

## CAPITOLO I

# PERCHÉ PUNIRE

SOMMARIO: 1. Il diritto penale. – 2. Funzioni e contenuto della pena. La funzione di prevenzione generale. – 3. Prevenzione generale ed altri modelli di sanzioni punitive. – 4. La prevenzione generale e la diversa gravità degli illeciti. – 5. Il principio di proporzione nella logica del sistema penale. – 6. La proporzione come limite all'intervento penale. Il principio di sussidiarietà. La depenalizzazione. – 7. La pena nella fase giudiziale. – 8. La funzione di prevenzione speciale e il principio di rieducazione. – 9. Prevenzione speciale e commisurazione della pena. – 10. Le misure sostitutive o alternative alla detenzione. – 11. La funzione retributiva della pena; rilievi critici.

### 1. *Il diritto penale*

Il diritto penale costituisce quel ramo del diritto pubblico caratterizzato dalla previsione normativa di un fatto – denominato ‘reato’ – alla cui realizzazione la legge fa corrispondere una determinata conseguenza sanzionatoria – la quale prende il nome di ‘pena’ –.

Reato e pena danno vita, nella loro previsione congiunta, alle singole ‘norme incriminatrici’ (quali quelle, ad es., relative al furto, alla rapina, all’omicidio, al sequestro di persona, di cui, rispettivamente, agli artt. 624, 628, 575, 605 c.p.), attualmente distribuite tra la c.d. parte speciale del codice e le numerose ‘leggi speciali’ (concernenti, ad es., la materia tributaria, commerciale, dell’ambiente, del lavoro, e così via dicendo) che si sono andate progressivamente affiancando al testo normativo fondamentale. Quest’ultimo, che risale al 1930 ed è tuttora in vigore, risulta, in particolare, composto di tre Libri, dei quali il secondo (relativo ai “Delitti”) ed il terzo (relativo alle “Contravvenzioni”) ricomprendono le singole norme incriminatrici; mentre il primo Libro (concernente i “Reati in generale”) – e del quale dovremo occuparci in questa sede – detta appunto un insieme di principi (sulla legge penale, sul reato, sulla pena, su altri effetti del reato) destinati ad interessare, salvo eccezioni, tutte le figure criminose; per fare solo degli esempi, si pensi ai criteri di disciplina della legge penale nel tempo, alle regole sul rapporto di causalità tra la condotta umana e l’evento, a quelle in tema di dolo o di responsabilità colposa, a quelle che identificano i parametri cui il giudice dovrà attenersi nel ‘quantificare’ la pena applicabile all’autore del reato.

Rinviamo alle sedi opportune l’approfondimento delle singole tematiche, un cenno esplicativo merita invece il riferimento iniziale al carattere ‘pubblico’ del nostro settore giuridico.

Tale carattere si apprezza essenzialmente sotto un duplice profilo. Dal punto di vista dell'*oggetto* della disciplina, il diritto penale si rivolge alla tutela di interessi, che, per quanto riscontrabili in altri settori normativi (si pensi ai diritti propri della persona, od a quelli aventi ad oggetto il patrimonio), vengono tuttavia ritenuti suscettibili, in presenza di determinati presupposti, di condizionare la sopravvivenza degli assetti sociali fondamentali dell'intera comunità. Dal punto di vista del *soggetto* incaricato di intervenire in presenza di un reato (che si suppone sia stato commesso), deve poi notarsi come questo venga ad identificarsi con un organo – il Pubblico Ministero – appartenente all'organizzazione giudiziaria, al quale la nostra Costituzione (art. 112) impone "l'obbligo di esercitare l'azione penale". La *ratio* di una simile previsione si ricollega, peraltro, allo stesso oggetto della tutela, or ora evidenziato. Se il reato appare come un fenomeno destinato ad incidere sugli assetti fondamentali della convivenza organizzata, sarebbe poco plausibile che l'attività rivolta a perseguirlo venisse affidata ad una scelta del tutto libera ed insindacabile. In realtà, il carattere 'vincolato' dell'iniziativa propria di uno specifico organo dello Stato si pone in evidente sintonia con lo stesso ambito di interessi che è necessario salvaguardare mediante il ricorso alla pena; esso appare legato a questi ultimi da uno stretto rapporto di correlazione sotto il profilo funzionale, volto a far sì che venga comunque attivato un procedimento (penale) riguardo ai fatti che a tali interessi rechino offesa. D'altronde, l'interesse 'pubblico' all'attivazione del processo si proietta sull'intero arco della vicenda giudiziaria; esso scandisce gli sviluppi secondo una logica di rigorosa 'giurisdizionalità', intendendo per tale l'esigenza che la valutazione della responsabilità penale venga a svolgersi sotto l'egida ed il controllo di un giudice incaricato di pronunciarsi sulla fondatezza dell'accusa, ed obbligato a farlo sulla base di un percorso necessariamente vincolato a tale obiettivo.

A tali premesse si ricollega poi, come ulteriore corollario, un regime di sostanziale 'indisponibilità' della pretesa punitiva rispetto al fatto per cui è stata intrapresa l'azione penale. A meno che non si arrivi a constatarne l'infondatezza – la quale, peraltro, dovrà essere necessariamente confermata mediante un provvedimento del giudice – tale iniziativa non potrà essere in nessun caso fatta oggetto di rinuncia in corso di giudizio; laddove, poi, quest'ultimo venga a sfociare in un'affermazione di colpevolezza, dovrà procedersi all'applicazione di una sanzione corrispondente alla gravità del fatto, senza che la pena stessa possa venire esclusa o diversamente quantificata in base a valutazioni di opportunità formulabili ad opera di questa o di quell'altra parte del processo. Ed infine, anche laddove risulti possibile pervenire ad un c.d. "patteggiamento" tra accusa e difesa in ordine alla misura della pena, il giudice dovrà pur sempre intervenire per verificare se tale patto sia stato 'stipulato', per così dire, in maniera corretta, ossia tale da rispecchiare le caratteristiche essenziali del fatto addebitato, e da far sì che la pena ad esso applicabile possa rivelarsi, di conseguenza, effettivamente congrua ed appropriata nei confronti del soggetto che dovrà esservi sottoposto (cfr. art. 444, 2° comma, c.p.p.).

## 2. Funzioni e contenuto della pena. La funzione di prevenzione generale

Quanto si è osservato finora aiuta ad affrontare un interrogativo di carattere pregiudiziale rispetto al prosieguo dell'esposizione.

Si tratta infatti di stabilire quale *funzione* debba essere specificamente attribuita alla pena.

Orbene, se è vero che il reato (come si è già accennato e come si avrà modo di illustrare più ampiamente in seguito) viene ad atteggiarsi come un fenomeno gravemente 'disfunzionale' rispetto all'assetto sociale di una determinata comunità, pare allora evidente come l'ordinamento non possa che coltivare un interesse primario affinché un simile illecito non abbia a realizzarsi; e ciò, a maggior ragione, ove si consideri che, una volta che il fatto sia stato commesso, non risulterebbe comunque possibile fare ricorso ad una misura idonea a ricostituire l'integrità dell'interesse che si mirava a tutelare.

Per comprendere un simile profilo, basti pensare all'applicazione della pena della reclusione (e cioè di una pena carceraria, come diremo tra breve) per un omicidio o per delle lesioni personali; non ci vuol molto a rendersi conto del fatto che tale pena non si presenta in alcun modo idonea – né, d'altro canto, può considerarsi rivolta e finalizzata – a restaurare l'integrità del bene violato. La vita o l'integrità fisica non potrà mai venire reintegrata, in quanto tale, rinchiudendo nella cella di un penitenziario l'autore dell'offesa. Per tale ragione, la funzione della pena non può dunque venire ricondotta a quella propria delle c.d. sanzioni *restitutorie* o *risarcitorie*, quali si rinvergono nel settore della responsabilità civile. Simili sanzioni, per vero, tendono piuttosto al ripristino della situazione precedente alla commissione dell'illecito: la restituzione della cosa reintegra l'avente diritto nel bene di cui era stato privato, mentre il risarcimento – il quale opera per 'equivalente' pecuniario – si traduce nella corresponsione di una somma di denaro, assicurando un incremento del patrimonio corrispondente al pregiudizio arrecato. D'altra parte, anche quando il reato comporti un'offesa patrimoniale – si pensi, ad es., al furto (art. 624 c.p.) – non per questo la sanzione penale appare destinata a reintegrare il patrimonio della vittima. A tale scopo è per l'appunto sufficiente la sanzione civile, mentre quella penale (anche se pecuniaria: v., *infra*, in questo paragrafo) viene comminata in vista di un'esigenza di tutela ulteriore, che l'ordinamento postula in una dimensione autonoma rispetto ad un rapporto di 'equivalenza' con il danno subito.

In definitiva, l'ottica nella quale la norma penale guarda agli interessi fondamentali di cui si è detto non attiene alle conseguenze (eliminabili) collegate al danno prodottosi. Essa implica una valutazione fondata sull'inerenza di certe offese ad una dimensione sociale di più ampia portata, la quale non si presta ad essere ricondotta ad un mero 'danno economico' in sé e per sé considerato.

Rinviamo ad un momento successivo per maggiori delucidazioni al riguardo (v., *infra*, II, 2 ss.), appare allora legittimo affermare che, non potendo la pena essere chiamata a svolgere una funzione compensatrice dell'offesa arrecata, il suo ruolo essenziale non possa che essere colto e valorizzato in un momento necessariamente anteriore, e cioè, per l'appunto, in vista dell'obiettivo di impedire e di *prevenire* la com-

missione dell'illecito. La realizzazione di quest'ultimo, per vero, rappresenterà un momento decisamente 'patologico', risolvendosi essa in un'offesa non più suscettibile, a dispetto della sua gravità, di costituire oggetto di un successivo intervento 'riparatore'.

Se, dunque, scopo primario della sanzione penale è quello di impedire che il fatto venga commesso, si può allora spiegare e giustificare il crescente interesse della scienza penalistica verso la valorizzazione della c.d. funzione di *prevenzione generale* attribuita alla pena. Tale funzione si esprime appunto nel rivolgere ai consociati *il comando di astenersi* – sotto minaccia di pena – dal porre in essere le condotte di volta in volta contemplate nelle norme incriminatrici. D'altronde, proprio perché un simile comando sottende la preoccupazione di impedire *il più possibile* la commissione del fatto, si comprendono chiaramente le ragioni per le quali la pena venga ad assumere, all'interno dell'ordinamento, delle caratteristiche tali da farla apparire come la *più grave risposta sanzionatoria* tra quelle a tutt'oggi riscontrabili. Invero, il *contenuto* proprio della sanzione penale si sostanzia nel fatto di comportare una *privazione* o *limitazione* della libertà personale di colui che dovrà esservi sottoposto (caratteristiche, queste, che sono per lo più condivise anche dalle c.d. *misure di sicurezza*, le quali sono rivolte, peraltro, sulla base di quanto stabilito dagli artt. 199 ss. c.p., a fronteggiare la *pericolosità sociale* dell'autore di un reato; si pensi in proposito alla libertà vigilata, alla colonia agricola o casa di lavoro, alle misure concernenti i soggetti non imputabili: per alcuni rilievi in proposito v., *infra*, **IX**, 12).

Tale contenuto è fatto palese dalla norma fondamentale dell'art. 17 del nostro codice penale, laddove essa fa riferimento alle pene della "reclusione" e dell'"ergastolo" (e cioè della reclusione a vita) per i delitti, e dell'"arresto" per le contravvenzioni (nonché dall'art. 52 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, riguardante la disciplina dei reati devoluti alla competenza del 'giudice di pace', il quale contempla, oltre a pene di natura pecuniaria, le sanzioni della "permanenza domiciliare" e del "lavoro di pubblica utilità").

Ma esso appare riscontrabile, a ben guardare, anche laddove la legge preveda l'applicazione di una 'pena pecuniaria' (si veda, ad es., l'art. 637 c.p., e comunque tutti quei reati nei quali tale specie di pena risulti prevista, sia pur in forma alternativa o cumulativa con una pena detentiva), in correlazione, ancora una volta, a quanto stabilito dal disposto generale dell'art. 17 c.p., il quale contempla, tra le pene per i delitti, anche la "multa", e, come pena per le contravvenzioni, anche quella dell'"ammenda". Invero, nel caso in cui il condannato non abbia corrisposto la somma dovuta, e risulti, altresì, concretamente accertata la sua insolvibilità, le suddette pene pecuniarie verranno a subire un procedimento di *conversione* in sanzioni limitative della libertà personale; così, l'art. 102 l. 24 novembre 1981, n. 689 (c.d. di "Modifiche al sistema penale") dispone che tali pene pecuniarie siano convertite in "libertà controllata" o "lavoro sostitutivo" a favore della collettività (mentre, dal canto suo, il predetto d.lgs. n. 274, all'art. 55, stabilisce la conversione della sanzione pecuniaria nella pena della permanenza domiciliare o del lavoro sostitutivo, secondo le regole contemplate nella legge medesima). In definitiva, risulta dunque confermato che la sanzione penale – vuoi in forma diretta, vuoi in forma indiretta o 'mediata' – è destinata a dar luogo alla

limitazione di un bene primario dell'individuo, il quale, per di più, viene a collocarsi al vertice dei diritti di rango costituzionale (tanto da essere proclamato come "inviolabile" dall'art. 13 della Carta fondamentale).

### 3. *Prevenzione generale ed altri modelli di sanzioni punitive*

Giunti a questo punto, deve tuttavia osservarsi come la funzione di prevenzione generale propria della pena non risulti estranea, a ben guardare, anche ad altre tipologie di risposta sotto il profilo sanzionatorio, le quali sono venute assumendo, all'interno di numerosi ordinamenti (oltre quello italiano, anche quello tedesco, svizzero, austriaco, ed altri ancora), un ruolo di particolare importanza nel quadro complessivo degli interventi a tutela degli interessi della comunità sociale. Si intende alludere alle sanzioni applicabili a determinati *illeciti amministrativi*, e cioè a comportamenti che, non costituendo reato, vengono ad atteggiarsi alla stregua di violazioni devolute alla competenza dell'autorità amministrativa (e non invece, tranne casi particolari, a quella del giudice penale).

Si pensi soltanto alle numerose violazioni in materia di circolazione stradale, così come a quelle che interessano la materia tributaria, bancaria, finanziaria, edilizia, del lavoro, ed altre ancora, quali figurano nell'ambito delle numerose 'leggi speciali' che, come si è già osservato, fanno da contorno al codice penale (senza peraltro dimenticare che, anche all'interno di quest'ultimo, talune fattispecie sono state recentemente 'trasformate' in illeciti di tipo amministrativo: v., *infra*, I, 6). In tali materie, per vero, risultano sovente collocate violazioni punite mediante una 'pena pecuniaria' di tipo amministrativo (talora accompagnata dalla previsione di sanzioni di tipo 'interdittivo', quali la sospensione dall'esercizio dell'attività, la revoca della licenza o dell'autorizzazione ad esercitarla, la chiusura dello stabilimento in cui questa veniva svolta, e così via dicendo).

Carattere essenziale di tali sanzioni è peraltro quello di *non poter mai dar luogo ad una limitazione della libertà personale*; come dimostra il fatto, in particolare, che la suddetta pena pecuniaria, anche laddove il soggetto obbligato risulti insolubile, non potrà comunque andare incontro ad un procedimento di conversione in una misura restrittiva di tale libertà: laddove ciò accadesse, dovrebbe, in effetti, essere il giudice penale l'organo competente ad irrogarla, secondo quanto richiede inderogabilmente l'art. 13 Cost., il quale esige in simili casi l'intervento dell'autorità giudiziaria con tutte le ulteriori garanzie che il procedimento penale comporta (cfr., in particolare, l'art. 111 Cost.). D'altronde, non mancano coloro che sottolineano come tali sanzioni non esigano nemmeno una puntuale osservanza delle garanzie della legalità *ex art. 25 Cost.* e della 'personalità' dell'addebito (in termini di colpevolezza) *ex art. 27, 1° comma, Cost.*, nella misura in cui tali garanzie dovrebbero considerarsi più intimamente collegate agli illeciti penali in senso stretto; anche se è doveroso aggiungere come una maggiore vicinanza tra illeciti penali e amministrativi – nel segno di una più ampia definizione di 'materia penale' – si sia andata delineando, in sede europea, allorché la sanzione, pur qualificata come amministrativa, appaia caratterizzata da un più elevato

coefficiente di gravità (cfr., tra le pronunce più note, Corte dei diritti dell'uomo, 8 giugno 1976, *Engel c. Paesi Bassi*; Corte di giustizia, 26 febbraio 2013, in causa *Åkerberg Fransson*).

Al di là di simili problematiche, resta innegabile, in ogni caso, il dato di fondo secondo il quale il modello della sanzione amministrativa (pecuniaria) non potrebbe venire in alcun modo assimilato a quello proprio delle tradizionali *sanzioni civili* in precedenza ricordate. Si pensi soltanto all'imposizione di una 'multa' per la sosta di un veicolo in zona vietata. Pare evidente come tale somma di denaro non si presti in alcun modo ad esprimere una rapporto di 'corrispondenza' rispetto all'illecito: i due termini della relazione si rivelano, in effetti, non diversamente da quanto accade per la sanzione penale in rapporto al reato, del tutto incommensurabili e *disomogenei* tra loro, di modo che sarebbe inconcepibile che la predetta pena pecuniaria risulti in qualche modo idonea a 'reintegrare' o ripristinare lo *status quo antea* rispetto alla violazione del divieto.

Deve peraltro notarsi come una soluzione, questa volta, non priva di alcune affinità con l'alternativa amministrativa sinora considerata debba ravvisarsi nella recente disciplina sulle 'sanzioni pecuniarie civili' introdotta con d.lgs. n. 7 del 15 gennaio 2016 (in forza della legge-delega del 28 aprile 2014, n. 67). Siffatte sanzioni, per vero, che pure sono irrogate, per i fatti corrispondenti (ad es., l'ingiuria o il danneggiamento comune, un tempo previsti dal codice penale, ed ora 'trasformati' in illeciti civili) dallo stesso giudice competente in sede civile, presentano una disciplina chiaramente ispirata ad una logica pubblicistica e ad una finalità di prevenzione delle relative condotte. Pur potendo, in effetti, essere applicate soltanto a condizione del concomitante esercizio di un'azione risarcitoria (e pur essendo l'accertamento dei relativi presupposti devoluto alle regole, anche probatorie, del processo civile) esse sono graduabili (tra un minimo ed un massimo) sulla base di criteri non dissimili da quelli previsti per i reati; il che significa che, una volta che la domanda risarcitoria sia stata coltivata, esse dovranno, tuttavia, venire distintamente irrogate commisurandole alla gravità del fatto commesso. L'aggiunta di dette sanzioni a quella tradizionale del risarcimento si accompagna, in altri termini, alla loro configurazione in chiave essenzialmente 'punitiva' (al riguardo cfr. Cass., Sez. Un., 29 settembre 2016, n. 46688), ossia alla finalità di reprimere comportamenti, bensì collegati a fenomeni – per lo più, di lieve entità – di 'microconflittualità' a carattere 'interpersonale' (si pensi ancora all'ingiuria), ma valutati tuttavia nell'ottica dell'interesse dell'ordinamento a correatarli di una risposta 'afflittiva' ulteriore ed autonoma rispetto alla funzione puramente 'compensativa' propria della responsabilità civile.

In ultima analisi, è giocoforza ritenere che il ruolo essenziale delle pene pecuniarie finora considerate debba venire necessariamente a collocarsi in un momento anteriore rispetto alla commissione dell'illecito, alla stregua, ancora una volta, di un'esigenza di prevenzione (generale) volta ad impedirne la realizzazione.

Una simile constatazione non implica, peraltro, che i due modelli di sanzione or ora richiamati possano venire considerati su di un piano di assoluta equivalenza rispetto alla sanzione 'criminale'. Ed invero, pare ragionevole affermare come il differente *contenuto* proprio di tali misure induca a ravvisare nella sanzione penale una significativa

*accentuazione* dell'esigenza, da parte dell'ordinamento, di distogliere i consociati dal porre in essere la condotta incriminata; in altri termini, la circostanza che la pena (in senso stretto) si traduca nel sacrificio della libertà personale – e cioè di un bene fondamentale dell'individuo, come tale percepito e riconosciuto da parte di tutti i membri della comunità – non può non assumere il significato di postulare, alla base della sanzione penale, il massimo interesse ad impedire che i fatti cui essa si ricollega vengano ad essere effettivamente perpetrati.

Senonché, proprio un simile rilievo è destinato, a sua volta, a far sorgere la necessità di una chiarificazione ulteriore. Se la sanzione penale – dato il suo contenuto più intensamente afflittivo – appare idonea ad esercitare un effetto dissuasivo particolarmente incisivo e penetrante nei confronti dei destinatari della minaccia, perché mai non farvi ricorso in presenza di qualsiasi fatto illecito che l'ordinamento abbia interesse a prevenire, data l'impossibilità di reintegrare *a posteriori* l'interesse compromesso?

Una risposta esauriente ad un simile, fondamentale, interrogativo, deve tuttavia essere rinviata ad un momento successivo, e precisamente all'analisi del problema del *quando punire*, cui sarà dedicato l'intero prossimo capitolo. In questa sede, ci si limiterà a mettere a fuoco alcuni profili basilari, idonei ad agevolare la comprensione del modo di atteggiarsi della funzione generalpreventiva propria della pena.

#### 4. *La prevenzione generale e la diversa gravità degli illeciti*

Per illustrare i termini del problema, è necessario in primo luogo osservare come l'idea secondo la quale il mezzo più efficace per garantire il rispetto della legge sia quello di fare ricorso a misure dotate del massimo coefficiente di afflittività appaia destinata a ricevere una smentita inequivocabile *già all'interno del sistema penale in senso stretto*. A voler seguire fino in fondo tale opinione, si dovrebbe, in effetti, congegnare l'apparato repressivo in termini tali da far corrispondere a ciascuna figura di reato una sanzione il più possibile elevata, ed, al limite, la pena più grave tra tutte quelle astrattamente ipotizzabili. Così, ad esempio, reati quali il furto, la truffa, il danneggiamento, l'omicidio, le lesioni personali – per limitarsi a talune ipotesi emblematiche – dovrebbero essere accompagnati in ogni caso dalla previsione di una pena particolarmente elevata, quale una reclusione di lunga durata, ed al limite, dalla sanzione estrema dell'ergastolo (essendo, d'altronde, la pena di morte espressamente vietata dall'art. 27, 4° comma, Cost., ora anche con riguardo alle leggi militari di guerra: cfr. art. 1 l. cost. 2 ottobre 2007, n. 1).

Così facendo, si finirebbe tuttavia col cadere nel risultato assurdo già denunciato a suo tempo da Cesare Beccaria nel famoso volumetto *Dei delitti e delle pene*; invero, muovendo dalla premessa incontestabile secondo la quale “non solamente è interesse comune che non si commettano delitti, ma che essi siano più rari a proporzione del male che arrecano alla società”, egli concludeva che “dunque più forti” dovessero essere “gli ostacoli che risospingono gli uomini dai delitti” di maggiore gravità. In sostanza, se di fronte a due reati di differente gravità – ad un es., il furto e l'omicidio –

la legge imponesse un trattamento penale del tutto identico, chi avesse l'intenzione di rubare potrebbe essere indotto a rapinare e ad uccidere, essendo il 'rischio penale' sostanzialmente equivalente a prescindere dal tipo di reato effettivamente commesso.

D'altronde, non sarebbe ragionevole obiettare ad un simile rilievo che, qualora il legislatore decidesse di contemplare, nelle ipotesi suddette, una pena di contenuto omogeneo (per specie e gravità), i reati in questione dovrebbero essere considerati, per questa sola ragione, (anch'essi) dotati di un identico contenuto offensivo.

È opportuno sin d'ora sottolineare, in effetti, come la determinazione della gravità dei singoli illeciti non possa essere considerata appannaggio di una scelta, del tutto arbitraria ed insindacabile, ad opera del legislatore penale. Non soltanto, ai tempi d'oggi, tale possibilità risulta esclusa in presenza di una Carta costituzionale sensibile alla differente importanza degli interessi in gioco (si pensi, in proposito, alla diversità intercorrente tra i diritti fondamentali della persona, considerati "inviolabili" dall'art. 2 Cost., e la mancanza, viceversa, di un analogo attributo in relazione alla sfera dei diritti aventi un contenuto patrimoniale). In realtà, è la Costituzione stessa ad esprimere, a sua volta, delle scelte di valore che si sono andate via via consolidando nel tempo, e dalle quali si desume come la differenziazione tra le singole sfere d'interessi si ponga come un fenomeno intrinsecamente connaturato ai rapporti intessuti all'interno delle comunità organizzate.

Volgendo lo sguardo, in particolare, al nostro ambito di disciplina – nel quale, del resto, come si è più volte accennato, viene ad esprimersi il nucleo essenziale delle esigenze di tutela proprie di una determinata comunità – è il caso di osservare, in effetti, che le scelte sul piano repressivo hanno dietro di sé un lungo processo di sedimentazione all'interno della coscienza e dell'esperienza collettive, il quale riflette il progressivo modo di porsi della comunità sociale nei confronti di determinati interessi o valori, cui lo stesso diritto penale (ed anzi, soprattutto questo, in virtù della particolare gravità della sanzione comminata) è chiamato a dare il proprio sostegno ed il proprio contributo di legittimazione sul piano giuridico e politico.

Tra il diritto penale ed i valori del contesto sociale di riferimento si è andata, per vero, già da tempo istituendo una correlazione particolarmente intensa e significativa, ulteriormente rafforzata da una sorta di fenomeno di condizionamento e di 'influenza reciproca', per così dire, tra i due termini del rapporto. Nel momento stesso in cui il legislatore 'pone mano' alla creazione delle norme penali, esso non può ignorare il richiamo delle esigenze sociali emergenti, e l'intensità ed il 'peso specifico' con cui queste vengono avvertite come meritevoli di tutela da parte dei membri della comunità (sul tema, v., *amplius*, il cap. II). Così, per fare soltanto degli esempi, l'offesa al bene della vita (cfr. art. 575 c.p.) viene normalmente percepita come più grave di quella all'integrità fisica (v. art. 582 c.p.), in quanto la prima sottrae al titolare del bene la stessa condizione preliminare per poter godere di qualsiasi altro diritto, facoltà o prerogativa propri dell'essere umano in quanto tale; ancora, l'offesa alla libertà personale (cfr. art. 605 c.p.), comportando una limitazione generale della facoltà di agire, non può non apparire più grave rispetto a quella realizzata conculcando la libertà del soggetto in relazione ad un singolo comportamento (cfr. art. 610 c.p.); inoltre, di maggiore gravità dovrà considerarsi la sottrazione di un bene mediante violenza o

minaccia (cfr. art. 628 c.p.) a confronto con l'ipotesi in cui lo spossessamento della vittima venga realizzato in assenza di una 'coartazione' della sua volontà (v. art. 624 c.p.); così pure, infine, all'interno del vasto campo delle violazioni di doveri da parte di pubblici funzionari, la coscienza sociale valuta diversamente, ad es., il puro e semplice rifiuto o ritardo di un atto dell'ufficio (cfr. art. 328 c.p.) rispetto all'ottenimento di una somma di denaro per compiere atti contrari alla propria funzione (v. art. 319 c.p.), dato che un simile comportamento viene a tradire la stessa fiducia che i consociati ripongono nel fatto che i poteri inerenti alla funzione vengano esercitati nel pubblico interesse, e non già lasciandosi guidare ed influenzare da uno scopo personale di lucro.

D'altro canto, una volta che, attraverso la norma penale, il legislatore abbia recepito siffatte valutazioni, la loro cristallizzazione nel modello legale è destinata a confermarne ulteriormente il significato e ad asseverarne l'inderogabile forza precettiva (c.d. funzione di *convalida normativa*, o di *prevenzione generale positiva* propria delle previsioni penali). La circostanza che determinati fatti vengano accompagnati da una sanzione – non più soltanto morale o sociale – ma dotata invece di un carattere giuridicamente vincolante, ed oltre tutto destinata a tradursi in un trattamento particolarmente umiliante ed afflittivo, conferma ed accredita ulteriormente le scelte di valore che ne sono alla base, e ne rende 'visibile' presso i destinatari il peso ed il significato ai fini della sopravvivenza del corpo sociale. Ed allora, il fatto stesso di poter constatare che i fatti ritenuti più gravi sono accompagnati da una più grave sanzione consolida la fiducia che l'ordinamento 'fa sul serio', che merita rispetto e credibilità, perché si avvale del proprio potere coercitivo per rendere il più possibile svantaggiosa la posizione di coloro che fossero tentati di arrecare un danno intollerabile agli interessi della comunità.

Se è pur vero, d'altronde, che l'ordinamento coltiva il massimo interesse a prevenire efficacemente i fatti più gravi, non è men vero ch'esso non può non proporsi l'obiettivo di impedire la commissione anche delle offese di minore gravità; la circostanza che pure per queste sia minacciata una pena denota, in effetti, ancora una volta, lo scopo evidente di distogliere i consociati dal porre in essere la condotta incriminata.

E tuttavia, non è difficile accorgersi come proprio la previsione, per simili fatti, di una più mite sanzione, venga ad accrescere – e non già a ridurre o a rendere più incerta – la possibilità che il sistema risulti idoneo ad esplicare in concreto la propria efficacia. Un sistema che equipari o che comunque avvicini eccessivamente la misura della pena propria dei reati più gravi a quella dei fatti di minore entità rischierà invece di venire percepito come arbitrario ed 'ingiusto', sia dal potenziale delinquente, sia da parte degli altri soggetti che della comunità fanno parte. Proprio la circostanza, in particolare, che la pena (qualsiasi pena) venga ad incidere su di un bene primario dell'individuo non potrà non far apparire come un sopruso inaccettabile il fatto che l'ordinamento 'colpisca alla cieca', tradendo le valutazioni sociali dominanti e sostituendole con una pura logica intimidatrice, del tutto priva, in quanto tale, di qualsiasi criterio di misura e di razionalità. La stessa esperienza comune insegna che anche all'interno di altre istituzioni sociali (pur esse preposte, cioè, assieme al diritto penale, al 'controllo sociale' delle condotte di coloro che vi appartengono) l'eccesso punitivo,

lungi dal risultare efficace, genera invece atteggiamenti di disobbedienza e di ribellione; la famiglia, la scuola, le comunità di ogni genere offrono esempi in abbondanza di come sanzioni disciplinari particolarmente severe, anche per piccole infrazioni o disobbedienze, provochino sovente risultati opposti rispetto a quelli perseguiti, stimolando ad eludere i divieti o a contrastarli apertamente, con l'effetto, non di rado, di arrivare a screditare le regole dell'istituzione, e di delegittimare l'autorità e il prestigio di coloro che la rappresentano.

V'è da osservare, semmai, che il problema è destinato a complicarsi ulteriormente laddove siano in gioco le regole proprie dell'ordinamento generale dello stato, ed a maggior ragione, proprio quelle del diritto penale, che rappresenta ed incarna la massima espressione del relativo potere disciplinare. Com'è stato da tempo chiarito ad opera della dottrina costituzionalistica, l'ordinamento dello stato è tenuto, in effetti, "a darsi carico di qualunque necessità del gruppo umano stanziato sul suo territorio"; cosicché esso viene a distinguersi nettamente dagli ordinamenti settoriali, i quali concernono "le condotte umane sotto alcuni e non sotto altri profili", e cioè in vista del soddisfacimento di esigenze limitate alla specifica comunità cui il singolo individuo appartiene.

Ben diversa è invece la situazione, lo si ripete, per ciò che riguarda il legislatore (penale) statale; questi dovrà sapersi orientare in un nugolo di condotte antisociali quanto mai eterogenee sotto il profilo delle loro caratteristiche tipologiche, come pure del novero e dell'intensità delle offese che a tali diverse tipologie vengono necessariamente ad accompagnarsi; vita, incolumità fisica, libertà (personale, morale, sessuale), onore, pudore, riservatezza, patrimonio, fede pubblica, risparmio, ambiente, e così via dicendo, configurano una gamma talmente vasta ed articolata di oggetti di tutela – e di correlative condotte di aggressione a simili interessi – da rendere impensabile una scelta diretta a livellarle ed appiattirle su di una risposta sanzionatoria assolutamente omogenea ed uniforme. A ciò si aggiunge il fatto – di non trascurabile importanza – che nel caso in cui il reato venga commesso, la comminatoria di sanzioni particolarmente elevate rischierebbe di determinare una vera e propria paralisi dell'apparato coercitivo penale. Gli istituti penitenziari – non essendo possibile, in considerazione della durata interminabile delle pene (né essendo contemplato, d'altronde, il ricorso a pene pecuniarie), un "ricambio" dei detenuti – dovrebbero essere, col tempo, moltiplicati a dismisura, con costi umani, sociali ed economici elevatissimi, destinati ben presto a divenire intollerabili in ogni dove.

Poiché, peraltro, ogni sistema ha avuto sempre i suoi 'anticorpi', i quali, pur quando possano apparire per altri versi discutibili, rappresentano l'estremo rimedio contro il collasso del suo funzionamento, l'esito finale dello stato di cose che si è descritto, sarebbe quello – del resto, constatato a più riprese anche nella nostra esperienza giudiziaria – del potenziamento illimitato del *ruolo del giudice*; alle pene stratosferiche previste dalla legge farebbe da contraltare l'indulgenza indiscriminata degli organi giudicanti, vuoi in fase di accertamento della responsabilità (che potrebbe condurre a discolorare gli imputati di fatti meno gravi ed allarmanti, con violazione, tra l'altro, del principio di uguaglianza), vuoi in sede di concessione di circostanze attenuanti nel massimo di riduzione di pena consentita. E si assisterebbe, infine, secondo un *trend*

ben conosciuto nel nostro Paese (che non a caso conserva tuttora un codice dei tempi del fascismo, caratterizzato da sanzioni spesse volte sproporzionate), alla frequente emanazione di *provvedimenti di amnistia* (o di ‘condoni’, variamente atteggiati) i quali comportano l'*estinzione* della punibilità, impedendo in tal modo di irrogare – o di eseguire – la sanzione minacciata.

L'esito finale di un simile percorso sarebbe dunque, prevedibilmente, totalmente opposto rispetto a quello perseguito. Il livello della pena minacciata sarebbe contraddetto da quello della pena applicata (o non applicata); e l'ordinamento, che aveva di mira la massima efficacia dei propri precetti, finirà invece con l'apparire, agli occhi dei consociati, come un sistema del tutto incoerente ed irrazionale, e per di più, visto che alle parole non sono poi seguiti i fatti, addirittura criminogeno.

### 5. *Il principio di proporzione nella logica del sistema penale*

Volendo tirare le fila delle osservazioni finora svolte, sembra dunque di poter dire che *efficacia* e *giustizia* della risposta punitiva non si pongono tra loro in un rapporto antinomico, bensì, al contrario, in una relazione di sinergia e di funzionalità corrispettiva. Il perno centrale attorno al quale ruotano entrambi i profili è rappresentato, in particolare, come si è pure notato, dall'idea o principio di *proporzione* delle pene rispettivamente applicabili ai singoli reati. Tale proporzione non deve essere intesa e concepita in termini assoluti, bensì comparativi e ‘relativi’. Non avrebbe senso domandarsi, ad es., quale pena risulti congrua ed appropriata rispetto al reato di furto, considerato in quanto tale: fino ad un anno, fino a tre, fino a cinque anni di reclusione, e così via dicendo. La scelta tra l'una o l'altra alternativa sarebbe inevitabilmente arbitraria, non essendovi alcun ‘punto di riferimento’ per stimare la plausibilità o l'efficacia della pena comminata: a maggior ragione, ove si consideri che, come si è più volte ribadito, la sanzione penale non obbedisce ad una logica di tipo ‘commutativo’ o di equivalenza rispetto all'illecito, essendo tale carattere riscontrabile nelle sole sanzioni civili, le quali sono destinate a reintegrare e compensare la perdita patrimoniale subita.

La proporzione non potrà non emergere, viceversa, attraverso il *necessario confronto* tra le caratteristiche ed il contenuto offensivo proprio delle singole condotte che si ritengano meritevoli della sanzione penale. Una volta stabiliti i tipi di pena che il sistema è disposto a comminare (il che dovrà avvenire, escludendo comunque quelli preclusi dalle scelte fondamentali della Costituzione e degli Atti internazionali sui diritti umani: ad es., la pena di morte, le pene corporali, le pene infamanti, tutte vietate già in base all'art. 27, 4° comma, Cost., all'art. 27, 3° comma, che esclude le misure contrarie al “senso di umanità”, ed all'art. 3, 1° comma, in forza del richiamo alla “dignità” umana), si dovrà dunque procedere ad una ‘distribuzione’ delle stesse, secondo una ‘scala di gravità’ e di diversificazione qualitativa, in funzione della tipologia dei reati di volta in volta configurabili. Tutto ciò significa, in buona sostanza, che ciascuna norma penale è in grado di esprimere l'intrinseca plausibilità e ragionevolezza della risposta sanzionatoria, soltanto ove venga valutata alla stregua dell'*intero sistema*, dato che soltanto a

questa condizione potrà emergere la capacità dell'ordinamento di orientare le scelte dei consociati: non già perché punisce molto, non già perché punisce poco, non perché esso appare severo od indulgente, bensì perché esprime delle direttive coerenti ed ispirate ad un disegno razionale di contrasto alle diverse forme d'illegalità.

Quanto si è osservato può spiegare, altresì, il crescente interesse nei confronti del principio di proporzione, quale si è andato manifestando presso organismi giudiziari di particolare rango ed autorevolezza. Da un lato, la Corte costituzionale italiana ne ha sempre più valorizzato, col passare degli anni, la particolare importanza nell'opera di sindacato circa la misura delle pene stabilite dal legislatore. Pur limitandosi a brevi cenni al riguardo, non può invero dimenticarsi la tendenza della Corte a fare richiamo, ora all'art. 3 Cost., nell'ottica del giudizio di 'ragionevolezza' della parificazione o, viceversa, della disparità di trattamento penale tra i singoli reati (v., ad es., sent. n. 26/1979, n. 139/1989, n. 409/1989, n. 341/1994), ora all'art. 27, 3° comma, Cost. (per lo più congiuntamente al predetto art. 3), sul presupposto che una pena già per legge sproporzionata – e che renda, per ciò stesso, palesemente ingiustificato il prolungamento dello stato di detenzione – si rivelerebbe inidonea ad assicurare un trattamento 'rieducativo' nei confronti del colpevole tale da apparire realmente efficace e congruente allo scopo (v., ad es., sent. n. 313/1990 e n. 341/1994. V. anche, sul tema, Corte cost. n. 179/2017). In applicazione di questi parametri, di recente la Corte costituzionale (sent. n. 236/2016) è pervenuta anzi a valutare la proporzione come dato intrinseco alle scelte punitive, andando oltre la ricerca del c.d. *tertium comparationis*, sì da rendere ancor più penetrante il proprio sindacato di ragionevolezza.

Per quanto le spetta, anche la Corte di giustizia europea (cfr., ad es., sent. 25 febbraio 1988, in causa *Drexler*; v. anche, pur se in un'ottica differente, la pronuncia del 20 marzo 2018, in causa *Garlsson Real Estate SA e altri*) ha fatto proprie, d'altronde, le esigenze connesse al principio di proporzione, arrivando a dichiarare, ad es., l'incompatibilità col diritto comunitario di scelte repressive tali da comportare un "divario manifestamente sproporzionato" tra le sanzioni corrispondenti a fattispecie penali di contenuto essenzialmente omogeneo. E, considerato il carattere vincolante delle sentenze comunitarie, non sono in pochi a pronosticarne, già in un prossimo futuro, un'influenza particolarmente significativa sulle stesse scelte di politica criminale caratterizzanti la produzione legislativa all'interno dei singoli ordinamenti nazionali. Particolarmente significativa risulta anche la disciplina sancita dall'art. 49, ult. comma ("le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato") della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la quale (già proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000), risulta attualmente dotata dello stesso valore giuridico dei Trattati dell'Unione, giusta quanto stabilito dall'art. 6, 1° comma, del Trattato sull'Unione europea. Non meno importante la giurisprudenza della Corte di Strasburgo (v., ad es., sent. 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*), nell'atto di postulare, rispetto alla stessa possibilità di cumulo tra sanzioni penali e amministrative, la necessità di non eccedere il limite della proporzionalità del trattamento complessivamente riservato al fatto commesso.

## 6. *La proporzione come limite all'intervento penale. Il principio di sussidiarietà. La depenalizzazione*

Le osservazioni svolte hanno dunque condotto ad una definitiva conferma della necessità di graduare la risposta sanzionatoria già in sede di valutazioni operate all'interno dell'ordinamento penale in senso stretto. Ma non è allora difficile, giunti a questo punto, comprendere come motivazioni in buona parte analoghe non possano non riproporsi, allorché si debba valutare, alla luce dell'efficacia sul piano generalpreventivo propria del sistema nel suo complesso, l'opportunità di fare ricorso ad altre misure 'punitive', e cioè, in particolare, alle già ricordate sanzioni devolute alla competenza di organi diversi dal giudice penale. Anzi, non appare incongruo affermare, a tale riguardo, come quelle motivazioni vedano accrescersi ulteriormente il proprio peso e significato, tanto da aver stimolato, col passare degli anni, un movimento di pensiero volto ad individuare e a 'codificare' delle linee-guida in ordine alla *scelta* tra sanzione penale e amministrativa, in modo da fornire al legislatore i criteri essenziali per poter operare le proprie valutazioni (emblematica in proposito la Circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri, in data 19 dicembre 1983 – e sulla quale dovremo tornare – che si è proposta di fornire agli uffici legislativi dei vari Ministeri specifici 'criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative').

Anche in questa materia, per vero, viene a manifestarsi anzitutto l'esigenza di rendere il sistema conforme alle valutazioni proprie della coscienza sociale, in modo da evitare che l'ordinamento venga percepito come ingiusto od intollerabilmente (oltre che inutilmente) oppressivo nei confronti dei destinatari.

Basti pensare, per fare soltanto degli esempi, ad infrazioni quali la sosta di un veicolo in zona vietata, una modesta evasione fiscale, l'omessa trasmissione di notizie o informazioni richieste dall'autorità amministrativa, il ritardo nella consegna ai dipendenti del libretto di lavoro (pur quando il relativo rapporto risulti costituito regolarmente), e così via dicendo. Per vero, il fatto stesso che simili comportamenti possano condurre tra le mura di un carcere non può non apparire in contrasto con la sensibilità sociale più diffusa, la quale mal sopporta l'idea che ci debba trovare, ad ogni piè sospinto, sotto la spada di Damocle di una denuncia penale, e che quelle che vengono percepite come mere 'irregolarità' o disattenzioni vengano bollate come condotte meritevoli dello stigma di un processo e di una condanna ad una sanzione 'criminale'. Come chiarisce la suddetta Circolare del 1983, il ricorso alla pena in simili casi si risolverebbe, del resto – ancora una volta – nel rendere impossibile un'efficace opera di 'rieducazione' del colpevole, non essendo egli in grado di percepire il significato teologico della sanzione, in considerazione della scarsa rilevanza del comportamento incriminato. E non è un caso, per finire, che la Corte costituzionale abbia censurato la possibilità che il legislatore possa ricorrere sempre e comunque a delle "scelte criminalizzatrici" (cfr. sent. n. 409/1989), anche allorquando, cioè, la "dannosità sociale" della condotta si riveli qualitativamente e quantitativamente incomparabile con il sacrificio della libertà personale (essendo questa da considerarsi 'inviolabile', al di fuori dei casi di assoluta necessità). Se è pur vero, in altri termini, che i predetti comportamenti non appaiono conformi alle esigenze dell'ordinamento, non è men vero,

tuttavia, che la reazione di quest'ultimo potrà ben concretarsi nella minaccia di una sanzione non penale, laddove questa sembri rivelarsi maggiormente congrua e proporzionata rispetto all'effettivo peso e 'consistenza' della posta in gioco (in ordine a tali problematiche, v., più ampiamente, il capitolo che segue).

In secondo luogo, quelle conseguenze negative, in precedenza ricordate, connesse alle effettive possibilità di 'tenuta' del sistema repressivo di fronte a pene irragionevolmente elevate, paiono destinate, nel nostro caso, ad accentuarsi ulteriormente. Come l'esperienza insegna, tra i maggiori rischi da cui occorre guardarsi, v'è infatti quello di un ricorso eccessivo allo strumento del processo penale. Lo scenario – purtroppo a tutt'oggi riscontrabile – di una miriade di processi anche per fatti di lieve entità determina il pericolo che l'intero sistema diventi sempre più caotico ed ingestibile: non soltanto a livello di esecuzione della pena, ma, ancor prima, nella fase del giudizio, e, risalendo all'indietro, nello stesso momento in cui i pubblici ministeri (e la stessa polizia) si trovano a dover far fronte ad una massa di notizie di reato tale da eccedere le capacità operative dei singoli uffici; tanto che si è assistito più volte alla tendenza da parte degli organi inquirenti a procedere ad una selezione 'di fatto' tra le notizie ricevute, con la conseguenza di rendere praticamente inoperante proprio quell'esigenza generalpreventiva, che rappresenta la condizione di efficacia dell'intero apparato sanzionatorio.

Si deve aggiungere, peraltro, come una siffatta opera di selezione e di 'cernita' tra i reati si riveli, già di per se stessa, quanto meno problematica, vuoi perché comunque inadeguata rispetto all'eccessivo carico degli uffici, vuoi perché, soprattutto, non facilmente conciliabile con l'art. 112 Cost., il quale, come si è già avuto modo di osservare, impone al Pubblico Ministero "l'obbligo di esercitare l'azione penale"; di modo che, come conferma l'esperienza applicativa, non è raro che lo stesso magistrato giudicante sia indotto, a sua volta, a fare ricorso ad ogni ulteriore strumento a sua disposizione per riportare il sistema ad un livello minimo di funzionalità. Una simile circostanza spiega allora chiaramente il perché, ad es., del ricorso massiccio, all'esito del giudizio, allo strumento della c.d. *sospensione condizionale della pena*; il quale, ai sensi dell'art. 163 ss. c.p., si risolve appunto nell'offrire al condannato a pene detentive brevi (od anche pecuniarie) la possibilità di evitare il carcere, e di beneficiare, a condizione di non tornare a delinquere, dell'estinzione, dopo un certo numero di anni (c.d. 'periodo di prova'), del reato oggetto della condanna. Orbene, nonostante che la misura in questione risulti concepita allo scopo di sottrarre alla pena i soggetti condannati dei quali, giusta la valutazione richiesta dall'art. 164 c.p., appaia del tutto improbabile la recidiva, essa risulta generalmente applicata in forma pressoché 'automatica', e cioè al di fuori di qualsiasi verifica in concreto, ad opera del giudice, circa la reale mancanza di pericolosità dell'autore dell'illecito. Una constatazione, beninteso, che non vuole certo suonare come un motivo per negare la plausibilità sul piano politico-criminale di un simile istituto, ma, tutt'al più, come uno stimolo per farlo 'interagire' con un sistema nel suo complesso più equilibrato nelle scelte punitive, sì da incentivare una congrua 'selezione' tra i casi in cui la scelta sospensiva risulti davvero opportuna e giustificata e quelli in cui essa finisca col risolversi in un'aprioristica e immeritata indulgenza. Ed altrettanto deve dirsi in relazione all'ancor più incisivo strumento della "sospensione del procedimento con messa alla prova" introdotto con

la l. 28 aprile 2014, n. 67, quale risulta disciplinato negli artt. 168 *bis* ss. c.p. e negli artt. 464 *bis* ss. c.p.p. (in merito ad esso, cfr. la recente sent. della Corte cost. n. 91/2018): il quale, per vero, giunge ad 'anticipare' la sospensione della vicenda penale su richiesta dell'interessato, ancor prima della conferma giudiziaria circa la sua colpevolezza, dietro l'impegno a portare a termine (con l'effetto, ancora una volta, di determinare l'estinzione del reato) un programma avente come contenuto l'espletamento di condotte 'riparatorie' finalizzate all'eliminazione delle conseguenze lesive e al risarcimento del danno, oltre che di attività di volontariato, di prestazione di un lavoro di pubblica utilità, ed altresì rivolte, ove possibile, a favorire un incontro ed una "mediazione" con la persona dell'offeso.

Alla luce di simili premesse, ci si deve allora domandare se il rischio di fondo che i meccanismi or ora accennati possano venire 'distorti' e fuorviati dalla loro reale funzione – con l'effetto di pregiudicare la tenuta generalpreventiva del sistema penale – non potrebbe essere fronteggiato tramite un più ampio utilizzo di risposte sanzionatorie, in linea di principio meno rigorose, ma destinate tuttavia a ricevere un'esecuzione effettiva.

In questa domanda elementare risiede l'origine ed il fondamento di un principio, il quale si è venuto da tempo affiancando a quello di proporzione, e che viene generalmente designato come principio di *sussidiarietà* del diritto penale. Esso si riassume nella necessità di evitare di fare ricorso a quest'ultimo, allorché, rispetto a determinati fatti – quand'anche possano apparire non del tutto immeritevoli di una risposta penale – la sanzione amministrativa (od, eventualmente, anche altri tipi di sanzione) si riveli dotata di un'efficacia pari o superiore rispetto a quella esplicata dalla stessa minaccia penale. In sostanza, l'idea di 'poter contare', per così dire, sulla comminatoria di sanzioni le quali non vengano ad incidere sulla libertà personale, mentre da un lato soddisfa l'esigenza primaria di limitare il più possibile la restrizione di tale fondamentale diritto, viene a risultare, per altro verso, più plausibile e convincente anche sotto il profilo dell'efficacia, dal momento che il potenziale trasgressore non potrà comunque sperare di sottrarsi all'esecuzione della sanzione.

Orbene, una simile efficacia sembra suscettibile, per l'appunto, di venire ravvisata – oltre che nel pur limitato ambito delle già ricordate 'sanzioni pecuniarie civili' – nel settore, soprattutto, delle sanzioni punitive di carattere amministrativo; per esse, in effetti, non risulta contemplato alcun meccanismo di 'sospensione' dell'esecuzione della misura; e, d'altronde, anche nella fase di accertamento della violazione, l'autorità amministrativa è legittimata a procedere con particolare speditezza, senza quei condizionamenti e quei limiti (si pensi, ad es., alle garanzie connesse al diritto di difesa, ben più penetranti in caso di processo penale), i quali – come si desume dall'art. 111 Cost. – appaiono connaturati ad un giudizio in cui la posta in gioco è la libertà personale del soggetto che vi si trovi sottoposto.

In questa prospettiva, è dato comprendere, allora, la ragione di fondo per la quale, non soltanto violazioni particolarmente tenui o 'bagattellari' come quelle in precedenza ricordate, ma anche trasgressioni di maggiore spessore e consistenza – si pensi, ad es., ad infrazioni alle regole sulla circolazione stradale quali il superamento dei limiti di velocità, o il mancato rispetto di segnali di pericolo – vengano ad essere per lo più accompagnate da una sanzione di rilevanza extrapenale.

Rinviando ad un momento successivo per un'analisi più approfondita della questione (v, *infra*, II, 7 ss.), non può negarsi, in effetti, che la previsione, almeno in alcuni casi, di una sanzione di tipo amministrativo – ad es., di una multa particolarmente ‘salata’, seguita dalla sospensione della patente di guida, e con la pratica certezza che non sarà possibile sottrarsi – suonerà, alla fin fine, come un monito addirittura più efficace rispetto ad una pena, magari (anch'essa) soltanto pecuniaria, e per di più destinata a restare, anche laddove la responsabilità risulti accertata, non di rado priva di concreta applicazione.

L'insieme di tali considerazioni rende ragione, allora, della progressiva diffusione della tendenza – presente in varia guisa in numerosi ordinamenti europei – ad attuare una vasta opera di *depenalizzazione* di reati (consistente, cioè, nel trasformarli in illeciti di tipo amministrativo) per i quali la risposta penale venga a rivelarsi non più necessaria, tenuto conto dell'indole e dei contenuti dei fatti ad essi riconducibili. Allo scopo di consolidare, anche per il futuro, una siffatta linea di sviluppo, si è ritenuto opportuno, d'altronde, introdurre anche determinati ‘principi generali’ applicabili all'illecito amministrativo (cfr. il Capo I della l. 24 novembre 1981, n. 689) riguardanti, ad es., sulla falsariga della ‘parte generale’ del codice penale (e di quello di procedura), le regole sull'imputabilità, sul dolo e la colpa, sulle cause di giustificazione, sul concorso di persone e sul concorso di violazioni, sulla prescrizione dell'illecito, sulle procedure di accertamento e sul regime delle impugnazioni, per limitarsi soltanto alle più note e rilevanti: regole che hanno spianato poi la strada alla già menzionata Circolare del 19 dicembre 1983, la quale, nel dettare i ‘criteri orientativi’ per la scelta tra pena e sanzione amministrativa, è venuta appunto a formularli in stretta correlazione con la differente disciplina dei principi e regole generali rispettivamente applicabili alle due categorie di illeciti.

Più nello specifico, deve ricordarsi come, nel nostro Paese, una serie importante di leggi, a partire dalla seconda metà degli anni '60, abbiano proceduto a sottrarre all'area penale, ed a trasferire in quella dell'illecito amministrativo, una serie cospicua di reati attinenti alle materie più disparate, al fine di rendere il sistema maggiormente in linea (non soltanto con i mutamenti intervenuti nella coscienza sociale, ma anche) con l'esigenza di assicurare una maggiore effettività della risposta sanzionatoria, specialmente di fronte a fenomeni la cui diffusione – a dispetto delle pene minacciate – aveva finito col determinare una situazione di grave intralcio nel funzionamento degli apparati giudiziari: dalla circolazione stradale ai mercati finanziari, dalla produzione e commercio di alimenti all'inquinamento delle acque, dall'attività lavorativa alla concorrenza tra imprese, il legislatore si è proposto di far fronte alle esigenze emergenti, procedendo ad una più equa distribuzione degli illeciti tra il settore penale e amministrativo, con lo scopo ultimo di riattivare quella funzione di prevenzione generale che rischiava di venire compromessa proprio dal ricorso indiscriminato alla ‘massima’ sanzione.

Si è trattato, peraltro, di un *work in progress*, non soltanto sotto il profilo quantitativo, ma anche, se non di più, sotto quello qualitativo e contenutistico. Inizialmente perseguito, per vero, in maniera spesso volte frammentaria – e senza impegnarsi in un'adequata valutazione dell'effettiva gravità dei singoli illeciti – il programma in

questione si è andato affinando ed articolando in una serie di interventi ispirati ad una più razionale selezione ed identificazione delle singole materie (fino ad arrivare ad investire anche una parte dei reati contenuti nel codice penale) nella consapevolezza che non fosse opportuno limitarsi, per così dire, a sfrondare qua e là qualche 'ramo secco', ed a lasciare per il resto intatti (rimanendo nella metafora) le radici e il tronco dell'albero: ma che fosse invece necessario coltivare un disegno di più ampio respiro, atto a far emergere, insieme ai reati da eliminare, anche quelli meritevoli di venire conservati, magari riformulandone le fattispecie, ed addirittura (com'è accaduto, ad es., per alcune fattispecie in materia di sicurezza del lavoro), assoggettandoli a pene di maggiore gravità rispetto a quelle anteriormente previste.

Del resto – è importante ricordarlo – anche riguardo ai fatti 'depenalizzati', le normative più recenti sono andate ben oltre un mero effetto ablativo delle incriminazioni preesistenti; esse sono venute, per vero, sempre più a caratterizzarsi per il fatto di introdurre un ampio reticolo di disposizioni volte ad affiancare ai 'nuovi' illeciti una ricca gamma di previsioni accessorie, allo scopo di rendere più efficaci i controlli, e di creare meccanismi adeguati ad impedire il ripetersi della violazione; così è accaduto, ad es., in materia di emissione di assegni a vuoto o senza autorizzazione (cfr. il d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507), dove i nuovi illeciti amministrativi, oltre a venire talora 'riformulati' in fattispecie di tenore differente da quelle originarie, sono stati corredati da un insieme articolato e minuzioso di prescrizioni ulteriori (tra le quali particolarmente significativa appare, ad es., l'istituzione di un 'archivio informatico', volto a rendere conoscibili il novero delle violazioni e le generalità di coloro che se ne siano resi responsabili).

Di notevole spessore risulta, infine, il più recente intervento normativo dovuto al d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8 (attuativo della già menzionata legge-delega n. 67/2014), all'interno del quale è stata ulteriormente ampliata l'opera di depenalizzazione di fattispecie inserite nel codice penale, oltre che delle figure di reato (punte con la sola multa od ammenda, ma, in taluni casi, anche con pena detentiva) contemplate in leggi speciali, con l'eccezione di determinate materie tuttora considerate di particolare rilievo sociale.

Si può ben dire, insomma, che quella funzione dissuasiva rispetto alla commissione dell'illecito, la quale veniva considerata, in tempi meno recenti, un profilo della sola minaccia penale, si è andata sempre più arricchendo di valutazioni e di requisiti ulteriori (non soltanto, come si è visto, alla stregua di giudizi di valore e di obiettivi di efficienza di carattere *endopenalistico*, ma anche) nel contesto delle scelte complessive che caratterizzano l'intero settore delle sanzioni 'punitive' – ossia, non soltanto penali, ma anche amministrative –. Non è men vero, tuttavia, che anche ai soli fini del diritto penale, l'ampliamento del novero e della tipologia delle sanzioni è destinato a tradursi in risultati particolarmente significativi e qualificanti; non soltanto perché, in forza di simili scelte, il diritto penale potrà rivelarsi maggiormente conforme alle valutazioni della coscienza sociale, ma anche perché, data la riduzione del numero dei reati, risulterà più difficile, per le ragioni esaminate, sfuggire alla punizione, di modo che i destinatari della minaccia saranno maggiormente propensi al rispetto della legge, con l'effetto di rendere più sicura la protezione degli interessi fondamentali che formano oggetto della nostra disciplina.

## 7. *La pena nella fase giudiziale*

Le dinamiche della prevenzione generale, sulle quali ci si è finora soffermati, si muovono nell'ottica, più volte evidenziata, di creare le premesse per assicurare il più possibile l'astensione da parte dei consociati dalla commissione dell'illecito, a maggior ragione laddove questo venga ad assurgere al rango di un fatto penalmente rilevante. D'altro canto, come si è pure osservato, anche laddove il fatto venga commesso, tale esigenza preventiva spiega e giustifica il *passaggio* all'applicazione della pena, visto che altrimenti il sistema penale verrebbe a risultare privo di efficacia, e a determinare, per ciò stesso, un esito del tutto opposto a quello perseguito: non già, cioè, il rispetto delle norme, bensì la tendenza ad infrangerle, dal momento che alla loro violazione non viene fatta poi seguire la sanzione minacciata.

Senonché, già il fatto stesso che, in concreto, e nonostante la minaccia, il reato venga ad essere realizzato, è destinato a porre di fronte ad ulteriori, delicate problematiche, che non si porrebbero, ovviamente, laddove nessuno dei consociati fosse tentato dal commettere reati. D'altronde, tale ultimo scenario è destinato a rivelarsi, come appare evidente, del tutto astratto ed utopistico. Esso sarebbe concepibile soltanto all'interno di una società di carattere puramente ideale e del tutto 'virtuale', nella quale, cioè, le esigenze, i bisogni e persino le motivazioni a livello inconscio proprie di ciascuno dei suoi membri venissero a porsi in perfetta sintonia con la realizzazione dei desideri, aspirazioni e progetti di vita propri di tutti gli appartenenti alla medesima comunità: una società nella quale, in definitiva, non vi sarebbe addirittura necessità dello stesso diritto penale, ed, anzi, più in radice, di un qualsiasi 'sistema giuridico' *tout court*.

La realtà dei fatti è ben diversa, e non v'è alcuno che non ne sia pienamente consapevole. La 'spinta' a delinquere è un portato necessario della stessa mancanza di una condizione di totale e incondizionata libertà: intendendo per tale la possibilità di non essere influenzati da alcun motivo o sollecitazione, vuoi di carattere materiale, vuoi di natura sociale o culturale, vuoi derivante, infine, dalla stessa costituzione biologica degli individui, o dalla formazione della loro personalità. L'insieme dei fattori predisponenti al delitto forma oggetto, del resto – e non a caso – di un'intera branca del sapere, che, pur attingendo ai risultati di discipline le più diverse (quali la psicologia, la psichiatria, la psicoanalisi, la biologia, la sociologia, le 'neuroscienze', ed altre ancora), è venuta assumendo un'importanza tale da costituirla ormai in un settore scientifico dotato di un rilievo autonomo, e che viene sovente coltivato, anche a scopi didattici, da studiosi di formazione non giuridica. Si intende alludere alla *criminologia*, e cioè, per l'appunto, allo studio sistematico delle *cause* del delitto. Senza potere in questa sede approfondire l'argomento, ci si limita tuttavia a ricordare come il senso stesso di una simile ricerca affondi le proprie radici nel presupposto di fondo secondo il quale la capacità 'motivante' del precetto penale è destinata a ridimensionarsi sensibilmente di fronte all'emergere di un insieme di processi – ora inconsci, ora invece, frutto di atteggiamenti consapevoli – che conducono a rendere più intensa l'inclinazione al delitto rispetto all'influenza esplicita dal sistema punitivo. Condizioni materiali e sociali precarie od, all'opposto, particolarmente vantaggiose e 'stimolanti'

(quali si riscontrano, ad es., tra gli uomini d'affari, protesi ad inseguire senza scrupoli le logiche del profitto), scelte ideologiche a forte impronta eversiva e rivoluzionaria, od, all'opposto, pregiudizi dovuti a visioni regressive del sistema sociale (si pensi agli atteggiamenti razzisti verso immigrati, persone di colore, appartenenti ad altre religioni, e così via dicendo), *deficit* più o meno gravi, originari od acquisiti, nella capacità di interagire col mondo esterno e di percepire appieno il significato delle proprie scelte e delle proprie reazioni, rappresentano un campionario, per quanto incompleto, di situazioni nelle quali la meta perseguita o gli impulsi più profondi del proprio vissuto personale sono destinati talvolta a superare la forza dissuasiva del messaggio penale.

Che fare, dunque, allorché il reato, nonostante tutti gli sforzi per evitarlo, sia stato concretamente realizzato?

La bussola per orientarsi di fronte ad una simile evenienza, non potrà non essere rappresentata, a ben guardare, dal perseguimento – pur in una prospettiva e con metodi differenti da quelli connessi alla fase della minaccia penale – dei già ricordati obiettivi, tra loro strettamente connessi, di *giustizia* e di *efficienza* della risposta sanzionatoria.

Cominciando dal primo profilo, deve osservarsi, in particolare, che l'applicazione della pena all'autore del reato dovrà necessariamente obbedire, ancora una volta, ad una logica di rigorosa *proporzione* rispetto alla gravità del fatto realizzato. E tuttavia, non si tratterà più, in questa prospettiva, di concepire un livello di pena astrattamente conforme al disvalore dell'illecito, bensì, per l'appunto, di determinarne *concretamente* la misura in relazione ad uno specifico soggetto, in modo tale ch'essa venga a risultare corrispondente alla gravità del *suo* fatto, e da realizzare pertanto quell'esigenza di *giustizia del caso concreto*, che non può essere elusa, a maggior ragione, laddove si debba irrogare una sanzione destinata a condurre alla privazione della libertà.

Per tale motivo, d'altronde, quell'esigenza di prevenzione generale, che pur giustifica, come si è detto, il 'passaggio' alla fase applicativa, non potrà più venire in considerazione *all'interno* della valutazione da compiere nel momento di irrogare la pena. È necessario sottolineare, a tale proposito, che, in un ordinamento, come quello evocato dai principi della nostra Carta costituzionale, ispirato al rispetto rigoroso delle garanzie fondamentali dell'individuo, anche l'autore del fatto, per quanto colpevole, dovrà essere in ogni caso considerato una 'persona umana' a tutti gli effetti, e come tale dovrà essere dunque trattato. Orbene, se nella determinazione della pena, venisse fatta giocare la preoccupazione di distogliere i consociati dal commettere il reato (ad es., di indurli ad astenersi dalla commissione di furti, al fine di fronteggiare la diffusione di tale forma di criminalità), il soggetto – anche se autore, in ipotesi, di un fatto di modesta gravità (ad es., il furto di una mela in un supermercato) – rischierebbe di venire assoggettato ad una sanzione del tutto sproporzionata al reato commesso: di modo che la sua responsabilità per quel fatto non sarebbe più individuale e "personale" – come richiede espressamente l'art. 27, 1° comma, Cost. – venendo invece concepita quale mezzo *per intimidire altre persone*, con l'effetto di piegare il soggetto al ruolo di un mero *strumento* per fronteggiare i fenomeni di delinquenza, e di chiamarlo a svolgere, si può ben dire, un'odiosa e 'disumana' funzione surrogatoria rispetto ad un compito che dovrebbe invece spettare all'ordinamento dello Stato.

In secondo luogo, a smentire la possibilità di fare ricorso alla prevenzione generale nella commisurazione della pena, gioca il rilievo fondamentale che le pene risultino generalmente stabilite attraverso l'indicazione di un *minimo* e di un *massimo* della sanzione irrogabile (ad es., la reclusione da sei mesi a tre anni nella truffa, da sei mesi a otto anni per il sequestro di persona, da sei a dieci anni per la corruzione: cfr., rispettivamente, gli artt. 640, 605 e 319 c.p.), sul presupposto, evidentemente, che tale sanzione debba poi venire adeguata, nel suo concreto ammontare, alla gravità del fatto effettivamente commesso. Orbene, qualora si fosse inteso orientare l'applicazione della pena alle esigenze della prevenzione generale – attribuendo ad essa un ruolo di massima 'esemplarità' e potenzialità dissuasiva nei confronti dei consociati – la pre-determinazione dei suddetti limiti (ed a maggior ragione, del limite massimo) finirebbe col rivelarsi quanto meno illogica e contraddittoria. Non potendo mai escludersi *a priori* la necessità che l'impedimento di nuovi reati esiga il ricorso ad una pena il più possibile elevata, non sarebbe stato sensato imporre al giudice un limite assoluto alla propria discrezionalità, costringendolo a 'rinunciare', per così dire, al proprio programma di lotta alla delinquenza, anche laddove questo venisse a postulare il massimo rigore nello stabilire la durata della sanzione.

In realtà, la prevenzione generale, come appare ormai evidente, è 'faccenda' esclusiva del legislatore, e non del giudice; i limiti di pena fissano una cornice nella quale la prevenzione generale si esaurisce e si esprime in via definitiva; essi mirano a dissuadere i consociati dal commettere il reato, inviando il messaggio che l'ordinamento ha previsto la possibilità di applicare una pena più o meno elevata, in funzione del livello di gravità del fatto all'interno di quei limiti: e non già, è opportuno ribadirlo, a segnare un ambito entro il quale il giudice possa spaziare a prescindere da tale gravità, arrogandosi il potere di punire il reo in vista di uno scopo che trascende la sua funzione di valutarlo e giudicarlo per quanto egli ha 'personalmente' compiuto in contrasto con il precetto normativo.

### 8. *La funzione di prevenzione speciale e il principio di rieducazione*

Il secondo profilo fondamentale connesso alla proporzionalità della risposta sanzionatoria concerne, peraltro, come si è già anticipato, l'individuazione del ruolo che questa viene ad assumere (anche) sotto l'angolo visuale della sua concreta efficacia.

Un simile problema è destinato a collocarsi, a ben guardare, all'interno di uno scenario di portata ancora più ampia, nel quale campeggia *una seconda*, basilare funzione solitamente attribuita alla sanzione penale.

Il riconoscimento di tale funzione muove da un rilievo di fondo, dal quale sarebbe francamente difficile dissentire: nonostante che il reato sia stato ormai realizzato, non si potrebbe invero escludere che l'applicazione della pena possa servire pur sempre a scoraggiare dal compimento di nuovi delitti, non più la generalità dei consociati, bensì, questa volta, proprio *quello specifico soggetto* cui la sanzione è stata irrogata. *Factum infectum fieri nequit*: il reato c'è stato, non è possibile cancellarlo, né è possibile – ormai lo sappiamo – ripristinare la situazione anteriore alla commissione del delitto.