

Automatismi: tra ragionevolezza e individualizzazione della pena

ANNACHIARA CARCANO*

Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 56 del 31 marzo 2021.

Disponibile all'indirizzo: www.giurcost.org/decisioni/2021/0056s-21.html.

Sommario: 1. La decisione della Corte costituzionale. – 2. Automatismi nel diritto penale: la giurisprudenza della Consulta attraverso tre questioni. – 3. Per una giustizia del caso concreto?

Data della pubblicazione sul sito: 9 novembre 2021

Suggerimento di citazione

A. CARCANO, *Automatismi: tra ragionevolezza e individualizzazione della pena*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche nell'Università degli studi di Salerno.
Indirizzo mail: acarcano@unisa.it.

1. La decisione della Corte costituzionale

La pronuncia da cui si intende prendere le mosse è la n. 56 del 2021, con cui la Consulta ha compiuto un altro passo verso l'eliminazione degli automatismi legislativi la cui operatività, soprattutto nell'ambito del diritto penale, crea delle situazioni di forte incompatibilità con il dettato costituzionale.

L'articolo 47-ter, comma 01, della legge 354/1975 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà) precludeva, prima dell'intervento ablativo della Corte, la possibilità di concedere la misura della detenzione domiciliare ai detenuti ultrasettantenni condannati con l'aggravante della recidiva: proprio in ciò si condensava l'automatismo legislativo dichiarato incostituzionale, l'applicazione della recidiva rendeva *iuris et de iure* presunta la pericolosità del soggetto, impedendo che la stessa fosse oggetto di valutazione attuale e in concreto da parte del Magistrato di Sorveglianza.

A sollevare la questione di costituzionalità è stato proprio un Magistrato di Sorveglianza di Milano che, mettendo in dubbio la finalità stessa dell'istituto della recidiva, ha strutturato l'ordinanza di rimessione secondo un solido impianto argomentativo. A parere del remittente, infatti, l'aggravante *de qua* non costituirebbe un giudizio sulla personalità del reo, bensì sulla maggiore gravità del fatto di reato. L'accoglimento di tale proposta interpretativa avrebbe reso di per sé necessaria la dichiarazione di incostituzionalità della norma censurata: se la recidiva nulla dice sulla pericolosità del soggetto, non vi sono ragioni per mantenere un individuo fragile – quale, per l'appunto, un ultrasettantenne – sottoposto al regime carcerario. Tuttavia, argomentava il giudice *a quo*, se anche fosse stata riconosciuta all'aggravante in parola un valore prognostico sulla pericolosità sociale del reo, avrebbe dovuto comunque considerarsi necessaria e imprescindibile la possibilità di valutare la stessa proprio al momento della richiesta di ammissione alla misura alternativa. In questo senso, il remittente aveva *de facto* riproposto la questione se la recidiva dovesse considerarsi quale aggravante semplice, riguardante cioè un preciso giudizio sulla personalità del reo, ovvero se fosse meglio identificabile come aggravante ad effetto speciale e cioè esclusivamente influente sul *quantum* di pena¹.

¹ Il problema della corretta qualificazione dell'istituto della recidiva era già stato, per la verità, risolto dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 20798 del 2011, nella quale gli Ermellini avevano escluso che la recidiva potesse considerarsi un'aggravante semplice con conseguente delineazione di un preciso tipo criminologico di autore del reato, ritenendo, invece, più corretto l'inquadramento sistematico dell'aggravante in parola come una circostanza ad effetto speciale che imponeva al giudice la valutazione in concreto circa la maggiore pericolosità del reo. Più precisamente «la recidiva costituisce una circostanza aggravante ad effetto speciale quando la sua applicazione comporti un aumento di pena

Ad ogni modo, e a prescindere dalle due diverse suggestioni interpretative, il Magistrato ambrogino aveva enucleato il punto essenziale su cui la stessa Consulta ha fondato la decisione: incostituzionale non è in sé la misura della detenzione carceraria di chi abbia più di settant'anni – potendosi effettivamente dare situazioni in cui questa sia l'unico modo per prevenire la commissione di altri reati –, bensì la presunzione che l'applicazione di una circostanza aggravante come la recidiva – peraltro, anche solo quella semplice – possa *tout court* precludere la considerazione del comportamento, della personalità e dell'effettivo percorso riabilitativo intrapreso dal reo per l'ammissione alla misura alternativa. Questa presunzione, come evidenziato anche dalla difesa della parte costituitasi in giudizio, ignora la profonda incompatibilità, fondata su ragioni umanitarie, dell'individuo ultrasettantenne con il regime carcerario.

La Corte è giunta alla decisione di fondatezza della questione sollevata nonostante l'intervento, con evidente finalità di *defensor legis*, del Presidente del Consiglio dei ministri. Per la difesa di questo «l'esclusione della misura derivante dall'applicazione della recidiva si fonderebbe su una prognosi di segno negativo circa la futura condotta del condannato» e, perciò, il comma 01 dell'art. 47-ter sarebbe non già una presunzione assoluta di pericolosità del reo, ma una presunzione relativa di inidoneità della detenzione domiciliare.

Il principale argomento utilizzato dalla Corte per giungere alla dichiarazione di incostituzionalità è stato quello della manifesta irragionevolezza della misura censurata. Difatti, è il legislatore stesso che, prevedendo la possibilità di accedere alla detenzione domiciliare per i detenuti ultrasettantenni non recidivi, ammette un duplice meccanismo presuntivo che opera nel senso di ritenere, da un lato, meno socialmente pericoloso un soggetto di età avanzata e, dall'altro, incompatibile con il principio di umanità della pena la detenzione in carcere di soggetti così fragili. Stante questi rilievi, è appunto manifestamente irragionevole precludere la possibilità di accesso a tale misura alternativa solo a causa dell'applicazione, in un momento anche molto distante nel tempo, della recidiva.

Individuato il fondamento dell'istituto della recidiva nella più accentuata colpevolezza e nella maggiore pericolosità dell'autore, la Consulta sottolinea la necessità di espandere la sfera di discrezionalità del Magistrato di Sorveglianza, al fine di consentirgli un giudizio individualizzato e attuale sulla concreta pericolosità del soggetto che chiede l'ammissione alla misura *de qua*. Detto altrimenti: deve

superiore ad un terzo, sicché, in caso di concorso con altre aggravanti ad effetto speciale, deve applicarsi soltanto l'aumento stabilito per la circostanza più grave in relazione alla pena massima astrattamente prevista, tranne che una delle aggravanti concorrenti comporti un limite minimo più elevato e salvo un ulteriore aumento di pena rimesso alla valutazione discrezionale del giudice». Massima della sentenza in parola di G. SILVESTRI, *Il Foro Italiano*, Vol. 134, n. 7-8/2011, pp. 389-390 e 413-414.

essere facoltà del Magistrato di sorveglianza valutare «se l'esecuzione intramuraria sia comunque necessaria anche nei confronti di un condannato di età avanzata, o se gli scopi della pena possano essere soddisfatti anche mediante un trattamento meno afflittivo».

In definitiva, la norma oggetto del giudizio, facendo discendere automaticamente un meccanismo preclusivo dalla valutazione della personalità del condannato avvenuta al momento della cognizione ovvero dell'esecuzione, è connotata da una intrinseca irragionevolezza anche e soprattutto con riguardo ai principi della rieducazione e, ancor di più, dell'umanità della pena. Senza peraltro dimenticare un altro aspetto problematico degli automatismi legislativi – aspetto che, per la verità, la Consulta aveva già analizzato nella sentenza n. 73/2020² –: l'operare di meccanismi presuntivi assoluti implica l'impossibilità di valutare concretamente l'offensività del reo e del fatto di reato, sostanzialmente si viene puniti per ciò che si è e non per ciò che si è fatto.

Per queste ragioni i Giudici costituzionali hanno ritenuto necessaria la soppressione delle parole «né sia mai stato condannato con l'aggravante di cui all'articolo 99 del codice penale» dalla norma sottoposta allo scrutinio di costituzionalità.

2. Automatismi nel diritto penale: la giurisprudenza della Consulta attraverso tre questioni

Analizzata la decisione della Consulta, è ora necessario dare una definizione dell'istituto in parola. Gli automatismi sono quelle misure che, al verificarsi di una precisa fattispecie descritta dalla norma, connettono una specifica e doverosa conseguenza³: perciò, ogniqualvolta il fatto possa essere sussunto entro la fattispecie prevista, segue, senza mediazione alcuna, l'operatività della conseguenza. Il problema fondamentale rappresentato da tali misure è tanto semplice quanto evidente: l'operatività di una presunzione *iuris et de iure*, soprattutto nell'ambito penale, rischia di ledere i diritti fondamentali dell'individuo, impendendo, *de facto*, la possibilità di valutazione del caso concreto al singolo giudice. Nello specifico, l'operatività dell'automatismo impedisce la valutazione dell'offensività in concreto del reato e dell'autore dello stesso, ancora la risposta sanzionatoria ad una valutazione anche molto distante nel tempo. A ciò deve aggiungersi che una norma esprime un automatismo sarebbe censurabile anche dal punto di vista dell'offensività in astratto, dal momento che risulta

² Per l'analisi della sentenza si veda, tra gli altri, S. SASSO, *Automatismi sanzionatori e offensività al vaglio della Corte costituzionale*, in *Cammino diritto*, n. 7/2020.

³ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 210.

irragionevole la determinazione del trattamento sanzionatorio in base ad una presunzione che non ammette prova contraria.

Proprio per tali motivi, non risulta difficile comprendere le ragioni della crescente insofferenza della Corte costituzionale verso gli automatismi legislativi in ambito penalistico. L'eliminazione dell'automatismo è, in taluni casi – ovvero quando vi sia, per l'appunto, lesione di un diritto –, necessario al fine di garantire il maggior grado possibile di attuazione della Costituzione⁴. La pronuncia della Consulta diviene essenziale per riconsegnare ai giudici la facoltà di decidere sul singolo caso attraverso la cosiddetta delega di bilanciamento e demolendo «la rigida assegnazione di valore degli interessi concorrenti che il legislatore ha tracciato, per sostituirla con meccanismi flessibili, tali da consentire un bilanciamento da compiersi di volta in volta»⁵.

Declinando la lettura costituzionalistica del diritto penale secondo un modello forte, è possibile delineare il valore prescrittivo del cosiddetto “volto costituzionale dell'illecito penale”⁶ che, come sviluppato dalla stessa Consulta, implica una «articolazione legale del sistema sanzionatorio» e «appropriati ambiti e criteri per la discrezionalità del giudice» al fine di garantire un «adeguamento individualizzato, “proporzionale”»⁷ delle pene inflitte.

Risulta evidente quindi come gli automatismi, inquadrati dalla prospettiva penale, costituiscano proprio uno strumento per la limitazione, fino alla completa soppressione, della discrezionalità giudiziale nella valutazione del caso concreto e nella determinazione del trattamento del reo e, dunque, del cardine di quel “volto costituzionale” del reato e della pena incentrato anche sull'equità della decisione giudiziaria.

In definitiva, l'operatività degli automatismi legislativi può considerarsi in contrasto con i fondamentali principi di ragionevolezza e uguaglianza desumibili

⁴ L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 3/2014, pp. 9-10.

⁵ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 89.

⁶ M. DONINI, *Principi costituzionali e diritto penale. Modello e programma*, in *IUS17*, n. 2/2009, pp. 420-424.

L'espressione “volto costituzionale” del sistema penale è peraltro utilizzata dalla Consulta nella sentenza n. 50/1980 in cui, trattando la questione delle pene fisse, ha escluso la loro conformità con il dettato costituzionale: «previsioni sanzionatorie rigide non appaiono in linea con il “volto costituzionale” del sistema penale».

⁷ Questa prima enunciazione della portata del “volto costituzionale” si rinviene nella sentenza della Corte costituzionale n. 50/1980.

Sul punto cfr. anche G. LEO, *Politiche sanzionatorie e sindacato di proporzionalità* (in R. GAROFOLI, T. TREU (diretto da), *Il libro dell'anno del diritto 2018 Treccani*), in *Diritto Penale Contemporaneo*, 22 febbraio 2017, p. 12.

dell'art. 3 Cost., nonché di finalità rieducativa della pena e umanità del trattamento del condannato – sanciti, invece, dall'art. 27 Cost. – considerati irrinunciabili in una democrazia costituzionale come quella italiana.

A riprova del preciso indirizzo della giurisprudenza costituzionale cui si è sopra fatto cenno si possono considerare tre casi emblematici riguardanti: le pene accessorie, la recidiva obbligatoria e, infine, l'ergastolo ostativo.

Le pene accessorie, disciplinate dagli artt. 19 e seguenti del Codice penale, comminando la perdita di diritti, facoltà e potestà in capo al condannato, hanno quale scopo principale la sua neutralizzazione – sebbene non debba esserne dimenticata l'essenziale finalità stigmatizzante della condotta illecita del reo⁸. Sarebbe impossibile ripercorrere in questa sede la disciplina e gli eventuali profili di incostituzionalità di ciascuna pena accessoria attualmente ammessa nel nostro sistema punitivo. Invece, proprio in un'ottica di analisi delle tendenze giurisprudenziali della Consulta, risulta molto più interessante analizzare due interventi ablativi con cui i giudici hanno sancito l'incostituzionalità delle pene previste dagli articoli 569 c.p. e 216, u.c., R.D. n. 267/1942 (legge fallimentare).

La prima sanzione accessoria riguardava l'automatica decadenza dalla responsabilità genitoriale per chi avesse riportato condanne per uno dei delitti contro lo stato di famiglia. Più precisamente, la norma di cui all'art. 569 c.p. è stata oggetto di due differenti pronunce della Corte, la n. 31/2012⁹ e la n. 7/2013¹⁰, con le quali si è, per l'appunto, esclusa la legittimità costituzionale della stessa nella parte in cui prevedeva che, alla condanna per uno dei delitti di cui agli artt. 566 e 567 c.p., conseguisse «di diritto la perdita della potestà genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto.»¹¹.

⁸ A. NAPPI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 122.

Come, peraltro, fa notare opportunamente l'autore, non sempre le pene accessorie svolgono la funzione special-preventiva, infatti, se si considera la pena della pubblicazione della sentenza penale di condanna – art. 36 c.p. – è impossibile non notare che l'unica finalità di tale misura sia quella di stigmatizzare della condotta del reo.

⁹ Per questa sentenza si veda la nota di G. LEO in *Diritto Penale Contemporaneo*, 27 febbraio 2012, nonché A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: "giocando con le regole" a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. LVII(6)/2012, pp. 4909 ss..

¹⁰ In merito, si vedano tra gli altri S. LARIZZA, *Interesse del minore e decadenza dalla potestà dei genitori*, in *Diritto penale e processo*, n. 5/2013, pp. 552 ss. e V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto" (art. 117, comma primo, Cost.)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 28 gennaio 2013.

¹¹ Il dispositivo è sostanzialmente identico in entrambe le citate sentenze.

Nei due casi citati la Corte ha trovato un modo per superare le difficoltà di intervento in un ambito così delicato come quello della disciplina penale: non si tratta di sindacare la discrezionalità del legislatore nella previsione di uno specifico trattamento sanzionatorio, bensì di ponderare la ragionevolezza della misura una volta considerati gli interessi di tutti gli individui coinvolti, esprimendo una duplice istanza personalistica e di protezione dei rapporti familiari¹². Gli interessi in questione sono non soltanto quello dello Stato alla punizione del reo e dell'imputato al giusto processo, bensì anche quello del minore «a vivere e a crescere nell'ambito della propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione ed istruzione»¹³.

Di fronte agli effetti diretti che l'applicazione automatica della decadenza dalla potestà – ora responsabilità – genitoriale può esplicare nei confronti del minore, ecco che diventa necessario apportare un correttivo alla normativa oggetto del giudizio. Se non si ammettesse la possibilità di un bilanciamento in concreto operato discrezionalmente dal giudice, l'unico a poter conoscere la particolarità del caso concreto e la specifica entità del fatto criminoso, il rischio sarebbe quello di generare degli «effetti-paradosso»¹⁴ potenzialmente catastrofici.

Un altro aspetto che, pur non essendo richiamato esplicitamente, emerge in controtela dalla motivazione di entrambe le sentenze considerate è l'esistenza di evidenti profili di disparità di trattamento che derivano dall'applicazione automatica di una sanzione come quella in questione¹⁵. L'operare dell'automatismo legislativo determina l'imprescindibile assimilazione di situazioni potenzialmente anche molto differenti tra loro, ponendosi in contrasto con il dettato costituzionale. Tuttavia, questo aspetto, come già detto, assume nel quadro

Si noti che nella sentenza ancora si parla di potestà genitoriale, dal momento che la modifica dell'istituto in responsabilità genitoriale è avvenuta con D.lgs. n. 154/2013.

¹² A. VALLINI, *Il diritto penale alla prova di "vecchi" e "nuovi" paradigmi familiari*, in G. CONTE, S. LANDINI (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, tomo II, Universitas Studiorum, Mantova, 2017, p. 289.

¹³ C. Cost., sent. n. 31/2012.

L'esercizio della responsabilità genitoriale è innanzitutto da concepirsi come mezzo per la tutela e la crescita – anche e, soprattutto, dal punto di vista umano e spirituale – del minore. In particolare, in F. PATERNITI, *Lo status costituzionale dei figli*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 2/2013, pp. 63 ss. viene messo in evidenza l'aspetto della responsabilità genitoriale come enucleato nella sentenza 31/2012 in parola.

¹⁴ V. MANES, *La Corte*, cit., p. 4910.

¹⁵ G. DOLSO, *Principio di eguaglianza e diritto penale. Osservazioni a partire dalla recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. III/2015, p. 748.

generale della motivazione della pronuncia un'importanza secondaria, essendo sicuramente di primario rilievo la questione del *best interest* del minore.

La seconda pena accessoria colpita dalla pronuncia di incostituzionalità parziale è quella prevista dall'ultimo comma dell'articolo 216 della legge fallimentare. Specificamente, la disposizione prevedeva che alla condanna per bancarotta fraudolenta conseguissero, obbligatoriamente e per un periodo fisso di dieci anni, le pene accessorie dell'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale nonché dell'incapacità a esercitare uffici direttivi presso qualsivoglia impresa.

Nella sentenza n. 222/2018¹⁶ è esposto un ragionamento estremamente interessante dei Giudici costituzionali che, di fronte alla necessità porre rimedio al disequilibrio determinato dalla norma *de qua*, hanno proposto la possibilità di un intervento, per così dire, a “rime possibili”¹⁷, integrando in un certo qual modo il ben più noto meccanismo delle “rime obbligate”¹⁸.

Per la verità, già nel 2012 era stato provocato l'intervento della Corte sull'art. 216, u.c., l. fall., tuttavia questa si era pronunciata per l'inammissibilità¹⁹ della

¹⁶ Si veda tra le altre la nota di A. GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse e 'rime obbligate': costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10 dicembre 2018, nonché S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a rime possibili*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1/2019, pp. 183-186, e P. CHIARAVIGLIO, *Passato, presente e (possibile) futuro delle pene accessorie in materia di bancarotta fraudolenta*, in *Legislazione Penale*, 23 giugno 2020.

¹⁷ Peraltro, la Corte non esclude la possibilità di un successivo intervento del legislatore per riappropriarsi del proprio ambito di discrezionalità: «resta ferma la possibilità per il legislatore di intervenire in qualsiasi momento a individuare, nell'ambito della propria discrezionalità, altra - e in ipotesi più congrua - soluzione sanzionatoria, purché rispettosa dei principi costituzionali.». Cfr. C. Cost. sent. n. 222/2018.

¹⁸ S. LEONE, *La Corte*, cit., pp. 183 ss.

La sentenza in parola è stata capostipite di un orientamento giurisprudenziale che ha permesso alla Consulta di “ritagliarsi” maggiori ambiti di intervento politico. Sul punto cfr. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2/2019, pp. 251-290, nonché R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra “rime obbligate” e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 2/2019, pp. 139-153.

¹⁹ Il riferimento è a C. Cost, sent. n. 134/2012.

Peraltro, è interessante notare come, di fronte all'irragionevolezza determinata dall'operatività automatica delle pene accessorie, la Corte ha mantenuto un atteggiamento un po' ondivago: contemporaneamente alla sentenza di inammissibilità della questione inerente l'art. 216 l. fall., con le due sentenze 31/2012 e 7/2013 è intervenuta con un giudizio parzialmente ablativo della normativa censurata. Questa è un'ulteriore riprova delle difficoltà incontrate dalla Corte costituzionale di fronte a materie estremamente delicate e connotate da un ampio margine di discrezionalità del legislatore. Cfr. M. PICCHI,

questione proprio per la mancanza di un *tertium comparationis* attraverso il quale adottare una soluzione a rime obbligate. Con la decisione del 2018, invece, il Giudice delle Leggi supera la cautela che aveva impedito l'accoglimento della questione, affermando che, affinché sia possibile il suo intervento, non è necessaria l'esistenza nel sistema di «un'unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima, come quella prevista per una norma avente identica struttura e *ratio*, idonea a essere assunta come *tertium comparationis*»²⁰.

Come spiegare dunque questo *revirement* della giurisprudenza costituzionale? Certamente, un peso non indifferente l'ha giocato la perdurante inerzia del legislatore, il quale, nonostante i solleciti della Consulta²¹, ha scelto di non porre mano al sistema delle pene accessorie, mantenendo in vita disposizioni la cui costituzionalità può dirsi quantomeno dubbia.

Per porre rimedio alla persistente situazione di incostituzionalità la Corte, oltre alla scelta per una pronuncia a "rime possibili", ha evidenziato la necessità di verificare la proporzionalità tra la pena accessoria e l'intera gamma di comportamenti riconducibili alla fattispecie di reato cui essa consegue²². Proporzionalità che, nel caso di specie, mancava completamente: la pena accessoria, infatti, avrebbe trovato applicazione, senza possibilità alcuna di modulazione – nemmeno con riferimento alla presenza di eventuali circostanze attenuanti –, ad una pluralità di fattispecie tra loro molto diverse non solo in termini del *quantum* della pena principale astrattamente applicabile²³, bensì anche dal punto di vista della concreta gravità del fatto e dell'effettiva pericolosità del soggetto agente²⁴. Conclude la Corte sostenendo che «una simile rigidità applicativa non può che generare la possibilità di risposte sanzionatorie manifestamente sproporzionate per eccesso – e dunque in contrasto con gli artt. 3

Responsabilità genitoriale e interesse superiore del minore: la Corte costituzionale censura un altro automatismo legislativo. Note a margine della sentenza n. 102/2020, in Rivista AIC, n. 5/2020, p. 212.

²⁰ Sent. n. 222/2018.

²¹ Tra le altre si vedano l'ordinanza n. 293/2008 e le sentenze nn. 134/2012 e 31/2012 della Corte costituzionale.

²² Sulla scorta del criterio individuato in C. Cost. sent. n. 50/1980: «il dubbio d'illegittimità costituzionale potrà essere, caso per caso, superato a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, questa ultima appaia ragionevolmente "proporzionata" rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato».

²³ Si va, infatti, da delitti puniti con la reclusione da tre a dieci anni a delitti con punibilità tra uno e cinque anni.

²⁴ Ed ecco che, in questo modo, viene completamente meno la possibilità di valutare l'offensività in concreto.

e 27 Cost. – rispetto ai fatti di bancarotta fraudolenta meno gravi; e appare comunque distonica rispetto al menzionato principio dell'individualizzazione del trattamento sanzionatorio»²⁵.

Come anticipato, un altro ambito interessato dall'intervento dei giudici costituzionali è la disciplina della recidiva. Più precisamente, la pronuncia cui si intende far riferimento è la sentenza n. 185/2015²⁶, con la quale i Giudici hanno sancito l'illegittimità costituzionale della norma di cui all'art. 99, co. 5, c.p. nella parte in cui prevedeva l'obbligatorietà dell'aumento di pena – nella misura non inferiore ad un terzo – per i delitti di cui all'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p..

La problematicità della norma in questione derivava, innanzitutto, dallo stesso spostamento di attenzione dal fatto di reato all'autore dello stesso, configurandosi in tal modo come una forma di diritto penale d'autore. Tuttavia, se l'aumento facoltativo di pena, previsto dagli altri commi dell'art. 99 c.p., può giustificarsi sotto il profilo, quantomeno, dell'individualizzazione del trattamento sanzionatorio – proprio in quanto consente al giudice di merito di svolgere un apprezzamento attuale e in concreto della pericolosità dell'imputato –, nella fattispecie di cui al comma quinto la presunzione assoluta e insuperabile di maggiore pericolosità del reo, determinava un insanabile contrasto con i principi costituzionali. Come se ciò non bastasse, deve considerarsi che l'aumento obbligatorio era previsto solo in caso di commissione di specifici delitti, quelli indicati nell'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p., formalmente e sostanzialmente estremamente eterogenei e “semplicemente” accomunati dalle medesime esigenze processuali. Il legislatore, infatti, ha indicato una serie di delitti – che vanno dalla devastazione, saccheggio e strage all'associazionismo mafioso, ma anche omicidio, rapina, sequestro e terrorismo – che hanno quale punto in comune quello di prevedere un aumento dei termini di durata massima delle indagini preliminari.

²⁵ C. Cost. sent. n. 222/2018.

²⁶ In merito si vedano, tra gli altri, F. URBAN, *Sulla illegittimità costituzionale dell'applicazione obbligatoria della recidiva anche ai reati di particolare gravità e allarme sociale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4 febbraio 2016, e R. BARTOLI, *Recidiva obbligatoria ex art. 99.5 c.p.: la Corte costituzionale demolisce l'ultimo automatismo*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 11/2015, pp. 2484-2491. Inoltre, sull'ordinanza di rimessione della Suprema Corte si veda G.L. GATTA, *Recidiva obbligatoria: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 27, co. 3 Cost.*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 29 settembre 2014.

In tema di recidiva obbligatoria, anche in riferimento alla pronuncia della Corte costituzionale n. 185/2015, è interessante l'analisi di D. VALITUTTI, *Diritto penale come guerra. La recidiva obbligatoria e la rottura dell'argine garantista*, in *Ragion Pratica*, n. 2/2020, pp. 491-512. Inoltre, si veda anche F. NOSCHESI, *Le “crociate” della giurisprudenza contro gli automatismi sanzionatori: il nuovo volto della recidiva alla ricerca di una collocazione nella teoria del reato e della pena*, in *De Iustitia*, n. 4/2016, pp. 110-143.

La presunzione assoluta per la quale il solo titolo di reato sia indicativo di un'accentuata pericolosità dell'individuo potrebbe essere giustificabile, afferma la Consulta richiamando diversi precedenti²⁷, solo se rispondesse «a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*»²⁸. Tuttavia, nel caso di specie mancava completamente simile base empirica per la giustificabilità della misura adottata dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità e perciò il concreto rischio era di parificare «nel trattamento obbligatorio situazioni personali e ipotesi di recidiva tra loro diverse, in violazione dell'art. 3 Cost.»²⁹.

Infine, precludendo l'accertamento «della sussistenza nel caso concreto delle condizioni che dovrebbero legittimare l'applicazione della recidiva», la disciplina in parola «può rendere la pena palesemente sproporzionata, e dunque avvertita come ingiusta dal condannato, vanificandone la finalità rieducativa prevista appunto dall'art. 27, terzo comma, Cost.».

Dunque, anche se la disciplina dei fatti costituenti reato e il loro trattamento sanzionatorio costituisce una materia a preminente discrezionalità legislativa, ogniqualvolta tale disciplina appaia irragionevole, arbitraria e manifestamente in contrasto con i principi costituzionali deve considerarsi necessario l'intervento del Giudice delle Leggi³⁰. Solo in tal modo diviene possibile superare gli automatismi e garantire ai giudici di merito quella sfera di discrezionalità imprescindibile per la valutazione del caso concreto sottoposto alla loro giurisdizione.

Da ultimo, si ritiene necessario svolgere qualche breve cenno sulla questione aperta – e lo sarà per almeno un altro anno – dell'ergastolo ostativo al fine di completare il quadro seppur sommario dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di automatismi penali.

Il cosiddetto ergastolo ostativo è una misura afflittiva, prevista dall'art. 4-*bis* ord. penit., applicata a specifici tipi di autore del reato – ritorna in questo senso la questione del diritto penale d'autore –, la cui operatività determina lo sviluppo di un «doppio binario penitenziario»³¹. La misura *de qua*, più precisamente, esclude

²⁷ Tra i quali le sent. nn. 139 e 265 del 2010, 164 e 182 del 2011, 213 e 232 del 2013.

²⁸ Sent. 185/2015.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Sul problema tra diritto penale, esercizio della discrezionalità legislativa e spazi di intervento della Corte costituzionale cfr. C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Edizioni ETS, Pisa, 2009, in particolare capp. 1 e 2, ma anche D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 2/2017, pp. 48-60 e M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016.

³¹ M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario. Le norme, gli organi, le modalità dell'esecuzione delle sanzioni penali*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 486. Sul cosiddetto

chi sia stato condannato all'ergastolo per uno dei delitti previsti dallo stesso art. 4-bis – cosiddetti “delitti di prima fascia” – e non abbia collaborato con la giustizia dalla possibilità di presentare istanza di liberazione condizionale. Come affermato dalla Consulta, la disciplina attualmente in vigore, ammettendo simile preclusione assoluta e impedendo qualsiasi accertamento circa il ravvedimento del condannato, è incompatibile con gli articoli 3 e 27 della Costituzione³². Tuttavia, l'atteggiamento cauto della Corte, tradottosi in una pronuncia di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, è dovuto alla necessità di contemperare da un lato le esigenze di una disciplina conforme a Costituzione e dall'altro di non inficiare l'azione dello Stato nella lotta alla criminalità organizzata³³. Ecco, quindi, che trova nuovamente applicazione lo strumento decisorio della cosiddetta “doppia pronuncia”, la cui elaborazione, si sa, risale al “caso Cappato” – ovvero all'ordinanza della Corte costituzionale n. 207/2018 e alla successiva sentenza n. 242/2019 – e che può rappresentare un punto di incontro tra l'attuazione effettiva del dettato costituzionale e il rispetto della discrezionalità del legislatore³⁴.

“doppio binario penitenziario” si veda anche C. FIORIO, *Il “doppio binario” penitenziario*, in *Archivio Penale*, n. 1/2018. Sull'ergastolo ostativo cfr. L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in *Costituzionalismo*, n. 2/2015.

³² Nel Comunicato del 15 aprile 2021.

Peraltro, in tema di ergastolo ostativo è intervenuta anche una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo che nel caso *Viola c. Italia* (n. 2), ricorso n. 77633/16, sentenza del 13 giugno 2019. In particolare, i giudici di Strasburgo hanno riconosciuto al ricorrente il diritto al risarcimento del danno per essere stato sottoposto alla pena dell'ergastolo ostativo, definito degradante e disumano. Sul punto, cfr. F. VIGGIANI, *Viola n. 2: la mancata collaborazione quale automatismo legislativo, lesivo della dignità dell'“ergastolano ostativo”*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3/2019, pp. 646-656.

³³ C. cost. Comunicato 15 aprile 2021

³⁴ Una soluzione questa che già Camerlengo aveva qualificato come “saggia”. I rilievi e le osservazioni che la Consulta esporrà nella motivazione dell'ordinanza emittenda potrebbero essere usati efficacemente dal legislatore al fine di pensare ad una strategia di contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso senza dipendere dalla collaborazione di “pentiti”. Più precisamente, «non è dichiarando l'incostituzionalità secca della disciplina censurata che la Corte contribuirebbe a rendere meno immaturo il nostro ordinamento.». Partendo da queste osservazioni, non sembra azzardato affermare che da questo strumento della doppia pronuncia possa derivare una sinergia estremamente positiva per l'intero ordinamento giuridico, una sorta di costante dialogo tra due organi costituzionali. Cfr. Q. CAMERLENGO, *Un approccio psicologico agli automatismi legislativi: il caso dell'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale. Atti del Seminario Ferrara, 25 settembre 2020*, pp. 68-74.

La Corte nell'ordinanza n. 97/2021 è chiara: l'ergastolo ostativo è in irrimediabile contrasto con i principi di ragionevolezza e di individualizzazione della pena, nonché con l'ineliminabile finalità rieducativa della stessa. La *ratio* della presunzione parrebbe piuttosto immediata: chi ha riportato una condanna definitiva e, dunque, non beneficia più della presunzione di non colpevolezza, non avrebbe motivo di non collaborare se non il disinteresse nell'intraprendere il percorso rieducativo rappresentato dalla pena³⁵.

Nondimeno, è necessario chiedersi se l'intenzione del condannato a non collaborare giustifichi l'applicazione a ogni e qualsiasi caso della disciplina dell'ostatività, come se la mancanza di ravvedimento fosse una costante in chiunque rifiuti la collaborazione. Potrebbe dirsi, in un eco della sentenza 185/2015, che la disciplina dell'ergastolo ostativo non può ragionevolmente fondarsi su una massima generalizzabile secondo l'*id quod plerumque accidit*; infatti, un individuo può determinarsi per la non collaborazione in base a considerazioni personali tra loro anche estremamente differenti. Non dovrebbe considerarsi possibile inferire da tale mero fatto esteriore la precisa e univoca volontà del condannato di non portare avanti un percorso rieducativo. Nondimeno, la Corte costituzionale è lucida e realista nella sua analisi, tanto che, anche attraverso il richiamo di alcuni suoi precedenti, ribadisce come «la collaborazione con la giustizia non necessariamente è sintomo di credibile ravvedimento, così come il suo contrario non può assurgere a insuperabile indice legale di mancato ravvedimento: la condotta di collaborazione ben può essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche in vista dei vantaggi che la legge vi connette, e non anche segno di effettiva risocializzazione, così come, di converso, la scelta di non collaborare può esser determinata da ragioni che nulla hanno a che vedere con il mantenimento di legami con associazioni criminali»³⁶. Peraltro, osservano i Giudici che spesso la scelta, imposta come *aut aut* al condannato tra collaborazione o esclusione della possibilità di un "fine pena", può essere drammatica e, come già detto, non ragionevolmente giustificabile in base ai dati dell'esperienza. A tutto ciò dovrebbe anche aggiungersi la considerazione che proprio l'esclusione automatica dal beneficio della liberazione condizionale può seriamente compromettere la rieducazione del reo che subisca un tale trattamento – percepito perciò come ingiusto – solo in quanto "tipo di autore"³⁷.

³⁵ Q. CAMERLENGO, *Un approccio*, cit., p. 73.

³⁶ C. Cost. ord. n. 97/2021. I richiami che la Consulta svolge sono alle sue sentenze nn. 306/1993 e 253/2019.

³⁷ Tra i classici tipi di autore troviamo appunto il partecipante all'associazione a delinquere, il terrorista, il recidivo e l'immigrato. Cfr. E. STANIG, *Il nuovo diritto penale d'autore*, in P. PITTARO (a cura di), *Scuola Positiva e sistema penale: quale eredità?*, EUT Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2012, pp. 45-60.

La Consulta è chiara nell'indicare la necessità, da un lato, di superare la presunzione assoluta – ritenendo, invece, più conferme al testo costituzionale una presunzione relativa – e, dall'altro, di sostituire o integrare il requisito della collaborazione come strumento per disinnescare l'operatività dell'automatismo. Nonostante questi rilievi, la Corte, come già anticipato, è assolutamente consapevole della delicatezza della materia in parola, delicatezza che si presenta in due forme differenti: innanzitutto, la normativa censurata interessa solo aspetti definiti “apicali” dell'intero *corpus* normativo riguardante la lotta alla criminalità organizzata, pertanto una pronuncia di accoglimento secco metterebbe a rischio l'intera costruzione normativa. Secondariamente, i Giudici ricordano come l'ergastolo ostativo si applichi anche a condannati diversi da quelli per mafia, la cui condizione però è esclusa dal *petitum* del giudizio di costituzionalità. Dunque, l'intervento del legislatore è necessario non solo per modificare la normativa in materia di lotta alla criminalità organizzata affinché le esigenze di sicurezza pubblica si armonizzino ai principi costituzionali, bensì anche per garantire un'uniformità di trattamento tra le diverse fattispecie di delitto che ricadono nella cosiddetta “prima fascia”. Ora è compito del legislatore assumersi la responsabilità e compiere una precisa scelta di politica criminale.

Dalla breve – e necessariamente incompleta – analisi della giurisprudenza costituzionale che si è appena svolta emergono due questioni fondamentali: innanzitutto, la necessità di un superamento, o quantomeno un temperamento, dell'impostazione legislativa volta alla punizione del tipo di autore piuttosto che del fatto di reato; in secondo luogo, l'esigenza di riconsiderare teleologicamente e in senso funzionalistico – per *quantum* e *quo modo* – l'apparato punitivo alla stregua dei canoni di ragionevolezza, individualizzazione della pena e rieducazione del reo.

Alla logica della pena come inflizione necessaria di un male al reo che abbia “osato” corrompere l'ordine sociale – soprattutto quando il comportamento sia reiterato – è necessario frapporre lo schermo del già ricordato “volto costituzionale” dell'illecito e della pena che impone la considerazione del fatto di reato come accadimento a sé stante, la cui punibilità spesso sfugge all'operatività di secchi e inderogabili automatismi.

Sul potenziale fallimento dell'istanza rieducativa si veda A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014. In particolare, l'autore evidenzia come gli ergastolani in regime di ostatività – soprattutto quando ricorra anche la condizione del cosiddetto carcere duro – subiscano un triplice schiacciamento «perché espropriati della propria vita in quanto ergastolani, privati di ogni residua speranza in quanto ostativi, stralciati dalle normali regole del trattamento penitenziario in quanto sottoposti al regime differenziato del 41-bis.».

Certo, la questione è una questione di misura e, evidentemente, non può avanzarsi la pretesa di consegnare al giudice ogni facoltà di giudizio, rendendolo completamente libero e slegato da ogni vincolo legislativamente determinabile. D'altra parte, non è nemmeno ammissibile che la regolamentazione penalistica – vuoi sull'onta del populismo penale, vuoi per precise scelte securitarie³⁸ – escluda ogni margine di valutazione del giudice chiamato a pronunciarsi sul destino di chi, prima che impuntato o condannato, è una persona.

3. Per una giustizia del caso concreto?

La legge nel suo contenuto deve essere quantomeno ragionevole³⁹. Nelle pronunce citate è svolto in diverse occasioni il richiamo al principio basilare del nostro ordinamento giuridico che, per l'appunto, prende il nome di ragionevolezza. Questo, nato come costola del principio di uguaglianza, è presto divenuto autonomo e, nel tempo, ha assunto una valenza e un'importanza tali da poter essere definito un meta-principio⁴⁰. Il costante riferimento alla ragionevolezza diventa un punto archimedeo dell'intera struttura costituzionale, assurgendo a criterio tanto di decisione per il legislatore, quanto, soprattutto, di valutazione per il Giudice delle Leggi.

La ragionevolezza deve perciò essere intesa come un parametro per la valutazione dell'adeguatezza e congruità dell'attività del legislatore, delle norme da esso prodotte: contrariamente, il mancato rispetto di tali condizioni può determinare il contrasto tra legge e Costituzione⁴¹. Detto altrimenti, stiamo trattando di un criterio normativo per la valutazione di azioni, leggi, persone,

³⁸ Sul problema del diritto e della giustizia penale è interessante l'analisi di L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2019, pp. 79-85. Si vedano anche M. DONINI, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in *Sistema Penale*, 7 settembre 2020, nonché L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia Annuario di scienze penalistiche 2014*, Edizioni ETS, Pisa, 2014, pp. 199-207, e D. PULITANÒ, *La misura*, cit., p. 59.

³⁹ R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, G. ZAGREBELSKY (a cura di), Einaudi, Torino, 1997.

⁴⁰ Tale affermazione non pare azzardata, dal momento che le stesse parole di Cartabia confermano la centralità del principio di ragionevolezza: «si potrebbe dire che oggi il principio di ragionevolezza è utilizzato come complemento e in appoggio a qualunque altro principio costituzionale richiamato a parametro del giudizio della Corte». Cfr. M. CARTABIA, *I principi*, cit., p. 1. Peraltro, sull'evoluzione storico del concetto di ragionevolezza si veda L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, Tesi di Dottorato in Diritto costituzionale, Università degli Studi Roma Tre, Roma, 2014-2015, pp. 75 ss.

⁴¹ F. VIOLA, *Costituzione e ragione pubblica: il principio di ragionevolezza tra diritto e politica*, in *Persona y Derecho*, vol. 46/2002, p. 37.

istituzioni, nonché di una idea regolativa che necessita «innanzitutto, che tutti i fattori rilevanti per la decisione di una questione pratica siano considerati e che, secondariamente, essi siano posti correttamente in relazione gli uni con gli altri in modo tale da poter giustificare il giudizio che fornisce la risposta»⁴².

Il giudizio di ragionevolezza assume tre modalità principali⁴³. Innanzitutto, è rappresentabile come giudizio di eguaglianza-ragionevolezza, il quale intende verificare che la legge non provochi irragionevoli disparità di trattamento tra casi simili e situazioni analoghe. Nel secondo caso, invece, la ragionevolezza assume i connotati del giudizio di razionalità; in tal senso le Corti costituzionali prendono in considerazione la coerenza della scelta legislativa rispetto all'ordinamento giuridico inteso nella sua totalità. Infine, quando la ragionevolezza si atteggia a bilanciamento degli interessi contrapposti in gioco, intende esattamente comporre il conflitto che può insorgere tra valori sussumili entro uno stesso principio e entro principi differenti. In questo caso, perciò, viene stabilita una priorità tra gli interessi che il legislatore dovrà perseguire.

Ad ogni modo, e a prescindere dall'aspetto che si considera, è innegabile come tanto il concetto quanto l'idea di ragionevolezza siano connotati da un elevato grado di astrattezza e, parallelamente, quanto essi costituiscano uno strumento potente per la valutazione dei risultati del processo di produzione normativa. Si tratta di inscrivere una determinata decisione entro l'ambito dell'argomentazione pratica, verificando che a essa si sia pervenuti attraverso un ragionamento "tutto considerato"⁴⁴.

Le regole che, si è visto, sono state in vario modo censurate dalla Consulta mancavano esattamente del contenuto minimo di ragionevolezza: gli automatismi legislativi, infatti, inibiscono completamente la facoltà del giudice di merito di adottare la soluzione più conforme al caso concreto, attraverso l'obbligo di far

⁴² R. ALEXI, *The Reasonableness of Law*, in G. BONGIOVANNI, G. SARTOR e C. VALENTINI (a cura di), *Reasonableness and Law*, Law and Philosophy Library, vol. 86, Springer, Dordrecht, 2009, pp. 7-8.

⁴³ G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto. Sistemi normativi contemporanei e modelli della razionalità giuridica*, Laterza, Roma-Bari, 2012, pp. 41 ss.

⁴⁴ M. LA TORRE, *Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, razionalità, ragionevolezza [seconda parte]*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1/2012, p. 137. Come evidenziato dall'autore, un ragionamento quello *all things considered* che può, per alcuni aspetti non marginali, essere sovrapposto al criterio dell'*integrity* dworkiniano.

Il principio di ragionevolezza è dotato di una forte capacità espansiva, infatti esso deve essere tenuto in considerazione non solo, come si è già detto, dal legislatore e dal giudice costituzionale, bensì diviene criterio per la decisione del giudice di merito e linea guida dell'interpretazione del diritto. È proprio in ragione di questa pervasività che si può ritenere la ragionevolezza un meta-principio.

applicazione, sempre e in ogni caso, della regola prevista⁴⁵. Una decisione potremmo dire, usando le parole di Tesaurò, «ad occhi bendati»⁴⁶. Ed ecco che, se dall'applicazione della regola si determina una ingiustizia, diviene indispensabile l'opera dei Giudici costituzionali che, attraverso un ragionamento per principi e il bilanciamento degli stessi, possono introdurre dei correttivi nella disciplina penalistica per soddisfare l'esigenza di una giustizia per il caso concreto, di un esercizio equo della giurisdizione.

È innegabile che la discrezionalità punitiva – sia nella scelta della condotta da punire, che nel *quantum* della pena comminabile – appartenga al Parlamento, in base a quanto disposto dall'art. 25 Cost., nonché in virtù della natura rappresentativa delle Camere; tuttavia, la Corte costituzionale non può, specialmente in materie in cui vengono in rilievo i fondamentali diritti dell'individuo di fronte allo Stato, accettare di sospendere il proprio sindacato sulle leggi a causa dell'inerzia del legislatore⁴⁷.

Quanto detto esclude che possa parlarsi di una invasione di competenze da parte della Consulta. Quest'ultima, è necessario sottolineare nuovamente, non si appropria della funzione legislativa propria del Parlamento democraticamente eletto, intendendo invece garantire quel presupposto di coerenza e accettabilità della norma rispetto all'ordinamento giuridico dal quale deve necessariamente partire ciascun interprete del diritto⁴⁸. Come affermato da Bin, quando ci si pone innanzi all'utilizzo del criterio della ragionevolezza, «siamo proprio di fronte alla più tradizionale spaccatura tettonica lungo cui si svolge la teoria della separazione dei poteri, ossia davanti alla contrapposizione tra *legis-latio* e *legis-executio* (...) la contrapposizione tra disposizione e norma, tra volontà politica e ragione tecnica, tra legittimazione attraverso la rappresentanza e legittimazione attraverso l'argomentazione, tra politica che pone il diritto e diritto che limita la politica.»⁴⁹.

Dunque, se i meccanismi presuntivi come quelli visti *supra* appaiono irragionevoli alla luce dei diversi interessi in gioco, come già detto, la Corte

⁴⁵ A. TESAURÒ, *Corte costituzionale*, cit., pp. 4914-4915.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ G. LATTANZI, *Relazione annuale dei lavori della Corte Costituzionale nel 2018*, pp. 13 ss.

⁴⁸ Sul punto è interessante l'analisi svolta da Bin intorno al principio-criterio di ragionevolezza. Quest'ultimo, secondo l'autore, non rappresenterebbe un *novum* rispetto alle tecniche decisorie tradizionalmente utilizzate dalla Corte costituzionale, escludendo perciò che possa parlarsi di effettiva ingerenza di quest'ultima nell'ambito di competenza del legislatore. Cfr. R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, n. 2/2002, pp. 115-131.

Sulla ragionevolezza come strumento per garantire la coerenza dell'ordinamento cfr. anche L. PACE, *Gli automatismi*, cit., p. 82.

⁴⁹ R. BIN, *Ragionevolezza*, cit., p. 129.

costituzionale, attraverso le dichiarazioni di incostituzionalità e la limitazione della politica, riconsegna ai giudici di merito la possibilità di operare un bilanciamento in concreto, un'operazione cioè "tutto considerato", rispetto alle circostanze specifiche che ogni caso presenta⁵⁰. Solo in questo modo è possibile realizzare gli altri principi più volte richiamati: l'individualizzazione del trattamento sanzionatorio del reo e la finalità rieducativa della pena. Individualizzazione significa, infatti, non solo adeguamento della pena all'entità lesiva del fatto di reato, ma anche alla personalità del reo, una valutazione questa che viene completamente stralciata dagli automatismi analizzati. Come affermato dalla stessa Consulta «l'attuazione di una riparatrice giustizia distributiva esige la differenziazione più che l'uniformità»⁵¹, diventando, perciò, imprescindibile la considerazione delle effettive specifiche esigenze che ciascun caso presenta. Tale considerazione, peraltro, «si pone come naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio d'uguaglianza) quanto attinenti direttamente alla materia penale»⁵². Da qui deriva l'evidente necessità di riconoscere un margine di discrezionalità giudiziale che, esercitandosi nel rispetto dei limiti imposti dalla legge, garantisca l'effettività di una diversificazione di trattamento al fine di «rendere quanto più possibile "personale" la responsabilità penale» e per «una determinazione della pena quanto più possibile "finalizzata"»⁵³. In questo senso deve essere promossa una concezione dinamica della pena che percepisca il cambiamento nel condannato in modo che questi non venga ridotto ad una mera rappresentazione statica di chi era al tempo della commissione del reato, ancorandolo perpetuamente alla sua colpa⁵⁴.

La via per promuovere l'effettiva capacità riabilitativa della pena è segnata, da un lato, dalla necessità di personalizzare quanto più possibile il trattamento sanzionatorio, affinché esso svolga una funzione di giustizia e di limite alla potestà punitiva statale⁵⁵ e, dall'altro, dalla rimozione dall'ordinamento dei residui di quel

⁵⁰ O, potremmo dire, riconsegna ai giudici di merito la possibilità di emettere una decisione ispirata alla ragionevolezza.

⁵¹ C. cost. sent. n. 104/1968.

⁵² C. cost. sent. n. 50/1980.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ A. MARGARA, *La giustizia e il senso di umanità. Antologia di scritti su carcere, opg, droghe e magistratura di sorveglianza*, in F. CORLEONE (a cura di), Fondazione Michelucci Press, Firenze, 2015, p. 389.

Inoltre, sulla necessità di una riconsiderazione dei rapporti tra pena e tempo si veda R. DE VITO, *L'orologio della società e la clessidra del carcere. Riflessioni sul tempo della pena*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2017, pp. 39-47.

⁵⁵ C. cost. sent. n. 50/1980.

diritto penale del nemico ispirato a un'arcaica impostazione sul tipo d'autore⁵⁶. In norme come quelle censurate dalla Consulta nelle sentenze richiamate non è difficile scorgere la volontà del legislatore di neutralizzare, secondo una logica di guerra, specifici tipi di "delinquente". In questo modo, la razionalità garantista viene messa a tacere dalle derive populiste repressive e dagli innumerevoli interventi volti a delineare il nemico (anche se, probabilmente, sarebbe più corretto dire i nemici)⁵⁷. I populismi, facendo leva su un linguaggio tanto semplice quanto emotivamente evocativo, "spingono" la razionalità fuori dalla pratica discorsiva della politica penale e manipolano la realtà fattuale (la verità) per creare consenso intorno alle politiche securitarie tanto poco efficaci nel garantire la prevenzione e la punizione del crimine, quanto lesive dei diritti fondamentali cari al costituzionalismo moderno⁵⁸. Nonostante l'Italia sia un Paese sempre più sicuro, la percezione rimane quella di una società violenta della quale aver paura: eccoci di fronte al costruito sociale dell'insicurezza. Lo Stato, in quest'ottica deviante, starebbe fallendo in uno dei suoi compiti fondamentali: "tenere al sicuro" i propri cittadini. Siamo dinnanzi all'exasperazione della dinamica schmittiana amico/nemico: non esiste più il cittadino, chiunque esso sia, ma solo l'amico o il nemico e la necessità primaria è proprio l'annichilimento – usando proprio l'espressione di Schmitt: *Vernichtung* –, di quest'ultimo. Come sottolinea Ferrajoli, oggi ci troviamo di fronte alla concezione della «giustizia penale come una guerra

⁵⁶ G. JAKOBS, *La pena statale. Significato e finalità*, D. VALITUTTI (trad.), Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.

⁵⁷ Si ricordi a titolo meramente esemplificativo la normativa in materia di stupefacenti – D.P.R. 309/1990 – che "crea" il delinquente tossicodipendente e la cosiddetta legge Cirielli – L. 251/2015 – sull'inasprimento del trattamento sanzionatorio dei recidivi, per non citare l'intero apparato normativo in materia di immigrazione, terrorismo e lotta – ecco che emerge la logica di guerra – alla criminalità organizzata.

Non si può non concordare con l'aspra critica che Luigi Ferrajoli muove al lemma stesso "diritto penale del nemico". Più precisamente, l'autore afferma che «stiamo parlando di un ossimoro, di una contraddizione in termini, che rappresenta, di fatto, la negazione del diritto penale: la dissoluzione del suo ruolo e della sua intima essenza, dato che la figura del nemico appartiene alla logica della guerra, che del diritto è la negazione, così come il diritto è la negazione della guerra». Cfr. L. FERRAJOLI, *Il "Diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione giustizia*, n. 4/2016, p. 800.

⁵⁸ L. FERRAJOLI, *Il populismo*, cit., p. 79.

È da sottolineare, peraltro, il fondamentale rapporto tra verità e politica e l'azione decisiva che talvolta quest'ultima svolge ai fini di manipolare i fatti. Come sottolineato da Ansuátegui Roig, la verità fattuale è necessaria al politico per giustificare le scelte che egli compie e per dare alle stesse un ambito entro il quale abbiano senso; tuttavia, quando i fatti non si adattano agli scopi della politica ecco che questa li trasforma in opinioni suscettibili di revisione. Cfr. F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Post-verità e menzogna. Variazioni su Hannah Arendt*, in *Governare la paura. Journal of interdisciplinary studies*, aprile 2019, pp. 22-23.

contro il male e l'insicurezza come emergenza quotidiana che richiede di essere rappresentata, drammatizzata e spettacolarizzata»⁵⁹ e tutto ciò non fa altro che configurare «l'irrogazione di pene come nuova e principale domanda sociale e perfino come risposta a gran parte dei problemi politici»⁶⁰. Da qui la stigmatizzazione perpetua, anche attraverso meccanismi asettici come gli automatismi legislativi⁶¹, di recidivi, ergastolani e, più in generale, di chiunque abbia rotto quel “patto sociale” di non aggressione e verso i quali la pena sembra quasi riprendere quella dimensione vendicativa da tempo messa al bando⁶².

Potrebbe quasi dirsi che, mentre la politica sull'onta del populismo degli slogan securitari cerca di promuovere un costante irrigidimento del sistema penale e penitenziario, la Corte costituzionale si adopera per la promozione di un diritto penale minimo ed effettivamente garantista⁶³. Per queste ragioni, non può che apparire necessaria e auspicabile una rinnovata comunità di intenti tra potere legislativo e organo di giustizia costituzionale, tra chi materialmente approva le leggi e chi svolge un costante controllo di legittimità delle stesse: solo attraverso la

⁵⁹ L. FERRAJOLI, *Il populismo*, cit., p. 80.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ In tema di automatismi, è necessario sottolineare anche un altro aspetto e, più precisamente, la loro connessione o, per meglio dire, il loro contributo al dramma – perché, di fatto, lo è – del sovraffollamento carcerario. Come evidenzia Pugiotto, «il sovraffollamento carcerario nasce soprattutto da leggi sulla tossicodipendenza e sulla recidiva qualificata, e da automatismi normativi ed eccessi giudiziari nel ricorso alla custodia cautelare. A tali cause va aggiunto l'effetto “carcerogeno” conseguente alla marginalità sociale cui sono normativamente costretti gli stranieri irregolari e clandestini. Questo, allora, dovrebbe essere il perimetro di gioco: modifiche legislative per il futuro, clemenza per chi ne sta subendo le conseguenze irragionevoli da condannato o da imputato». Cfr. A. PUGIOTTO, *Il volto*, cit., p. 11.

⁶² Potrebbe, forse, azzardarsi un'ulteriore critica verso talune delle misure presuntive in questione, infatti, nel momento in cui la legge presume *iuris et de iure* la pericolosità del condannato con recidiva ovvero dell'ergastolano in regime di ostatività precludendogli l'accesso alla misura alternativa alla detenzione, sembrerebbe quasi violare il diritto alla difesa degli stessi. Infatti, non si potrebbe affermare che il diritto sancito dall'articolo 24 della Costituzione sia sostanzialmente, e non solo formalmente, rispettato se non v'è nessuna argomentazione, nessuna prova che tali individui possano addurre al fine del superamento dell'automatismo preclusivo, per dimostrare che l'“accusa” di maggiore pericolosità mossa dalla legge è infondata?

⁶³ Peraltro, sul rapporto tra diritto penale e democrazia e la necessità di riconsiderare la logica del nemico si vede G. FIANDACA, *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, in *Il Foro Italiano*, vol. 134, n. 1/2011, pp. 1-2 e 11-12.

sinergia tra questi due volti del sistema costituzionale si potrebbe dare piena ed effettiva attuazione al sistema di garanzie presenti in Costituzione⁶⁴.

⁶⁴ Sia bene inteso che si intende parlare di sinergia nel preciso senso di collaborazione e costante dialogo attraverso la promozione di una sorta di razionalità comunicativa tra organi costituzionali e non, invece, di necessario accordo tra gli stessi.

Come evidenziato anche dalla stessa Consulta nell'ordinanza 97/2021 analizzata *supra*, «spetta in primo luogo al legislatore, infatti, ricercare il punto di equilibrio tra i diversi argomenti in campo, anche alla luce delle ragioni di incompatibilità con la Costituzione attualmente esibite dalla normativa censurata; mentre compito di questa Corte sarà quello di verificare *ex post* la conformità a Costituzione delle decisioni effettivamente assunte». È esattamente questa la comunità di intenti che deve reggere la collaborazione tra i due organi dello Stato che, pur nella consapevolezza della necessaria e indefettibile distinzione dei rispettivi ruoli, devono dialogare al fine di garantire una reale progressione dell'ordinamento giuridico.