva maggiormente effettiva anche dal punto di vista generalpreventivo, riducendo il ruolo di supplenza giudiziaria⁶⁰⁶.

Proprio sotto questo profilo, è paradigmatico l'esempio della nuova disciplina della recidiva reiterata, rispetto alla quale il "diritto vivente", ovvero l'effettività dell'ordinamento nella prassi applicativa, ha funzionato, come sempre, da decisivo antidoto dei molteplici elementi di incongruità, oltre che di chiara matrice illiberale, che caratterizzavano l'attuale sistema previsto dall'art. 99, comma 4 c.p., e da tutte quelle altre disposizioni che lo richiamano. Infatti già prima dell'importante pronuncia della Corte Costituzionale n. 192 del 2007, seguita costantemente anche da quelle successive⁶⁰⁷, parte della giurisprudenza di legittimità, e la più attenta dottrina, avevano interpretato la nuova disciplina riducendone notevolmente di fatto l'ambito applicativo, e riportandola al regime *discrezionale*, che le apparteneva dopo la riforma del 1974, evitando i devastanti effetti indiscriminatamente rigoristici che la disciplina poteva comportare, a causa in generale dell'inadeguatezza delle cornici edittali di pena e della natura *generica* e *perpetua* della recidiva pluriaggravata e reiterata, in particolare.

Quanto è accaduto è, infatti, la riprova che ogni qualvolta una disciplina, specie se in materia commisurativa, appare sproporzionata rispetto alla scala attuale di valori riconosciuta dall'ordinamento e dalla società, i giudici procedono in modo tale da riportarla a livelli che ritengono, in base al comune sentire sociale, più adeguati. E' successo così negli ordinamenti nord-americani che hanno adottato le famose "*Three strikes laws*" e lo stesso è avvenuto in Italia con la riforma "ex-Cirielli" relativa alla recidiva reiterata: «in entrambi gli ordinamenti (...) l'indice viene puntato contro i giudici, apertamente accusati di atteggiamenti lassisti e addirittura criminogeni; analoga la soluzione prospettata, ossia quella di una drastica riduzione della discrezionalità giudiziale; analoghi, significativamente, gli esiti: alle polemiche esternazioni circa lo strapotere giudiziario non è seguita la predisposizione di meccanismi effettivamente in grado di costringere l'esercizio della discrezionalità dei giudici, se è vero che

⁶⁰⁶ Su questo aspetto dunque rimangono ancora valide le considerazioni di STILE A. M., *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, cit., p. 275 ss.; e di HASSEMER W., *Die Formalisierung der Strafzumessungsentscheidung*, in *ZStW*, 1978, p. 90.

⁶⁰⁷ Come da ultimo conferma l'ennesimo intervento della Corte Cost., ord. 29 maggio 2009, n. 171, in www.cortecostituzionale.it, che suggerisce ancora una volta un'interpretazione restrittiva degli automatismi previsti per la recidiva.

in Italia e negli Stati Uniti la recidiva era e resta un istituto a carattere pienamente facoltativo»⁶⁰⁸. L'irragionevole conseguenza di questa situazione, ben evidenziata dall'Autrice citata, è che «diversamente da quanto dichiarato, le modifiche legislative non hanno portato ad un sistema di pene obbligatorie per i plurirecidivi, ma semmai ad un sistema che consente di punire costoro più severamente, con ciò conferendo paradossalmente una discrezionalità ancora maggiore ai giudici e contribuendo ad aggravare ulteriormente il divario tra pena legale e pena reale»⁶⁰⁹.

In conclusione, la strada della riforma del codice penale sembra assai ardua ed impervia, nonostante i molteplici e valorosi tentativi, che comunque dimostrano, al di là delle buone intenzioni, la sua urgenza, specialmente in tema di sanzioni e della loro applicazione⁶¹⁰,

⁶⁰⁸ Così DELLA BELLA A., Three strikes and you're out: *la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, cit., p. 861. Che nell'ordinamento italiano la recidiva reiterata sia rimasta una aggravante "facoltativa" è confermato sia dalla giurisprudenza della Corte Suprema di legittimità, che dalla Consulta, che ha dapprima dichiarato l'inammissibilità, e poi la manifesta inammissibilità, delle censure di illegittimità cost. rivolte al nuovo impianto dell'art. 69, comma 4 c.p., in relazione all'art. 99, co. 4 c.p., proprio sulla base della possibilità dei giudici di merito di interpretare la recidiva reiterata come *circostanza discrezionale*, e dunque sostanzialmente rimettendo nelle loro mani la stessa operatività dell'istituto e della politica criminale che con esso il legislatore voleva perseguire (sentenza n. 192 del 2007, cit.; ordinanze n. 409 del 2007, cit.; n. 257, n. 193, n. 90 e n. 33 del 2008, cit., e ord. n. 171 del 2009).

⁶⁰⁹ DELLA BELLA A., op. cit. loc. cit.

⁶¹⁰ Con riferimento però proprio a questo tema, ha manifestato serio scetticismo PISA P, *Le misure alternative: realtà e prospettive*, in *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, cit., p. 5: «il momento storico attuale non appare idoneo per predisporre un intervento globale di riforma che investa il settore non solo del diritto penale sostanziale, ma anche del processo penale e che selezioni il catalogo di fattispecie criminose a cui collegare le varie tipologie sanzionatorie». Come soluzione a tale pessimistica prospettiva, lo stesso A. propone dunque, sfruttando il momento di relativo decongestionamento delle carceri, dovuto all'indulto, di attuare delle riforme almeno parziali, ad esempio in tema di misure alternative alla detenzione, anticipando quelle che saranno le scelte di un nuovo eventuale codice penale. Tale soluzione, tuttavia, a nostro modesto parere, non sembra auspicabile. Sebbene le proposte avanzate in tema di sanzioni alternative siano del tutto condivisibili, non sembra opportuno continuare legislativamente a procedere con interventi settoriali, disgiunti da un'ottica di sistema. Si interroga sulle ragioni della lunga serie di insuccessi sulla strada del processo riformatore del sistema penale italiano, anche RAMACCI F., *I perchè del codice che non c'è*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 929 ss., individuandole principalmente nel disimpegno dei politici, che ha trasformato il problema della giustizia penale in un problema principalmente socio-politico, che dunque non guarda tanto alle soluzioni tecniche di volta in volta trovate dalle singole Commissioni di studio, ma all'impatto mediatico, che ha così attribuito un'importanza "esorbitante" alla giurisdizione, tanto che non è più importante che si arrivi ad una sentenza di condanna o meno, quanto «lo stigma sociale dovuto a un'accusa infamante [che] diventa un esito processuale in sè afflittivo», con il rischio che vi sia anche una confusione di ruoli nei poteri istituzionali: la «giurisprudenza, chiamata dall'inerzia politica in un passato non remoto a un ruolo di supplenza, ha consolidato l'investitura di fatto e si è assegnata la funzione di essere non la semplice custode della legalità, ma la titolare del potere di

per abbandonare il discutibile metodo legislativo di intervento frammentario e settoriale sull'onda delle emergenze sociali del momento (si veda il continuo adeguamento delle cornici edittali, in termini sempre più severi, ad opera per di più di decreti leggi)⁶¹¹.

In generale si può affermare che l'impianto della parte generale del nuovo codice penale elaborato dalle varie Commissioni di riforma, soprattutto per quanto concerne il sistema delle pene, evidenzia una ricerca di modernizzazione del sistema, che si ricava dalla differenziazione del sistema punitivo, fondata su acquisizioni ormai scontate circa l'ineffettività (o meglio nocività) della sola pena detentiva, specie per alcune tipologie di autori e di illeciti: non sempre la reclusione, infatti, si rivela la pena più adeguata, poiché in certi casi è più efficace una sanzione di carattere amministrativo-interdittivo od economico, che abbia una effettiva esecuzione, piuttosto che una sanzione detentiva, che non si realizzi mai⁶¹².

La previsione di una pluralità di trattamenti sanzionatori – che devono essere sempre orientati verso la rieducazione e la risocializzazione del reo secondo il precetto costituzionale dell'art. 27, comma 3 Cost. - si presenta come un tentativo positivo di *decarcerizzare la fase di esecuzione della pena*, attraverso forme comunque limitative della libertà personale, ma compatibili con un quotidiano finalizzato al reinserimento sociale (si prenda ad esempio la *detenzione domiciliare*). Tuttavia, non può nascondersi che la previsione astratta di talune pene – soprattutto quelle definite “prescrittive”, “conformative”, “inabilitanti”, ecc. - applicabili dal giudice fin dalla fase della cognizione, presupporrebbe, per garantire l'effettività della sanzione, un sistema giudiziario e amministrativo efficiente, sia sotto il profilo della ragionevole durata del processo penale (per non dovere eseguire, per esempio, l'allontanamento da un nucleo familiare, che si sia, durante il corso dei vari gradi del

adeguarla, correggerla, rimodellarla e integrarla creativamente secondo esigenze contingenti fondate nella socialità».

⁶¹¹ Gli esempi legislativi di questa tendenza politico criminale sono tali ed in continua evoluzione che non è possibile darne conto in questo lavoro, poiché mentre scriviamo, alcuni di questi sono all'esame del parlamento in sede di conversione in legge, anche attraverso il discutibile strumento della fiducia parlamentare.

⁶¹² Secondo quanto emerge dalla Relazione redatta dalla Commissione ministeriale per la riforma del codice penale del 2001, l'attuale sistema delle pene infatti rischia di essere «astrattamente punitivo, ineffettivo e (là dove applicato) vessatorio, centrato su di un meccanismo che a livello di previsione predilige la pena detentiva, ma concretamente poco temibile a causa di un complesso intrecciarsi di istituti di diritto penale sostanziale, processuale e penitenziario che ne vanificano l'efficacia»: in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 615 ss.

processo, dissolto o modificato), che nell'ambito della funzionalità dei servizi preposti all'osservazione comportamentale del condannato. Circostanza, quest'ultima, che oggi risente di gravi carenze per mancanza di personale qualificato e per una diversificazione territoriale che comporta risposte, laddove possibili, troppo differenziate. Qualsiasi idea normativa, d'altronde, non può svilupparsi se non si innesta su un circuito istituzionale reattivo⁶¹³.

I diversi Progetti di riforma tradiscono inoltre un'inaccettabile sfiducia nei confronti del potere discrezionale del giudice, sia esso legato agli aspetti interpretativi del *Tatbestand*⁶¹⁴, sia invece involgente l'aspetto commisurativo, che qui più da vicino ci interessa, ravvisato come una delle principali cause di ineffettività della risposta punitiva penalistica⁶¹⁵.

A questa sostanziale diffidenza rispetto al ruolo da attribuire ai giudici nell'adeguamento della risposta sanzionatoria al reale disvalore del fatto e alla colpevolezza del suo autore si contrappone, tuttavia, ed in maniera, per certi versi, sorprendente, la codificazione dell'istituto dell'irrelevanza penale di quei fatti conformi al tipo, ma sostanzialmente inoffensivi, che sembra invece ampliare notevolmente la discrezionalità giudiziale seppur solo *verso il basso*. Si tratta di un apprezzabile tentativo di deflazionare il sistema penale da condotte assolutamente minimali e dal disvalore sociale talmente esiguo da non meritare una risposta punitiva di carattere afflittivo come quella penale. Un legislatore attento, e interessato realmente a riformare la giustizia nel senso dell'efficienza, accompagnerebbe tale previsione da un intervento nel sistema processuale con l'introduzione

⁶¹³ Sulla necessità di una riforma più complessiva e totalizzante, che tenga anche conto del codice di procedura penale e dell'ordinamento penitenziario, cfr. RAMACCI F., *Riforme e codice*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 269 s.

⁶¹⁴ Attraverso, tra i vari esempi possibili, una esasperata tecnica di tipizzazione delle posizioni di garanzia, o delle posizioni concorsuali nel reato; ovvero la previsione di soglie di punibilità.

⁶¹⁵ Contrario, invece, ad una simile diagnosi, ma piuttosto promotore di una "rivalutazione della discrezionalità in sede determinativa delle sanzioni penali", si è mostrato EUSEBI L., *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, cit., p. 78: «si manifesta altresì l'esigenza di ricostruire finalmente una teoria della discrezionalità giudiziaria, liberando quest'ultima dalla tabuizzazione cui da vari secoli è sottoposta. La discrezionalità non è l'arbitrio, bensì implica l'assunzione seria di responsabilità da parte del legislatore, attraverso la definizione di linee guida che consentano al giudice di concretizzare, in ciascun singolo caso, la strategia politico-criminale individuata per l'appunto, mediante tipizzazioni indicative di ben precisi limiti, sul piano legislativo. Il giudice non è l'intuitore della pena giusta, che non esiste; piuttosto, dovrebbe essere chiamato ad attuare, nell'ambito di una serie di strumenti a sua disposizione, la strategia preventiva definita dal parlamento in un'ottica, costituzionalmente orientata, che potremmo definire di prevenzione-consenso, la quale dia spazio ai profili della composizione, della riparazione, della risocializzazione. Riformulare una teoria della discrezionalità, pertanto, non ha niente a che fare con una demolizione delle garanzie, bensì ha a che fare con una più credibile valorizzazione delle medesime in senso sostanziale».

dell'istituto della non procedibilità per irrilevanza penale del fatto, o della c.d. rinuncia alla pena, sull'esempio della *Diversión* tedesca, così tentando di rendere finalmente effettivo il principio di obbligatorietà dell'azione penale attraverso la decongestione dei carichi di lavoro delle Procure della Repubblica. A questa innovazione sembrerebbe d'altronde funzionale, come si è analizzato nel primo capitolo (vedi § 2.3.), la stessa eliminazione dei limiti minimi di pena, senza necessità invece di prevedere una soglia edittale che rischierebbe invece di amplificare le discriminazioni con quei reati puniti con pene di poco superiori, ma egualmente in concreto suscettibili di una realizzazione in termini di esiguità.

BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN G., *Stato di eccezione. Homo sacer, II, I*, Bollati Boringhieri, 2003.

AGUADO LÓPEZ S., *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: problemas constitucionales y alternativas político-criminales*, Iustel, 2008.

ALBRECHT H.J., *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*, Duncker & Humblot, 1994.

ALESSANDRI A., *Commento all'art. 27, 1°co.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca G.- Pizzorusso A., Zanichelli, 1991, p. 1 ss.

ALIBRANDI L., *Sulla commisurazione e motivazione della pena (nota a sent. Cass., Sez. II, 28 maggio 1992, Pavlovic e altro)*, in *Riv. pen.*, 1993, I, p. 295 ss.

AMARELLI G., *Cicostanze ed elementi essenziali del reato: il difficile distinguo si ripropone per il furto in abitazione*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2815 ss.

AMATO G., *Il recidivo va a caccia di generiche*, in *Giuda al dir.*, Dossier 1, 2006, p. 56 ss.

AMBROSETTI E.M., *Problemi attuali in tema di reato continuato*, Cedam, 1991.

AMBROSETTI E. M., *Recidiva e recidivismo*, Cedam, 1997.

AMBROSETTI E.M., *La determinazione della pena nel reato continuato: brevi note in merito ad una recente pronuncia delle Sezioni unite in tema di misure cautelari e continuazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 2 ss.

AMBROSETTI E. M., *La recidiva*, in *Studium Juris*, 1999, p. 314.

AMODIO E., *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, 1977, pp. 181 ss.

AMODIO E. - BASSIOUNI M.C. (a cura di), *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, 1988.

ANDENAES J., *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di Romano M. e Stella F., il Mulino, 1980, p. 33 ss.

ANTOLISEI F., *Scritti di diritto penale*, Giuffrè, 1955.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, 2000.

ANTOLISEI F., *La capacità a delinquere*, in *Riv. italiana*, 1934.

- ARROYO ZAPATERO L. - GUTIÉRREZ ZARZA I., *Le riforme penali in Spagna fra il 2003 e il 2005*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 700 ss.
- ASHWORTH A., *Towards European sentencing standards*, in *Eur. Jour. Crim. Pol. Res.*, 1994, p. 7 ss.
- BALDASSARELLI F., *Funzione rieducativa della pena e nuovo processo penale*, in *Riv. Pen.*, 1990, p. 409.
- BARAK A., *La discrezionalità del giudice*, trad. di Ilaria Mattei; presentazione di Antonio Gambaro, Milano, Giuffrè, 1995 (versione inglese *Judicial Discretion*, Yale University Press, 1989, la versione originale in lingua ebraica è *ShiKul Daat Shiprety*, 1987).
- BARAK A., *La natura della discrezionalità giudiziaria e il suo significato per l'amministrazione della giustizia*, in *Politica del diritto*, 2003, p. 3-17.
- BARATTA A., *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in *Dem. e dir.*, 2000, p. 19 ss.
- BAUMANN J., *Insegnamenti da una riforma penale*, in *Metodologia e problemi fondamentali della riforma del codice penale*, a cura di A. M. Stile, Jovene, 1981, p. 3 ss.
- BAURMANN M., *Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalprävention*, in *GA*, 1994, p. 368 ss.
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Mondadori, 1991.
- BELFIORE E. R., *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Giuffrè, 2005.
- BELLAVISTA G., *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena (rist.)*, in *Tommaso Natale*, 1975, p. 141 ss.
- BELTRANI S., *La lente di Strasburgo sulla ex Cirielli. Principio di legalità, la recidiva al vaglio della Grande chambre*, in *D&G*, 2006, p. 80.
- BERNARDI A., *Sull'opportunità di una armonizzazione europea delle scelte sanzionatorie nazionali*, in *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo. Omaggio a Hans –Heinrich Jescheck per il 92° compleanno*, Foffani L. (a cura di), Giuffrè, 2006, p. 109 ss.
- BERTOLINO M., *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva: dal codice Rocco alla riforma del 2005*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 1145 ss.
- BETTIOL G., *Diritto penale*, Cedam, 1982.

- BETTIOL G., *Pena retributiva e poteri discrezionali del giudice*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1941, p. 109.
- BETTIOL G., *Punti fermi in tema di pena retributiva*, in *Studi De Marsico*, Milano, 1960.
- BETTIOL G., *Capacità a delinquere e pena retributiva*, in *Ind. pen.*, 1979.
- BISORI L., *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative*, in *Le innovazioni al sistema penale, apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, a cura di Giunta F., Giuffrè, 2006, p. 49 ss.
- BISSI, *Giudizio di comparazione tra circostanze concorrenti eterogenee e criteri-guida operativi*, in *Giust. pen.*, 1993, p. 541 ss.
- BINDING K., *Grundriss des Deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 7^a ed., Leipzig, 1907.
- BOBBIO N., voce *Sanzione*, in *Nov. dig. it.*, XVI, Utet, 1969, p. 530 ss.
- BOBBIO N., *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. it. fil. dir.*, 1964, p. 146 ss.
- BOTTKE W., *Assoziationsprävention. Zur heutigen Diskussion der Strafzwecke* Berlin, 1995.
- BOTTKE W., *La actual Jiscusión sobre las finalidades de la pena* in AA.V.V., *Politica criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997, p. 41 ss.
- BRICHETTI R., *Un nuovo criterio fissa la gravità dei reati*, in *Guida dir.*, Dossier 1, 2006, p. 67 ss.
- BRICCHETTI R., *I ipotesi aggravate e implicazioni in tema di omicidio e lesioni colposi*, in *Il decreto sicurezza d.l. n. 92/2008 convertito con modifiche in legge n. 125/2008*, a cura di Scalfati A., Giappichelli, 2008.
- BRICOLA F., *Il principio della fungibilità della carcerazione preventiva con la misura di sicurezza detentiva: sintomo di una progressiva crisi del sistema dualistico?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, p. 830 ss. (ora anche in *Scritti di diritto penale*, a cura di Canestrari e Melchionda, vol. I, tomo I, Giuffrè, p. 135 ss.)
- BRICOLA F., *Recensione a: Günther Warda, «Dogmatische Grundlagen des Richterlichen Ermessens im Strafrecht» (Heymanns, Köln, Berlin-Bonn-München, 1962)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1962, p. 1097 ss. (ora anche in *Scritti di diritto penale*, a cura di Canestrari e Melchionda, vol. I, tomo I, Giuffrè, p. 219 ss.)
- BRICOLA F., *Le aggravanti indefinite (legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 1019 ss.

BRICOLA F., *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa*, in *Sul problema della rieducazione del condannato*, Atti del II Convegno di diritto penale, Bressanone, 1963, Cedam, 1964, p. 193 ss. (ora anche in *Scritti di diritto penale*, cit., p. 275 ss.).

BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Giuffrè, 1965.

BRICOLA F., *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della sanzione criminale (natura e profili costituzionali)*, in *Mon. trib.*, 1968, p. 1228 ss. (ora anche in *Scritti di diritto penale*, cit., p. 463 ss.).

BRICOLA F., *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, in *Ind. pen.*, 1969, p. 265 ss. (ora anche in *Scritti di diritto penale*, cit., p. 499 ss.)

BRICOLA F., *Teoria generale del diritto*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, XIX, 1973, p. 5 ss.

BRICOLA F., *Il sistema sanzionatorio penale nel Codice Rocco e nel progetto di riforma*, in A.VV., *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, 1974, p. 41 (ora anche in *Scritti di diritto penale*, cit., vol. I, tomo II, Giuffrè, p. 949 ss.).

BRICOLA F., *Le misure alternative alla pena nel quadro di una "nuova" politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 22 ss.

BRICOLA F., *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in *Indice pen.*, 1989, p. 324 ss.

BRIGNONE P., *Osservazioni in tema di determinazione della pena*, in *Cass. Pen.*, 1982, 273.

BRUNELLI D., *Le sanzioni del diritto penale mite: funzioni e prospettive*, in *Sanzioni e protagonisti del processo penale*, a cura di Cerquetti G. e Fiorio C., Cedam, 2004, p. 3 ss.

BRUNELLI D., *La sanzione nel diritto penale mite: dalla discrezionalità applicativa alla "certezza" della esecuzione*, in *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Picotti-Spangher (a cura di), Giuffrè, 2005, p. 77 ss.

BRUNELLI D., *La Corte Costituzionale "vorrebbe ma non può" sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?* (Nota a C. Cost. 2 febbraio 2007, n. 22), in *Giur. cost.*, 2007, fasc. 1, p. 181 ss.

BRUNS H.J., *Das Recht der Strafzumessung*, 2^a ed., Berlin, 1985.

CALOGERO G., *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Cedam, 2^a ed., 1964.

CALVI A. A., *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Cedam, 1967.

CANESTRARI S. - CORNACCHIA L. - DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale: parte generale*, il Mulino, 2008.

CAPRIOLI F., *Processo penale e commisurazione della pena*, in Silète poenologi in munere alieno!: *teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, a cura Pavarini M., Monduzzi, 2006, p. 135 ss.

CAPRIOLI F. - MELILLO G. - RUGGIERI F. - SANTALUCIA G., *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l'istituto della declaratoria di particolare tenuità del fatto. Riflessioni a margine di una recente proposta*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3496 ss.

CARACCIOLI I., *Quale futuro per il diritto penale italiano?*, in *Iustitia*, 2007, p. 385 ss.

CARDILE F. – ZANNOTTI M., *Le diverse declinazioni della rinnovata disciplina della prescrizione*, in *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. Insolera, Cedam, 2006, p. 47 ss.

CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale penale*, Prolusione, 16.

CARNELUTTI F., *Il problema della pena*, Roma, 1945.

CARNELUTTI F., *Meditazioni sull'essenza della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1955, p. 3 ss.

CARRARA F., *Programma, Parte generale*, Lucca, 1897.

CARRARA F., *Emenda del reo assunta come unico fondamento e fine della pena*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. I, Lucca, 1871, p. 211 ss.

CARRARA F., *Stato della dottrina sulla recidiva*, in *Opuscoli di diritto criminale*, 5° ed., vol. II, Casa Editrice Libreria "Fratelli Cammelli", 1898, p. 127 ss.

CARRARA F., *Mai presunzioni juris et de iure in penale*, in ID., *Lineamenti di pratica legislativa penale* (1873), Bologna, 2007, 361 ss., 365.

CARUSO G., *Commisurazione della pena e discrezionalità del giudice*, in *Persone e sanzioni*, RONCO M. (diretto da), Zanichelli, Bologna, 2006, p. 391-451.

CARUSO G., *La discrezionalità penale nella commisurazione della pena: dovere conoscitivo o potere dispositivo del giudice?*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 557 ss.

CASCIONE C., *Attenuanti "generiche" di nome e di fatto – discrezionalità eccessiva per il giudice*, in *Dir.&Giust.*, 2005, p. 46 ss. (nota a Cass. penale, Sez. V, 18 gennaio 2005, n. 17382).

CASTALDO M., *La rieducazione tra realtà penitenziaria e misure alternative*, Jovene Editore, 2001.

- CATTANEO M. A., *Karl Grolmans strafrechtlicher Humanismus*, Baden-Baden, 1998.
- CATTANEO M. A., *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Giappichelli, 1990.
- CAVALIERE A., *Diritto penale 'del nemico' e 'di lotta': due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi di autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in *Crit. dir.*, 2006, p. 295 ss.
- CERQUETTI G., *Spunti problematici sulle metamorfosi della sanzione penale*, in *Sanzioni e protagonisti del processo penale*, a cura di Cerquetti G. e Fiorio C., Cedam, 2004, p. 25 ss.
- CERQUETTI G., *Spunti problematici sulle metamorfosi della sanzione penale*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 51 ss.
- CESARI C., *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Giappichelli, 2005.
- CESARI C., *Un nuovo esercizio di equilibrio della Consulta nel perenne confronto tra rieducazione ed emergenza* (Nota a C. Cost. 16 marzo 2007, n. 79), in *Giur. cost.*, 2007, p. 772 ss.
- CERETTI A., *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland. Atti del Convegno in onore di David Garland*, Giuffrè, 2005.
- CHAZARRA QUINTO M. A., *La reincidencia en el código penal español: una mirada al controvertido modelo norteamericano*, in www.derechopenalonline.com, 2007.
- CHIAVARIO M., *Sicurezza senza misure organizzative il "pacchetto" resta un progetto ambizioso*, in *Guida dir.*, 2007, fasc. 44, p. 11 ss.
- COMUCCI P., *Attualità del processo bifasico*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia, Procedura Penale*, vol. 2, Giuffrè, 2000, p. 105 ss.
- CONSO G., *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale in due fasi*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 707 ss.
- CONTENTO G., *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Jovene, 1963.
- CONTENTO G., *Note sulla discrezionalità del giudice penale, con particolare riguardo al giudizio di comparazione fra le circostanze*, in *Il Tommaso Natale*, 1978, Scritti in memoria di G. Bellavista, II, Palermo, 1978, p. 657 ss.
- CORBETTA S., *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 134 ss.

CORBETTA S., Il nuovo volto della recidiva: “Tre colpi e sei fuori”?, in Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva, analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (“ex Cirielli”), a cura di Scalfati, Cedam, 2006, p. 80 s.

CORBETTA S., Restituire credibilità all’apparato repressivo: se non ora, quando?, in Corr. mer., 2008, p. 269 ss.

CORDERO F., Circostanze «generiche» e termine di prescrizione, in Riv. it., 1958, p. 826 ss.

CUSTODERO O., Capacità a delinquere e commisurazione della pena: problemi ed orientamenti, in Riv. it. dir. proc. pen., 1998, p. 78 ss.

D’AGOSTINO F., *La sanzione nell’esperienza giuridica*, Giappichelli, 1999.

D’ANGELO E. - BERTOROTTA F., *Il nuovo processo penale al bivio: tra le ragioni del garantismo e il mito dell’efficienza*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia, Procedura Penale*, vol. 2, Giuffrè, 2000, p. 237 ss.

DASSANO F., *Recidiva e potere discrezionale del giudice*, Utet, 1981.

DEAN G., *La discrezionalità del giudice di pace nella fase dell’esecuzione penale*, in *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Picotti L.-Spangher G. (a cura di), Giuffrè, 2005, p. 123 ss.

DELL’ANDRO R., *La recidiva nella teoria della norma penale*, Priulla, 1950.

DELLA BELLA A., *Il ruolo dell’affidamento in prova nella crisi di certezza e di effettività della pena*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2005, p. 1492 ss.

DELLA BELLA A., Three strikes and you're out: *la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2007, p. 832.

DEGL’INNOCENTI L.-FALDI F., *Benefici penitenziari: divieto normativo di accesso per i recidivi reiterati e condannati per evasione* (Nota a C. Cost. 16 marzo 2007, n. 79), in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1596 ss.

DE FELICE P., *Commisurazione della pena e delinquente occasionale*, in *Ind. pen.*, 1982, p. 236 ss.

DE FRANCESCO G., *Diritto Penale. I fondamenti*, Giappichelli, 2008.

DE FRANCESCO G., *Commento agli artt. 1 e 2 della legge 6 febbraio 1980 (antiterrorismo)*, in *Leg. pen.*, 1981, p. 36.

DE FRANCESCO G., *Commento all’art. 7 d.l. 31 dicembre 1991, n. 419 (fondo vittime estorsioni)*, in *Leg. pen.*, 1992, p. 763.

DE FRANCESCO G., *Commento all'art. 3 del d.l. 26 aprile 1993 n. 122 (misure antidiscriminatorie)*, in *Leg. pen.*, 1994, p. 215.

DE VERO G., *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Giuffrè, 1983.

DE VERO G., *Le circostanze del reato al bivio tra reintegrazione e disintegrazione sistematica. I riflessi delle novelle del 1984*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 49 ss.

DE VERO G., *Introduzione al diritto penale*, Giappichelli, 2002.

DE VERO G., *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea di prevenzione generale positiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 439 ss.

DE VERO G., *Osservazioni sui principi e sull'articolato della disciplina delle circostanze del reato*, in *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso, Jovene*, 2003, p. 405 ss.

DE VERO G., *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2004.

DE VERO G., *Prevenzione generale e "condanna dell'innocente"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2005, p. 990 ss.; ora anche in *Scritti per Federico Stella*, tomo I, Jovene Editore, 2007, p. 41 ss.

DELOGU T., *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 369 ss.

DELOGU T. - GIANNINI M.C., *L'indice di criminalità di Sellin e Wolfgang nella teoria generale della misurazione di gravità dei reati*, Giuffrè, 1982.

DEMETRIO CRESPO E., *Prevenición general e individualización judicial de la pena*, Ed. Univ. de Salamanca, 1999.

DESPORTES F. - LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, 11^{ème} édition, Economica, 2004.

DÍEZ RIPOLLÉS J. L., *Il diritto penale simbolico e gli effetti della pena*, in Stortoni-Foffani (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte*, Giuffrè, 2004, p. 149 ss.

DÍEZ RIPOLLÉS J. L., *The "law and order" approach in Spanish criminal justice policy*, in *Reidp*, 2007.

DI MARTINO A., *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Giuffrè, 1998.

DOLCINI E., *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 338 ss.

- DOLCINI E., *La "rieducazione del condannato" tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 469 ss.
- DOLCINI E., *La commisurazione della pena, La pena detentiva*, Cedam, 1979.
- DOLCINI E., *I limiti della sanzione penale. A proposito del volume di H. L. Paker*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 458 ss.
- DOLCINI E., voce *Potere discrezionale del giudice (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Giuffrè, 1985, p. 750 ss.
- DOLCINI E., *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci ed E. Dolcini, Milano, 1985, pp. 269 ss.
- DOLCINI E., *L'art. 133 c. p. al vaglio del movimento internazionale di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 398 ss.
- DOLCINI E., *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 55.
- DOLCINI E., *La disciplina della commisurazione della pena: spunti per una riforma*, in G. Vassalli (a cura di), *Problemi generali di diritto penale*, Giuffrè, 1982.
- DOLCINI E., *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora da attuare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 797 ss.
- DOLCINI E., *Teoria e prassi della commisurazione della pena. A proposito di un saggio di Karl Lackner*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 236 ss.
- DOLCINI E. - PALIERO C. E., *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Giuffrè, 1989, p. 7.
- DOLCINI E., *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 857 ss.
- DOLCINI E., *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 25 ss.;
- DOLCINI E., *Il castigo sia moderato, ma certo*, in A.A. V.V., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena. In ricordo di Adolfo Beria di Argentine*, Giuffrè, 2002, p. 31 ss.
- DOLCINI E., *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini E. e Paliero C. E., v. II, Giuffrè, 2006, p. 1073 ss.
- DOLCINI E., *Le due anime della legge «ex Cirielli»*, in *Corr. mer.*, 2006, p. 56

DOLCINI E., *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, p. 95 ss.

DOLCINI E., *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 515 ss.

DOMINIONI O., *Rinnovamento di magistratura e avvocatura per combattere le disfunzioni del sistema*, in *Guida dir.*, 2008, fasc. 12, p. 13 ss.

DONINI M., *La sintassi del rapporto fatto-autore nel "Progetto Grosso"*, in ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, 2003, p. 261 ss.; e in *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Stile A. M. (a cura di), Jovene, 2003, p. 53 ss.

DONINI M., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, 2003.

DONINI M., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 75 ss.

DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004.

DONINI M., *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Scritti per Federico Stella*, Jovene Editore, 2007; e in *Cass. pen.*, 2006, p. 735 ss.

DONINI M., *«Fatto» e «autore» nel diritto penale contemporaneo. Dialogo immaginario tra Giacomo Delitala e Franz von Liszt redivivi*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini E. e Paliero C. E., v. II, Giuffrè, 2006, p. 1525 ss.

DONINI M., *Il diritto penale differenziato. La coesistenza di classico e post-moderno nella penalità contemporanea*, in *Crit. dir.*, 2007.

DONINI M., *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 338 ss.

DREHER E., *Über Strafrahmen*, in *Festschrift für Hans-Juergen Bruns zum 70. Geburtstag*, a cura di Frisch W., Heymann, 1978.

DÜNKEL F. – VAN ZYL SMIT D., *Preventive Detention of Dangerous Offenders Re-examined: A Comment on two decisions of the German Federal Constitutional Court (BVerfG – 2 BvR 2029/01 of 5 February 2004 and BVerfG – 2 BvR 834/02 – 2 BvR 1588/02 of 10 February 2004) and the Federal Draft Bill on Preventive Detention of 9 March 2004*, in 5 GLJ 619 (2004), in <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=453>.

DURIGATO L., *Deflazione carceraria e adozione di misure alternative: opportunità e aporia di un difficile rapporto*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 1019 ss.

ESPOSITO C., *Le pene fisse ed i principi di eguaglianza, personalità e rieducazione della pena*, in *Giur. cost.*, 1963, p.662 ss.

EUSEBI L., *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 811 ss.

EUSEBI L., *La "nuova" retribuzione. L'ideologia retributiva e la disputa sul principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1315 ss.

EUSEBI L., *La "nuova" retribuzione. Pena retributiva e teorie preventive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 914 ss.

EUSEBI L., *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, Morcelliana, 1990.

EUSEBI L., *Tra crisi dell'esecuzione penale e prospettive di riforma del sistema sanzionatorio: il ruolo del servizio sociale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1993, p. 502 ss.

EUSEBI L., *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 76 ss.; e in *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, a cura di Stile A.M., Jovene, 2003, p. 513 ss.

EUSEBI L., *Giustizia conciliativa e discrezionalità nel sistema penale*, in *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Picotti-Spangher (a cura di), Giuffrè, 2005, p. 55 ss.

EUSEBI L., *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1157 ss.; e in *Silète poenologi in munere alieno! teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, a cura Pavarini M., Monduzzi, 2006, p. 57 ss.

FANCHIOTTI V., *U.S. v. Booker: verso lo smantellamento del sentencing system federale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 903 ss.

FEELEY M. M., *Le origini e le conseguenze del panico morale: gli effetti sulle Corti americane delle leggi 'tre volte e sei eliminato'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 417.

FERRAJOLI L., *Diritto e ragione - Teoria del garantismo penale*, Laterza, 8^a edizione, 2004.

FERRAJOLI L., *La pena in una società democratica*, in *Quest. Giust.*, 1996, p. 527 ss.

FERRAJOLI L., *Quattro proposte di riforma delle pene*, in *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, a cura di Borrè G. e Palombarini G., FrancoAngeli, 1998, p. 37 ss.

FERRIE., *Sociologia criminale*, vol. I, 5^a ed., Torino, 1929.

- FEUERBACH P.J.A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, (1801), 14^a ed., 1847, in VORMBAUM T., *Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit*, II, Baden-Baden, 1993, p. 30 ss.
- FIANDACA G., *Commento all'art. 27, comma 3°*) in *Commentario alla Costituzione - Rapporti civili*, tomo IV, a cura di G. Branca ed A. Pizzorusso, Zanichelli, 1991, p. 222 ss.
- FIANDACA G. – DI CHIARA G., *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, 2003.
- FIANDACA G., *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 3 s.; e in *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, a cura di Stile A.M., Jovene, 2003, p. 141 ss.
- FIANDACA G., *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di Vassalli G., ESI, 2006, p. 131 ss.
- FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2007.
- FIANDANESE F., *Gli effetti del giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze e la riforma operata dal d.l. 11 aprile 1974 n. 99*, in *Cass. pen.*, 1978, p. 331.
- IORELLA A., *Sui rapporti tra il bene giuridico e le particolari condizioni personali*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di Stile A. M., Jovene, 1985, p. 205 ss.
- IORENTIN F., *Legge ex Cirielli e ordinamento penitenziario riformato. La Consulta riafferma il valore della rieducazione della pena*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3576 ss.
- IORENTIN F., *Cosa resta della pena? La certezza della pena nella fase dell'esecuzione penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p.
- IORIO C., *Recidiva e prescrizione dei reati: le novità della legge ex-Cirielli (II). Le disposizioni esecutive e penitenziarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 315 ss.
- FLETCHER G., *Rethinking Criminal Law*, Little, Brown and Company, 1978.
- FLORA G., *Le nuove frontiere della politica criminale: le inquietanti modifiche in tema di circostanze e prescrizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1325 ss.
- FLORA G., *Verso la riforma della parte generale: il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1409 ss.
- FLORA G., *Verso un diritto penale del tipo d'autore?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 559 ss.
- FORNARI L., *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, p. 569 ss.

FORNASARI G., *Riflessioni sulla disciplina della sospensione condizionale della pena nel «Progetto Grosso», con particolare riferimento ai rapporti con la pena pecuniaria*, in *Critica dir.*, 2001, p. 63 ss.

FORNASARI G., *Le alternative alla pena detentiva: un excursus nel sistema penale tedesco*, in *Dir. Pen. XXI Sec.*, 2008, p. 127 ss.

FORNASARI G. – MENGHINI A., *Percorsi europei di diritto penale*, Cedam, 2005.

FORTI G., *Tra criminologia e diritto penale. Brevi note su 'cifre nere' e funzione general preventiva della pena*, in Marinucci G. e Dolcini E., *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, 1985, p. 53 ss.

FORTI G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Cortina, 2000.

FORTI G., *Explete poenologi munus novum: dal controllo delle "variabili usurpatrici" alla stimolazione delle flessibilità del sistema*, in Silète poenologi in munere alieno!: teoria della pena e scienza penalistica, oggi, a cura Pavarini M., Monduzzi, 2006, p. 79 ss.

FORTI G., *Il principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 597 ss.

FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. di Tarchetti A., Einaudi, 1993.

FOUCAULT M., *Les anormaux. Cours au Collège de France*, trad. it. Gli anormali. Corso al Collège de France (1974-1975), Feltrinelli, 2000.

FREUND G., *Straftatbestand und Rechtsfolgebestimmung. Zur Bedeutung der gesetzlichen Regelungstechnik und der „harmonisierten“ Strafraumen für die Strafzumessung*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1999, p. 509 ss.

FRIGO G., *Prevale la logica della frammentazione*, in *Guida dir.*, Dossier 1, 2006, p. 52 ss..

FRISCH W., *Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung*, Carl Heymanns Verlag Kg, 1971.

FRISCH W., *Individualprävention und Strafbemessung. Zur unterschiedlichen Angewiesenheit strafrechtlicher Normprogramme auf empirische Befunde*, in *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Günter Kaiser zum 70. Geburtstag*, Berlin 1998, p. 765 ss.

FRISCH W., *Einleitung – Hintergrund, Grundlinien und Probleme der Lehre von der tatproportionalen Strafe*, in *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, a cura di Frisch W – von Hirsch A. – Albrecht H.J., 2003, C. F. Müller, p. 1 ss.

- FRISCH W., *Maßstäbe der Tatproportionalität und Veränderungen des Sanktionenniveaus*, in *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, a cura di Frisch W – von Hirsch A. – Albrecht H.J., 2003, C. F. Müller, p. 155 ss.
- FRONTINI G., *La funzione della pena nel dibattito alla Costituente e nello spirito della Costituzione*, in *Temi Rom.*, 1989, 34.
- GAITO A., *Dagli interventi correttivi sull'esecuzione della pena all'adeguamento continuo del giudicato: verso un processo penale bifasico?*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 892 ss.
- GALLO E., *L'evoluzione del pensiero della Corte Costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giur. Cost.*, 1994, p. 3203 ss.
- GALLO E., *Sistema sanzionatorio e nuovo processo*, in *Gius. Pen.*, 1989, c. 641.
- GALLO E., *La persona umana nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956.
- GALLO M., *Il dolo. Oggetto e accertamento*, Milano, 1953.
- GALLO M., *Appunti di diritto penale*, vol. III, Giappichelli, 2003.
- GARLAND D., *Pena e società moderna*, trad. it., *Il Saggiatore*, 1999.
- GARLAND D., *La cultura del controllo*, trad. it., *Il Saggiatore*, 2004.
- GASPARINI A., *Dall'Indeterminate sentence alle Sentencing Guidelines: una riforma rivoluzionaria negli USA*, in *Ind. pen.*, 1994, p. 37 ss.
- GIRARD R., *Il capro espiatorio*, trad. it., Milano, 2004 (titolo originario *Le bouc émissaire*, Parigi, 1982).
- GIUNTA F., *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 414 ss.
- GIUNTA F.- MICHELETTI D., *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Giappichelli, 2003.
- GIUNTA F., *Quale giustificazione per la pena? Le moderne istanze della politica criminale tra crisi dei paradigmi preventivi e disincanti scientifici*, in *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte*, a cura di Stortoni L. – Foffani L., Giuffrè, 2004, p. 183 ss.
- GIUNTA F., (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale. apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, Giuffrè, 2006.

- GIUNTA F., *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini E. e Paliero E., v. II, Giuffrè, 2006, p. 343 s s.
- GÖTTING B., *Gesetzliche Strafrahmen und Strafzumessungspraxis: eine empirische Untersuchung anhand der Strafverfolgungsstatistik für die Jahre 1987 bis 1991*, Lang, 1997.
- GRANDE E., *Il terzo strike. La prigione in America*, Sellerio, 2007.
- GREVI V., *Francesco Carrara e l'“immoralità” del carcere preventivo*, in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, vol. I, Giuffrè, 1991, p. 717 ss.
- GROSSO C. F., *Illegittimità costituzionale delle pene eccessivamente discrezionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1474.
- GROSSO C. F., *Il nostro lavoro: gli obiettivi di fondo*, in *Dem. e dir.*, 2000, p. 163 ss.
- GROSSO C. F., *Relazione al “Progetto preliminare di riforma del codice penale” – Parte generale (12 settembre 2000)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 575 ss.
- GROSSO C. F., *Proscioglimento per furto di cose di valore particolarmente esiguo: inoffensività od irrilevanza penale del fatto?*, in *Cass. pen.*, 2001, 54 ss.
- GROSSO C. F., *Le linee e i contenuti del Progetto di codice penale*, in *La riforma del codice penale. La parte generale*, Atti del Convegno di Pavia 10-12 maggio 2001, a cura di de Maglie C. e Seminara S., Giuffrè, 2002, p. 1 ss.
- GRISPIGNI F., *Enrico Ferri e la Scuola Positiva*, in *Riv. pen.*, 1940.
- GUERRINI R., *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, Giuffrè, 1988.
- GUERRINI R., *Le circostanze del reato*, in *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Giappichelli, 2001, p. 273 ss.
- HARRENDORF S., *Wo sind die Adressaten der Sicherungsverwahrung? Zur Rückfallgefahr schwerer Gewalttäter*, in *Juristische Rundschau*, 2008, p. 6 ss.
- HASSEMER W., *Die Formalisierung der Strafzumessungsentscheidung*, in *ZStW*, 1978, p. 64 ss.
- HASSEMER W., *Principio di colpevolezza e struttura del reato*, in *Arch. Pen.*, 1982, p. 42 ss.
- HASSEMER W., *„Zero tolerance” - Ein neues Strafkonzzept?*, in *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag*, Berlin 1998, p. 793 ss.
- HASSEMER W., *Variationen der positiven Generalprävention*, in *Id.*, *Strafen im Rechtsstaat*, Nomos-Verl.-Ges., 2000, p. 199 ss.

- HASSEMER W.- MUÑOZ CONDE F., *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Valencia, 2001 p. 354 ss.
- HASSEMER W., *Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria*, in *Criminalia*, 2007, p. 73 ss.
- HEGEL G.W.F., *Lineamenti di filosofia del diritto*, (1821), trad. it., Bari, 1987.
- HERZOG -EVANS M., *Récidive*, in *Rép. Pén.*, 2006, p. 6 ss.
- HERZOG -EVANS M., *Récidive: quelles réponses judiciaires? – Récidive: surveiller et punir plus plutôt que prévenir et guérir*, in *AJ pénal*, 2005, n. 9, p. 305 ss.
- HIRSCH G., *Verso uno stato dei giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell'attuale momento storico*, in *Criminalia*, 2007, p. 107 ss.
- HÖFER S., *Sanktionskarrieren: eine Analyse der Sanktionshärteentwicklung bei mehrfach registrierten Personen anhand von Daten der Freiburger Kohortenstudie*, Ed. Iuscrim, 2003.
- INSOLERA G. (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Cedam, 2006.
- INSOLERA G., *Qualche riflessione sul "pacchetto sicurezza" (L. N. 128/2001)*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 947 ss.
- INSOLERA G., *Una nuova grammatica costituzionale di fronte alla palingenesi della ideologia punitiva*, in *La legislazione penale compulsiva*, a cura di Insolera G., Cedam, 2006, p. 3 ss.
- JAKOBS G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2^a ed., Berlin, 1991.
- JESCHECK H. H., *Nuove prospettive del diritto penale comparato, europeo e internazionale: quale politica criminale per il XXI secolo?*, in *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo. Omaggio a Hans –Heinrich Jescheck per il 92° compleanno*, Foffani L. (a cura di), Giuffrè, 2006, p. 1 ss.
- JESCHECK H.H. – WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts, A.T.*, 5^a ed., 1996.
- KALB L., *Funzioni e finalità della pena tra teoria e prassi nella determinazione giudiziale*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia, Procedura Penale*, vol. 2, Giuffrè, 2000, p. 379 ss..
- KALOUS A., *Positive Generalprävention durch Vergeltung*, Regensburg, 2000.
- KANT I., *La dottrina del diritto*, Milano, 1916.
- KANT I., *Critica del giudizio*, trad. di A. Gargiulo, Laterza, 1991.
- KINZIG J., *Die Legalbewahrung gefährlicher Rückfalltäter*, Duncker & Humblot, 2008.

- KINZIG J., *Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand*, Ed. iuscrim, MPI, 1996.
- KLESCZEWSKI D., *Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Berlin, 1991.
- LA MONICA M., *Introduzione al diritto penale*, Padova, 2002.
- LARIZZA S., *La commisurazione della pena: rassegna di dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 596.
- LARIZZA S., *La modificazione e applicazione della pena*, in *Codice Penale, parte generale*, Utet, 1984.
- LARIZZA S., *Il principio di legalità della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 122 ss.
- LATAGLIATA A.R., *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Morano Editore, 1967.
- LATAGLIATA A.R., *Contributo allo studio della recidiva*, Jovene, 1958.
- LATAGLIATA A.R., *Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, in *Il Tommaso Natale*, 1975, p. 337 ss.
- LATTANZI G., *Appunti sul tema delle sanzioni nel Progetto Grosso*, in *La riforma del codice penale. La parte generale, Atti del Convegno di Pavia 10-12 maggio 2001*, a cura di de Maglie C. e Seminara S., Giuffrè, 2002, p. 199 ss.
- LEBLOIS HAPPE J., *La nouvelle rétention de sûreté. Détention de sûreté vs Unterbringung in die Sicherungsverwahrung: les enseignements d'une comparaison franco-allemande*, in *AJ pénal*, 2008, p. 209 ss.
- LEMMI A., *Zero tolerance inefficace nel lungo periodo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, p. 1248 ss.
- LESCH H.H., *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln, 1999.
- LLORCA ORTEGA J., *Manual de determinación de la pena, 6ª ed., corr. y aument. con las leyes reformadoras del Código Penal y la doctrina jurisprudencial emitada hasta 1 de mayo de 2004*, Tirant lo Blanch, 2005.
- LOI E., *Le circostanze del reato*, in *Giur. sistematica dir. pen.*, II edizione, Utet, Torino, 1996, p. 241.
- LOMBROSO C., *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza e alle discipline carcerarie*, Milano, 1876.
- LONGO A., *Le circostanze attenuanti generiche: concessione o riconoscimento?*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 1243.

- LOSAPPIO G., *Il minimo edittale della bancarotta fraudolenta: profili di incostituzionalità*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 716 ss.
- LOZZI G., *La durata irragionevole della pena*, in A.A.V.V., *Le risposte penali all'illegalità, Atti dei convegni dei Lincei n. 150*, Roma, 1999, 25.
- LUCIANI M., *Una legislazione penale più coerente*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 370 ss.
- LÜDERSSEN K., *Abschaffen des Strafens?*, Frankfurt a. M., 1995.
- LÜDERSSEN K., *Freiheitsstrafe ohne Funktion*, in *Festschrift für Günter Bemmman*, Baden-Baden, 1997, p. 47 ss. ID., *Resozialisierung und Menschenwürde*, in AA.VV., (a cura di Lüderssen), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, vol. IV, Baden-Baden, 1998, p. 109 ss.
- MAGGIORE G., *Diritto penale*, Zanichelli, 1949.
- MALINVERNI A., voce *Circostanze del reato*, in *Enc. dir.*, VII, Giuffrè, p. 98 ss.
- MALINVERNI A., voce *Capacità a delinquere*, in *Enc. dir.*, VI, Giuffrè, 1960, p. 118 ss.
- MANES V., *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti. Frasarario essenziale alla luce dei principi di offensività, proporzione e ragionevolezza*, in *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. Insolera, Cedam, 2006, p. 95 ss.
- MANES V., *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 739 ss.
- MANGIABENE M., *Attenuanti generiche e potere discrezionale del giudice*, in *Cass. pen.*, 1988, p. 807.
- MANNA A., voce *Circostanze*, in *Enc. Giur. Treccani*, VI, Roma, 1994.
- MANNA A., *Corso di diritto penale. Parte generale II*, Cedam, 2008.
- MANNOZZI G., voce *Sentencing*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIII, Utet, 1991.
- MANNOZZI G., *Fini della pena e commisurazione finalisticamente orientata: un dibattito inesauribile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1088 ss..
- MANNOZZI G., *Razionalità e 'giustizia' nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del sentencing nordamericano*, Cedam, 1996.
- MANNOZZI G., *Pena e riti differenziati: la crisi del modello «unitario» di commisurazione*, in *Rass. pen. crimin.*, 2000, p. 69 ss.
- MANTOVANI F., *Il problema della criminalità. Compendio di scienze criminali*, Cedam, 1984.

MANTOVANI F., *Francesco Carrara e la funzione della pena*, in AA.VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Giuffrè, 1991, p. 299 ss.

MANTOVANI F., *Il vero "diritto penale minimo": la riduzione della criminalità?*, in Silèto poenologi in munere alieno!: *teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, a cura Pavarini M., Monduzzi, 2006, p. 33 ss.

MANTOVANI F., *La «perenne crisi» e la «perenne vitalità» della pena e la «crisi di solitudine» del diritto penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini E. e Paliero E., v. II, Giuffrè, 2006, p. 1171 ss.

MANTOVANI F., *Diritto penale, parte generale*, 5^a ed., Cedam, 2007.

MANTOVANI F., *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 470 ss.

MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, vol. 3, Utet.

MARCHESELLI A., *Permesso premio con il contagocce ai recidivi*, in *Gui. dir.*, 2006, p. 79 ss.

MARCHETTI P., *L'armata del crimine. Saggio sulle origini della recidiva*, Cattedrale, 2008.

MARGARA S., *Obiettivo 1 – Chi punire, perchè punire, come punire – quale giustizia? Repeating non iuvant: ancora sulla pena e sul carcere*, in *Quest. giust.*, 2002, p. 1031 ss.

MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS E. B., *La reincidencia: tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Ed. Comares, 1999.

MARINI G., *Lineamenti del sistema penale*, Giappichelli, 1993.

MARINI G., voce *Colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, 1988.

MARINI G., *Le circostanze del reato. Parte generale*, Giuffrè, 1965.

MARINI G., voce *Circostanze del reato*, in *Noviss. Dig. it., Appendice*, vol. I, Utet, 1980, p. 1254.

MARINUCCI G., *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 160 ss.

MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 3. ed., Giuffrè, 2006.

MARTINI A., *Alla ricerca della legalità: gli strumenti commisurativi nel Progetto Grosso*, in *Un nuovo progetto di codice penale: dagli auspici alla realizzazione?*, a cura di De Francesco G., Giappichelli, 2001, p. 79 ss.

- MARZAGALLI C., *Le pene accessorie e la loro funzione nell'ambito delle finalità costituzionali della pena*, in *Dir. & Form.*, 2003, p. 241 ss.
- MASSA M., *Le attenuanti generiche*, Jovene, 1959.
- MATHIEU V., *Perché punire? Il collasso della giustizia penale*, Rusconi, 1978.
- MAZZA L., voce *Recidiva*, *Enc. dir.*, Giuffrè, XXXIX, p. 68 ss.
- MEIER B.D., *Strafrechtliche Sanktionen*, Springer, 2009.
- MELCHIONDA A., *Recidiva e regime di procedibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 63 ss.
- MELCHIONDA A., *Le nuove fattispecie di usura. Il sistema delle circostanze*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, p. 683 ss.
- MELCHIONDA A., *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Cedam, 2000.
- MELCHIONDA A., *La nuova disciplina delle circostanze del reato nel "Progetto Preliminare Grosso": pregi e difetti di una riforma che non "rifonda"*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 412 ss.
- MELCHIONDA A., *La nuova disciplina delle circostanze del reato nel "Progetto preliminare Grosso": pregi e difetti di una riforma che non "rifonda"*, in *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, a cura di Stile A.M., Jovene, 2003, p. 411 ss.
- MELCHIONDA A., *La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 184.
- MELCHIONDA A., voce *Circostanze del reato*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Giuffrè, 2006, p. 893 ss.
- MELCHIONDA A., *Le modifiche in materia di circostanze*, in *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, a cura di Giunta F., 2006, Giuffrè, p. 212 ss.
- MENGHINI A., *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo*, Giappichelli, 2008.
- MERLE R. –VITU A., *Traité de droit criminel*, Cujas, 7^{ème} édition, 1997, p. 977.
- MESSINA S., *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, 1947.
- MICALI G., *Il fondamento della pena nell'esegesi dell'art. 27, 3° comma Cost.*, in *Giust. Pen.*, 1991, I, c. 151.
- MILITELLO V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, Giuffrè, 8°, 1982.

MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1992.

MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995.

MOCCIA S., *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale (l. 15 febbraio 1996, n. 66): un esempio paradigmatico di sciatteria legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 395.

MOCCIA S., *La “promessa non mantenuta”. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Esi, Napoli, 2001.

MOCCIA S., *Considerazioni sul sistema sanzionatorio nel progetto preliminare di un nuovo codice penale*, in *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, a cura di Stile A.M., Jovene, 2003, p. 451 ss.

MONACO L., *Le pene sostitutive tra sistema «legale» e sistema «reale»*, in *Arch. pen.*, 1984, p. 254 ss.

MONACO L., *Prospettive dell'idea dello “scopo” nella teoria della pena*, Jovene, 1984.

MONACO L.- PALIERO E., *Variazioni in tema di «crisi della sanzione»: la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 442 ss.;

MONTEVERDE S., *Tribunale della pena e processo bifasico: realtà e prospettive*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1161 ss.

MOROSINI P., *Appunti sui lavori della Commissione per la riforma del Codice penale*, in *Quest. giust.*, 2007, p. 1083 ss.

MORSELLI E., *Il significato della capacità a delinquere nell'applicazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 1342.

MORSELLI E., *La prevenzione generale integratrice della moderna prospettiva retribuzionista*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988.

MORSELLI E., *La funzione della pena alla luce della moderna criminologia*, in *Ind. pen.*, 1991, p. 505 ss.

MORSELLI E., *Osservazioni sul Progetto di riforma del codice penale della “Commissione Grosso”*, in *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, a cura di Stile A.M., Jovene, 2003, p. 583 ss.

MORTATI C., voce *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Utet, 1960, p. 1098 ss.

- MOSCONI G.-PAVARINI M., *Discrezionalità e sentencing penitenziario, la flessibilità della pena in fase esecutiva nell'attività dei tribunali di sorveglianza (1987-1990)*, in *Dei delitti e delle pene*, 3, 1993.
- MOSCONI G., *La crisi postmoderna del diritto penale e i suoi effetti sull'istituzione penitenziaria*, in *Dem. e dir.*, 2000, p. 37 ss.
- MÜLLER-TUCKFELD J.C., *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, Frankfurt am Main, 1998.
- MUÑOZ CONDE F., *Las reformas de la parte especial del derecho penal español en el 2003: de la «tolerancia cero» al «derecho penal del enemigo»*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini E. e Paliero E., v. II, Giuffrè, 2006, p. 2531 ss.
- MUSCATIELLO V. B., *La recidiva*, Giappichelli, 2008.
- MUSCO E., *La misura di sicurezza detentiva – Profili storici e costituzionali*, Giuffrè, 1978.
- MUSCO E., voce *Misure di sicurezza*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, 1990.
- MUSCO E., voce *Misure di sicurezza*, in *Enc. dir., Agg.*, I, Giuffrè, 1997, p. 137 ss.
- NAPPI A., *Guida al codice penale*, sec. ed., Giuffrè, 2008.
- NATALINI A., *Le altre modifiche al codice penale: falsità personali, omicidio volontario aggravato ed attenuanti generiche*, in *Il decreto sicurezza d.l. n. 92/2008 convertito con modifiche in legge n. 125/2008*, a cura di Scalfati A., Giappichelli, 2008, p. 56 ss.
- NAUCKE W., *Colpevolezza ed esecuzione della pena*, in *Arch. pen.*, 1983, p. 485 ss.
- NAUCKE W., *Prevenzione generale e diritti fondamentali della persona*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di Romano e Stella, il Mulino, 1980, p. 49 ss.
- NAUCKE W., *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts. Materialien zur neueren Strafrechtsgeschichte*, Baden-Baden, 2000.
- NEPPI MODONA G., *Il sistema sanzionatorio: considerazioni in margine ad un recente schema di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 315 ss.
- NEPPI MODONA G., *Il sistema sanzionatorio in prospettiva di riforma del codice penale e valori costituzionali*, in *Atti convegno CNPDS (1994)*, Giuffrè, 1996, p. 183 ss.
- NEPPI MODONA G., *Crisi della certezza della pena e riforma del sistema sanzionatorio*, in *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, a cura di Borrè G. e Palombarini G., FrancoAngeli, 1998, p. 51 ss.

NESPOLI G., *Pena rieducativa ed esigenze di difesa sociale*, in *Giust. Pen.*, 1980, II, 536.

NESPOLI G., *Riflessioni brevi sulla sanzione penale nei suoi rapporti con lo scopo di prevenzione generale e speciale*, in *Giust. Pen.*, 1983, I, 310.

NEUB F., *Der Strafzweck der Generalprävention im Verhältnis zur Würde des Menschen. Ein unaufgelöster Konflikt*, Aachen, 2001.

NICOSIA E., *Discrezionalità legislativa e sindacato di costituzionalità in materia di proporzione e adeguatezza allo scopo di sanzioni penali: un caso di "self restraint" della Corte costituzionale (Nota a C. Cost. 28 dicembre 2001, n. 442)*, in *Foro it.*, 2003, c. 64 ss.

NICOSIA V., *Sicurezza e giustizia*, in *Giust. pen.*, 2005, p. 30.

NOBILI M., *Nuovi modelli e connessioni: processo - teoria dello stato – epistemologia*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia, Procedura Penale*, vol. 2, Giuffrè, 2000, p. 479 ss.

NUVOLONE P., *Il ruolo del giudice nell'applicazione della pena*, in *Mont. Trib.*, 1968, pag. 880, ora in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, II, Padova, 1969, pag. 1558.

NUVOLONE P., *Delitto e pena nel pensiero di G.D. Romagnosi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961.

NUVOLONE P., *Giuseppe Zanardelli e il codice penale del 1889*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, Giuffrè, 1984.

NUVOLONE P., *Il controllo del potere discrezionale attribuito al giudice per la determinazione delle pene e delle misure di prevenzione*, in *Fp*, 1957, 621.

NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, Padova, Cedam, 1982.

NUVOLONE P., *La capacità a delinquere nel sistema del diritto penale*, 1942.

NUVOLONE P., voce *Pena* (in generale), in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Giuffrè, 1982, p. 787 ss.

NUVOLONE P., *Le sanzioni criminali nel pensiero di Enrico Ferri e nel momento storico attuale*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padova, 1969, p. 280 ss.

ORLANDI R., *Effettività della sanzione penale e principi processuali*, in *L'effettività della sanzione penale*, a cura di Giunta F., Orlandi R., Pittaro P., Presutti A., Kluwer Ipposa, 1998, p. 37 ss.

PACKER H.L., *I limiti della sanzione penale*, (1968), trad. it., Giuffrè, 1978.

PADOVANI T., voce *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Utet, 1988, p. 212 s.

PADOVANI T., Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale, in Riv. it. dir. proc. pen., 1989, p. 916 ss.

PADOVANI T., *L'utopia punitiva: il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Giuffrè, 1981.

PADOVANI T., *Spunti in tema di identità e metodo della scienza penale*, in Silè poenologi in munere alieno!: *teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, a cura Pavarini M., Monduzzi, 2006, p. 125 ss.

PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1992, p. 419 ss.

PADOVANI T., *Fuga dal carcere e ritorno alla sanzione. La questione delle pene sostitutive tra efficacia della sanzione ed efficienza dei meccanismi processuali*, in A.A. V.V., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena. In ricordo di Adolfo Beria di Argentine*, Giuffrè, 2002, p. 73 ss.

PADOVANI T., *Una introduzione al Progetto di Parte Generale della Commissione Nordio*, in Cass. pen., 2005, p. 2852 ss.

PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in Guida dir., Dossier 1, 2006, p. 34.

PADOVANI T., *Diritto penale*, Giuffrè, 2006, p. 254.

PADOVANI T. – STORTONI L., *Diritto penale e fattispecie criminose*, Il Mulino, 2006.

PADOVANI T., *Commento all'art. 4, L. 5.12.2005, n. 251*, in Leg. Pen., 2006, p. 446 ss.

PADOVANI T., *Promemoria sulla questione giustizia*, in Cass. pen., 2007, p. 4023 ss.

PAGLIARO A., *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1979, p. 1189 ss.

PAGLIARO A., *Situazione e progetti preliminari nel procedimento di riforma del diritto penale italiano*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1980, 477.

PAGLIARO A., *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1981, p. 25 ss.

PAGLIARO A., *Correlazioni tra il livello delle sanzioni penali, la struttura del processo e gli atteggiamenti della prassi*, in Ind. pen., 1981, 219.

- PAGLIARO A., Doppio ambito edittale delle sanzioni e commisurazione della pena nell'ottica della prevenzione generale, in *Problemi generali di diritto penale*, a cura di Vassalli G., Giuffrè, 1982, p. 229 ss.
- PAGLIARO A., Verifica empirica dell'effetto di prevenzione generale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 353 ss..
- PAGLIARO A., Riflessi del nuovo processo sul diritto penale sostanziale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 36 ss.
- PAGLIARO A., Lo schema di legge delega per un nuovo codice penale; metodo di lavoro e principi ispiratori, in *Ind. pen.*, 1994, p. 243 ss.
- PAGLIARO A., Sproporzione "irragionevole" dei livelli sanzionatori o sproporzione "irrazionale"?, in *Giur. cost.*, 1997, p. 774 ss.
- PAGLIARO A., *Principi generali del Progetto Grosso e le tendenze del diritto penale*, in *La riforma del codice penale. La parte generale*, Atti del Convegno di Pavia 10-12 maggio 2001, a cura di de Maglie C. e Seminara S., Giuffrè, 2002, p. 15 ss.
- PAGLIARO A., *Il reato, Parte generale*, Trattato di Diritto Penale, Giuffrè, 2007.
- PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, 1979.
- PALAZZO F., *Commento*, in *Legisl. pen.*, 1982, p. 317.
- PALAZZO F., *La recente legislazione penale*, Cedam, 1985.
- PALAZZO F., *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza - tassatività in materia penale*, in *Ridpp*, 1991, 327.
- PALAZZO F., *Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico*, 1997, p. 729 ss.
- PALAZZO F., *Certezza del diritto e codificazione penale*, in *Pol. dir.*, 1993, p. 384 ss.
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, 2006.
- PALAZZO F.-BARTOLI R., *Certezza o flessibilità della pena? Verso la riforma della sospensione condizionale*, Giappichelli, 2007.
- PALIERO C. E., *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 726 ss.
- PALIERO C. E., *Minima non curat praetor. Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, 1985.

PALIERO C. E., Il principio di effettività del diritto *penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 430 ss.

PALIERO C. E., *Metodologia de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1992, p. 510 ss.

PALIERO C. E., *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1228 ss.

PALIERO C. E., *La riforma del sistema sanzionatorio. Percorsi di metodologia comparata*, in *Arch. Pen.*, 1994, p. 95 ss.

PALIERO C. E., *La funzione delle scienze sociali nella recente evoluzione del diritto penale*, in Stortoni-Foffani (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte*, Giuffrè, 2004, p. 239 ss.

PALIERO C. E., *Economia della pena (un work in progress)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1336 ss.

PALIERO C.E., *La difesa legittima territoriale (ovvero, un paradigma orientato sulla sproporzione) (legge 13 febbraio 2006, n. 59)*, in *Leg. Pen.*, 2006, p. 569 ss.

PALOSCIA A., *Problematica relativa al metodo di rilevazione statistica per la categoria dei "recidivi"*, in *Giust. pen.*, 1987, I, p. 412 ss.

PASELLA R., *Discrezionalità del giudice ed incidenza frazionaria delle circostanze sulla pena base*, in *Arch. pen.*, 1975, p. 417 ss.

PAVARINI M., *Pene in astratto e in concreto*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di Insolera G., Mazzacava N., Pavarini M., Zanotti M., vol. I, II ed., Giappichelli, 2000, p. 349 ss.

PAVARINI M., *La negoziabilità penale tra parsimonia e dissipazione*, in www.ristretti.it, 2000.

PAVARINI M., *Processi di ri-carcerizzazione e "nuove" teorie giustificative della pena*, in *Rass. pen. e crim.*, 2000, p. 95 ss.

PAVARINI M., *Le attuali tendenze della penalità: residualità del carcere e pene alternative di fronte alla competenza penale del giudice di pace*, in *Competenze penali del giudice di pace e 'nuove' pene non detentive. Effettività e mitezza della sua giurisdizione*, a cura di Picotti L. e Spangher G., Giuffrè, 2003, p. 52 ss.

PAVARINI M., *The spaghetti incapacitation. La nuova disciplina della recidiva*, in *La legislazione penale compulsiva*, a cura di Insolera G., Cedam, 2006, p. 3 ss.

PAVARINI M., *La ex Cirielli: colpita ma non affondata*, in *D&G*, 2006, (Nota a C. Cost.4/7/2006, n. 257), p. 44.

PAVARINI M.- DONINI M., *Silète poenologi in munere alieno!*, in *Silète poenologi in munere alieno!: teoria della pena e scienza penalistica*, oggi, a cura Pavarini M., Monduzzi, 2006, p. 11 ss.

PECCIOLI A., *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Brigati, 2008.

PEDRAZZI C., *La nuova facoltatività della recidiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 304.

PEDRAZZI C., *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, p. 64 ss.

PELISSERO M., *Crisi e mutazione del sistema del doppio binario*, in *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, a cura di Pisa P., Giappichelli, 2008, p. 129 ss.

PELUSO C., voce *Misure di sicurezza (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, 1994, p. 145 ss.

PEPINO L., *Sicurezza, microcriminalità e immigrazione (il pensiero unico alla prova dei fatti e dei giudici)*, in *Quest. gius.*, 2001, p. 1 ss.

PEPINO L., *Dare un posto al disordine (ovvero la possibile mitezza del diritto e le sue condizioni)*, (Relazione svolta al Convegno "La libertà delle persone. Diritto penale e coercizione personale nella crisi dello Stato costituzionale", organizzato da questa Rivista e da Magistratura democratica, Napoli, 10-11 ottobre 2003), in *Quest. giust.*, 2004, p. 547 ss.

PERSIO P. T., *La recidiva nell'ordinamento penale francese*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, p. 372 ss.

PETRINI D., *Certeza della pena e modelli sanzionatori*, in *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, a cura di Pisa P., Giappichelli, 2008, p. 199 ss.

PICOTTI L., *Osservazioni conclusive sui contenuti e limiti della discrezionalità nel sistema penale del giudice di pace*, in *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, cit., 2005, p. 273 ss.

PICOTTI L.-SPANGHER G. (a cura di), *Competenza penale del giudice di pace e "nuove" pene non detentive. Effettività e mitezza della sua giurisdizione*, Giuffrè, 2003.

PICOTTI L.-SPANGHER G. (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, Giuffrè, 2002.

PIELSTICKER S., §46 StGB – Revisionfalle oder sinnvolle Bereicherung des Sanktionenrechts?, Duncker&Humblot, Berlin, 2004.

PISA P., *Effettività della pena: una ipotesi*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 667 s.

PISA P. (a cura di), *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, Giappichelli, 2008.

PISAPIA GIU., *Prospettive di riforma del codice penale*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 407 ss.

PISAPIA GIU., *La riforma del codice penale muove i primi passi: le scelte della Commissione ministeriale per una nuova parte generale*, in *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, a cura di Pisa P., Giappichelli, 2008, p. 293 ss.

PITTARO P., voce *Recidiva*, *Dig. disc.pen.*, XI, Utet, 1996, p. 359 ss.

PITTARO P., *L'effettività della sanzione penale: un'introduzione*, in *L'effettività della sanzione penale*, a cura di Giunta F., Orlandi R., Pittaro P., Presutti A., Kluwer Ipsa, 1998, p. 3 ss.

PIZZORUSSO A., *Le norme sulla misura delle pene ed il controllo della ragionevolezza*, in *Giur. it.*, 1971, IV, c. 192 ss.

PONGILUPPI C., *Le cornici edittali al banco di prova di un sistema sanzionatorio differenziato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 947 ss.

PORTILLA CONTRERAS G., *L'influenza delle scienze sociali nel diritto penale: la difesa del modello ideologico neoliberale nelle teorie funzionaliste e nel discorso etico di Habermas sulla selezione degli interessi penali*, in Stortoni-Foffani (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte*, Giuffrè, 2004, p. 207 ss.

POTETTI D., *Osservazioni in tema di recidiva, alla luce della l. n. 251 del 2005 (c.d. «ex Cirielli»)*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2467 ss.

PRADEL J., *Il nuovo codice penale francese. Alcune note sulla sua parte generale*, in *Ind. pen.*, 1994, p. 5 ss.

PRADEL J., *Droit pénal comparé*, Dalloz, 3^e ed., 2008.

PRADEL J., *Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux*, in *D.*, 2008, chron. p. 1000.

PRESUTTI A., *L'effettività della pena nel contesto della fase esecutiva*, in *L'effettività della sanzione penale*, a cura di Giunta F., Orlandi R., Pittaro P., Presutti A., Kluwer Ipsa, 1998, p. 57 ss.

PREZIOSI S., *La fattispecie qualificata*, Cedam, 2000.

PREZIOSI S., *Osservazioni sul Progetto preliminare di riforma del codice penale: le circostanze del reato e la commisurazione della pena*, in *La riforma della parte generale del*

codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso, a cura di Stile A.M., Jovene, 2003, p. 441 ss.

PRITTWITZ C., *Populismo e opportunismo nella politica criminale. Il ruolo della legislazione e quello della magistratura costituzionale nel caso della "custodia di sicurezza"*, in, *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di Cocco, Cedam, 2005, p. 81 ss.

PULITANÒ D., *Politica criminale*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di Marinucci G. e Dolcini E., Giuffrè, 1985, p. 3 ss.

PULITANÒ D., *La riforma del codice penale: un cammino possibile?*, in *La riforma del codice penale. La parte generale*, Atti del Convegno di Pavia 10-12 maggio 2001, a cura di de Maglie C. e Seminara S., Giuffrè, 2002, p. 245 ss.

PULITANÒ D., *Diritto penale*, 2^a ed., Giappichelli, 2007.

PULITANÒ D., *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 507 ss.

PULITANÒ D., *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 951 ss.

PULITANÒ D., *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008.

QUATTROCOLO S., *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Jovene, 2004.

QUINTERO OLIVARES G., *Adonde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre la Leyes Penales y los penalistas espanoles*, Thomson-Civitas, 2004.

QUINTERO OLIVARES G. (director), *Commentarios al Nuevo Còdigo penal*, Aranzadi, Pampelune, 4^a edictiòn, 2005.

RAMACCI F., *La riforma dell'ordinamento penitenziario e le modifiche al sistema penale*, Ticci, 1984.

RAMACCI F., *Riforme e codice*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 269 ss.

RAMACCI F., *I perchè del codice che non c'è*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 929 ss.

RAMACCI F., *Corso di diritto penale*, 4^a ed., Giappichelli, 2007.

RAMPIONI R., *«In nome della legge» (ovvero Considerazioni a proposito di interpretazione creativa)*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 310 ss.

- RANDAZZO E., *I limiti minimi della pena e la diminuzione del patteggiamento*, in *Cass. Pen.*, 1993, p. 120 ss.
- RANUCCI D., *Le attenuanti generiche tra discrezionalità vincolata e discrezionalità libera*, in *Tem. Rom.*, 1990, 326.
- RESTA F., *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 181 ss.
- RISICATO L., *I riflessi sostanziali del c.d. patteggiamento "allargato": l'irriducibile attrito tra giustizia penale negoziale, funzioni della pena e tutela della vittima*, in *Leg. pen.*, 2004, p. 871 ss.
- ROBERTS J. V., *Punishing Persistent Offender. Exploring Community and Offender Perspectives*, Oxford Univ. press, 2008.
- ROBERTS J. V., *Punishing persistence. Explaining the enduring appeal of the recidivist sentencing premium*, in *Brit. J. Criminol.*, 2008, p. 468 ss.
- ROCCO ART., *La pena e le altre sanzioni giuridiche*, in *Riv. pen.*, 1917, p. 356 ss.
- ROCCO ART., *Lezioni di diritto e procedura penale*, Torino, 1932-1933.
- ROCCO ART., *I concetti di bene e di interesse nel diritto penale e nella teoria generale del diritto*, Torino, 1910.
- ROCHÈ S., *Criminal Justice Policy in France: illusions of severity*, in *Crime punish. Polit. in comp. persp.*, 2001, p. 471 ss.
- RODRIGUES A. M., *Um sistema sancionatorio penal para a Uniao Europeia. Entre a unidade e a diversidade ou os caminhos da harmonizacao*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini E. e Paliero C. E., v. II, Giuffrè, 2006, p.1213
- ROMANELLI S., *Il lavoro di pubblica utilità come sanzione penale principale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, p. 237 ss.
- ROMANO M., *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di Romano-Stella, Il Mulino, 1980, p. 151 ss.
- ROMANO M., *"Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1992, p. 32.
- ROMANO M., *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini E. e Paliero C. E., v. II, Giuffrè, 2006, p. 1721 ss.

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, Art. I-84, vol. I, Giuffrè, 2004.

ROMANO M.- GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Art. 85-149, vol. II, 3^a ed., Giuffrè, 2005.

ROMANO M.- GRASSO G.- PADOVANI T., *Commentario sistematico del codice penale*, Art. 150-240, vol. III, Giuffrè, 1994.

RONCO M., *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Giappichelli, 1998.

ROSI E., *Effetti della recidiva reiterata*, in *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (“ex Cirielli”), a cura di Scalfati, Cedam, 2006, p. 23 ss.

ROSS A., *Colpa, responsabilità e pena*, (1970), trad. it., Milano, 1972.

ROXIN C., *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, (1966), in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin, 1973, p. 1 ss. (e in *JuS*, 1966, p. 380 ss.)

ROXIN C., Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfes, (1969), in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, cit., p. 32 ss.

ROXIN C., *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, ESI, 2001.

ROXIN C., Sulla più recente discussione su colpevolezza, prevenzione e responsabilità, in *Crit. dir.*, 2001, p. 13 ss.

ROXIN C., I compiti futuri della scienza penalistica, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 3 ss..

RUGA RIVA C., La nuova legge sulla droga: una legge “stupefacente” in nome della sicurezza pubblica, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, p. 234 ss.

RÜTHERS B., Vincolo della legge o libera scelta del metodo? Ipotesi per una discussione, in *Criminalia*, 2007, p. 121 ss.

SALERNO G. M., *Un intervento in linea con la Costituzione*, in *Guida dir.*, Dossier n. 1, 2006, p. 47 ss.

SANTAMARIA D., voce *Colpevolezza*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 1960.

SANTAMARIA D., Il fondamento etico della responsabilità penale, in *Studi Senesi*, 1965.

SARTARELLI S., *La Corte costituzionale tra valorizzazione della finalità rieducativa della pena nella disciplina della liberazione condizionale e mantenimento dell'ergastolo: una*

contradictio in termini ancora irrisolta (in particolare, riflessioni sulla sentenza 161/97), in *Cass. pen.*, 2001, p. 684 ss.

SATURNINO R., voce *Discrezionalità (dir. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, 1989.

SCALFATI A., *Cade il bilanciamento delle circostanze*, in *Guida dir.*, *Dossier n. 1*, 2006, p. 39.

SCORDAMAGLIA V., *Colpa, responsabilità e pena*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2004, p. 379 ss.

SCHÜNEMANN B., *Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva*, in AA.V.V., *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997, p. 89 ss.

SCHÜNEMANN B., *Die Akzeptanz von Normen und Sanktionen aus Perspektive der Tatproportionalität*, in *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, a cura di Frisch W – von Hirsch A. – Albrecht H.J., 2003, C. F. Müller, p. 185 ss.

SCHOTT T., *Gesetzliche Strafrahmen und ihre tatrichterliche Handhabung: eine empirische Untersuchung zu Gesetzessystematik und Rechtstatsächlichkeit bei ausgewählten Deliktsbereichen*, Nomos Verl.-Ges., 2004.

SERIANNI V., voce *Recidiva*, in *Noviss. Dig. it.*, *Appendice*, vol. VI, Utet, 1986, p. 370 ss.

SIRACUSANO D., *In tema di discrezionalità nell'applicazione della pena. Appunti sulla motivazione nell'applicazione della pena*, in *Foro pen.*, 1957, p. 369 ss.

SIRENA P. A., *Contenuti e linee evolutive della giurisprudenza in materia di sanzioni*, in *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, a cura di Vassalli G., Giuffrè, 1982, p. 383 e ss.

SGUBBI F., *Presentazione*, in *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. Insolera, Cedam, 2006, p. XI ss.

SMITH P., *The effects of incarceration on recidivism: a longitudinal examination of program participation and institutional adjustment in federally sentenced adult male offenders*, 2006.

SPASARI M., *Diritto penale e Costituzione*, Giuffrè, 1966.

SPASARI M., *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 50.

SPASARI M., *Capacità a delinquere e pena*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1978, p. 3.

SPIRITO U., *Storia del diritto penale italiano*, Firenze 1974.

- STELLA F., *Il problema della prevenzione della criminalità*, in AA.V.V., *Teoria e prassi, cit. supra*, p. 13 ss.
- STELLA P., *Recenti dispute dottrinali e riflessi pratici sulle funzioni della pena*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 1117 ss.
- STELLA P., *Pena e politica criminale. Aspetti teorici e casi pratici*, Giuffrè, 2008.
- STILE A. M., *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Jovene, 1971.
- STILE A. M., *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *St. Urb.*, 1976-77, p. 273 ss.
- STILE A. M., *Giudizio di prevalenza o di equivalenza tra circostanze a carico di diversi concorrenti*, in *Arch. pen.*, 1972, p. 555 ss.
- STILE A. M., *La minore età nel gioco delle circostanze del reato ex art. 69 c.p.*, in *Giur. mer.*, 1975, II, p. 290 ss.
- STILE A. M., *Probleme und Besonderheiten der Strafzumessung in Italien*, in *ZStW*, 1982, p. 174.
- STILE A. M., *La commisurazione della pena nel contesto attuale del sistema sanzionatorio. Aspetti problematici*, in *Evoluzione del diritto e della procedura penale 1945-1990. Studi in onore di G. Vassalli*, Giuffrè, 1991.
- STILE A. M., *Prospettive di riforma della commisurazione della pena*, in AA. VV., *Verso un nuovo codice penale*, Giuffrè, 1993, p. 310 ss.
- STILE A. M., *Relazione di sintesi*, in *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*; Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze, Cedam, 1995, p. 285 ss.
- STILE A. M., *Introduzione*, in *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Jovene, 2003, p. XV.
- STRATENWERTH G., *Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?*, Walter de Gruyter, 1995.
- STRENG F., *Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, Kohlhammer, II ed., 2002.
- TAGLIARINI F., voce *Pericolosità*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Giuffrè, 1983, p. 27 ss.
- TARANTINO L., *Le frontiere dell'esecuzione penale tra inedite esperienze rieducative e limiti di sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 309 ss.

- TASCONE M. G., voce *Applicazione della pena*, in *Enc. giur. Treccani*, II, 1988.
- TASCONE M. G., voce *Capacità a delinquere*, in *Enc. giur. Treccani*, V, 1988.
- TONRY M., *Sentencing Matters*, New York Oxford, 1996.
- TRAPANI M., *Le sanzioni penali sostitutive*, Cedam, 1985.
- TRAPANI M., voce *Legge penale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990.
- TURNATURI G., *Aspetti problematici della costituzionalità delle pene pecuniarie fisse e proporzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 1412 ss.
- VALLINI A., voce *Circostanze del reato*, *Agg. Dig. disc. pen.*, Utet, 2000, p. 48.
- VAN ZYL SMIT D., *Handbook of Basic Principles and Promising Practices on Alternatives to Imprisonment*, by UNODC, 2007.
- VASSALLI G. (a cura di), *Problemi generali di diritto penale*, Giuffrè, 1982.
- VASSALLI G., *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, in *Primo corso di perfezionamento per uditori giudiziari. Conferenze (Ministero di Grazia e Giustizia)*, II, Milano, 1958, p. 742 ss.
- VASSALLI G., *Funzioni e insufficienza della pena* (prolusione romana, 1960), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 297 ss., oggi in *Scritti giuridici*, vol. I, Giuffrè, 1997, p. 1361 ss.
- VASSALLI G., *La riforma penale del 1974: lezioni integrative al Corso di diritto penale*, F. Vallardi, 1975.
- VASSALLI G., *Concorso fra circostanze eterogenee e "reati aggravati dall'evento"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p. 3 ss.
- VASSALLI G., *Il dibattito sulla rieducazione (in margine ad alcuni recenti convegni)*, in *Rass. penit. criminol.*, 1982, p. 437 ss.
- VASSALLI G., *La pena in Italia, oggi*, in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, vol. I, Giuffrè, 1991, p. 619 ss.
- VASSALLI G., *Riforma del codice penale: se, come e quando*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 10 ss.
- VASSALLI G., *Sulla disciplina delle circostanze del reato*, in *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, a cura di Stile A. M., Jovene, 2003, p. 401 ss.

VENAFRO E., *Natura giuridica ed effetti della diminuzione della pena disposta in sede di giudizio abbreviato e patteggiamento*, in *Riv. ir. dir. proc. pen.*, 1993, p. 1107 ss.

VENEZIANI P., *Motivi e colpevolezza*, Giappichelli, 2000.

VINCIGUERRA S., *L'identità proteiforme della pena detentiva. Appunti per la comparazione fra ordinamenti penali europei*, in A.A. V.V., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*. In ricordo di Adolfo Beria di Argentine, Giuffrè, 2002, p. 167 ss.

VINCIGUERRA S., *Il codice penale tedesco*, II ed., Cedam, 2003.

VITIELLO M., *Reforming Three Strikes' Excesses*, in *Wash. Univ. Law Quart.*, 2004, p. 82 ss.

VON HIRSCH A.-JAREBORG N., *Strafmaß und Strafgerechtigkeit. Die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität*, Forum Verlag Godesberg, 1991.

VON HIRSCH A., *Censure and sanctions*, Clarendon press, 2003.

VON HIRSCH A.-BOTTOMS E.-BURNEY E.-WIKSTRÖM P., *Criminal deterrence and sentence severity. An analysis of recent research*, Oxford, 1999.

VON HIRSCH A., *L'esistenza della istituzione della pena: rimprovero e prevenzione come elementi di una giustificazione*, in Stortoni-Foffani (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte*, Giuffrè, 2004, p. 121 ss.

VON HIRSCH A.-ASHWORTH A., *Proportionate sentencing. Exploring the principles*, Oxford Univ. press, 2005.

VON LISZT F., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, (1883), trad. it., Giuffrè, 1962.

VON WEBER H., *Die richterliche Strafzumessung*, Karlsruhe, 1956.

WACQUANT L., *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale*, Feltrinelli, 2000.

WALTER M., *Kriminalpolitik im Zeichen der Verbrechensfurcht: von der Spezial-über die General- zur "Ubiquitäts" prävention?*, in *Festschrift für H.J. Hirsch*, Berlin, 1999, p. 897 ss.

ZANON N., *Aspetti costituzionali della legittima difesa e della recidiva riformate*, in *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, a cura di Bernardi A., Pastore B. e Pugiotto A., Giuffrè, 2008, p. 78 ss.

ZAVATTA L., *La pena tra spiare e redimere, nella filosofia giuridica di Ugo Spirito*, ESI, 2005.

ZAZA C., *Le circostanze del reato. Elementi generali e circostanze comuni*, vol. I, Cedam, 2002.

ZIMRING F. E.- HAWKINS G. – KAMIN S., *Punishment and democracy: Three strikes and you're out in California*, Oxford University Press, 2001.

ZIPF H., *Die Strafzumessung. Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung*, Müller, 1977.

ZIPF H., *Die Behandlung des Rückfalls und der Vorstrafen nach Aufhebung des § 48 StGB*, in *Festschrift für Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989*, hrsg. von Jescheck H. H., de Gruyter, 1989, p. 439 ss.

ZUCCALÀ G., *Della rieducazione del condannato nell'ordinamento positivo italiano*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Cedam, 1964.

ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI

<i>AJ pénal</i>	Attualità juridique pénal
<i>Arch. n. proc. pen.</i>	Archivio della nuova procedura penale
<i>Arch. pen.</i>	Archivio penale
<i>C.E.D. Cass.</i>	Centro elettronico di documentazione della Corte di Cassazione
<i>Cass. pen.</i>	Cassazione penale
<i>Cass. pen. Mass. ann.</i>	Cassazione penale Massimario annotato
<i>Corr. mer.</i>	Il Corriere del merito
<i>Dem. e dir.</i>	Democrazia e diritto
<i>Dig. disc. pen.</i>	Digesto delle discipline penalistiche
<i>Dig. disc. priv.</i>	Digesto delle discipline privatistiche
<i>Dig. disc. pubbl.</i>	Digesto delle discipline pubblicistiche
<i>Dig. it.</i>	Digesto italiano
<i>Dir. e giust.</i>	Diritto e giustizia
<i>Dir. imm. cittad.</i>	Diritto immigrazione e cittadinanza
<i>Dir. pen. proc.</i>	Diritto penale e processo
<i>Dir. Pen. XXI Sec</i>	Diritto penale del XXI Secolo
<i>Dr. pén.</i>	Droit pénal-Editions du Juris-Classeur
<i>Enc. dir.</i>	Enciclopedia del diritto
<i>Enc. giur. Treccani</i>	Enciclopedia giuridica Treccani
<i>Foro. it.</i>	Foro italiano (II)
<i>Giur. cost.</i>	Giurisprudenza costituzionale
<i>Giur. it.</i>	Giurisprudenza italiana
<i>Giur. merito</i>	Giurisprudenza di merito
<i>Giust. pen.</i>	Giustizia penale (La)
<i>Guida dir.</i>	Guida al diritto
<i>Ind. pen.</i>	Indice penale (L')
	Juristische Rundschau
<i>Leg. pen.</i>	Legislazione penale (La)
<i>NJW</i>	Neue Juristische Wochenschrift
<i>Nov. dig. it.</i>	Novissimo digesto italiano
<i>NStZ</i>	Neue Zeitschrift für Strafrecht
<i>Pol. dir.</i>	Politica del diritto
<i>Quest. giust.</i>	Questione giustizia
<i>Rass. penit. e crim.</i>	Rassegna penitenziaria e criminologica
<i>Rev. sc. crim.</i>	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
<i>Riv. it. dir. e proc. pen.</i>	Rivista italiana di diritto e procedura penale
<i>Riv. it. fil. dir.</i>	Rivista internazionale di filosofia del diritto
<i>Riv. pen.</i>	Rivista penale
<i>Riv. pen. econ.</i>	Rivista penale dell'economia

<i>Riv. pol.</i>	Rivista di polizia
<i>Riv. trim. dir. pubbl.</i>	Rivista trimestrale di diritto pubblico
<i>Riv. trim. dir. pen. econ.</i>	Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia
<i>Stud. jur.</i>	Studium juris
<i>St. Urb.</i>	Studi Urbinati
<i>ZStW</i>	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft