

Fabio Coppola

Politica criminale e scelte sanzionatorie

Spunti per il recupero di razionalità dal
Sentencing System inglese e dall'intelligenza artificiale



Giappichelli

I

GOVERNARE LE EMERGENZE ATTRAVERSO LA PENALITÀ. L'IRRAZIONALITÀ DELLE CORNICI EDITTALI *IN THE BOOKS*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Una precisazione terminologica e una nota di metodo: la razionalità quale oggetto dell'indagine. – 3. Il dilagante populismo nelle politiche penali (anche giudiziarie) quale spia di irrazionalità: definizione e direttrici di indagine. – 4. Le linee di tendenza della politica criminale fino alla sentenza 'pilota' Torreggiani. – 5. Il dopo-Torreggiani: un "ripassa dal via"? – 5.1. L'emergenza femminicidio. – 5.2. La ciclica emergenza corruzione. – 5.3. L'emergenza 'stradale'. – 5.4. Una tendenza che non conosce limiti, se non nelle intenzioni: la Legge 'Orlando'. – 5.5. La 'lotta' contro le discriminazioni per motivi di identità di genere. – 5.6. Il contrasto all'emergenza pandemica da "Covid-19". – 6. I risultati della ricerca Syn-Thesis a cura di Mannozi e Delli Carri. – 7. Gli effetti sulla razionalità delle cornici edittali. – 8. ... sul versante opposto: l'irrazionalità del neo-clemenzialismo. – 9. Conclusioni.

1. *Premessa*

La richiesta di sicurezza proveniente dal contesto storico-sociale degli ultimi decenni ha fatto sì che si ricorresse con ordinaria frequenza e in modo quasi compulsivo alla «Magna Charta della politica»¹, ossia lo strumento penale².

¹ Cfr., per il virgolettato, L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2014, 205. Sulla legittimità delle scelte di criminalizzazione si è espresso autorevolmente e di recente C.E. PALIERO, *Il mercato della penalità. Bisogno e meritevolezza di pena nel rationale della punitività*, Giappichelli, 2021, 1-115, il quale individua una "formula" per guidare le scelte di criminalizzazione del legislatore e il loro controllo da parte della Corte Costituzionale.

² Si leggano le profetiche parole di T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del si-*

Nel dibattito che ne è seguito si è osservato che «il codice penale è così diventato il principale strumento dell'ordine politico. Sui gravi problemi sociali si invoca l'intervento penale come panacea e come forma di legittimazione di sé stessi davanti a cittadini»³.

Per convincersene, basterebbe osservare le recenti scelte in materia penale – e il loro 'benvenuto' da parte di operatori e studiosi⁴ –

stema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1992, 422, il quale, 15 anni or sono, già ammoniva: “E quando l'idea che i meccanismi di controllo sociale coercitivo sono bloccati ed impazziti si sarà stabilizzata nell'immaginario collettivo, gli effetti che ne discenderanno saranno devastanti, divenendo costitutivi di una realtà sociale interamente dominata dall'insicurezza, dalla precarietà e dal timore diffuso: un risultato che la sociologia delle forme simboliche non avrebbe difficoltà a illustrare con dovizia di riferimenti, ma che già il comune buon senso osta ad attestare”. In argomento, cfr., altresì, D. BRUNELLI, *Introduzione ad un confronto di idee su: “Diritto penale di lotta versus diritto penale di Governo: sconfiggere l'incomunicabilità o rassegnarsi all'irrelevanza*, in *Arch. Pen.*, n. 1/2019, 1-3; E. MEZZETTI, *Resumè di inizio millennio sulle politiche penali in tema di sicurezza*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Il patto per la legalità. Politiche di sicurezza e di integrazione*, CEDAM, attualmente in corso di pubblicazione; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2^a ed., ESI, 2011; D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, 1985; F. SGUBBI, *Presentazione*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, CEDAM, 2006, XI-XIII.

³ Così, L. VIOLANTE, *op. cit.*, 205.

⁴ Per fornire qualche esempio delle critiche più recenti, si pensi alla campagna contro la riforma della prescrizione da parte dell'*Unione delle Camere Penali Italiane* e al relativo “*Appello agli onorevoli senatori e deputati, al presidente del consiglio dei ministri, al ministro della giustizia*” del 2 dicembre 2019 “per la cancellazione della nuova disciplina della prescrizione”, oppure al documento UCPI “*il DDL e i suoi epiloghi incerti*” del 28 luglio 2016: “Ciò che preoccupa è vedere, dunque, come nessun segno di ripensamento vi sia nella legislazione penale, volta drammaticamente a quel populismo penale da tempo denunciato, secondo il quale vengono introdotte norme che mirano esclusivamente ad innalzare il livello sanzionatorio, ad escludere ogni eventuale giudizio di equivalenza/prevalenza, sia pure di fronte alla evidenza antica che non è la minaccia delle pene a funzionare quale deterrente”. Da parte dell'Accademia, si rimanda al documento dell'*Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale sulla legittima difesa*, del 24 luglio 2018, dove L'Associazione “esprime profonda preoccupazione per le iniziative parlamentari in corso sulla legittima difesa e per i messaggi ingannevoli che sul tema si stanno diffondendo nell'opinione pubblica”. Cfr. anche C. FIORE, *Evitiamo di perpetuare gli errori del passato, e affrontiamo finalmente le emergenze reali della giustizia penale*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, n. 1/2012, 218: “L'alluvionale produzione legislativa dei trent'anni precedenti – originata da spinte contraddittorie e quasi sem-

per constatare come la produzione del penale sia diventato il calmierato privilegiato del crescente malessere, reale o percepito, piuttosto che strumento sussidiario di tutela di rilevanti beni giuridici attraverso scelte di scopo⁵ e di sistema, assunte in seguito alla discussione democratica che ne garantisca la massima trasversalità e condivisione.

Invece, il susseguirsi di interventi *spot* e simbolici, consistenti per lo più in irrigidimenti sanzionatori⁶ per i reati che in un determinato periodo (specie se di propaganda elettorale) hanno preoccupato l'opinione pubblica, ha incisivamente influito sulla razionalità del sistema penale⁷ e, in particolare, sull'equilibrio sanzionatorio, inteso sia *in the books*, ossia nella comminatoria legislativa, efficacemente definita il «retrotterra

pre partorita sull'onda di reali o presunte «emergenze criminali» – aveva, già da tempo, reso il nostro ordinamento penale simile a un mostro senza testa, o a più teste»; A. MANNA, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di un diritto penale simbolico*, in *Arch. Pen.*, n. 2/2016: “Orbene, non v'è chi non veda come siano strettamente connessi il fenomeno della c.d. legislazione penale compulsiva e quello di un uso c.d. simbolico-espressivo del diritto penale, ove cioè, il nostro ramo del diritto perde la sua funzione tipica di conservazione dei beni giuridici, per assumere quella, ben più rischiosa, perché foriera di espansione incontrollata, c.d. promozionale, nel senso di “esortare caldamente” i cittadini ad osservare la norma penale. In questa prospettiva è evidente come la legislazione penale assuma un carattere quasi ‘torrentizio’ perché in fondo ciò che rileva è la produzione di nuove norme, senza magari riflettere adeguatamente sul modo in cui dette norme si inseriscono nel sistema penale e tale fenomeno risulta particolarmente accentuato nei tempi più recenti”; ID., *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)*, in *Arch. Pen.*, n. 3/2018, 1-12; l'intervento penale è stato autorevolmente definito come “la forma principale, se non la sola, di presenza legale dello Stato” da S. MOCCIA, *op. cit.*, 3.

⁵ Cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Il diritto penale del futuro*, Centro Stampa Fondazione Unisa, 2006, 51, il quale evidenzia la natura necessariamente proteiforme della politica criminale che non deve appiattirsi sugli strumenti repressivi propri della ‘politica penale’.

⁶ Cfr. A.R. CASTALDO, *Le sanzioni anticorruzione sembrano sproporzionate*, in *In ordine sparso. Il diritto penale, oggi*, Giappichelli, 2016, 42.

⁷ Si richiamano le parole di F. MANTOVANI, *Umanità e Razionalità del Diritto Penale*, CEDAM, 2008, 1091, che ravvisa un passaggio “dall'ordinamento giuridico al disordinamento giuridico”, prodotto da “logorrea legislativa”, ossia “lo spreco di leggi”, dalla “sciatteria dello sproloquio” che, utilizzando una lingua italiana opinabile ha creato “leggi vuote, simboliche” e del “bricolage normativo” cui la modernità penale è oramai perennemente soggetta.

naturale del sistema sanzionatorio»⁸, la cui ampiezza va calibrata rispetto al bene giuridico protetto, sia *in the practice*, imponendo talvolta al giudice la «via obbligata» dei minimi edittali⁹, con buona pace dei criteri regolanti la commisurazione delle pene in favore di ragioni di *realpolitik* che tendono a bilanciare l'eccessivo rigore delle soglie edittali¹⁰; oppure, viceversa, ammettendo un incontrollato rigore punitivo, considerato il blando obbligo di motivare le scelte sanzionatorie, valido anche se concretizzato in formulette stereotipate.

Con ciò, peraltro, legittimando a lungo andare una sorta di «delega in bianco»¹¹ verso «l'esercito di riserva della politica»¹² (la magistratura), con il rischio di disancorare (anche) la dosimetria sanzionatoria da criteri di prevedibilità e razionalità e permettere invasioni, più o meno giustificate, di soggettivismo politico (nella forma meno tollerata del populismo giudiziario) nel c.d. *judicial decision making*.

⁸ Cfr. T. PADOVANI, *op. cit.*, 437.

⁹ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, ed. 2009.

¹⁰ Cfr. A.M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi Urbinati*, 1976-77, Nuova serie A – N. 29, 280, il quale limpidamente rilevava: «Non mi sembra possa mettersi in dubbio che una politica giudiziaria della pena, nel senso indicato, sia stata protagonista della prassi applicativa nel trentennio dal 1944 al 1974: in tema di commisurazione delle pene e, più in generale, di discrezionalità penale, si è determinato un processo di reazione alla previsione di pene eccessivamente severe».

¹¹ Si veda sul punto l'illuminante contributo di G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss.; cfr. anche S. MOCCIA, *op. cit.*, 3: «Infatti, la crisi di legalità e legittimità, che ha investito vari settori del sistema, ha condotto a una sovraesposizione della magistratura, contestualmente gravata di compiti nuovi ed investita di maggiori poteri»; T. PADOVANI, *op. cit.*, 424, che certifica il «sistematico trasferimento, o accollo, di funzioni sulle spalle del giudice rappresenta oramai una costante, una sorta di punto di fuga, a partire dal quale il legislatore si «estranea» da sé stesso, rinunciando a maturare, in materie delicate e conflittuali, linee coerenti e sicure di politica criminale. La supplenza giudiziaria non è più una stagione storica, ma una categoria dello spirito legislativo»; D. PULITANO, *Populismi e penale. Sull'attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 125 ss. e M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l'interpretazione della legge penale 250 anni dopo*, in *Arch. Pen. Web*, n. 1/2017, 60, il quale parla di «supplenza giudiziaria attraverso la c.d. «interpretazione», in realtà vera e propria «creazione» del diritto, come conseguenza, anzitutto, dell'ambiguità, e dunque della non «chiarezza», della legge».

¹² Cfr. L. VIOLANTE, *op. cit.*, 198.

Per dirla con le parole sempre efficaci di Padovani, «oggi il giudice è chiamato a combattere, a ottenere, a creare: destinato al ruolo istituzionale dello *ius dicere* si ritrova sulle spalle quello dello *ius facere*, senza peraltro disporre di nessuno degli strumenti che un tale compito presupporrebbe. Si amplia a dismisura la sfera della discrezionalità nella commisurazione della pena, ma il giudice non ha raffronti validi e significativi per stabilire una gravità comparativa capace di orientarlo; e poiché è impossibile stabilire la gravità di un reato in sé considerato (la gravità è un concetto relativo, come relativa all'intero sistema è la proporzione fra reato e pena: concetti che (...) appartengono agli albori della riforma, il potere rimesso al giudice è privo di bussola. (...) Si rimette al giudice la scelta della cornice edittale, ma ancora una volta (ancora di più), gli si affida un potere arbitrario condizionato dall'“intuizione”»¹³.

Come vedremo meglio nel prosieguo del presente lavoro¹⁴, la giurisprudenza si è inoltre ben guardata dal richiedere uno stringente e puntuale rispetto dei parametri di determinazione del *quantum* di pena, mimando così le possibilità di sindacare le scelte sanzionatorie, rese prerogativa esclusiva – ai limiti di un odioso privilegio – della magistratura giudicante.

Da più parti si è levato quindi il coro di una *deriva irrazionale* del sistema sanzionatorio del codice penale italiano, cui porre urgente rimedio¹⁵.

Non è un caso, dunque, che nella Relazione finale della “Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al Disegno di legge A.C. 2435, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello” presieduta da Lattanzi, nel capitolo dedicato alle “Proposte in materia di sistema sanzionatorio penale e di giustizia riparativa” si faccia molteplici volte alle esigenze di “raziona-

¹³ Queste le riflessioni tuttora attuali di T. PADOVANI, *op. cit.*, 427.

¹⁴ Si rimanda, *infra*, ai contenuti del capitolo II.

¹⁵ Tra gli ultimi, cfr. K. VOLK (trad. di A. Cavaliere), *Il diritto penale in tempi post-fattuali*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, n. 1-2/2019, in particolare par. I.

lizzare” il sistema sanzionatorio interno, anche se con specifico riguardo alla pena pecuniaria¹⁶. Per quanto qui di interesse, la sottesa denuncia di irrazionalità rende non più rinviabile una riflessione complessiva sul tema, che si consegna nelle seguenti pagine.

2. Una precisazione terminologica e una nota di metodo: la razionalità quale oggetto dell'indagine

Nell'affrontare un terreno scivoloso come quello delle irrazionalità delle scelte sanzionatorie, occorre una delimitazione di campo attraverso una specificazione terminologica e una buona dose di cautela¹⁷.

Cosa intendiamo per irrazionalità della politica criminale all'interno delle cornici edittali?

Da un punto di vista strettamente geometrico, viene definito «irrazionale il rapporto di due grandezze incommensurabili, cioè di due grandezze che non posseggono nessun sottomultiplo comune»¹⁸.

All'interno della galassia penale e con specifico riguardo alla sanzione penale, il “sottomultiplo comune”, indice di razionalità, non può che essere individuato tra i valori costituzionali che pongono un limite al legislatore nella scelta della misura della pena.

¹⁶ Cfr. REDAZIONE, *Riforma del processo penale, del sistema sanzionatorio e della prescrizione del reato: la relazione finale della Commissione Lattanzi*, in *Sist. Pen.*, 25 maggio 2021; G. FIANDACA, *Più efficienza, più garanzie. La riforma della giustizia penale secondo la Commissione Lattanzi*, in *Sist. Pen.*, 21 giugno 2021.

¹⁷ Per riprendere le parole di autorevole dottrina “nelle scelte relative alla pena l'aspetto politico ci appare dominante e meno razionalizzabile”. Cfr., D. PULITANO, *Sulla pena, fra teoria, principi e politica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 2/2016, 643 e ID., *Il messaggio del presidente Napolitano e le politiche penali*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, n. 1/2014, 1309: “Le scelte sanzionatorie e le pratiche punitive sono il volto meno razionale e meno razionalizzabile del sistema penale”. Cfr. anche C. SOTIS, *Intervento*, in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 dicembre 2016, 14 ss., il quale distingue tra uso eminentemente simbolico della pena e quello esclusivamente simbolico, laddove solo quest'ultimo scivola nella patologia e S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1997, 136, il quale riferisce di una necessaria “oculata pacatezza”.

¹⁸ Cfr. voce *Irrazionale*, in *Enc. Treccani online*.

Analizziamoli.

È noto che il principio di legalità esige che sia il legislatore a individuare i ‘confini’ all’interno dei quali il giudice doserà la pena da applicare al caso concreto¹⁹. A ciò si aggiunga la prospettiva comunitaria, che inserisce imprescindibili considerazioni di prevedibilità del precetto e della sanzione sin dal momento della condotta, i quali non possono cogliere ‘di sorpresa’ il consociato nella loro successiva applicazione²⁰. Come vedremo, sono aspetti che il diritto penale contemporaneo deve necessariamente tenere in debita considerazione, adottando gli strumenti più idonei a garantire le esigenze della ‘nuova’ legalità dinamica²¹.

Tra i vincoli di natura costituzionale che concorrono a garantire giustizia, uniformità e coerenza al sistema delle pene, si segnalano altresì il carattere personale della responsabilità penale e la tendenza verso istanze rieducative della stessa ai sensi dell’art. 27 Cost., nonché i principi di proporzione e di ragionevolezza dell’intervento penale, ricavati dagli artt. 3 e 27 Cost., seppur con un sindacato, come vedremo, in costante evoluzione²².

Dall’architettura costituzionale anzidetto, accorta dottrina²³ fa deriva-

¹⁹ Cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, 3^a ed., Giuffrè, 2001, 225.

²⁰ Cfr. E. ADDANTE, *Il principio di prevedibilità al tempo della precarietà*, in *Arch. Pen.*, n. 2/2019, 1-34; M. DONINI, *Fattispecie o case law? La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Quest. Giust.*, n. 4/2018, consultabile su https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/fattispecie-o-case-law-la-prevedibilita-del-diritt_582.php; F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 19 dicembre 2016, 1-43. In giurisprudenza, in tema di L. c.d. spazzacorrotti, cfr. *Corte Cost.*, sent. n. 32/2020.

²¹ Cfr., per tutti, G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Editori Laterza, 2017, 115-116; per alcune considerazioni personali, sia consentito rimandare a F. COPPOLA, *Il difficile ruolo del giudice penale contemporaneo verso la prevedibile interpretazione delle fattispecie*, in *Dir. Pen. Proc.*, n. 12/2018, 1637 ss.

²² Per una approfondita analisi della operatività in chiave costituzionale del principio di proporzionalità, cfr. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzione*, Giappichelli, 2021, *passim* e N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, 2020, in part. 238 ss.

²³ Cfr. G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, 226. Da ultimo, si veda la profonda e innovativa analisi di M. DONINI, *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e*

re alcuni corollari che delimitano la discrezionalità legislativa e giudiziaria sulla misura della pena, quali:

- a) il divieto di pene indeterminate nel massimo;
- b) il divieto di cornici edittali imprecise;
- c) il divieto di cornici edittali troppo ampie;
- d) l'esigenza di vincoli precisi che guidino la discrezionalità del giudice (c.d. prevedibilità del diritto).

In altre parole, il rispetto dei valori costituzionali di predeterminazione e individualizzazione della pena impone di intervenire con precisione e ponderazione sulle cornici edittali, sicché al giudice sia concesso di proseguire l'opera di adattamento del legislatore, valorizzando in termini di proporzionalità il disvalore tipico del fatto. «Diversamente, sarà lo stesso diritto penale a costituire un fattore di violazione della legalità e quindi, sul piano sostanziale, dei diritti del singolo o della collettività che, in premessa, intendeva tutelare». È, quindi, in rapporto a tali esigenze «che vanno valutati i tratti dell'involuzione che ha coinvolto prassi e legislazione», come già aveva fatto una illustre voce in dottrina in passato²⁴.

Le precedenti considerazioni trovano peraltro conferma nell'evoluzione del sindacato della Corte Costituzionale sulle cornici edittali.

Inizialmente, i margini del sindacato giurisdizionale delle scelte di politica sanzionatoria del legislatore erano ricompresi in due canoni: il principio di legalità (così come aggiornato dalla giurisprudenza comunitaria) e di ragionevolezza. Il primo profilo, secondo la condivisibile lettura delle Sezioni Unite, impone al legislatore di «contenere in termini ragionevoli la distanza tra minimo e massimo» così da garantire l'effettiva valorizzazione dei criteri normativi di commisurazione della pena *ex art. 133 c.p.*²⁵; il secondo, trova il suo referente costituzionale nell'art. 3 Cost. quale limite negativo al legislatore, che non deve trattare

colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale, Relazione svolta al Congresso dell'AIPDP, su *I principi del diritto penale nella postmodernità*, Roma 10-11 novembre 2017, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, spec. 1616 ss., nel quale si evince la necessaria prevedibilità e accessibilità del diritto quale estrinsecazione del principio di colpevolezza.

²⁴Cfr. S. MOCCIA, *op. cit.*, 15 ss.

²⁵Cfr. *ex multis*, Cass. Pen., Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 46653.

(irragionevolmente) in maniera eccessivamente differenti casi simili, ovvero in maniera eccessivamente simile casi diversi²⁶.

Più tortuoso, ma non meno incisivo, è stato invece il percorso di riconoscimento del principio di proporzionalità quale limite al legislatore costituzionalmente sindacabile nella determinazione del compasso editale, considerata l'iniziale ritrosia della Corte Costituzionale a riconoscere il collegamento tra la funzione rieducativa imposta dall'art. 27 Cost. e la misura di pena legislativamente prescritta, ritenendolo piuttosto un principio da valorizzare soprattutto nella fase di esecuzione della pena²⁷.

Eppure, come ben osservato, la proporzionalità «si colloca così vicino al cuore della stella polare di tutto il diritto – la giustizia – che si potrebbe pensare che costituisca solo un'altra formulazione di quest'ultima. Come la giustizia coincide con l'eguaglianza e come non può essere giusta un'azione che tratti in modo diseguale ciò che è uguale e in modo eguale ciò che è diseguale, così non può certamente essere giusto un intervento che abbia perso la sua misura, che non resti entro i limiti dell'adeguatezza e che sia, appunto, eccessivo»²⁸. Insomma, è la stessa funzione di tutela del diritto penale a imporre una risposta sanzionatoria adeguata al disvalore del fatto.

La necessità di privilegiare i contorni rieducativi della pena già dalla fase di determinazione delle cornici edittali comincia a sentirsi a partire dalla storica sentenza n. 364/1988 della Corte Costituzionale, che insiste sulla necessità di bilanciare il trattamento sanzionatorio rispetto alla rimproverabilità dell'agente²⁹. Il principio di proporzionalità nella sua portata ampia (quasi indefinita) dell'art. 3 Cost., diventa così in primo luogo il canone di orientamento (e quindi di razionalità) del legislatore nella determinazione delle soglie edittali e, in ultima analisi, criterio valutativo della ragionevolezza delle stesse qualora risultassero *manifesta-*

²⁶ Cfr., anche per l'analisi della giurisprudenza costituzionale riportata, S. CORBETTA, *op. cit.*, 137 ss.

²⁷ *Ibidem*, 152.

²⁸ Così, W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, traduzione italiana a cura di D. Siciliano, Il Mulino, 2012, 154.

²⁹ Cfr. D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1988, 686 ss. e, più di recente, M. DONINI, *La personalità della responsabilità penale*, cit.

mente sproporzionate³⁰. Detto scrutinio veniva inizialmente limitato ai casi di manifesta irragionevolezza del compasso sanzionatorio rispetto a «un altro reato omogeneo, servito da una previsione sanzionatoria differente da quella censurata e che ne rappresenti l'alternativa costituzionalmente obbligata»³¹. Ciò per l'angolatura democratica del principio di legalità (art. 25, comma 2 Cost.) che, a discapito del suo intrinseco valore garantista, quale limite alla potestà punitiva dello Stato, assumeva la principale funzione di regolare i 'compiti' tra i diversi poteri dello Stato, riservando alla legge parlamentare la scelta sui delitti e sulle pene.

Eppure, l'evoluzione giurisprudenziale più recente della Corte Costituzionale ha cambiato passo, attribuendo un ruolo sempre più centrale al principio di proporzionalità nelle argomentazioni a sostegno dello scrutinio di congruità delle cornici edittali³². Dalla storica sentenza n. 314/1994 della Corte Costituzionale, con cui fu ritenuta irragionevole la disparità tra il minimo edittale prescritto per il delitto di oltraggio a pubblico ufficiale, ben dodici volte superiore rispetto a quello stabilito per il delitto di ingiuria (*tertium comparationis*), il principio di proporzionalità ha cominciato ad acquisire autonomo spazio motivazionale, quale parametro di congruità del «sacrificio imposto» dalla pena rispetto al disvalore del fatto³³.

Come ben segnalato, «in questi casi il c.d. *tertium comparationis* viene ad assumere un valore soltanto "indiziante" circa la sperequazione sanzionatoria, cedendo il passo a valutazioni direttamente legate all'interesse tutelato dalla norma e al coefficiente di offensività del tipo. Così facendo, il diaframma di valutazione a disposizione dei giudici costituzionali si è allargato fino a consentire valutazioni direttamente incentrate sulla *razionalità* politico-criminale sottesa all'opzione legislativa»³⁴.

³⁰ Rispetto alla iniziale valorizzazione della proporzionalità quale ragionevole uguaglianza/disuguaglianza, cfr. F. VIGANÒ, *La proporzionalità*, cit., in part. 325.

³¹ Cfr. A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 2/2019, 785 ss.

³² Cfr. A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 3/2016, 1427-1462; per una interessante e approfondita analisi sull'evoluzione del principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e sovranazionale, cfr. A. PUGIOTTO, *op. ult. cit.* e N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità*, cit.

³³ A. MERLO, *Considerazioni*, cit., 1446-1447.

³⁴ *Ibidem*, 1448.

Nel 2016³⁵ si è inaugurato così un diverso filone interpretativo³⁶, per il quale l'equilibrio sanzionatorio della cornice edittale viene individuato esclusivamente in senso verticale, ossia nel rispetto del rapporto tra due 'grandezze': la soglia edittale delineata dal legislatore e il disvalore penale del fatto-reato³⁷.

La novità per cui si apprezza la decisione della Corte Costituzionale, come evidenziato in sede di primo autorevole commento, «sta nell'aver strutturato il cuore della motivazione non già attorno alla disparità di trattamento tra la disposizione censurata e altra disposizione assunta come *tertium comparationis*, quanto piuttosto attorno **all'irragionevolezza intrinseca** del trattamento sanzionatorio previsto dalla disposizione oggetto di scrutinio, alla luce del principio della funzione rieducativa della pena e – in generale – dell'esigenza di proporzionalità del sacrificio dei diritti fondamentali cagionata dalla pena rispetto all'importanza del fine perseguito attraverso l'incriminazione»³⁸ (enfasi, in neretto, nostra). Il *tertium comparationis*, cui di solito la Corte àncora le poche pronunce di accoglimento della questione di incostituzionalità per illogica disparità delle soglie edittali³⁹, viene qui richiamato esclusivamente per indivi-

³⁵ Cfr. Corte Cost., sentenza 10 novembre 2016, n. 236, Pres. Grossi, Rel. Zanon.

³⁶ Confermato poi da Corte Cost. nn. 179/2017, 222/2018, 233/2018, 40/2019, 99/2019. Per un'approfondita analisi, cfr. F. VIGANÒ, *La proporzionalità*, cit., 53-77. Per l'analisi dettagliata degli orientamenti precedenti alla sentenza citata, Cfr. V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 ottobre 2011; cfr. anche A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene e il controllo della ragionevolezza*, in *Giur. It.*, 1971, IV, 192 ss.

³⁷ Sul rapporto "dialogico" tra Corte Costituzionale e legislatore penale si rimanda alle riflessioni di F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1998.

³⁸ Cfr. in ordine cronologico i commenti di F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 novembre 2016; D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 febbraio 2017 e di E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte Costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, n. 4/2016, 1956 ss.

³⁹ Cfr., sul punto, V. MANES, *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2013, consultabile in: www.treccani.it, il quale evidenzia come "la giustiziabilità" del principio di proporzionalità

duare la cornice edittale che andrà successivamente applicata, in virtù della dichiarata incostituzionalità di quella precedente. Si tratta di un potere ‘traslativo’ riconosciuto alla Corte Costituzionale nei casi di «sostituzione, idealmente “a rime obbligate”, con altro quadro edittale già operante nell’ordinamento per fattispecie di disvalore comparabile»⁴⁰.

Riprendendo le parole dell’Autore, «si delinea così un modello di sindacato che muove dal riconoscimento, in linea di principio, della discrezionalità del legislatore nella determinazione delle sanzioni applicabili a ciascuna fattispecie, ma che consente alla Corte di intervenire (...) di fronte a situazioni, appunto, di manifesta sproporzione della pena rispetto alla gravità del fatto. Il limite è dunque di carattere negativo: la Corte non può assicurare essa stessa, in positivo, l’idea di una pena “proporzionata” rispetto al fatto: a ciò dovranno pensare il legislatore prima, nella definizione del quadro edittale, e il giudice poi, nella determinazione concreta della qualità e quantità della pena all’interno dei limiti fissati dal legislatore, e tenendo conto delle eventuali circostanze aggravanti e attenuanti»⁴¹. È la Corte stessa a precisare l’obiettivo del proprio intervento, teso a «riconduurre a coerenza le scelte già delineate a tutela di un determinato bene giuridico, procedendo puntualmente, ove possibile, all’eliminazione di ingiustificabili incongruenze». Così da restituire «al giudice la possibilità di adeguare effettivamente, con risultati apprezzabili nel sistema vigente, la pena alle circostanze del caso concreto, calibrandola altresì alle finalità rieducativa cui essa deve mirare»⁴².

fosse rimessa “solo nel prisma della ragionevolezza-eguaglianza, ritenendo *conditio sine qua non* per una decisione di accoglimento l’individuazione di un c.d. *tertium comparationis* che evidenzi la sperequazione sanzionatoria”. Con la citata sentenza si ha per la prima volta il riconoscimento ad opera della Consulta dell’operatività del principio di proporzionalità nelle scelte legislative. In attesa di ipotizzabili futuri approdi nella medesima direzione, valga pertanto il monito al legislatore che la discrezionalità politico-criminale nella individuazione delle soglie edittali incontra il limite della proporzionalità rispetto ai valori in gioco. Ciò potrebbe postulare, a parere di chi scrive, la ‘disarmonia’ rispetto al volto costituzionale della pena di tutti quegli interventi-innalzamento del *range* sanzionatorio, non giustificato da un accentuato disvalore sociale della condotta bensì da esigenze propagandistiche.

⁴⁰ Cfr. F. VIGANÒ, *op. ult. cit.*

⁴¹ *Ibidem.*

⁴² Cfr. *Corte Cost.*, sentenza 10 novembre 2016, n. 234, cit.