

Giovannangelo De Francesco

# DIRITTO PENALE

PRINCIPI, REATO,  
FORME DI MANIFESTAZIONE

*Seconda edizione*



G. Giappichelli Editore – Torino

## PREMESSA ALLA SECONDA EDIZIONE

*Il fluire senza sosta della produzione normativa, giurisprudenziale, e scientifico-dottrinale, ha reso opportuna, e talora necessaria, questa seconda edizione del manuale. In essa, oltre a far menzione delle novità di maggior rilievo contenute nella riforma della giustizia penale intrapresa dalla l. 27 settembre 2021, n. 134, si è dato conto di ulteriori modifiche e integrazioni nei più diversi settori (riguardanti, ad es., la cooperazione interstatale, la prescrizione del reato, la legittima difesa, la responsabilità in campo sanitario, etc.), e, con la dovuta ampiezza, degli sviluppi in merito ai rapporti tra fonti europee e diritto penale, nonché di quelli collegati al novero crescente degli interventi ad opera della Corte costituzionale.*

\* \* \*

*Non sono in pochi a meritare un sentimento di riconoscenza per aver esortato a portare a termine questa nuova edizione: tra di essi, mia sorella Nicoletta e, con il suo sguardo lungimirante, il mio caro, impareggiabile maestro Tullio Padovani. E non posso non ricordare l'affettuosa insistenza verso la prosecuzione del mio impegno didattico anche da parte del mio amico, e grande internazionalista, Roberto Barsotti, la cui scomparsa non ha reso meno vividi i consigli da lui ricevuti, accompagnati dal suo indimenticabile spessore umano e dalla sua immensa cultura e dedizione all'insegnamento.*

*Uno speciale ringraziamento sento di dover rivolgere a quanti hanno collaborato all'aggiornamento del volume, con opportune indicazioni e preziosi suggerimenti, in particolare a Domenico Notaro, e ai giovani e valenti studiosi Nicolò Amore, Giuseppe Di Vetta, Laura Notaro, Daria Perrone, Sara Riccardi, Laura Ricci, Alice Savarino.*

Pisa, settembre 2022

G.D.F.

*Avvertenza:* i rinvii tra parentesi espressi in numeri romani si riferiscono ai capitoli, quelli in numeri arabi ai paragrafi.



## PREMESSA

*La presente edizione raccoglie in un unico volume le due parti del nostro manuale di diritto penale, risalenti a sette anni or sono – quanto alla seconda edizione della prima parte – e a cinque anni – con riferimento alla seconda parte –. In essa, per quanto tuttora incompleta, figurano numerosi aggiornamenti, talora di maggiore ampiezza (ad es., sui rapporti del nostro sistema con la Convenzione dei diritti umani, sulla giustizia riparativa, sulla legge nel tempo, sulla tenuità del fatto, sulla disciplina della causalità, sulle direttive anticipate di trattamento, sul dolo, sulla colpa medica), insieme ad un nuovo capitolo relativo ai confini spaziali della legge penale e alla cooperazione internazionale.*

*Lo spirito dei tempi è caratterizzato da tensioni, a tutti i livelli, sempre più accentuate, complice una legislazione dai ritmi incessanti, e che alterna interventi circoscritti a provvedimenti di vasta portata, non di rado contrassegnati da spinte divergenti a livello politico-criminale e sul piano delle garanzie proprie della ‘materia penale’. In un simile contesto – vieppiù condizionato dalla crescente influenza della produzione, soprattutto giurisprudenziale, di fonte europea – grande è la tentazione di cercare di ‘ridurre la complessità’, proponendo soluzioni ‘chiare e forti’ in un senso o nell’altro. Senza per questo rinunciare a prendere posizione in merito ai singoli problemi, si è peraltro ritenuto di dover impiegare le massime energie verso il superamento di rigide scelte di campo, come tali inadatte a saggiare le possibilità – che pure esistono – di raggiungere nuovi equilibri grazie all’arma del dialogo (soprattutto, con le istanze europee) e dell’approfondimento sul piano sistematico e a livello di scelte interpretative: nella consapevolezza, altresì, che il peggior nemico della nostra disciplina è quello insito nello spazio accordato ad influenze ‘di parte’, malgrado ciò avvenga anche ad opera di quanti siano animati dalle migliori intenzioni.*

*Insieme alla rinnovata speranza di contribuire alla preparazione didattica, resta l’interesse a partecipare ad un confronto di opinioni divenuto col tempo sempre più ricco ed articolato; un confronto che dovrebbe auspicabilmente sfociare in un’opera di riforma organica della nostra legislazione – per chi scrive, anzitutto in un nuovo codice – con il vantaggio, tra l’altro, di porre un argine alle polemiche e ai perduranti conflitti alimentati dalla presenza di una giungla tenebrosa, inesplorabile anche per il più coraggioso ed esperto avventuriero.*

\* \* \*

*Un pensiero particolarmente grato, oltre che a tutti gli amici già ricordati nei precedenti volumi, è rivolto, anche in questa occasione, a mia sorella Nicoletta, come pure al*

*mio caro maestro Tullio Padovani e al mio grande amico di sempre Roberto Barsotti. Uno speciale ringraziamento va ai miei due giovani colleghi Antonio Vallini e Domenico Notaro per i loro preziosi suggerimenti e per lo sguardo attento e sagace nel valutare i contenuti e gli aspetti formali di questa nuova edizione.*

*Avvertenza:* i rinvii tra parentesi espressi in numeri romani si riferiscono ai capitoli, quelli in numeri arabi ai paragrafi.

## 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.

Rinviando 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 rinvengono 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'aveute 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.

Rinviando 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 in "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). Peraltro, siffatta disciplina risulta oggetto di alcune importanti modifiche ad opera della l. 27 settembre 2021, n. 134, che ha delegato il Governo ad

intervenire allo scopo di rendere maggiormente equo ed al contempo efficace il regime di conversione, distinguendo tra le conseguenze applicabili in caso di mancato pagamento per insolvenza o insolvibilità, e rendendo più incisive le procedure di riscossione della pena pecuniaria.

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 un 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 corredarli 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 anterio-

re 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 esplicitare 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'or-

dinamento ‘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 stratosferi-

che 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, finirebbe 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 ritengono 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; e, ancora più di recente, sent. n. 222/2018, dove la Corte costituzionale considera contraria al «volto costituzionale dell'illecito penale» la pena accessoria *fissa* dell'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e dell'incapacità di esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa, comminata dalla legge penale fallimentare in conseguenza della condanna per un delitto di bancarotta fraudolenta, semplice o societaria: la misura *fissa* della pena è reputata di per sé inadeguata a realizzare le sue finalità costituzionali, in quanto strutturalmente sproporzionata e incapace di *aderire* alla gravità oggettiva e soggettiva del fatto commesso; non da ultimo, si consideri anche sent. n. 40/2019, dove la Corte censura come costituzionalmente illegittima la misura edittale minima della pena prevista per il reato di traffico di sostanze stupefacenti, previsto dall'art. 73, 1° comma, d.p.r. n. 309/1990, in quanto intrinsecamente sproporzionata e perciò contraria al principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., al principio della finalità rieducativa di cui al terzo comma dell'art. 27 Cost. nonché all'esigenza – pure costituzionalmente rilevante e implicita nei principi appena menzionati – di contenere la sanzione penale nella «misura minima necessaria e sempre allo scopo di favorir[e] il cammino di recupero, riparazione, riconciliazione e reinserimento sociale» della persona condannata). In applicazione di questi parametri, la Corte costituzionale (a partire dalla sent. n. 236/2016) ha sensibilmente ampliato ambito e potenzialità del sindacato di ragionevolezza-proporzione della sanzione penale, svincolando il relativo giudizio dalla ricerca del c.d. *tertium comparationis*, snodo argomentativo prima necessario per apprezzare l'eventuale "sproporzione" della pena prevista per un determinato reato.

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 europee, 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 nonché nell'applicazione delle norme penali da parte dei giudici nazionali. A tal riguardo, risulta notevolmente significativa la sentenza resa l'8 marzo del 2022 dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nel caso *NE*: innovando rispetto ad un precedente indirizzo, questa decisione riconosce «carattere imperativo» al divieto per gli Stati membri di prevedere e applicare (tramite i rispettivi organi, ad es. giudiziari) pene o sanzioni *sproporzionate* rispetto alla gravità dell'illecito, quale contenuto del principio di proporzionalità (estensibile a tutte le *sanzioni punitive*), sancito dall'art. 49, par. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (secondo cui "le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato"). In questo modo, nella misura in cui sono espressione di tale fondamentale criterio, hanno *effetto diretto* negli ordinamenti nazionali quelle disposizioni del diritto euorunitario che impongono la previsione e irrogazione di sanzioni *non* sproporzionate, con il conseguente obbligo per il giudice interno di disapplicare le norme (anche penali) con esse contrastanti.

Non meno importante è 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 teleologico 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 'integrare' 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. l'importante sent. della Corte cost. n. 91/2018): il quale, per vero, ulteriormente ampliato quanto al novero dei reati ammessi alla sospensione dalla recente legge-delega n. 134/2021, cit., giunge ad 'anticipare' tale meccanismo – su richiesta dell'interessato (anche su proposta del P.M., in base alla l. n. 134, cit.) – rispetto all'avvenuta 'conferma' giudiziaria della stessa colpevolezza del prevenuto: il tutto, 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 esplicita 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 sottrarvisi – 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 ille-