

# I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza

## SOMMARIO

1. PREMessa. – 2. L'OFFENSIVITÀ COME CANONE DI CONTROLLO DELLE OPZIONI LEGISLATIVE IN MATERIA PENALE. – 2.1. IL (LIMITATO) CONTROLLO SU CONTENUTO E STRUTTURA DELLE FATTISPECIE PENALI. – 2.2. IL CRESCENTE OSTRACISMO NEI CONFRONTI DELLE TIPOLOGIE PUNITIVE (O AGGRAVATRICI) “D'AUTORE”. – 2.3. IL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ COME “CANONE INTERPRETATIVO UNIVERSALMENTE ACCETTATO”. – 3. RECENTI APPLICAZIONI DEL PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA/PROPORZIONE. – 3.1. L'AMMONTARE DELLA CONFISCA IN MATERIA DI ILLECITI AMMINISTRATIVI PREVISTI DAL T.U.F. – 3.2. LA PENA EDITTALE DEL SEQUESTRO DI PERSONA A SCOPO DI ESTORSIONE. – 3.3. ATTENUANTI GENERICHE E RECIDIVA.

## 1 PREMESSA

Pur in un contesto dove il paradigma costituzionale, arricchito dalle fonti sovranazionali, appare ancora non solo orizzonte irrinunciabile della epistemologia penale ma persino fonte di crescenti aspettative rispetto alle svariate irrazionalità della politica criminale, i tracciati più recenti della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza sembrano confermare, in linea di principio, la partitura tradizionale, e ribadire una tendenziale deferenza del sindacato di costituzionalità nei confronti della discrezionalità del legislatore, sia con riferimento ai contenuti delle opzioni incriminatrici ed alla struttura delle relative fattispecie, sia con riferimento all'equilibrio delle scelte sanzionatorie<sup>1</sup>.

Sul primo fronte, sembra profilarsi un impiego decisamente cauto del principio di offensività come *canone di controllo delle scelte di politica criminale*, mentre – in parallelo – risulta confermato l'utilizzo ormai consolidato dello stesso principio come *criterio ermeneutico* indirizzato al giudice, quale tramite per una rilettura sostanzialistica di fattispecie declinate su una pericolosità meramente astratta, o costruite su vere e proprie presunzioni di pericolo<sup>2</sup>.

In questa cornice, si staglia tuttavia - e merita di essere considerato con la dovuta attenzione - un indirizzo in certa parte innovativo, dove il principio di offensività appare riaffermato in una più marcata potenzialità dimostrativa<sup>3</sup>, riconosciutagli, in

1. Ne offrono un quadro nitido, rispettivamente, F. C. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in RIDPP, 1998, 350 ss. e G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.Vv. (a cura di Insolera-Mazzacava-Pavarini-Zanotti), *Introduzione al sistema penale*, Torino, 1997, 264 ss.; più di recente, cfr. i contributi di G. VASSALLI, *Introduzione*, e C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in AA.Vv., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. VASSALLI, Napoli, 2006, rispettivamente, IX ss., 91 ss.; preziosi riferimenti anche in S. RIONDATO, *Un diritto penale detto “ragionevole”. Raccontando Giuseppe Bettiol*, Padova, 2006.

2. Che ciò risponda poi realmente al “modello debole” di approccio costituzionalistico, prevalentemente accolto in dottrina, è valutazione che in questa sede ci si può limitare solo ad ipotizzare: cfr., sul punto, M. DONINI, *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, in Ius17@unibo.it, 2019, 422 ss., § 3.

3. Sulla distinzione ‘classica’ tra principi informativi o di indirizzo, dotati di mera efficacia argomentativa, e principi dotati di capacità dimostrativa, “tale da farli assurgere al rango di norme costituzionali cogenti nella costruzione di tutte le leggi ordinarie e suscettibili di essere applicati autonomamente

particolare, per decretare l'illegittimità costituzionale di una circostanza aggravante centrata su un semplice *status* soggettivo (lo *status* di soggetto illegalmente presente nel territorio dello Stato, ai sensi dell'art. 61 n. 11-*bis* c.p., oggetto della sentenza n. 249 del 2010); se ciò risulta in linea con taluni precedenti che – più o meno dichiaratamente, ed incrociando a volte i moduli argomentativi della ragionevolezza – hanno dimostrato ostracismo nei confronti di presunzioni di pericolo irragionevolmente radicate su mere condizioni o qualità soggettive, e poste a fondamento di peculiari discipline punitive, il dato di interesse e di novità è offerto ed esaltato dal richiamo ad un necessario “vaglio positivo di ragionevolezza” che la scelta legislativa deve superare per sottrarsi alle censure di illegittimità<sup>4</sup>.

Sul fronte del principio di ragionevolezza e del principio di proporzionalità, nessun particolare sussulto, viceversa, è dato registrare di recente, anche perché nelle ipotesi di più eclatante squilibrio sanzionatorio taluni difetti di prospettazione delle questioni negli atti di promovimento hanno impedito alla Corte di pronunciarsi nel merito; ma anche in questo caso va eccettuata una importante pronuncia in materia di limiti all'applicabilità delle circostanze attenuanti generiche dove il principio in questione ha ricoperto un ruolo centrale, riaffermandosi come orizzonte di limite delle scelte legislative anche per quanto concerne le dosimetrie sanzionatorie e i vincoli alla discrezionalità giudiziaria.

Analizziamo con maggior dettaglio le tappe principali della giurisprudenza recente sui punti sinteticamente richiamati.

## 2

### L'OFFENSIVITÀ COME CANONE DI CONTROLLO DELLE OPZIONI LEGISLATIVE IN MATERIA PENALE

Come si anticipava, il principio di offensività, fulcro del controllo contenutistico sulla fattispecie penale, dimostra di continuare ad avere un destino piuttosto ambiguo: generato con pretese molto ambiziose, ed oggetto di un nomadismo culturale che lo ha visto affermarsi in modo perentorio in altri contesti<sup>5</sup>, si è dimostrato poco incline ad un controllo qualitativo sui “beni giuridici”, e capace di prestazioni ancora deboli anche per quanto concerne il controllo sulle “tecniche di tutela”, oggetto di possibile sindacato solo nei margini del più generale (e duttile) principio di ragionevolezza: la Corte – come si sa – ha a più riprese confermato che il limite della *political question* consente margini di valutazione solo ove le scelte legislative in ordine a contenuto e struttura delle condotte punibili (ed alla configurazione del trattamento sanzionatorio) siano “manifestamente irragionevoli”, ossia non riflettano l'*id quod plerumque accidit* (a pena di inammissibilità di ogni richiesta che esorbiti da questi argini rigorosi, segnati dall'art. 28 l. n. 87/1953).

## 2.1

### IL (LIMITATO) CONTROLLO SU CONTENUTO E STRUTTURA DELLE FATTISPECIE PENALI

In effetti, anche nelle decisioni recenti, il giudizio di meritevolezza circa beni/interessi/valori suscettibili di protezione penale appare un territorio dove la Corte costituzionale dimostra tutta la propria cautela: il merito dell'incriminazione penale come anche le scelte in termini di sussidiarietà - la *Strafwürdigkeit* come la *Strafbedürfnis* - da questa angolatura, appaiono dominio esclusivo della politica, e la Corte dimostra una indubbia deferenza al riguardo.

Lo confermano alcuni passaggi della nota decisione con la quale la Corte costituzionale ha “salvato” dalle censure di illegittimità il cd. reato di clandestinità (l'art. 10-*bis*,

---

(senza l'ausilio di altri principi) dalla Corte costituzionale per caducare le disposizioni in contrasto con essi”, si veda M. DONINI, voce *Teoria del reato*, Digesto/pen., XIV, 1999, § 6; ID., *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Foro it.*, 2001, 29 ss., 35.

4. Sulle diverse funzioni del principio di offensività (quale canone di politico criminale, criterio ermeneutico, e parametro di ragionevolezza), cfr., volendo, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, 209 ss., 242 ss., 245 ss., 279 ss., a cui si fa rinvio anche per la disamina dei rapporti tra principio di offensività e presunzioni di pericolosità centrate su condizioni o qualità soggettive (in pct. 300 ss.).

5. Si veda, appunto, la “sorprendente” decisione del Collegio garante della costituzionalità delle norme di San Marino, 27 novembre 2006, Pres. ed est. Barbera, in *Foro it.*, 2007, IV, 349, con nota di V. MANES, *Il principio di offensività in una pronuncia del tribunale di San Marino*.

d. lgs. n. 286/1998, reato che dal 2009 punisce come contravvenzione “l’ingresso o il soggiorno illegale nel territorio dello Stato”, e dunque l’ingresso clandestino in Italia da parte degli stranieri, o la permanenza irregolare dei c.d. *overstayers*), che a parere dei remittenti appariva diretto a penalizzare una mera “condizione personale e sociale” (quella, appunto, di straniero “clandestino”, o, più propriamente, “irregolare”), dalla quale verrebbe arbitrariamente presunta la pericolosità sociale, o che appariva comunque diretto a sanzionare una condotta di mera trasgressione amministrativa, entrando appunto in tensione con i principi di materialità ed offensività del reato.

Nella pronuncia n. 250 del 2010, i giudici hanno anzitutto confermato il principio consolidato in forza del quale “l’individuazione delle condotte punibili e la configurazione del relativo trattamento sanzionatorio rientrano nella discrezionalità del legislatore: discrezionalità il cui esercizio può formare oggetto di sindacato, sul piano della legittimità costituzionale, solo ove si traduca in scelte manifestamente irragionevoli o arbitrarie”.

Quanto poi all’incriminazione oggetto di giudizio, la Corte non solo ha ritenuto infondato l’addebito in punto di materialità<sup>6</sup> – escludendo che il nuovo reato abbia ad oggetto un mero “modo d’essere della persona”<sup>7</sup> –, ma ha altresì rigettato la critica che ravvisava un simile reato posto a tutela di un bene giuridico privo di meritevolezza penale, e diretto a sanzionare una “mera disobbedienza”, affermando che “il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice è, in realtà, agevolmente identificabile nell’*interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori*, secondo un determinato assetto normativo: interesse la cui assunzione ad oggetto di tutela penale non può considerarsi irrazionale ed arbitraria – trattandosi del resto, del bene giuridico “di categoria”, che accomuna buona parte delle norme incriminatrici presenti nel testo unico del 1998 – e che risulta, altresì, offendibile dalle condotte di ingresso e trattenimento illegale dello straniero”<sup>8</sup>.

Su questa scia, dunque, la Corte ha persino offerto legittimazione alla tecnica di *seriazione dei beni giuridici*, riconoscendo espressamente al legislatore – a quanto pare – piena discrezionalità nel definire il profilo qualitativo (e/o il tasso di artificialità) degli interessi ritenuti meritevoli di tutela<sup>9</sup>.

La Corte, infatti, ha ulteriormente sottolineato che “l’ordinata gestione dei flussi migratori si presenta, in specie, come un bene giuridico “strumentale”, attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici “finali”, di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi

---

6. La Corte ha appunto ribadito che “oggetto dell’incriminazione non è un “modo di essere” della persona, ma uno specifico comportamento, trasgressivo di norme vigenti. Tale è, in specie, quello descritto dalle locuzioni alternative “fare ingresso” e “trattenersi” nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del testo unico sull’immigrazione o della disciplina in tema di soggiorni di breve durata per visite, affari, turismo e studio, di cui all’art. 1 della l. n. 68/2007: locuzioni cui corrispondono, rispettivamente, una condotta attiva istantanea (il varcare illegalmente i confini nazionali) e una a carattere permanente il cui nucleo antidoveroso è omissivo (l’omettere di lasciare il territorio nazionale, pur non essendo in possesso di un titolo che renda legittima la permanenza): Corte cost. n. 250/2010, § 6.2..

7. Ma sul punto, si veda, ad es., la critica di L. MASERA, *Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria* (nota a Corte cost. n. 249 e n. 250 del 2010), in RIDPP, 2010, 1373 ss., 1385.

8. La Corte, sul punto, ha ulteriormente precisato che “L’ordinata gestione dei flussi migratori si presenta, in specie, come un bene giuridico “strumentale”, attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici “finali”, di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata. Ciò, secondo una strategia di intervento analoga a quella che contrassegna vasti settori del diritto penale complementare, nei quali la sanzione penale – specie contravvenzionale – accede alla violazione di discipline amministrative afferenti a funzioni di regolazione e controllo su determinate attività, finalizzate a salvaguardare in via preventiva i beni, specie sovaindividuali, esposti a pericolo dallo svolgimento indiscriminato delle attività stesse (basti pensare, ad esempio, al diritto penale urbanistico, dell’ambiente, dei mercati finanziari, della sicurezza del lavoro). Caratteristica, questa, che nel caso in esame, viene peraltro a riflettersi nell’esiguo spessore della risposta punitiva prefigurata dalla norma impugnata, di tipo meramente pecuniario. E’ incontestabile, in effetti, che il potere di disciplinare l’immigrazione rappresenti un profilo essenziale della sovranità dello Stato, in quanto espressione del controllo del territorio [...]”: Corte cost. n. 250/2010, § 6.3.

9. In dottrina si è a più riprese sottolineato quando (ed in che termini) la tecnica nota come “seriazione dei beni giuridici” possa contenere potenzialità involutive (per tutti, A. FIORELLA, voce *Reato in generale*, in ED, vol. XXXVIII, Milano, 1987, 797 ss.; più di recente, ID., *I principi generali del diritto penale dell’impresa*, in L. CONTI, *Il diritto penale dell’impresa*, vol. XXV, Padova, 2001, 15 ss., 21 ss., 26 ss.) e condurre ad uno svilimento del principio di offensività (ove la condotta “lesiva” del bene *intermedio* o *strumentale* non esprima più alcuna “diretta connessione di lesività” con il bene *finale*: V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 86 ss.).

da fenomeni di immigrazione incontrollata. Ciò, secondo una strategia di intervento analoga a quella che contrassegna vasti settori del diritto penale complementare, nei quali la sanzione penale – specie contravvenzionale – accede alla violazione di discipline amministrative afferenti a funzioni di regolazione e controllo su determinate attività, finalizzate a salvaguardare in via preventiva i beni, specie sovraindividuali, esposti a pericolo dallo svolgimento indiscriminato delle attività stesse (basti pensare, ad esempio, al diritto penale urbanistico, dell'ambiente, dei mercati finanziari, della sicurezza del lavoro). Caratteristica, questa, che nel caso in esame, viene peraltro a riflettersi nell'esiguo spessore della risposta punitiva prefigurata dalla norma impugnata, di tipo meramente pecuniario. E' incontestabile, in effetti, che il potere di disciplinare l'immigrazione rappresenti un profilo essenziale della sovranità dello Stato, in quanto espressione del controllo del territorio [...].

Insomma: la *ratio* di fondo dell'incriminazione non sarebbe "la presunzione assoluta di pericolosità sociale dell'immigrato irregolare, non rispondente all'*id quod plerumque accidit* e perciò stesso arbitraria" (come peraltro chiarito espressamente nella decisione n. 249 del 2010, di cui subito si dirà: *infra*, § 2.2.), bensì la violazione della disciplina amministrativa sul soggiorno, presidio della regolarità dei flussi migratori ed interesse strumentale a beni giuridici "finali" avvalorati – sottolinea la decisione – da un sicuro aggancio costituzionale, secondo quella scelta di anticipazione della tutela rientrante in quelle valutazioni del legislatore che è dovere della Corte rispettare<sup>10</sup>. Posto che la scelta di strutturare la relativa violazione come illecito penale, e non più come mera infrazione amministrativa "rientra nell'ambito delle scelte discrezionali del legislatore, il quale ben può modulare diversamente nel tempo la qualità ed il livello dell'intervento repressivo in materia".

Nel caso di specie, peraltro, emergeva chiaramente (e persiste) il sospetto che la sanzione penale sia "funzionalizzata" al conseguimento dell'obiettivo (extrapenale) dell'espulsione dello straniero dal territorio dello Stato, oggetto del peculiare procedimento amministrativo: e tale sospetto – che la Corte espressamente si impegna ad affrontare<sup>11</sup> – lascia comprendere come il fuoco della questione, qui come in molti analoghi casi, si sposti dall'*offensività* alla *sussidiarietà*, chiami in causa il tema della "giustiziabilità" dell'*extrema ratio*, entrando così in un campo dove – tuttavia – la ritrosia del giudice costituzionale ad intervenire si fa persino più accentuata, anche e verosimilmente in ragione della perdurante assenza di un affidabile strumentario concettuale<sup>12</sup>.

Dagli svolgimenti recenti emerge dunque, in definitiva, un atteggiamento di diffuso *self restraint*, che si conferma sia quando oggetto di controllo critico sono i *beni/interessi/valori* dedotti nella fattispecie penale, sia quando si discuta delle stesse *tecniche di tutela*, e dunque delle scelte di anticipazione della protezione penale; sempre che una simile distinzione – tradizionale contrappunto del controllo critico sulla legislazione penale,

---

10. Che poi tale giustificazione in punto di offensività continui ad ospitare, sullo sfondo, una oggettiva discriminazione geopolitica tra cittadini extracomunitari e cittadini dell'Unione è una considerazione affidata – allo stato – alla coscienza del legislatore (e dei legislatori di gran parte dei paesi europei): cfr., sul punto, ancora M. DONINI, *Democrazia e scienza penale nell'Italia di oggi: un rapporto possibile?*, in RIDPP, 2010, 1067 ss., cit., 1075 s.

11. Cfr., in particolare, Corte cost. n. 250 del 2010, punto 10 delle motivazioni, ove la Corte si impegna a replicare alla censura – sollevata in relazione all'asserito contrasto con i principi di ragionevolezza e buon andamento dei pubblici uffici (artt. 3 e 97 Cost.) – che la norma considerata perseguirebbe, nel suo complesso, "un obiettivo (...) realizzabile negli stessi termini tramite l'istituto dell'espulsione amministrativa, col risultato di dar luogo ad una inutile duplicazione di procedimenti aventi il medesimo scopo": secondo la Corte, in ogni caso, "Simili valutazioni – al pari di quella attinente, più in generale, al rapporto tra "costi e benefici" connessi all'introduzione della nuova figura criminosa, rapporto secondo molti largamente deficitario (...) – attendono, tuttavia, all'opportunità della scelta legislativa su un piano di politica criminale e giudiziaria: piano di per sé estraneo al sindacato di costituzionalità (...)" poiché "non spetta a questa Corte esprimere valutazioni sull'efficacia della risposta repressiva penale rispetto a comportamenti antiggiuridici che si manifestano nell'ambito del fenomeno imponente dei flussi migratori dell'epoca presente, che pone gravi problemi di natura sociale, umanitaria e di sicurezza" (sul punto, si rinvia alle condivisibili note critiche di L. MASERA, *Corte costituzionale e immigrazione*, cit., 1387 s., 1392 s.).

12. Da ultimo, sottolineando l'importanza della motivazione delle leggi penali quale presupposto per costruire la giustiziabilità dell'*extrema ratio*, mediante il successivo controllo della Corte costituzionale, e sottolineando più in generale la necessità di disporre di saperi empirici per rendere più penetranti – *inter alia* – i sindacati di offensività, ragionevolezza e sussidiarietà, M. DONINI, *Democrazia e scienza penale*, cit., 1083 ss., 1087 ss.; inoltre ID., *Principi costituzionali e sistema penale*, cit., § 6 (ma anche § 4), e già ID., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, 85 ss..

a partire da Bricola<sup>13</sup> – abbia ancora attualità e senso, in un contesto dove le “tecniche” sono ormai divenute “oggetto” della tutela, e le “funzioni” si attestano sempre più come veri e propri “beni giuridici” (non di rado con compiti non già “promozionali” per il diritto penale, bensì di autentico “apripista” o di mera “tenuta del sistema”, per scopi organizzativi, programmatici o di controllo).

Comunque sia, anche con riferimento alle *tecniche di tutela*, come si accennava, la Corte ha fundamentalmente riservato alla discrezionalità del legislatore il *livello* e il *modulo* di anticipazione della tutela<sup>14</sup>, rinunciando, in sostanza, a problematizzare la stessa tecnica di strutturazione del pericolo astratto o del pericolo presunto (salva sempre la possibilità, come si vedrà, di “correggerle” in via ermeneutica, attraverso l’inserimento di un requisito di pericolosità concreta o attraverso una lettura interpretativa di singoli elementi del tipo in chiave di particolare “pregnanza”), e almeno fin quando tale scelta non appaia in contrasto con l’*id quod plerumque accidit*, e non risulti fondata su una opzione “irrazionale o arbitraria”<sup>15</sup>.

## 2.2

### IL CRESCENTE OSTRACISMO NEI CONFRONTI DELLE TIPOLOGIE PUNITIVE (O AGGRAVATRICI) “D’AUTORE”

In questa cornice di fondo, che appunto denota una tendenziale continuità rispetto all’assetto tradizionale, si staglia con nettezza una decisione – la già citata sentenza n. 249 del 2010, sulla circostanza aggravante legata allo stato di irregolarità dello straniero – che valorizza in pieno il confine critico imposto alla discrezionalità legislativa, e che peraltro sviluppa ed in qualche modo potenzia un orientamento già affiorato anche in precedenza, riconoscendo piena ed autonoma capacità dimostrativa al principio di offensività nei confronti delle presunzioni di pericolo irragionevolmente fondate semplicemente su condizioni o qualità soggettive: queste vengono censurate dalla Corte sia ove le stesse siano poste a base di fattispecie penali, sia ove esse fondino semplici aggravamenti del trattamento sanzionatorio.

Come si ricorderà, un chiaro esempio del primo caso può essere ravvisato già nella decisione n. 354 del 2002, con la quale la Corte ebbe a dichiarare costituzionalmente illegittima la contravvenzione di cui all’art. 688, secondo comma, c.p., a norma del quale – dopo la depenalizzazione della fattispecie di cui al primo comma ad opera dell’art. 54, d.lgs. n. 507/1999 – la rilevanza penale dello stato di ubriachezza veniva a dipendere esclusivamente dall’aver “riportato condanna per delitto non colposo contro la vita o l’incolumità pubblica”. Pur utilizzando come modulo argomentativo il paradigma della ragionevolezza, il vero fulcro di quella decisione appariva già centrato sul principio di offensività, principio ritenuto incompatibile con una fattispecie dove tutto il carico di lesività risultava ormai incentrato su condizioni e qualità individuali e, in particolare, sul vissuto giudiziario dell’autore: se un simile modello rimandava ormai – nelle parole della Corte – ad “una sorta di reato d’autore”, tale schema punitivo si poneva “in aperta violazione del principio di offensività del reato, che nella sua accezione astratta costituisce un limite alla discrezionalità legislativa in materia penale posto sotto il presidio di questa Corte”<sup>16</sup>.

13. Sul “modello forte” di c.d. approccio costituzionalistico, inaugurato da Bricola, per il quale la costituzione conterrebbe indicazioni decisive tanto sui beni quanto sulle tecniche di tutela, cfr. ancora il bilancio tracciato da M. DONINI, *Principi costituzionali*, cit., § 3.

14. Più in generale, sui limiti “costituzionali” rispetto alle strategie di anticipazione della tutela, e segnatamente con riferimento alla punibilità degli atti preparatori, si rinvia al ricco saggio di F. VIGANÒ, *Incriminatione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella vigente legislazione antiterrorismo*, in *ius17@unibo.it*, 2009, 171 ss.

15. In questo senso, si vedano ad esempio le sentenze n. 1/1971, n. 71/1978, n. 139/1982, n. 126/1983, n. 62/1986, n. 333/1991, n. 133/1992, n. 360/1995. In particolare, nella sentenza n. 333/1991, in materia di stupefacenti, la Corte, dopo aver espressamente affermato che “le incriminazioni di pericolo presunto non sono incompatibili in via di principio con il dettato costituzionale”, ha puntualizzato che “è riservata al legislatore l’individuazione sia delle condotte alle quali collegare una presunzione assoluta di pericolo sia della soglia di pericolosità alla quale fare riferimento, purché, peraltro, l’una e l’altra determinazione non siano irrazionali o arbitrarie, ciò che si verifica allorché esse non siano collegabili all’*id quod plerumque accidit*”.

16. Così Corte cost. n. 354/2002, di cui si riportano i passaggi decisivi: “Oltre ad aver trasformato una semplice circostanza aggravante in elemento costitutivo del reato, ciò che comporta, nel caso dell’ubriachezza, la rilevata incongruenza, la disposizione censurata è affetta dagli ulteriori vizi, anch’essi denunciati dal remittente, derivanti dalla violazione dei principi costituzionali di legalità della pena e di orientamento della pena stessa all’emenda del

La più recente decisione n. 249 del 2010 ha affrontato invece l'ipotesi in cui la presunzione di pericolosità, (irragionevolmente) fondata su un semplice *status*, sia posta a base non di una incriminazione autonoma, bensì di un aggravamento di pena, come nel caso di specie, concernente l'art. 61 n. 11 c.p., che prevedeva una circostanza aggravante comune per i fatti commessi dal colpevole "mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale"<sup>17</sup>.

In particolare, l'aggravante c.d. della clandestinità, introdotta dall'art. 1, co. 1, lett. f), del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), convertito con modificazioni, dall'art. 1 della legge 24 luglio 2008, n. 125, in particolare, è stata riconosciuta in contrasto sia con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., sia con il principio di offensività (ricondotto all'art. 25, secondo comma, Cost.), ritenuti incompatibili con una "presunzione generale ed assoluta di maggiore pericolosità dell'immigrato irregolare, che si riflette sul trattamento sanzionatorio di qualunque violazione della legge penale da lui posta in essere"; ciò, in particolare, perché "il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili implica l'illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali del soggetto che derivino dal precedente compimento di atti "del tutto estranei al fatto-reato", poiché una simile "responsabilità penale d'autore" si pone – lo si ribadisce appunto sulla traccia della decisione n. 354 del 2002 – "in aperta violazione del principio di offensività".

Nella decisione, il principio di offensività ha visto dunque ribadito il suo ruolo di argine invalicabile con cui devono confrontarsi le modellistiche del "soggettivismo penale": ogni giudizio di pericolosità soggettivo, infatti, può essere legittimo solo se "frutto di un accertamento particolare, da effettuarsi caso per caso, con riguardo alle circostanze concrete ed alle personali caratteristiche soggettive", dovendo superare (non un semplice accertamento di non manifesta irragionevolezza, bensì) "un vaglio positivo di ragionevolezza", tanto più quando la differenziazione punitiva risulta centrata su "condizioni personali e sociali", ossia su uno dei (sette) parametri "esplicitamente menzionati dal primo comma dell'art. 3 Cost., quali divieti direttamente espressi dalla carta costituzionale, che rendono indispensabile uno scrutinio stretto delle fattispecie sospettate di violare o derogare all'assoluta irrilevanza delle "qualità" elencate dalla norma costituzionale ai fini della diversificazione delle discipline"<sup>18</sup>. E ciò, perché "comportamenti pregressi dei soggetti non possono giustificare normative penali che attribuiscono rilevanza – indipendentemente dalla necessità di salvaguardare altri interessi di rilievo

---

condannato, ai quali, in base agli articoli 25, secondo comma, e 27, terzo comma, Cost., deve attenersi la legislazione penale. L'aver riportato una precedente condanna per delitto non colposo contro la vita o l'incolumità individuale, pur essendo evenienza del tutto estranea al fatto reato, rende punibile una condotta che, se posta in essere da qualsiasi altro soggetto, non assume alcun disvalore sul piano penale. Divenuta elemento costitutivo del reato di ubriachezza, la precedente condanna assume le fattezze di un marchio, che nulla il condannato potrebbe fare per cancellare e che vale a qualificare una condotta che, ove posta in essere da ogni altra persona, non configurerebbe illecito penale. Il fatto poi che il precedente penale che qui viene in rilievo sia privo di una correlazione necessaria con lo stato di ubriachezza rende chiaro che la norma incriminatrice, al di là dell'intento del legislatore, finisce col punire non tanto l'ubriachezza in sé, quanto una qualità personale del soggetto che dovesse incorrere nella contravvenzione di cui all'art. 688 del codice penale. Una contravvenzione che assumerebbe, quindi, i tratti di una sorta di reato d'autore, in aperta violazione del principio di offensività del reato, che nella sua accezione astratta costituisce un limite posto sotto il presidio di questa Corte (...). Tale limite, desumibile dall'art. 25, secondo comma, Cost., nel suo legame sistematico con l'insieme di valori connessi alla dignità umana, opera in questo caso nel senso di impedire che la qualità di condannato per determinati delitti possa trasformare in reato fatti che per la generalità di soggetti non costituiscono illecito penale". Peraltro, seguendo una prospettiva sostanzialmente non dissimile, la Corte aveva già censurato l'art. 708 c.p. (*Possesso ingiustificato di valori*), ritenendo che la suddetta norma sancisse una "discriminazione nei confronti di una categoria di soggetti composta da pregiudicati per reati di varia natura o entità contro il patrimonio", senza una corrispondenza effettiva ed attuale tra la condizione in discorso e la funzione di tutela dell'incriminazione: sentenza n. 370/1996.

17. La sentenza n. 249 del 2010 è pubblicata unitamente alla successiva decisione n. 250 del 2010 sul reato di ingresso e trattenimento illegale nel territorio dello Stato, in RIDPP, 2010, 1349 ss., con ampia nota critica di L. MASERA, *Corte costituzionale e immigrazione*, cit., spec. 1385, che al di là del titolo prospetta le ragioni "non solo di opportunità, ma anche squisitamente tecnico-giuridiche" sulla base delle quali può comprendersi la diversa direzione – apparentemente contraddittoria – della Corte in merito alla aggravante c.d. della clandestinità (dichiarata incostituzionale) ed al reato c.d. di clandestinità (ritenuto viceversa legittimo nella pronuncia n. 250).

18. Corte cost. n. 249 del 2010, § 4.2 (con espresso richiamo ai precedenti offerti dalle decisioni n. 354 del 2002 e 370 del 1996); sui profili di contrasto con il principio di eguaglianza si erano soffermati, tra gli altri, M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, Cass. pen., 2008, 3562 ss.; G. DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, RIDPP, 2008, 1634 ss.; G. GATTA, *Aggravante della 'clandestinità' (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestate*, in RIDPP, 2008, 713 ss.

costituzionale – ad una qualità personale e la trasformino, con la norma considerata discriminatoria, in un vero “segno distintivo” delle persone rientranti in una data categoria, da trattare in modo differenziato rispetto a tutti gli altri cittadini”<sup>19</sup>

Nella specie, una “presunzione generale ed assoluta di maggior pericolosità dell’immigrato irregolare”<sup>20</sup>, riconosciuta quale *ratio* sostanziale della norma censurata, si pone in contrasto con l’art. 25, secondo comma, Cost. “che pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali”; e posto che tale principio appare senza dubbio valevole “anche in rapporto agli elementi accidentali del reato”, è agevole concludere per la Corte che “la previsione considerata ferisce, in definitiva, il principio di offensività, giacché non vale a considerare la condotta illecita come più gravemente offensiva con specifico riferimento al bene protetto, ma serve a connotare una generale e presunta qualità negativa del suo autore”<sup>21</sup>.

Breve: al cospetto del principio di offensività nessuna scelta o modulazione sanzionatoria può essere giustificata su connotati d’autore *sic et simpliciter*, qualora tale differenziazione soggettiva sia di per sé inespressiva – almeno secondo l’*id quod plerumque accidit* – di un maggior danno o di un maggior pericolo per il bene giuridico tutelato<sup>22</sup>, risultando altresì, in tali casi, tanto più irragionevolmente discriminatoria alla luce del principio di eguaglianza.

Ed è appena il caso di sottolineare quanto preziosa ed utile sia una simile indicazione in una stagione in cui il legislatore (non solo italiano) dimostra a più riprese la preferenza per schemi repressivi inclini alla logica del “diritto penale del nemico”, magari opzionati – non solo in materia di immigrazione – per meri motivi di *marketing* elettorale.

## 2.3

### IL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ COME “CANONE INTERPRETATIVO UNIVERSALMENTE ACCETTATO”

La decisione da ultimo citata merita tanto più rilievo se la si inquadra nel contesto complessivo accennato, dove al tendenziale *self-restraint* della Corte corrisponde un frequente utilizzo del principio di offensività come strumento ermeneutico capace (non di esaltare, bensì) di stemperare profili di illegittimità costituzionale<sup>23</sup>, secondo un *iter* argomentativo che prende spesso forma in una decisione interpretativa di rigetto: non diversamente da quanto accade al cospetto di altre garanzie, parimenti valorizzate in chiave ermeneutica<sup>24</sup>, si conclude per l’infondatezza (o per la stessa inammissibilità) della questione, segnalando al giudice *a quo* il percorso interpretativo alla luce del quale la diastasi con i principi costituzionali risulterebbe ricomposta.

Del resto, un simile utilizzo “difensivo” del principio di offensività ha trovato applicazione, proprio di recente, anche in un campo di materia – quello dei “reati di sospetto”

19. Corte cost. n. 249 del 2010, *ibidem*.

20. Si noti che, la Corte aveva già avuto modo di dichiarare la illegittimità costituzionale della norme dell’ordinamento penitenziario che precludevano allo straniero irregolare l’accesso a misure alternative alla detenzione, affermando che “il mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato [...] non è univocamente sintomatico [...] di una particolare pericolosità sociale” (sentenza n. 78 del 2007).

21. Corte cost. n. 249 del 2010, § 9; peraltro, l’osservazione che lo *status* di irregolare discende comunque da una previa condotta di violazione delle norme amministrative sul soggiorno (argomento centrale, nell’economia della decisione n. 250 del 2010, per fondare la legittimità della specifica fattispecie penale), non vale ad escludere la violazione del principio di offensività, posto che “tale condotta non può ripercuotersi su tutti i comportamenti successivi del soggetto, anche in assenza di ogni legame con la trasgressione originaria, differenziando *in peius* il trattamento del reo rispetto a quello previsto dalla legge per la generalità dei consociati”.

22. Corte cost. n. 249 del 2010, § 5.

23. Un utilizzo che viene spesso sottoposto a critica: cfr., da ultimo, A. ODDI, *Note minime (vagamente antistoriche) sugli effetti perversi delle sentenze interpretative di rigetto in materia penale*, DDP, 2011, 613 ss., 618 ss.

24. E’ il caso, ad esempio, del principio di colpevolezza: si veda, con richiami espliciti sul punto, la (discussa) sentenza n. 322 del 2007, sull’art. 609-*sexies* c.p. (che sancisce l’irrelevanza dell’errore della vittima infraquattordicenne nei delitti contro la libertà sessuale), dove la Corte, pur rilevando un “indubbio” contrasto della disciplina con il principio in questione – e dunque prendendo le distanze da precedenti decisioni (sentenze n. 107 del 1957; n. 22 del 1962; n. 19 del 1971 e n. 209 del 1983) – ha dichiarato la questione inammissibile (ravvisando una incongruenza tra premesse argomentative e *petitum*), ma ha nondimeno indicato la via di una interpretazione adeguatrice, precisando come anche nella norma in esame debba essere pur sempre accertato – da parte del giudice – il nucleo minimo della rimproverabilità del fatto al suo autore («incida esso sulla norma o sugli elementi normativi del fatto, come nei casi esaminati dalle sentenze n. 364 del 1988 e n. 61 del 1995, ovvero sugli elementi del fatto stesso, come nell’ipotesi di specie»), a pena di dover riconoscere la rilevanza scusante dell’errore *inevitabile* sull’età (ai sensi dell’art. 5 c.p.).

– da sempre ritenuto ispirato alla modellistica del “diritto penale d’autore”: basti qui richiamare la decisione n. 225/2008 relativa all’art. 707 c.p., dove la Corte – forse in modo non del tutto convincente<sup>25</sup> – ha avuto modo di replicare, *inter alia*, al preteso contrasto con il principio di offensività “in astratto” da un lato negando che la disposizione prefiguri una responsabilità “per il modo d’essere dell’autore”; dall’altro, sottolineando comunque che “sarà, per il resto, compito del giudice ordinario evitare che – a fronte della descrizione, per certi versi, non particolarmente perspicua del fatto represso – la norma incriminatrice venga a colpire anche fatti concretamente privi di ogni connotato di pericolosità”, verificando in particolare le modalità e le circostanze spazio-temporali della detenzione, che dovranno risultare “tanto più significative (...) nella direzione dell’esistenza di un attuale e concreto pericolo di commissione di delitti contro il patrimonio” “quanto meno univoca ed esclusiva risulti la destinazione dello strumento allo scasso”<sup>26</sup>.

Come si sa, e solo per inciso, un simile schema argomentativo – che rappresenta ormai un *topos* consolidato nel frasario della Corte costituzionale – risulta ricevuto e penetrato in modo capillare, da molto tempo, nelle decisioni della giurisprudenza ordinaria, di merito e di legittimità: il dato di novità, piuttosto, è la presenza, pur discontinua, di decisioni anche della Suprema Corte che riconoscono la valenza di guida interpretativa al principio di offensività anche al cospetto di fattispecie declinate su un paradigma formale, come i reati costruiti sul provvedimento autorizzativo sostanzialmente declinati sul pericolo astratto, richiedendo comunque al giudice l’accertamento di una “minima potenzialità di *vulnus*” nella condotta per la configurabilità del reato (ad es., in materia di fattispecie autorizzative, molto frequenti nel *Nebensstrafrecht*, nel diritto penale dei beni culturali o dell’ambiente).

### 3

#### RECENTI APPLICAZIONI DEL PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA/ PROPORZIONE

Come si anticipava, nella giurisprudenza più recente non è dato registrare decisioni di accoglimento fondate sul principio di ragionevolezza o sul principio di proporzione, almeno per quanto attiene il sindacato concernente l’equilibrio sanzionatorio di singole fattispecie punitive<sup>27</sup>: e ciò, a dispetto dell’espresso rilievo che il principio di proporzione della pena ha trovato nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (ove all’art. 49, terzo comma, si stabilisce “*L’intensità delle pene non deve essere sproporzionata rispetto al reato*”)<sup>28</sup>, rilievo che dovrebbe attenuare la deferenza che la Corte dimostra – anche in quest’ambito – per le scelte discrezionali del legislatore, o quantomeno promuoverne un più deciso impiego come criterio ermeneutico di utilizzo giudiziale, come già accade per il principio di offensività e per il principio di colpevolezza<sup>29</sup>.

25. Per taluni spunti critici cfr., volendo, V. MANES, *La pervicace resistenza dei reati di sospetto*, in *Giur. cost.*, 2008, 2539 ss.

26. Corte cost., n. 225/2008, § 4, dove la Corte aggiunge: “A tal fine, il giudice dovrà procedere ad un vaglio accurato sia dell’attitudine funzionale degli strumenti ad aprire o a sforzare serrature; sia delle modalità e delle circostanze di tempo e di luogo con cui gli stessi sono detenuti. In particolare, quanto meno univoca ed esclusiva risulti la destinazione dello strumento allo scasso – come nel caso in cui si discuta di oggetti di uso comune, suscettibili di impieghi diversi e leciti – tanto più significative dovranno risultare le modalità e le circostanze spazio-temporali della detenzione, nella direzione dell’esistenza di un attuale e concreto pericolo di commissione di delitti contro il patrimonio”.

27. Non si esaminano, in questa sede, le diverse questioni proposte anche in materia penale con riferimento alla (generale) violazione del principio di ragionevolezza-eguaglianza: cfr., solo a titolo di esempio, Corte cost. n. 223 del 2011, che ha dichiarato manifestamente infondata la questione concernente la nuova fattispecie di omesso versamento di IVA, art. 10-ter del d.lgs. n. 74/2000 (introdotto dall’art. 35, co. 7, d.l. n. 223 del 2006, conv. in l. n. 248 del 2006), sollevata, appunto, lamentando il contrasto (solo) con riferimento all’art. 3 Cost., per asserita equiparazione – sotto il profilo punitivo – di condotte differenti, e rigettata alla luce del consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale, in forza del quale “non contrasta, di per sé, con il principio di eguaglianza un trattamento differenziato applicato alla stessa categoria di soggetti, ma in momenti diversi nel tempo, poiché il fluire del tempo costituisce un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche”, e considerando altresì che – sempre in base ad una giurisprudenza consolidata della Corte – “al legislatore è consentito includere in uno stesso paradigma punitivo una pluralità di fattispecie diverse per struttura e disvalore, spettando in tali casi al giudice far emergere la differenza tra le varie condotte tramite la graduazione della pena tra il minimo e il massimo edittale”.

28. Ciò, ovviamente, pur consapevoli che i singoli Stati risultano vincolati dalla Carta – ormai inclusa nei trattati ai sensi dell’art. 6 TUE – “esclusivamente in attuazione del diritto dell’Unione” (ai sensi dell’art. 51 della Carta stessa), e dunque nei limiti chiariti e recepiti anche da Corte cost. n. 80/2011 [in pt. ai punti 5.1, 5.4, e soprattutto 5.5: “Ciò esclude, con ogni evidenza, che la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell’Unione europea, come, del resto, ha reiteratamente affermato la Corte di giustizia, sia prima (...) che dopo l’entrata in vigore del trattato di Lisbona (...)”]; ma considerando altresì che alle disposizioni della Carta si riconosce sempre più un valore non solo argomentativo.

29. Questa prospettiva, del resto, sembra già in parte dischiusa quando la Corte afferma – richiamando appunto il principio di ragionevolezza/proporzione

In realtà, anche in questa prospettiva non sono mancate interessanti sollecitazioni, formulate ora richiamando il modello triadico della ragionevolezza-eguaglianza (art. 3 Cost.), ora più direttamente il “principio di proporzionalità” che pur tradizionalmente si ravvisa quale ulteriore proiezione dell’eguaglianza anche alla luce dell’art. 27 Cost.: sono infatti state sollevate diverse questioni che hanno posto in rilievo sperequazioni sanzionatorie anche evidenti, sia con riferimento ad illeciti penali, sia con riferimento ad illeciti amministrativi che per la gravità delle conseguenze – seguendo l’approccio sostanzialistico imposto ormai dalla giurisprudenza della Corte EDU – meritano di essere ricondotti alle medesime garanzie, anche se le questioni più interessanti sono sfociate in decisioni di inammissibilità o di infondatezza specie per difetti attinenti alla formulazione delle ordinanze di rimessione (restando dunque aperta – ovviamente – la possibilità che una più accorta riproposizione delle questioni possa trovare maggior seguito in futuro).

### 3.1

#### L'AMMONTARE DELLA CONFISCA IN MATERIA DI ILLECITI AMMINISTRATIVI PREVISTI DAL T.U.F.

In questo ambito merita di essere segnalata, anzitutto, la questione di illegittimità che ha interessato l’ipotesi di confisca prevista dall’art. 187-*sexies*, commi 1 e 2, del decreto legislativo n. 58 del 1998 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria), sollevata «nella parte in cui dispone che l’applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie, previste dal medesimo capo del decreto legislativo, importi sempre la confisca del prodotto, del profitto e dei beni utilizzati per commettere l’illecito e che, ove la confisca non possa essere eseguita direttamente, essa debba avere obbligatoriamente luogo su “denaro, beni o altre utilità di valore equivalente”».

In particolare, il profilo di irragionevolezza messo in evidenza concerneva la *obbligatorietà* della confisca, specie con riferimento ai *beni utilizzati* per commettere l’illecito: in effetti, la norma giunge così a stabilire – nell’impostazione del rimettente – un regime più severo per gli illeciti amministrativi di abuso di mercato rispetto a quello previsto per i corrispondenti delitti (ove solo nell’art. 187-*sexies* del d.lgs. n. 58 del 1998, e non anche nel precedente art. 187, si prevede che la confisca debba essere “sempre” disposta), ed a prevedere come obbligatoria la confisca dei beni strumentali in rapporto a semplici illeciti amministrativi, quando invece le cose utilizzate per commettere reati sono soggette, in via generale, a confisca solo facoltativa, ai sensi dell’art. 240 c.p.

Inoltre, e con maggior evidenza, l’ordinanza di rimessione metteva in luce la palese sproporzione fra l’ammontare, pur rilevante, della sanzione amministrativa pecuniaria edittale, prevista per gli abusi di mercato (abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato), e le conseguenze economiche che possono derivare dalla sanzione di cui si discute, che “nella sua automaticità” resta “totalmente disancorata dalla concreta gravità della violazione” e non consente al giudice alcuna graduazione, potendosi verificare la situazione non infrequente per cui “al conseguimento di un profitto non particolarmente ingente si accompagni l’utilizzazione di mezzi economici – e, dunque, di valori da confiscare obbligatoriamente – per importi molto consistenti e, soprattutto, totalmente disancorati dal rapporto di proporzione con il profitto stesso” (nella specie, concernente la confisca disposta per una ipotesi di *insider trading*, la somma di denaro impiegata per acquistare le azioni cui si riferivano le azioni privilegiate era pari a euro 19.255.857, mentre il profitto realizzato tramite la vendita delle azioni era pari a euro 1.467.474).

Da quest’ultimo punto di vista, in particolare, la norma censurata si porrebbe in contrasto tanto con l’art. 3 Cost., per la palese irragionevolezza della sanzione comminata; quanto con l’art. 27 Cost., per violazione del principio di proporzionalità, da reputare riferibile anche alle sanzioni amministrative.

---

– che nel caso di previsione, entro una medesima norma, di fattispecie connotate da diverso disvalore, spetta “al giudice fare emergere la differenza tra le varie condotte tramite la graduazione della pena tra il minimo e il massimo edittale”: si veda, da ultimo, l’ordinanza n. 224 del 2011.

Se i diversi profili di irragionevolezza apparivano, dunque, tutti meritevoli di considerazione, nel caso oggetto di giudizio il vaglio di merito è stato precluso dalla mancata formulazione, da parte del remittente, di un *petitum* dotato dei necessari requisiti di chiarezza ed univocità, tale carenza rendendo – per giurisprudenza costante della Corte – la questione inammissibile (Corte cost. n. 186 del 2011).

## 3.2

### LA PENA EDITTALE DEL SEQUESTRO DI PERSONA A SCOPO DI ESTORSIONE

In altro caso, un diverso difetto di prospettazione della questione ha impedito alla Corte di valutare, sempre in punto di ragionevolezza, il minimo edittale previsto per il reato di sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione (art. 630 c.p.), difficilmente conciliabile con le istanze di proporzione nelle ipotesi di minore gravità (nel caso concreto, si trattava di un “sequestro lampo” messo in atto per estorcere il pagamento di un pregresso debito illecito, avente ad oggetto, in particolare, la consegna del denaro pattuito come corrispettivo per la cessione di stupefacenti; caso che per “diritto vivente” viene comunque ricondotto entro la cornice di tipicità dell’art. 630 c.p.).

Rispetto ad una questione che aveva già interessato la Corte<sup>30</sup>, non è stata l’oscurità o indeterminatezza del *petitum* – questa volta – ad inibire la valutazione, bensì l’utilizzo di un improprio *tertium comparationis* indicato per reclamare l’estensione di una ipotesi attenuante all’art. 630 c.p.<sup>31</sup>: il rimettente – declinando la questione sul paradigma della ragionevolezza-eguaglianza – aveva infatti richiamato come fattispecie comparativa il reato di “sequestro di ostaggi” (art. 3 l. 718/1985)<sup>32</sup>, reclamando l’estensione della circostanza attenuante ivi prevista per i casi di minore gravità alla norma impugnata<sup>33</sup>, ed in tale profilo risolvendo, peraltro, l’intrinseca irragionevolezza della norma. Tuttavia, la norma richiamata in chiave comparativa è stata ritenuta inconferente perché “più ampia e generica rispetto al delitto di cui all’art. 630 cod. pen.”<sup>34</sup>, potendo sì abbracciare episodi di maggior gravità rispetto al sequestro di persona a scopo di estorsione, ma potendo altresì ricomprendere sequestri effettuati a scopo dimostrativo o a sostegno di rivendicazioni sociali, etiche o politiche, che dunque giustificerebbero la previsione legislativa di una circostanza attenuante ad effetto speciale.

Anche questa volta un ostacolo insuperabile, essendo alla Corte, da un lato, inibita ogni modificazione correttiva della (ancorché erronea) indicazione del *tertium comparationis* (come in genere ogni intervento sul *thema decidendum*), e, dall’altro, precluso ogni margine di azione ove manchino “precisi punti di riferimento che possano condurre a sostituzioni costituzionalmente obbligate”, posto che “Né una pronuncia caducatoria né una pronuncia additiva potrebbero introdurre nuove sanzioni penali o trasporre pene edittali da una fattispecie ad un’altra, senza l’esercizio, da parte del giudice delle leggi, di un inammissibile potere discrezionale di scelta”; del resto, “ciò che può costituire utile materia di riflessione per il legislatore non può rendere ammissibile una pronuncia di questa Corte, cui non è consentito trasporre sanzioni penali da una fattispecie ad un’altra in esito ad una altrettanto inammissibile scelta tra quelle che potrebbero presentare una qualche affinità”<sup>35</sup>.

Solo per inciso, la pronuncia da ultimo segnalata conferma, in definitiva, che il giudice ordinario ha un ruolo realmente co-protagonistico nel giudizio di legittimità specie

30. Cfr., in particolare, l’ordinanza n. 163 del 2007, ove la Corte propese per l’inammissibilità ritenendo il *petitum* ancipite e indeterminato.

31. Queste le ragioni alla base della manifesta infondatezza dichiarata con l’ordinanza n. 240 del 2011.

32. La disposizione in questione punisce “chiunque, fuori dei casi indicati dagli articoli 289-bis e 630 del codice penale, sequestra una persona o la tiene in suo potere minacciando di ucciderla, di ferirla o di continuare a tenerla sequestrata al fine di costringere un terzo, sia questi uno Stato, una organizzazione internazionale tra più governi, una persona fisica o giuridica od una collettività di persone fisiche, a compiere un qualsiasi atto o ad astenersene, subordinando la liberazione della persona sequestrata a tale azione od omissione”.

33. Il comma terzo dell’art. 3, l. n. 718 del 1985, prevede una circostanza attenuante in forza della quale “se il fatto è di lieve entità si applicano le pene previste dall’art. 605 del codice penale aumentate dalla metà ai due terzi”.

34. Come peraltro già rimarcato in precedenza, nella già citata ordinanza n. 163 del 2007.

35. Sono diversi passaggi tratti da Corte cost. n. 22 del 2007.

quando il paradigma valutativo è quello “fluidò” della ragionevolezza (pur potendo la Corte offrire qualche indizio correttivo nelle pieghe della motivazione di infondatezza); una sua erronea indicazione in merito alla disposizione richiamata in chiave comparativa o alla fissazione del *thema decidendum* – così come un suo fraintendimento circa il parametro costituzionale invocato a sostegno della censura, qualora non sia possibile dedurlo con sicurezza da tutto il contesto dell’ordinanza – mette la Corte, in linea di principio, nelle condizioni di non poter intervenire (o di poter non intervenire), se non per mezzo di improprie (e problematiche) riformulazioni del *petitum*<sup>36</sup>, o, peggio, di autentici salti nel vuoto e/o sconfinamenti nel campo della discrezionalità legislativa: se il “principio dell’incidentalità”, del resto, nasce come antidoto al “contagio politico” del giudizio di costituzionalità, al remittente confuso o ambiguo si possono solo dare “suggerimenti”, magari sotto traccia, per una futura riproposizione della questione<sup>37</sup>.

### 3.3

#### ATTENUANTI GENERICHE E RECIDIVA

La scossa più forte sul terreno della ragionevolezza si è avuta con la declaratoria di parziale illegittimità dell’art. 62-*bis* c.p., anche se il fulcro argomentativo della decisione ha seguito una struttura più articolata, facendo leva soprattutto sulla finalità rieducativa della pena (art. 27 Cost.).

La questione era stata sollevata lamentando la illegittimità costituzionale della norma citata – l’art. 62-*bis*, secondo comma, c.p., come sostituito dall’art. 1 l. n. 251 del 2005 – “nella parte in cui, nel caso di recidivo reiterato, *ex* art. 99, quarto comma, c.p., chiamato a rispondere di taluno dei delitti di cui all’art. 407, comma 2, lettera a), c.p.p., per il quale sia prevista una pena non inferiore nel minimo a cinque anni, non consente di fondare sui parametri di cui al secondo comma dell’art. 133 c.p., in particolare sul comportamento susseguente al reato, la concessione dell’attenuante di cui all’art. 62-*bis*, primo comma, c.p.”, essendo tale limitazione – *inter alia* – in contrasto con l’art. 27, terzo comma, Cost., in quanto, introducendo “una sorta di presunzione di preponderanza del parametro negativo costituito dai precedenti dell’imputato”, finiva con l’espropriare il giudice del potere di valutare adeguatamente le peculiarità del caso concreto e di pervenire così alla definizione del trattamento sanzionatorio più conforme alle esigenze di risocializzazione e di rieducazione del reo, laddove, a fronte dell’incidenza sulla capacità a delinquere del parametro costituito dai precedenti penali dell’imputato, sarebbe possibile individuare altri parametri – come quello relativo alla condotta susseguente al reato – rilevanti ai fini del medesimo giudizio sulla capacità a delinquere che risultino in concreto idonei a contrastare la valenza negativa dei precedenti.

Nel ritenere fondata la questione, la Corte ha anzitutto rimarcato come la norma censurata introduca “una deroga rispetto a un principio generale che governa la complessa attività commisurativa della pena da parte del giudice, saldando i criteri di determinazione della pena base con quelli mediante i quali essa, secondo un processo finalisticamente indirizzato dall’art. 27, terzo comma, Cost., diviene adeguata al caso di specie anche per mezzo dell’applicazione delle circostanze”.

Tale deroga, tuttavia, non si pone in contrasto con la discrezionalità del giudice, che – a parer della Corte – resterebbe comunque salvaguardata, né si pone in contrasto con il principio di eguaglianza, perché “in linea di principio, la considerazione, ai fini del trattamento penale, della recidiva reiterata in unione con alcuni gravi reati non contrasta con l’art. 3 Cost. e (...) rientra nella discrezionalità del legislatore e non può essere

36. Sul gradi di vincolatività del giudice costituzionale rispetto al *petitum* dell’ordinanza di rimessione, si rinvia ai molti spunti presenti in AA.Vv., *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990.

37. La stessa pronuncia da ultimo esaminata, non a caso, appare suggerire – in un inciso denso di potenzialità in cui si sottolinea che resta “(...) impregiudicato, quindi, il diverso tema prospettato dalla parte privata (...)” – che ad un differente esito avrebbe potuto condurre la questione se si fosse richiamato altro *tertium comparationis* (segnatamente, la fattispecie di sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione, prevista dall’art. 289-*bis* c.p., che pure contempla una circostanza attenuante ad effetto speciale ove il fatto “per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o le circostanze dell’azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo” risulti “di lieve entità”, ai sensi dell’art. 311 c.p.).

messa in questione (...); non dando luogo, dunque, a una disparità di trattamento censurabile né essendo di per sé irragionevole.

Il vero profilo di contrasto con il principio di ragionevolezza attiene alla scelta normativa di escludere, nell'ipotesi del secondo comma dell'art. 62-*bis* cod. pen., il potere del giudice di valutare ed apprezzare la condotta tenuta dal colpevole nel periodo successivo alla commissione del reato, essendo tale preclusione "fondata su una valutazione preventiva, predeterminata e astratta, che non risponde a un dato di esperienza generalizzabile, in quanto la rigida presunzione di capacità a delinquere, presupposta dalla norma censurata, è inadeguata ad assorbire e neutralizzare gli indici contrari, che possono desumersi, a favore del reo, dalla condotta susseguente, con la quale la recidiva reiterata non ha alcun collegamento". Infatti, "mentre la recidiva rinviene nel fatto di reato il suo termine di riferimento, la condotta susseguente si proietta nel futuro e può segnare una radicale discontinuità negli atteggiamenti delle persona e nei suoi rapporti sociali, che, pur potendo essere di grande significato per valutare l'attualità della capacità a delinquere, sono indiscriminatamente neutralizzati ai fini dell'applicazione delle circostanze attenuanti generiche".

Emerge, a questo punto, il fuoco del problema, declinabile ordinando premesse di impronta sillogistica che peraltro rispondono a principi generali della materia: se il duplice automatismo sotteso alla norma in esame è basato su presunzioni [l'una concernente l'obbligatorietà delle recidiva nel caso di commissione, da parte del recidivo, di uno dei reati previsti dall'art. 407, comma 2, lett. a), cod. proc. pen.; l'altra concernente la presunta prevalenza della recidiva rispetto alla condotta susseguente al reato]; e soprattutto, se le presunzioni assolute – "specie quando limitano un diritto fondamentale della persona" – sono ammissibili sono ove non siano arbitrarie e irrazionali, ossia ove rispondano a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*, la ragionevolezza deve escludersi – questa la conclusione della Corte – nel caso di specie, considerando "da un lato, che la recidiva può basarsi anche su fatti remoti e privi di rilevante gravità e, dall'altro, che la decisione può intervenire anche a distanza di anni dalla commissione del fatto per cui si procede e che successivamente l'imputato potrebbe aver tenuto comportamenti sicuramente indicativi di una risocializzazione in corso, o interamente realizzata, e potrebbe anche essere divenuto una persona completamente diversa da quella che a suo tempo aveva commesso il reato".

Peraltro, la deroga censurata appare sacrificare in modo intollerabile anche l'art. 27, terzo comma, Cost.: difatti, "l'obiettivo della rieducazione del condannato, posto da questa norma costituzionale, non può essere efficacemente perseguito negando valore a quei comportamenti che manifestano una riconsiderazione critica del proprio operato e l'accettazione di quei valori di ordinata e pacifica convivenza, nella quale si esprime l'oggetto della rieducazione".

L'importante pronuncia appare, così, una ennesima conferma della valutazione grandangolare e – per così dire – stereofonica dischiusa dal paradigma della ragionevolezza in materia penale: si irradia in diverse direzioni, si giova dell'interazione tra differenti e concorrenti aspetti, converge in una stima complessiva che misura la scelta legislativa con lo specifico del settore, confermando che la ragionevolezza è paradigma eteròclito, plurale, composito, volta a volta sagomato sulle peculiari istanze in rilievo nella materia oggetto di valutazione<sup>38</sup>.

---

38. Ancora attuali, sul punto, le analisi offerte dai diversi contributi contenuti in AA.Vv., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1994.