

FRANCO BRICOLA

LA DISCREZIONALITÀ
NEL DIRITTO
PENALE

XXI

COLLANA
LA MEMORIA DEL DIRITTO



Roma TrE-Press
2024



Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

NELLA STESSA COLLANA

1. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (I). Problemi generali del diritto e del processo* (a cura di M. Cappelletti), 2019
2. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (II). Magistratura, Avvocatura, studio e insegnamento del diritto* (a cura di M. Cappelletti), 2019
3. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (III). Diritto e processo costituzionale* (a cura di M. Cappelletti), 2019
4. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (IV). Istituzioni di diritto processuale civile. In Appendice: Delle buone relazioni fra i giudici e gli avvocati nel nuovo processo civile (due dialoghi)* (a cura di M. Cappelletti), 2019
5. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (V). La chiamata in garanzia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove* (a cura di M. Cappelletti), 2019
6. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (VI). La Cassazione civile, Primo volume* (a cura di M. Cappelletti), 2019
7. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (VII). La Cassazione civile, Secondo volume* (a cura di M. Cappelletti), 2019
8. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (VIII). Altri studi sulla Cassazione civile, sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni* (a cura di M. Cappelletti), 2019
9. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (IX). Esecuzione forzata e procedimenti speciali. Diritto comparato e ordinamenti storici e stranieri* (a cura di M. Cappelletti), 2019
10. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (X). Problemi vari e ricordi di giuristi. Arringhe e discorsi di politica legislativa. In Appendice: Bibliografia degli scritti giuridici, politici e letterari di Piero Calamandrei (1906-1958)* (a cura di M. Cappelletti), 2019
11. L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani* (a cura di G. Pino), 2021
12. G. GORLA, *Il contratto. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico* (vol I) e *Il contratto. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico* (vol II) (Introduzione di M. Lupoi), 2023
13. S. CHIARLONI, *Introduzione allo studio del Diritto Processuale Civile* (Introduzione di A. Proto Pisani, Premessa di A. Carratta), 2023
14. G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano* (Presentazione di P. Chiassoni), 2023
15. A.E. CAMMARATA, *Scritti sul formalismo giuridico* (Raccolti e curati da F. Modugno e L. Pace), 2023
16. V. FROSINI, *Cibernetica, diritto e società* (Introduzione di G. Sartor), 2023
17. G. TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà. Lezioni introduttive, corso di diritto civile 1972-73* (Introduzioni di P. Chiassoni e M. Grondona), 2023
18. M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova* (Introduzione di A. Dondi, Premessa di A. Carratta), 2023
19. C. CARDIA, *Ateismo e libertà religiosa* (Presentazione di R. Benigni), 2023
20. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto* (Presentazione di G. Alpa), 2024

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

FRANCO BRICOLA

**LA DISCREZIONALITÀ
NEL DIRITTO
PENALE**

Introduzione di
GAETANO INSOLERA

XXI

COLLANA
LA MEMORIA DEL DIRITTO



Roma TrE-Press
2024

Direttori della Collana La Memoria del Diritto
Luca Loschiavo, *Università di Teramo*
Giorgio Pino, *Università Roma Tre*
Vincenzo Zeno-Zencovich, *Università Roma Tre*

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *RomaTrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**. mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:
Brandon Grottesque, Cocogoose, Courier (copertina e frontespizio)
Adobe Garamond Pro (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: *RomaTrE-Press* ©
Roma, febbraio 2024
ISBN: 979 -12-5977-300-5
<http://romatrepress.uniroma3.it>

La presente riedizione riproduce anastaticamente l'opera pubblicata nel 1965 dalla Casa Editrice A. Giuffrè, che si ringrazia per l'autorizzazione. La copia qui riprodotta è quella donata dall'Autore alla Biblioteca dell'Istituto Giuridico dell'Università di Sassari, sua prima sede universitaria.

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *RomaTrE-Press* è svolta nell'ambito della
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Collana “*La Memoria del Diritto*”

Il diritto e la cultura giuridica, come tutte le discipline e le arti, si nutrono del loro passato segnando continuità, evoluzioni, cesure. E questo è particolarmente vero per gli studi giuridici che, in Italia, godono dello straordinario privilegio di poggiare su una tradizione bimillenaria.

Questa posizione impone anche una responsabilità: quella di osservare con occhi attenti la realtà presente, ben consapevoli però che *nihil sub sole novi*.

La collana “*La Memoria del Diritto*” intende contribuire alla conservazione, viva, di questa tradizione mettendo a disposizione degli studiosi – ed in particolare di quelli più giovani – testi classici della cultura giuridica italiana del Novecento, non più disponibili in commercio e reperibili solo, con difficoltà, nelle biblioteche.

La *Collana* è stata aperta, significativamente, dalla ripubblicazione, in accesso libero, dei dieci volumi delle “*Opere Giuridiche*” di Piero Calamandrei che in poco tempo sono stati “scaricati” decine di migliaia di volte in tutto il mondo.

La *Collana* intende proseguire su questa strada, non limitandosi alla semplice ‘riedizione’, ma mettendo a disposizione in forma digitale, accessibile *gratuitamente, sempre e ovunque*, opere di rilievo che pensiamo continuino a costituire un fondamento per gli studi giuridici, orientandoli nella consapevolezza di quanto siamo debitori di chi ci ha preceduto.

Promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli studi Roma Tre nel quadro delle sue iniziative quale Dipartimento di Eccellenza la *Collana* intende essere un punto di riferimento per tutta l’accademia italiana, stimolando e raccogliendo le proposte che da quest’ultima perverranno, dando a questa iniziativa uno spirito ed una sostanza corali.

LUCA LOSCHIAVO

GIORGIO PINO

VINCENZO ZENO-ZENCOVICH

FRANCO BRICOLA

LA DISCREZIONALITÀ
NEL DIRITTO PENALE

VOLUME I

NOZIONE E ASPETTI COSTITUZIONALI



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ - EDITORE - 1965

Indice

<i>Introduzione di GAETANO INSOLERA</i>	
<i>La discrezionalità nel diritto penale: ieri, oggi e domani</i>	XIII
AVVERTENZA	XXIX
CONSIDERAZIONI PRELIMINARI	XXXI

PARTE I

NOZIONI E PROFILI DOTTRINALI DELLA DISCREZIONALITÀ NEL DIRITTO PENALE

CAPITOLO I

ORIENTAMENTI DOTTRINALI E GIURISPRUDENZIALI SULLA DISCREZIONALITÀ PENALE

1. Tendenze giurisprudenziali e dottrinali che, sia pure indirettamente, finiscono per concepire la discrezionalità come «illimitata libertà di decisione» ossia come «arbitrio»	3
2. La discrezionalità come: <i>a)</i> espressione di un generico potere di indulgenza	11
3. (<i>segue b)</i> come potere di scelta vincolato o libero a seconda dei casi	20
4. Tendenza a sistemare tutte le ipotesi di discrezionalità nel concetto di «indeterminatezza della fattispecie»	33
5. La discrezionalità come forma di etero-integrazione ovvero di tipicità <i>per relationem</i> : il metodo di descrizione indiretta della fattispecie penale	43
6. Diversità di premesse metodologiche nell'impostazione del problema	58
7. Influenze «concettualistiche» nella ricostruzione della nozione di discrezionalità penale	64
8. Una recente configurazione della natura e del contenuto della discrezionalità come punto di partenza della nostra costruzione	67

CAPITOLO II

ANALISI DELL'ART. 133 C.P. COME PARADIGMA DELLA DISCREZIONALITÀ NEL DIRITTO PENALE

1. Valore onnicomprensivo e non meramente esemplificativo o tassativo dell'elencazione <i>ex art. 133 c.p.</i>	73
2. Incidenza delle finalità della pena nella determinazione di essa tra il minimo e il massimo legale	80

3. Limiti di operatività della funzione di prevenzione generale della pena	85
4. Il riferimento ai principi costituzionali come limite dell'espansione del potere discrezionale di cui all'art. 133 c.p.	93
5. Conclusioni circa il significato e la funzione dell'art. 133	98
6. Il dovere di motivazione <i>ex art.</i> 132 comma 1° come garanzia di un corretto uso della discrezionalità: ragioni dell'estensione di questa garanzia a tutte le forme di discrezionalità penale	105

CAPITOLO III
RAPPORTI FRA L'ART. 133 C.P.
E LE ALTRE FORME DI DISCREZIONALITÀ PENALE

1. Ipotesi di discrezionalità penale svincolate dalla locuzione normativa «può»: carattere discrezionale dell'accertamento della pericolosità sociale	117
2. Ulteriori esemplificazioni	122
3. Le ipotesi di discrezionalità penale espresse «può» e la c.d. discrezionalità bifasica dalla locuzione	128
4. Ulteriori esemplificazioni a conferma dell'insussistenza di una discrezionalità bifasica	136
5. Esame delle situazioni soggettive attraverso le quali si snoda il processo di completamento del paradigma normativo penale strutturato in forma discrezionale	144

CAPITOLO IV
DETERMINAZIONE DEI CONFINI CONCETTUALI
DELLA DISCREZIONALITÀ PENALE

1. Un punto critico nella determinazione dei rapporti tra discrezionalità e interpretazione: i concetti elastici e indeterminati della fattispecie legale	157
2. Classificazione degli elementi della fattispecie sotto il profilo della tassatività	167
3. Esame dei rapporti che intercorrono tra l'uso degli elementi elastici e la struttura politico-istituzionale dello Stato, nonché tra l'uso dei medesimi e le finalità proprie della sanzione penale	184
4. La fattispecie come significazione astratta e la discrezionalità come assenza di fattispecie legale	190
5. Discrezionalità, interpretazione e attività legislativa	203

6. Rapporti fra discrezionalità e procedimento analogico	208
7. Raffronto sommario tra la nozione di discrezionalità penale e la nozione di discrezionalità propria di altri settori del diritto, in particolare del diritto amministrativo	208

PARTE II

STRETTA LEGALITÀ E DISCREZIONALITÀ PENALE ALLA LUCE DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI

CAPITOLO I

RISERVA DI LEGGE IN MATERIA PENALE: L'ART. 25 COMMA 2° DELLA COSTITUZIONE

1. Raffronto tra la normativa costituzionale (art. 25 comma 2°) e la normativa penale ordinaria (art. 1 e 2 c.p.)	229
2. Natura della riserva di legge prevista dall'art. 25 comma 2° della Costituzione: esame delle posizioni dottrinali	233
3. Conclusioni sul tema	243
4. Esame di taluni limiti logici al carattere assoluto della riserva costituzionale di legge in materia penale	255
5. La portata della riserva assoluta di legge con riferimento, rispettivamente, alle vicende costitutive, modificative o estintive della punibilità	262

CAPITOLO II

LA TASSATIVITÀ DELLA FATTISPECIE PENALE COME ESIGENZA DI NATURA COSTITUZIONALE

1. Significato e rilievo costituzionale della locuzione «espressamente» di cui all'art. 1 c.p.	277
2. L'esigenza costituzionale della tassatività della norma penale nella dottrina e giurisprudenza	280
3. Fondamento logico e valore costituzionale del principio di tassatività della norma penale	290
4. Costituzionalizzazione del divieto d'analogia da parte dell'art. 25 comma 2°	297
5. La posizione costituzionale della c.d. analogia in <i>bonam partem</i>	303
6. La nozione di fattispecie penale ricavabile dalla Costituzione (<i>Garantietatbestand</i>)	311

CAPITOLO III
IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ E LA DISCREZIONALITÀ
PENALE IN MATERIA DI SANZIONI CRIMINALI
(PENE E MISURE DI SICUREZZA)

1. Cenni generali sul problema dei rapporti tra l'art. 25 comma 2° della Costituzione e la 2° parte dell'art. 1 c.p.	323
2. Rilevanza costituzionale del principio <i>nulla poena sine lege</i>	329
3. Il carattere della riserva costituzionale di legge in materia di pene	337
4. Alcune osservazioni circa i limiti di determinazione legale delle pene	344
5. Il canone costituzionale di legalità e il potere discrezionale del giudice nella scelta del tipo e della misura della pena: esame di una recente sentenza della Corte costituzionale sulla legittimità delle pene fisse	349
6. Il principio costituzionale di eguaglianza e le pene fisse	352
7. Contenuto e significato dell'art. 27 comma 1° della Costituzione in rapporto al tema	353
8. L'art. 27 comma 3° della Costituzione quale espressione dell'esigenza di adeguamento della pena alla personalità dell'agente	356
9. Il raccordo tra l'art. 25 comma 2° e l'art. 27 comma 3° della Costituzione quale fondamento dell'illegittimità costituzionale delle pene fisse: con particolare riguardo alle pene detentive	360
10. Determinazione del fine delle pene pecuniarie	366
11. Il problema della legittimità costituzionale delle pene pecuniarie fisse e proporzionali secondo un multiplo fisso alla luce dell'art. 135 c.p.	371
12. Osservazioni sul tema con riferimento al diverso modo di articolarsi delle pene pecuniarie	377
13. Rilievi conclusivi. La discrezionalità e le pene accessorie	381
14. Il potere discrezionale del giudice penale nella scelta e nella graduazione della pena in rapporto a taluni momenti di discrezionalità, costituzionalmente legittimi, che si profilano con riguardo al settore delle norme operanti in funzione estintiva della punibilità ovvero modificativa della pena-base	385
15. Vincoli costituzionali di legalità e momenti di discrezionalità nel settore delle misure di sicurezza: esame del problema con riguardo alla c.d. fattispecie di garanzia	394
16. <i>Segue</i> : esame del problema con riguardo al profilo sanzionatorio della fattispecie di garanzia	413

Introduzione

La discrezionalità nel diritto penale: ieri, oggi e domani

GAETANO INSOLERA

1. *Il libro e il suo autore*

Quando Franco Bricola pubblica “*La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*”, l’allievo di Pietro Nuvolone si è già fatto conoscere dalla comunità scientifica dei penalisti con importanti lavori monografici, dotati di originalità argomentativa e densi di intuizioni [*Dolus in re ipsa*, (1960) e *Fatto del non imputabile e pericolosità* (1961)]. Accanto, la c.d. produzione minore – che, in questo caso, tale non era - fatta di articoli, note a sentenza, recensioni: allora, qualificavano l’iniziazione di uno studioso che mostrasse operosità e talento. Un tragitto che oggi spesso sembra negletto, forse anche a causa di bizzarri sistemi concorsuali, che abbiamo visti succedersi.

Altro passaggio di formazione e conoscenze comparatistiche, il periodo di studio trascorso presso il *Max –Plank-Institut fuer auslaendisches und internationale Strafrecht* di Freiburg im Breisgau.

E’ questo operosissimo impegno che porta Bricola, giovanissimo, alla libera docenza, nel 1962, e poi allo straordinariato nella facoltà di Sassari (dicembre 1964 - settembre 1966). Dal primo gennaio 1967 è chiamato ad insegnare Diritto penale a Bologna (terrà per un periodo anche la supplenza di diritto costituzionale). Salvo una breve parentesi alla Università di Roma-La Sapienza, sarà professore a Bologna fino alla morte, prematura e improvvisa, nel 1994 a 59 anni.

Fin dal principio l’impegno didattico, che conobbi a Bologna, si caratterizzò per la sua capacità di imprimere agli studenti una visione coerente con il metodo e gli scopi ai quali si rifaceva la sua riflessione scientifica: parlo dell’intento di rendere coerente il sistema penale, rimasto inalterato e senza soluzioni di continuità rispetto all’imponente riforma del 1930, all’adozione postbellica di un nuovo regime democratico e repubblicano,

dotato di una Costituzione rigida e, dal 1956, di una giurisdizione costituzionale.

Per tutti gli anni successivi l'opera di Franco Bricola sarà ininterrotta, con la capacità di raccogliere e condurre alle discipline penalistiche un gruppo di allievi, con i quali si accreditò una "Scuola di Bologna".

Almeno per un quarto di secolo fu una elaborazione frutto di un confronto dialettico e, per un periodo, con una rivista – *La questione criminale*, diretta con Alessandro Baratta, di taglio interdisciplinare e animata da un valentissimo allievo, Massimo Pavarini, capo redattore – nell'imponente tracciato metodologico e culturale della sua "*Teoria generale del diritto*" (1973).

La "Scuola" affrontò, in tante diramazioni, problematiche di dogmatica penalistica, diversi settori della parte speciale e della legislazione complementare, la drammatica realtà della pena carceraria.

2. *Un pensiero inesausto*

Lo è stato quello di Franco Bricola. Tutte le sue opere sono raccolte in più volumi pubblicati nel 1997 (Giuffrè) a cura di S. Canestrari e A. Melchionda. In pari data, gli scritti di Bricola in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, con una presentazione di A. Gamberini e G. Insolera (Il Mulino).

Veniamo alla scelta di pubblicare nella collana "*La memoria del diritto*" il volume sulla discrezionalità nel diritto penale.

Nell'"Avvertenza" dell'Autore leggiamo come lo studio facesse parte di una complessa trattazione dedicata alla discrezionalità, "in corso di elaborazione". Di qui l'indicazione "vol.I".

L'enigmatica assenza di un secondo libro trova, forse, una semplice spiegazione in quella *Teoria generale del reato* del 1973 (in *Novissimo digesto italiano*) e in tanti altri scritti successivi, che non chiamerai tanto una maturazione del pensiero dell'autore, quanto un continuo confronto con l'evolversi della situazione penalistica sulla base di idee che già troviamo nello studio uscito nel 1965. Ancora il risultato di un'esperienza didattica e di dialettica maestria scientifica. Straordinaria era la sua capacità di confronto con gli allievi, a cominciare da quello con gli studenti del corso. Una Scuola che fu un antidoto rispetto a conformismi acritici nella penalistica che, ahimè, vedremo poi dilagare, soprattutto in tempi recenti.

Le ragioni per proporre questo scritto ai lettori della “*Memoria del diritto*” sono molteplici.

Nella parte I (*Nozioni e profili dottrinali della discrezionalità nel diritto penale*), quanto al metodo, l’esemplare approfondimento del concetto generale di discrezionalità nel sistema del lessico giuridico, quando lo si confronti con la specificità del diritto penale (p. 213 ss.). Esso precede, attraverso l’analisi dell’art. 133 c.p., la definizione degli spazi assegnati in penale alla discrezionalità del giudice.

Coglieranno i lettori come, nel progredire della ricerca – è la parte seconda (*Stretta legalità e discrezionalità penale alla luce dei principi costituzionali*) - gli spazi preclusi alla discrezionalità nel momento applicativo della norma penale. Essi si definiscano anzitutto nelle caratteristiche imposte dalla Costituzione al tipo astratto: si tratti della sua determinatezza, di limiti all’adozione della tecnica costruttiva del rinvio ad elementi normativi, infine, dell’analogia.

Come si è osservato di recente (M. Donini, *La politica dell’interpretazione. Una rilettura di Franco Bricola*, in *Lo Stato*, n. 18/2022, 359 ss.), nonostante Franco Bricola non abbia scritto *ex professo* sulla interpretazione, sono nella *Discrezionalità nel diritto penale* molte delle indicazioni costituzionali poi ampliate nella *Teoria generale* in tema di legalità del reato e delle pene: la sua conclusione è per la incompatibilità tra discrezionalità nel diritto penale e interpretazione, dovendosi trovare sempre un rapporto con il testo legale per la soluzione del caso concreto: per contro nella discrezionalità manca un testo legale e la norma (reale) viene imposta dal caso concreto (202 ss.). Con la conseguenza di escludere, comunque, secondo Bricola, dal volto costituzionale dell’illecito penale il ricorso alla analogia (303 ss.). Questione, questa, allora controversa rispetto all’analogia *in bonam partem*.

La prima parte dello studio è dedicato alla sede normativa – art. 133 c.p. – che, secondo Bricola, costituisce il paradigma della discrezionalità, imprescindibile anche nel diritto penale, con l’indicazione dei criteri oggettivi e soggettivi ai quali il giudice deve fare ricorso nel comminare la conseguenza punitiva, da individuarsi tra minimo e massimo edittale, nei limiti segnati dalle disposizioni costituzionali e alla luce degli scopi della pena. Ciò, tuttavia, senza poter ricavare un’opzione in termini astratti di differenti significati di valore o disvalore.

L’essenza della discrezionalità si individua proprio nella rinuncia del legislatore ad esprimere un significato astratto, con il conseguente rinvio al caso concreto “nella sua multiforme varietà”. L’unico dato normativamente

fermo è lo *scopo* per cui viene attribuito il potere: la finalità rieducativa della pena.

Una ricostruzione che accompagna e limita anche le ulteriori ipotesi di discrezionalità consentite al giudice.

Ancora, la importante ricaduta processuale della previsione dell'art. 132 c.p.: una autonoma previsione nel codice sostanziale che, secondo l'autore, impone una interpretazione più penetrante dei motivi di nullità della sentenza, previsti genericamente dalla legge processuale. Questo dovrà permettere di sanzionare, per mancanza di motivazione, varie formulette pigre della giurisprudenza che si limitano solo ad evocare *sans phrase* gli elementi dell'art. 133.

In questa prima parte della *Discrezionalità* si coglie poi un'attenzione di Bricola, che sarà sempre viva, per il significato ultimo del penale che si esprime nel momento esecutivo. Con M. Nobili potremmo dirlo "*immorale*".

Ma anche a questo proposito la lettura di questo "classico" consente di meglio decifrare i tempi che lo hanno prodotto e quelli successivi, nella loro evoluzione: sono l'oggi e il domani del titolo che ho scelto per questa presentazione.

La discrezionalità nello spazio affidato al giudice, è inevitabile; i pericoli stanno in scelte opposte che definiscano con norme astratte scelte di valore che precipitano sulla punizione, senza considerare l'ingovernabile molteplicità delle situazioni concrete.

Breve, si tratta di una lettura che, da un lato, si allontana da una concezione che esaspera la natura autoritaria del sistema penale, diffidente rispetto a spazi di discrezionalità giudiziale, letti come temibili cedimenti all'indulgenza: *tout comprendre c'est tout pardonner*. Dall'altro esprime una fiduciosa aspettativa nei confronti della "nuova" giustizia nella Repubblica costituzionale.

Sia consentita a questo punto una osservazione riguardo a come il tempo e gli avvenimenti ci consegnino percorsi delle vicende che ritroviamo nelle due parti del testo, che sembrano distanziarsi,.

Vedremo che quello critico nei confronti di una sovrapposizione tra interpretazione e discrezionalità si dovrà confrontare, nei decenni successivi, con l'affermarsi di una "giurisdizionalizzazione" delle fonti, che darà luogo ad attriti con l'impianto istituzionale della Costituzione espresso dalla divisione dei poteri.

In altra direzione l'idea di una discrezionalità affidata al giudice in punto concreta commisurazione punitiva.

Gli anni a seguire vedranno infatti affermarsi costanti irrigidimenti sanzionatori e automatismi con l'allargamento di discipline sostanziali e

processuali speciali, dettate dall'emergenza: fino alla prospettiva, sempre meno distopica, della disciplina di fenomeni attinenti al sistema penale regolati tramite codici algoritmici.

I codici computazionali regolano ormai la vita quotidiana: “*La dimensione normativa basata sulla calcolabilità del rischio e della pericolosità soggettiva apre nuovi canali di discriminazione e di incarcerazione o di ostacolo alla scarcerazione per le fasce socialmente più deboli*”. (F. Sgubbi, *Il diritto penale totale*, Bologna, Il Mulino, 2019, 40 ss.). E' significativo come siano considerazioni, alle quali rinvio, di uno dei primi e più acuti allievi di Bricola. Ce le ha consegnate poco prima di lasciarci.

3. *All'inizio degli anni '60*

Soffermiamoci ora sul contesto temporale in cui prende vita lo studio.

Se in esso continuiamo a trovare considerazioni solidamente argomentate su interpretazione e discrezionalità giudiziale, con un conseguente sistema di limiti che non consente di collocare nello spazio della seconda violazioni della legalità penale come impressa dalla Legge fondamentale, la ricerca di Bricola già esprimeva la cifra politica che ne caratterizzerà l'intera opera.

Con, da un lato, la soluzione di continuità nei confronti di un sistema ancora dominato da una impalcatura autoritaria, sia pure, a petto di contemporanee esperienze totalitarie della prima parte del Novecento, con la permanenza di alcuni principi di diritto penale liberale. Sempre aggirabili, tuttavia, nella assenza di superiori vincoli costituzionali, giustiziabili da una Corte.

D'altro canto perdurava la presenza, nella giurisprudenza e in buona parte della letteratura penalistica, dell'impostazione tecnico-giuridica, refrattaria al recepimento e alla stessa comprensione della nuova realtà di uno Stato costituzionale di diritto.

Così il tema dell'interpretazione delle norme penali e dei suoi limiti, del tragitto dalla regola al giudizio, si porrà con sempre maggiore insistenza negli anni successivi, fino ad oggi.

L'equilibrio tra legalità penale e separazione dei poteri, indipendenza del giudice e sua soggezione alla legge, natura e funzioni della pena, da una parte, e, dall'altra, la lettura giudiziaria delle affermazioni contenute nella Carta volte alla prospettiva di conformare il nuovo ordinamento democratico della società, costituirà l'impervio cammino di chi, come Bricola, si è

congedato dall'idea autoritaria della astratta neutralità del diritto e della sua applicazione.

Ma quale è, a proposito di questi temi impegnativi, il momento storico della *Discrezionalità nel Diritto penale*?

Il libro esce nel 1965.

La profondità della ricerca dà conto di un periodo di elaborazione di alcuni anni. Si è detto, nella parte II, il tema è quello della interpretazione. Degli spazi dell'interprete giudiziario tra il testo, la Legge e la coesistente proiezione teleologica e politica, quindi, della Costituzione repubblicana.

Questo, però, negli anni in cui il libro vede la luce, con una immutata configurazione dell'ordinamento giudiziario.

E' saranno gli anni successivi a consegnarci decisivi mutamenti nella configurazione del ruolo della giurisdizione, anche di quella penale.

4. *Discrezionalità e potere giudiziario*

Mi limito a evocare solo alcune tappe di questa evoluzione, spesso richiamate, per descrivere epifanie e metamorfosi del potere giudiziario.

E' del 1965 il congresso di Gardone dell'Associazione nazionale magistrati, nel quale vennero poste le basi per la nuova definizione di ruolo del potere giudiziario.

Si consolidò l'idea di una magistratura non più strutturata gerarchicamente e con l'abolizione delle carriere collegate, anche quanto al trattamento economico, e il solo rilievo dell'anzianità con distinzioni in base alle funzioni ricoperte. Questo aspetto, di tipo sindacale, era unito alla rivendicazione di un'autonomia oltre che esterna, interna. Ciò trovò realizzazione con le due Leggi cd. Braganze (n. 570/66 e n. 831/73). Ma, soprattutto, a questi aspetti si associò l'idea di un lettura della Costituzione e della tavola di valori da essa espressa che doveva ripudiare la distinzione tra norme precettive e programmatiche: si realizzava così uno stretto rapporto tra giudice e Costituzione con un collegamento tra istanze e "diritti" espressi dalla società e giurisdizione (è questo un racconto che troviamo, ad esempio, nei primi tre capitoli del volume di E. Bruti Liberati, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Laterza, Bari, 2018).

Siamo all'origine di un ruolo politico del potere giudiziario che necessariamente si riverbererà sul tema della interpretazione della legge.

Nei successivi quarant'anni si affermerà progressivamente quello che oggi esprime il concetto di "diritto vivente".

Un altro passaggio. Nella primavera del 1972 si svolse a Catania in convegno su *L'uso alternativo del diritto* (Gli atti sono raccolti in due volumi a cura di P. Barcellona, Laterza, Bari 1973) sulla base di una proposta teorica avanzata dalla corrente di sinistra dell'ANM Magistratura democratica (Efficace la sintesi in M. Barcellona, *Giudici politica democrazia*, Castelvecchi, Roma, 2023).

Se si ricostruisce la genealogia del concetto di “diritto vivente”, in quella occasione troviamo il tema dell'interpretazione giudiziale della legge, come “risorsa evolutiva”: una critica condivisa era rivolta infatti contro l'idea della astratta neutralità delle regole giuridiche, da intendersi piuttosto come prodotto artificiale, espressivo di una determinata struttura sociale e di classe. Una critica al diritto della borghesia, dell'economia capitalistica e del suo dominio politico.

Si proponeva un potere giudiziario, liberato da vincoli gerarchici e dalla cultura conservatrice mutuata ancora dalle ideologie del tecnicismo legalistico ereditato dalla prima parte del '900, con una vera indipendenza e autonomia, nel momento interpretativo, che poteva aprire varchi cominciando dal superamento della accezione meramente formale del principio di eguaglianza, così trovando la strada per mutamenti propiziati da principi/scopo rinvenibili nell'impianto della Legge fondamentale.

Nel cinquantenario di quell'evento e nel ricordo dello studioso, Pietro Barcellona, che ne era stato l'artefice si è voluto riproporre un confronto tra giuristi di diverse discipline filosofiche e di diritto positivo (“*Dall'Uso alternativo del diritto al diritto vivente*”. Università di Catania-TCRS 17-18 Novembre 2023), con l'intento di cogliere cosa sia rintracciabile della prospettiva, discussa mezzo secolo fa, nell'odierno concetto di “diritto vivente”.

5. *Dall'Uso alternativo del diritto al diritto vivente*

Si è visto come, nella proposta dell'“Uso alternativo del diritto” la ipotizzata spinta emancipatoria della “nuova” magistratura si sia mossa contro l'affermazione conservatrice della neutralità del diritto e della giurisdizione.

L'oggetto prevalente dell'idea era costituito dal diritto privato e dagli assetti di un'economia capitalistica, con un'attenzione particolare rivolta al diritto del lavoro e alle relazioni industriali.

Carente o marginale la riflessione sulla specialità del diritto penale, con riguardo ai diritti messi in gioco da quel tipo di coercizione dello Stato. Ciò se si eccettua la presenza dei temi concernenti la repressione dei diritti

sindacali, di manifestazione del pensiero: breve, quelli riconducibili al conflitto sociale allora in essere.

Il messaggio era rivolto anzitutto al corpo giudiziario, ma anche al legislatore e al confronto tra i partiti rispetto ad eccessi di tutela in quei settori e, di contro, a vuoti di protezione di “interessi diffusi”.

Una grande assente dal dibattito fu la riflessione sul processo penale e sulla necessità di abbandonare il modello inquisitorio, forse il lascito più connotato dell'autoritarismo fascista. E dire che era già in essere l'impegno della migliore cultura giuridica e, seppure con timidezza su alcune questioni della Corte costituzionale, ma occorrerà attendere gli anni '80, fino alla riforma del processo in chiave accusatoria del 1989.

L'“uso alternativo del diritto” e l'affermarsi della teoria del “diritto vivente” sono quindi, e anzitutto, due capitoli della storia del potere giudiziario nel nostro paese e del suo porsi nei confronti degli altri poteri dello Stato.

È questa la prospettiva dalla quale possono cogliersi caratteri permanenti che ci conducono ad oggi. In questo ci aiutano alcune riletture recenti di quelle idee del 1972.

Così quando si propone la funzione del giurista interprete nel ricordare il processo applicativo alla concretezza della esperienza sociale. Con un congedo ormai diffuso dalle letture marxiste *d'antan*, si rinvergono margini di manovra nell'ispirazione di una parte del pensiero giuridico cattolico e antilluminista. La teoria dell'uso alternativo del diritto come procedimento applicativo in favore delle classi subalterne, nello spirito della Costituzione, capace di demistificare i miti della giustizia borghese sarebbe stata la levatrice di una oggi ormai acquisita “giurisdizionalizzazione” del diritto. La si vorrebbe una conquista: la decisione del giudizio, come discorso persuasivo non vincolato al testo. Superfluo il riferimento alla particolarità degli interessi in gioco dell'utopistico “Uso alternativo”, ciò che si richiede all'“*uomo di diritto è una lettura attenta della dinamica sociale così come vive nella sua esistenza giuridica il comune cittadino, sia esso ricco o povero, potente o inerme, dotto o ignorante*” (N. Lipari, *L'uso alternativo del diritto, oggi*, in *iustitiaugci.org* 3 marzo 2019, che richiama testualmente P. Grossi).

Forse meno distanti, dal punto di vista ideologico, letture che si sono concentrate, dopo una ricostruzione storica degli avvenimenti del '72, sul loro significato in relazione all'attualità del “diritto vivente”, con le sue ricadute sulle istituzioni politiche (N. Rossi, *Dalla “giurisprudenza alternativa” alle problematiche dell'oggi*, in *www.questionegiustizia.com*. Il testo riprende i contenuti dell'intervento svolto il 24 marzo 2023 all'Università La Sapienza di Roma nell'ambito dei seminari “*L'uso alternativo del diritto*”.

Il convegno catanese cinquant'anni dopo". I seminari possono essere ascoltati nell'archivio di www.radioradicale.it).

Così si è detto dell'“Uso alternativo del diritto” come rivoluzione professionale della giovane magistratura, con un forte richiamo alla Costituzione che avrebbe dovuto scongiurare il rischio di una rottura antilegataria: questo anche alla luce della giurisprudenza che quella esperienza produsse.

Lo sguardo si è posato sul momento iniziale del tragitto: la proposta teorica di un gruppo di magistrati.

Una “rivoluzione” dell'etica professionale contro ossificazioni dell'assetto tradizionale.

Oggi si dovrebbe vedere in quella esperienza principalmente un capitolo di storia della magistratura italiana: un agire “iconoclasta” e antiautoritario, verso i totem della magistratura conservatrice: non un'eresia.

Dopo gli anni '70 il contesto subisce progressivi grandi cambiamenti della situazione politico-sociale, con l'affermazione di forze di centro-destra e del populismo: senza immaginare un decadimento etico della magistratura, delle sue aggregazioni, rispetto a un'età dell'oro perduta, secondo N. Rossi, bisognerebbe considerare ancora vivo il lascito dell'esperienza di cinquanta anni fa.

In particolare il tema dell'eguaglianza davanti alla legge penale, contro i privilegi dei potenti, sarebbe ormai patrimonio di larga parte della magistratura come “eguaglianza livellatrice”.

Sarebbe riscontrabile, invece, nella componente della magistratura di orientamento democratico, anche l'intento di realizzare un'“eguaglianza emancipatrice” per attribuire, e questo anche nel processo penale, ai soggetti svantaggiati lo stesso livello di garanzie riconosciuto ai soggetti economicamente e culturalmente forti.

Si ripresenta la necessità di decisioni assunte da magistrati che non siano meri burocrati esecutori e che assolvano un ruolo di garanzia nei molteplici campi oggi posti dalla tutela anche dei diritti individuali di ogni minoranza sottoprotetta.

Dall'interno della magistratura provengono anche voci diverse (T. Epidendio, *La grande decostruzione del disegno costituzionale della magistratura*, in www.giustiziainsieme.it, 24 maggio 2022).

Si parla di una *decostruzione* in atto del disegno costituzionale della magistratura, disegno che è stato solo un bel sogno, nonostante una realizzazione per alcuni aspetti quasi raggiunta.

La decostruzione è avvenuta attraverso “progressivi slittamenti di senso”.

A causa di fattori interni, individuati nella crisi della soggezione del

giudice alla legge. Protagonista di questa crisi il bilanciamento dei valori in conflitto operato dall'interprete giudiziario oltre il testo, in base alla sua "precomprensione (*convinzioni personali da varia natura*)" ritenuta più giusta nel caso concreto. L'autore si chiede se ciò sia un fantasma del c.d. "diritto libero", certo ora con nobili fini sociali del giudice: la tutela di diritti costituzionalmente garantiti e con il plauso di parte della cultura giuridica.

Un processo che però andrebbe infine a minare autonomia e indipendenza del giudice, che si vorrebbe invece soggetto alla legge: un giudice inebriato da una libertà di ruolo, perderebbe infatti la radice costituzionale della sua legittimazione.

Connessa la crisi dell'obbligatorietà dell'azione penale con la convinzione diffusa, quanto fondata, che il principio costituzionale sia, di fatto, divenuto un mero simulacro per scelte selettive incontrollate delle singole Procure.

Tra i fattori esterni, la esasperata personalizzazione delle funzioni, in particolare di quelle del PM, ritenuta conseguenza indesiderata, ma inevitabile, del processo accusatorio e del suo aspetto agonistico, che favorisce l'esasperarsi della sua rappresentazione mediatica.

Se ci si pone in una prospettiva esterna a quello che abbiamo detto essere il fulcro della esperienza del '72 – una proposta interna al corpo giudiziario sul ruolo della magistratura – lo sguardo si spinge sulla crisi delle liberal-democrazie occidentali e della ripartizione di poteri nella loro fisionomia costituzionale: un tema oggi più che mai all'ordine del giorno internazionale e dominante nel discorso pubblico (crisi di recente descritta da C. Galli, *Democrazia ultimo atto?*, Einaudi, Torino, 2023. In una bibliografia ormai amplissima mi limito a richiamare L. Violante, *Democrazia senza memoria*, Einaudi, Torino, 2017).

6. *Qualche ipotesi per una diversa ricostruzione*

In conclusione, come ogni storia, anche quella che trascorre dall'"Uso alternativo del diritto" all'odierno "Diritto vivente" è dotata di capacità persuasiva, fino a "governare il mondo". Ciò vale anche per questa storia: accanto a narrazioni agiografiche, proviamo a proporre, solo per tesi, un altro racconto a proposito dell'affermarsi della teoria del "diritto vivente".

Rispetto alla riforma del processo penale intervenuta nel 1989, già a partire dagli anni '80 la Magistratura si era schierata compatta contro

qualsiasi ipotesi di riforma dell'ordinamento giudiziario volta a marcare la distinzione tra funzione giudicante e inquirente: assisteremo così al paradosso della gelosa conservazione di un ordinamento giudiziario, pensato per un processo che contemporaneamente si voleva cambiato radicalmente quanto alle garanzie del cittadino.

Un tabù restò quella del reclutamento burocratico, della formazione e, in definitiva, della legittimazione dei magistrati.

Ad affermarsi progressivamente lo spostamento verso il giudiziario di poteri effettivi (e irresponsabili), via via sottratti al processo decisionale democratico descritto dalla Costituzione vigente.

Quanto al principio di determinatezza e tassatività, centrale nel discorso di Bricola sul binomio discrezionalità e interpretazione, fatta eccezione per la storica sentenza n. 96/1981, assai riservata fu la giurisprudenza costituzionale, facendo tutt'al più ricorso al principio in sede di *obiter dicta* argomentativi.

Chiusa anche la stagione delle sentenze interpretative e della loro capacità di orientare i giudici - si data la svolta alla sentenza n. 356/96 - con quella che si è definita una "polverizzazione del giudizio di costituzionalità della legge" (M. Luciani, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Milano, 2016).

Da non trascurare poi l'enigmatica sentenza delle Sezioni unite "Pezzella" del 2004 (SS.UU. 31 marzo-7 maggio 2004, RV 227523), che autorizza il più "piccolo" dei giudici ad individuare letture costituzionalmente conformi ulteriori e diverse rispetto alle decisioni interpretative fornite dalla Corte, così destinandole all'estinzione. Prodromi dell'affermarsi di quel criterio generalizzato di interpretazione costituzionalmente conforme che mette i valori e i diritti e i loro bilanciamenti nelle mani del singolo interprete giudiziario.

Si è ufficializzato così il nuovo idolo: il diritto vivente. Il prodotto finito in tutti i dettagli, in *outsourcing* nei laboratori delle giurisdizioni, in attesa del marchio della Cassazione, possibilmente a sezioni unite (secondo i criteri indicati in SS. UU. 21 gennaio-31 maggio 2010, n. 18288, Beschi) con un ruolo assai importante svolto degli studi svolti dal suo Ufficio del massimario. Processo culminato con la riforma dell'art. 618 c.p.p. (L. 103/2017).

Il dialogo è spesso con le fonti sovranazionali, ma, soprattutto, con sentimenti e pulsioni rappresentate dai *media*. Il giudice *vox populi*, che spesso esprimerà anche quella "società giudiziaria" (L. Violante, *La crisi del giudice "bocca della legge" e l'emergere di nuove concezioni di ruolo giudiziale*

rio, in AA.VV. *Anatomia del potere giudiziario* (a cura di C. Guarnieri, G. Insolera, L. Zilletti), Carocci, Roma, 2016, 32 ss.) che vede ogni soluzione nella punizione e nel suo costante incremento. Posizione antagonista nei confronti della demonizzata “società politica” che, invece, in nome della mediazione tra interessi, della “prudenza” legislativa (virtù della legislazione secondo A. Barbera, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, VIII, Milano 2016, che si contrappone alle intuizioni, alle empatie del giudice, 336 ss.), potrebbe anche sacrificare valori e diritti: sacrifici che sarebbero invece tutti “inciuci della casta”.

Non stupisca la condanna al pubblico ludibrio di chi commette “il reato di assoluzione” (faccio mia una divertente provocazione di Vincenzo Zeno-Zencovich) o all'emarginazione corporativa di quei magistrati che ancora si trastullano con l'art. 12 delle preleggi.

Vero è che il giudice interprete del testo si distingue da tutti coloro che esercitano quell'attività in altri saperi. Questo ci impone di respingere le suggestioni molto *à la page*, filosofiche, semeiotiche, psicologiche etc. che si sono annidate anche nella mente di qualche penalista. Quei penalisti che Giorgio Marinucci chiamava gli spensierati teorici dell'interpretazione (G. Marinucci, *L'analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2007, 1255).

La determinazione delle linee di confine tra il lecito e l'illecito penale è un esercizio proprio della sovranità politica. Quando la politica rinuncia ad esercitare questa sovranità, si verificano inevitabilmente commistioni di ruoli e sovrapposizioni di interventi che fanno passare il comando dalla politica alla tecnocrazia dei giuristi, privi di responsabilità politica. Nell'assenza di confini certi tra politica e giurisdizione il giudice va ben oltre la moderazione giurisdizionale del conflitto, operandone invece una mediazione politica (L. Violante, *cit.*).

La questione sta e cade sulla individuazione dei confini e, quindi, dei limiti delle interpretazioni giudiziali (M. Luciani, *op. cit.*, 226).

Il diritto, come atto di volontà politicamente legittimato – (il paradigma resta quello hobbesiano. Lo ricorda D. Pulitanò, *Sulla pena, fra teoria, principi e politica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2016, 642 ss.) - ha come primo destinatario il cittadino e il suo contenuto non può essere identificato a posteriori. Ha un senso quindi parlare ancora di certezza del diritto invece che di prevedibilità delle decisioni giudiziarie. Solo il legislatore può agire in base a valutazioni di opportunità. Solo il giudice è tenuto a motivare. Il positivismo oggi è perfettamente consapevole della polisemia dei termini del linguaggio, dell'impossibilità che un testo manifesti tutte le potenzia-

lità significanti fuori dal concreto contesto materiale: deve però restare lo stacco, netto, tra *legis latio* e *iuris dictio*. La capacità di orientamento offerta dal testo nella interpretazione della volontà legislativa opera come argine a teorizzazioni, che coinvolgono anche parte della penalistica, che arrivano alla conclusione “che fra creazione e interpretazione della norma non vi sarebbe differenza perché la seconda ‘è’ la prima” (M. Luciani, *op. cit.*, 418). Anche l’interpretazione della Costituzione non si differenzia da quella della legge: vi è solo una differenza di “gradazione” si è detto, visto che è alla Costituzione che compete fissare i valori di riferimento di una comunità (M. Luciani, *op. cit.*, 441).

La trasformazione della Costituzione da tavola delle regole a officina (“deposito”, così, ad esempio, V. Onida, *Le radici della giustizia costituzionale*, in *Lezioni di diritto costituzionale* a cura di A. Vignudelli, Modena 2012, richiamato da A. Barbera, *op.cit.*, 323 ss. e, *passim*, per una critica di questa tendenza) di valori alimenta un’ideologia creativa del momento interpretativo che, come una cascata attraversa e “dice” il diritto in tutte le giurisdizioni, azionando il proliferare di sempre nuovi diritti da porre sulla bilancia, che si vuole sostituita al sillogismo, ma che, necessariamente, va a detrimento di altri diritti. La questione affiora fortemente a proposito delle vicende della interpretazione costituzionalmente conforme, veicolo che può contribuire a sorreggere mistificazioni, solo apparentemente persuasive, per superare il limite da parte della magistratura ordinaria.

Il tema del limite non si può esaurire trascurando alcuni dati che rendono particolare la vicenda italiana a proposito del rapporto tra giudice e legge.

Se l’interpretazione nel diritto penale ha un rapporto stretto con il potere e la coercizione, non si può tralasciare la crisi profonda e ingravescente che vive la democrazia rappresentativa, scelta come forma di governo dalla nostra Costituzione.

Il deperimento del ruolo del Parlamento ha travolto tutta la narrativa che aveva sorretto il nostro fondamento costituzionale della legalità: irrisa la riserva di legge, determinatezza confusa con il pensiero dominante liberamente prodotto dal potere giudiziario nel dialogo diretto con tanti attori presenti nel discorso pubblico.

C’è un rapporto sempre più diretto di singoli magistrati e dell’Associazione nazionale magistrati con i principali media, proponendo o applicando soluzioni politico criminali apertamente antagonistiche rispetto al testo o, ancor prima, alla progettazione legislativa.

È questo il dato nuovo di realtà, con il quale dovrà misurarsi l’interminabile dibattito sull’interpretazione. Vi è, da parte del potere giudiziario,

una produzione endogena di *opinion maker*: una *leadership* giudiziaria alla quale sempre più spesso si affida la politica in crisi.

In definitiva “Il diritto vivente” frutto della cooperazione e del confronto con il sentire e le attese sociali rispetto al semilavorato legislativo, ci rimanda al concetto problematico, e non da oggi, di opinione pubblica: sulla sua sostanza e sui meccanismi sociali, economici e politici che oggi appaiono sovrintendere alla sua formazione (qualche riferimento in G. Insolera, *Forca e melassa*, Mimesis, Milano-Udine, 2021).

7. In conclusione

C'è un nesso tra i significati dei quali oggi si è caricato il concetto di “diritto vivente”, della “giurisdizionalizzazione” anche del diritto penale e l'opera di Franco Bricola che si avvia a compiere sessanta anni.

La ritroviamo sintetizzato nel lucido monito che la conclude a proposito di misure di carattere preventivo – misure di sicurezza e misure di prevenzione.

In termini generali l'affidamento alla giurisdizione costituisce solo un passaggio per assicurare garanzie ai diritti di libertà.

“L'“imparzialità” dei giudici non è una virtù carismatica, ma una qualità fondata, oltre che su alcune garanzie di carattere organizzatorio, anche e soprattutto sulla loro soggezione alla legge, ossia sul fatto che la loro attività si svolga, in senso più lato, tramite l'applicazione del diritto”. “In senso lato”, poiché in diritto penale la discrezionalità può non contraddire il principio di legalità solo se appaia necessaria e vincolata “non altrettanto può dirsi laddove l'ambiguità della formula normativa lasci l'organo giudicante arbitro di adottare qualsiasi soluzione ovvero laddove l'assenza completa di un parametro di valutazione gli conferisca un potere discrezionale assolutamente libero” (p. 420).

Nel cambiamento degli scenari della giustizia penale che ho provato a raccontare, la lettura della *Discrezionalità nel diritto penale* continua a condurci al vivido pensiero lasciatoci dall'autore: alla comprensione e alle inquietudini per il futuro della giustizia penale.

FRANCO BRICOLA

LA DISCREZIONALITÀ NEL DIRITTO PENALE

VOLUME I

NOZIONE E ASPETTI COSTITUZIONALI



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ - EDITORE - 1965

Al mio Maestro
Pietro Nuvolone

AVVERTENZA

Il presente studio fa parte di una complessa trattazione monografica sulla discrezionalità penale che ho in corso di elaborazione.

L'ordine della trattazione è il seguente: Parte I: *Nozione e profili dogmatici della discrezionalità nel diritto penale*; Parte II: *Stretta legalità e discrezionalità penale alla luce dei principî costituzionali*; Parte III: *Le principali ipotesi normative di discrezionalità nel sistema penale vigente*. La prima parte persegue l'obiettivo di enucleare la nozione di discrezionalità penale, differenziandola da talune categorie concettuali affini e, soprattutto, dal difetto di tassatività (o indeterminatezza) della fattispecie penale. Con la seconda parte l'indagine si addentra nella tematica delle fonti del diritto penale, la quale si ripropone all'attenzione dello studioso, alla luce del *novum* costituzionale rappresentato dall'art. 25 della Costituzione. La terza parte si propone, infine, lo scopo di analizzare le dimensioni che il fenomeno della discrezionalità (e, correlativamente, quello dell'indeterminatezza della fattispecie) assume nel sistema penale italiano. A tal fine, l'analisi, a carattere necessariamente esemplificativo, esaminerà le ipotesi normative di discrezionalità che si configurano con riferimento, rispettivamente, alle vicende costitutive, modificative ed estintive della punibilità ed, infine, alla tipologia sanzionatoria criminale (pene e misure di sicurezza). Quanto alla vicenda costitutiva, l'esame si appunterà, rispettivamente, sul fatto,

considerato prima nel suo aspetto obiettivo e poi in quello subiettivo, sui limiti scriminanti (di tipo oggettivo e soggettivo) e, da ultimo, sui limiti della norma penale, assunta sotto il profilo «della garanzia». Obiettivo finale della III Parte: dimostrare come lo studio degli istituti penali sotto il peculiare angolo visuale del momento di discrezionalità ad essi collegato, possa contribuire ad una migliore ricostruzione dogmatica dei medesimi. È questa una prospettiva trascurata dalla prevalente dottrina: quale risultato della tendenza ad identificare la discrezionalità con un potere di scelta meramente arbitraria del giudice penale.

CONSIDERAZIONI PRELIMINARI

Il problema più drammatico dell'esperienza penalistica contemporanea è, com'è stato osservato (1), « quello di improntare e regolare i rapporti tra il principio della difesa sociale e il principio di legalità ». La sempre maggiore accentuazione del carattere di prevenzione speciale della pena reca con sè l'esigenza di una sua individualizzazione e pone in primo piano l'accertamento della personalità del reo. Di qui un progressivo allontanamento dal dogma della fattispecie e un correlativo aumento dei poteri discrezionali del giudice penale.

L'indirizzo in parola non sembra destinato a subire battute d'arresto: una puntuale conferma si trova nel recente disegno di legge per la riforma del codice penale (1-bis) che ha, appunto, fra i suoi motivi ispiratori un ulteriore aumento della discrezionalità. Un forte stimolo a proce-

(1) Cfr. NUVOLONE, *Il controllo del potere discrezionale attribuito al giudice per la determinazione delle pene e delle misure di prevenzione*, in *Jus*, 1958, p. 244. Sui pericoli derivanti, per il principio di legalità, dalla scuola di difesa sociale pone l'accento, fra gli altri, M. WAIBLINGER, *Die Bedeutung des Grundsatzes « nullum crimen sine lege » für die Anwendung und Fortentwicklung des schweizerischen Strafrechts*, in *Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht*, Berna, 1955, p. 216 ss. L'importanza del conflitto tra « tutela di rigida certezza del diritto nell'esercizio del diritto penale e ampliata libertà di valutazione del giudice penale » è sottolineata, sia pure muovendo da un diverso angolo visuale, da G. RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto*, Torino, 1958, p. 223.

(1-bis) Cfr. *Delega legislativa per la riforma dei codici*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1964, p. 148.

dere in tal senso è, altresì, costituito dalla necessità di soddisfare uno dei maggiori bisogni dell'uomo contemporaneo: il bisogno, cioè, di eguaglianza come diversa valutazione dei distinti, anche sul piano del trattamento punitivo (2), che si identifica con la esigenza di una giustizia sostanziale. Ciò che caratterizza l'attuale fase di attacco al dogma della legalità è il fatto che essa non muove da presupposti di natura politico-ideologica (3), bensì è il risultato di più moderni indirizzi del pensiero criminalistico.

Tale osservazione non vale, però, ad attenuare i pericoli che si annidano in questi orientamenti. Infatti l'accettazione indiscriminata dell'esigenza della prevenzione caso per caso a giudizio discrezionale del magistrato si presta ad aprire le porte ai più gravi arbitrî, consapevoli o inconsapevoli; a scapito di quel bisogno di eguaglianza di cui s'è detto. L'allentamento del rigore della fattispecie legale può, inoltre, compromettere o neutralizzare la contestazione dell'accusa che, presupposto imprescindibile del diritto di difesa, può considerarsi come il nucleo attorno al quale ruota tutto il sistema delle garanzie giurisdizionali del processo penale: è questo un aspetto delicatissimo del problema al quale non si presta sempre la dovuta attenzione.

L'indagine si propone, di conseguenza, l'obiettivo di individuare la portata che il potere discrezionale del giu-

(2) Sul valore essenziale che i bisogni di eguaglianza e di giustizia assumono per l'uomo contemporaneo, cfr. le mirabili osservazioni di CAPOGRASSI, *Su alcuni bisogni dell'uomo contemporaneo*, in *Scritti giur. in memoria di V.E. Orlando*, Padova 1957, I, p. 344.

(3) Sottolinea tale carattere, NUVOLONE, *Il principio di legalità e il principio della difesa sociale*, in *Studi in memoria di GRISPIGNI*, Milano, 1956, p. 237 ss. Sul punto, sia pure non esplicitamente, vd. anche, GERMANN, *Le contrôle du pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination des peines et des mesures de sûreté*, in *Rev. intern. de droit pénal*, 1957, p. 235.

dice assume, *de jure condito*, nel sistema penale italiano, nonchè i limiti che all'espansione di esso assegna la Costituzione la quale, sensibile alle più moderne esigenze della prevenzione speciale (art. 27 comma 3°), contiene alcune significative disposizioni, anche se estremamente concise, in materia penale (art. 25 comma 2° e 3° e art. 27 comma 1°); senza perdere di vista le norme che concernono le più rilevanti garanzie giurisdizionali. Si tratta, perciò, di cogliere, a livello costituzionale, il punto di equilibrio tra il bisogno di certezza formale, ancorato ad un sistema di tassative fattispecie legali e il bisogno di giustizia sostanziale: l'antitesi, coesistente all'idea stessa del diritto (4), assume toni di più intensa drammaticità sul terreno del diritto penale.

L'individuazione dei casi in cui il legislatore penale può, ovvero *deve*, per vincolo costituzionale, conferire al giudice un potere discrezionale rappresenta l'aspetto *politico-legislativo* del problema oggetto di indagine. Necessariamente preliminare ad esso è l'aspetto *dogmatico* (5) che consiste nella determinazione dell'essenza del concetto di discrezionalità, dei confini che la separano da altre forme di attività giudiziale e, infine, delle regole che ne disciplinano l'applicazione. Trattasi di un aspetto estremamente delicato, data l'assenza di una definizione normativa di discrezionalità: l'unica norma che accenna esplicitamente ad essa essendo costituita dall'art. 133 c.p. Questa situazione giustifica la poliedricità di significati assunta

(4) Sul tema, che ha affaticato la mente di ogni giurista, cfr., per tutti, le brevi ma lucide osservazioni di RADBRUCH, *Propedeutica alla filosofia del diritto*, Torino, 1959, p. 107 ss.

(5) Per una distinzione tra aspetto politico-legislativo, processuale e dogmatico del problema della discrezionalità cfr. WARDA, *Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht*, Köln, 1962, p. 7.

dalla locuzione « discrezionalità »: sia nel linguaggio comune, ove essa tende piuttosto a connotare l'arbitrarietà del giudizio, sia, più propriamente, nella dottrina e nella giurisprudenza che, talora, tendono ad identificare nella discrezionalità anche la pura interpretazione della legge, in maniera da neutralizzare l'autonomia logica e pratica del concetto, talaltra scambiano con essa il fenomeno della meno rigorosa tassatività della fattispecie penale. L'esame dei rapporti tra interpretazione dei concetti elastici e discrezionalità costituirà, pertanto, uno dei punti nevralgici del profilo dogmatico dell'indagine. In questa prospettiva l'interprete deve cercare di enucleare un concetto fondato non su presupposti d'ordine aprioristico o metagiuridico, bensì sull'unico schema offerto dal sistema penale positivo (ossia l'art. 133 c.p.).

Questo concetto deve possedere una propria operatività, consistente, fra l'altro, nella determinazione della sfera d'indagine sottratta, entro certi limiti, al sindacato del giudice di puro diritto; la relativa problematica rappresenta l'aspetto *processuale* del tema della discrezionalità, che la nostra indagine potrà soltanto sfiorare, a fini di completezza. Allo stesso aspetto si ricollegano altresì quelle norme processuali penali che approntano una serie di garanzie atte ad impedire che il potere discrezionale del giudice si converta in arbitrio (ad es. le norme che prescrivono il dovere di motivazione). Questi tre profili dell'identico problema vengono spesso confusi tra di loro: il che ostacola indubbiamente l'acquisizione di un'esatto concetto di discrezionalità. Così dicasi, ad es., della tesi che identifica la discrezionalità con l'insindacabilità da parte della Corte Suprema, scambiando l'essenza del concetto con le sue pratiche conseguenze.

L'indagine, avendo prevalentemente riguardo all'aspetto dogmatico e al profilo politico legislativo del tema, presenta un carattere sostanziale: studiare la discrezionalità penale significa infatti analizzare un certo tipo di norme penali sostanziali le quali si completano e si integrano in fase di accertamento alla luce della particolare significatività e della serie di valori espressa dal caso concreto. L'assunto risulterà più chiaro una volta raggiunta, in sede dogmatica, l'esatta nozione di discrezionalità; per il momento esso è sufficiente a ribadire l'indissolubile legame che avvince la norma penale alla fase del giudizio (6).

All'aspetto processuale del problema l'indagine si rivolge solo nei limiti in cui esso si rivela necessario ad integrare il profilo dogmatico. Resta, inoltre, estraneo all'analisi l'esame delle norme processuali penali a carattere discrezionale: ad esse, così come alle norme amministrative dello stesso tipo, si farà riferimento esclusivamente a fini esemplificativi, nonchè allo scopo di accertare se sia del tutto illogico il tentativo di costruire una nozione unitaria di discrezionalità, comune ai vari rami del diritto.

Di discrezionalità amministrativa si avrà occasione di parlare anche con riguardo a quei casi in cui essa assume una rilevanza indiretta nel diritto penale. Alludiamo a quelle fattispecie penali che sono imperniate sulla « contrarietà di un atto ai doveri d'ufficio » ovvero sulla « legalità di un provvedimento » dell'autorità amministrativa (art. 650 c.p.). Quivi l'interprete ha ragione di prospettarsi il quesito se nell'ambito di dette locuzioni rientri an-

(6) Uno dei più tenaci assertori di questa correlazione è il Carnelutti: dell'insigne Autore cfr., soprattutto, *Lezioni sul processo penale*, II, Roma, 1946, p. 118. In proposito si veda anche S. MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, s.d., p. 48 ss.

che l'irregolare o cattivo esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione. Non si tratta, come meglio vedremo, di un potere discrezionale del giudice penale nell'accertamento di questi elementi, essendo egli vincolato al dato extrapenale ovvero alle indagini dell'autorità amministrativa. Del problema avremo modo di occuparci in sede di esame degli elementi elastici e normativi della fattispecie penale (nella III Parte dell'indagine), nonché delle implicazioni che essi presentano quanto al principio di stretta legalità e alla discrezionalità penale.

Rimangono, infine, al di fuori dell'indagine le questioni che si prospettano in sede di accertamento del fatto e di libera valutazione delle prove: questa fase, che costituisce il secondo momento del sillogismo giudiziale nella sua classica anche se criticata (7) configurazione, viene, infatti, costantemente (8) tenuta distinta dalla discrezionalità che appare esclusivamente coesistente alla fase di ricostruzione o individuazione della norma applicabile nel caso concreto.

Chiarito l'oggetto e il significato dell'indagine, non resta che affrontare l'esame del suo punto più nevralgico: la definizione, cioè, della discrezionalità penale e il suo inquadramento dogmatico.

(7) Per taluni rilievi critici cfr., di recente, M. MASSA, *Massime di esperienza e « sillogismo indiziario »*, in *Foro pen.*, 1963, p. 12 ss., cui rinviamo, altresì, per gli accurati richiami bibliografici concernenti, in specie, la letteratura giuridica nord-americana.

(8) Per tutti, vd. WARDA, *Dogmatische Grundlagen*, cit., p. 106 e, nella letteratura italiana, S. MESSINA, *La discrezionalità*, cit., p. 65 ss. Naturalmente non è da escludere la possibilità che esistano norme processuali, dirette a disciplinare l'accertamento del fatto, di tipo discrezionale. Trattasi, tuttavia, di un problema che concerne l'applicazione del diritto e non il puro accertamento del fatto o la valutazione delle prove (*freie Beweiswürdigung*).



PARTE PRIMA

**NOZIONI E PROFILI DOMMATICI
DELLA DISCREZIONALITÀ NEL DIRITTO PENALE**

CAPITOLO PRIMO

ORIENTAMENTI DOTTRINALI
E GIURISPRUDENZIALI
SULLA DISCREZIONALITÀ PENALE

SOMMARIO: 1. Tendenze giurisprudenziali e dottrinali che, sia pure indirettamente, finiscono per concepire la discrezionalità come « illimitata libertà di decisione » ossia come « arbitrio ». — 2. La discrezionalità come *a*) espressione di un generico potere di indulgenza. — 3. (*segue*) *b*) come potere di scelta vincolato o libero a seconda dei casi. — 4. Tendenza a sistemare tutte le ipotesi di discrezionalità nel concetto di « indeterminatezza della fattispecie ». — 5. La discrezionalità come forma di etero-integrazione ovvero di tipicità *per relationem*: il metodo di descrizione indiretta della fattispecie penale. — 6. Diversità di premesse metodologiche nell'impostazione del problema. — 7. Influenze « concettualistiche » nella ricostruzione della nozione di discrezionalità penale. — 8. Una recente configurazione della natura e del contenuto della discrezionalità come punto di partenza della nostra costruzione.

1. L'interprete che si accinga ad uno studio della discrezionalità penale non può non tenere presenti le differenti accezioni con cui, nella dottrina e nella giurisprudenza, viene contrassegnato il concetto. Qualche volta si tratta di connotazioni esplicite, altre volte di definizioni che si ricavano indirettamente da prese di posizione relative ad una serie di quesiti che si propongono con riguardo a norme penali strutturate in forma discrezionale. Quest'ultimo è il caso delle tendenze che identificano la discrezionalità con una illimitata libertà di decisione del giudice ovvero con un generico potere di indulgenza. Le due accezioni, per quanto distinte e differentemente motivate,

sono sostanzialmente convergenti, in quanto tendono a ri-sospingere la nozione sul terreno dell'arbitrio. Esaminiamole partitamente.

È opinione concordemente accolta (9) quella che ritiene l'arbitrio giudiziale scarsamente adeguato agli sfondi culturali nei quali si inquadrano i moderni sistemi giudiziari, nonchè agli ordinamenti costituzionali, cui preme di rianodare il più possibile l'attività giudiziale alla legge (10); analogamente dicasi per la *freie Ermessen* dell'autorità amministrativa, anche se, indubbiamente, il processo storico di assestamento dell'attività amministrativa alla legge è stato più lento (11). Malgrado questa premessa di generale accoglimento, la suggestione a convertire la discrezionalità del giudice in un potere di scelta sovrana è tuttora prevalente.

La conferma di questo processo di identificazione, che nel linguaggio corrente e nella mentalità comune è molto diffuso, appare evidente. E così quando si asserisce (12)

(9) Un accenno a questo orientamento si trova in CORDERO, *Circostanze « generiche » e termine di prescrizione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1953, p. 329; l'Autore si sofferma, tuttavia, piuttosto sull'aspetto culturale che non su quello costituzionale di tale impostazione.

(10) Espressione tipica di questo atteggiamento è l'art. 101 comma 2° della Costituzione, cui si riaggancia logicamente la norma costituzionale che, indirettamente e in forma più rigorosa, vincola il giudice penale alla legge (art. 25 comma 2° e 3°). Sull'aspetto costituzionale di questa vincolatività del giudice alla legge la bibliografia è vastissima; per un recente riesame del tema, con particolare riguardo all'art. 20 comma 3° della Costituzione tedesca, cfr. W. MAIHOFFER, *Die Bindung des Richters am Gesetz und Recht*, in *Annales Univ. Saraviensis*, 1960, p. 5 ss.

(11) Sul tema dei rapporti tra legge e autorità amministrativa fondamentale è lo studio di M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1939.

(12) Tipica espressione di questo indirizzo che frequentemente fa capolino nella giurisprudenza è la sent. Cass. 6 febbraio 1962, Colapinto e altro ric., in *Cass. pen. Mass. annotato* 1962, p. 900, m. 1666, che concerne specificamente un'ipotesi in cui il giudice di merito aveva fissato una pena

che il dovere di motivazione, costituente la più efficace garanzia per un regolare esercizio del potere discrezionale, può esaurirsi nell'uso di una serie di «formulette pigre» (13), quali, ad es. in tema di determinazione della pena, «si stima equa la pena di...», «adeguata al fatto e alla personalità dell'agente è la pena di...», anzichè tradursi nella documentazione dell'*iter* logico che ha condotto il giudice alla decisione, e si incalza ritenendo sufficiente un richiamo generico ai criteri dell'art. 133 c.p., si finisce praticamente per ridurre la discrezionalità ad un *merum arbitrium*: a nulla valendo la circostanza che esso sia, sul piano normativo, «*regulatum*» (14) tramite l'indicazione di una serie di criteri-guida. Nello stesso ordine di idee vanno collocate sia la tendenza (15) a non ritenere necessario l'esame analitico dei vari elementi *ex art. 133 c.p.* i quali peraltro, svuotati di ogni valore vincolante, vengono ridotti al rango di una mera «guida normativa interna per la coscienza del giudice nella commisurazione della pena» (16); sia l'affermazione giurisprudenziale secondo cui «... tanto nella determinazione della pena base quanto nell'applicazione degli aumenti o diminuzioni di pena in

media tra il minimo e il massimo legale. In contrasto, almeno apparente, con questo indirizzo si trova quella parte di giurisprudenza che, per contro, ritiene generico il motivo di impugnazione che, con riguardo alla misura della pena, si esaurisce nella sola espressione «pena eccessiva»: cfr., in tal senso, Cass. 24 novembre 1961, Simoni ric., in *Giust. pen.*, 1962, II, c. 490 m. 820.

(13) La locuzione è di BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Milano, 1939, p. 99.

(14) Per la distinzione tra le due forme di «*arbitrium*» cfr. BELLAVISTA, *Il potere discrezionale*, cit., p. 21 ss.

(15) Cfr., ad es., Cass. 5 aprile 1939, Donati ric., in *Giust. pen.*, 1940, II, c. 1147, m. 1128.

(16) Così Cass. 16 febbraio 1938, Ciarchi ric., in *Giust. pen.*, 1940, II, c. 129, m. 86.

rapporto alle circostanze del reato, l'adozione del *criterio della medialità* non esige una esplicita motivazione, giacchè rappresenta l'*optimum* dell'equilibrio tra i limiti estremi in cui può spaziare l'esercizio della discrezionalità » (17).

L'illogicità di quest'ultima affermazione che ravvisa nel carattere *medio* della pena la conferma dell'assenza di arbitrio giudiziale è particolarmente evidente. Un duplice rilievo si rende, a tal punto, necessario: da un lato, la tendenza giurisprudenziale cui si fa cenno assume una maggiore intensità presso gli organi giurisdizionali speciali (si pensi ad es. ai Tribunali militari (18)); dall'altro, non va sottaciuto come la Corte Suprema richiami più volte i giudici di merito (19) all'osservanza rigorosa del dovere di motivazione quanto all'esercizio della discrezionalità.

In linea di massima, comunque, l'orientamento giuri-

(17) Cass. 16 dicembre 1960, P.M. ric., in *Giust. pen.*, 1962, III, c. 498, m. 649: nello stesso senso, Cass. 6 febbraio 1962, Colapinto e altro ric. cit.

(18) Cfr., ad es., Trib. Sup. mil. 4 marzo 1960, P.M. ric., in *Giust. pen.*, 1962, III, c. 183, m. 8, che, con riferimento all'art. 59 c.p., ritiene adeguatamente esaurita la motivazione con « la sola enunciazione della eseguita valutazione delle circostanze... ai fini di determinare l'efficacia operante sulla pena... ».

(19) Vd., ad es., Cass. 30 maggio 1962, Sulas ric., in *Giust. pen.*, 1962, c. 1089, m. 2027, che considera inadeguata la motivazione « pena equa stimasi ». Altre volte la Corte Suprema afferma la necessità che la motivazione dimostri che il potere discrezionale non si è tramutato in arbitrio, senza tuttavia chiarire il limite a partire dal quale tale obbligo può dirsi realizzato: così, ad es., Cass. 13 febbraio 1956, Russo ric., in *Giust. pen.*, 1956, II, c. 485, m. 524. Non sempre è, inoltre, chiaro entro quali confini la motivazione può essere *implicita*: in una posizione equivoca si trova, ad es., in proposito la sent. Cass. 20 gennaio 1955, Nevolo ric., in *Giust. pen.*, 1956, III, c. 171, m. 189. Si adagiano, per contro, su « pigre formule »: Cass. 21 gennaio 1942, Marabelli ric., in *Giust. pen.*, 1942, II, c. 675, m. 1134; Id. 2 maggio 1941, Spagnoli ric., *ivi*, 1941, II, c. 388, m. 638 (« si stima congrua la pena... »). Per una disamina più accurata di queste varie tendenze giurisprudenziali cfr. SIRACUSANO, *In tema di discrezionalità nell'applicazione della pena* (Appunti sulla motivazione nell'applicazione della pena), in *Foro pen.*, 1957, c. 369 ss.

sprudenziale prevalente, neutralizzando la motivazione nel suo aspetto di « garanzia », spezza il più intenso diaframma che separa il potere discrezionale dall'arbitrio giudiziale. Per questi motivi, può dirsi giustificata l'affermazione ricorrente, con particolare riguardo all'art. 133 c.p., secondo cui (20) la determinazione della pena è frutto di un'arbitraria decisione del giudice; anche se l'asserto si regge su altre ragioni che esulano dall'angolo visuale da cui ci poniamo in questo momento. Il rilievo assume, inoltre, una portata più generale ove si tenga presente che, tramite un'estensione di cui si dimostrerà l'inesattezza, l'art. 133 c.p. viene assunto al rango di fondamento e limite di ogni ipotesi di discrezionalità penale.

All'identico risultato si perviene, d'altro canto, non solo attraverso considerazioni d'ordine *estrinseco* che attingono alla motivazione, bensì attraverso orientamenti di tipo *intrinseco*. Alludiamo a quelle tendenze che non si danno cura di individuare la *ratio* che costituisce il fondamento dei vari istituti strutturati in forma discrezionale. L'indirizzo muove da un chiaro presupposto concettuale: le ipotesi di discrezionalità sono ritenute ai margini del sistema, senza possibilità di inquadramento del medesimo, in virtù di una propria *ratio*. Esse sarebbero, fra l'altro, ove il risultato della discrezionalità integri un *beneficium* (21), rivolte a smorzare il rigore del sistema punitivo (21-bis). Sotto questo profilo, l'indirizzo tende a coin-

(20) Per un'accentuazione dell'« arbitrio giudiziale » che caratterizzerebbe la valutazione *ex art.* 133 c.p. cfr., da ultimo, CUCCHIARA, *Le pene brevi detentive*, in *Giust. pen.*, 1960, I, c. 429 ss.

(21) Un esame molto acuto di quest'indirizzo si trova in M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959, p. 35 ss.

(21-bis) Non v'è dubbio che questa può essere la genesi *storica e contingente* di molti istituti a carattere discrezionale: il che, tuttavia, non dispensa ancora l'interprete da una ricerca della *ratio* più profonda dell'isti-

cidere con quello, di cui si dirà tra breve, che identifica la discrezionalità con un generico potere di indulgenza. Il risultato è evidente: spogliata di ogni fondamento, la discrezionalità si converte in una facoltà di scelta tra più soluzioni tutte egualmente indifferenti per il diritto. A ciò corrisponde l'esautoramento completo della motivazione che assume il carattere di semplice specchio della coerenza, in termini di logica formale, del ragionamento del giudice (22). Questi rilievi valgono a far comprendere come in molte sentenze non si trovi altro limite al potere discrezionale al di fuori della « coscienza » del giudice (23).

tuto, nonchè della *funzione* che esso è chiamato a svolgere, innestandosi nel sistema penale. Tale *funzione* assolve al ruolo di guida nell'esercizio del potere discrezionale.

A conferma, comunque, dell'assunto di partenza può citarsi la genesi storica dell'art. 8 della legge 7 gennaio 1929 n. 4, il quale fa dipendere la continuazione fra reati o illeciti tributari da una valutazione discrezionale del giudice. Il clima storico della formazione della norma dell'art. 8 trovasi riflesso nella relazione del Ministro Mosconi: « L'istituto del reato continuato, molto discusso nel campo della dottrina, si presta a serie critiche dal punto di vista politico-criminale. Il progetto del nuovo codice penale l'ha giustamente respinto, almeno quale lo costruì il codice del 1889 tuttora vigente, nè si è ritenuto ora opportuno di farlo rivivere nella legislazione finanziaria. Si è perciò stabilito, nella prima parte dell'art. 8, la regola generale che per ogni violazione della stessa disposizione di legge si applica la relativa sanzione. Tuttavia, *ad attenuare notevolmente il rigore, d'altronde giustissimo, inerente a tale principio* (il corsivo è nostro), e tenuto conto altresì che le sanzioni portate dalle leggi finanziarie sono generalmente elevate, nel capoverso dell'art. 8 si dà facoltà di applicare, nei singoli casi, una sola sanzione in considerazione della lieve entità dei fatti e della scarsa pericolosità del loro autore ». In quest'ultima indicazione è racchiuso lo spunto per un approfondimento critico della *funzione* dell'istituto (a proposito di esso e della sua genesi storica cfr. PISCIOTTA, *Il reato continuato nelle violazioni delle leggi finanziarie*, in *Riv. pen.*, 1939, p. 939 ss.), che non è mera espressione di un potere di indulgenza del giudice.

(22) Pone in luce tale aspetto il CORDERO, *Circostanze « generiche »*, cit., p. 829.

(23) Un esempio è costituito dalla cit. sent. Cass. 16 febbraio 1938, Ciarchi ric.

Nell'ambito della medesima prospettiva si deve ricondurre anche la concezione c.d. *bifasica* della discrezionalità. In virtù di essa, il potere discrezionale del giudice, quando la norma penale attributiva sia articolata tramite l'uso della formula « può », non riguarderebbe soltanto il momento di individuazione del valore che costituisce il fondamento dell'istituto strutturato in forma discrezionale, ma consisterebbe anche in una ulteriore facoltà di applicare o meno il trattamento giuridico penale, una volta individuato tale valore.

L'esempio più calzante è fornito dalle attenuanti generiche (24): esse vengono, alla stregua di tale indirizzo, concepite come del tutto affidate alla valutazione del giudice, fino al punto da configurare anche la possibilità di non applicarle, qualora egli non lo ritenga opportuno, pur sussistendo nel caso di specie validi motivi per la concessione. Non v'è, pertanto, alcuna rinuncia ad individuare il valore ovvero il fondamento del potere discrezionale, contrariamente all'indirizzo in precedenza menzionato; senonchè questa ricerca viene neutralizzata dalla successiva fase discrezionale che si concreta in una mera facoltà di scelta. Ne consegue la riduzione della motivazione, relativa a questo momento puramente facoltativo, ad un ruolo del tutto estrinseco, posto che « possibilità di scelta sovrana e motivazione stanno agli antipodi » (25). Non va dimenticato, inoltre, sulla stessa scia, il tentativo di configurare un'ulteriore fase, preliminare, di discrezionalità: il giudice di-

(24) Sul punto, vd. ampiamente, M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., p. 35 ss. Per un accenno critico alla c.d. discrezionalità bifasica, con specifico riferimento all'ipotesi di reato continuato prevista dall'art. 8 della legge 7 gennaio 1929, n. 4, cfr. G. LEONE, *Cenni sul c.d. reato continuato finanziario*, in *Giust. fn.*, 1954, p. 7.

(25) Così CORDERO, *Circostanze « generiche »*, cit., p. 829.

sporrebbe, sempre con riguardo allo stesso tipo di norme, di una facoltà anche quanto all'esercizio del potere discrezionale stesso. Essa si muterebbe in dovere (26) solo di fronte ad un'istanza della parte interessata a ciò rivolta. Il margine di doverosità conseguirebbe, pertanto, dalla configurazione di un « onere della domanda » che appare inammissibile nel nostro sistema processuale (27).

Queste differenti prospettive dottrinali e giurisprudenziali, la cui arbitrarietà emergerà chiaramente dal prosieguo dell'indagine, hanno un punto comune, poichè riducono la discrezionalità ad una possibilità di libera decisione del giudice. Questa impropria assimilazione, oltre che il frutto di un'erronea interpretazione della natura della discrezionalità, può altresì essere il risultato del peculiare modo di formulazione della norma attributiva. Si pensi, ad es., al caso in cui sia fissato dalla legge un ampio margine di pena con riguardo ad una fattispecie incriminatrice che non offre in concreto una vasta gamma di estrinsecazioni oggettive e soggettive, ossia che non presenta una rispondenza criminologica altrettanto ampia. È indubbio che nell'ipotesi la fissazione della pena resta prevalentemente dominata dall'arbitrio del giudice. Questi casi di difettosa normazione (28) presentano in comune con i travisamenti dottrinali e giurisprudenziali il fatto di porsi in antitesi

(26) Questa impostazione è specificamente esaminata da M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., p. 137 ss.

(27) Quest'onere viene poi ricondotto al più generale onere della difesa di provare tutti i fatti che concretino esimenti o attenuanti: cfr. Cass. 23 novembre 1960, Galati ric., in *Giust. pen.*, 1962, III, c. 172, m. 319. In chiave fortemente critica cfr. CORDERO, *Circostanze « generiche »*, cit., p. 829. Sul punto si avrà occasione di tornare diffusamente.

(28) Altre ipotesi saranno poste in luce dall'ulteriore sviluppo dell'indagine.

con le più attuali concezioni circa i rapporti tra l'attività giudiziale e la legge.

2. Un concetto dommatico parzialmente diverso di discrezionalità si ritrova alle origini di un orientamento quasi esclusivamente giurisprudenziale, in virtù del quale essa viene considerata quale espressione di un generico potere di indulgenza. Questa identificazione non è sempre esplicita ma spesso è ricavabile da una serie di pronunzie relative a problemi specifici.

L'accento cade, di prevalenza, su ipotesi discrezionali caratterizzate in sede normativa dall'uso della locuzione « può » e, fra queste, su quelle che si concretano nell'attribuzione di un particolare vantaggio al reo: alludiamo, soprattutto, alle attenuanti generiche e ai c.d. benefici penali (sospensione condizionale, non menzione nel casellario giudiziale, perdono giudiziale: per quest'ultimo l'accostamento al potere di indulgenza subisce indubbiamente l'influsso della particolare suggestione terminologica). In rapporto a queste ipotesi la concezione opera, pertanto, uno scambio logico tra il risultato della loro applicazione (beneficio) e l'essenza che le connota (*aequitas* identificantesi con la pura *benignitas*) (29). Da un punto di vista

(29) Quanto all'equità come *humanitas* o *benignitas*, cfr. OSILIA, *L'equità*, in *Giur. it.*, 1948, IV, c. 51, con esclusivo riferimento al diritto privato; dello stesso A., vd. *L'equità nel diritto privato*, Roma, 1923. Per un acuto esame delle varie accezioni che connotano la locuzione cfr. DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, 1959, p. 1 ss. La nostra presa di posizione contro l'identificazione tra potere di indulgenza (o *benignitas*) e discrezionalità non significa negazione assoluta del valore che la *benignitas* può avere in sede interpretativa delle norme incriminatrici (espressione di essa è, infatti, il *favor rei*) ovvero, quanto al tema che ci riguarda più da vicino, come sfondo di un istituto a carattere discrezionale, di cui l'interprete deve, però, avere preliminarmente chiarita la *ratio*

potenziale non sembra frapporsi alcun ostacolo alla estensione di questa concezione anche ai casi che non si traducono in un beneficio: così, ad es., l'applicazione delle c.d. aggravanti *indefinite*, che, nel nostro sistema, costituiscono, entro certi limiti, il *pendant* delle attenuanti generiche (30), potrebbe essere giustificata sulla base dell'insussistenza di alcun motivo di indulgenza o di pietà nei confronti del reo; fungendo, in tal modo, da espressione, in chiave negativa, del medesimo potere di indulgenza. Di fatto, tuttavia, il terreno di espansione della concezione appare circoscritto entro l'ambito segnalato.

I presupposti da cui muove la concezione sono chiaramente individuabili. Essa è ancorata ad una visione meramente *legalistica* del diritto: ossia alla radicata convinzione, com'è stato osservato (31), «... che la legge è per definizione capace di prevedere e descrivere qualsiasi dato della realtà che sia rilevante per il diritto, per cui si ritiene che soltanto un vago intento pietistico possa averla spinta a lasciare al giudice un potere come quello di diminuire la pena al di sotto del limite stabilito per le singole ipotesi delittuose». L'affermazione specificamente riferita alle attenuanti generiche può estendersi anche ai benefici penali: i quali, introdotti in un sistema positivo e in un clima culturale ancora legati all'idea « retributiva » della pena, non potevano non apparire isolati e riconducibili ad un vago

nonchè la sfera potenziale di valori da cui può essere ricavata la necessità di un trattamento indulgente. Su queste cadenze deve, ad es., improntarsi la costruzione della natura giuridica delle attenuanti generiche.

(30) A proposito di questa forma singolare di aggravanti, la cui analisi sarà affrontata nella III Parte dell'indagine cfr. per un accenno, G. VASSALLI, *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, in *Conferenze. Primo Corso di perfezionamento per uditori giudiziari*, Tomo II, Milano, 1958, p. 737.

(31) M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., p. 42.

potere di indulgenza. Di qui, in un primo tempo, anche se, in realtà, questa mentalità è ancor oggi diffusa, la tendenza a non sforzarsi di individuare la vera *ratio* di questi benefici e della loro strutturazione in forma discrezionale. Invero, per le attenuanti generiche, l'accostamento al potere di indulgenza è anche suffragato da un fattore contingente: la dichiarata intenzione del legislatore (32) di introdurre nel sistema per attenuare la particolare gravità delle pene. Questo rilievo non può, tuttavia, essere sufficiente ad esonerare l'interprete, non vincolato a concezioni legalistiche del diritto, dal compito di individuare la *ratio* intrinseca dell'istituto e di collocarlo dogmaticamente nel sistema.

In questa prospettiva appare comprensibile la tendenza, che accompagna spesso l'introduzione di norme a carattere discrezionale nei sistemi penali, a considerarle come espressione di un « indebolimento » del rigore dei sistemi stessi (33).

Queste, inoltre, le conseguenze di un siffatto modo di pensare: anzitutto, la rinuncia ad individuare il complesso dei valori sottesi dalla norma discrezionale e, quindi, a costruire le ipotesi discrezionali nella forma di veri e propri istituti penali, dotati di una *ratio* autonoma. In tal guisa, esso si pone agli antipodi della concezione c.d. bifasica della discrezionalità, cui si è fatto cenno: posto che quest'ultima

(32) Sul motivo politico contingente che ha determinato la formulazione dell'art. 62 bis, vd. MANZINI, *Trattato di dir. pen. it.*, 4^a ed. agg. vol. II, 1961, p. 278.

(33) A conferma di tale assunto si veda, ad es., J. W. HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln*, Tübingen, 1933, p. 32 che, riferendosi all'introduzione nel codice penale tedesco di clausole generali e di ipotesi discrezionali, così commenta: « *Der Auflockerungsprozess zeigt sich auf dem Boden des Strafrechts in nachter Blossen* ».

non esita di fronte alla ricerca del « valore », anche se finisce praticamente per neutralizzarne l'operatività costruendo in termini di mera facoltatività la seconda fase della discrezionalità. Sotto il profilo della rinuncia, l'indirizzo in parola si affianca agli altri che tendono a ridurre la discrezionalità a mero arbitrio giudiziale: alla base di essa, come motivo sotterraneo di ispirazione, sta una sfiducia nei riguardi dell'« obiettività » di quei valori non codificati (34) che il giudice sarebbe costretto ad individuare nel caso concreto, nella prospettiva di un concetto dommatico più razionale e meno arbitrario di discrezionalità.

In secondo luogo, l'indirizzo ha come conseguenza la configurazione in termini di pura *facoltà* della situazione soggettiva di cui è titolare il giudice, sia per quanto attiene all'esercizio o meno del potere di indulgenza, sia rispetto alle modalità di esercizio.

Infine — ed è il *pendant* della precedente conseguenza — esso conduce ad una neutralizzazione della funzione della motivazione, che appare del tutto facoltativa, salva l'ipotesi in cui sussista un'istanza rivolta ad ottenere il beneficio o l'attenuante.

Esaminiamo ora, sia pure in forma esemplificativa, le principali affermazioni giurisprudenziali che costituiscono il punto di emergenza dell'indirizzo. Così, in tema di attenuanti generiche: la tendenza a concederle ovvero a rifiutarle sulla base di rilievi estrinseci, quali « l'imputato si dimostra degno ovvero indegno » (35), ecc.; in virtù di

(34) Per una riaffermazione del carattere « obiettivo » dei giudizi di valore, cfr. CAJANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954, p. 291 ss.

(35) Cfr., con formule abbastanza simili: Cass. 30 ottobre 1957, Santoni ric., in *Giust. pen.*, 1958, II, c. 101, m. 122; Id. 14 novembre 1950, Natali ric., *ivi*, 1951, II, c. 380, m. 265. Per la nullità della motivazione

considerazioni pietistiche (es. concessione per malattia del figlio dell'imputato (36)), dell'indole (astratta) più o meno grave del reato commesso (37), della qualità dei precedenti penali del reo (38). Sempre sulla stessa scia: l'esclusione della loro applicabilità in base al fatto che la pena-base è applicata nel massimo o in misura prossima ad esso (39), quale indice che l'imputato non merita indulgenza; ovvero nel minimo o in misura prossima ad esso (« irrisoria ») (40), poichè in tal caso non v'è motivo per

« l'imputato non se ne è dimostrato degno », sia pure in tema di sospensione condizionale della pena, cfr. Cass. 12 aprile 1938, Coletta ric., in *Giust. pen.*, 1938, II, c. 1386, m. 1049.

(36) Per l'esame delle condizioni in presenza delle quali anche questi stati possono concretare un valore positivo del fatto tale da consigliare l'applicazione dell'art. 62 bis, cfr. M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., p. 90 ss.

(37) Cfr., come esempio paradigmatico di questo indirizzo, Cass. 20 giugno 1949, Rinaldi ric., in *Giust. pen.*, 1950, II, c. 135, m. 77 che esclude la concessione delle attenuanti generiche per la sola considerazione della natura del reato (sfruttamento di prostitute).

(38) Stigmatizza, tuttavia, questa posizione giurisprudenziale, Cass. 11 luglio 1960, Ortucci e altro ric., in *Giust. pen.*, 1962, III, c. 174, m. 326.

(39) Cfr.: Cass. 27 novembre 1961, Meloni ric., in *Cass. pen. Mass. annotato*, 1962, p. 537, m. 962; Id. 6 luglio 1949, Galli ric., in *Giust. pen.*, 1950, II, c. 248, m. 187, che afferma la contraddittorietà tra pena severa e concessione delle attenuanti generiche. Per la verità, questo indirizzo muove, in taluni casi, da un presupposto diverso dalla identificazione tra discrezionalità e potere di indulgenza del giudice: cioè dalla concezione secondo la quale, essendo la valutazione delle attenuanti generiche così come la fissazione della pena-base ispirate dagli stessi fattori di cui all'art. 113 c.p., non v'è ragione di far filtrare ex art. 62 bis c.p. elementi di attenuazione che non sono stati capaci di far scendere la pena-base al di sotto del massimo. Un modo di pensare che riflette il tentativo di individuare, sia pure in forma non del tutto autonoma, la *ratio* delle attenuanti generiche e che si pone, pertanto, al di fuori del nostro angolo visuale.

(40) Cass. 7 dicembre 1959, Di Bitonto ed altro ric., in *Giust. pen.*, 1960, II, c. 527, m. 582. *Contra*: Cass. 9 ottobre 1953, D'Aquino ric., in *Giust. pen.*, 1954, II, c. 338, m. 280 (legittimità della concessione ove la pena-base sia superiore al minimo); Id. 23 ottobre 1951, Schettino ric., *ivi*, 1952, II, c. 231, m. 137 (illegalità del rifiuto a causa dell'« irrisorietà » della pena inflitta).

esercitare il potere di indulgenza (41). In corrispondenza di quest'ultimo rilievo va collocata la tendenza ad escludere l'interesse ad impugnare per la mancata concessione delle attenuanti generiche ove la pena base sia fissata al minimo (42); mentre la rinuncia ad individuarne la *ratio* spiega la loro esclusione dal giudizio di prevalenza o di equivalenza con le altre circostanze aggravanti od attenuanti ex art. 69 c.p. (43). L'esercizio del potere discrezionale viene ritenuto del tutto facoltativo, mentre per la motivazione del giudice occorre l'istanza dell'interessato che, tuttavia — ed è tipica espressione del potere di indulgenza —, non è sufficiente a far scattare, in caso di rifiuto di concessione, il dovere di motivazione, ove sia genericamente formulata (44).

Analogamente per i c.d. benefici penali, anche se in materia la giurisprudenza sembra attualmente guidata da una maggiore consapevolezza critica. Riconducibile, tuttavia, all'indirizzo di cui si discute è la tendenza a subordinare l'applicazione o il rifiuto di essi a considerazioni di mera opportunità: si pensi, ad es., al rifiuto di concessione della sospensione condizionale della pena per la particolare

(41) Va, peraltro, sottolineato come il fattore contingente che ha determinato l'introduzione delle attenuanti generiche induca, talora, l'interprete a configurarle come uno *sconto* applicabile in via automatica alla pena-base minima. Stigmatizza questo peculiare profilo del potere di indulgenza, Cass. 23 aprile 1956, Meneghinello ric., in *Giust. pen.*, 1958, II, c. 675, m. 693.

(42) Per un'ulteriore impostazione giurisprudenziale che riflette l'identificazione tra discrezionalità e potere di indulgenza in tema di attenuanti generiche, cfr. Cass. 25 maggio 1960, Peluso ric., in *Giust. pen.*, 1962, II, c. 145, m. 137.

(43) Sul punto vd., M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., p. 148 ss.

(44) Cfr., fra le altre, Cass. 21 ottobre 1960, Rusi ric., in *Giust. pen.*, 1962, III, c. 126, m. 242: tale indirizzo giurisprudenziale costituisce ormai *jus receptum*.

frequenza con cui il reato, per cui si procede, viene commesso in una certa zona, la quale farebbe venir meno il motivo di indulgenza (45). L'affermazione va presa con le dovute cautele in quanto, come si dirà, l'intrusione di motivi di opportunità nell'ambito di questi giudizi è giustificabile sotto diversi aspetti e alla luce di un differente concetto dommatico di discrezionalità.

Improntato a valutazioni di mera indulgenza appare, talora, il giudizio di scelta tra perdono giudiziale e sospensione condizionale della pena; con relativo dovere di motivazione solo nel caso in cui si propenda per il beneficio che è espressione di maggiore indulgenza (ossia il perdono giudiziale) (46). Anche al riguardo di tale giudizio di scelta, la giurisprudenza sembra attualmente avere imboccato la strada più giusta, che è quella del raffronto tra la differente *ratio* dei due istituti e della scelta, in concreto, a seconda della personalità dell'agente (47).

Il concetto di discrezionalità che stiamo analizzando sembra emergere anche nel settore, ad esso *prima facie* estraneo, della graduazione della pena-base, nonché della misura degli aumenti o diminuzioni dovute, rispettivamente, alla presenza di circostanze aggravanti o attenuanti: si vuole, in particolar modo, alludere a quell'orientamento giurisprudenziale che esclude il dovere di motivazione,

(45) In tema di sospensione condizionale non è, inoltre, infrequente che la giurisprudenza, così come accade per le attenuanti generiche, ne motivi il rifiuto in virtù dell'indole e della gravità del reato: cfr. Cass. 26 maggio 1937, Benvenuti ric., in *Giust. pen.*, 1938, III, c. 332.

(46) Riflette, in parte, questa mentalità la sent. Cass. 8 maggio 1956, Valentino ric., in *Giust. pen.*, 1957, II, c. 199, m. 233.

(47) Riflettono questa maggiore consapevolezza critica: Cass. 10 maggio 1961, Lilli ric., in *Giust. pen.*, 1961, II, c. 980, m. 1115; Id. 14 giugno 1960, Nicastro ric., *ivi*, 1961, II, c. 160, m. 193.

quanto meno in forma specifica, ove la pena base sia fissata al minimo o in misura prossima ad esso (48).

Il potere di indulgenza del giudice può essere considerato da un duplice angolo visuale: come potere di riscontrare nel caso concreto dati obiettivi tali da imporre un certo trattamento penale di benevolenza da parte del giudice, ovvero come potere dell'organo giudicante di far prevalere sul dato obiettivo le proprie personali vedute. Sotto il primo profilo, che è statisticamente meno frequente, vi è quantomeno un tentativo di cogliere nel caso una sua particolare significazione positiva e, quindi, uno sforzo di enucleare l'esatta *ratio* della discrezionalità: mentre sotto il secondo profilo il potere di indulgenza coincide con la pura equità soggettiva (49). È un fenomeno che appare agevolmente riscontrabile, ad es., in tema di attenuanti generiche, la cui applicabilità molto spesso tradisce una presa di posizione ideologica negativa (50) del giudice circa il valore tutelato dalla norma incriminatrice ovvero — come ha posto in luce un recente caso giurisprudenziale (51) —

(48) Citiamo, ad esemplificare tale orientamento che costituisce ormai *jus receptum*: Cass. 12 novembre 1960, Falloni ric., in *Giust. pen.*, 1961, II, c. 125, m. 237; Id., 15 marzo 1939, Tarli ric., *ivi*, 1940, II, c. 1002, m. 1429. Posto che, come si è messo in luce nel paragrafo precedente, la giurisprudenza non ritiene sussistere un dovere di analitica motivazione nel caso in cui la pena sia fissata in misura media, esso si restringe unicamente al settore compreso tra la misura superiore a quella media e il limite massimo. Trattasi di una impostazione che sembra non tenere nella dovuta considerazione l'interesse del pubblico ministero ad impugnare anche la sentenza che difetti di motivazione entro i limiti predetti.

(49) Cfr., per una critica a tale forma di equità, SANTUCCI, *Il richiamo della legge all'equità*, in *Giur. compl. Cass. pen.*, 1954, I, p. 29.

(50) L'incidenza che le posizioni ideologiche e politiche del giudice hanno sulla decisione penale, anche al di fuori delle ipotesi di discrezionalità, è efficacemente messa in luce da A. BATTAGLIA, *I giudici e la politica*, Bari, 1960.

(51) Cfr. App. Trieste 15 marzo 1960, Picciurro, in *Giust. pen.*, 1961, II, c. 467 ss. con nota di A. JANNUZZI, *L'attenuante della legge Merlin*. Sul

circa la situazione provocata dall'entrata in vigore di una determinata legge (52); ma che ha, però, un campo di espansione significativo in altri settori (come ad es. nel processo civile (53)). Quivi meno sensibilizzata appare l'esigenza di una sua enucleazione e di un freno alla sua diffusione, non essendo in gioco i diritti fondamentali di libertà dell'individuo, così come in materia penale (54).

L'analisi di questo peculiare concetto di discrezionalità ha ribadito *a fortiori* la necessità di fissare l'esatta natura e di precisare la *ratio* cui si improntano le diverse ipotesi normative strutturate in tal guisa. Questa ricerca varrà a porre in luce una peculiare prospettiva metodologica: ossia l'importanza che lo studio dei profili discrezionali di un istituto assume per la sua migliore sistemazione dogmatica

tema vd. anche BRANCA, *De lupanarium restitutione sive de omnium malorum remedio*, in *Foro it.*, 1961, II, c. 36 ss.; POMODORO, *Attenuanti generiche e poteri discrezionali*, in *Arch. ric. giur.*, 1961, p. 65 ss.; R. VENDITTI, *Limiti della motivazione e apprezzamenti di politica legislativa in margine alla « legge Merlin »*, in *Giur. it.*, 1961, II, c. 4 ss., 89 ss.

(52) Per una critica a questo metodo che consiste nel far giocare l'efficacia di una legge (che si reputa ingiusta), nel senso di diminuire la gravità dell'illecito penale, cfr. R. VENDITTI, *Limiti della motivazione*, cit., p. 90.

(53) Cfr., a proposito dell'art. 92 comma 2° c.p.c. A. GUALANDI, *Compensazione delle spese e giudici legislatori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, p. 366: secondo l'A. la valvola dei « giusti motivi » consentirebbe al magistrato che nel merito ha deciso « bianco » perchè così vuole la legge, di regolare, quando dal merito passa a giudicare le spese, queste ultime come se la pronuncia principale fosse stata « nero », lasciando così trasparire da che parte pende la sua sfera valutativa. Una posizione analoga, dunque, a quella che il giudice penale assume in certi casi di applicazione delle attenuanti generiche. A proposito dell'art. 92 comma 2° c.p.c., ma in una prospettiva diversa, cfr. dello stesso A. *Spese e danni nel processo civile*, Milano, 1962, p. 153 ss.; PELLIZZER, *Eccesso di potere nella compensazione giudiziale delle spese*, in *Giust. civ.*, 1961, p. 1590 ss.

(54) Il pericolo di questa discrezionalità, intesa come potere di indulgenza, in campo penale si annida, malgrado sia rivolta in *bonam partem*, nel carattere arbitrario del suo esercizio.

nonchè per la soluzione di numerosi problemi pratici connessi alla sua applicazione.

3. Ad una differente nozione si riannoda un indirizzo che tenta di fornire una giustificazione e una sistemazione razionale valida per tutte le ipotesi di discrezionalità previste dal codice penale e dalle leggi speciali. L'indirizzo non è dovuto alla formulazione organica di un determinato Autore, bensì è ricostruibile sulla base dei singoli atteggiamenti giurisprudenziali o dottrinali concernenti aspetti specifici del problema.

In via preliminare, viene fissata la differenziazione tra discrezionalità e arbitrio, inteso come potere di scelta illimitato, ovvero come libertà di decidere in un modo o nell'altro questioni che la legge abbandona completamente alle personali vedute del giudice; mentre, per contro, la discrezionalità viene concepita come facoltà *vincolata* da limiti normativi predeterminati con i quali la legge provvede a stabilire in anticipo i criteri ai quali è necessario attenersi per pervenire ad una giusta decisione, nonchè, sul piano delle garanzie giurisdizionali, dal dovere di motivazione. Il vincolo normativo *interno* (55) viene individuato nell'articolo 133 c.p. che racchiude una serie di dati i quali non fungono semplicemente da « guida per la coscienza del giudice » (56), bensì da canoni normativi sulla base dei quali deve snodarsi il giudizio discrezionale. Nell'alternativa tra valore esemplificativo e valore tassativo dell'elencazione racchiusa nell'art. 133 c.p. (57), l'indirizzo propende ine-

(55) In altro senso si parlerà, nell'ulteriore sviluppo dell'indagine, di limiti *esterni* ed *interni* della discrezionalità.

(56) Come, per contro, ritiene Cass. 16 febbraio 1938, Ciarchi ric., cit.

(57) Per l'onnicomprensività dell'art. 133 c.p. propende, con argomentazioni che saranno tra breve prese in esame, M. M., *Le attenuanti generiche*, p. 72 ss.

quivocabilmente nel primo senso; con la conseguenza di ammettere un *error in iudicando* (o errore di diritto) non solo nel caso di erronea interpretazione di uno dei dati stabiliti dall'art. 133, bensì anche nell'eventualità in cui il giudizio si estenda ad elementi estranei alla sua portata normativa (58). Si produce in tal guisa, un'estensione della portata del ricorso per cassazione avverso le decisioni adottate discrezionalmente. L'applicabilità dell'art. 133 c.p. parrebbe circoscritta, in forza dell'art. 132, alla determinazione della misura della pena base fra il limite legale minimo e massimo; senza alcuna precisazione circa il tipo della pena cui si ha riguardo, nè circa l'eventuale comprensività dei casi di aumento o diminuzione della pena-base per effetto dell'intervento di circostanze aggravanti o attenuanti. Quanto al primo dubbio, esso non presenta una rilevante portata pratica, almeno in relazione alle pene accessorie (59): posto che, quando non sono « espressamente determinate » nella loro durata (60), vanno commisurate alla durata della pena principale. La generica determinazione legislativa (« il giudice applica la *pena* discrezionalmente... » art. 132) sembra, in ogni modo, potersi ritenere comprensiva di ogni specie di conseguenza sanzionatoria penale. Quanto al secondo dubbio, esso può risolversi positivamente in virtù del disposto del 2° comma dell'art. 132 c.p. L'art. 133 è, inoltre, richiamato, sia pure in una di-

(58) Sul punto vd. NUVOLONE, *Il potere discrezionale del giudice in materia di sanzioni nel diritto penale italiano*, in Milanges O. A. GERMANN, 1959, p. 225.

(59) Il problema può, forse, presentare qualche rilievo a proposito del *quantum* di talune conseguenze sanzionatorie ritenute *effetti penali*.

(60) Come si dirà meglio, non si considerano « espressamente determinate » ex art. 37 c.p. neppure quelle pene accessorie che, soprattutto nelle leggi speciali, sono previste con nuovi od autonomi limiti edittali.

versa prospettiva, al fine di desumere la qualità di persona socialmente pericolosa (art. 203 c.p.), nonché, ad es., in tema di sospensione condizionale della pena, perdono giudiziale ovvero non menzione della condanna nel certificato del casellario. In alcuni casi il richiamo è fatto esplicitamente, come nelle ipotesi accennate, all'art. 133 c.p.; in altri, ai due gruppi di valutazioni ivi compresi. Così, ad es., per la determinazione della pena pecuniaria tra il limite minimo e massimo (art. 4 della legge 7 gennaio 1929 n. 4) (61) si deve avere riguardo alla « gravità della violazione e alla personalità di chi l'ha commessa »: locuzioni coincidenti con la « gravità del reato » e con la « capacità a delinquere » (62) di cui all'art. 133 c.p.; analogamente dicasi per il richiamo alle « circostanze dei fatti » e alla « personalità dell'autore delle violazioni » (art. 8 della stessa legge), decisivo per la determinazione della continuazione in tema di reati finanziari (63).

Sino a questo punto l'estensione della portata dell'articolo 133 c.p. sembra attuabile in linea strettamente interpretativa; senonchè essa viene spinta oltre dall'indirizzo accennato in modo da ricomprendere anche i casi di scelta tra più sanzioni, di individuazione dei presupposti, non fissati dalla legge, di un certo trattamento giuridico-penale. Per

(61) Si tratta, naturalmente, di una sanzione non propriamente penale.

(62) La diversità di formulazione dell'art. 4 rispetto all'art. 133 c.p. (accenno alla « personalità » del reo anzichè alla capacità a delinquere) non ha un valore sostanziale; bensì, dipende dal fatto che l'art. 4 venne elaborato quando ancora non era stato concordato definitivamente il testo dell'art. 133 c.p. Per una lucida esposizione di questi problemi cfr. MALINVERNI, *Principi di diritto penale tributario*, Padova, 1962, p. 27.

(63) In proposito, cfr. AZZALI, voce *Contrabbando doganale*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 706; C. CARBONE-T. TOMASICCHIO, *Le sanzioni fiscali*, Torino, 1959, p. 57 ss.; G. LEONE, *Cenni sul c.d. reato continuato finanziario*, cit., p. 6 ss.; MALINVERNI, *Principi di dir. pen. trib.*, cit., p. 232 ss.; RASTELLO, *La pena pecuniaria nel diritto tributario*, Roma, 1959, p. 43.

questo ulteriore settore di espansione siamo al di fuori di un rigoroso procedimento ermeneutico, mancando essa di ogni aggancio normativo esplicito o implicito. L'esemplificazione ci consente di avvertire meglio questo ulteriore processo di espansione: così si richiama l'art. 133 c.p. allo scopo di giustificare la scelta tra sospensione e revoca della patente (64), l'adozione della pena accessoria della pubblicazione per estratto o integrale della sentenza di condanna, ove tale scelta ha carattere discrezionale (65), ovvero la scelta delle altre modalità di attuazione della medesima (66). Analogamente, in tema di art. 62-*bis* (67), si ritiene che « il criterio da adottarsi per negare o concedere le attenuanti generiche è quello sancito dall'art. 133, dato

(64) Cfr., con riguardo sia alla scelta che al *quantum* della sospensione, i puntuali rilievi di G. VASSALLI, *Sospensione e revoca giudiziaria della patente di guida*, in *Riv. giur. circ. e trasp.*, 1963, p. 349 ss.

(65) Cfr., ad es., Cass. 25 febbraio 1961, Morca ric., in *Cass. pen. Mass. annotato*, 1961, p. 575, m. 1214, a proposito dell'art. 1 r.d. 9 luglio 1936 n. 1539 il quale stabilisce la regola della pubblicazione *per estratto*, attribuendo al giudice la facoltà di ordinare la pubblicazione *integrale*, se nel suo prudente arbitrio ne ravvisi la necessità. In nota alla sentenza si interpreta, tuttavia, la « necessità » in chiave di raccordo con l'art. 133 c.p. rilevandosi che « per disporre la pubblicazione integrale o per estratto, occorre fare riferimento all'art. 133 1° e 2° p. c.p. ». Esistono, inoltre, anche casi in cui la stessa pubblicazione della sentenza è affidata al potere discrezionale: ad es. è formulato in tal senso l'art. 32 c.p. m.p. Riguardo a questa pena accessoria non è, tuttavia, dato riscontrare alcun tentativo di aggancio del potere discrezionale all'art. 133 c.p.: forse ciò è dovuto al fatto che esso è dall'art. 32 ricollegato a *particolari motivi* di opportunità, estranei all'ordine di valutazioni comprese nell'art. 133.

(66) È doveroso sottolineare, però, come in materia — e il punto sarà meglio chiarito in seguito — prevalgano sull'art. 133 considerazioni meramente economiche e pratiche. In proposito cfr. il testo delle circolari ministeriali rivolte ad orientare l'esercizio del potere discrezionale concernente le modalità di pubblicazione della sentenza di condanna, in *Rassegna di giurisprudenza sul cod. pen.*, diretta da G. Lattanzi, Libro I, Milano, 1953, p. 49 ss.

(67) Sul punto, ma impostando, altresì, chiaramente il problema da un punto di vista generale, M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., p. 23 ss.

che la valutazione degli elementi ivi previsti è essenziale per adeguare la pena al fatto commesso » (68); quanto all'art. 599 c.p., gli stessi criteri avrebbero la funzione di orientare la facoltà di cui il giudice dispone, nei casi preveduti dall'art. 594 e qualora le offese siano reciproche, di dichiarare non punibili uno o entrambi gli offensori (69) e, quanto all'art. 210 c.p.m.p. (70), la facoltà del giudice di

(68) Cass. 11 gennaio 1947, in *Giur. compl. Cass. pen.*, 1947, I, p. 414, m. 802.

(69) Così, esplicitamente, BELLAVISTA, *La compensazione come causa estintiva del reato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1938, p. 297; analogamente, S. MESSINA, *Teoria generale dei delitti contro l'onore*, Roma, 1953, p. 118, pur ritenendo che l'elemento di preminente rilievo debba esser costituito dal motivo, ovvero dallo stato d'animo di ciascuno degli offensori. In tal guisa si registra un tentativo, sia pure larvato, dell'Autore di individuare, malgrado l'aggancio all'art. 133, una *ratio* autonoma della discrezionalità *ex art. 599 ult. comma c.p.* È questa, indubbiamente, una caratteristica che connota una parte dei sostenitori dell'indirizzo in questione; nell'A. essa si giustifica, altresì, alla luce del peculiare concetto di discrezionalità da cui muove e che costituirà, fra breve, oggetto del nostro esame. Significativa è, tuttavia, un'affermazione dello stesso A.: per motivare il raccordo con l'art. 133 egli ribadisce che tale norma rappresenta « ... l'articolo fondamentale nella regolamentazione di ogni (il corsivo è nostro) potere discrezionale del giudice nella determinazione delle conseguenze penali » (p. 118).

(70) Ricollegano l'art. 210 c.p.m.p. all'istituto del perdono giudiziale, con conseguente implicito riferimento agli elementi di valutazione *ex art. 133 c.p.*: BACHELET, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Milano, 1962, p. 170; MANASSERO, *I codici penali militari*, I, Milano, 1942, p. 289; SUCATO, *Istituzioni di diritto penale militare*, Roma, 1941, I, p. 372, II, p. 963. In verità, questi AA. non rinunziano, vinti dalla suggestione dell'identità terminologica che contrassegna i due istituti, ad enucleare la *ratio* dell'art. 210 c.p.m.p. (consistente nella finalità di eliminare un conflitto tra i doveri etico-disciplinari e la norma giuridica): tuttavia, posto che a ciò non fa seguito l'individuazione della sfera dei valori che, alla luce di detta *ratio*, dovrebbe caratterizzare l'esercizio del potere discrezionale *ex art. 210 c.p.m.p.*, il raccordo meramente estrinseco con l'art. 169 e, quindi, con l'art. 133 c.p. finisce per prevalere anche sotto questo profilo. Nello stesso ordine di idee si pone il MANZINI, *Trattato di dir. pen. it.*, 4^a ed. agg. cit., vol. V, Torino, 1962, p. 1105. Da una chiara prospettiva metodologica muove, per contro, l'analisi del SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli, 1961, p. 295 ss., di cui saranno in seguito esaminate le principali cadenze argomentative e i relativi risultati.

astenersi dal pronunciare la condanna « quando ricorrano circostanze di particolare valore morale », nell'ipotesi di reato di duello fra eguali. Con gli ultimi due esempi, l'articolo 133 c.p. giunge ad abbracciare anche l'operatività di cause di esclusione della pena (71): per l'art. 210 c.p.m.p., il richiamo dell'art. 133 c.p. appare, altresì, il frutto della peculiare forza suggestiva che sull'interprete esercita la identità di locuzione legislativa con l'art. 169 c.p., in tema di perdono giudiziale (anche qui, infatti, il potere del giudice ha per oggetto l'astensione dal rinvio a giudizio — comma 1° —, ovvero l'astensione dalla pronuncia della condanna — comma 2° — ove si proceda al giudizio).

Questo processo di espansione, quanto meno per il suo ultimo tratto, pare fondato su di un'utilizzazione del criterio analogico *in bonam partem*. Queste la cadenze argomentative su cui esso si snoda: laddove sussiste una norma penale, a paradigma incompleto per volontà legislativa, e quindi attributiva di un potere discrezionale al giudice penale, essa va agganciata al criterio di sicurezza rappresentato dall'art. 133 c.p., posto, fra l'altro, che quest'ultima è la sola norma penale nella quale si faccia esplicito accenno a tale potere. L'identità di *ratio* sarebbe costituita dalla necessità di impedire che la discrezionalità si tramuti in arbitrio: implicito, peraltro, essendo, nella natura della *ratio* così individuata, il vantaggio che deriva all'imputato dall'estensione analogica (72). L'art. 133 c.p. diviene, alla

(71) Il termine non va assunto nella sua accezione tecnica: anzi, come meglio si dimostrerà in seguito, l'esame dei « momenti discrezionali » connessi a tali cause può giovare al più esatto inquadramento dommatico delle stesse. A conferma ulteriore del profondo contributo chiarificatore che, sul terreno della dogmatica penale sostanziale, può apportare un'analisi del potere discrezionale del giudice penale.

(72) Nel senso di ritenere operante il raccordo con l'art. 133 c.p. in virtù di un'argomentazione *a fortiori* è, viceversa, il BELLAVISTA, *La com-*

stregua di questo *iter* argomentativo, il fulcro attorno al quale ruotano tutte le disposizioni penali di natura discrezionale; a conferma dell'enorme importanza attribuita al medesimo (73).

Quanto al vincolo *estrinseco*, costituito dal dovere di motivazione, esso fruisce dell'identico processo di estensione. Fissato, negli stessi limiti, dall'art. 132 comma 1°, acquista una portata generale. Quivi, tuttavia, più che di procedimento analogico (74), si tratta, a nostro sommo avviso, di un'attuazione del principio generale, di rango costituzionale, in virtù del quale (art. 111 Cost.) tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati: al quale si raccordano alcune disposizioni del c.p.p., ad es. l'art. 475 n. 3, che prevede la nullità della sentenza « se manca o è contraddittoria la motivazione », le quali valgono *a fortiori* per le parti della decisione giudiziale che sono il frutto di una valutazione discrezionale.

I risultati cui approda questo indirizzo sono particolarmente significativi. Anzitutto, l'aggancio dei vari istituti di

pena, cit., p. 297, il quale afferma « Se la legge penale, per evitare che la c.d. discrezionalità del giudice (il « giusto vivente » di Aristotele) tramodi in arbitrio ha stabilito tassativamente gli elementi in forza dei quali deve valutarsi la gravità del reato agli effetti della pena (art. 132, 133 cod. pen.), per argomento *a fortiori*, devono ritenersi esistenti dei limiti allo stesso potere discrezionale del giudice quando esso si esercita, non sulla pena, ma benanco sulla punibilità ». Il carattere *a minori ad maius* della argomentazione che giustifica il ricollegamento tra l'art. 599 ult. comma e l'art. 133 c.p. è poi ribadito dall'A. a p. 298 dello stesso studio.

(73) Definisce l'art. 133 c.p. come il « polmone della legislazione penale » il BETTIOL, *Attenuanti generiche e art. 133*, in *Giur. it.*, 1946, II, c. 40. Pone l'accento su tale aspetto, nonché sul carattere « soprannaturale » (come è definito dal Guardasigilli Rocco) del compito che l'art. 133 c.p., in questa sua accezione « estensiva », affida al giudice, E. JOVANE, *Il potere discrezionale del giudice penale*, in *Riv. dir. penit.*, 1943, p. 367.

(74) Nel caso il procedimento sarebbe ammissibile, trattandosi di istituto di carattere processuale-penale, non avente carattere eccezionale.

natura discrezionale all'art. 133 c.p., quale criterio di sicurezza, finisce praticamente per caratterizzarli anche sotto il profilo della *funzione*. Si noti: in tema di attenuanti generiche, come risultato dell'anzidetto procedimento, si osserva che esse sono dirette ad ottenere un migliore adeguamento della misura della pena alla gravità del fatto ovvero alla personalità e capacità a delinquere del reo (75); quanto all'art. 599 ult. comma c.p., si pone in luce (76) l'affinità esistente tra la non punibilità delle offese reciproche e l'istituto della sospensione condizionale della pena, entrambe fondate su una valutazione della personalità del reo (77), ovvero si connota la prima come causa di esclusione della capacità a delinquere (78); mentre la causa di esclusione della pena di cui all'art. 210 c.p.m.p. viene ricollegata al perdono giudiziale, fra l'altro anche sotto l'influsso della identità della dizione normativa.

Inoltre, la determinazione dell'art. 133 c.p. e degli elementi ivi indicati quale nucleo attorno al quale ruotano tutte le ipotesi normative penali a carattere discrezionale

(75) Le attenuanti generiche vengono anche concepite quale espressione di una meno intensa pericolosità del reo, come risultato di una ricostruzione in chiave positivista dell'art. 133 c.p.: si veda, ad es., SANTORO, *Le circostanze del reato*, Torino, 1952, p. 30. Sui limiti di compatibilità dell'istituto con la dottrina positivista cfr., però, i rilievi di M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., p. 53.

(76) Vd. BELLAVISTA, *La compensazione*, cit., p. 297.

(77) Ovvero su di una prognosi di non pericolosità del reo. Il risultato sostanziale del procedimento metodologico non può che lasciare perplessi sulla bontà dell'assunto iniziale.

(78) In tal senso, ponendo particolarmente l'accento sulla 2ª parte dell'art. 133 c.p., S. MESSINA, *Teoria generale dei delitti contro l'onore*, cit., p. 118. Alla categoria delle c.d. cause di esclusione della capacità a delinquere l'A. dedica, sia pure sotto un diverso profilo, attente considerazioni in *La desistenza volontaria dal tentativo come causa di esclusione della capacità a delinquere*, in *Scuola pos.*, 1954, p. 11 ss.

crea il rischio di valutare più volte lo stesso dato (79), senza che, peraltro, la valutazione possa dirsi ispirata ad una diversa *funzionalità*, dato che, anche sotto questo profilo, come s'è detto, opera l'aggancio delle ipotesi medesime all'art. 133 c.p. In questa luce trovano la loro giustificazione taluni orientamenti giurisprudenziali: si pensi ad es. alla tendenza a ritenere la concessione delle attenuanti generiche incompatibile con la fissazione della pena base in misura massima o media, in quanto non si riesce, nella prospettiva accennata, a comprendere perchè mai gli stessi elementi di attenuazione non possano già incidere sulla pena base (80); analogamente, allorchè si dichiara l'incompatibilità logica tra la fissazione della pena base nel massimo o in misura prossima ad esso e la diminuzione nel massimo (o quasi) della medesima per effetto della presenza di una

(79) La giurisprudenza ribadisce più volte tale assunto, soprattutto con riferimento ai rapporti tra gli art. 62 bis e 133 c.p.: cfr., ad es., Cass. 14 ottobre 1960, Fasce ric., in *Cass. pen. Mass. annotato*, 1961, p. 156, m. 331. Non si avverte, tuttavia, che il pericolo di duplicazione nasce dal ricollegamento di tutte le ipotesi di discrezionalità penale all'art. 133 c.p., senza aver preliminarmente individuato, in sede interpretativa, la *ratio* di ciascuna di esse (l'equivoco è, sia pure indirettamente, posto in luce in nota alla sent. cit.). La mancanza di una consapevolezza critica sul punto induce spesso la giurisprudenza ad ammettere eccezioni al divieto di duplicazione: cfr., ad es., Cass. 26 novembre 1955, De Rose ric., in *Giust. pen.*, 1958, II, c. 848, m. 922 che, sempre in tema di rapporti tra gli art. 62 bis e 133 c.p., riconosce la possibilità di valutare, ai fini della concessione delle attenuanti generiche, gli stessi elementi dell'art. 133 c.p. purchè, *quanto meno*, « ... la loro rilevanza sia talmente eccezionale da giustificare il fatto che essi siano presi in considerazione in due sedi e momenti diversi ».

(80) Così, DE GENNARO, *Determinazione della pena e circostanze generiche*, in *Giust. pen.*, 1955, II, c. 548 ss. In giurisprudenza vd.: Cass. 27 novembre 1961, Meloni ric., in *Cass. pen. Mass. annotato*, 1962, p. 537, m. 962; Id. 6 luglio 1949, Galli ric., in *Giust. pen.*, 1950, II, c. 248, m. 187. Talune decisioni in tal senso sono, peraltro, molto spesso il frutto di una concezione, almeno implicita, della discrezionalità come potere di indulgenza: non sempre, data l'eccessiva sinteticità della motivazione, è agevole cogliere l'esatta matrice di questo orientamento.

circostanza attenuante (generica o meno) (81) e, per contro, tra la determinazione della pena-base nel minimo o in misura prossima ad esso e l'aumento nel massimo (o quasi) della medesima ad opera di una circostanza aggravante.

Un'ulteriore precisazione: l'art. 133 c.p. appare dettato con specifico riguardo all'ipotesi di determinazione della misura della pena *per un solo reato*. Di ciò si deve indubbiamente tener conto allorchè esso viene raccordato ad istituti che presuppongono più reati ovvero la commissione di un fatto non preveduto come reato: quivi muta necessariamente la prospettiva dalla quale vanno considerati gli elementi *ex art. 133 c.p.*, mentre, per contro, la sfera di valutazione può arricchirsi di nuovi dati. Sotto il primo profilo, appare calzante l'esempio costituito dall'aumento fino al triplo della pena per la continuazione (art. 81 comma 2° c.p.) (82): in tal caso la valutazione *ex art. 133 c.p.* è diversamente caratterizzata dalla presenza di più reati e si estende a ricomprendere anche l'intensità del disegno criminoso unitario e l'intervallo di tempo intercorrente fra i diversi reati (83). Sotto il secondo pro-

(81) Pone in luce tale contraddizione, salvo che essa sia giustificata « con logiche ed adeguate considerazioni », Cass. 11 marzo 1960, Gangemi *ric.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, p. 1242 con nota di F. BRICOLA. Non è, però, agevole rilevare quale possa essere l'oggetto di dette « considerazioni » posto che la sentenza pur affermando che « determinazione della pena-base e concessione di attenuanti (in tal caso, comuni) sono istituti del tutto diversi ed indipendenti », non pare concentrare la fissazione della misura di diminuzione della pena, conseguente alla presenza della circostanza, su di una *ratio* e su di una sfera di valutazione diversa da quella dell'art. 133 c.p. In senso contrario all'orientamento di cui sopra *vd.*, Cass. 7 febbraio 1938, P.M. *ric. c.* Mohamed ben Hamod Burani, in *Giust. pen.*, 1940, II, c. 521, m. 626.

(82) Cfr. G. LEONE, *Del reato abituale, continuato, permanente*, Napoli, 1933, p. 357 ss. che sottolinea l'utilizzabilità, a proposito dell'art. 81 cpv. c.p., *tra gli altri principî*, di quelli *ex art. 133 c.p.*

(83) Così, G. LEONE, *Del reato abituale*, *cit.*, p. 357. Sottolinea la

filo, può essere citata la valutazione della pericolosità nelle ipotesi di cui agli art. 49 e 115 c.p. (quasi reato), ove l'aggancio ai dati dell'art. 133 subisce il condizionamento imposto dalla peculiarità del presupposto. Questi esempi valgono a dimostrare la *relatività* dell'aggancio con l'art. 133 determinata dalla stessa *natura* dei vari istituti costruiti in forma discrezionale.

Non manca chi, nel quadro di tale indirizzo (84), riconosciuta la validità dell'aggancio con l'art. 133, afferma, tuttavia, il carattere meramente esemplificativo dell'elencazione di criteri in esso contenuta, ovvero chi, per contro, muovendo dal valore tassativo del « canone di giudizio », ritiene che esso si converta in esemplificativo per effetto del raccordo dell'art. 133 con alcuni istituti, a riguardo dei quali taluni elementi del canone perdono di significatività, mentre altri, in esso non compresi, la acquistano (85). Il primo atteggiamento, però, lascia sfumare quel connotato di *sicurezza* che legittima l'estensione dell'art. 133, mentre il secondo, non individuando preliminarmente (86) la *funzione* dei vari istituti a carattere discrezionale, non è in grado di fissare i limiti e la misura in cui opera detta conversione.

peculiarità dell'angolo visuale da cui debbono essere considerati gli elementi ex art. 133 c.p., a proposito della determinazione dell'aumento dipendente dalla continuazione, PISANI, *Il divieto della 'reformatio in pejus' nel processo penale italiano*, Milano, 1963, ed. provv., p. 91 ss.

(84) Un'analisi di tale impostazione, pur se limitata alle attenuanti generiche, trovasi in M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., p. 64 ss.

(85) Cfr., fra le altre, Cass. 25 marzo 1959, Panico ric., in *Giust. pen.*, 1960, II, c. 131, m. 143; Id., 1 marzo 1958, Arbato ric., *ivi*, 1958, II, c. 571, m. 492. *Contra*, Cass. 28 ottobre 1946, Pavone ric., *ivi*, 1957, II, c. 480, m. 375.

(86) L'individuazione *preliminare* non deve essere confusa con quella *successiva*, conseguente al raccordo con l'art. 133 c.p.

Nella sua accezione più rigorosa l'indirizzo, considerando la discrezionalità come potere di scelta vincolata da limiti normativi tassativamente predeterminati, esclude, nella sostanza, che essa si traduca in una scelta tra più soluzioni *tutte* indifferenti per il diritto (87). Unica appare, per contro, la soluzione *ex lege*, risultante da un corretto esercizio del potere discrezionale: in tal guisa la situazione soggettiva facente capo al giudice appare piuttosto connotata in termini di potere-dovere (o di dovere) che non di mera facoltà. Entro questi limiti, il concetto di discrezionalità si avvicina sensibilmente a quello di interpretazione. Il ragionamento vale, tuttavia, in senso stretto solo laddove la discrezionalità si traduce nella scelta del trattamento giuridico-penale qualitativamente più idoneo ovvero nella determinazione dei presupposti di un istituto penale non fissati normativamente; non laddove si tratta, per contro, di precisare la misura di sanzione penale applicabile nel caso concreto. E, infatti, com'è stato acutamente osservato (88), «la decisione, ad esempio, di applicare sei mesi di reclusione, anziché sette, è il frutto di una deliberazione, presa, al fondo, secondo i criteri legali, ma puntualizzata in concreto da un ragionamento, e spesso da un impulso, *autonomo* del giudice». Il giudice, cioè, nella scelta tra questi due gradi di pena ricavati *ex lege*, agisce *secundum legem*, essendo le diverse misure comprese fra tali limiti *indifferenti* per il diritto penale e tutte adeguate *ex lege poenali* al caso concreto. Risulta, in tal guisa, enucleato un margine *libero* di discrezionalità: ad esso va aggiunto quello individuabile nelle ipotesi discrezionali le

(87) Per una critica a questo concetto di discrezionalità cfr. WARD, *Dogmatische Grundlagen*, cit., p. 118 ss.

(88) NUVOLONE, *Il potere discrezionale del giudice*, cit., p. 224.

quali, oltre al richiamo esplicito od implicito all'art. 133, sono connotate dalla locuzione « può », che significa estensione della sfera di valutazione oltre i limiti del canone di giudizio. Del tutto comprensibile appare il fatto che, in una prospettiva, la quale rinuncia a individuare con esattezza la funzione e lo scopo di ogni istituto, per ancorarsi all'art. 133, come unica valvola di sicurezza, capace di giustificare funzionalmente tutte le ipotesi, si identifichi questo ulteriore margine di valutazione come margine *libero* di discrezionalità (89). Il diaframma che separerebbe quest'ultimo dall'arbitrio sarebbe costituito dal vincolo *esterno* della motivazione. La tenuità di esso appare, tuttavia, in piena evidenza ove si avverta l'inconciliabilità logica esistente tra possibilità di scelta sovrana e motivazione, come garanzia della correttezza intrinseca del ragionamento del giudice (90).

In sede di bilancio critico, l'indirizzo offre all'interprete alcuni elementi positivi: il tentativo di differenziare la discrezionalità dall'arbitrio e di individuare il fondamento sostanziale della stessa, atto a fungere da vincolo per il suo esercizio. Manca, invece, uno sforzo di individuare l'esatta natura e funzione nel sistema penale dell'art. 133 c.p. e, quindi, il concetto di discrezionalità, posto che questa è l'unica norma penale che vi faccia un accenno esplicito. Viene, inoltre, trascurata l'enucleazione della funzione propria delle varie ipotesi discrezionali che è, per contro, ricavata, in forma unitaria e con un procedimento non del tutto corretto da un punto di vista metodologico, tramite

(89) Sulla distinzione tra margine libero e vincolato di discrezionalità si sofferma particolarmente NUVOLONE, *Il potere discrezionale del giudice*, cit., p. 223 ss.

(90) Cfr. l'accenno in proposito a p. 9.

l'aggancio con l'art. 133. La mancanza di questo approfondimento giustifica l'impossibilità di trovare, almeno in parte, un fondamento sostanziale anche per il c.d. margine libero di discrezionalità.

Un ultimo rilievo: l'indirizzo difetta di approfondimento critico in merito ai rapporti tra discrezionalità vincolata e interpretazione: risultato logico dell'imperfetto inquadramento del concetto generale. Di qui l'assenza (91) di un rigoroso tentativo di collocare sistematicamente l'accertamento dei c.d. elementi elastici o indeterminati della fattispecie penale che, nella dottrina e nella giurisprudenza, vien fatto oscillare tra l'una e l'altra categoria, senza una posizione definita. Quest'ultimo asserto serve, altresì, da introduzione logica all'argomento che viene affrontato nel prossimo paragrafo.

4. Il fenomeno della discrezionalità penale risulta caratterizzato da differenti note nell'impostazione di S. Mes-sina (92): essa muove dall'art. 133 c.p. quale esclusivo punto di riferimento per una ricostruzione *positiva* del concetto.

L'analisi della norma offre all'interprete una serie di elementi strutturati in forma generica, ossia mediante clausole generali ed indicati in chiave esemplificativa. L'indeterminatezza dei criteri e il carattere esemplificativo della loro elencazione sono destinati a risolversi in sede di valu-

(91) L'importanza di questo aspetto è, però, lucidamente avvertita dal NUVOLONE, *Il potere discrezionale del giudice*, cit., p. 244. L'Autore aveva già dimostrato particolare sensibilità nei confronti del problema della indeterminatezza della fattispecie penale nei suoi precedenti studi; cfr.: *Norme penali e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1956, p. 1259; *Le leggi penali e la costituzione*, Milano, 1953, p. 2.

(92) *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 84 ss.

tazione giudiziale alla luce del particolare scopo per cui è attribuito il potere discrezionale ex art. 133 c.p. Segno distintivo della discrezionalità è, dunque, sulla base di tale riscontro positivo, l'*indeterminatezza* della previsione legislativa. Anche alla stregua di questo indirizzo, inoltre, l'art. 133 funge da matrice che connota tutte le ipotesi discrezionali attinenti alla sfera delle sanzioni criminali (93). Un equivoco va a tal punto dissipato: la terminologia usata risente troppo l'eco della contrapposizione, non del tutto sopita in dottrina (94), tra *Tatbestandsermessen* e *Rechtsfolgenermessen*. Ove con l'ultima locuzione si fa riferimento ai casi di discrezionalità che concernono l'*an* ovvero il *quomodo* delle conseguenze giuridiche in genere e penali in specie e con la prima all'accertamento degli elementi indeterminati o elastici della fattispecie ovvero del precetto legale, il quale presuppone una valutazione da compiersi in base a parametri non sempre rigorosamente individuabili. Oggetto di controversie è la natura di detto accertamento: se esso coincida, cioè, con un procedimento ermeneutico, sia pure non automatico, ovvero con la discrezionalità in senso tecnico. Trattasi della problematica dei c.d. *unbestimmte Rechtsbegriffe* (95), che ha il suo pun-

(93) In virtù di tale processo logico l'art. 133 c.p. è, ad es., assunto a parametro del potere discrezionale conferito al giudice dall'art. 62-bis: pone in luce questo aspetto, M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., p. 28.

(94) I termini della contrapposizione sono criticamente riesaminati da WARD, *Dogmatische Grundlagen*, cit., p. 13 s., cui facciamo, altresì, rinvio per gli accurati richiami bibliografici.

(95) A proposito di tali concetti cfr. WARD, *Dogmatische Grundlagen*, cit., p. 19 ss., con riferimento ai diversi settori del diritto. Sul tema dei c.d. *unbestimmte Rechtsbegriffe* nel diritto penale cfr., fra gli altri, CLASS, *Grenzen des Tatbestandes*, 1933, in *Strafrechtliche Abhandlungen*, vol. 323; IDEM, *Generalklauseln im Strafrecht*, in *Festschrift für EG. SCHMIDT*, 1961, p. 122 ss.; DAHM-SCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, 1933, p. 31 ss.; K. ENGISCH, *Die normativen Tatbestandselemente im Straf-*

to focale nel diritto amministrativo (96), ma che, sostanzialmente, riguarda ogni settore del diritto confinante (con)

recht, in *Festschrift für E. MEZGER*, 1954, p. 127 ss.; IDEM, *Der Unrechtsbestand im Strafrecht*, in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben*, in *Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages*, vol. I, 1961, p. 401 ss.; F. HOFFMANN, *Die Normativen Elemente des besonderen und allgemeinen Tatbestandes im Strafrecht*, 1930, *Straf. Abh.*, vol. 272; K.H. KUNERT, *Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände*, 1958, *passim*; H. MAYER, *Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände*, in *J.Z.*, 1953, p. 105 ss. (in questo studio che avremo occasione di citare ulteriormente nel corso dell'indagine, l'A. esamina gli aspetti costituzionali del problema dei c.d. *unbestimmte Rechtsbegriffe*, in polemica con H. WELZEL, *Auf welche Bestandteile einer Strafvorschrift bezieht sich der Satz: nulla poena sine lege?*, in *J.Z.*, 1952, p. 616 ss.); M.E. MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1915, p. 182 ss.; MEZGER, *Strafrecht, I All. Teil, Ein Studienbuch*, 9ª ed., 1960, p. 98 ss.; F. v. HIPPEL, *Rechtlinie und Kasuistik im Aufbau der Rechtsordnung*, 1942; SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, 1930; E. WOLF, *Der Sachbegriff im Strafrecht*, in *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50 Jahre Bestehen des Reichsgerichts*, 1929, vol. 5º, p. 44 ss.; IDEM, *Die Typen der Tatbestandsmässigkeit*, 1931, p. 56 ss.; H. WOESSNER, *Generalklausel und Garantiefunktion der Strafgesetze*, in *N.J.W.*, 1963, p. 273 ss. Per una recente rieditazione del tema degli *unbestimmte Rechtsbegriffe*, visti come formule normative che connotano il raggiungimento di una « individuale Gerechtigkeit », cfr. BAUMANN, *Grenzen der individualen Gerechtigkeit im Strafrecht*, in *Summum jus Summa iniuria, Tübinger RechtsAbh*, 1963, p. 117 ss. (in garbata polemica con MAURACH, *Besorgter Brief an einen künftigen Verbrecher*, in *J.Z.*, 1962, p. 380). Nella dottrina italiana la più completa indagine in materia è quella di S. MESSINA, *La discrezionalità*, cit., cui rinviamo per i relativi richiami bibliografici; a prescindere dagli AA. che verremo via via citando, cfr. per un acuto cenno alla tematica delle clausole generali nel diritto penale, PETTOELLO MANTOVANI, *Il valore problematico della scienza penalistica*, 1961, n. 67, nota 47.

(96) La dottrina amministrativistica tedesca, ed anche austriaca, ha particolarmente approfondito il tema dei concetti indeterminati e dei suoi rapporti con la discrezionalità. Segnaliamo, fra gli altri: ADAMOVICH, *Handbuch des österreichischen Verwaltungsrecht*, 5ª ed., 1º vol., 1954, p. 17 ss.; W. ANTONIOLLI, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1954; BACHOF, *Die verwaltungsgerichtliche Ermessenskontrolle*, in *S.J.Z.*, 1948, p. 742 ss.; IDEM, *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, in *J.Z.*, 1955, p. 97 ss.; IDEM, *Ermessen und Sprachgebrauch*, in *J.Z.*, 1956, p. 590 ss.; E. BECKER, *Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung des deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 14, 1956, p. 14 ss.; 96 ss.; 125 ss.; DÜRIG, « Bedürfnis » und « öffentliches In-

ovvero radicato su di una sfera di valori che non sempre

teresse als Rechtsbegriffe », in *J.Z.*, 1953, p. 535; EHMKE, « Ermessen » und « unbestimmter Rechtsbegriff » im Verwaltungsrecht, in *Recht und Staat*, vol. 230-31, 1960, *passim*; EHRHART, *Von freien Ermessen, unbestimmten Begriffen und dem Verwaltungsgerichtshof*, in *Jur. Bl.*, 1948, p. 466 ss.; FLUME, *Steuerverwesen und Rechtsordnung*, in *Festschrift für R. SMEND*, 1952, p. 59 ss.; FACHINGER, *Überschreitung und Fehlgebrauch des Verwaltungsermessens*, in *N.J.W.*, 1949, p. 244 ss.; FLEINER, *Institutionen der deutschen Verwaltungsrechts*, 8^a ed., 1928, p. 145 ss.; FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 1 vol. All. Teil, 8^a ed., 1961; FRIESENHAMM, *Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts*, in *Recht, Staat Wirtschaft*, 2^o vol., 1950, p. 239 ss.; W. GROSS, *Im Spannungsfeld von Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1958, p. 358 ss.; B. HEILBRON, *Freies pflichtgemässigen Ermessens des Richters*, 1929, p. 12 ss. (con riferimento più specifico al settore penalistico); HENKE, *Die Staatsverwaltung unter der Verwaltungsgerichtsordnung*, in *DVBL*, 1961, p. 109 ss.; HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2^a ed., vol. II, 1954, p. 654 ss.; von HUSEN, *Gibt es in der Verwaltungsgerichtsbarkeit justizfreie Regierungsakte?*, in *DVBL*, 1953, p. 70 ss.; H. IMBODEN, *Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung*, 1954, p. 10 ss.; JAROSCH, *Die Prüfung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Verwaltungsgerichte*, in *DVBL*, 1954, p. 521 ss.; W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung*, 1913, *passim*; IDEM, *Verwaltungsrecht*, 3^a ed., 1931 (Neudruck 1948 mit Nachtrag 1950), p. 32 ss.; JESCH, *Zur Revisibilität unbestimmter Rechtsbegriffe in Die öffentliche Verwaltung (DöV)*, 1956, p. 77 ss.; IDEM, *Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht*, in *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, 1957, p. 163 ss.; IDEM, *Anmerkungen B Werw G 6-2-1958*, in *J.Z.*, 1958, p. 705 ss.; K. KLEINRAHM, *Das Verwaltungsermessen bei der Wiedereinweisung des zur Räumung verurteilten Mieters*, in *N.J.Z.*, 1949, p. 606 ss.; KLINGER, *Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung*, 1960; IDEM, *Veränderungen des Rechtsschutzproblems im Bereich der allgemeinen und inneren Verwaltung und der Kommunalverwaltung*, in *Beilage zur Staats-Zeitung für Rheinland-Pfalz*, n. 3 del 10 ottobre 1954; IDEM, *Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britanischen Zone*, 2^a ed., 1953, p. 168 ss.; KRAUTHAUSEN, *Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff*, in *Staats-Zeitung für Rh. Pfalz*, n. 49 del 5 dicembre 1954; KRÖNIC, *Verwaltungsgerichtliche Nachprüfung von Ermessensentscheidungen*, in *MDR*, 1948, p. 130 ss.; H. KRÜGER, *Der Verwaltungsrechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis*, in *NJW*, 1953, p. 1371 ss.; IDEM, *Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung*, in *Festschrift für R. SMEND*, cit., p. 211 ss.; LABS, in *DÖV*, 1954, p. 533 ss.; IDEM, in *DOV*, 1957, p. 584 ss.; von LAUN, *Bemerkungen zum freien Ermessen und zum détournement de pouvoir*, in *Festschrift für KRAUS*, 1954, p. 128 ss.; IDEM, *Die Objektivität der Rechtswissenschaft und das freie Ermessen(s)*, in *JBL*, 1952, p. 538 ss.;

appaiono traducibili esattamente al livello della fattispe-

IDEM, *Zur Lehre vom freiem Ermessen des öffentlichen Organe*, *ivi*, 1931, p. 385 ss.; IDEM, *Zum Problem der freien Ermessens*, in *Festschrift für E. ZITELMANN*, 1913; IDEM, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, 1910, *passim*; LEMAYER, *Apologetischen Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in *Grünhuts Zeitschr.*, vol. 22, p. 353 ss.; 460 ss.; LESS, *Begriffsherrschaft und Verwaltungstätigkeit*, in *DOV*, 1957, pp. 418-424; MELICHAR, in *JBl.*, 1953, p. 27 ss.; A. MERKL, *Die Legitimation zur Verwaltungsgerichtlichen Beschwerde als Ermessensfrage*, in *JBl*, 1937, p. 201 ss.; NEBINGER, *Verwaltungsrecht*, *All. Teil*, 2^a ed., 1949; PLAPPERT, *Das Prinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung und das freie Ermessen in ihrer Bedeutung für Art. 13 Würt.*, in *URPflG*, 1929; H. REUSS, *Der unbestimmte Rechtsbegriff*, in *DVBl*, 1954, p. 649 ss.; H. REUSS e ULE, *Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff*, in *Vorträge bei der Jahresversammlung der Vereinigung der Verwaltungsgerichtspräsidenten*, 1954; SCHLESINGER, *Ermessen und Ermessensprüfung*, in *ÖVBl*, 1936, p. 137 e 166 ss.; SCHMIDT-BRÜCKEN, *Verwaltungsermessen*, in *DÖV*, 1949, p. 41 ss.; SCHINDLER, *Unbestimmter Rechtsbegriff oder Ermessen? Eine Entgegnung*, in *MDR*, 1954, p. 331 ss.; von STENDEL, *Die verwaltungsgerichtbarkeit und die öffentlichen Rechte*, in *Verw. Arch.*, vol. 3, p. 177 ss., in particolare p. 211; von TEZNER, *Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden*, 1924; IDEM, *Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege*, in *Verw. Arch.*, vol. 9, p. 159 ss., 515 ss.; 579 ss.; E. TIETZ, *Freies Ermessen*, in *NJW*, 1953, 2, p. 1534 ss.; von TUREGG, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 3^a ed., 1956, p. 27; ULE, *Verwaltungsprozessrecht*, 2^a ed., 1961, p. 6 ss. e, in particolare, p. 13; IDEM, *Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1960; IDEM, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für W. JELLINEK*, 1955, p. 309 ss.; IDEM, *Wirtschaftsverwaltungsrecht und Rechtsschutzproblem, Beilage zur Staatszeitung für RH. PFALZ*, n. 2-3 del 3 ottobre 1954; IDEM, in *DVBl*, 1953, p. 491 ss.; IDEM, *Sul rapporto fra Stato amministrativo e Stato di diritto*, in *Jus*, 1959, p. 338; WERNER, *Zur Kritik an der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in *DVBl*, 1957, p. 221-227; H. WOLFF, *Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft*, in *Studium generale*, 1952, p. 195 ss.; IDEM, *Verwaltungsrecht*, 4^a ed., 1961, p. 139 ss.; WOLFERS, *Unbestimmter Rechtsbegriff und behördliches Ermessen*, in *Schw ZBl Stu GemVW*, 1957, p. 361 ss., p. 385 ss.

Anche nel diritto civile la problematica dei concetti indeterminati è particolarmente sentita: con specifico riguardo al « buon costume », ma per talune « aperture » d'ordine generale, vd. COING, *Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des Reichgerichts zum Begriff des « guten Sitten »* (§ 138, § 826 BGB), in *NJW*, 1947-48, p. 413 ss. Cfr., altresì, per i relativi richiami bibliografici, ROTHE, in *Archiv für civilistische Praxis*, 1950, p. 33 ss. Nel diritto italiano, cfr. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 28 ss., cui facciamo, altresì, rinvio per l'ac-

cie (97). Il Messina (98) riconduce ad un concetto unitario le due forme di *Ermessen*, criticando la scissione logica tra fattispecie (*Tatbestand*) e conseguenze giuridiche (*Rechtsfolgen*). Precetto (nel quale è contenuta la descrizione della fattispecie legale) e sanzione sono fra di loro indissolubili: « determinazione della sanzione significa apprezzamento della violazione del precetto: tutto ciò che influisce sulla misura della sanzione fa parte del precetto e quindi si inquadra nella fattispecie legale. Tutto ciò quindi che è rimesso alla discrezionalità del giudice nella determinazione della sanzione, rappresenta sempre un momento della fattispecie legale che per ciò stesso non è tassativamente fissata, dando luogo pertanto a discrezionalità nella fissazione degli elementi della fattispecie » (99). La definizione secondo cui ogni discrezionalità nell'applicazione

curatissimo panorama bibliografico della letteratura straniera. Quanto al tema dei concetti indeterminati nel diritto finanziario, cfr., per tutti, FELIX, *Ermessensausübung im Steuerrecht*, 1959. Per il diritto processuale penale, un recente sguardo alla dottrina tedesca può trovarsi in KAPPE, *Ist die Entscheidung über die Bestellung eines Pflichtverteidigers gemäß § 140 Abs 2 StPO eine Ermessensentscheidung?*, in *GA*, 1960, p. 57 ss.

Abbiamo trascurato deliberatamente in questa rassegna un cenno approfondito alla dottrina italiana sul punto, in quanto ad essa si farà continuamente richiamo nel corso dell'indagine.

(97) Per un accenno, sia pure fugace, a tale aspetto, cfr. P.G. GRASSO, *Aspetti costituzionali della legge sulla censura cinematografica*, in *Temì marchigiana*, 1963, p. 322 ss. In questa prospettiva — secondo l'A. — ben si comprende la frequente utilizzazione di elementi elastici nelle norme costituzionali, cioè in un settore della normazione che, più di ogni altro, sta al limite dell'ordinamento giuridico, in una zona in cui già spesso si infiltrano elementi metagiuridici. Sugli elementi elastici nella Costituzione, cfr. PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964, p. 328 ss. Nell'ambito del diritto costituzionale, si parla tuttavia di elasticità delle norme anche in un altro senso; cfr., per tutti, CHIARELLI, *Elasticità della Costituzione*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di L. Rossi*, Milano, 1952, pp. 42-57.

(98) *La discrezionalità*, cit., p. 72 ss.

(99) Così, S. MESSINA, *La discrezionalità*, cit., p. 130.

della sanzione penale si converte in discrezionalità nella determinazione degli elementi della fattispecie assume la veste di corollario di un ampio concetto di fattispecie, comprensivo di tutti i dati che determinano l'applicazione della sanzione e di quelli che incidono sulla sua durata. In questa prospettiva unitaria si riportano sia i casi tradizionalmente definiti « discrezionali » sia i c.d. elementi elastici o indeterminati. L'elemento differenziale è costituito dal fatto che soltanto per i primi opera la comune matrice di valutazione costituita dall'art. 133, mentre per i secondi si rende necessario il rinvio a quella sfera di valutazioni o di valori che sono, sia pure indirettamente, richiamati dalla natura del dato.

Una precisazione si impone: con la locuzione « elementi indeterminati » l'indirizzo in parola non intende ricomprendere tutti i dati non rigorosamente descrittivi (100) della fattispecie, ovvero quei casi in cui la proposizione normativa è preformata in modo tale da non esaurire, con la descrizione in essa contenuta, tutte le modalità giuridicamente rilevanti del comportamento (101), bensì soltanto quegli elementi che esigono un'ulteriore opera di apprezzamento giudiziale alla stregua di parametri valutativi non sempre determinati e rigorosamente individuabili. I primi rappresentano semplicemente una forma di normazione sintetica che rende meno complesso il processo di strutturazione della fattispecie legale: mentre fra i secondi rientrano dati di valore, elementi elastici che comportano un apprezzamento temporale o quantitativo e, in genere,

(100) Cfr. S. MESSINA, *La discrezionalità*, cit., p. 178 ss.

(101) Per una chiara differenziazione del duplice fenomeno (descrittività e determinatezza del dato) cfr., soprattutto, PETROCELLI, *Riesame degli elementi del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1963, p. 350.

tutti quelli in cui il segno linguistico normativo non funziona da chiaro elemento di sintesi della sfera di valori dal medesimo richiamata.

Risolta in sede giudiziale l'indeterminatezza, quale che ne sia l'origine, il giudice diviene titolare di una situazione soggettiva di dovere avente per contenuto l'applicazione di una certa sanzione penale o misura di essa. In questa luce, l'uso alternativo da parte del legislatore delle locuzioni «può» o «deve» per connotare le ipotesi discrezionali giuoca un ruolo meramente formale ed estrinseco. La natura delle premesse rende, inoltre, agevole l'estensione dei risultati anche al di fuori del terreno penalistico: posto che «la struttura della norma è unica in qualsiasi branca del diritto si voglia riguardare», che «in ogni parte dell'ordinamento giuridico si riscontrano degli spazi che la norma invade ma non con criteri tassativi», ne consegue che il concetto di discrezionalità «è un concetto unitario comune a qualsiasi branca del diritto» (102).

Il concetto di discrezionalità, ancorato ad un fattore meramente formale ed estrinseco qual è appunto l'indeterminatezza del segno linguistico normativo, corre, tuttavia, il rischio di diventare una parola ad effetto (*Schlagwort*) (103) piuttosto che non una categoria concettuale chiaramente differenziata da quelle affini. Nello stesso senso per cui, con particolare frequenza, nel linguaggio della dottrina e della giurisprudenza (104), ogni caso in cui oc-

(102) Così, S. MESSINA, *La discrezionalità*, cit., p. 13.

(103) Sottolinea tale pericolo WARDA, *Dogmatische Grundlagen*, cit., p. 13, mettendo in luce la necessità di differenziare la discrezionalità da talune figure (analogia e integrazione delle lacune) che ad essa vengono impropriamente ricondotte.

(104) Per un esame in chiave critica di tale orientamento cfr. DALIA, *Offesa ingiusta e fatto ingiusto altrui nel diritto penale*, in *Arch. pen.*, 1963, p. 37 ss.

corre un più intenso apprezzamento giudiziale viene ricondotto nell'alveo del potere discrezionale del giudice. La dilatazione del concetto, che ha come sotterranea implicazione una concezione meccanicistica dell'interpretazione, rende precario il diaframma che separa la discrezionalità dal procedimento analogico; infatti quest'ultimo, considerato sia come interpretazione di una singola norma giuridica che come interpretazione dell'intero ordinamento, appare contrassegnato da cadenze del tutto indeterminate. Correlativamente, la zona degli elementi vaghi od indeterminati, affidata al « prudente apprezzamento del giudice », finisce, in quanto oggetto di un giudizio qualificato discrezionale, per essere sottratta al sindacato della Corte di Cassazione: fatto salvo il controllo *indiretto* sulla motivazione. È una tendenza che affiora sempre più nelle decisioni giurisprudenziali, allorquando, ad es., sottolineano che l'apprezzamento di una condotta come « contraria all'ordine o alla morale delle famiglie » (art. 570 c.p.) (105) ovvero come oscena (art. 528 c.p.) attiene alla competenza esclusiva del giudice di merito. La arbitrarietà di tale assunto si ricollega, altresì, ad un travisamento dei rapporti che intercorrono tra giudizio penale di merito e giudizio di cassazione.

Questi travisamenti del concetto di discrezionalità hanno origine dall'inesatta e incompleta individuazione della *ratio* dell'art. 133, la quale consente di tenere distinti due fenomeni, dogmaticamente e praticamente (106) autonomi: quello del difetto di tassatività che attiene alla tecnica di

(105) Sull'elasticità di questa locuzione richiama l'attenzione G. LEONE. *La violazione degli obblighi di assistenza familiare*, Napoli, 1931, p. 51.

(106) I profili pratici della distinzione formeranno oggetto di successivo esame.

strutturazione normativa e quello della discrezionalità che, per contro, significa — come si dirà — rinuncia legislativa alla fissazione di un valore, cioè di una significazione astratta, e autorizzazione del giudice a cogliere, nella multiforme varietà del caso concreto, quella significatività che può giustificare un certo trattamento giuridico-penale. Questo duplice aspetto è cristallizzato nella lettera dell'art. 1 c.p. nonché dell'art. 25 comma 2° della Costituzione, sia pure nei limiti della necessaria concisione del paradigma costituzionale. La prospettiva costituzionale del tema non è affrontata dal Messina, la cui indagine, d'altro canto, precede l'entrata in vigore della carta costituzionale (107): di essa si terrà, viceversa, conto nella seconda parte del nostro studio.

L'interprete si trova, inoltre, di fronte ad uno sforzo di costruire una nozione ampia di fattispecie, tale da ricomprendere gli stessi casi di discrezionalità, che non può risultare dogmaticamente ineccepibile, ma che va inserito nel quadro di quel logorio concettuale cui da tempo la nozione di *Tatbestand* è sottoposta. Dal suo significato originario di « espressione astratta di un tipo di condotta » (108), cioè di « significazione astratta di un valore positivo o negativo » fino alla costruzione di un *Tatbestand* delle attenuanti generiche che, per loro natura, sono inconcepibili indipendentemente dal caso concreto (109), il cammino è

(107) *La discrezionalità*, cit., è, infatti, del 1947. La prospettiva costituzionale del tema, peraltro, così viva nella dottrina tedesca, non è stata, come vedremo, attentamente considerata nella dottrina italiana.

(108) Per questa origine in chiave di garanzia della nozione di *Tatbestand* nel diritto penale, cfr., fra gli altri, H. MAYER, *Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände*, in *Materialen zur Strafrechtsreform*, vol. 1° (*Gutachten der Strafrechtslehren*), 1954, p. 259 ss.

(109) Per una critica di questo processo che ha condotto ad un travi-

notevole. Donde la necessità per l'interprete di ricondurre la nozione alle sue esatte dimensioni, stabilendo il *quid minimum* occorrente affinché si possa parlare di fattispecie, in generale, e penale in ispecie. Il tutto attraverso l'ausilio degli stessi art. 1 c.p. e 25 comma 2° della Costituzione. Un ultimo rilievo: l'estensione dell'equazione discrezionalità-indeterminatezza alle diverse sfere del diritto rappresenta un risultato apprezzabile da un punto di vista logico, anche se pone in secondo piano la diversità di ragioni sostanziali da cui il concetto appare in ciascuna di esse improntato.

5. Segnaliamo ora un diverso concetto di discrezionalità che si risolve anch'esso in una notazione eminentemente *formale*. Vista sotto il profilo del contenuto della situazione soggettiva facente capo al giudice (110) essa è contrassegnata come «un comportamento giuridicamente doveroso, appartenente al tipo degli atti normativi (111), descritto dalla norma in modo incompleto, attraverso il congegno di una definizione ottenuta dall'indicazione specifica di certi elementi e dall'identificazione indiretta degli altri, mediante il riferimento al risultato di una valutazione demandata all'organo la cui condotta è prevista come doverosa». Il completamento del modello normativo si attua tramite un processo di *eterointegrazione* (112), « nel quale

samento del concetto di *Tatbestand*, cfr. M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., *passim*.

(110) Ciò si giustifica in una prospettiva tutta tesa a considerare il giudice quale esclusivo destinatario delle norme giuridiche: cfr., in proposito CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, 1956, *passim*.

(111) Così, CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., p. 168.

(112) Cfr. CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., p. 169. Il tema è ripreso dall'Autore, in forma particolarmente suggestiva, in studi successivi, cfr. *Custodia preventiva e criteri di valutazione in tema di libertà provviso-*

l'elemento estraneo è dato dall'attività raziocinante del destinatario del precetto» (113).

Il carattere totalmente formalistico della notazione risulta evidente allorchè la discrezionalità è contrassegnata come «una delle possibili tecniche di cui si serve il legislatore nella normazione», e caratterizzata dal solo dato dell'«eterointegrazione», senza alcuna peculiarità dal punto di vista della situazione soggettiva facente capo al giudice, posto che anche le proposizioni discrezionali ipotizzano comportamenti doverosi.

Il concetto di discrezionalità, identificato con il fenomeno dell'eterointegrazione, acquista una dimensione nel complesso maggiore rispetto a quella che gli è propria nella definizione del Messina. Da un lato, a prescindere dai casi tradizionalmente definiti di discrezionalità, non ricomprende tutte le forme di indeterminatezza della fattispecie, mentre, dall'altro, si estende anche oltre questo limite.

Vediamo di chiarire l'assunto. Ad avviso del Cordero (114), non v'è discrezionalità laddove l'indeterminatezza è il risultato di un'ambiguità del segno linguistico di per sè considerato, non risolubile tramite il riferimento a ordini di valutazioni estranei allo schema normativo, ossia tramite un processo di eterointegrazione. Si allude al fenomeno delle anfibologie (115), alle ambiguità dei *verba*

ria, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, p. 943 ss.; *Circostanze generiche e termine di prescrizione*, cit., p. 828 ss.; *Scrittura e oralità*, in *Tre studi sulle prove penali*, 1963, p. 192, nota 33 (in cui viene criticata, con argomentazioni che verremo successivamente esaminando, la tesi di M. MASSA).

(113) CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., p. 169. Di consueto si parla, invece, di «eterointegrazione» non tanto in rapporto al contributo dell'attività raziocinante del giudice, quanto piuttosto con riferimento all'estraneità rispetto alla norma penale dei parametri o criteri di valutazione (costume, etica ecc.), cui la stessa si richiama.

(114) *Le situazioni soggettive*, cit., p. 161, in particolare nota 141.

(115) Il tema delle anfibologie è stato ampiamente studiato dalla dot-

legis, la cui conseguenza è che la norma finisce per atteggiarsi come «uno schema nel quale si vengono a trovare diverse possibilità di esecuzione» (116). È problema non dogmatico, ma ermeneutico: trattasi di una imperfezione legislativa, la cui presenza si ripercuote sul piano dell'indagine interpretativa. Di contro a questi casi di «indeterminatezza non intenzionale» stanno quelli «intenzionali» che attengono alla sfera della discrezionalità. Sono i casi in cui la presenza di elementi in bianco inerisce alla proposizione normativa «che è preformata in modo tale da non esaurire colla descrizione in essa contenuta, tutte le modalità giuridicamente rilevanti del comportamento» (117). Il fenomeno viene espresso anche come «normazione sintetica», in quanto il segno linguistico, consistente in una notazione di valore, evita la rassegna casistica di tutti gli atti che presentano tale connotato. Per sciogliere tale sintesi normativa, cioè per individuare in concreto i tipi di comportamenti penalmente rilevanti l'interprete deve far riferimento a quella sfera di valutazioni che è richiamata dalla notazione di sintesi. Si pensi ad es. alla categoria degli atti osceni *ex art. 527 c.p.*: per determinare se in concreto un atto possenga detto connotato, occorre un processo di eterointegrazione basato sul rinvio alla sfera del pudore sessuale che offre il parametro per l'inquadramento del caso. Di indeterminatezza della

trina sulla interpretazione: cfr., per tutti, BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 1949. Sarebbe assurdo tentare di fornire in questa sede un quadro bibliografico completo della dottrina sull'interpretazione: per un panorama, abbastanza dettagliato, soprattutto della letteratura straniera, cfr., comunque, A. KELLER, *Die Kritik, Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlautes*, 1960, p. X ss.

(116) Cfr. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. Treves, 1952, p. 94 ss.

(117) CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., p. 161, nota 142.

fattispecie in caso di normazione sintetica può parlarsi solo in senso *apparente*, nel senso cioè che il segno linguistico di per sè considerato, e indipendentemente dal processo di eterointegrazione, non è ancora in grado di qualificare penalisticamente il caso concreto. Di indeterminatezza *reale* è lecito parlare solo qualora il dato di normazione sintetica non indichi univocamente la sfera di valutazione da cui deve essere integrato, ovvero qualora quest'ultima non offra parametri valutativi certi: si pensi, ad es., alla « condotta contraria all'ordine... della famiglie » (ex art. 570 c.p.).

Quale che sia il grado *reale* di indeterminatezza, ogni fenomeno eterointegrativo va assunto, secondo il Cordero, nel concetto di discrezionalità; mentre, per contro, secondo il Messina, alla nozione restano estranei i casi di indeterminatezza *apparente*.

Incerti rimangono, tuttavia, i confini concettuali della « eterointegrazione » e, quindi, della discrezionalità: non essendo sufficientemente chiarito se essa abbracci anche quelle ipotesi in cui la fattispecie opera un rinvio a settori di valutazione strettamente giuridici ma estranei alla norma incriminatrice. Sono anche questi casi di normazione sintetica, anche se di carattere solo apparentemente indeterminato. Vengono in considerazione sotto questo profilo soprattutto i casi di c.d. anti giuridicità speciale (118), intesi secondo un parametro rigorosamente normativo (119).

(118) Sul tema della c.d. anti giuridicità speciale cfr., di recente, le osservazioni di CONCAS, *La garanzia penale del segreto istruttorio*, Milano, 1963, p. 148 ss.

(119) Il problema concernente l'accezione strettamente giuridica o meno entro cui vanno assunte locuzioni quali « ingiusto », « arbitrariamente », « senza giusta causa », « senza giusto motivo », è di ampio respiro e formerà oggetto di dettagliato esame nella parte III dell'indagine.

Analogamente, alla stregua di questi presupposti concettuali, diviene impercettibile il diaframma che separa le fattispecie in forma aperta e le c.d. fattispecie a forma libera, che presentano una condotta *atipica* in correlazione ad un evento *tipicizzato*. Entrambe hanno come identico connotato formale un vuoto normativo, cioè l'assenza di una puntuale tipicizzazione di tutte le situazioni rientranti nella previsione della norma. L'incertezza sui confini tra queste categorie va eliminata, potendo avere ripercussioni d'ordine non solo dogmatico ma anche pratico.

Una concezione di questo tipo corre, inoltre, il rischio, per l'equazione che immediatamente, forse per suggestione terminologica, si stabilisce tra discrezionalità e giudizio di merito, di estendere la zona sottratta al sindacato della Corte Suprema. L'assunto, già posto in luce a proposito della tesi del Messina, acquista, per l'indirizzo in esame, un maggior valore plastico se si pone mente alla dilatazione che esso produce della nozione di discrezionalità. Qualora poi si volesse distinguere, sotto il profilo del sindacato di diritto, il vario grado di indeterminatezza che presentano le differenti forme di eterointegrazione, ne risulterebbe di già scalfita la validità della nozione unitaria; posto che una qualificazione o categoria dogmatica intanto ha una ragion d'essere autonoma in quanto ha una propria operatività sul piano effettuale (120).

La nozione può essere fonte di equivoci anche in tema di errore: l'identificazione della discrezionalità come forma di eterointegrazione conduce a riservare al giudice

(120) Sulla necessità di un'operatività effettuale autonoma delle figure di qualificazione giuridica anche nel campo penale, cfr. M. GALLO, *La colpevolezza*, 1952, *passim*.

l'esclusivo potere di completare gli elementi lasciati in bianco o incompleti dal legislatore e ad escludere, conseguentemente, ogni rilevanza dell'errore del soggetto agente sulla portata del segno linguistico che contraddistingue i casi di normazione sintetica. Non è difficile riscontrare la presenza di tale equivoco in quelle decisioni giurisprudenziali che escludono l'operatività dell'errore sull'oscenità di un atto ovvero su altri elementi elastici (121), il cui completamento viene ritenuto compito riservato al giudice. Di certo l'orientamento muove anche da altre cause; ma è, senz'altro, permeato dalla diffusa convinzione che non vi può essere errore dell'agente laddove c'è discrezionalità. Di qui l'opportunità e l'importanza pratica di ridimensionare il concetto, studiandone le relative implicazioni sul piano dell'elemento soggettivo del reato.

Lo sforzo di ricondurre ad una *tipicità*, sia pure *per relationem*, tutte le forme di eterointegrazione sussunte sotto il concetto di discrezionalità non è del tutto persuasivo. Già il rigore di esso si incrina rispetto a quelle ipotesi di normazione sintetica che sono realmente indeterminate; ma diviene impercettibile laddove uno schema o concetto normativo neppure sussiste. Basta pensare alle attenuanti generiche (122) per comprendere come sia dif-

(121) Sul punto ci permettiamo di richiamare due nostri precedenti studi: *Limite esegetico. elementi normativi e dolo nel delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1960, p. 752 ss.; *Riflessi sistematici d'ordine sostanziale e processuale di un caso di coercizione diretta*, in *Bollettino dell'Istituto di dir. e proc. pen.*, Università di Pavia, Anno Accademico 1961-62, p. 121, nota 128.

(122) L'art. 62 *bis* non esprime, infatti, alcuna significazione astratta nè di un fatto nè di un valore, sia pure *per relationem*: esso indica semplicemente l'effetto («circostanze diverse, qualora le ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena») che comporta, sul piano della responsabilità, il dato da rilevare in concreto. Non si deve, tuttavia, confondere la *funzione* di una norma che è vincolo e guida per l'esercizio della discre-

ficile parlare di *tipicità per relationem* o di fattispecie, se si vuol dare un senso logico a questi concetti. La nozione di eterointegrazione presuppone uno schema, sia pure incompleto, suscettibile di essere integrato, che è totalmente assente nell'art. 62-*bis*.

Tutta l'impostazione risente del vizio metodologico di partenza, muovendo da un dato esteriore e formale (l'incompletezza del paradigma normativo), e non dall'unico aggancio che il sistema penale italiano offre all'interprete per la ricostruzione del concetto, ossia l'art. 133. Lo scarso peso attribuito a questa norma impedisce una valutazione della sua incidenza nel processo di eterointegrazione delle altre fattispecie in forma aperta. Manca, inoltre, — ma l'indagine sulla discrezionalità ha un carattere solo marginale nello studio del Cordero — un tentativo di raccogliere i casi di eterointegrazione con i principi di tassatività e di legalità della fattispecie penale espressi dall'art. 1 c.p. e 25 comma 2° della Costituzione.

Significativo è, per contro, lo sforzo di concepire in termini di doverosità il fenomeno della discrezionalità e di cogliere i passaggi logici — in termini di situazioni soggettive — attraverso i quali si compie l'integrazione del paradigma normativo.

Essi vengono riportati allo schema della fattispecie a formazione frazionata, elaborato con riguardo ad altri settori del diritto dalla dottrina (123). Questa fattispecie — si

zionalità con il contenuto (*Tatbestand*) della norma, ossia con l'oggetto della valutazione. E ancora: a nulla vale il riferimento ai criteri dell'art. 133 c.p. per dimostrare l'esistenza di un *Tatbestand* delle generiche. Infatti: a prescindere, come si vedrà, dall'arbitrarietà di questo processo di collegamento di ogni ipotesi discrezionale con l'art. 133, l'onnicomprensività di quest'ultima disposizione toglie al richiamo ogni possibilità di circoscrivere (tale essendo, invece, il fine di ogni *Tatbestand*) l'oggetto della valutazione.

(123) Per un rapido panorama bibliografico sulle diverse configurazioni

osserva (124) — risulta « . . . dagli estremi specificamente previsti nella norma e dall'ulteriore elemento che si desume dal risultato di una valutazione successiva » e, in sede di scomposizione analitica, da due fattispecie « alla prima delle quali (integrata dal complesso degli elementi specificamente ipotizzati) è ricollegato un effetto consistente nel dovere dell'organo di procedere a quell'operazione ricognitiva mediante cui è dato d'identificare l'elemento in bianco dello schema legale; la seconda fattispecie si presenta più complessa e risulta dalla somma della prima e dell'ulteriore elemento acquisito a conclusione del processo valutativo; in quest'istante ad integrazione avvenuta dello schema normativo, sorge a carico del soggetto uno specifico dovere di condotta ». Non sempre rigorosa ed evidente appare la situazione doverosa finale. Vi sono casi in cui l'indeterminatezza dello schema è più accentuata: basta raffrontare all'uopo la sospensione condizionale della pena alla valutazione *ex art.* 133 c.p. In questo secondo caso l'esito della valutazione della gravità del reato e della capacità a delinquere « . . . anzichè funzionare come criterio normativo di scelta in un'alternativa necessariamente rappresentata da due termini (la sospensione condizionale della pena può essere concessa o negata . . .) costituisce il parametro di un comportamento decisorio il cui contenuto può variamente atteggiarsi, secondo l'estesa progressione di graduazioni quantitative tra il minimo ed il massimo della pena edittale » (125). Data, cioè, la difficoltà di stabilire l'esatta corrispondenza tra misura della pena e per-

che la dottrina ha dato della « fattispecie a formazione frazionata », cfr. il nostro *Fatto del non imputabile e pericolosità*, 1961, p. 124 ss., nota 251.

(124) Così, CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., p. 170.

(125) Cfr. CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., p. 172-173.

sonalità dell'agente (126), riesce meno agevole ipotizzare l'esatto grado di pena come oggetto di una decisione doverosa. Resta aperto il dubbio se questo rilievo sia tale da

(126) La difficoltà di individuare la sola pena « adeguata », la cui applicazione costituirebbe l'oggetto della situazione soggettiva doverosa del giudice, si accentua quanto più se ne propugna, in relazione alle più moderne istanze della prevenzione speciale, la conformità non solo al fatto, ma altresì all'autore. Espressione di questo sforzo di adeguamento è la c.d. *Spielraumtheorie*, elaborata, in materia di *Strafzumessung*, dalla dottrina tedesca. Secondo tale teoria, il processo di graduazione della pena dovrebbe svolgersi attraverso le seguenti fasi: individuazione, nell'ambito dello *Strafrahme*, di un più ristretto margine editale di pena conforme, secondo le esigenze retribuzionistiche, al fatto e alla colpevolezza dell'agente; all'interno di esso, dovrebbe, poi, ricercarsi la pena conforme alla personalità ed avrebbero libero sfogo le esigenze della prevenzione speciale. Si sottolinea, tuttavia la delicatezza della seconda fase. A proposito della *Spielraumtheorie*, cfr., fra gli altri, soprattutto in chiave critica, BADER, *Das Ermessen des Strafrichters*, in *JZ*, 1955, p. 526; DREHER-MASSEN, *Strafgesetzbuch*, 3ª ed., 1959, Vorbem. I 1 a von § 13 StGB; JACUSCH, *Die Strafzumessung*, in *Leipziger Kommentar*, 8ª ed., 1957, pp. 96-122; JESCHECK, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, in *GA*, 1956, p. 109; NIESE, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, in *JZ*, 1957, p. 507 ss.; SARSTEDT, *Die Kontrolle des Ermessensfreiheit des Richters bei der Festsetzung von Strafen und sichernden Massregeln*, in *fasc. spec. della ZStW per il VII congresso internazionale di dir. pen.*, 1957, Atene, 1957, p. 133 ss.; IDEM, *In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu Regeln (Ermessensfreiheit oder gesetzliche Bindung des Richters bei der Verhängung der Strafe und sonstiger Unrechtsfolgen)?*, *relaz. tenuta al 41° Deutschen Juristentag*, in *Verhandlungen des 41 DJT*, vol. II, 1956, S.D. 29; Eb. SCHMIDT, *Kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform*, in *ZStW*, 69, p. 373; SCHNEIDWIN, *Anmerkungen - BGH 10 novembre 1954*, in *JZ*, 1955, p. 506 ss.; SCHWARZ-DREHER, *Strafgesetzbuch*, 23ª ed., 1961, *vorbem I A § 13 StGB*. La difficoltà di individuare la sola pena adeguata al fatto e, soprattutto, alla personalità dell'agente è sottolineata in tutti i lavori in tema di *Strafzumessung*, fra i quali segnaliamo, con riguardo alla dottrina tedesca: AUER, *Über die Freiheit des richterlichen Ermessens im Strafgesetzentwurf*, 1925 (Lo studio contiene un esame panoramico delle diverse ipotesi di discrezionalità, con specifico riferimento alla *Strafzumessung*), in *Leipziger Zeitschrift*, 20, p. 787 ss.; ARNDT, *Das Strafmass*, in *SJZ*, 1946, p. 30 ss.; P. F. ASCHROTT, *Die mildernden Umstände und die besonders leichten Fälle im Vorentwurf zu einem*

infirmare la configurazione della discrezionalità *ex art.* 133 c.p. in termini di doverosità e, quindi, da far concepire la *Strafzumessung* come il risultato di un arbitrio giudi-

deutschen Stragesetzbuch. Ein Beitrag zur Lehre der Strafzumessung, in *ZStW*, 32, p. 134 ss.; BAUMANN, *Poena extraordinaria*, in *GA*, 1957, p. 405 ss.; IDEM, *Das Verhalten des Täters nach der Tat*, in *NJW*, 1962, p. 1793 ss. (con esclusivo riferimento ad uno dei coefficienti della *Strafzumessung*); BIRKMEYER, *Das richterliche Ermessen im deutschen Entwurf vergleichen mit dem österreichischen*, in *Gerichtsaa*, 1911, vol. 77, p. 353 ss.; BOCKELMANN, *Schuld und Sühne*, 1957, p. 27 ss.; A. BRANDT, *Mängel der Strafzumessung*, in *JW*, 1925, vol. 54, p. 2719 ss.; H. J. BRUNS, *Zum gegenwärtigen Stand der Strafzumessungslehre*, in *NJW*, 1956, p. 241 ss.; BUSCH, *Die Kontrolle des Ermessensfreiheit des Richters bei der Festsetzung von Strafen und sichernden Massregeln*, in *Sonderheft der ZStW*, cit., p. 101 ss.; F. von CALKER, *Die Bestimmung der Strafart nach der Gesinnung aus welcher die Handlung entsprungen ist (§ 20 StGB)*, in *Vergleichende Darstellungen*, *All. Teil*, vol. 3°, 1908, p. 173 ss.; DAHM, *Richter und Gesetz auf dem Haager Kongress für Rechtsvergleichung*, in *Zeit. der Akademie für deutsches Recht*, 1937, p. 737 ss.; DAHS, *Das Kommende Strafgesetzbuch*, in *NJW*, 1958, p. 1161 ss.; DEITICSMANN, *Strafzumessung bei Wahl zwischen Geldstrafe und Freiheitsstrafe*, in *Deutsche Richterzeitung*, 1934, p. 116 ss.; GRAFZUDOHNA, *Die gesetzliche Strafzumessung*, in *Mon. f. Krim. psych. v. Strafr. ref.*, 1943, p. 138 ss.; E. DREHER, *Über die gerechte Strafe. Eine theoretische Untersuchung für die deutsche Strafrechtspraxis. Schriften der Süddeutschen Juristenzeitung*, vol. 5, 1947; IDEM, *Anmerkung zu den Urteilen der OLG Hessen und Köln vom 10/4/47 und vom 31/7/47*, in *SJZ*, 1947, p. 561 ss.; IDEM, *Zur Frage der Revisibilität der Strafzumessung*, in *SJZ*, 1949, p. 768 ss.; IDEM, *Doppelbewertung von Strafzumessungsumständen*, in *JZ*, 1957, p. 155 ss.; IDEM, *Zur Systematik allgemeiner Strafschärfungsgründe. Eine Besprechung des Urteils BGH StR 1/53 von 29/5/53*, in *GA*, 1953, p. 129 ss.; IDEM, *Die erste (zweite) (dritte) Arbeitstagung der Grossen Strafrechtskommission 29 Juni bis 2 Juli 1954*, rispettivamente pubblicate in *ZStW*, 1954, p. 568 ss.; 1955, p. 77 ss.; 1955, p. 229 ss.; DROST, *Das Ermessen des Strafrichters*, 1930, *passim*; IDEM, *Das Ermessen des Strafrichters als Problem der Strafrechtsreform*, in *NJW*, 1955, p. 1255 ss.; EXNER, *Gerechtigkeit und Richteramt. Zwei akademische Antrittsreden (1° Über Gerechtigkeit im Strafmass; 2° Strafrechtsreform und Richteramt)*, 1922; IDEM, *Zur Praxis der Strafzumessung*, in *Mon. sch. f. Krim.*, 1926, p. 365 ss.; IDEM, *Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte*, in *Kriminalpolitische Abh.*, vol. 16, 1931; IDEM, *Sinnwandel in der neuesten Entwicklung der Strafe. Probleme der Strafrechterneuerung*, in *Festschrift für KOHLRAUSCH*, 1944, p. 24 ss.; A. FINGER, *Die richterliche*

ziale o di un *emotionales Denken*. Parimenti, preme sull'interprete l'esigenza di verificare la effettiva consistenza di queste situazioni soggettive doverose che puntua-

Strafzumessung. Gutachten. Verhandlungen des Neunundzwanzigsten Deutschen Juristentages, 2 vol., 1908, p. 37 ss.; GALLAS, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystematik*, 1931, p. 11 ss.; GERLAND, *Strafzumessung. Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, vol. 5°, 1928, p. 796 ss.; GLEISPACH, *Strafbemessung*, ASCHROTT-KOHLRAUSCH, *Reform des Strafrechts*, 1926, p. 186 ss.; H. GRÜNHUT, *Rechtsvergleichende Bemerkungen zum deutschen Strafgesetzentwurf*, in *ZStW*, 71, 1959, p. 522 ss. e, in particolare, p. 527 ss.; G. GRÜNDWALD, *Trichterliches Ermessen bei der Strafzumessung*, in *MDR*, 1959, pp. 713-717, 808-811; GUTZKE, *Die Behandlung « besonders schwere Fälle » insbes. bei Übertretungen*, in *NJW*, 1956, p. 580 ss. (come si dirà, nel diritto tedesco non esiste un problema autonomo delle circostanze, distinto dalla *Strafzumessung*); HARTUNG, *Zur Frage der Revisibilität der Beweiswürdigung*, in *SJZ*, 1948, p. 581 ss.; HEINITZ, *L'omicidio doloso*, in *Studi in memoria di F. GRISPIGNI*, 1958, p. 222 ss. (ove l'A. pone in luce l'ampiezza eccessiva del potere discrezionale attribuito al giudice tedesco in tema di fissazione della pena); IDEM, *Gedanken zur Strafprozessreform*, in *Juristische Rundschau (JR)*, 1951, p. 241 ss. (quivi l'A. esamina i problemi di raccordo tra la *Strafzumessung* e la riforma del codice di procedura penale tedesco. Su tali reciproche implicazioni cfr., inoltre, DAHS, *Das Kommende Strafgesetzbuch*, cit., p. 1161; LEIBINGER, *Considerazioni sulla riforma del diritto processuale penale in Germania*, in *Ann. di dir. comp. e studi legisl.*, 1961, p. 98; SCHNEIDEWIN, *Die Wirkungen der Strafprozessreform auf den Strafprozess*, in *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben*, 1960, p. 439 ss.); IDEM, *Strafzumessung und Persönlichkeit*, in *ZStW* (63), 1950, p. 57 ss.; IDEM, *Der Aufbau des Strafsystems*, in *ZStW* (65), 1953, p. 26 ss.; IDEM, *Der Strafzweck bei der richterlichen Strafbemessung mit besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwürfe*, in *Archiv für Rechts u. Wirtschaft*, XXII, 1928-29, p. 259 ss.; J. HELLMER, *Erziehung und Strafe - Zugleich ein Beitrag zur jugendstrafrechtlichen Zumessungslehre*, 1957, *passim*; A. HELLWIG, *Die Reform der Strafzumessung*, in *Deutsch. Str.*, 1936, p. 418 ss.; IDEM, *Das Geldstrafengesetz*, 1924, *passim*; IDEM, *Die Wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldigen als Strafzumessungsgrund*, in *Mon. f. Krim. u. Strafr.*, 1921, 12, p. 126 ss.; JAGUSCH, *Die Praxis des Strafzumessung*, 1956, *passim*; W. KALSBACH, *In welcher Weise*, cit., 41 *Deutsch. Juristentag*; KERN, *Grade der Rechtswidrigkeit*, in *ZStW* (64), 1952, p. 254 ss.; KLEINKNECHT, *Einige Gedanken über die Revision in Strafsachen insbes. über die Revisibilität der Strafzumessung*, in *JR*, 1950, pp. 716-719; KLUG, *Problem der Strafzumessung bei §§ 242-243-249*, in *B krim. Amt*, 1958, I, 3 a (da sottolineare come nella dottrina tedesca siano frequenti gli studi condotti con specifico riguardo ai problemi di *Strafzumessung* concernenti i singoli

lizzano l'iter della discrezionalità, constatando se esistono sanzioni penali o, quanto meno processuali, per il caso della loro inosservanza oppure congegni atti, nel sistema

reati: l'urgenza pratica di questi studi si comprende agevolmente ove si ponga mente al fatto che non esiste un sistema di circostanze tipiche, le quali vengono, per contro, individuate dall'interprete, sotto il profilo della *Strafzumessung*); KOFFKA, *Welche Strafzumessungsregeln ergeben sich im geltendem StGB?*, in *JR*, 1955, p. 322 ss.; KRILLE, *Die Kontrolle der Ermessensfreiheit*, cit., in *Sonderheft der ZStW*, cit., p. 117 ss.; KROSCHEL, *Die Abfassung der Urteile in Strafsachen*, 18 ed., 1957, p. 111 ss.; KRUMME, *Ermessensfreiheit oder gesetzliche Bindung des Richters bei der Verhängung der Strafe oder sonstiger Unrechtsfolgen*, *DRIZ*, 1955, p. 208 ss.; LANG-HINRICHSSEN, *Zur Frage der Zurechnung von Folgen der Straftat bei der Strafzumessung*, in *GA*, 1957, pp. 1-13; LANGE, *Die Systematik der Strafdrohungen*, in *Materialien zur Strafrechtsreform*, 1 vol., *Gutachten der Strafrechtslehrer*, 1954, pp. 69-87; IDEM, *Grundfragen der Bereinigung des Strafgesetzbuchs unter besonderer Berücksichtigung der Strafzwecke, der Strafzumessungsnormen und der Tatbestandstechnik*, in *Verhandlungen des 39. Deutsch. Juristentages*, 1952, p. 1 ss.; LUDWIG, *Die Freiheit des Richters bei der Bestimmung der Strafe*, in *Mélanges O. A. GERMANN*, cit., pp. 199-219; MANNHEIM, *Über Gleichmässigkeit und Systematik in der richterlichen Strafzumessung*, in *ZStW* (42), 1921, p. 42 ss.; MEDEM, *Das Problem der Strafzumessung*, in *GerS* (40), 1888, p. 161 ss.; IDEM, *Über Strafzumessung und Strafmass*, in *GerS* (26), 1874, p. 590 ss.; K. MEYER, *Das richterliche Ermessen nach dem Strafgesetzentwurf*, in *DJZ*, 1926, p. 1313 ss.; E. MEZGER, *Strafzweck und Strafzumessungsregeln*, in *Materialien*, cit., vol. 1°, 1954, pp. 1-8; NAGLER, *Die Strafzumessung*, in *Leipziger Kommentar*, 6ª ed., 1944, p. 150 ss.; IDEM, *Die Strafzumessung nach dem Amtlichen Entwurf eines Allgemeinen deutschen Strafgesetz*, in *GerS* (94), 1927, p. 83 ss.; NIEDERREUTHER, *Fehlerhafte Strafzumessungsgründe*, in *Deutsche Justiz*, 1938, p. 414 ss.; OBORNIKER, *Grundprobleme der Strafrechtsreform und freies richterliches Ermessen*, in *Die Justiz*, II, 1926-27, p. 144 ss.; PETERS, *Betrachtungen zur Strafrechtsreform*, in *Caritas, Zeit f. Caritasarbeit*, Mai 1956, *Sonderveröffentlichung*, p. 12 ss.; IDEM, *Strafzumessung*, in *Handwörterbuch der Krim.*, 2 vol., 1936, p. 737 ss.; RIESE, *Das Ermessen des Strafrichters als Problem der Strafrechtsreform*, in *NJW*, 1956, p. 10 ss.; ROSENFELD, *Die richterliche Strafzumessung*, in *VDA All. Teil*, vol. III, 1908, pp. 93-171; SACHS, *Beweiswürdigung und Strafzumessung entwickelt an praktischen Strafrechtsfällen*, 1932, *passim*; SAUER, *Probleme der richterlichen Strafzumessung*, in *GA*, 1957, pp. 129-139; IDEM, *Zur Behandlung der gesetzlichen Strafschärfungs und Milderungsgründe*, *ivi*, 1955, p. 232 ss.; IDEM, *Strafbemessung und Persönlichkeit*, in *ZStW* (50), 1929, p. 679 ss.;

processuale penale, a sindacarne l'osservanza: indici diagnostici, entrambi, dell'esistenza di doveri, almeno processuali.

L. SCHÄFER, *Strafbemessung*, in *Das kommende deutsche Strafrecht*, All. Teil. 2^a ed., 1935, p. 163 ss.; SCHAFFSTEIN, *Bemerkungen zur gesetzlichen Regelung der Strafbemessung in kommenden deutschen Strafrecht*, in *Deutsches Strafrecht*, 1934, p. 368 ss.; H. SCHLÜTER, *Ist eine amnestierte Straftat bei der Aburteilung eines späteren Deliktes strafverschärfend zu berücksichtigen* (l'A. esamina il problema specifico della valutabilità della sentenza che concede l'amnistia come precedente per la *Strafzumessung* - che è di rilievo anche per il nostro diritto), in *JW*, 1935, p. 2939 ss.; Eb. SCHMIDT, *Strafzweck und Strafzumessung in einem künftigen Strafgesetzbuch*, in *Materialien zur Strafrechtsreform*, 1 vol. cit., pp. 9-28; L. SCHMIDT, *Die Strafzumessung in rechtsvergleichender Darstellung*, 1961 (cui facciamo, altresì, rinvio per un completamento del nostro panorama bibliografico per quanto concerne, soprattutto, la letteratura straniera, non tedesca); IDEM, *Die Strafzumessung*, in *Materialien zur Strafrechtsreform*, 2^o vol., *Rechtsvergleichende Arbeiten*, 1954, p. 85 ss.; H. SCHRÖDER, *In Welcher Weise*, cit., in *Gutachten zum 41 DJT*, vol. I, 1955, p. 57 ss.; IDEM, *Gesetzliche und richterliche Strafzumessung*, in *Festschr. f. E. MEZGER*, 1954, p. 415 ss.; SCHWELING, *Die Bemessung der Gesamtstrafe*, in *GA*, 1955, p. 280 ss.; C. SEIBERT, *Fehler bei der Strafzumessung*, in *MDR*, 1952, p. 457 ss.; IDEM, *Fehler bei der Strafzumessung*, *ivi*, 1959, p. 258 ss.; K. SIEGERT, *Der Einfluss der Strafzwecke auf Schuld und Strafmass*, in *ZStW* (54), p. 418 ss.; G. SPENDEL, *Zur Lehre vom Strafmass*, 1954, *passim* (a proposito di tale studio cfr. le recensioni di BUCHHOLZ, in *Staat und Recht*, 1957, p. 314 ss. e di HEINITZ, in *Arch. pen.*, 1956, p. 413 ss.); F. STURM, *Strafrechtswissenschaft und Strafmass*, in *GeS* (85), 1917, p. 112 ss.; IDEM, *Zur Lehre vom Strafmass*, in *ZStW* (34), 1913, p. 64 ss.; H. von WEBER, *Die richterliche Strafzumessung*, *Schriftenreihe der juristischen Studiengesellschaft*, vol. 24, 1956, *passim*; IDEM, *Zur Revisibilität der Strafzumessung*, in *MDR*, 1949, pp. 389-391; IDEM, *Zum Problem der Strafzumessung*, in *Prager Juristenzeitung*, 1931, p. 31 ss., 355 ss.; A. WIMMER, *Strafgrenzen und Revisibilität*, in *SJZ*, 1948, pp. 64-71; IDEM, *Die Strafzumessungstatsachen im Prozess*, in *NJW*, 1947-48, p. 126-129 e 176-179; IDEM, *Die rechtlichen Einschränkungen der Strafzumessungsfreiheit*, in *Deutsche Rechts-Zeitschrift*, 1950, p. 268 ss. Vanno, inoltre, richiamati i « *Verhandlungen des Einundvierzigsten Deutschen Juristentages* », i quali, oltre alle relazioni citate contengono altri interessanti interventi: per un resoconto sul 41^o *Deutschen Juristentag*, cfr. *JZ*, 1955, p. 631 ss. Va sottolineato, inoltre, come nel panorama bibliografico della letteratura tedesca siano state deliberatamente omesse le citazioni dei principali manuali, del resto facilmente reperibili, per non appesantire eccessivamente la rassegna.

Questo sforzo di caratterizzare in chiave di doverosità il fenomeno discrezionale è, però, destinato a rimanere vuoto formalismo se non è accompagnato dalla ricerca della

Interessante è l'esame dei criteri condizionati dalla struttura ideologica e politica, che presiedono alla *Strafzumessung* nei paesi a regime comunista; cfr., sul punto, fra gli altri: J. LEKSCHAS-RENNEBERG, *Die Bedeutung des Subiekts des Verbrechens für die rechtliche Beurteilung des Verbrechens und die Strafzumessung*, in *Neue Justiz (NJ)*, 1953, p. 668 ss.; IDEM, *Über die Prinzipien der Strafzumessung*, in *NJ*, 1953, p. 762 ss.; N. TAKOW, *Zur Frage der Straffestsetzung*, in *Rechtswissenschaftlicher Informationsdienst*, 1953, p. 592 ss.; WYSCHINSKI, *Die innere Überzeugung und das sozialistische Rechtsbewusstsein im sowjetischen Prozess*, *ivi*, 1952, p. 5 ss.; cfr., inoltre, *Lehrbuch des Strafrechts der deutschen demokratischen Republik, All. Teil*, 1959, p. 601 ss.; NAPOLITANO, *Il nuovo codice penale sovietico*, 1963, p. 161 ss.

Con riferimento al diritto svizzero cfr., soprattutto, O. A. GERMANN, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, Zürich, 1942; IDEM, *Das Ermessen des Richters auf Grund des schweizerischen Strafgesetzbuches*, in *Schweiz. Zeit. f. Str.* (56), 1942, p. 21 ss.; IDEM, *Le contról du pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination des peines et des mesures de sûreté*, in *Rev. int. de droit pénal*, 1957, p. 235 ss. (in tale Rivista sono, altresì contenute le diverse relazioni sul tema svolte al Congresso di Atene dell'*Association internationale de Droit pénal* del 1957: esse offrono un panorama complessivo dei problemi relativi alla *Strafzumessung* nei diversi paesi, pur se limitatamente al profilo del controllo); IDEM, *Grundlagen der Strafbarkeit nach dem Entwurf des All. Teils eines deutschen Strafgesetzbuch von 1958. Bemerkungen zum Entwurf aus schweizerischer Sicht*, in *ZStW* (71), 1959, p. 157 ss.; G. MAURER, *Die Strafzumessung im schweizerischen Strafgesetzbuch*, 1945, *passim*. Con riferimento al diritto austriaco cfr., fra gli altri, R. GRASSBERGER, *Die Strafzumessung*, 1932, *passim*; F. NOWAKOWSKI, *Das Ausmass der Schuld*, in *SchwZStR* (65), 1950, p. 304 ss.; RITTLER, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, All. Teil*, 1954, p. 75, 220, 327, 330, 363 ss.; NOLL, *Gewaltenteilung und Unabhängigkeit des Richters im Strafrecht*, in *Mélanges O. A. GERMANN*, cit., pp. 249-316; A. PANCHAUD, *L'autonomie du juge en droit pénal*, in *SchwJZ*, 1943, p. 462 ss.; PFENNINGER, *Die Freiheit des Richters in der Strafzumessung*, *ivi*, 1934, pp. 193-196, 200-217. Con riferimento al diritto dei paesi americani cfr. lo studio comparativo di PFERSICH, *Die Strafzumessung im Lichte der modernen amerikanischen Schule. Rechtsvergleichende Untersuchungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft*, 1956, *passim*. Abbiamo intenzionalmente ommesso ogni riferimento alla dottrina italiana cui ci si richiederà di continuo nel corso dell'indagine.

ratio e della sfera di valori verso cui il paradigma normativo incompleto lascia aperto uno spiraglio: i due profili si implicano reciprocamente. Il secondo esula dall'indagine del Cordero (127) che, accogliendo un'impostazione processualistica del diritto (128), ravvisa nelle stesse fattispecie penali sostanziali un mero momento logico di un *iter* procedimentale che si conclude con una situazione soggettiva doverosa, avente per contenuto un certo comportamento del giudice. Logico, quindi, che, anche in tema di discrezionalità, l'interesse dell'Autore cada sull'imputazione soggettiva finale. Il nostro *iter* metodologico si snoda secondo movenze opposte: studio della fattispecie ovvero della norma di diritto penale costruita in forma discrezionale, nelle sue implicazioni di valore e nella sua autonoma problematica (aspetto *sostanziale* dell'indagine) (129) e, in secondo luogo analisi, della situazione soggettiva del giudice (aspetto *processuale*).

Un'ultima osservazione: anche l'equazione discrezionalità-eterointegrazione sembra idonea a svolgere un ruolo

(127) *Le situazioni soggettive*, cit., *passim*.

(128) In tale prospettiva, infatti, anche le norme sostanziali divengono elemento di una fattispecie che ha come effetto finale il sorgere di una situazione soggettiva doverosa a carico del giudice.

(129) Infatti, se per discrezionalità si deve intendere, come si dirà, non il potere di adottare, in chiave di mera opportunità, il trattamento più idoneo, bensì la rinuncia da parte del legislatore a fissare astrattamente un contenuto di valore, per lasciarne in concreto la determinazione al giudice, il tentativo di ricostruire, attraverso la *funzione* di ogni istituto strutturato in tal guisa, la cerchia di valori cui si deve attingere nel giudizio, contribuisce a dare di esso la relativa dimensione *sostanziale*. Naturalmente, come per i problemi di interpretazione, e in misura ancora maggiore per la discrezionalità, costante è il raccordo con il momento del « giudizio »: lasciandosi, forse, eccessivamente suggestionare da questa correlazione, parla di carattere « processuale » dell'interpretazione, M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio*, Milano, 1963, p. 16. Il « giudizio » è, infatti, e deve essere, la proiezione *necessaria* di ogni aspetto sostanziale.

unitario nei vari settori del diritto, comune essendo ad essi il fenomeno di paradigmi normativi incompleti. Rimane, però, da chiarire se sia operativa questa nozione unitaria, fondata su elementi estrinseci, di tecnica normativa, disarticolata dalle diversità di valori, di posizioni culturali che fanno da sfondo ad ogni ramo del diritto.

6. L'esame, sia pure sommario, delle principali prese di posizione, esplicite e implicite, dottrinali e giurisprudenziali sul tema della discrezionalità ci ha posto di fronte ad una vasta gamma di opinioni, diversamente articolate: dalla trasformazione pratica del concetto di mero arbitrio giudiziale alla sua identificazione con la «*benignitas*»; dal tentativo di agganciare tutte le ipotesi discrezionali all'articolo 133 c.p., visto in funzione di «*valvola di sicurezza*» ad una ricostruzione meramente formalistica della nozione, correlata all'*indeterminatezza* della fattispecie ovvero al fenomeno di *eterointegrazione* del paradigma normativo.

Le stesse opinioni vanno ora riesaminate da un differente angolo visuale, ossia da quello dei canoni metodologici cui esse sono improntate nella costruzione del concetto. Alcune muovono dall'unico dato positivo disponibile (ossia l'art. 133 c.p.); altre da una nozione aprioristicamente scontata ovvero ricavata e formulata in relazione a differenti rami del diritto. Del primo tipo è l'impostazione del Messina il quale, tuttavia, a causa di un'imperfetta interpretazione della norma e seguendo un procedimento logico non esente da critiche, giunge a dare al concetto una dimensione più ampia di quella che realmente gli spetta (130). Quanto al secondo tipo, può, appunto, trattarsi di

(130) Nella discrezionalità viene, infatti, ricondotto il difetto di tassatività che è un fenomeno distinto.

una duplice prospettiva, a seconda che il concetto sia fissato in via del tutto aprioristica e al di fuori di ogni sfera del diritto ovvero con riguardo ad uno specifico settore, ed esattamente al diritto amministrativo, per essere poi trasposto in sede penale. La prima prospettiva trova frequenti riscontri dottrinali. Si pensi, ad es., alla tesi che differenzia la discrezionalità dall'arbitrio, identificandola con una scelta fra diverse soluzioni, vincolata a certi parametri normativi: su questo modello, astrattamente concepito, viene plasmata la nozione di discrezionalità penale. L'art. 133 funge da schema ideale per tale operazione logica, per la suggestione che esso, *prima facie*, esercita come norma diretta a porre vincoli. Ne è risultato l'assunzione di detta norma nel suo significato più superficiale e la rinuncia ad una sua approfondita interpretazione.

Nella stessa prospettiva, muovendo da una concezione meccanicistica dell'interpretazione, intesa come operazione meramente conoscitiva e ricognitiva, si isola ogni operazione mentale del giudice che si traduce in un apprezzamento ovvero nella formulazione di giudizi di valore. Quest'ultima viene complessivamente contrassegnata sotto l'etichetta di « discrezionalità » che è, pertanto, locuzione ampia, comprensiva di ogni elemento della fattispecie non meramente descrittivo (131): dato per scontato — ma l'assunto è da dimostrare (132) — che descrittività di un ele-

(131) In questa prospettiva, si parla di « discrezionalità » anche per connotare gli ampi poteri di apprezzamento che, talora, competono al giudice nella ricostruzione di qualche momento della fattispecie legale non sufficientemente determinato: cfr., ad es., quanto al momento consumativo del delitto di cui all'art. 566 comma 2°, ANTOLISEI, *Manuale di dir. pen., parte spec.*, I, 1960, 4ª ed., p. 343; e quanto alla consumazione del delitto di evasione, CONSO, *Appunti sul momento consumativo del reato di evasione*, in *Giur. it.*, 1952, II, c. 289.

(132) *Contra*, ad es., E. WOLF, *Der Sachbegriff im Strafrecht*, cit.,

mento e formulazione di giudizi di valore siano termini fra loro assolutamente inconciliabili. Questo orientamento ha la sua matrice ideologica (133) nella sfiducia verso l'obiettività e la verificabilità dei giudizi di valore.

Della seconda prospettiva sono più agevolmente riscontrabili le concrete manifestazioni. Si muove, ad es., dalla definizione della discrezionalità in campo amministrativo come possibilità di scelta tra i vari fini (134) che si pro-

p. 56, il quale dimostra come elementi tradizionalmente qualificati « descrittivi » esigano, per la loro determinazione, giudizi di valore: è il caso, ad es., del concetto di « cosa » che l'A. definisce *ein normativer, und zwar ein wertausfüllungsbedürftiger Begriff*. Cfr., anche, sul punto, KUNERT, *Die normativen Merkmale*, cit., p. 89 ss. Ciò dipende dal fatto che, frequentemente, si scambia, come vedremo, il giudizio di valore intrinseco ad ogni momento interpretativo con il procedimento di etero-integrazione caratteristico dei requisiti normativi della fattispecie.

(133) Sulla relatività o meno dei giudizi di valore cfr. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954. Cfr., anche, sul punto M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio*, cit., p. 133 ss.

(134) Cfr. in merito, S. MESSINA, *La discrezionalità*, cit., p. 17 ss. È la vecchia tesi di LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, 1910, p. 61 ss., secondo cui la discrezionalità, nella prospettiva del pubblico interesse (scopo generale), consisterebbe nella fissazione degli scopi più diretti e immediati dell'attività amministrativa. Per una efficace puntualizzazione critica della tesi, cfr. M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione* cit., p. 28 ss. A proposito viceversa della discrezionalità come *Wahlmöglichkeit* ossia come « Wahl zwischen mehreren im gesetzlichen Rahmen möglichkeit Entscheidungen » (così, VON TUREGG, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 3^a ed., 1956, p. 27), cfr. WARDA, *Dogmatische Grundlagen*, cit., p. 14 ss., cui facciamo rinvio per i cospicui richiami bibliografici. Da questa definizione della discrezionalità dell'autorità amministrativa discende la costruzione del potere discrezionale del giudice (anche penale) come « Einräumung eines Spielraumes, innerhalb dessen der Richter zwischen mehreren Verhaltensweisen wählen kann ». Queste decisioni o comportamenti in alternativa vengono poi, a seconda dei casi, considerati o meno tutti *indifferenti* dal punto di vista del diritto; nel primo caso la scelta deve procedere secondo un criterio di mera opportunità o secondo regole extragiuridiche. Anche questa concezione della discrezionalità, sviluppata in un certo settore dell'ordinamento giuridico (discrezionalità come *scelta* del contenuto della decisione, anziché degli scopi) viene,

spettano all'autorità, solo genericamente caratterizzati dalla locuzione « pubblico interesse ». La trasposizione di essa in campo penale non è semplice, posto che qui gli istituti, anche di tipo discrezionale, sembrano possedere una *ratio* univoca; semprechè non si confonda la pluralità dei fini, peraltro discutibile nello stesso settore amministrativo (135), con la pluridimensionalità, sotto il profilo teleologico, della sanzione penale. In forza di tale atteggiamento, il fine perseguito dalla pena non sarebbe positivamente determinato, ma risulterebbe il frutto di un atto di scelta dell'interprete, alla stregua delle premesse ideologiche da cui muove (136). Ne risulterebbero influenzate tutte quelle forme di discrezionalità che si riannodano direttamente alla scelta del tipo di pena, all'applicabilità o graduazione della medesima.

E ancora: si caratterizza la discrezionalità nel diritto amministrativo come possibilità di far dipendere certi effetti da considerazioni di opportunità, da valutazioni meramente contingenti o politiche estranee alla vera e propria *ratio* di un certo istituto. Ciò premesso, le conseguenze deducibili da tale atteggiamento mentale, in sede penale, possono essere di duplice natura. Da un lato, si ritiene che le uniche valvole di apertura della norma penale verso valutazioni di opportunità siano costituite dalla locuzione « può » (137): il fenomeno della discrezionalità viene, per-

talora, trasposta, con un procedimento tipicamente concettualistico, in sede penale.

(135) In proposito, cfr. S. MESSINA, *La discrezionalità*, cit., p. 20 ss.

(136) Questa impostazione non tiene alcun conto del disposto costituzionale dell'art. 27 comma 3°.

(137) Secondo questo orientamento, l'incompletezza del paradigma normativo darebbe vita ad un fenomeno di *apparente* discrezionalità; l'oggetto della valutazione sarebbe, infatti, anche in tal caso ricostruibile in via di mera interpretazione. La discrezionalità, connotata esclusivamente dalla

tanto, circoscritto al settore dei *Kann-Vorschriften* ed escluso da quello dei *Muss-Vorschriften*, per usare una termino-

locuzione « può », non consisterebbe mai nella fissazione dei presupposti di un certo trattamento normativo, quanto nella valutazione circa l'opportunità di adottare o meno questo trattamento, in presenza dei suddetti presupposti. Così, ad es., in tema di sospensione condizionale della pena non sarebbe discrezionale l'accertamento della qualità di persona socialmente pericolosa, bensì la concessione o meno del beneficio, una volta conclusasi positivamente la prognosi di pericolosità; in materia di attenuanti generiche, non avrebbe natura discrezionale l'operazione di riscontro del valore positivo del fatto, bensì la diminuzione della pena conseguente a tale accertamento. In tal guisa la discrezionalità si radica su valutazioni di mera opportunità, talora estranee alla finalità del singolo istituto e, comunque, in antitesi con il carattere « personale » (art. 27 comma 1 Cost.) che deve connotare ogni giudizio di responsabilità penale. La tesi, inoltre, non tiene in alcun conto l'articolo 133 c.p.: unica norma penale nella quale si parla esplicitamente di « potere discrezionale » del giudizio penale e dalla quale, pertanto, non si deve prescindere nella ricostruzione del concetto. Inoltre: se la tesi fosse esatta, l'individuazione dei presupposti, anche se non fissati dalla legge, concretando un'operazione meramente interpretativa, formerebbe sempre oggetto di sindacato da parte della Corte Suprema. Così dicasi dell'accertamento della qualità di persona socialmente pericolosa; che è, viceversa, sottratto, in quanto giudizio di merito e discrezionale, a tale controllo, salve talune eccezioni esplicitamente fissate (cfr. art. 641 comma 3 c.p.p.), in deroga alla competenza (di diritto) della Corte di Cassazione. La discrezionalità, inoltre, sarebbe segnata solo dall'uso della locuzione « può »: sussisterebbe, pertanto, nell'art. 62 *bis* e non in altre ipotesi affini di attenuanti generiche stabilite dalle leggi speciali, che sono accompagnate dall'uso di un'espressione vincolante. Non si riesce a scorgere la ragione per la quale solo nel primo caso la concessione della diminuzione di pena, in presenza di un valore positivo, dovrebbe essere subordinata a valutazioni di mera opportunità.

Un'eco di questa impostazione si risente in quegli Autori, i quali negano che, ad es., in tema di aggravanti c.d. *indefinite* (sulla categoria che formerà oggetto di esame nell'ulteriore sviluppo dell'indagine, cfr. CASALINUOVO, *Le circostanze aggravanti indefinite*, in *Riv. pen.*, 1946, p. 1209 ss.) sia possibile parlare di discrezionalità: possedendo esse « un contenuto ben determinabile in via *interpretativa* (il corsivo è nostro) ed al quale il giudice è vincolato nè più nè meno che per le circostanze « definite » (così, MARINI, *Profili di una teoria delle circostanze*, Milano, 1963, p. 63, nota 11). E la ragione appare evidente, non appena si consideri che a tali aggravanti non si accompagna l'uso della locuzione « può ». In senso analogo cfr. SMURAGLIA, *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, Milano, 1962, p. 136. L'Au-

logia propria della dottrina tedesca. Dall'altro lato, si esclude radicalmente che queste valutazioni possano giocare in un terreno che, attinendo alla sfera delle libertà personali, è dominato dalla più stretta legalità. L'affermazione, frequente in cultori di discipline non penalistiche, secondo la quale in sede penale non sarebbe possibile parlare di discrezionalità trova, quindi, alla luce di tali premesse, la propria giustificazione logica. Lo stesso assunto ha, anche, una differente genesi: ossia la convinzione che la discrezionalità sia possibile soltanto nel campo amministrativo e non in quello giurisdizionale, in genere (138), dipendente dall'identificazione aprioristica della stessa con l'arbitrio ovvero con la valutazione d'opportunità e, nello stesso tempo, da una concezione meccanicistica dell'attività giurisdizionale. È, pertanto, comprensibile come il profilo discrezionale di taluni istituti, collocati nel codice penale, sia da qualche Autore (139), reputato elemento sufficiente a qualificarli di natura amministrativa. Ciò vale, ad es., per le

tore, dopo avere affermato che le aggravanti c.d. *indefinite* non hanno carattere discrezionale, poichè non sono accompagnate dalla locuzione « può », ribadisce che nella loro previsione « ... non c'è... nulla di indeterminato e di indefinito, se si eccettua la genericità del contenuto della circostanza aggravante, che peraltro può e deve essere specificata e concretata dal giudice nella motivazione della sua sentenza »; senza avvedersi che proprio in questa assenza di determinazione del « significato » aggravante consiste l'essenza discrezionale di tali circostanze.

(138) In tal senso è, ad es., FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, cit., p. 72, allorchè afferma « ... Während der Richter nach dem Gesetz judiziert, entnimmt der Verwaltungsbeamte die Maximen seines Tätigseins zum Teil dem Gesetz, zum Teil der eigenen Erfahrung und Einsicht. Soweit das letztere geschieht, spricht man vom Ermessen, das ist in Verbindung mit zahlreichen Adjektiven wie "frei", "pflichtmässig", "diskretionär", "technisch" ... ». L'A. riconosce, tuttavia, la *relatività* estrema del concetto: « ... Aller so weit auch sein Gebrauch ist, so umstritten ist sein Inhalt, so unbestimmt sind seine Grenzen... ».

(139) Cfr. ad es., R. A. FROSALI, *Sistema pen. it.*, III, 1958, p. 361 ss.

misure di sicurezza. Risulta così riconfermata l'utilità che l'approfondimento della natura della discrezionalità penale presenta, sul piano sostanziale, per una più esatta definizione di tali istituti.

E, infine, posta l'equazione discrezionalità-insindacabilità, peraltro discutibile (140) nella stessa sede amministrativa, la si utilizza anche per la fissazione della nozione penalistica. Peraltro questa tesi, a prescindere dal vizio logico che la accomuna alla precedente e di cui si dirà tra breve, traspone un effetto eventuale della nozione nella caratterizzazione dell'essenza della medesima.

7. Non è difficile scorgere a questo punto il vizio metodologico che si annida in ciascuno di questi ragionamenti riconducibili al secondo dei due filoni sopra schematizzati. Esso consiste nell'inversione operata dell'ordine logico che presidia le operazioni mentali su cui è fondato il procedimento ermeneutico (141). Infatti l'interprete, anzichè costruire la nozione di discrezionalità penale sulla scorta di quel significato che si lascia ricavare dall'impiego di tutti i mezzi interpretativi in ordine ai dati testuali disponibili, ha preteso invece fissarla con quel significato che le è proprio o presunto tale in altri settori del diritto ovvero con un contenuto ricavato aprioristicamente.

Sono presenti in questo *iter* metodologico tutti i connotati del « concettualismo » che la dottrina più recente (142)

(140) In merito alla correlazione si veda, ad es., M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, cit., p. 165 ss.

(141) Sul punto cfr., di recente, M. PORZIO, *Sulla scelta del metodo nella interpretazione*, in *Arch. pen.*, 1961, p. 413 ss.

(142) In sede penalistica cfr., fra gli altri: M. PORZIO, *Sulla scelta del metodo*, cit., p. 413 ss., cui rinviamo per un panorama bibliografico della dottrina penalistica sul punto; IDEM, *Le origini del formalismo giuridico*, in *Bollettino della biblioteca degli istituti giuridici dell'Università di Napoli*,

ha sottoposto a vivace critica. Questo procedimento, riscontrabile anche laddove esistono disposizioni legislative, sia pure di dubbia portata (143), trova necessariamente un terreno più fertile in tema di determinazione del concetto di discrezionalità penale, dato l'attenuarsi della portata dell'aggancio normativo. Per cui « proprio quel dato concettuale che doveva ricevere forma e significato preciso dal lavoro dell'interprete lo si trova posto in anticipo come elemento risolutore di tutta l'indagine che finisce quindi per svolgersi lungo una traccia preconstituita, secondo schemi preformati che ne segnano i limiti sin dall'inizio » (144). Questo vizio concettualistico è comune sia alle tesi che preformano il dato senza specifico riferimento ad alcun settore del diritto, sia a quelle che muovono da una nozione tipicamente legata al diritto amministrativo. Le ultime sono, anzi, ispirate ad una visione unitaria del diritto la quale può condurre all'enucleazione di dati concettuali comuni alle differenti branche, solo laddove ciò appaia come il risultato di una sottile esegesi condotta nei vari settori (145). A premesse concettualistiche è legata la stessa tesi del Cordero, la quale, pur prendendo le mosse da esteriori

1961, p. 254 ss.; per talune applicazioni del metodo anticoncettualistico a proposito dei singoli istituti cfr. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1962; IDEM, *La sospensione condizionale della pena e la reintegrazione del diritto di voto*, in *Bollettino della Biblioteca degli istituti giuridici*, cit., 1956, pp. 185-203; M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., p. 45 ss.; IDEM, *Il dubbio sulle cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1960, p. 109; SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli, 1961; IDEM, *Considerazioni sull'applicabilità dell'amnistia al reato continuato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1954, pp. 297-333.

(143) Così M. PORZIO, *Sulla scelta del metodo*, cit., p. 426.

(144) M. PORZIO, *Sulla scelta del metodo*, cit., p. 432.

(145) Il principio dell'unità del fenomeno giuridico può, inoltre, ispirare direttamente l'elaborazione di concetti unitari per i vari settori del diritto, qualora in questi manchino del tutto appigli di carattere positivo per la ricostruzione del concetto.

affinità del paradigma normativo, in realtà finisce per scontare aprioristicamente l'identità fra discrezionalità ed eterointegrazione.

Finchè le ricerche sulla discrezionalità penale resteranno ancorate a premesse di natura concettualistica, si continuerà ad elaborare una serie di nozioni, nessuna identificantesi con quella valida, poichè sul piano astratto tutte appaiono ugualmente fondate (146). Di fronte a questo stato di cose pare comprensibile la tendenza a considerare come meramente convenzionale la nozione di discrezionalità: etichetta diretta a ricoprire realtà normative diverse a seconda del punto di partenza concettuale.

Per uscire dalle strettoie del concettualismo, la nostra indagine seguirà un diverso indirizzo metodologico, imperniato sulla rigorosa interpretazione dell'unico dato testuale disponibile, ossia dell'art. 133 c.p. Ricavata da tale norma l'essenza (o natura giuridica) della discrezionalità penale, saremo in possesso del parametro sulla scorta del quale ricavare le altre ipotesi che rivestono tale connotato. Questi casi potranno non coincidere in tutto con quelli menzionati nella Relazione ministeriale (147) ed, inoltre, caratteriz-

(146) Così, M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., p. 45 ss.

(147) La Relazione sul progetto del codice penale, infatti (I, p. 189), definisce come estrinsecazione ed affermazione del potere discrezionale del giudice penale, oltre alla determinazione della misura della pena, quelle altre ipotesi indicate « nelle norme che concernono: la disciplina del concorso delle circostanze aggravanti e attenuanti comuni, obiettivo di un giudizio di prevalenza e di equivalenza; la facoltà di aumentare la misura della pena pecuniaria per i colpevoli più facoltosi o di aggiungere la pena medesima a quella della reclusione per i delitti commessi a fine di lucro; la facoltà di aumentare e di attenuare la pena in limiti molto estesi, se ricorrono circostanze aggravanti o attenuanti comuni, o se si tratta di recidiva; la facoltà di ammettere o escludere la recidiva in taluni casi; la facoltà di ridurre la pena nell'ipotesi di concorso di più persone nel reato, riguardo a coloro che abbiano rivelato minima capacità a delinquere; la

zarsi per requisiti peculiari: alla cui stregua le classificazioni tra le varie forme di discrezionalità si apriranno a nuove prospettive. Tutti, però, dovranno registrare un nucleo essenziale comune e un profilo effettuale, sostanziale e processuale, identico, tale da escludere qualsiasi addebito di « convenzionalità » alla nozione e da assicurarne la piena operatività. Raggiunto questo obiettivo, si potrà tentare di stabilire se il fenomeno della discrezionalità sia o meno unitario nei vari settori del diritto; così rispettando, al di fuori di ogni arbitraria concettualizzazione, l'esigenza di una valutazione sistematica e unitaria.

8. A queste direttive metodologiche si ispira la recente indagine di M. Massa (148), volta a chiarire la natura giuridica delle attenuanti generiche, ossia di un istituto a carattere tipicamente discrezionale. Il punto di partenza dell'analisi è costituito dall'art. 133 c.p. L'Autore dimostra come l'elencazione di criteri in esso racchiusa non funga da limite, esaurendo ogni possibile direzione cui può rivolgersi il giudice nel tipo di ricerca di cui all'art. 133 c.p. L'onnicomprendività della disposizione non esprime, quindi, alcun canone, all'infuori dell'obbligo per il giudice di fare tutto il possibile per adeguare la pena al caso concreto; nel contempo, però, consente di ravvisare l'essenza della discrezionalità penale. Il significato, infatti, dell'apertura dell'art. 133 c.p. verso ogni possibile terreno di inda-

facoltà in casi numerosi di scegliere fra una pena detentiva e una pecuniaria, e l'ampia latitudine fra il limite minimo e massimo, segnatamente nell'applicazione di tale ultima specie di pena; i più larghi poteri in tema di sospensione condizionale della pena e di riabilitazione e la facoltà di astenersi dal giudizio o dalla condanna rispetto ai minori degli anni di-ciotto ».

(148) *Le attenuanti generiche*, cit., *passim*.

gine è proprio nel riconoscimento da parte del diritto positivo dell'impossibilità di prevedere in anticipo nella forma di legge, cioè in via generale ed astratta, le infinite strutture di valore del fatto che si traducono in una minore o più intensa riprovevolezza dell'agente. In quest'ultima affermazione è dato cogliere l'orientamento tipicamente retribuzionistico dell'indagine; malgrado l'Autore confessi, in apertura dell'analisi (149), l'estraneità del problema relativo al fine della pena al diritto penale e all'art. 133, in particolare.

Così delineata, la discrezionalità viene a coincidere con l'*equitas* come giudizio del caso concreto, posto che solo quest'ultimo è *in grado* di esprimere la significatività di valore che condiziona un certo trattamento giuridico-penale. Essa diviene sinonimo dell'assenza nella norma di ogni determinazione dell'oggetto della valutazione *sia pure in forma indiretta* (150). L'ultima parte dell'assunto vale a tracciare il confine che separa la discrezionalità dall'interpretazione penale, la quale presuppone, per contro, la fissazione normativa di un concetto o di un valore, anche se in forma indiretta. Discrezionalità è termine incompatibile con la semplice *elasticità* della fattispecie; fenomeno che presuppone un determinato concetto, espressivo di un valore, anche se per cogliere esattamente quest'ultimo si rende necessario il ricorso a certe sfere di valutazione (coscienza sociale ecc.). A questa semplice segnalazione della essenza della discrezionalità penale si circoscrive il carat-

(149) *Le attenuanti generiche*, cit., p. 72 ss.

(150) Così, M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., p. 226. Non si deve, naturalmente, confondere l'oggetto della valutazione che nei casi di discrezionalità non è determinato neppure indirettamente con la *funzione* dell'istituto così strutturato che è, viceversa, sempre ricavabile in via interpretativa.

tere paradigmatico dell'art. 133 c.p. con riferimento alle altre ipotesi che presentano l'identico connotato. Solo l'esame della rispettiva *funzione* può contribuire ad una più precisa determinazione delle medesime (151). Così dicasi delle attenuanti generiche. La ragion d'essere dell'articolo 62-*bis* vien colta nel riconoscimento da parte del diritto positivo dell'impossibilità di prevedere in anticipo le infinite situazioni « in cui una circostanza, legata alla concretezza del caso, rivela un valore attenuante che non può sfuggire al diritto senza compromettere la sua funzione di regola *adeguata e proporzionata* alla realtà della vita » (152). Di qui la configurazione delle attenuanti generiche, sul piano dogmatico, come appartenenti all'ambito della colpevolezza « perchè denotano nelle singole situazioni, una minore portata della disobbedienza e per questa via incidono sulla misura del rimprovero » (153). Il Massa non ritiene, infine, che l'identificazione della discrezionalità penale con la equità comporti un pericolo di arbitrio giudiziale, convinto com'è del carattere obiettivo e della verificabilità delle strutture di valore che il caso è in concreto chiamato ad esprimere.

Queste le principali movenze argomentative dell'indagine, la quale persuade per l'*iter* metodologico seguito e, in una certa misura, per i risultati cui perviene. Essa risente, tuttavia, della sua necessaria delimitazione all'articolo 62-*bis*, che lascia sfuggire all'interprete alcuni altri profili generali del fenomeno della discrezionalità penale e che pone in ombra taluni passaggi logici. Di qui la ne-

(151) E non, viceversa, la pura e semplice trasposizione dei criteri ex art. 133 c.p. di per sè equivoci.

(152) Così, M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., pag. 15.

(153) M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., p. 17.

cessità di approfondire criticamente l'argomentazione che conduce a dimostrare l'onnicomprensività dell'art. 133 c.p.; di caratterizzare la ricerca anche dal punto di vista del fine rieducativo della pena, il cui perseguimento non è solo il frutto di un atto di scelta dell'interprete, bensì è imposto all'interprete da una normativa costituzionale (art. 27 comma 3°). Il fenomeno della discrezionalità penale potrà acquisire maggior vivezza di contorni in tale prospettiva e la gamma di ipotesi ad esso riconducibili apparirà maggiormente caratterizzata. Preme, inoltre, sull'interprete l'esigenza di perfezionare il criterio differenziale tra la discrezionalità e gli elementi elastici della fattispecie, che non possono tutti dirsi formulati in ossequio rigoroso al criterio della tassatività; riconducendo la prima, sia pure con i doveri correttivi, alla tematica delle fonti e i secondi alla tecnica di strutturazione delle norme penali. I due profili devono essere colti nelle loro dimensioni costituzionali, alla luce dell'art. 25 comma 2° della Costituzione; prospettiva che, per contro, sfugge all'indagine del Massa. Il fenomeno della discrezionalità penale deve essere, peraltro, guardato anche con riferimento al *tipo* di situazioni soggettive che esso determina in capo al giudice, nonchè agli effetti, sia processuali che sostanziali, ad esso riconducibili. Ciò per convalidarne l'operatività come nozione autonoma. Nella indagine del Massa manca, poi, un tentativo di raffrontare la nozione penalistica con quelle elaborate negli altri settori del diritto, al fine di cogliere un'eventuale unità del fenomeno. Uno sguardo deve essere rivolto anche alla normativa processuale per riscontrare se essa agevoli o paralizzi l'esercizio della discrezionalità: posto che un concetto giuridico non può mai essere disarticolato dalla sua operatività sul terreno *reale* dell'accertamento.

Queste premesse ci guideranno ad una diversa sistemazione delle attenuanti generiche. La considerazione dovrà essere estesa anche agli altri istituti discrezionali, nel tentativo di coglierne la specifica *ragion d'essere* e, quindi, l'elemento che deve fungere da catalizzatore delle diverse strutture di valore che il caso concreto può significare. Ciò, in vista di un duplice scopo: da un lato, per un migliore inquadramento dommatico di queste ipotesi; dall'altro, per dimostrare che il potere discrezionale così inteso, se correttamente esercitato, non può sfociare in arbitrio, mantenendosi in quell'atmosfera di legalità che, per l'orientamento culturale e costituzionale oggi prevalente, deve connotare l'attività giudiziale.

Questi i motivi di meditazione che l'impostazione del Massa ci suggerisce. Con questi scopi limitati ed entro questi precisi confini, che si è cercato di delineare nel presente capitolo, è stato concepito e va letto il presente studio: da cui, pertanto, il benevole lettore non potrà attendersi se non il tentativo di approfondire criticamente e di illuminare, alla luce di differenti prospettive, un recente angolo visuale, dal quale la dottrina ha considerato il fenomeno della discrezionalità penale.

CAPITOLO II

ANALISI DELL'ART. 133 C.P. COME PARADIGMA DELLA DISCREZIONALITÀ NEL DIRITTO PENALE

SOMMARIO: 1. Valore onnicomprensivo e non meramente esemplificativo o tassativo dell'elencazione ex art. 133 c.p. — 2. Incidenza delle finalità della pena nella determinazione di essa tra il minimo e il massimo legale. — 3. Limiti di operatività della funzione di prevenzione generale della pena. — 4. Il riferimento ai principi costituzionali come limite dell'espansione del potere discrezionale di cui all'art. 133 c.p. — 5. Conclusioni circa il significato e la funzione dell'art. 133. — 6. Il dovere di motivazione ex art. 132 comma 1° come garanzia di un corretto uso della discrezionalità: ragioni dell'estensione di questa garanzia a tutte le forme di discrezionalità penale.

1. Muoviamo dagli art. 132 e 133 costituenti l'unico dato testuale offertoci dal sistema penale positivo. Nella Relazione ministeriale al codice penale (154) è contenuta una rassegna delle ipotesi di discrezionalità: la nozione che si ricaverà dall'analisi del dato testuale varrà a chiarire l'effettiva portata di questa indicazione.

L'art. 133 dispone che nell'esercizio del potere discrezionale indicato dall'art. 132 il giudice deve tener conto della gravità del reato secondo una serie di elementi che vanno dalla natura, dalla specie e da ogni altra modalità dell'azione alla gravità del danno o del pericolo cagionato, all'intensità del dolo o al grado della colpa.

(154) Cfr. la nota (147).

Deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole desunta « dai motivi a delinquere e dal carattere del reo; dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla vita del reo, antecedenti al reato; dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo ». Sono, così, fissate le « direzioni » lungo le quali deve snodarsi l'indagine del giudice; attraverso clausole di carattere generale che si prestano ad accogliere una vasta gamma di possibili contenuti. Il grado di genericità della clausola appare variabile a seconda dei diversi elementi. Basti pensare, da un lato, alla « natura » ovvero ad « . . . ogni altra modalità dell'azione » (art. 133 c.p. n. 1) e, dall'altro, alla gravità del danno (art. 133 c.p. n. 2). In questo secondo caso appare maggiormente circoscritto l'oggetto della valutazione, anche se indeterminato ne è il grado. Questa elencazione è stata da taluno (155) ritenuta meramente esemplificativa, da completarsi eventualmente tramite altri elementi di valutazione suggeriti dallo scopo della pena; da altri (156), tassativa e tale da vietare la utilizzazione, da parte dell'interprete, di dati diversi da quelli indicati. La violazione del divieto legittimerebbe il ricorso per cassazione (157). La

(155) Per la tesi del carattere *esemplificativo* o *dimostrativo* dell'art. 133 sono, per contro, E. BATTAGLINI, *La natura giuridica delle misure di sicurezza*, in *Riv. dir. penit.*, 1930, II, p. 1299, nota (1); S. MESSINA, *La discrezionalità nel dir. pen.*, cit., p. 98 ss.

(156) La tesi è sostenuta, fra gli altri, da: BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice penale*, cit., p. 96; MANZINI, *Trattato di dir. pen. it.*, III, 4ª ed. aggiornata a cura di P. NUVOLONE e G. D. PISAPIA, Torino, 1961, p. 48.

(157) Così NUVOLONE, *Il potere discrezionale del giudice*, cit., p. 243: secondo l'Autore, che, pertanto, ribadisce implicitamente il valore tassativo dell'elencazione, « il controllo di diritto può soltanto avere ad oggetto l'osservanza dei limiti e dei criteri dettati dalla legge; e, naturalmente, anche l'inquadramento dei fatti accertati secondo i criteri legali:

concezione della tassatività muove da una considerazione semplicistica: il legislatore del 1930, di fronte all'assenza di una regolamentazione in materia nel precedente codice, non avrebbe introdotto l'art. 133 se non per porre un vincolo al giudice. Ed è indubbia la correlazione tra *vincolo* e *tassatività*. Filtra da questa posizione una manifesta sfiducia circa la possibilità che, anche in una ricostruzione meramente esemplificativa dell'art. 133, il vincolo sia costituito dal riferimento allo scopo della pena.

L'ampiezza della previsione dell'art. 133 ha indotto taluno (158) a parlare di « onnicomprensività » della disposizione. In effetti, riesce difficile ipotizzare un elemento, suscettibile di aggravare o attenuare la pena, che non rientri in una delle clausole generali in cui si concreta l'elencazione. « L'art. 133 — sostiene il Massa (159) — in fondo prevede tutto; esso richiama, procedendo per generi, tutti gli elementi di valutazione ai quali è logicamente, razio-

infatti, ogni problema di interpretazione di norme giuridiche (e tali sono anche le norme che dettano i criteri per l'esercizio del potere discrezionale) è problema giuridico.

(158) Cfr., soprattutto, M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., p. 55 ss. Già prima, tuttavia, diversi Autori avevano sottolineato l'irrilevanza della polemica tra valore *tassativo ed esemplificativo* dell'elencazione, data l'ampiezza dell'art. 133 c.p. che consente di comprendere ogni fonte. In proposito cfr., fra gli altri: ANTONISEI, *La capacità a delinquere*, in *Scritti di dir. pen.*, Milano, 1955, p. 182; CASALINUOVO, *La capacità a delinquere nella teoria del reato e della pericolosità*, Catanzaro, 1943, p. 110; GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, 2ª ed., Milano, 1954, p. 204; GU. SABATINI, *Istituzioni di diritto penale*, Catania, 1933, p. 251-252; SALTELLI-ROMANO DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, II, Torino, 1940, p. 203. Singolare è il fatto che taluni di questi Autori, ovvero la stessa giurisprudenza che, a volte, accoglie questa tesi, ricordando l'art. 62-bis c.p. all'art. 133 c.p., affermino la possibilità di tener conto, per la concessione o meno delle attenuanti generiche, anche di elementi *diversi* da quelli indicati nell'art. 133.

(159) *Le attenuanti generiche*, cit., p. 70.

nalmente ed umanamente possibile ricorrere per orientarsi in concreto nell'infrazione della pena». Non configurandosi elementi utilizzabili al di fuori di quelli indicati, l'articolo 133 perde la sua funzione di *vincolo*, quanto meno nell'accezione in cui esso è classicamente inteso.

L'impostazione ci pare persuasiva. Essa va, tuttavia, asseverata criticamente, esaminando, da un lato, taluni elementi i quali, pur non rientrando *prima facie* nell'elencazione, appaiono, suscettibili di utilizzazione in sede di determinazione della pena-base e dimostrando, dall'altro, come l'«onnicomprensività» non escluda una potenziale delimitazione della portata delle clausole generali di cui all'art. 133 c.p. operata tramite il riferimento a principi generali e, in ispecie, costituzionali.

Esaminiamo, nella prima prospettiva, un aspetto che, per solito (160), sfugge alla dottrina. Raffrontiamo all'uopo l'art. 70 con l'art. 133 c.p. Le due norme sono connotate da una diversa finalità: la prima distingue, in vista di una serie di effetti ipotizzati dalla legge penale, tutte le circostanze tipicizzate nella parte generale e speciale del codice (*proprie*) in oggettive e soggettive, alla stregua di una serie di parametri riassuntivi; la seconda prevede gli elementi-guida per la determinazione della misura della pena base da parte del giudice. L'art. 70 ha riguardo alle circostanze *proprie* ossia dirette ad aumentare o diminuire la pena al di là dei limiti edittali, mentre gli elementi di cui all'art. 133 possono definirsi circostanze solo in senso *improprio*, in quanto operanti, in forma atipica, all'interno di questi limiti. I parametri riassuntivi di cui all'art. 70

(160) Un accenno ci pare si trovi soltanto in A. SANTORO, *Le circostanze del reato*, Torino 1952, p. 73.

sono pressappoco coincidenti con gli indici da cui il giudice deve desumere la gravità del reato *ex art. 133 p.p.* Fra i primi figurano, infatti, a differenza dell'*art. 133 p.p.*, oltre alle circostanze inerenti alla persona del colpevole e riguardanti l'imputabilità e la recidiva, « le condizioni e le qualità personali dell'offeso » (*art. 70 n. 1 c.p.*), « le condizioni e le qualità personali del colpevole o i rapporti fra il colpevole e l'offeso » (*art. 70 n. 2 c.p.*).

Come si giustifica l'omessa previsione da parte dell'*art. 133 p.p.* di questi elementi che, ove si traducano in circostanze *proprie* o tipicizzate, sono, per contro, suscettibili di incidere sulla « gravità del reato » e, quindi, sulla misura della pena? La ragione potrebbe, forse, individuarsi nel fatto che, mentre gli altri parametri riassuntivi di cui all'*art. 70 c.p.* non si concretano integralmente in circostanze tipicizzate (così, ad es., gli elementi che attengono alla « natura » dell'azione non sono tutti colti nella loro rilevanza astratta), questi elementi esaurirebbero, per contro, la loro funzione nel momento tipico. Si pensi, per le condizioni e qualità personali del colpevole, al rilievo tipico che esse assumono per la caratterizzazione del reato proprio; per le condizioni e qualità personali dell'offeso, alla loro assunzione, in chiave di circostanza aggravante, nell'*art. 61 n. 10 c.p.*; analogamente, per i rapporti tra colpevole e offeso, con riferimento, però, all'*art. 61 n. 11 c.p.* L'argomentazione non sarebbe, tuttavia, calzante, posto che anche questi parametri presentano diverse sfumature; si pensi, ad es., a qualità del colpevole o dell'offeso che non si concretano in una situazione di rilievo giuridico ovvero che non sono fissate nella loro significatività astratta, ma che possono essere colte soltanto nel significato da esse espresso in concreto, in sede di valutazione *ex art. 133 c.p.*

L'utilizzazione di questi elementi, malgrado l'assenza di una previsione esplicita, da parte dell'art. 133 è comprovata dal riferimento che ad essi vien più volte fatto dalla Relazione ministeriale (161). Resta a vedere se ciò possa assumersi a sintomo del carattere meramente esemplificativo dell'elencazione *ex art.* 133 ovvero se dimostri la possibilità di inserire gli elementi accennati nelle diverse clausole generali di cui si compone l'elencazione. Quest'ultima è la via giusta: infatti, le condizioni e qualità del colpevole possono rilevare sotto il profilo delle « condizioni di vita individuale e... sociale » di cui all'art. 133 c.p. n. 4; analogamente, i rapporti tra colpevole e offeso potranno, eventualmente, esprimere la loro significatività in relazione alla « intensità del dolo » (p.p. n. 3); così dicasi, infine, per le condizioni e qualità dell'offeso che potranno rilevare sotto il profilo della « gravità del danno » (p.p. n. 2) ovvero della intensità del dolo. L'eventuale significatività di questi dati ove non sia tale da poter essere fissata nel suo momento tipico, è suscettibile di essere colta, in concreto, tramite le clausole generali dell'art. 133 p.p. c.p. La diversa portata dell'art. 70 rispetto all'art. 133 si giustifica, quindi, alla luce del valore *sintomatico* che riveste l'indicazione dei vari fattori nella seconda norma, nonchè del collegamento intercorrente tra la 1^a e la 2^a parte dell'art. 133.

Per negare l'« onnicomprensività » della norma si fa ca-

(161) Cfr., ad es., a proposito dell'art. 572 c.p. la Rel. min. al progetto del codice penale (II, 358) la quale, dando per scontata l'inclusione del criterio fra gli elementi *ex art.* 133 c.p. pone il suo accento sulla rilevanza, al fine di determinare la misura della pena, della maggiore o minore prossimità del vincolo di parentela o di affinità tra il soggetto agente e la persona offesa. Richiama l'attenzione sul punto M. A. COLACCI, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, Napoli, 1963, p. 1 nota (1).

po (162), inoltre, all'« allarme sociale »; elemento non rientrante fra i parametri dell'art. 133, ma tale da incidere sulla determinazione della pena. Il rilievo non è soddisfacente: si tratta di un elemento il quale, in quanto esprime il grado di disvalore sociale di un fatto, funge di già da *ratio* che presiede all'incriminazione del medesimo e alla determinazione dei limiti edittali di pena e, in quanto pone l'accento su componenti estranee alla sfera personale dell'addebito (163), sfugge egualmente alla previsione dell'art. 133 c.p. in virtù di un preciso limite costituzionale (art. 27 comma 1°), di cui si dirà tra breve.

Nè dall'elencazione dell'art. 133 può dirsi assente il reato, la cui commissione condiziona, viceversa, l'effettiva utilizzazione di tutti i criteri ivi indicati. L'« onnicomprensività » della norma va, pertanto, assunta in un significato ben preciso, quale previsione di *ogni* possibile elemento suscettibile di influire sulla graduazione (o scelta) della pena da applicare per la commissione di un *solo reato*. L'ulteriore condizionamento (commissione di un unico reato) espresso da quest'ultima locuzione si giustifica agevolmente considerando come, in sede di fissazione della pena per il concorso di reati, vengono, ad es., alla luce elementi di valutazione (si pensi all'intervallo cronologico intercorrente fra i di-

(162) In proposito cfr. S. MESSINA, *La discrezionalità*, cit. Talora, in giurisprudenza, si fa esplicito riferimento a questo criterio. Così, ad es., sia pure in ordine alla concessione o meno del perdono giudiziale, cfr. Cass. 23 febbraio 1956, Falletta, in *Arch. pen.*, 1957, II, c. 216 con nota di S. RAMAJOLI, *Sospensione condizionale della pena e perdono giudiziale*: molto spesso, però, in un significato che fa il criterio apparire come diretta emanazione di uno dei dati *ex art.* 133 n. 1 c.p. (es. modalità allarmanti con cui è stata posta in essere l'azione).

(163) Ossia su elementi che non si concretano in atti del soggetto ovvero di terzi, ma che incidono *negativamente* sulla responsabilità del primo, Sul punto si tornerà tra breve.

versi fatti) (164) che non possono farsi indubbiamente rientrare nell'elencazione dell'art. 133.

2. Nessun cenno vien fatto nell'art. 133 c.p. alla funzione della pena. Questa omissione è variamente giustificata: i sostenitori del carattere tassativo dell'elencazione la considerano come un'implicita manifestazione della volontà del legislatore di togliere al giudice la possibilità di farvi ricorso; i sostenitori del carattere esemplificativo, per contro, ritengono pienamente legittima l'utilizzazione del fine della pena, accanto agli altri criteri esplicitamente indicati (165), ovvero quale metro per la valutazione dei medesimi (166) e per la scelta, in concreto, di quelli più signifi-

(164) Così, ad es., a proposito dell'art. 81 cpv.c.p., mentre per la determinazione della gravità dei singoli reati, legati fra di loro dal vincolo della continuazione, ha valore la considerazione degli elementi *ex art. 133 c.p.*, per fissare l'aumento dipendente dalla continuazione occorre tener conto di *ulteriori* dati, quali il numero dei reati dedotti in continuazione e l'intervallo cronologico fra di loro intercorrente. Incompleto appare, pertanto, il richiamo che la giurisprudenza fa (in virtù del procedimento metodologico illustrato, diretto a concatenare ogni ipotesi di discrezionalità ai criteri *ex art. 133 c.p.*), anche per stabilire tale aumento, all'art. 133 c.p. Sulla necessità di tenere conto di questi elementi ulteriori cfr. G. LEONE, *Del reato abituale, continuato, permanente*, cit., p. 357 ss. In merito alla *funzione* e, quindi, alla rosa di potere discrezionale di cui il giudice dispone sia per la determinazione del vincolo della continuazione, sia per la fissazione del trattamento punitivo, si dirà nella III Parte dell'indagine.

(165) In entrambe le prospettive, la *funzione* della pena viene assimilata agli altri criteri *ex art. 133 c.p.*, sia per escluderla, sia per inserirla in tale previsione.

(166) Secondo S. MESSINA, *La discrezionalità*, cit., p. 109 ss., da un lato, le circostanze *improprie* ipotizzate dalla legge (art. 133 c.p.) contribuirebbero ad individuare lo *scopo* attribuito alla pena; dall'altro, lo scopo, così accertato, servirebbe ad enucleare quelle altre circostanze che sfuggono alla previsione meramente esemplificativa dell'art. 133. Questo asserto è, a nostro avviso, fondato nella sua prima parte, mentre non regge per la seconda: è, infatti, esatto che taluni criteri di cui all'art. 133 c.p. (ad es. il « carattere » — n. 1 della 2ª parte, ovvero le « condizioni di vita familiare

cativi per la determinazione del *quantum* di pena da irrogare (167).

e sociale del reo » — n. 4 della 2^a parte), non potendosi ricollegare ad un giudizio di rimproverabilità o di colpevolezza in senso stretto, confermano il rilievo attribuito dal legislatore penale ad altre finalità (prevenzione speciale o di rieducazione) della pena. È questo un appiglio normativo che, unitamente ad altri e, soprattutto, all'art. 27 comma 3° della Costituzione, consente di risolvere, al di fuori di ogni presa di posizione, concettualistica o ideologica, il problema della funzione della pena nel nostro sistema positivo. Per contro, non può ammettersi il valore esemplificativo dell'art. 133, posto che qualsiasi elemento, riconducibile sia ad una visuale retributiva sia ad una prospettiva rieducativa, è sempre potenzialmente ricompreso nelle ampie « categorie » ipotizzate nella 1 e nella 2 parte dell'articolo.

(167) Si badi: nel diritto tedesco, ove non esiste una disposizione rivolta a disciplinare l'esercizio del potere discrezionale del giudice nella fissazione della pena, la giurisprudenza è venuta enucleando una serie di criteri di *Strafzumessung* che corrispondono del tutto a quelli seguiti dai nostri giudici (si consulti, a tal fine, JACUSCH, *Die Praxis der Strafzumessung*, cit.); ciò alla luce della funzione attribuita alla pena: essenzialmente retributiva e, nei margini dello *Spielraum* (cfr. la nota 126), preventiva (speciale o generale). In questa prospettiva l'assunzione a fattori di *Strafzumessung* del carattere ecc. si giustifica con il tentativo, invero non riuscito, della dottrina di trovare anche per essi un fondamento di rimproverabilità (si pensi, ad es., alla teoria della *Charakterschuld* o della *Lebensschuld*). A proposito della funzione di condizionamento che lo scopo della pena esercita sull'individuazione dei fattori di *Strafzumessung*, cfr. fra gli altri, HEINITZ, *Der Strafzweck bei der richterlichen Strafbemessung*, cit., p. 259 ss.; K. SIEGERT, *Die Einfluss der Strafzwecke auf Schuld und Strafmaß*, cit., p. 418 ss.; e, con riguardo ai lavori di riforma: E. MEZGER, *Strafzweck und Strafzumessungsregeln*, cit., p. 1 ss.; Eb. SCHMIDT, *Strafzweck und Strafzumessung*, cit., p. 9 ss. Dopo una serie di contrasti circa l'opportunità o meno di codificare i principi di *Strafzumessung* (per una chiara visione dei termini del dibattito cfr., soprattutto, le relazioni tenute al 41° *Deutsche Juristentag*, e raccolte in *Verhandlungen des 41 DJT* 2 vol., Berlin 1956, sul tema « *In welcher Weise empfiehlt es sich?* », cit. alla nota 126. Per una netta opposizione al sistema della codificazione, definito, con specifico riferimento all'art. 133 c.p. it., *Strafzumessungsarithmetik* cfr. L. SCHMIDT, *Grundlagen der Strafzumessung*, cit., p. 85) si è pervenuti, nell'Entwurf 1962, ad una soluzione positiva. Il § 60, infatti, (*Grundsätze der Strafzumessung*) incluso nel Titolo II (*Strafbemessung*), dopo avere enunciato nel 1° comma che a fondamento della determinazione della pena è posta la colpevolezza, precisa nel 2° comma « Bei der Zumessung wägt das Gericht die Umstände, die gegen und für

« Il Massa M. (168), al fine di dimostrare l'onnicomprendività dell'art. 133, sostiene l'estraneità rispetto al medesimo della funzione della pena. L'assunto è motivato dalla difficoltà estrema di stabilire quale sia, in via meramente interpretativa, tale funzione per il nostro sistema positivo. Questa ricerca « mentre negli ordinamenti di altri paesi o in altri momenti storici può forse condurre ad un utile e sicuro risultato, rispetto al nostro ordinamento determinerebbe l'arbitrio nell'interpretazione » (169). Nell'impostazione del Massa il problema della funzione della pena appare come un punto, e forse l'unico, nel quale l'interprete non può uscire dal circolo vizioso del concettualismo; posto che « ... la forza delle convinzioni personali, e l'impegno connesso con la propria prospettiva ideologica impedisce, quasi per

den Täter sprechen, gegeneinander ab, soweit sie nicht schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind. Namentlich kommen in Betracht: die Beweggründe und die Ziele des Täters; die Gesinnung, die aus der Tat spricht und der bei der Tat aufgewendete Wille; das Mass der Pflichtwidrigkeit; die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat; das Vorleben des Täters, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie sein Verhalten nach der Tat, besonders sein Bemühen, den Schaden wiedergutzumachen » (a commento del § 60 si veda, *Entwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung*, Bonn 1962, p. 180 ss.). Come risulta evidente il § 60 non fa che codificare tutti i fattori già precedentemente adottati dalla prassi giurisprudenziale: non è ipotizzabile alcun elemento, diverso da quelli indicati, atto a guidare il giudice nella *Strafzumessung*. Il § 60 è, dunque, disposizione « onnicomprensiva » in una prospettiva essenzialmente retributiva (come precisa esplicitamente il 1° comma; si noti, inoltre, che, in luogo di « carattere » la norma parla di « Gesinnung », elemento che più agevolmente si concilia con un indirizzo retributivo): sua funzione è, come diremo, muovendo da un diverso punto di vista, per l'art. 133 c.p., quella di fissare per il giudice l'obbligo di fare tutto il possibile per adeguare la pena alla colpevolezza dell'agente e per consentire ad essa il raggiungimento della finalità retributiva.

(168) *Le attenuanti generiche*, cit., p. 64 ss.

(169) M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., p. 74. Per il diritto tedesco cfr. quanto s'è detto alla nota (167).

definizione, di avvicinarsi con obiettività e con umiltà al sistema del diritto positivo, per tentare di spiegare quale sia la funzione riconosciuta alla pena, al di fuori e al di sopra della propria soggettiva opinione» (170). Per questi motivi il fine della pena non può fungere da criterio di individualizzazione della sanzione nè da metro per valutare gli elementi di giudizio. Questa posizione di estraneità in cui si colloca la « funzione della pena » non è la risultante di una convinzione circa il carattere assolutamente filosofico (171) del problema, quanto piuttosto della constatata difficoltà di una ricostruzione interpretativa del valore *positivo* del dato che appare indiscutibile. Lo sviluppo ulteriore dell'indagine chiarirà come questa soluzione in tema di rapporti tra articolo 133 e funzione della pena nuoccia più che giovare alla *certezza* del giudizio discrezionale.

Il punto debole di questa tesi consiste nell'insufficiente approfondimento del sistema positivo. L'interprete si trova, in verità, di fronte ad una serie di dati testuali che non possono non indirizzarlo verso la giusta soluzione. Istituti quali la sospensione condizionale della pena, il perdono giudiziale ecc., non possono essere correttamente intesi (172) se non come un'apertura del sistema verso esigenze di prevenzione speciale; analogamente la 2^a parte dell'art. 133 comprende elementi (carattere del reo ecc.) difficilmente conciliabili con una visione rigidamente retributiva della funzione della pena. La comprova si ha in quegli Autori (173) i quali, muo-

(170) M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., p. 76.

(171) In proposito cfr. DELL'ANDRO, *Il dibattito delle scuole penalistiche*, in *Arch. pen.*, 1958, p. 173 ss.

(172) Da un punto di vista esclusivamente retributivo non si riesce, infatti, come si vedrà a giustificare il potere discrezionale che essi conferiscono al giudice.

(173) Cfr., ad es., MOLARI, *Il problema dell'unificazione delle pene e*

vendo da tale angolo visuale, sono inconsapevolmente portati a svalutare e a ritenere *pro non scripta* la 2^a parte dell'art. 133. Ma il dato positivo, per eccellenza, è costituito dall'art. 27 comma 3° della Costituzione la cui portata non può essere neutralizzata attribuendo alla norma valore programmatico o restringendone il terreno d'azione alla sfera dell'esecuzione (174). La consapevolezza del peso che riveste tale aggancio normativo si va sempre più radicando (175). Il tema apre allo studioso ampie prospettive (176); per il momento ci preme soltanto acquisire all'indagine un punto fermo: non incorre nel vizio del concettualismo l'interprete il quale, nell'attuale momento storico e *de jure condito*, attribuisca funzione rieducativa alla pena. Anzi, egli si limita a registrare, tra le pieghe delle norme penali e alla luce dei dettami costituzionali, il processo di condizionamento storico cui è attualmente sottoposto il principio retributi-

delle misure di sicurezza nella costituzione italiana, in *Sul problema della rieducazione del condannato, Il Convegno di Diritto penale*, Bressanone, 1963, Padova 1964, p. 161 ss.

(174) Il più autorevole assertore di tale indirizzo è il BETTIOL, *Sulla rieducazione del condannato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1958, p. 633 ss. In posizione diametralmente opposta, e per una concezione « pluralistica » dei fini della pena, cfr. G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, p. 339 ss., cui rinviamo altresì per un'organica messa a punto dello stato della questione e per un completo panorama bibliografico. Interessanti rilievi svolge sull'argomento, MALINVERNI *Funzione e natura della pena*, in *Studi Cagliari*, 1960-61, p. 3 ss.

(175) Per l'esame di talune prospettive che saranno comunque riprese nel corso dell'indagine cfr. il nostro *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa (comunicazione)*, in *Sul problema della rieducazione del condannato*, cit., p. 193 ss.

(176) In tal senso, G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze*, cit., p. 339; fra coloro che, per contro, persistono nel circoscrivere la funzione rieducativa della pena alla sola fase esecutiva cfr., ad es. CASALINUOVO, *Norme penali nel progetto di costituzione della Repubblica italiana*, in *Giust. pen.*, 1947, I, c. 558.

vo (177): il quale non è dal medesimo annullato, costituendo un momento logico coesistente alla pena e al diritto penale (178). Entro quali limiti operi questo condizionamento e coesistano le due funzioni sarà compito dell'indagine chiarire.

3. Accanto alla funzione rieducativa e retributiva della pena si pone la funzione di prevenzione generale, che si attua sia nel momento astratto e comminatorio sia in fase di applicazione giudiziale. Con riferimento prevalentemente a questo secondo momento v'è chi (179) reputa la funzione di prevenzione generale accessoria e consequenziale rispetto alle altre: la pena irrogata, in altri termini, in tanto sarebbe idonea a fungere da « contropinta » per gli appartenenti alla società, in quanto adeguata alla gravità del fatto e alla personalità dell'agente. Secondo altri (180), per contro, tale funzione possiederebbe una propria autonomia logica, estendendo la valutazione del giudice al di là dei criteri fissati dall'art. 133 c.p. Si pensi ad es. alla tendenza, che talora

(177) Questo processo di condizionamento storico è efficacemente posto in luce da NUVOLONE, *Il problema della rieducazione del condannato*, in *Sul problema della rieducazione del condannato*, cit., p. 351 ss.; dello stesso Autore cfr., inoltre, *Alle soglie di una riforma penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1964, 2 fasc.

(178) L'accento sull'essenzialità logica del momento retributivo è chiaramente posto da E. BELING, *Le esigenze della logica e il moderno indirizzo nella scienza del diritto penale*, in *Per il cinquantenario della Rivista penale*, 1925, p. 452.

(179) Ribadisce efficacemente tale posizione, WARDA, *Dogmatische Grundlagen*, cit., p. 170.

(180) Un accenno esplicito a questi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali si trova in J. GRAVEN, *Le systèmes suisses du sursis conditionnel*, 1952, p. 57 ss.; dello stesso Autore cfr. altresì, *Le sens du sursis conditionnel, et son développement*, in *Revue pénale suisse*, 1953-54, p. 284-285.

affiora in giurisprudenza (181), ad aggravare la pena per la particolare frequenza con cui certi reati vengono commessi in date zone, anche se lieve appare la responsabilità e la capacità a delinquere dell'imputato. Sulla stessa scia si colloca l'utilizzazione, in sede di graduazione della pena, di giudizi di valore che attengono alla politica criminale (182).

(181) Cfr., ad es., Cass. 29 novembre 1937, Rota ed altri ric., in *Giust. pen.*, 1938, II, c. 554, m. 550, che dichiara legittima l'utilizzazione, in sede di commisurazione della pena, di fattori estranei all'art. 133 c.p. (nella fattispecie, si era tenuto conto del particolare « momento storico » quale fattore per elevare in concreto la misura della pena, ai fini di una prevenzione generale, in tema di procurato aborto). Da parte degli organi giurisdizionali supremi si è, inoltre, più volte criticata la tendenza dei giudici di merito a rifiutare il beneficio della sospensione condizionale della pena sulla base di considerazioni estrinseche alla gravità del reato o alla personalità del colpevole; cfr., ad es.: Trib. supr. mil. 1 luglio 1949, Pompei ric., in *Giust. pen.*, 1949, II, c. 835 con riferimento ai riflessi eccezionali che il reato poteva avere « per il prestigio di una classe o una categoria di persone » e Cass. 17 giugno 1949, Greco ric., *ivi*, 1949, II, c. 839, m. 522 quanto al rifiuto del beneficio per « il discredito che può derivare alle forze armate italiane per un reato commesso a danno delle forze armate alleate ». Nei due casi esaminati, tuttavia, la soluzione adottata può dirsi esatta; a condizione che gli elementi di valutazione, *apparentemente estranei*, non risultassero effettivamente riconducibili alla gravità del reato sotto il profilo del n. 2 della prima parte dell'art. 133 c.p. in relazione alla peculiare qualità del soggetto passivo.

(182) Così, ad es., il ripetersi frequente di certi fatti criminosi può indurre soltanto il legislatore ad aggravare le pene edittali, mentre non può *di per sè* legittimare in sede giudiziale il rifiuto del beneficio della sospensione condizionale ad un soggetto che si riveli socialmente non pericoloso ovvero l'aumento della misura della pena. Pone l'accento su quest'ultimo punto, Cass. 19 febbraio 1952, Gentili ric., in *Rass. studi penit.*, 1952, p. 392 con nota di G. SANTUCCI, *Irrelevanza del motivo sociale nell'applicazione della pena*, allorchè ritiene elemento « estraneo » alla *Strafzumessung* « quello che concerne l'esigenza di una pena esemplare per il ripetersi epidemico del delitto all'epoca in cui fu commesso ». Nella sentenza v'è, comunque, la chiara percezione della piena legittimità dell'utilizzazione della « prevenzione generale » quale mera *Nebenwirkung*; vi si afferma, infatti, (p. 395) che « tale elemento... avrebbe potuto essere tenuto presente dal giudice..., solo qualora egli avesse ritenuto, dandone congrua motivazione, che la fre-

Questo aspetto assume un rilievo quasi patologico nei periodi a regime totalitario contrassegnati dall'assunzione sotto l'etichetta della « prevenzione generale » di finalità eminentemente politiche (183).

La tendenza ad attribuire un rilievo autonomo alla finalità di prevenzione generale, contribuendo a spostare il fuoco della valutazione su elementi estranei alla condotta e alla personalità dell'agente, incontra, però, a nostro avviso, un limite d'ordine costituzionale.

L'interesse si concentra sull'art. 27 comma 1° della Costituzione; disponendo che « La responsabilità penale è personale », esso propone la finalità immediata di impedire sanzioni collettive (184) e forme di responsabilità penale per fatto altrui sperimentate in un passato non troppo remoto.

quenza dei delitti contro la proprietà fosse indice di una situazione generale che era stata concretamente sfruttata dall'imputato per commettere la ricettazione addebitatagli, o avesse comunque influito sulla intensità del suo dolo, così da rientrare nella ipotesi prevista nei nn. 1 e 3 del 1° comma dell'art. 133 c.p. ». Si confronti, inoltre, Cass. 9 aprile 1951, Giussani e altri ric., in *Giust. pen.*, 1951, II, c. 986, m. 693, la quale afferma che « È legale la giustificazione dell'applicazione della pena, fatta dal giudice di merito con la seguente considerazione « La pena per gli imputati, data la necessità di punire in modo sensibile i ricettatori che favoriscono l'attività dei ladri e dei rapinatori, va determinata come in appresso ». La sentenza è criticabile, posto che dalla motivazione non risultava se la misura della pena fosse stata o meno il frutto di mere considerazioni di prevenzione generale.

(183) Per l'influenza nei paesi a regime « comunista » del momento *politico* (ossia di fattori estranei al fatto realizzato dal soggetto e alla sua personalità, riconducibili ad una funzione *autonoma* di prevenzione generale propria della pena) sulla *Strafzumessung*, cfr., fra gli altri: LEKSCHAS-RENNEBERG, *Die Bedeutung*, cit., p. 688 ss.; TAKOV, *Zur Frage der Straffsetzung*, cit., p. 595 ss. e, in particolar modo, LEKSCHAS-RENNEBERG, *Über die Prinzipien*, cit., p. 764, allorchè afferma: « ... wir die Strafe für das begangene Verbrechen *aus der gegebenen politischen Situation* heraus finden und im einzelnen prüfen, in welcher Beziehung der Angriff auf ein bestimmtes Verbrechenobjekt zu der gegebenen Situation des Klassenkampfes steht ».

(184) In proposito cfr. R. VENDITTI, *Il principio della personalità della pena e le sanzioni collettive di guerra*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, p. 567 ss.

Il principio costituzionale, sotto questa luce, assume un diverso significato a seconda che sia rapportato all'illecito ovvero alla relativa sanzione (185): quanto al primo, imponendo che la fattispecie sia strutturata di guisa che il soggetto costituente il punto di imputazione dell'illecito abbia in qualche modo contribuito alla realizzazione del fatto che forma il substrato reale dell'illecito stesso (186); quanto al secondo, esigendo che il contenuto e la finalità della sanzione si esplichino in riferimento al soggetto medesimo e non ad altri. Ne consegue: l'illegittimità costituzionale di ogni forma di responsabilità penale per fatto altrui (187), nonchè di ogni sanzione che « pur rivolgendo il suo momento teleologico nei confronti di un certo soggetto, al fine di prevenire un determinato comportamento, si costruisca come conseguenza giuridica che determina il male di un soggetto diverso e questo male rappresenta il mezzo di efficacia nei confronti del primo » (188). Se questo è il nucleo fondamentale di significatività dell'art. 27 comma 1°, l'idea centrale della disposizione è, pertanto, la seguente: l'uomo non può mai essere considerato, nel sistema della responsabilità penale, come semplice *mezzo* per il perseguimento di finalità politico-criminali. È un corollario non sempre avver-

(185) La distinzione tra i due profili è esattamente colta da PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1961, p. 409; dello stesso Autore cfr. *La responsabilità per i reati commessi col mezzo della stampa secondo il nuovo testo dell'art. 57 c.p.*, in *Scritti giuridici in onore di A. DE MARSICO*, Milano, 1960, II, p. 243 ss.

(186) Così PAGLIARO, *La responsabilità per i reati commessi col mezzo della stampa*, cit., p. 255.

(187) In tal senso, NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, cit., p. 120; dello stesso Autore cfr. anche, *Norme penali e principi costituzionali*, cit., p. 1262. Per un panorama bibliografico e giurisprudenziale sul punto cfr. M. PORZIO, *La responsabilità penale nella Costituzione italiana*, Napoli, 1961, *passim*.

(188) PAGLIARO, *Il fatto di reato*, cit., p. 409, nota 73.

tito dalla dottrina italiana; in quella tedesca, mancando nella *Grundgesetz* una disposizione corrispondente all'articolo 27 comma 1°, si perviene all'identico risultato muovendo dal principio della *Unantastbarkeit der Menschenwürde* (art. 1 comma 1° G.G.) (189).

Data la genericità dell'art. 27 comma 1°, l'assunto deve ritenersi operante anche riguardo al *quantum* della pena. Ciò rende inutilizzabili, in sede di graduazione della pena, elementi non riconducibili alla condotta del soggetto ovvero alla sua personalità e, correlativamente, rende inammissibile una prevenzione generale che, in sede giudiziale, superi il ruolo di mera *Nebenwirkung* (190). Analogamente, quanto al momento astratto e commissatorio, il perseguimento della finalità di prevenzione generale non può spingersi fino

(189) Per tale ricollegamento cfr.: Eb. SCHMUDT, *Gesetz und Richter. Wert und Unwert des Positivismus*, 1952, p. 18; WARDA, *Dogmatische Grundlagen*, cit., p. 162 ss., e di recente: BADURA, *Generalprävention und Würde des Menschen*, in *JZ*, 1964, p. 337 ss.; H.J. BRUNS, *Die « Generalprävention » als Zweck und Zumessungsgrund der Strafe? Eine Analyse der Rechtsprechung*, in *Festschrift für M. von WEBER*, 1963, p. 89. A proposito dell'art. 1 comma 1° GG cfr. quanto alle sue ripercussioni d'ordine penalistico, BOHNE, *Menschenwürde und Strafrecht*, in *Recht, Staat, Wirtschaft*, vol. 3, 1951, p. 20 ss.; LERCHE, *Übermass und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit*, 1961, *passim*; TH. WÜRTEMBERGER, *Humanität als Strafrechtswert*, in *SJZ*, 1948, p. 650 ss.; e, più in generale, DÜRIG, *Die Menschenauffassung des Grundgesetzes*, in *JR*, 1952, p. 259 ss.; NIPPERDEY, *Die Würde des Menschen*, in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, *Die Grundrechte*, vol. II, 1954, p. 1 ss.; STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, 1958, p. 62 ss.; WERTENBRUCH, *Grundgesetz und Menschenwürde*, 1958; WINTRICH, *Die Bedeutung der « Menschenwürde » für die Anwendung des Rechts*, in *Bayerische VerwaltungsBlätter*, 1957, p. 137 ss.

(190) Per un'esatta applicazione giurisprudenziale del principio cfr. la sent. Cass. 19 febbraio 1952 cit. alla nota (182). In dottrina cfr. WARDA, *Dogmatische Grundlagen*, cit., p. 170, cui facciamo rinvio per una rassegna della dottrina e della giurisprudenza tedesca. In Italia, per contro, a parte le fonti citate, scarse sono le trattazioni sul punto.

al punto di strutturare, da un lato, una fattispecie imperniata su di una condotta realizzabile da soggetto diverso da quello che costituisce il punto di imputazione delle conseguenze sanzionatorie e, dall'altro, di configurare un minimo ed un massimo edittale di pena sproporzionati rispetto alla gravità del fatto e alla tipologia delinquenziale adombrata dalla fattispecie. Tuttavia, mentre con riguardo alla fattispecie è agevole fissare il punto a partire dal quale la prevenzione generale non opera soltanto come *Nebenvirkung*, altrettanto non può dirsi per il *quantum* edittale di sanzione penale. Sotto quest'ultimo profilo, pertanto, l'eccezione di illegittimità costituzionale diviene *praticamente* improponibile (191).

L'art. 27 comma 1° forma oggetto di un ulteriore sforzo interpretativo. Si vuole alludere al tentativo di considerarlo, altresì, espressione dell'esigenza che la responsabilità penale, in quanto, « personale » si radichi su di un coefficiente psicologico identificato, alternativamente, nell'« evitabilità finalistica » dei vari elementi della fattispecie (192), nella coscienza e volontà della condotta, ovvero nel carattere colposo della medesima (193). Ovviamente, questa tendenza

(191) Di recente, da un punto di vista essenzialmente retributivo, si è discusso nel diritto tedesco circa la possibilità di contestare la legittimità costituzionale di pene edittali assolutamente e *prima facie* sproporzionate quanto al minimo, alla gravità del fatto astrattamente ipotizzato e alla colpevolezza dell'agente. Cfr., in proposito: TH. RAISER, *Verfassungswidrige Mindeststrafen?*, in *JZ*, 1963, p. 663 ss. e, in chiave polemica, C. SEIBERT, *Verfassungswidrige Mindeststrafen?*, *ivi*, p. 749. Il problema sarà esaminato nella II Parte dell'indagine, unitamente agli altri profili costituzionali della discrezionalità penale.

(192) Orientato in tal senso è PACLIARO, *La responsabilità per i reati commessi col mezzo della stampa*, cit., p. 255.

(193) Per la costituzionalizzazione del principio *nulla poena sine culpa* da parte dell'art. 27 comma 1° sono, fra gli altri: M. PORZIO, *La legittimità costituzionale delle « praesumptiones juris et de jure » di responsabilità pe-*

interpretativa conduce, sul piano del *quantum* della pena, a ritenere utilizzabili elementi non solo di carattere personale, ma suscettibili di formare oggetto di rimprovero giuridico-penale (194). A nostro sommo avviso, l'interpretazione più ampia dell'art. 27 comma 1° non ne rispetta la *ratio* e si connota come espressione tipica della tendenza ad inserire a contenuto dei precetti costituzionali principi che sono il portato di orientamenti culturali più evoluti: nella fattispecie, trattasi del principio *nulla poena sine culpa* (195). Anche ammessa, in ipotesi, la validità di codesta interpretazione, la sfera di operatività ne resta circoscritta all'*an* della responsabilità: funzionando per il settore sanzionatorio penale il limite dell'art. 27 comma 3° della Costituzione. Posto che la pena, ai sensi del suddetto disposto, deve tendere alla rieducazione del reo — vista come reinserimento del condannato in quella sfera di valori che egli ha dimo-

nale, in *Giust. pen.*, 1957, c. 331 ss.; IDEM, *La responsabilità penale nella Costituzione*, cit., *passim*, ed AA. ivi richiamati; M. RUINI, *Il diritto di stampa nella Costituzione*, Milano, 1952, p. 37. Nel senso della sufficienza di un requisito di mera appartenenza in senso psichico cfr. G.D. PISAPIA, *La nuova disciplina della responsabilità per reati commessi a mezzo di stampa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1958, p. 308. In senso opposto è orientata la Corte costituzionale: cfr., da ultimo, la sent. 8 giugno 1963, n. 79, in *Giur. cost.*, 1963, p. 659 ss. con nota di ESPOSITO, *Le pene fisse e i principi costituzionali di eguaglianza, personalità e rieducatività della pena*, nella quale si riafferma che « Il principio della personalità penale deve intendersi nel senso che ciascuno risponde penalmente per il fatto proprio e non per il fatto altrui... ». Di tale punto di vista è assertore il NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, cit., p. 32.

(194) È questo il punto di vista seguito dalla giurisprudenza tedesca in tema di *Strafzumessung*. Per tutti cfr. JAGUSCH, *Die Praxis der Strafzumessung*, cit., *passim*.

(195) « Principio generalissimo della responsabilità penale » secondo la definizione di DELITALA, *Titolo e struttura della responsabilità penale del direttore responsabile per reati commessi sulla stampa periodica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1959, p. 557.

strato di non avere ben chiara, attraverso l'atto delittuoso (195-*bis*) — essa va adeguata, oltre che al fatto, alla personalità del reo e a quegli aspetti della medesima che non possono formare oggetto di rimprovero (si pensi ai motivi a delinquere inconsapevoli, nonchè al carattere: lo sforzo di individuare una *Charakterschuld* (196) non essendo stato coronato da successo).

Da questa digressione circa i fini della pena, nelle loro implicazioni costituzionali, consegue: la ricerca della funzione della pena non è inficiata da concettualismo, ma scaturisce da una interpretazione del sistema positivo; non v'è alcuna discrezionalità nell'individuazione del fine (197); la rieducazione quale connotato teleologico della pena non è criterio che si aggiunga a quelli indicati dall'art. 133 c.p., ma semplice metro per la valutazione dei medesimi; la quale deve compiersi in guisa tale da consentire l'adeguarsi della pena, per specie e quantità, alla personalità del reo. A tal fine vanno coordinati anche i criteri di cui alla 1^a parte dell'art. 133 c.p., malgrado attengano di per sè alla gravità del reato. Dato, inoltre, che la funzione rieducativa della pena non compromette la retribuzione quale momento logico ed essenziale del diritto penale, ne risulta che, ai fini del giudizio *ex art.* 133 c.p., va tenuto conto degli elementi suscettibili di rimprovero, fintantochè ciò è reso possibile dalla *natura* del dato. La coordinazione tra finalità retributiva e finalità rieducativa serve anche ad orientare, in con-

(195-*bis*) Per questo concetto di rieducazione, la cui operatività viene, tuttavia, circoscritta esclusivamente sul terreno esecutivo cfr. ZUCCALÀ, *Della rieducazione del condannato nell'ordinamento positivo italiano*, in *Sul problema della rieducazione del condannato*, cit., p. 66 ss.

(196) Cfr. quanto si è detto alla nota (167).

(197) L'affermazione può assumere una portata generale e valida per ogni ipotesi di discrezionalità penale.

creto, la scelta dei dati più significativi. In ogni caso, non va tenuto conto di elementi privi del carattere *personale*. La funzione di prevenzione generale opera, infine, come *Nebenwirkung* e non può suggerire al giudice altri dati da valutare. In sostanza, anche alla luce dei fini della pena, l'onnicomprendività dell'art. 133 risulta confermata; acquisendo, inoltre, una precisa significatività e direzionalità.

4. Si deve ora porre in evidenza come l'«onnicomprendività» non escluda una potenziale delimitazione delle clausole generali di cui all'art. 133 c.p. tramite il riferimento a principi costituzionali, i quali, alla stessa stregua per cui costituiscono anche (198) un vincolo per il giudice in sede di interpretazione delle norme, possono fungere da limite cui il legislatore subordina l'attribuzione di un potere discrezionale.

L'utilizzazione di certi elementi, potenzialmente rientranti in una delle clausole generali di cui all'art. 133, può essere preclusa alla luce di queste direttive costituzionali. Alcuni esempi possono meglio chiarire l'assunto. Il diritto di difesa, costituzionalmente garantito dall'art. 24, impedisce, ad es., che si tenga conto, ai fini di aumentare la pena, di una condotta processuale del reo, che costituisce l'estrinsecazione di tale diritto, indipendentemente dalle modalità di esercizio. E ciò malgrado essa rientri *lato sensu* nella condotta «sussequente al reato» di cui al n. 3 della 2^a p. dell'art. 133 c.p. Non è pertanto ammissibile aumentare la pena a carico dell'opponente a decreto penale —

(198) Sul punto, oggetto di taluni contrasti in sede costituzionalistica, cfr. WARD, *Dogmatische Grundlagen*, cit., p. 130 ss., e gli altri Autori ivi richiamati. Il riferimento ai principi costituzionali serve, in tal caso, al giudice come strumento per individuare, in sede interpretativa, entro quale *Spielraum* sia stato circoscritto il suo potere discrezionale.

com'è stato, per contro, sostenuto (199) — per il solo fatto che l'opposizione si riveli manifestamente infondata. Una precisazione si rende a tal punto necessaria: il principio costituzionale può impedire che un elemento di valutazione, *lato sensu* rientrante in una delle clausole generali, sia *di per sè* utilizzato ai fini del *quantum* della pena, ma non esclude che il medesimo possa innestarsi, insieme ad altri dati, in un complessivo giudizio sulla personalità del reo. In tale prospettiva la stessa condotta processuale potrà apparire l'espressione di una più intesa capacità a delin-

(199) Pret. Novi Ligure 27 febbraio 1958, Moreschi, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1959, p. 351 con nota critica di E. SOMMA, il quale rileva come l'infondatezza dell'opposizione non rientri fra gli elementi indicati nell'art. 133 c.p. La critica, tuttavia, muovendo dalla concezione dell'art. 133 come norma-limite, non coglie nel segno: infatti, la presentazione di un'opposizione infondata, quale estrinsecazione della condotta processuale dell'imputato, potrebbe, in linea astratta, ricondursi al n. 3 dell'art. 133 2^a p., nella clausola generale della « condotta susseguente al reato ». Vero è, piuttosto, che il diritto alla difesa, costituzionalmente sancito, preclude *a priori* al giudice la valutazione, quali fattori di *Strafzumessung*, di tutte le forme di condotta processuale che ne costituiscono l'estrinsecazione, nei limiti fissati dalla legge. Nel caso di specie, nessun limite era configurabile: il codice di procedura penale non prevedendo, a differenza di quello di procedura civile, alcuna responsabilità nei confronti del litigante temerario, al di fuori del carico delle maggiori spese. Entro questi confini va limitata la utilizzabilità del comportamento processuale dell'imputato (cfr., ad es., quanto all'art. 62 *bis*, Cass. 2 dicembre 1957, Di Stefano ric., in *Giust. pen.*, 1958, II, c. 340, m. 314). Così, esattamente, si è ritenuto (cfr. Cass. 2 marzo 1955, Cellucci ric., in *Giust. pen.*, 1955, II, c. 489, m. 418) che la circostanza che l'imputato neghi il fatto addebitatogli, in quanto espressione del diritto di difendersi, non ostacoli *di per sè* la concessione delle attenuanti generiche. Analogamente, illegittimo appare il rifiuto della concessione delle attenuanti generiche, a causa della mancata comparizione dell'imputato nei giudizi di merito, nonchè delle poco riguardose espressioni usate dal suo difensore nei motivi di impugnazione (sul punto, Cass. 19 febbraio 1962, De Lucia ric., in *Cass. pen. Mass. annotato*, 1962, p. 765, m. 1412). La decisione è criticabile anche perchè, con il secondo motivo, si finisce per addebitare al reo il fatto di un terzo (qual è, appunto, sotto questo profilo, il difensore), contro l'esigenza « personalistica » della responsabilità penale sopra accennata.

quere del reo. Per contro, l'utilizzazione del dato *di per se* considerato contrasta non solo con il principio costituzionale, ma, altresì, con l'obbligo del giudice, ricavabile, come si dirà, dall'art. 133, di fare tutto il possibile per adeguare la pena al caso concreto e alla personalità dell'agente, utilizzando ogni dato in un giudizio di valutazione complessivo. Sotto un duplice profilo appare denunziabile in cassazione tale violazione di diritto.

Analogamente, a' sensi del principio costituzionale di presunzione di non colpevolezza (200), non può di per se incidere sul *quantum* della pena una precedente sentenza di proscioglimento per insufficienza di prove emessa nei confronti dello stesso soggetto; pur rientrando, in senso lato, nella categoria dei « precedenti penali e giudiziari » (articolo 133 2^a p. n. 2 c.p.).

» Singolari spunti offre, nello stesso senso, il principio costituzionale di eguaglianza (201). Una volta ammesso, co-

(200) Sotto questo profilo suscita qualche perplessità la tendenza giurisprudenziale a considerare quale fattore *esclusivo* di valutazione, fra i « precedenti giudiziari », la sentenza di proscioglimento per insufficienza di prove (in proposito, e con specifico riguardo alla concessione della sospensione condizionale della pena, cfr. Cass. 2 dicembre 1949, Campus ric., in *Giust. pen.*, 1950, II, c. 563, m. 9); salvo che essa concorra, unitamente ad altri elementi, a fornire un quadro complessivo della personalità del reo. Eguali perplessità suscita l'utilizzazione, quale fattore esclusivo di valutazione, di una precedente sentenza di proscioglimento per estinzione del reato (amnistia *propria*): soprattutto, ove si ponga mente al fatto che nel nostro sistema processuale penale la declaratoria di una causa di estinzione del reato, in generale (art. 152 c.p.p.), e dell'amnistia (*propria*), in specie (art. 591 c.p.p.), può precedere l'accertamento della responsabilità penale dell'agente. Esattamente, pertanto, non è stato ritenuto decisivo, per negare la concessione delle attenuanti generiche, un precedente reato estinto per amnistia (*propria*): Cass. 13 novembre 1953, Marostica ric., in *Giust. pen.*, 1954, II, c. 330, m. 244. Notevole è, dunque, la forza di *limite* che può svolgere, rispetto all'esercizio del potere discrezionale del giudice penale, il principio costituzionale di cui all'art. 27 comma 2°. La nostra rassegna si proponeva semplicemente un obiettivo di carattere esemplificativo.

(201) Tale principio (art. 3 Cost.) opererebbe, dunque, da un lato,

operi anche in sede di esercizio del potere discrezionale, nessuna delle qualità che ex art. 3 della Costituzione appaiono insuscettibili di formare pretesto di discriminazione fra i cittadini potrà dirsi *di per sè* rilevante in sede di determinazione del *quantum* della pena; pur essendo tutte astrattamente riconducibili al n. 4 della 2^a parte dell'art. 133 c.p. Così, ad es., il giudice non potrà aumentare la pena in base alle *sole* condizioni economiche del reo (203); salvo

quale espressione dell'esigenza di un differenziato trattamento dei distinti, nel senso di legittimare ed, anzi, imporre l'elasticità della misura della pena o il potere discrezionale del giudice nella determinazione della medesima; dall'altro, quale espressione dell'esigenza di impedire discriminazioni arbitrarie, delimiterebbe, *a priori*, l'area di operatività del potere discrezionale vietando che alcuno dei fattori ex art. 3, comma 1° sia assunto di per sè a coefficiente di *Strafzumessung*. Sulla prima accezione del principio, che tende, però, a farlo collimare con il *Gerechtigkeitsprinzip*, cfr. quanto s'è detto nel nostro lavoro, *Pene pecuniarie, pene fisse*, cit., p. 295. Sull'incidenza che esso esercita rispetto alla *Strafzumessung*, cfr. WARD, *Dogmatische Grundlagen*, cit., p. 148 ss. e AA. ivi richiamati (*contra* nettamente, ESPOSITO, *Le pene fisse e i principî di uguaglianza, personalità e rieducatività della pena*, cit., p. 662, il quale afferma che l'art. 3 Cost. « ... non ha niente da dire quanto alla misura delle pene »). L'art. 3 I GG, che sancisce tale principio, non vincola, secondo il Ward, i vari giudici ad una prassi unitaria di *Strafzumessung*, a causa dell'irripetibilità di ogni caso e dell'assoluta peculiarità del soggetto giudicato; ciò che determina l'impossibilità di tipicizzazione legale e funge, perciò, da *ratio* della discrezionalità in tema di graduazione della pena. Il discorso viene impostato con riguardo alla differente prassi di *Strafzumessung* seguita nelle diverse parti del territorio federale, soprattutto in ordine a certe categorie di reati. Sul tema cfr. anche STREE, *Deliktsfolgen und Grundgesetz*, 1960, p. 61 ss.

(202) *Contra*, viceversa, PALADIN, *Considerazioni sul principio costituzionale d'eguaglianza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1963, p. 897 ss.: si avverte in questa tesi l'eco dell'impostazione che ravvisa nel legislatore l'esclusivo destinatario dei precetti costituzionali. Per una ricostruzione storica del principio cfr. dello stesso Autore, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1962, ed. provv.

(203) Così, ad es., una determinata posizione sociale o professionale dell'agente non può giocare *di per sè* nella fissazione della pena, se non quando essa fondi una più elevata colpevolezza o responsabilità (cfr. WARD, *Dogmatische Grundlagen*, cit., p. 148) ovvero, in una prospettiva

che — e qui il discorso si riannoda con quanto affermato in precedenza — le stesse, innestandosi nel giudizio complessivo, rivelino una personalità dotata di marcata capacità a delinquere.

L'accento potrebbe, a tal punto, ricadere sul principio della « personalità » della responsabilità penale, già analizzato. Esso, però, non funge da limite di interpretazione delle clausole generali che appaiono tutte dotate di questo connotato, sia pure nella sua più ristretta accezione; bensì quale criterio che impedisce ogni espansione del giudizio *ex art. 133 c.p.*, sotto il pretesto di perseguire un'*autonoma* funzione di prevenzione generale, al di là dei confini segnati dalle clausole generali.

L'esame dell'incidenza che i principî costituzionali esplicano sulla *Strafzumessung* apre feconde prospettive di indagine (204): dal nostro limitato angolo visuale, ci inte-

di rieducazione, riesca a meglio illuminare la personalità del reo. Tale elemento rileva, per contro, in forma diretta ed autonoma nella *Strafzumessung*, nell'ambito di sistemi giuridici improntati a diverse finalità politiche (vd. per quanto concerne la Germania orientale, LEKSCHAS-RENNEBERG, *Die Bedeutung des Subjekts des Verbrechens*, cit., p. 672, il quale, fra gli altri momenti soggettivi del torto da valutare, segnala la « *Klassenzugehörigkeit oder die soziale Herkunft des Angeklagten...* »).

(204) Queste prospettive non formano oggetto di attento esame da parte della dottrina italiana, forse a cagione di quella pregiudiziale di natura costituzionalistica cui si è a suo tempo accennato (cfr. la nota 190). Per un accurato esame dei riflessi che i vari principî costituzionali producono sulla *Strafzumessung*, cfr. WARD, *Dogmatische Grundlagen*, cit., al § 7 (*Verfassungsrechtliche Bindung des Ermessen*) (in proposito cfr. la nostra recensione al vol. di WARD, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1962, p. 1103 ss.) e STREE, *Deliktsfolgen*, cit., p. 36 ss. Quest'ultimo Autore, alla stessa stregua del Ward esamina, tra i principî costituzionali, anche quello di « tutela della personalità umana » (*Unanständigkeit der Menschenwürde*), di cui all'Art. 1 I GG, da noi già esaminato nelle sue implicazioni con il perseguimento di una finalità di prevenzione generale in forma autonoma. Il Ward (§ 8 - *Die Rangordnung der Bindungsgerichtspunkte*) procede, altresì, ad un esame della gerarchia degli elementi che vincolano l'esercizio della discrezionalità. Infatti, va sottolineato come la potenziale delimitazione dello

ressava soltanto dimostrare la delimitazione *potenziale* che l'onicomprensività della previsione dell'art. 133 c.p. subisce alla luce di queste direttive.

5. La previsione dell'art. 133 ricomprende tutti i possibili elementi di valutazione per adeguare la pena al caso concreto, nei limiti segnati dalle disposizioni costituzionali e alla luce degli scopi perseguiti dalla pena. Data l'onicomprensività dell'elencazione, anche in assenza dell'art. 133, il giudice non potrebbe che fare riferimento ai medesimi criteri. Lo conferma l'esperienza giudiziale (205) di paesi nei quali non esiste una norma corrispondente: l'esempio paradigmatico è costituito dalla Germania (206). Può va-

Spielraum avvenga non solo ad opera dei principi costituzionali, ma anche dei principi generali del sistema, più spesso coincidenti coi primi, nonchè delle altre norme del sistema. Non è possibile — come è ovvio — far giocare *di per sè* nella *Strafzumessung* fatti o condotte che si concretano nell'esercizio di un diritto.

L'esame minuto di questi vincoli e della loro rispettiva portata esigerebbe un'indagine autonoma: sul punto si avrà, in ogni modo, occasione di tornare nel corso della III Parte quando si passerà ad un più specifico esame della *funzione* e del *contenuto* della discrezionalità nell'art. 133 c.p. Al momento ci premeva soltanto dimostrare: che l'art. 133 c.p. non indica una serie di criteri ma ha un contenuto onnicomprensivo, con quei limiti che derivano dall'inserimento della norma in un sistema di principi e di altre norme e che tracciano aprioristicamente l'ambito entro cui può giocare la discrezionalità. L'elemento di certezza che la dottrina vuole individuare nella predisposizione di criteri-guida deve, pertanto, essere identificato nella *funzione* della norma in correlazione con il teleologismo rieducativo della pena e nei vincoli che il sistema, in vario grado d'intensità, offre. Si badi: il vincolo dello *scopo* (sia pure non identificato con la rieducazione) era esplicitato nell'art. 133 del Prog. 1927 nel quale si affermava che «... il giudice non può usare del suo potere discrezionale per uno scopo diverso da quello per cui gli è dalla legge conferito». Cfr., in proposito, GATTI, *Pena e motivazione della sentenza*, in *Annali di dir. e proc. pen.*, 1935, p. 444.

(205) Essa è puntualmente registrata da L. SCHMIDT, *Die Strafzumessung in rechtsvergleichender Darstellung*, cit., *passim*.

(206) Cfr., in proposito, quanto s'è detto alla nota (167).

riare soltanto il metro di valutazione di codesti elementi; a seconda degli scopi che connotano la pena nelle singole legislazioni. Così, ad es., in Germania l'assoluta preminenza della finalità retributiva della pena fa cadere l'accento della valutazione del giudice soprattutto sulla gravità del fatto nonchè su quegli aspetti della personalità che appaiono rimproverabili all'agente. Una divergenza dell'ambito di indagine si riscontra soltanto in quelle legislazioni (207) che attribuiscono un'*autonoma* rilevanza alla prevenzione generale in sede giudiziale.

L'onnicomprendività dell'art. 133 dimostra l'impossibilità di assumere i criteri ivi indicati in funzione di *vincolo* all'esercizio del potere discrezionale del giudice.

L'esame dell'unico dato testuale offerto dal sistema consente, inoltre, all'interprete di ricavare il nucleo essenziale del concetto di discrezionalità penale. L'art. 133 rappresenta, infatti, il frutto dell'impossibilità per il legislatore di fissare in forma astratta i differenti significati di valore o di disvalore del fatto, tali da condizionare un certo trattamento giuridico-penale, nonchè i differenti tipi criminologici capaci di realizzare in concreto la fattispecie legale. Contro questa impossibilità sono destinate a cozzare tutte le proposte dottrinali (208) di affiancare alle fattispecie legali oggettive una tipologia soggettiva, in maniera da ridurre o neutralizzare il potere discrezionale del giudice. La tipicizzazione coglierebbe, infatti, solo alcuni possibili frammenti della variabile significatività che il caso concreto può esprimere. Il dato testuale ci consente, pertanto,

(207) Alludiamo, soprattutto, alle legislazioni dei paesi di tipo comunista: cfr. sul punto, la nota (183).

(208) Così, NUVOLONE, *Il principio di legalità* cit., p. 237 ss.

di identificare l'essenza della discrezionalità penale nella rinuncia da parte del legislatore ad esprimere un « significato » astratto, data la peculiarità dell'oggetto della valutazione, e nel conseguente rinvio al caso concreto, perchè esso esprima, nella sua multiforme varietà, la significazione di « valore » più idonea a produrre un certo trattamento penale. L'unico dato che resta normativamente fissato, e quindi astrattamente ricostruibile, è lo *scopo* in vista del quale viene attribuito al giudice un potere discrezionale; identificantesi nell'art. 133 con la finalità rieducativa della pena, la quale, di conseguenza, deve adattarsi al fatto e alla personalità dell'agente espressa dal fatto stesso (209).

Per rendersi più esattamente conto dell'impossibilità di tipizzazione occorre raffrontare l'art. 133 c.p. con le c.d. circostanze proprie. Fin dove il legislatore appare in grado di cogliere in astratto un dato che riveste genericamente valore positivo o negativo, tipizza una circostanza aggravante o attenuante (propria). Quando invece il dato è astrattamente neutro e solo in concreto, come espressione di una certa personalità, può assumere un significato positivo o negativo, il legislatore lo assume come circostanza impropria nel quadro del giudizio *ex art. 133*. Il rilievo assume plastica evidenza ove si considerino, da un lato, le circostanze (proprie) ipotizzate dall'art. 61 n. 1 (« l'aver agito per motivi abietti o futili ») e 62 n. 1 (« l'aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale ») e, dal-

(209) La prima parte dell'art. 133 c.p. è, perciò, in funzione della seconda; il giudice, nel fissare la misura della pena-base, deve muovere dal fatto per giungere alla ricostruzione della personalità dell'agente. Ciò non toglie che, rispetto ad altri istituti a struttura discrezionale, il richiamo a tutti o a parte degli elementi dell'art. 133 c.p. possa avvenire in una diversa prospettiva; dipende dalla *natura* e dalla *funzione* propria di ogni istituto, ricostruibile in via preliminare.

l'altro, i « motivi a delinquere » previsti genericamente (circostanze improprie) dall'art. 133 2^a p. n. 2 c.p. (210). La discrezionalità può, dunque, definirsi come l'assenza (intenzionale) nella norma del dato significativo, positivo o negativo, che condiziona un certo trattamento penale. L'indicazione del dato non deve essere ricavabile neppure *per relationem*: il punto sarà di notevole importanza per differenziare la discrezionalità dai concetti elastici. A risultati assai simili è di recente pervenuto M. Massa (211) il quale, tuttavia, parla di discrezionalità con riguardo ai casi in cui « l'oggetto stesso della valutazione... non è stabilito neanche indirettamente ». La locuzione « oggetto della valutazione » può, invero, ingenerare qualche ambiguità: posto che, se si considera l'art. 133 c.p., si ravvisa che l'oggetto della valutazione è indicato sia pure in forma onnicomprensiva e tramite il riferimento ai generici parametri della « gravità del reato » e della « capacità a delinquere ». Manca, per contro, l'indicazione del dato significativo che condiziona ciascuno dei gradi di pena compresi fra il minimo e il massimo edittale. In questo senso va accolta la locuzione precedente.

(210) Di qui il criterio differenziale tra le circostanze del reato e le circostanze « improprie »: le prime, com'è ovvio, data l'« onnicomprensività » dell'art. 133 c.p. tipicizzano, attribuendo loro un significato univoco, gli elementi ricompresi in tale norma. Con ciò non si esclude l'esistenza di circostanze del reato a paradigma normativo parzialmente o totalmente (ad es. le c.d. aggravanti *indefinite*) incompleto: scopo dell'interprete è, nei confronti di esse, l'individuazione della *funzione* e, quindi, di un contenuto autonomo rispetto all'art. 133 c.p. Sull'argomento si tornerà nella III Parte dell'indagine: cfr. in ogni modo, quanto alle attenuanti generiche, il lavoro di M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., e, quanto alle aggravanti c.d. *indefinite*, ma con osservazioni di carattere generale il nostro studio *Le aggravanti indefinite. Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato*, estr. dalla *Riv. it. dir. e proc. pen.*

(211) *Le attenuanti generiche*, cit., p. 226.

Il segno distintivo della discrezionalità penale è il rinvio esplicito da parte del legislatore al caso concreto, che deve esprimere la significatività di valore più idonea e conforme allo scopo. L'individuazione di quest'ultimo, in via interpretativa, è preliminare rispetto alla valutazione del caso concreto. Occorre, tuttavia, evitare di considerare lo scopo come un mero duplicato del rinvio; così, ad es., allorchè si afferma, con il M. Massa (212), che funzione dell'art. 133 è l'adeguamento della pena al fatto e alla personalità dell'agente, null'altro si dice se non che la discrezionalità si sostanzia in un rinvio al caso concreto. È, per contro, necessario fissare il metro alla stregua del quale deve compiersi tale adeguamento, ossia il fine che persegue la pena. Questo è lo *scopo* dell'art. 133: ogni diversa amorfa ricostruzione del medesimo finisce per rendere arbitraria la ricerca della significatività concreta del fatto (213).

La discrezionalità penale è, dunque, una forma di « equità », ovvero un « giudizio del caso concreto ». Se l'assenza di un concetto normativo, ovvero di un dato *significante* astratto, può dirsi costituire il connotato essenziale e imprescindibile della discrezionalità penale, non altrettanto è possibile sostenere per l'« onnicomprensività » dei criteri valutativi; che è elemento egualmente ricava-

(212) *Le attenuanti generiche*, cit., p. 64 ss.

(213) È sintomatico, infatti, che lo stesso M. Massa, pur intendendo il *fine* dell'art. 133 c.p. come « adeguamento della pena al fatto e al soggetto » concepisca, poi, tale adeguamento in senso strettamente retributivo. Si noti: quanto alla determinazione della pena, il nesso tra la *funzione* della discrezionalità (adeguamento della pena alla personalità dell'agente) e il *fine* della pena è molto stretto; i due momenti tendono praticamente ad identificarsi. Ciò che non vale, per contro, come si vedrà, per le altre forme di discrezionalità penale: ad ulteriore conferma dell'autonomia che ciascuna di esse possiede, alla luce di una sua particolare *funzione*. È un aspetto disatteso da coloro che, viceversa, fanno dell'art. 133, del suo contenuto e della sua funzione il nucleo della discrezionalità penale.

bile dall'art. 133. È lecito, infatti, ipotizzare forme di discrezionalità nelle quali il legislatore, pur rinviando esplicitamente la ricerca del valore o disvalore al caso concreto, fissi, tuttavia, una serie *delimitata* di parametri sulla scorta dei quali dovrà snodarsi il giudizio. L'analisi che si compirà, tra breve, per individuare, alla stregua del concetto così fissato, le altre ipotesi di discrezionalità penale, confermerà tale assunto. La variabilità di questo connotato marginale fungerà da pretesto per introdurre una nuova classificazione delle differenti ipotesi che compongono la gamma della discrezionalità penale.

L'« onnicomprensività » dell'elencazione di cui all'articolo 133 c.p. non è sintomo della sua *superfluità*. Essa adempie, infatti, ad un fine *ideologico* e, nel contempo, *pratico*. Sotto il primo profilo, segnala la necessità che l'indagine si espanda verso la personalità e verso settori di essa non suscettibili di rimprovero in senso stretto; sotto il secondo, dimostra l'esistenza a carico del giudice di un obbligo di fare tutto il possibile per adeguare la pena alla personalità dell'agente, in vista del raggiungimento dei fini che essa persegue.

Questa situazione soggettiva di dovere non esprime la necessità — assolutamente irrealizzabile — che il giudice, prima di giungere a determinare il *quantum* di pena, passi in rassegna tutti i possibili indici di valutazione; ma soltanto che egli non si arresti a considerare un singolo dato, senza innestarlo in un più ampio giudizio sulla personalità fondato sugli altri indici che si sono potuti acquisire al materiale di causa. I pericoli che possono nascere da un giudizio che si fermi al singolo dato, nel suo *autonomo* valore espressivo, sono stati, anche sotto il profilo costituzionale, già posti in luce. Solo dalla corretta osservanza di questo obbligo può scaturire quel dato significativo che condiziona

la specie o il *quantum* del trattamento punitivo, ossia il tipo soggettivo concreto di autore. La ricostruzione del « quadro d'autore » determina l'integrazione del precetto penale astratto che prevede la fattispecie criminosa: quest'ultimo, rivolto in sede astratta ad un soggetto capace di intendere e di volere, acquista, a seguito del giudizio ex art. 133, la sua più specifica direzione soggettiva ed un contenuto concreto (214). Per ogni fattispecie legale esiste tutta una gamma di fattispecie concrete realizzabili da distinti tipi d'autore, che spetta al giudice individuare.

La ricostruzione del dato significativo fa scattare il *dovere* per il giudice di applicare il *quantum* di pena corrispondente. A questo punto entra infatti, in gioco il dato tendenziale che, come si è detto, deve condizionare la nostra ricerca; ossia lo sforzo di ricondurre, nei limiti del possibile, la discrezionalità nel quadro di situazioni soggettive doverose, alla stregua degli orientamenti culturali e costituzionali oggi prevalenti. L'individuazione di questo dovere finale del giudice preclude, come si dirà, la strada all'introduzione di una discrezionalità c.d. bifasica. Essa è, tuttavia, più agevole laddove il dato *significante* ricavato in via discrezionale funziona come criterio normativo di scelta in un'alternativa necessariamente rappresentata da due termini (applicazione o meno, ad es., della sospensione condizionale della pena), anzichè laddove, come è il caso appunto dell'art. 133, esso funge da parametro di un comportamento decisivo il cui contenuto è rappresentato da una progressione più o meno estesa di graduazioni quantitative. In altri termini, per un certo tipo di autore può es-

(214) A proposito dell'individuazione *ex post* di un precetto « concreto » rivolto al singolo soggetto cfr. DELL'ANDRO, *La recidiva nella teoria della norma penale*, Palermo, 1952.

sere indiscutibile l'applicazione della pena x in luogo di quella y , ma vi può essere incertezza circa l'applicazione della pena x ovvero di quella x' . A nostro avviso, tuttavia, questa alternativa, che cresce quanto più ad un ampio margine di pena edittale previsto per una fattispecie legale non corrisponda in concreto una gamma altrettanto ampia di estrinsecazioni tipologiche (215), rende più elastico il dovere come situazione soggettiva finale, senza però escluderlo. Come meglio si dirà, la scelta della pena x o x' è il risultato di quelle folgorazioni intuitive che sono inevitabilmente connesse alla stessa attività interpretativa, quando concerne, ad es., concetti che richiedono un apprezzamento di misura (216).

6. Al fine di completare i caratteri della nozione di discrezionalità penale ricavabile dal dato testuale, l'interprete non deve perdere di vista il collegamento esistente tra l'art. 133 e l'art. 132 c.p. il quale prescrive, nel 1° comma, il dovere per il giudice di « indicare i motivi che giustificano l'uso di tal potere discrezionale »: locuzione con cui si vuole connotare la necessaria indicazione in sentenza degli indici di valutazione e dei giudizi di valore tramite i quali è stato ricavato il dato *significativo* per l'adozione di una certa specie o misura di pena. L'inosservanza di questo dovere è sanzionata dalla nullità della sentenza ex art. 475 n. 3 c.p.p. Esso appare strettamente concatenato al dovere

(215) Tale è, infatti, il significato dello *Strafrahme* (margine edittale di pena) in un'impostazione non esclusivamente retribuzionistica, ma aperta alle istanze della rieducazione.

(216) Richiama l'attenzione su queste « folgorazioni intuitive » come componenti essenziali di ogni forma di giudizio, CORDERO, *Note sul giudizio*, in *Riv. proc. pen.*, 1961, p. 21 ss. Per l'intervento di fattori emotivi o irrazionali nella *Strafzumessung*, cfr. PETERS, *Die kriminalpolitische Stellung*, cit.; IDEM, « *In welcher weise* », cit., in *Gutachten zum 41 DJT*, cit.

del giudice, ricavabile dall'art. 133, di fare tutto il possibile per adeguare la pena al fatto o alla personalità dell'agente in funzione rieducativa: questo rapporto è apparso così stretto da far propendere qualche Autore (217) per il carattere sostanziale e non processuale del dovere di motivazione. La validità della premessa non giustifica, tuttavia, il corollario, dovendo l'art. 132 comma 1°, sotto questo profilo e malgrado la sua collocazione normativa, ritenersi disposizione di carattere processuale. Ci si può, per contro, domandare perché mai il legislatore abbia esplicitamente ribadito il dovere di motivare, pur essendo esso di per sé già ricavabile dall'art. 474 n. 4 c.p.p. che prevede la motivazione come requisito, a pena di nullità, della sentenza. Duplice ci pare la giustificazione. In primo luogo, l'art. 474 n. 4 c.p.p. parlando di « concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la sentenza è fondata » mostra di fare riferimento a quelle ipotesi in cui il giudizio si snoda sulla base di un determinato paradigma normativo, con netta distinzione tra l'accertamento del fatto (espresso nei « motivi di fatto ») e l'applicazione al medesimo della disposizione legislativa (cristallizzata nei « motivi di diritto »): ossia ad ipotesi distinte dalla discrezionalità che, pur ruotando nell'orbita del diritto, presuppone l'assenza della premessa maggiore del sillogismo, cioè di una astratta

(217) GATTI, *Pena e motivazione della sentenza*, cit., p. 44; BIANCHINI, *Ancora in tema di determinazione della pena e motivazione della sentenza*, in *Giust. pen.*, 1946, III, c. 359. Secondo quest'ultimo Autore, la conseguenza derivante dal configurare il dovere di motivazione ex art. 132 c.p. come dovere di natura sostanziale consisterebbe nella necessità di dedurne la violazione in Cassazione ex art. 524 n. 1 c.p.p. anziché ex art. 475 n. 3 e 524 n. 3 c.p.p. e, inoltre, nell'inapplicabilità dell'art. 525 c.p.p. che ritiene deducibili in cassazione le nullità d'ordine procedurale, non verificatesi nel giudizio di appello. L'Autore riconosce, comunque, la tendenza costante della prassi a configurare tale nullità come deducibile ex art. 474 n. 3 e 524 n. 3 c.p.p.

significazione normativa. Di qui la *ratio* della autonoma previsione dell'art. 132 comma 1°, che attua, peraltro, il più generico dettato costituzionale che vuole motivati tutti i provvedimenti giurisdizionali (art. 111 comma 1°). Questo dovere di motivazione si può agevolmente estendere a tutte le altre ipotesi di discrezionalità penale (218) che si verranno via via individuando: trattandosi, invero, di norma processuale non opera nei suoi confronti il divieto di estensione analogica di cui all'art. 14 delle disp. prel. del codice civile. L'identità di *ratio* è agevolmente individuabile, posto che, in quanto forme di discrezionalità penale, esse devono presentare il dato essenziale comune (ipotesi di equità): malgrado la variabilità degli eventuali aspetti marginali (tipologia degli scopi, onnicomprensività o delimitazione degli indici di valutazione). Un rilievo è, a questo punto, di intuitiva evidenza: ancor maggiormente semplificato si prospetta il procedimento di estensione analogica per coloro i quali ritengono erroneamente comune a tutte le forme di discrezionalità, a parte il differente teleologismo, la stessa elencazione dei parametri valutativi di cui all'art. 133 c.p. Nè, d'altro canto, l'estensione può dirsi ostacolata da un eventuale carattere *eccezionale* dell'art. 132 comma 1°, ponendosi esso come forma particolare di attuazione del più generico dettato costituzionale. Una precisazione: la generale applicazione della norma non esclude una differente articolazione del contenuto della

(218) Sul punto cfr. le lucide osservazioni di BELLAVISTA, *Il potere discrezionale*, cit., p. 97 ss. Per quanto attiene all'art. 62 *bis*, si veda M. MASSÀ, *Le attenuanti generiche*, cit., p. 137 ss.: in tale settore della discrezionalità penale l'obbligo di motivazione sembra, tuttavia, assumere, come vedremo tra breve, sfumature particolari: in tema di aggravanti c.d. *indefinite* cfr. il nostro *Le aggravanti indefinite*, cit., p. 41.

motivazione in rapporto alle diverse sfumature che le forme discrezionali presentano nei loro aspetti marginali.

Il secondo motivo che giustifica l'autonoma previsione è costituito dalla necessità per il legislatore di ribadire come, anche in tema di discrezionalità, sia possibile una verificabilità dei giudizi di valore in cui essa si snoda. Essa esprime, dunque, piena fiducia nel carattere *obiettivo* dei parametri che connotano l'individuazione della particolare significatività del caso concreto: malgrado non siano esplicitamente individuati. Motivazione e concezione relativistica (219) dei giudizi di valore sono, infatti, agli antipodi.

La previsione autonoma può, altresì, voler significare l'esigenza di una interpretazione più penetrante, in rapporto alla materia in questione, dei motivi di nullità della sentenza previsti genericamente dall'art. 475 n. 3 c.p.p. L'assenza di un concetto normativo, ossia di una significazione astratta, che funge da parametro dei giudizi di valore compiuti dal giudice (220), esige una più penetrante garanzia giurisdizionale. In forza di ciò, la contraddittorietà della motivazione va apprezzata dal punto di vista della logicità non solo *estrinseca*, ma anche *intrinseca*. È quest'ultimo un profilo che, al di fuori delle ipotesi di discrezionalità, essendo prevalentemente costituito dal raffronto della decisione con il paradigma normativo, viene salvaguardato soprattutto dal ricorso per violazione di legge. Nei casi di

(219) Una concezione *relativistica* conduce, infatti, all'assoluta soggettività ed arbitrarietà del giudizio e, pertanto, alla sua incontrollabilità.

(220) La giurisprudenza segnala, infatti, di frequente, la necessità di scontare l'assenza di una significazione normativa di valore con il dovere di una congrua motivazione (cfr., ad es., quanto all'art. 599 comma 1° c.p. Cass. 12 giugno 1961, Paolini ric., in *Cass. pen. Mass.* annotato 1961, p. 911, m. 9884): all'affermazione teorica, purtroppo, fanno riscontro formulette giurisprudenziali « pigre » con cui si crede di esaurire tale dovere.

discrezionalità — per contro — anche l'illogicità *intrinseca*, essendo verificabile tramite il raffronto con giudizi di valore obiettivi e congrui rispetto allo scopo, diviene componente essenziale della « contraddittorietà » della motivazione *ex art. 475 n. 3 c.p.p.*

Qual è, tuttavia, il contenuto del dovere di motivazione a' sensi dell'art. 132 comma 1° c.p.? Dall'art. 133 si desume — come s'è detto — il dovere di non trascurare alcun indice di valutazione per adeguare la pena al soggetto in funzione rieducativa. Ne consegue, in correlazione col medesimo, che dalla motivazione deve risultare, oltre alla corretta individuazione dello scopo da parte dell'interprete, questo progressivo sviluppo dell'indagine, in forma schematica, dal fatto alla personalità dell'agente, alla luce di tutti gli elementi disponibili. Non è di alcun rilievo il fatto che qualche passaggio di tale *iter* sia indirettamente ricostruibile attraverso quel settore di motivazione della sentenza che concerne l'*an* della responsabilità penale: la motivazione *implicita* (221) può, entro questi limiti, essere

(221) Cfr., ad es., Cass. 31 maggio 1960, Lurago ric., in *Giust. pen.*, 1960, III, c. 573, m. 745 « ... può desumersi anche *per implicito* dalla motivazione della sentenza, avuto riguardo tanto alla esposizione del fatto, quanto alle considerazioni in punto di diritto. Nè si richiede che il giudice dimostri espressamente di avere preso in esame tutti i vari e complessi elementi atti in astratto a determinare la pena, sufficiente essendo che egli faccia risultare di avere esaminato ed apprezzato quelli che, nell'esercizio del potere discrezionale conferitogli ed in relazione al caso concreto, abbia ritenuto significativo ed essenziale ai fini della decisione ». Un duplice rilievo: da un lato occorre che gli elementi motivanti, ricavabili dalla parte della sentenza che concerne l'*an* della responsabilità, siano in tal sede, precisati anche nel valore sintomatico che essi posseggono ai fini dell'art. 133 c.p. Sotto tale profilo, va rilevato che si parla anche di una contestazione *implicita*: posto, cioè, che le circostanze improprie di cui all'art. 133 non formano, nel nostro sistema (cfr. sul punto, PISANI, *Il divieto della reformatio in pejus*, cit., p. 45), oggetto di contestazione, può, tuttavia, accadere che taluna di esse sia contestata implicitamente assieme ai fattori che determinano l'*an* della respon-

ammessa. Le varie formulette giurisprudenziali (« tenuto conto degli elementi di cui all'art. 133 1° e 2° p.c.p. », senza che ciò sia, almeno indirettamente, ricostruibile) a suo tempo citate, equivalgono a mancanza della motivazione. La nullità della sentenza *ex art. 475 n. 3*, sotto il profilo dell'assenza di motivazione, costituisce, pertanto, la sanzione derivante dall'inosservanza del dovere ricavabile dall'art. 133. In questo difetto incorre anche il giudice che arresti l'indagine ad un singolo elemento, ritenuto nel suo autonomo significato, senza inserirlo in un più ampio giudizio sulla personalità del reo; che se poi tale localizzata valutazione esprima una antitesi con gli stessi disposti costituzionali, il difetto di motivazione risalterà, piuttosto, come violazione di legge. Analogamente, per l'erronea determinazione, in via preliminare, dello scopo per cui è attribuito il potere discrezionale *ex art. 133 c.p.*

sabilità, senza che, però, sia dato rilievo al valore sintomatico che essa possiede ai fini dell'art. 133 c.p. Solo entro questi limiti la motivazione sull'*an* della responsabilità può integrare eventuali lacune della motivazione sul *quantum*. D'altro lato, ciò che importa, ai fini della *congruità* della motivazione sul *quantum* è che dal complesso di essa non risultino elementi, trascurati dal giudice, i quali potevano assumere rilevanza. Una simile motivazione cristallizza la violazione di quell'obbligo di fare tutto il possibile per adeguare la pena al caso concreto che è ricavabile dall'art. 133 c.p. In tema di motivazione « implicita » cfr., altresì, Cass. 19 dicembre 1951, Magnati e altri ric., in *Giust. pen.*, 1952, II, c. 442, m. 386. In dottrina cfr., soprattutto, SIRACUSANO, *Il potere discrezionale*, cit., p. 368 ss.; dello stesso Autore cfr., *I provvedimenti penali e le motivazioni implicite per relationem e summarie*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1958, p. 336 ss. e bibliografia ivi richiamata. Si noti, però, che molto spesso si parla di motivazione *implicita* non tanto nel senso sopra accennato di motivazione integrabile *per relationem*, quanto piuttosto di motivazione meno dettagliata: in tal senso, ad es., la giurisprudenza legittima la motivazione *implicita*, in tema di attenuanti generiche, quando non vi sia una richiesta specifica e dettagliata della difesa (così, Cass. 31 ottobre 1949, Celestino ric., in *Giust. pen.*, 1950, II, c. 136, m. 81); ovvero sulla durata della pena, quando questa sia fissata in misura leggermente superiore al minimo (cfr. Cass. 10 marzo 1961, Barbaro ric., in *Cass. pen. Mass. annotato*, 1961, p. 646, m. 1377).

Per potersi dire « esistente » la motivazione, oltre a confermare il puntuale adempimento dell'obbligo di indagine che grava sul giudice, deve segnalare quei valori che sono apparsi particolarmente significativi per la ricostruzione del tipo concreto d'autore; e, infine, tratteggiare quell'ulteriore momento logico che concerne la determinazione del *quantum* (o della specie) di pena adeguata al tipo. Difficilmente — com'è ovvio — possono tradursi in motivazione quegli impulsi emotivi ovvero quelle folgorazioni intuitive che connotano, almeno in parte, l'ultima fase. Ciò non è, tuttavia, sufficiente a legittimare la formuletta, di frequente uso giurisprudenziale, « si ritiene equa la pena di . . . » (222), come atta a caratterizzare il processo di adeguamento del *quantum* al dato significante. Senza contare che nell'uso tale formula finisce per esprimere la stessa fase di ricerca del tipo concreto d'autore. Più rigorosa deve essere, per contro, l'interpretazione del vizio « mancanza di motivazione », riscontrabile non solo nel caso di assoluto difetto della medesima, ma anche laddove i vari passaggi sopra delineati non traspaiano in tutta evidenza.

(222) Analogamente dicasi per le espressioni « congrua », « adeguata » ecc. Cfr. sul punto: Cass. 6 febbraio 1962, Colapinto e altro ric., in *Cass. pen. Mass. annotato*, 1962, p. 900, m. 1666; Id. 3 luglio 1957, Gallo ric., in *Giust. pen.*, 1957, III, c. 702, m. 899; Id. 21 gennaio 1942, Marabelli ric., *ivi*, 1942, II, c. 675, m. 1134; Id. 1 maggio 1941, Spagnoli ric., *ivi*, 1942, II, c. 388; m. 638. Si noti: la legalità di questo tipo di motivazione viene, per solito, affermata quanto ai casi di pena fissata nel minimo o in misura media; ovvero, talora, condizionata al fatto che alla formuletta si accompagni un riferimento, sia pure generico, alle circostanze e alle modalità precisate nell'art. 133 c.p. (cfr. Cass. 30 ottobre 1959, Pirozzi ric., in *Giust. pen.*, 1960, II, c. 534, m. 61). Per la critica di questo indirizzo cfr., però, Cass., 30 maggio 1962, Sulas ric., in *Cass. pen. Mass. annotato* 1962, p. 1089, m. 2027; Id. 2 dicembre 1958, Matacura ric., in *Giust. pen.*, 1959, III, c. 624, m. 74.

La motivazione è *contraddittoria* allorchè indica o ritiene prevalenti indici di valutazione che non sono *congrui* rispetto allo scopo ovvero laddove, ricostruita in un certo modo la personalità dell'agente, determina una pena manifestamente inadeguata ad essa per entità o specie. In entrambi i casi si tratta di un difetto logico *intrinseco* che, nel secondo, è altresì espressione della violazione della situazione soggettiva finale di dovere a suo tempo menzionata. Nessuna importanza riveste il fatto che una vera e propria violazione di doveri filtri in cassazione sotto la peculiare veste della contraddittorietà della motivazione, identico essendo, in ogni caso, l'effetto pratico (223). Non può — ed è ovvio — profilarsi una situazione di contraddittorietà entro quell'ambito in cui hanno assoluto rilievo fattori emotivi o folgorazioni intuitive.

Il dovere di motivare sussiste, e con identico contenuto, quale che sia l'entità della pena irrogata. Nessuna limitazione è dato rinvenire nella genericità del disposto legislativo (art. 133 comma 1° c.p.). Il che è perfettamente logico se si tien conto che esso è posto a salvaguardia dell'interesse alla correttezza e regolarità delle decisioni giudiziali (224), particolarmente esposto a pericolo nei casi di potere discrezionale del giudice. Il diritto di impugnazione riconosciuto al pubblico ministero contro una sentenza che difetti di motivazione in ordine all'applicazione di una pena di minima o modesta entità è anch'esso diretto al perseguimento di tal fine. Va, pertanto, respinto in blocco

(223) Si tenga presente, però, l'art. 525 c.p.p. Cfr. la nota (217).

(224) In proposito, sia pure con prevalente riferimento agli atti amministrativi, cfr. JACCARINO, *Studi sulla motivazione*, Bari, 1933. Sulla *ratio* del dovere costituzionale di motivare, P. STELLACCI, *L'obbligo costituzionale di motivare i provvedimenti giurisdizionali*, in *Crit. pen.*, 1952, p. 155.

l'atteggiamento giurisprudenziale citato (225), incline a stemperare o neutralizzare il dovere di motivazione finché sia applicata una pena oscillante tra la misura minima e media: espressione di una concezione che identifica la discrezionalità con un potere di indulgenza accordato al giudice.

L'esame della congruità degli elementi di valutazione prescelti rispetto allo scopo presuppone la verificabilità dei giudizi di valore e il carattere obiettivo dei medesimi. Una analisi che volesse passare in rassegna tutti i dati che possono fungere da indici di valutazione nel giudizio *ex* articolo 133 e che sono suscettibili di rientrare nelle clausole generali ivi elencate, risulterebbe praticamente illimitata. E questo è ovvio: se per discrezionalità penale si intende la rinuncia da parte del legislatore a tipicizzare il significato astratto di un fatto, di fronte alla infinita gamma di significati che esso è in concreto capace di assumere, assurdo appare il tentativo di voler esaurire, in sede di indagine astratta, tutta la possibile gamma di valori cui rinvia una ipotesi discrezionale. Uno studio delle varie norme strutturate in forma discrezionale non può, per la contraddizione che non lo consente, non arrestarsi all'individuazione della *ratio* delle medesime e, quindi, alla determinazione *lato sensu* del *tipo* di significati che in concreto il caso è chiamato ad esprimere (226).

Ciò premesso, fra i problemi concernenti l'aspetto contentutistico della discrezionalità nell'art. 133, uno merita di essere particolarmente segnalato, posto che di esso l'indagine avrà ulteriormente modo di occuparsi nel suo succes-

(225) Vd. p. 6.

(226) A questo tipo di analisi è, in ispecie, destinata la III Parte del nostro studio.

sivo sviluppo: ci si domanda se, malgrado la necessità di evitare la duplicazione di valutazioni, sia possibile tener conto *ex art. 133 c.p.* di un dato che non integra gli estremi di una scriminante ovvero di una circostanza propria. La risposta ci pare dover essere positiva, per un duplice ordine di ragioni. Da un lato, l'effetto penale di tale utilizzazione è minore di quello che si avrebbe ove il dato integrasse lo schema della scriminante o della circostanza propria. L'asserto, di tutta evidenza per la prima ipotesi, si chiarisce anche per la seconda, ove si avverta che la circostanza propria, a differenza degli elementi *ex art. 133*, opera uno spostamento dei limiti edittali. Dall'altro lato, il dato incompleto viene utilizzato nel giudizio *ex art. 133* non nel suo autonomo valore, bensì quale indice che si innesta in una complessiva valutazione della personalità del reo (227). Maggiore complessità presenta il quesito parallelo: se, cioè, un dato che non si inquadri esattamente nello schema di una circostanza attenuante tipica possa funzionare come *generica* a' sensi dell'*art. 62 bis c.p.* La soluzione sembra essere *tendenzialmente* negativa, venendo a mancare il primo ordine di argomentazioni sopra menzionato. Diciamo, tuttavia, *tendenzialmente*, poichè solo la chiarificazione della natura giuridica dell'istituto delle attenuanti generiche ci consentirà di completare il nostro assunto, anche sotto il profilo del secondo ordine di argomentazioni. Un ultimo rilievo: la motivazione ha come funzione primaria quella di chiarire come l'interprete abbia colto l'essenza discrezionale della norma in questione. Il travisamento di essa si verifica in quei casi in cui si cerca di svalutare la portata del rinvio al caso concreto, nel ten-

(227) La diversità di *funzione* esclude ogni possibile *contraddittorietà*.

tativo di rendere più tipica ed astratta l'indagine. Questa eventualità (228) è, senz'altro, meno frequente a proposito dell'art. 133, ma si prospetta allorchè ad es. la pena viene aumentata, anzichè per una particolare significatività di disvalore del caso concreto, per l'indole notevolmente grave del reato (229): cioè per una ragione che è di già plasticamente espressa dall'entità dei limiti edittali fra cui si articola la pena.

Se questi sono i requisiti che devono improntare la motivazione affinchè essa operi come garanzia giurisdizionale per il corretto esercizio del potere discrezionale di cui all'art. 133, non v'è dubbio che in pratica si delineano taluni ostacoli: così, la difficoltà di tradurre in motivazione valutazioni relative alla personalità dell'agente, con conseguente incompletezza della stessa e difficoltà della Corte di Cassazione di operare l'adeguato controllo (230). Nè va dimenticato l'ostacolo rappresentato dall'art. 314 comma 2° c.p.p. che, vietando il ricorso a perizie psicologiche, impe-

(228) In tal guisa viene tradita la funzione della discrezionalità come « giustizia del caso singolo »: analogamente, laddove « ... das Gericht eine feste Bindung annimmt, wo das Gesetz mehrere Möglichkeiten zur Wahl stellt » (così, WARDA, *Dogmatische Grundlagen*, cit., p. 184 che qualifica tale vizio, molto spesso dipendente da una « pigrizia » del giudice nell'affrontare l'indagine discrezionale come *aussere Ermessensfehler* di contro agli *innere Ermessensfehler* che sono *intrinseci* all'esercizio del potere discrezionale).

(229) Sulla necessità di intendere la gravità del reato non *in astratto* ma *in concreto*, Cass. 3 marzo 1939, Sestili ric., in *Giust. pen.*, 1939, II, c. 623, m. 809. Non infrequente è, tuttavia, la tendenza a negare, ad es., la concessione delle attenuanti generiche (*contra*, Cass., 3 febbraio 1955, Guarnieri ric., in *Giust. pen.*, 1955, II, c. 810, m. 704) ovvero della sospensione condizionale della pena a causa dell'indole astrattamente grave del reato.

(230) Sul punto, WARDA, *Dogmatische Grundlagen*, cit., p. 9 (*Die Revisibilität des richterlichen Ermessens*): il rilievo vale in ogni caso, come si dirà, anche laddove non viene in gioco il fenomeno della discrezionalità.

disce di restringere l'accertamento del « carattere » entro un metro obiettivo di valutazione. Da questa preclusione nasce una duplice conseguenza: da un lato, la tendenza a sfumare l'accertamento del carattere e della personalità, in genere, del reo nel regno delle intuizioni e delle impressioni d'atmosfera che, oltre ad essere difficilmente traducibili per iscritto, non riescono agevolmente verificabili; dall'altro, una certa inerzia da parte dei giudici, sia nel motivare, sia nell'affrontare l'indagine della 2ª parte dell'art. 133 c.p. (231) con palese travisamento della « natura giuridica » della discrezionalità penale espressa da tale norma, nonchè della funzione della pena di cui l'art. 133 deve consentire il perseguimento.

Si tratta di una delle frequenti « strozzature » che le norme processuali producono riguardo ad esigenze espresse da norme penali sostanziali (232). Il rilievo — com'è ovvio — non smentisce la bontà delle soluzioni ricavate sul piano sostanziale, ma rafforza la necessità di riformare l'art. 314 c.p.p. (233) e di rendere il sistema processuale penale idoneo a consentire al giudice l'espletamento di quel compito che gli è sollecitato dall'art. 133 c.p. (234).

(231) Inerzia che, però, talvolta, dipende da una strumentazione processuale *inadeguata* (cfr. ad es. l'art. 314 c.p.p. che blocca la possibilità di accertare il « carattere » ex art. 133 n. 1 parte 2ª c.p.).

(232) L'aspetto, di estremo interesse, trovasi accennato, sia pure sotto un diverso profilo, in PISANI, *Il divieto della reformatio in pejus*, cit., p. 106.

(233) Sull'esigenza di una riforma di questa norma, ribadita da ogni parte, cfr., per tutti, G. VASSALLI, *Il potere discrezionale del giudice*, cit., p. 752 ss.

(234) Per i collegamenti che esistono tra i due problemi, ossia tra la *Strafzumessung* e la riforme processuali penali, cfr. con riguardo al diritto tedesco, R. LEIBINGER, *Considerazioni sulla riforma del dir. proc. pen. in Germania*, cit., p. 95 ss. ed Autori ivi citati.

CAPITOLO III

RAPPORTI FRA L'ART. 133 C.P. E LE ALTRE FORME DI DISCREZIONALITÀ PENALE

SOMMARIO: 1. Ipotesi di discrezionalità penale svincolate dalla locuzione normativa « può »: carattere discrezionale dell'accertamento della pericolosità sociale. — 2. Ulteriori esemplificazioni. — 3. Le ipotesi di discrezionalità penale espresse dalla locuzione « può » e la c.d. discrezionalità bifasica. — 4. Ulteriori esemplificazioni a conferma dell'insussistenza di una discrezionalità bifasica. — 5. Esame delle situazioni soggettive attraverso le quali si snoda il processo di completamento del paradigma normativo penale strutturato in forma discrezionale.

1. Caratteristica essenziale della nozione di discrezionalità penale è il rinvio al caso concreto per coglierne un particolare significato, inesprimibile in termini astratti o insuscettibile di essere tipicizzato; indifferente è, per contro, la locuzione normativa, vincolante (es. « ordina ») o elastica (es. « può ordinare »), usata per connotare la situazione soggettiva finale di cui è titolare il giudice penale.

Chiariremo questo nostro asserto esaminando alcune norme che prevedono l'applicazione di misure di sicurezza e che presuppongono la pericolosità del reo. Talora, infatti, il nesso che intercede tra il presupposto e la conseguenza sanzionatoria è espresso in forma stringente (es. art. 219 comma 3° c.p.: « il ricovero in una casa di cura e di custodia è *ordinato* . . . »), (235) altre volte in forma

(235) Per una rassegna di queste ipotesi cfr. NUVOLONE, *Il potere discrezionale del giudice*, cit., p. 228 ss.

elastica (es. art. 49 ult. cpv. c.p.: «... il giudice può ordinare che l'imputato prosciolto sia sottoposto a misura di sicurezza») (236). Prima di analizzare se questa difformità di locuzione sia veramente il sintomo di una diversità sostanziale tra le due ipotesi (237), poniamo l'accento su quelle norme che usano termini vincolanti. V'è, naturalmente, chi (238) ritiene non sia quivi il caso di parlare di discrezionalità, essendo la pericolosità sociale individuata e definita dal legislatore come presupposto *necessario* per l'applicazione delle misure di sicurezza. La pericolosità sarebbe un concetto accertabile attraverso un procedimento ermeneutico, sia pure snodantesi secondo movenze non del tutto rigorose, ma elastiche; equiparabile al «pericolo» che funge, talora, da requisito, in posizione strutturalmente differenziata a seconda dei casi, di fattispecie criminose. La pericolosità opera come *Tatbestand* delle misure di sicurezza ed è noto — si osserva con un salto logico del tutto infondato — che non si dà discrezionalità se non nel settore delle conseguenze giuridiche (239). Di discrezionalità sarebbe consentito parlare solo laddove l'uso della locuzione «può» spezza il nesso di consequenzialità necessaria tra pericolosità sociale e misure di sicurezza.

L'argomentazione non è convincente, essendo fondata su di un inesatto punto di partenza circa la natura della discrezionalità penale (identificata, tramite un tipico procedimento concettualistico, con il riferimento a valutazioni

(236) Anche per queste ipotesi cfr. lo studio citato alla nota precedente.

(237) Per un'analisi accurata dei c.d. *Kann-Vorschriften*, cfr. WARDA, *Dogmatische Grundlagen*, cit., al § 3 (*Ermessen bei der Bestimmung von Rechtsfolgen*).

(238) DROST, *Das Ermessen des Strafrichters*, cit., p. 187.

(239) Sulla distinzione tra *Tatbestand-* e *Rechtsfolgensermessens* ritorna lo stesso DROST, *op. e loc. cit.* e inoltre p. 231.

d'opportunità da parte della norma) e su di un'analisi incompleta dell'oggetto della valutazione. È un dato incontestabile che il codice penale definisce, all'art. 203 comma 1°, la pericolosità sociale come una qualità della persona che, anche se non imputabile o non punibile, avendo già commesso un fatto costituente reato o quasi-reato, commetterà nuovi fatti preveduti dalla legge come reati. Sembra, in tal guisa, offerto all'interprete l'oggetto della valutazione, o, meglio, quella «significazione astratta» che esclude, anche dal nostro punto di vista, ogni discrezionalità. Ad un esame più attento, però, questo carattere apparente della definizione si dissolve prontamente. Basta, a tal fine, riproporla sotto una veste più sintomatica (240): in realtà è «persona socialmente pericolosa la persona che, avendo commesso un fatto di reato o di quasi-reato, possiede *qualità tali da far ritenere probabile la recidiva*» (241). Così formulata, la definizione mostra un ristretto margine di significatività astratta, consistente nell'indicazione del dato condizionante il giudizio (commissione di un reato o quasi-reato) e del punto d'arrivo del medesimo (probabile futura commissione di un nuovo fatto preveduto come reato). Per contro, le qualità intrinseche atte ad indiziare la *criminosità potenziale* del soggetto (242) nonché quelle estrinseche suscettibili di trasformarla in criminosità attuosa, non sono fissate in astratto. Il legislatore opera un rinvio al caso concreto e a tutti gli elementi sintomatici che esso è capace di esprimere, reso esplicito dal

(240) Si tratta della stessa definizione vista *sub specie subiecti*.

(241) Così NUVOLONE, *L'accertamento della pericolosità nel processo ordinario di cognizione*, in *Pene e misure di sicurezza. Modificabilità e suoi limiti*, Milano, 1962, p. 6.

(242) Sul punto cfr. NUVOLONE, *L'accertamento della pericolosità*, cit., p. 7 ss.

richiamo alle circostanze indicate nell'art. 133 (art. 203 comma 2° c.p.). L'onnicomprendività dell'oggetto del rinvio discende da quanto s'è detto in precedenza. Il legislatore avverte l'impossibilità di circoscrivere gli elementi che consentano di desumere tale attitudine del reo e, soprattutto, di ipotizzare circostanze soggettive e oggettive *univocamente* sintomatiche. Esistono elementi i quali, di per sè, non posseggono alcun valore indiziante; calati, invece, in un complessivo giudizio sulla personalità del singolo agente acquistano un chiaro valore sintomatico.

La definizione dell'art. 203 comma 1° non esclude il carattere eminentemente discrezionale della pericolosità sociale; alla stessa stregua per cui il richiamo alla « gravità del reato » e alla « capacità a delinquere » non esclude la essenza discrezionale del giudizio di graduazione della pena. Per entrambe le ipotesi il richiamo ai parametri di valutazione è onnicomprensivo. Muta soltanto il metro di valutazione degli stessi elementi, cioè il fine cui è improntata la discrezionalità nei due casi. Della duplice prospettiva da cui può essere considerata l'onnicomprendività dell'elencazione *ex art. 133 c.p.* — in funzione di un giudizio di responsabilità o di pericolosità — si dirà più ampiamente nell'esame analitico della III Parte.

Un punto ci preme, per il momento, sottolineare: il numero delle qualità indizianti tende a circoscriversi e la rispettiva univocità e significatività astratta ad aumentare progressivamente man mano che si passa dalle forme di pericolosità di tipo morale-ambientale a quelle di tipo biopatologico (234). Fino al punto che determinati elementi

(243) Pone l'accento su questa tipologia, PISANI, *Sulla valutazione unitaria della pericolosità criminale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, p. 96 ss.; cfr., anche, il nostro *Fatto del non imputabile e pericolosità*, 1961, p. 2 ss.

divengono, in chiave tipica ed astratta, espressione di una forma di pericolosità, costituendone il *Tatbestand* legale. Sono i casi di pericolosità presunta (244). A volte, però, la tipicizzazione è raggiunta sulla base di qualità che non sono sufficientemente univoche: e il *Tatbestand* di pericolosità appare allora il frutto di una finzione legale (245).

Quale, allora, il tratto differenziale tra la pericolosità sociale e il pericolo come requisito di determinate fattispecie legali? Ambedue si concretano in un giudizio di probabilità. E tuttavia, mentre la prima si fonda su qualità indizianti potenzialmente indeterminate, che solo il caso concreto è capace di enucleare e di segnalare nella loro specifica significatività sintomatica, il secondo presuppone la tipicizzazione (246) del dato *tale da* creare la situazione di pericolo. L'*attitudine* del dato è aspetto tale da far parlare, eventualmente, di un'indeterminatezza del concetto o, comunque, da generare un più delicato problema di accertamento del fatto. Senonchè l'indeterminatezza del concetto — come si dirà — e l'accertamento del fatto — come

(244) Sul processo di presunzione tramite il quale si rendono tassative le fattispecie soggettive di pericolosità, cfr. S. MESSINA, *La discrezionalità penale*, cit., *passim* e, in specie, p. 232 ss., e, da ultimo, BOSCARELLI, *Appunti critici in materia di misure di sicurezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1964, p. 36 ss.

(245) Quanto all'utilizzazione dello schema della finzione legale nel diritto penale cfr., fra gli altri, K. BAUMHOER, *Die Fiktion im Straf- und Prozessrecht*, 1930.

(246) Lo stesso rapporto intercorre tra la « gravità del caso » in cui si sostanziano le circostanze aggravanti c.d. indefinite e la « gravità » della minaccia ex art. 612 cpv. c.p. Nella prima è, infatti, indeterminato l'oggetto della valutazione: di qui il suo carattere discrezionale; nella seconda è, viceversa, fornita al giudice un'indicazione inequivoca circa l'oggetto della valutazione di gravità costituito dal male minacciato. Sul punto cfr. il nostro lavoro *Le aggravanti indefinite* cit., p. 42 e, in particolare, PEDRAZZI, nota in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1960, p. 206. I due aspetti vengono, per contro, frequentemente confusi in giurisprudenza: cfr. ad es., Sez. un. pen., 30 maggio 1959 (Pres. Eula), in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1960, p. 206.

si è di già posto in luce — sono profili nettamente distinti dalla discrezionalità (247).

E la prospettiva processuale serve a corroborare questo tratto distintivo, dato che, a differenza del giudizio sul pericolo come requisito del *Tatbestand*, quello sulla pericolosità sociale è sottratto al sindacato della Corte di Cassazione, in quanto tipico giudizio del caso concreto. L'eccezione che il codice di procedura penale (art. 641 comma 3°) fissa, in un dato settore di casi, non è che una riprova *a fortiori* della bontà dell'assunto.

2. Proseguiamo nell'esemplificazione dei casi di discrezionalità penale non espressi da una norma permissiva. Sintomatico, anche se non frequentemente applicato (248), a causa — forse — della eccezionalità del tipo di reati cui fa riferimento, è l'art. 311 c.p. che prevede una diminuzione della pena per i delitti previsti dal Titolo II° «... quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità». Una previsione equivalente si trova anche nel codice penale militare (249). La locuzione normativa è vincolan-

(247) Il pericolo, quale requisito di una fattispecie e la pericolosità sociale sono, viceversa, considerati entrambi espressione del fenomeno della discrezionalità da S. MESSINA, *La discrezionalità penale*, cit., p. 224.

(248) Cfr., ad es., Trib. Milano 15 giugno 1950, Durando, in *Giust. pen.*, 1951, II, c. 293 (applicazione dell'art. 311 c.p. in relazione alla modesta tiratura del giornale e alla grossolanità dell'azione); Cass. 14 luglio 1939, Cogismali e altri ric., in *Giust. pen.*, 1941, II, c. 1028, m. 1524; Id., 20 gennaio 1939, Sincovich ric., *ivi*, 1940, III, c. 110, m. 69; Id. 22 giugno 1938, Paradisi ric., *ivi*, 1939, III, c. 90 (rifiuto di applicazione a causa della gravità delle notizie divulgate e del nocumento che ne poteva derivare in ordine al reato preveduto dall'art. 262 c.p.).

(249) L'art. 102 c.p.m.p. contempla, quanto ai reati del Titolo I del Libro II, una diminuzione di pena qualora « il fatto risulti di lieve entità ».

te: «Le pene . . . sono diminuite». Trattasi di una circostanza attenuante, riconducibile alla prima parte dell'articolo 133 c.p., ma *propria*, essendo dalla legge fissato il *grado* di gravità del reato occorrente per far luogo a diminuzione di pena (il fatto deve risultare di «*lieve entità*»). Non si può, tuttavia, parlare per l'art. 311 di «*onnicomprendività*» dei criteri di valutazione, neppure in relazione al tipo di indagine postulato dalla circostanza (gravità del reato). Infatti, i parametri indicati dall'art. 311 non coincidono con quelli della 1^a parte dell'art. 133. Lo scarto è rappresentato dall'omesso richiamo dei fattori di cui al n. 3 dell'art. 133 p.p. (intensità del dolo e grado della colpa); dall'accento solo parziale agli elementi di cui al n. 1 (non si parla, infatti, nell'art. 311 dell'oggetto, del tempo, del luogo dell'azione, mentre, per contro, vi figura un originale riferimento alle «*circostanze dell'azione*»); e, infine, dalla qualificazione di valore che viene operata, sotto il profilo del grado, dall'art. 311 quanto al dato di cui al n. 2 (particolare tenuità del danno o pericolo). Tale scarto potrebbe essere parzialmente colmato facendo rientrare nella locuzione originale «*circostanze dell'azione*» gli altri elementi del n. 1 dell'art. 133 p.p. non menzionati dall'art. 311. Rimarrebbe, comunque, la divergenza quanto

Si noti che la commissione di elaborazione del codice penale militare di pace ha trasformato l'attenuante che prima era *facoltativa* in *obbligatoria*, in conformità all'art. 311 c.p. A proposito della trasformazione che, dal nostro punto di vista, ha carattere meramente formale, si veda, CIARDI, *I nuovi codici penali militari*, Milano, 1942, p. 149. Esistono, poi, nelle leggi speciali diversi casi di circostanze fondate sulla «*lieve entità del fatto*» e costituenti il *pendant* delle aggravanti indefinite; ad es.: art. 59 ult. cpv. del r.d. 14 settembre 1931, n. 1175 modificato con legge 2 luglio 1952, n. 703 (Testo Unico per la finanza locale); art. 1 comma 1° d.l.lg. 14 marzo 1945 n. 111 (Disposizioni sulla disciplina di commercio); art. 8 comma 3° della legge 13 novembre 1960 (Norme per la classificazione e la vendita degli olii d'oliva). Sulla «*funzione*» della discrezionalità in queste attenuanti cfr. il nostro *Le aggravanti indefinite*, cit., p. 120.

al n. 3 dell'art. 133: omissione intenzionale, che appare chiaro sintomo della volontà legislativa di attribuire alla circostanza un connotato meramente oggettivo (250).

Malgrado questa restrizione degli indici di valutazione, non può negarsi alla circostanza in questione natura discrezionale. È presente il nucleo essenziale della nozione, ossia il rinvio del giudice al caso concreto per cogliere il valore attenuante. Il legislatore, infatti, non stabilisce in astratto — nè sarebbe possibile — quando la natura, la specie, i mezzi ecc. dell'azione sianò tali da rivelare la lieve entità del fatto, e, quindi, la minore responsabilità dell'agente. Differente sembra, per contro, il carattere della circostanza se considerata sotto il profilo del danno o del pericolo, essendo, in tal caso, precisato in astratto il valore attenuante del dato, sia pure nella forma indeterminata o elastica che è propria dei concetti quantitativi (251). Nè deve apparire strana questa duplice configurazione della circostanza, poichè essa è il logico corollario della diversa natura del parametro e della nozione penale di discrezionalità. Una precisazione, però: il rilievo vale a condizione che la lieve entità del fatto ricavabile, nel caso concreto, sotto il profilo del danno o del pericolo non sia contraddetta sotto il profilo degli altri criteri. Quivi, infatti, l'aspetto discrezionale della circostanza riaffiorerebbe non

(250) Per averne conferma basta prendere in esame le decisioni giurisprudenziali citate. Sull'origine dell'art. 311 c.p. destinato a fare da *pendant*, per un certo numero di reati, alla soppressione delle attenuanti generiche, cfr. R. GRECO, *Le circostanze del reato*, in *Riv. pen.*, 1962, I, p. 666.

(251) Cfr. l'art. 171 n. 2 c.p.m.p. il quale prevede una diminuzione di pena « se per la particolare tenuità del danno, il fatto risulti di lieve entità ». I parametri di valutazione di cui agli art. 311 c.p. e 102 c.p.m.p. sono ridotti ad uno solo; in virtù di quanto s'è detto nel testo l'attenuante in parola non può definirsi discrezionale, ma soltanto caratterizzata dalla presenza di un elemento elastico di tipo quantitativo.

essendo normativamente prefissato quale fra i due ordini di criteri debba avere, in concreto, la prevalenza al fine di attenuare la pena.

La restrizione dei parametri connota la discrezionalità nell'art. 311 c.p., smentendo contemporaneamente l'asserto che fa dell'art. 133 l'unica matrice del potere discrezionale in materia penale. Ci troviamo in tal guisa di fronte ad una prima forma di discrezionalità *ulteriormente limitata*. Locuzione da assumersi, però, in un'accezione distinta da quella che sta alla base della contrapposizione tra discrezionalità *libera* e *vincolata* (251 bis). I criteri di valutazione assolvono, nel caso di specie, il ruolo di limiti *interni*, nel senso tecnico dell'espressione (252); con la conseguenza di legittimare il ricorso per violazione di legge ove il giudice tenga conto di un diverso parametro. Per contro, la scelta di quel valore positivo che, in relazione alla natura, specie, ecc. dell'azione, è tale da produrre una attenuazione della pena, è problema che attiene alla *congruità* dell'esercizio del potere discrezionale rispetto allo scopo, sindacabile attraverso la motivazione. Quest'ultimo coincide con la finalità di rimediare ad eventuali sfasature tra la gravità astratta del disvalore di questi delitti — trattati in modo particolarmente severo dal legislatore — ed eventuali sfumature del caso concreto segnalanti un minor disvalore *obiettivo* del fatto. La restrizione dei parametri sembra dovuta al fatto che, in sede di delitti previsti dal Titolo II c.p., il fuoco del disvalore si incentra soprattutto sugli elementi di cui ai nn. 1 e 2 della p.p. dell'art. 133 c.p.

(251-bis) Sulla distinzione cfr., fra gli altri, BELLAVISTA, *Il potere discrezionale*, cit., p. 21 ss.; NUVOLONE, *Il potere discrezionale del giudice*, cit., p. 223 ss.

(252) Ciò che, per contro, non può dirsi per i criteri ex art. 133 c.p.

Un ulteriore esempio può essere fornito dall'art. 101 c.p. che disciplina i «reati della stessa indole». Si tratta di un requisito che viene assunto con funzione qualificatrice di altre fattispecie: così, per connotare il tipo particolare di recidiva previsto dall'art. 99 comma 2° n. 2 c.p. La locuzione normativa usata è vincolante («La pena è aumentata fino alla metà . . .»). Malgrado ciò, anche la determinazione della «stessa indole» ha carattere discrezionale. L'assunto non vale, com'è ovvio, per i casi in cui essa è tipicizzata astrattamente nella violazione della «stessa disposizione di legge», quanto per quelli in cui la medesimezza dell'indole è propria di reati che «pure essendo preveduti da disposizioni diverse di questo codice ovvero da leggi diverse, nondimeno, per la natura dei fatti che li costituiscono o dei motivi che li determinano, presentano, *nei casi concreti*, caratteri fondamentali comuni». La contrapposizione fra tecnica normativa basata sulla tipicizzazione e tecnica fondata sul rinvio al caso concreto (equità) balza, dunque, evidente da una prima lettura dell'art. 101 c.p. Il legislatore, in altri termini, di fronte a violazioni di diverse disposizioni, si trova nell'impossibilità di fissare in forma astratta tutta la gamma di valori e di motivi tali da costituire un carattere fondamentale comune alle diverse violazioni. Solo il caso concreto è suscettibile di esprimere questa comunanza di significati. Esistono, infatti, motivi qualitativamente diversi che, in concreto, possono rivelarsi espressione di una medesima capacità a delinquere (253). Per queste ragioni, viene snaturata la *ra-*

(253) Questa impossibilità di stabilire *in astratto* la significatività dei vari motivi rispetto alla capacità a delinquere è poi la matrice del fenomeno discrezionale. Sottolinea il carattere discrezionale dell'accertamento della «medesima indole» dei reati, Cass. 7 marzo 1960, Chelo ric., in *Giust. pen.*,

tio della discrezionalità di cui alla seconda parte dell'articolo 101 allorchè il giudice valuta la « medesimezza dell'indole » sulla scorta di parametri astratti (253 *bis*).

Anche la discrezionalità di cui si discute può qualificarsi *limitata* secondo l'accezione accolta. Non sembra possibile estendere i due parametri segnalati dall'art. 101 in guisa da coincidere con l'elencazione dell'art. 133. Quanto alla « natura dei fatti », esprimendo l'esigenza di un giudizio sintetico sul disvalore complessivo che, in concreto, assumono le diverse violazioni, non sembra difficile considerarlo come un doppione della prima parte dell'art. 133 c.p. Non altrettanto può dirsi per l'altro parametro che collima perfettamente con quello menzionato dal n. 1 della 2^a parte dell'art. 133 (unitamente al carattere del reo) (254). Le conseguenze processuali derivanti da questa peculiare connotazione della discrezionalità sono identiche a quelle segnalate con riguardo all'art. 311 c.p.

Infine: la « medesimezza dell'indole » è spesso, nella sua duplice forma, tipica e discrezionale, assunta quale requisito di norme a loro volta strutturate in chiave discre-

1961, II, c. 47, m. 51: « L'accertamento della omogeneità dei reati, per gli effetti stabiliti dall'art. 101 c.p. è rimesso alla valutazione discrezionale del giudice di merito, la quale non può formare oggetto di censura nel giudizio di cassazione quando sia stata compiuta in conformità ai criteri indicati nella predetta norma (art. 101 c.p.) ». In dottrina cfr., sul punto, fra gli altri: GIANNITI, *I reati della stessa indole*, Milano, 1960, p. 31 ss.; RUGGIERO, *I reati della stessa indole*, Milano, 1959.

(253-*bis*) Per la necessità di una valutazione in concreto cfr. Cass., 7 marzo 1960, Chelo ric. cit. In dottrina, GIUS. SABATINI, *Reati della stessa indole*, in *Giust. pen.*, 1958, II, c. 421: l'Autore raffronta la regolamentazione vigente con quella propria del codice toscano che adottava un criterio *integralmente* legale e automatico.

(254) In tal senso, GIUS. SABATINI, *Reati della stessa indole*, cit., c. 421: l'Autore reagisce acutamente all'orientamento giurisprudenziale, espressione della tendenza accennata a suo tempo, che vuole ricondurre l'art. 101, *integralmente*, all'art. 133 c.p.

zionale (255). Il che significa che si hanno norme *doppia-*
mente discrezionali.

3. Dimostrata l'indipendenza della nozione penalistica di discrezionalità dall'uso della locuzione « può » esaminiamo ora come il problema si atteggi nel caso di norme penali strutturate in forma tipicamente permissiva.

La dottrina (256) ha più volte sottolineato la relatività che accompagna l'uso della locuzione « può ». Così quella tedesca (257) ha messo in luce la frequenza con cui ipotesi di *Kann-Vorschriften* si riducano in sostanza, attraverso una sottile esegesi, al rango di *Muss-Vorschriften*. Spesso, infatti, la norma *apparentemente* permissiva vuole solamente esprimere l'attribuzione al giudice di una legittimazione ad adottare un comportamento decisorio che si allontana da principi generali operanti in tal materia; senza

(255) Così, ad es., nell'art. 104 c.p. (abitudine nelle contravvenzioni) essa funge da limite *estrinseco*, a carattere discrezionale (« Chi, dopo essere stato condannato alla pena dell'arresto per tre contravvenzioni *della stessa indole...* »), rispetto alla valutazione discrezionale - base del c.d. tipo criminologico preventivo. Nell'art. 106 c.p. (recidiva facoltativa), viceversa, l'« identità dell'indole » dei reati serve a *bloccare* la facoltà « di escludere la recidiva fra delitti e contravvenzioni, ovvero fra delitti dolosi o preterintenzionali e delitti colposi ovvero fra contravvenzioni ».

(256) Per taluni acuti rilievi sul valore *relativo* che assume nel nostro sistema positivo l'uso delle locuzioni « può » o « deve » cfr. SACCO, *Il dovere del giudice di fare buon uso del potere discrezionale*, in *Giur. it.*, 1950, II, p. 4 ss. estr.

(257) Cfr. WARDA, *Dogmatische Grundlagen*, cit., p. 82 ss., con numerose esemplificazioni e richiami bibliografici. L'Autore dimostra, altresì, come vi siano norme le quali, malgrado il loro apparente carattere « costringente », ad un esame più approfondito si dimostrano quali ipotesi di *Kann-Bestimmungen* (eventualità per noi frequentemente realizzabile dato il diverso angolo visuale da cui ci poniamo). Tra le formule normative, espressione di un potere discrezionale del giudice, l'Autore segnala anche le locuzioni « è consentito », « il giudice è autorizzato », nonché la disgiuntiva « o » interposta fra due o più conseguenze giuridiche.

che tale attribuzione eccezionale di competenza scalfisca il carattere *doveroso* della situazione soggettiva facente capo al giudice per l'esercizio della medesima. Lo sviluppo della nostra indagine ci consentirà di segnalare esempi che confermano plasticamente tale assunto.

Uno sguardo va ora rivolto alla gamma di norme penali strutturate in forma permissiva. Esse appaiono sostanzialmente riconducibili a tre filoni principali, a seconda che il paradigma normativo siglato dalla locuzione « può » abbia già di per sé una struttura marcatamente equitativa, sia imperniato su di un elemento che esprime una significazione astratta, anche se indeterminata, ovvero su di un dato assolutamente univoco e tassativo. Un esempio del primo tipo è costituito dall'art. 163 c.p. in tema di sospensione condizionale della pena; del secondo può essere modello paradigmatico l'art. 114 c.p. che si fonda sull'elemento indeterminato della « minima partecipazione » del concorrente; del terzo, infine, l'art. 599 comma 1° che prevede la possibilità per il giudice di non punire uno o entrambi gli offensori in caso di ingiurie reciproche (requisito univoco e tassativo).

Di fronte a queste ipotesi, l'interprete deve, preliminarmente, stabilire se, per avventura, la locuzione « può » non esprima l'attribuzione al giudice di una competenza decisoria eccezionale, ma doverosa. Il dato testuale e l'elemento sistematico possono agevolare questo primo sforzo chiarificatore (257-*bis*). La soluzione positiva del quesito neutralizza l'apparente carattere discrezionale della disposizione. L'esito negativo, viceversa, stimola una più appro-

(257-*bis*) In proposito cfr., quanto all'art. 241 c.p.m.g., il nostro *Riflessi sistematici d'ordine sostanziale e processuale di un caso di coercizione diretta*, cit., p. 91 ss.

fondita indagine tesa ad enucleare la « funzione » della norma o dell'istituto e, correlativamente, la ragione per la quale il legislatore ha affidato al giudice il compito di ricavare dalle pieghe del caso concreto il significato di valore (o disvalore) conforme alla « funzione ». Lo stesso procedimento ermeneutico serve, altresì, a chiarire il motivo — se ve n'è uno — del ricorso ad una locuzione elastica, anzichè vincolante. Quest'ultimo passaggio ha, soprattutto, la sua ragion d'essere per quelle norme discrezionali che, indipendentemente dalla locuzione elastica, rivelano il loro aggancio equitativo al caso concreto. Per esse, infatti, ha senso domandarsi perchè mai il legislatore abbia voluto *ulteriormente* connotare la discrezionalità con l'espressione « può ». La ricerca della « funzione » che è il punto chiave di questo *iter* metodologico deve essere condotta attraverso un'esegesi degli elementi tassativi che la disposizione offre, nonchè tramite un'interpretazione di tipo sistematico.

Cerchiamo di chiarire queste affermazioni con taluni esempi. Volgiamo la nostra attenzione all'art. 599 comma 1°: esso offre all'interprete un dato tassativo, la reciprocità delle offese, e la formula elastica che connota il potere decisorio del giudice (« può dichiarare non punibili uno o entrambi gli offensori »). Ne consegue immediatamente (258) l'impossibilità di attribuire alla disposizione

(258) Si dirà nella III Parte della *funzione* della discrezionalità nell'art. 599 comma 1° c.p. e dell'incidenza che essa presenta rispetto alla definizione dell'istituto come causa di giustificazione ovvero come mera causa di esclusione della pena. Sul profilo discrezionale dell'art. 599 comma 1° c.p. cfr. fra gli altri: BELLAVISTA, *La compensazione come causa estintiva speciale*, cit., p. 278 ss.; S. CICALA, *Alcune conclusioni sulla natura giuridica delle cause speciali di non punibilità*, in *Giust. pen.*, 1947, II, c. 198; FLORIAN, *Ingiuria e diffamazione*, Milano, 1939, p. 276; S. MESSINA, *Teoria generale dei delitti contro l'onore*, Roma, 1953, p. 117 ss.; PECORARO-ALBANI, *L'esenzione discrezionale da pena in tema di ingiurie reciproche*, in *Riv.*

natura *apparentemente* discrezionale, non essendo la semplice « reciprocità delle offese » elemento sufficiente a giustificare l'applicazione della causa di esclusione della pena che, fra l'altro, può concernere soltanto uno degli offensori. Compiuto così il primo passo dello *iter* metodologico, la successiva cadenza è rappresentata dall'individuazione della *funzione* cui è destinato l'art. 599 comma 1°, con conseguente determinazione a largo raggio dei significati di valore ad essa conformi, che il giudice deve ricavare dal caso concreto. Ove il caso concreto registri tale significatività, scatta la situazione soggettiva di dovere, avente a contenuto l'applicazione della causa di esclusione della pena, che è il momento finale di ogni giudizio discrezionale. Questi ultimi passaggi argomentativi saranno analizzati nella III Parte dell'indagine, in sede di più dettagliato esame dell'art. 599 comma 1° c.p. Al momento ci premeva soltanto sottolineare come nell'art. 599 comma 1° — e il discorso vale per tutte le norme riconducibili al terzo dei filoni ipotizzati all'inizio del paragrafo — la locuzione « può » serva a contrassegnare l'apertura verso una sfera di valori distinti dalla « reciprocità delle offese »; che non pregiudica la situazione soggettiva doverosa finale, unica garanzia contro l'arbitrio giudiziale (259). Analoghe osservazioni possono farsi per le norme che, ricollegando la locuzione elastica ad un elemento di significazione astratta, anche se non del tutto tassativa (es. art. 114 c.p.), rientrano nel secondo dei tre filoni schematizzati.

it. dir. pen., 1954, p. 751 ss.; M. PORZIO, *Considerazioni in tema di cause di non punibilità*, in *Temi nap.* 1958, III, p. 170; SPASARI, *Sintesi di uno studio sui delitti contro l'onore*, Milano, 1961, p. 144 ss.

(259) Per una correlazione fra l'esistenza di questo dovere e l'esigenza della motivazione cfr. quanto s'è detto in precedenza da un punto di vista generale.

E l'accento cade ora sull'art. 49 c.p., come esempio di norma che rinvia al caso concreto, anche prescindendo dalla locuzione elastica. Nell'ultimo capoverso si dispone che il giudice « può » ordinare che l'imputato prosciolto per il reato impossibile di cui al 2° comma, sia sottoposto alla misura di sicurezza della libertà vigilata (art. 229 n. 2 c.p.) Analogamente l'art. 115 c.p. per un'ulteriore fattispecie di quasi-reato (260). All'elemento discrezionale della pericolosità, che non figura esplicitamente ma che deve ritenersi richiamato, in virtù degli art. 202-203 c.p., fa riscontro in queste norme l'uso della locuzione « può ». Essa non sembra giustificabile in virtù di una presunta veste di eccezionalità che accompagnerebbe l'applicazione di misure di sicurezza a fatti non costituenti reato: riscontrandosi, altresì, rispetto a tipi di misure che non posseggono tale carattere. Per cui — secondo taluno (261) — fungerebbe da sintomo di una discrezionalità c.d. bifasica. Il giudice — in altri termini — accertata la pericolosità del soggetto, non sarebbe ancora obbligato ad applicare la libertà vigilata: la discrezionalità riconosciutagli dalla legge tramite il verbo « può » permettendogli « ... per considerazioni particolari non dettate dalla legge, ma che con la legge, evidentemente, non debbono essere in contrasto, di astenersi dalla pronuncia sanzionatoria ».

Il secondo dei due momenti discrezionali così scanditi finirebbe, però, per far scivolare inevitabilmente il giudizio verso indici di mera opportunità estranei a quel con-

(260) Per un eventuale ampliamento della categoria in ragione del ripristino *de jure condendo* della distinzione tra atti preparatori ed atti esecutivi, cfr. G. VASSALLI, *Relazione al Convegno di Studio su alcune fra le più urgenti riforme del diritto penale: la disciplina del tentativo*, Milano, 1959, p. 13 ss., e p. 27.

(261) Cfr. NUVOLONE, *Il potere discrezionale del giudice*, cit., p. 232.

notato di « personalità » che deve contrassegnare ogni forma di imputazione di conseguenze sanzionatorie penali. Il divieto costituzionalmente sancito (art. 27 comma 1°) di considerare l'uomo come *mezzo* è tale, per la genericità della locuzione « responsabilità », da abbracciare sia il settore della pena sia quello delle misure di sicurezza (262). Nè sembra, peraltro, possibile data la latitudine del giudizio di pericolosità, materiato dall'art. 133 nella sua onnicomprensiva previsione, sostanziare la seconda fase della discrezionalità se non di valutazioni estranee alla personalità dell'agente. Un dato testuale ci pare, inoltre, significativo per smentire l'assunto; la fase della revoca delle misure di sicurezza si incentra su di un unico oggetto di valutazione: la pericolosità sociale, cessata la quale, la misura perde la sua ragion d'essere. Gli art. 207-208 c.p. ne sono la più esplicita comprova. Non si vede, allora, per qual motivo dovrebbe esservi uno scarto tra l'ampiezza della discrezionalità, ossia tra i fattori condizionanti l'applicazione e quelli condizionanti la revoca delle misure di sicurezza.

Diversa ci pare la *ratio* del verbo « può ». Si badi: nel settore della garanzia, la pericolosità può essere presunta o accertabile dal giudice. Nel primo caso, il contrassegno formale è dato, oltre che dall'omessa previsione di tale presupposto, dall'uso di una locuzione rigorosa (« ordina », ovvevo, più spesso, « è sempre ordinato » — es. art. 222 comma 1° c.p.), nel secondo, dall'uso di un verbo vincolante, anche se meno rigoroso (« ordina », ecc.), cui si accompagna il richiamo dell'accertamento necessario della pericolosità, ovvero di una locuzione elastica « può », non

(262) Per quest'ampia accezione R. VENDITTI, *Il principio della personalità della pena*, cit., p. 567.

preceduta da tale richiamo per lo meno esplicito (263). La diversa tecnica adoperata nel secondo caso ci pare riveli, ad un'attenta considerazione delle varie ipotesi (264), un fondamento di natura sostanziale. Il legislatore fa uso del primo tipo di tecnica laddove il rinvio al caso concreto è disposto per cogliere una pericolosità di carattere più marcato; il che — come si è di già avvertito — comporta una delimitazione ed una maggiore univocità delle qualità indizianti.

È il caso, ad es., della pericolosità di tipo *biopatologico* dipendente da seminfermità di mente e, in ispecie, da intossicazione cronica da alcool o da sostanze stupefacenti. Qualora, infatti, il reato commesso rientri nei limiti di gravità previsti dall'art. 219 comma 3° c.p., la legge dispone che « il ricovero in una casa di cura e di custodia è *ordinato* per un tempo non inferiore a sei mesi ». La sintomaticità del dato patologico connota in modo peculiare la pericolosità di cui si richiede l'accertamento. Di qui la *ratio* della locuzione vincolante. Laddove, per contro, — ed è sempre lo stesso comma dell'art. 219 a fungere da elemento chiarificatore — il dato patologico sia meno sintomatico, all'accertamento della pericolosità fa seguito un ulteriore momento discrezionale, che si concreta nella scelta tra la misura del ricovero e quella della libertà vigilata.

E si noti, di contro: l'uso della locuzione elastica è abbinato a forme di pericolosità non marcate da contrassegni particolari nello schema normativo; con relativa estensione e scarsa univocità delle qualità indizianti. La con-

(263) È il caso, ad es., degli art. 49 e 115 c.p.

(264) Sull'esame specifico delle quali si ritornerà nella III Parte più dettagliatamente; per una rassegna di esse cfr. NUVOLONE, *Il potere discrezionale del giudice*, cit., p. 228 ss.

ferma è data dalla pericolosità ex art. 49 e 115 c.p., caratterizzata soltanto dal fattore condizionante costituito dalla commissione di un quasi-reato. Il discorso può essere riproposto negli stessi termini per gli art. 233 e 240 c.p.; quest'ultimo, peraltro, ipotizzante un tipo di pericolosità che poco si accorda con lo schema generale di cui agli art. 202-203 c.p. In sintesi: quando il legislatore adopera il verbo « può », vuole significare la più ampia ricerca che il giudice deve compiere per individuare il tipo di pericolosità presupposto dalla misura di sicurezza da applicare (265). In ciò è implicita la preclusione per ogni apertura verso valutazioni di mera opportunità o di politica criminale. L'unico limite che preme sul giudice, in questi casi di più ampio accertamento, è costituito dalla natura giuridica del tipo di garanzia predisposta per la pericolosità da scoprire. Non è altro che il consueto punto preliminare di passaggio obbligato per ogni forma di discrezionalità: la ricerca, cioè, del fine per cui è attribuito il potere discrezionale. Così, nel caso degli art. 49 e 115 c.p., il tipo di garanzia offerta dal legislatore (libertà vigilata) deve guidare il giudice in modo da indurlo a ricercare nel caso concreto una forma di criminalità potenziale tale da poter essere sufficientemente neutralizzata tramite le prescrizioni in cui si sostanzia il contenuto della libertà vigilata (265-bis). Ritrovata

(265) Si verifica, cioè, un'estensione della fase intermedia della fattispecie a formazione frazionata in cui si sostanzia, come si dirà tra breve, la discrezionalità.

(265-bis) In tema di misure di sicurezza, infatti, all'attenuazione della legalità, a favore della discrezionalità del giudice, fa da *pendant* il criterio dell'adeguatezza ovvero della proporzionalità del mezzo allo scopo: sul punto cfr. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie sostanziali e processuali della libertà del cittadino*, in *Stato di diritto*, cit., p. 175 ss.

la quale — ed è la consueta situazione soggettiva finale — il giudice sarà tenuto ad applicare tale misura.

4. Un'ulteriore esemplificazione chiarirà meglio il nostro assunto. Si prendano in esame gli istituti della sospensione condizionale della pena e del perdono giudiziale. A prescindere dagli ulteriori requisiti di tipo *estrinseco* la legge ricollega i due benefici ad una presunzione che il colpevole si asterrà dal commettere altri reati: presunzione che il giudice deve trarre dalle circostanze indicate dall'art. 133 c.p. Da questo ricollegamento si ricava una prima conclusione: che il giudice non può concedere nessun beneficio se la prognosi di pericolosità ha un esito infausto. Sembra, tuttavia, ipotizzabile un secondo momento discrezionale siglato dall'uso della locuzione « può » (art. 163 e 169 c.p.) (266). Il giudice, in altri termini, sebbene la cosa possa sembrare assurda (267), potrebbe rifiutare il beneficio, anche nel caso di una prognosi criminale favorevole.

Quale sarebbe l'ulteriore sfera di valutazione implicata dal secondo momento discrezionale? Secondo un autorevole avviso (268), il giudice, per escludere l'applicabilità del beneficio, potrebbe far ricorso a criteri diversi da quelli relativi alla personalità del colpevole: quali ad es., la gravità del reato, i rapporti tra colpevole e persona offesa e così via. Senonchè: da un lato, questi criteri, rientrando

(266) Così, NUVOLONE, *Il potere discrezionale del giudice*, cit., p. 228.

(267) Sono le parole del NUVOLONE, *Il potere discrezionale del giudice*, cit., p. 228 il quale ritiene il fatto che la legge dica « può » e non « deve » non suscettibile di diversa interpretazione. Di qui il conferimento di un potere discrezionale al giudice penale: l'illustre Autore muove, com'è ovvio, da una tesi diversa dalla nostra circa la natura e il fondamento della discrezionalità.

(268) NUVOLONE, *Il potere discrezionale del giudice*, cit., p. 228.

nella « gravità del reato » di cui all'art. 133 p.p. c.p., si innestano di già nel giudizio di pericolosità; dall'altro, volendo attribuire a questa nuova indagine sugli stessi elementi un'autonomia *funzionale*, si verrebbe a trasformare il secondo momento della discrezionalità in una valvola che consente la riemersione di esigenze retribuzionistiche (269). Segno di un assestamento non ancora completo dell'istituto (ci riferiamo essenzialmente alla sospensione condizionale della pena) è di una inesatta comprensione della prospettiva di prevenzione speciale da cui esso muove nel sistema. Il successivo approfondimento del tema mostrerà come tale impostazione contenga, tuttavia un certo fondamento di verità.

Altri (270), per contro, ritiene che il secondo momento della discrezionalità consentirebbe di adeguare la concessione o meno della sospensione condizionale al concreto interesse dell'imputato. Questi, infatti, potrebbe avere interesse a non pregiudicarsi per il futuro la possibilità di beneficiare dell'istituto. L'infondatezza dell'assunto balza subito evidente. Anzitutto, esso è inficiato da una contraddizione *intrinseca*: mentre il primo momento di discrezionalità viene imperniato sulla prognosi negativa di pericolosità, il secondo si incentra sulla considerazione di un

(269) Così dicasi, ad es., della tendenza a rifiutare la concessione del beneficio sulla scorta dell'indole o gravità del reato (*contra*, Cass. 29 aprile 1938, Lombardi ric., in *Giust. pen.*, 1939, II, c. 523, m. 638). Poichè, talora, il riferimento è fatto all'indole o gravità *astratta*, si realizza in ciò quel travisamento dell'essenza della discrezionalità di cui s'è detto in precedenza. Questo orientamento dipende da una scarsa consapevolezza critica circa la funzione dell'istituto, alla stessa stregua di quello che lo configura come espressione di un generico potere di indulgenza.

(270) Cfr., per taluni rilievi critici, DUNI, *Studi sul perdono giudiziale*, in *Riv. dir. penit.*, 1940, I, p. 119 ss.; l'Autore fa riferimento al perdono giudiziale, ma i termini della questione sono sostanzialmente identici.

intento speculativo del reo che dimostra l'implicita ammissione da parte sua della possibilità di recidiva (271). E ancora: l'impostazione appare caratterizzata da una concezione nettamente *privatistica* della prevenzione speciale, la cui infondatezza si rivela *prima facie* (272). Infine: il discorso perde oggi gran parte della sua attualità in virtù di una nuova legge (273) che ammette, entro certi limiti (274), la possibilità che il reo benefici una seconda volta della sospensione. Quanto al perdono giudiziale, che non può essere rigorosamente concesso più di una volta (art. 169 ult. cpv. c.p.), l'assunto va respinto alla luce dei primi due argomenti.

Altri (275) reputa che la seconda fase della discrezionalità apra la strada a valutazioni di opportunità, di politica

(271) Così, DUNI, *Studi sul perdono giudiziale. I poteri discrezionali*, cit., p. 119.

(272) Riafferma la superiore finalità giuridico-sociale cui è ispirato l'istituto della sospensione condizionale della pena, Cass. 23 gennaio 1961, Panisi ric., in *Cass. pen. Mass.* annotato 1961, p. 563, m. 1196. Il problema emerge soprattutto laddove si discute circa la rinunciabilità dell'istituto e l'interesse dell'imputato a chiederne la revoca in appello. Cfr., sul punto, fra gli altri: BUZZELLI, *Sulla revocabilità della sospensione condizionale della pena nel giudizio d'appello promosso dal solo imputato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, p. 1163 ss.; SANTORO, *Interesse dell'imputato e possibilità del giudice circa la revoca della condanna condizionale*, in *Scuola pos.*, 1963, p. 123 ss.; SENSALE, *In tema di sospensione condizionale della pena: se sia rinunciabile e se l'imputato possa chiederne la revoca al giudice di appello con specifico motivo d'impugnazione*, in *Foro pen.*, 1959, p. 659 ss.

(273) Trattasi della legge 24 aprile 1962 n. 191. Cfr., sul punto, PISANI, *Il divieto della « reformatio in pejus »*, cit., p. 103, nota 63.

(274) Cfr. l'art. 1 ult. co. legge cit. In proposito, BUZZELLI, *Sulle innovazioni in tema di sospensione condizionale della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1962, p. 965 ss.

(275) A questo indirizzo accenna il DUNI, *Studi sul perdono giudiziale. I poteri discrezionali*, cit., p. 114; cfr. anche: ANDRÉ, *Le pouvoir d'appréciation du juge dans l'octroi du sursis*, in *Journ. Trib.*, 1943, I, p. 194 ss.; CLERC, *Du pouvoir d'appréciation du juge en matière de sursis à l'exécution de la peine*, *ivi*, 1941, I, p. 130 ss.; J. GRAVEN, *Le système suisse du sursis conditionnel*, cit., p. 57.

criminale, sottolineando un'*autonoma* rilevanza della funzione di prevenzione generale. Per cui, il giudice, malgrado l'esito fausto della prognosi di pericolosità, avrebbe sempre la possibilità di rifiutare la sospensione condizionale tenuto conto di fattori ambientali ovvero, ad es., della particolare frequenza con cui determinati reati vengono commessi (276). L'orientamento si pone in contrasto con l'interpretazione che si è a suo tempo data all'art. 27 comma 1° della Costituzione e con il conseguente ruolo da noi attribuito alla funzione di prevenzione generale in sede giudiziale (277). A meno che non si ritenga circoscritta la sfera di operatività del principio della « personalità » della responsabilità penale a quel complesso di elementi che attonano all'imputazione delle conseguenze sanzionatorie penali e non alle cause estintive più facilmente legate a fattori di opportunità. Restiamo, però, dell'avviso che il criterio in virtù del quale l'uomo non può essere mai assunto a mero strumento nel campo della responsabilità penale abbia una portata generale, nessuna limitazione potendosi inferire dal testo costituzionale. Un'interpretazione restrittiva tradirebbe l'impronta prettamente soggettivistica che connota questi benefici. Il risultato raggiunto non preclude il funzionamento della prevenzione generale in chiave di *Nebenwirkung* che consente, ad es., al giudice di tener conto della frequenza di commissione di certi reati solo qualora da essa discenda una crimosità più intensa dell'agente che, malgrado tale situazione, ha operato in senso anti-giuridico. In tal caso, il rifiuto della sospensione condizionale della pena, pur perseguendo anche una finalità di prevenzione generale, finisce per essere motivato dall'esito infausto della

(276) Vd. DUNI, *op. e loc. cit.*

(277) Vd. p. 85 ss.

prognosi di pericolosità. Rilievi di mera opportunità o di politica criminale potranno autorizzare di per sè, soltanto *de jure condendo*, l'esclusione di certi reati dal beneficio.

E, allora, come giustificare la locuzione elastica? A nostro sommo avviso, occorre distinguere i casi in cui viene in gioco l'esclusiva applicabilità della sospensione condizionale della pena da quelli che — ed è il caso in cui si tratti di minore degli anni diciotto — comportano la sola applicabilità del perdono giudiziale ovvero, per coincidenza dei requisiti *estrinseci*, la scelta alternativa fra i due benefici (278).

Nell'ipotesi di esclusiva applicabilità dell'uno o dell'altro beneficio, il verbo « può » vuole soltanto esprimere la maggiore elasticità del giudizio di prognosi, dovuta alla non sufficiente qualificazione in sede normativa del tipo di pericolosità che ne forma oggetto: nell'art. 163 c.p. si tratta di una generica pericolosità di tipo morale-ambientale e nell'art. 169 di una pericolosità o antisocialità minorile (279). L'elasticità del giudizio relativo a questo secondo tipo di pericolosità è comprovata dalla possibile coesistenza tra l'esito fausto della prognosi e, quindi, l'applicabilità del perdono giudiziale e la possibile (280) inflizione al reo di una misura di sicurezza personale, che presuppone la presunzione di pericolosità (art. 169 comma 3° c.p.).

(278) Sul tema cfr. fra gli altri: FRISOLI, *Criteri di scelta fra perdono e condanna condizionale*, in *Scuola pos.*, 1962, p. 119 ss.; PUNZO, *La sospensione condizionale della pena e il perdono giudiziale*, in *Riv. pen.*, 1953, I, p. 528 ss.; PANNULLO, *Sospensione condizionale della pena inflitta ai minorenni*, in *Arch. pen.*, 1947, II, p. 116 ss.; S. RAMAJOLI, *Sospensione condizionale della pena e perdono giudiziale*, *ivi*, 1957, p. 219 ss.

(279) Su questo tipo di pericolosità cfr. il nostro *Fatto del non imputabile e pericolosità*, *loc. cit.*

(280) Il 3° comma dell'art. 169 c.p. richiama, infatti, soltanto il n. 1 dell'art. 164 cod. pen.

Nei casi di scelta tra i due benefici, il verbo vuole esprimere questa alternatività, a risolvere la quale non interviengono più mere considerazioni di opportunità, come reputava la meno recente giurisprudenza (281). Oggi, per

(281) Per un'accurata rassegna di tale giurisprudenza, cfr. GALIZZI, *Rassegna di dottrina e giurisprudenza sul perdono giudiziale*, in *Crit. pen.*, 1960, p. 175 ss. Frequente era la tendenza a considerare il giudice « arbitro » di concedere l'uno o l'altro istituto; senza alcuno sforzo di definire i presupposti della scelta (cfr., ad es.: Cass. 20 gennaio 1960, Farinon ed altri, in *Cass. pen. Mass. annotato*, 1961, II, c. 790, m. 839; Id. 8 maggio 1956, Valentino ric., in *Giust. pen.*, 1957, II, c. 199, m. 233). A limitare questo « arbitrio » interveniva il dovere di motivazione, operante solo nel caso di concessione del beneficio di minore portata (sospensione condizionale della pena): filtrava, così, anche attraverso questo orientamento giurisprudenziale la concezione della discrezionalità quale esercizio di un potere di indulgenza, accennata all'inizio dell'indagine (su tale dovere di motivazione, Cass. 8 maggio 1956, Valentino ric.). Talora, un tentativo di orientare la scelta era operato sollecitando un generico riferimento ai criteri di cui all'art. 133 c.p. (Cass. 21 dicembre 1960, Orsatti ric., in *Cass. pen. Mass. annotato*, 1961, p. 649, m. 1385): in ciò riappare la tendenza a fare dell'art. 133 c.p. il nucleo centrale di ogni valutazione discrezionale. In assenza, tuttavia, di una preliminare determinazione della *funzione* della scelta, il richiamo a tale norma si rivela privo di significato, non riuscendosi a differenziare dal precedente rinvio che allo stesso art. 133 c.p. il giudice deve compiere per formulare, sia ai fini della sospensione condizionale della pena sia ai fini del perdono giudiziale, la prognosi di non pericolosità. Altre volte si identifica il criterio di scelta fra l'uno e l'altro beneficio nella natura del reato commesso: con ciò ponendosi le premesse per un inevitabile trasferimento del giudizio, che, essendo discrezionale, deve svolgersi necessariamente *in concreto*, su di un piano *astratto* (cfr., ad es., Cass. 2 luglio 1941, Tomasi ric., in *Giust. pen.*, 1942, II, c. 390, m. 697, secondo cui tanto più il reato è lieve, come nel caso di una contravvenzione rispetto ad un delitto, tanto più il giudice deve orientarsi verso il perdono giudiziale). Non manca, talvolta, di essere sottolineata l'ovvia necessità della scelta: cfr. Cass. 23 febbraio 1952, Sasso ric., in *Giust. pen.*, 1952, II, c. 910, m. 769, la quale afferma che « Il giudice non può sommare nella stessa sentenza i benefici del perdono giudiziale e della sospensione condizionale della pena, essendo inconciliabile la pronuncia contemporanea della condanna con l'astensione da una tale pronuncia »; ovvero la necessaria preesistenza rispetto alla scelta di una prognosi negativa di pericolosità; cfr. Cass. 26 giugno 1950, Bottone ric., in *Giust. pen.*, 1951, II, c. 497, m. 322 che riconosce la contradditto-

contro, si tende ad affermare (282) che il giudice debba tener conto soprattutto « della personalità dell'imputato, e conseguentemente optare per il primo ogni qualvolta la concreta individuazione della pena, condizionalmente sospesa, costituisca un immediato controstimolo agli impulsi criminosi del colpevole » (283). A ben considerare, dun-

rietà della sentenza che concede il beneficio della sospensione, mentre nega quello del perdono, ritenendo la spiccata tendenza a delinquere dell'imputato.

(282) Per un indirizzo giurisprudenziale maggiormente consapevole, cfr. Cass. 10 maggio 1961, Lilli ric., in *Giust. pen.*, 1961, II, c. 980, m. 1185 che tenta di identificare il criterio specifico della scelta: nel caso di specie, la concessione della sospensione condizionale della pena viene motivata sulla base dell'« opportunità e convenienza di rafforzare o meno con una misura estrinseca il presumibile ravvedimento del reo ». Il fondamento della scelta consiste, dunque, in un ulteriore approfondimento della valutazione della personalità del reo, in funzione rieducativa e in ragione della diversa natura dei due istituti: posto che, « con il perdono giudiziale, lo Stato attua una rinuncia *incondizionata* ed *irrevocabile* alla realizzazione della sua pretesa punitiva, non solo per ciò che riguarda l'esecuzione penale ma anche per ciò che attiene alla infizione della condanna, in maniera da conservare al beneficiario lo stato di incensuratezza legale...; nella sospensione condizionale la finalità preventiva non esclude invece quella repressiva, che si concreta nella dichiarazione di reità e nella irrogazione della pena. Rinunciando alla realizzazione della pretesa punitiva, lo Stato vincola tale rinuncia al verificarsi di date condizioni: solo in quanto tali condizioni si siano verificate il reato è propriamente estinto e solo in tal caso non ha luogo l'esecuzione della condanna e cessa l'esecuzione delle pene accessorie » (così, Cass. 14 giugno 1960, Nicastro ric., in *Giust. pen.*, 1961, II, c. 160, m. 195). Cfr., inoltre, nella stessa prospettiva: Cass. 21 marzo 1962, Trombini ric., in *Cass. pen. Mass.* annotato, 1962, p. 902, m. 1670; Id. 22 dicembre 1961, Cognetti ric., *ivi*, 1962, p. 632, m. 1141 con note di richiami. Da ultimo: con sent. 28 maggio 1963, Mazza ric., in *Cass. pen. Mass.* annotato, 1963, p. 382, m. 1799, la Cassazione ha affermato l'insussistenza di un dovere di concedere il perdono giudiziale, come beneficio più vantaggioso per il reo; a questo risultato può condurre la configurazione della discrezionalità in termini di indulgenza, allo stesso modo in cui, in tema di attenuanti generiche, si perviene alla fissazione di un diritto di sconto tramite l'art. 62-bis, sulla pena massima edittale.

(283) Così, Cass. 21 marzo 1961, Floris ric., in *Scuola pos.*, 1962, p. 119 con nota di FRISOLI, *Criteri di scelta fra perdono e condanna condizionale*, cit.

que, la locuzione esprime in questo caso un secondo momento discrezionale il quale condiziona, però, un parametro decisivo che non ha soltanto per oggetto l'applicazione di uno dei due benefici, ma la scelta fra i medesimi, da condursi alla stregua di un approfondimento ulteriore dell'esito fausto della prognosi. Come la pericolosità, anche la non pericolosità è suscettibile di una graduazione di intensità, in rapporto al tipo di personalità dell'agente. Di quest'ultima il giudice deve compiere un esame rigoroso al fine di stabilire quale fra i due benefici, tenuto conto delle rispettive caratteristiche strutturali, sia più idoneo a garantire il perseguimento del fine di prevenzione speciale. Come si nota, è valutazione che non scivola sul terreno della mera opportunità e dell'arbitrio e si distacca da una visuale di prevenzione generale o di pura retribuzione (284).

Un'analisi più dettagliata dei criteri che devono ispirare la scelta sarà fatta nella III Parte. Al momento ci premeva soltanto fissare il significato di una certa terminologia legislativa di tipo elastico.

I punti che l'indagine ha chiarito tramite questo *excur-sus* esemplificativo possono così sintetizzarsi: la discrezionalità è *sempre rinvio del legislatore al caso concreto come unica fonte idonea ad esprimere quella significatività di valore che è più consona al raggiungimento delle finalità normative*; è irrilevante che a connotare la stessa sia usata una locuzione vincolante ovvero il verbo « può »: quest'ultimo segnalando esclusivamente la maggiore elasticità dell'apprezzamento nel caso concreto; doverosa è, in ogni caso, la situazione soggettiva che conclude l'*iter* discre-

(284) Al fondo della scelta sta, perciò, un'esigenza che attiene alla rieducazione del reo. Si badi: la locuzione « può » si giustifica in tutti i casi in cui essa esprime la scelta fra due diversi tipi di sanzioni.

zionale. Nessun fondamento presenta il fenomeno della discrezionalità c.d. bifasica e nessun spiraglio la norma penale apre verso valutazioni arbitrarie o di mera opportunità. Decisiva è sempre l'operazione metodologica preliminare, consistente nell'individuare la *funzione* dell'istituto o norma strutturata in forma discrezionale. Il procedimento che, d'ordinario (285), serve a determinare i limiti di tutela della fattispecie o della significazione astratta, quivi pone in luce gli indici attraverso cui deve snodarsi la valutazione del caso concreto e il metro con cui essa deve venir condotta. I primi sono, talora, prefissati in via normativa: è il caso della discrezionalità c.d. *limitata*. Possono, anzi, costituire un aggancio testuale prezioso nell'operazione di ricerca della *funzione*. Al di fuori di queste ipotesi, comunque, i parametri di valutazione scoperti tramite l'analisi della *funzione*, possono coincidere con quelli onnicomprensivi dell'art. 133 c.p. ovvero risultare più circoscritti. È anche quest'ultima un'ipotesi di discrezionalità *limitata* ma non in senso tecnico, posto che gli indici non sono scolpiti dalla stessa norma. Di guisa che, mentre nella discrezionalità *limitata* in senso tecnico l'utilizzazione di un parametro diverso costituisce violazione di legge sindacabile in cassazione, nella discrezionalità *limitata lato sensu* la stessa eventualità pone soltanto un problema di *congruità* dell'indice prescelto rispetto allo scopo, esattamente individuato: riesaminabile in cassazione soltanto attraverso lo schermo della motivazione.

5. Analizzata l'essenza del concetto di discrezionalità penale, preme sull'interprete l'esigenza di esaminare attra-

(285) Per la ricerca della « funzione » come preliminare criterio interpretativo, cfr. NUVOLONE, *Il possesso nel diritto penale*, Milano, 1941, p. 58.

verso quali situazioni soggettive facenti capo al giudice si snodi l'esercizio della medesima. Di frequente, si compendia l'accertamento discrezionale in un'unica situazione, diversamente qualificata, come facoltà, dovere o potere-dovere (286), a seconda dell'assunto di partenza circa la natura del fenomeno discrezionale. Questa *reductio ad unum*, tuttavia, non consente di cogliere esattamente il processo di completamento del paradigma normativo tramite il rinvio al caso concreto nelle sue diverse fasi.

Primo quesito: si tratta di stabilire se l'esercizio dell'attività discrezionale sia o meno *doveroso*. Generalmente (286-*bis*), anche se non sempre in forma esplicita, si tende a distinguere fra i casi in cui la discrezionalità è espressa da una locuzione vincolante e quelli connotati dal verbo « può »: il valore sintomatico della locuzione connoterebbe non solo la situazione soggettiva finale, bensì lo stesso giudizio di apertura (esercizio o meno del potere discrezionale). Nel primo caso sussisterebbe un obbligo di accertare in concreto un certo significato (come esempi paradigmatici si possono citare gli artt. 69 (287) e 133

(286) Sul significato di queste differenti locuzioni cfr. le classiche precisazioni di SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 203 ss. A proposito della « facoltà » intesa quale « ... riconoscimento giuridico della libera volontà del soggetto », inconciliabile con l'esercizio di una pubblica funzione qual è, appunto, quella giurisdizionale, cfr. FROSINI, voce *Facoltà*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1960, vol. VI, p. 1119 ss.

(286-*bis*) Per qualche cenno al tema del carattere doveroso o meno dell'accertamento discrezionale cfr. NUVOLONE, *Il potere discrezionale del giudice*, cit., p. 228.

(287) La giurisprudenza ribadisce di frequente l'obbligatorietà del giudizio ex art. 69 c.p. Cfr., ad es.: Cass. 6 novembre 1963, P.M. in c. Savino, in *Cass. pen. Mass.* annotato, 1964, p. 295, m. 471; Id., 21 febbraio 1963, P.M. in c. La Mattina, *ivi*, 1963, p. 587, m. 1001; Id. 17 febbraio 1960, Velastro ric., in *Giust. pen.*, 1960, II, c. 527, m. 584; Id. 2 dicembre 1955, Maiorelli ric., *ivi*, II, c. 734, m. 805. Talvolta, però, il dovere di motivazione del giudice viene subordinato alla presentazione di un'istanza di parte:

c.p. (288)); nel secondo l'esercizio della discrezionalità sarebbe del tutto facoltativo. Agevole è il riscontro della più tipica manifestazione di questo modo di argomentare in materia di attenuanti generiche e di benefici, tutti connotati dal verbo « può ». Le principali moventi espressive di tale argomentazione sono: l'accertamento della sussistenza in concreto di un valore attenuante generico è rimesso alla facoltà del giudice che può, a sua discrezione, procedervi d'ufficio (289); per cui nessun dovere di motivazione sussiste, in caso di non concessione, circa l'esercizio o meno del potere (290); la facoltà si converte in obbligo solo qualora vi sia un'esplicita istanza di parte, che crea nel giudice anche l'obbligo di motivare sia la concessione che il rifiuto in forma più o meno dettagliata a seconda della precisione dell'istanza (291). Analogamente, per le ipotesi discrezio-

così, Cass. 21 marzo 1941, Camcesi ric., in *Giust. pen.*, 1942, II, c. 162, m. 77 (contra, Cass. 30 maggio 1960, Tranfo ric., *ivi*, 1961, III, c. 9, m. 2). Sull'opportunità di conservare o meno l'obbligatorietà del giudizio *ex art. 69 c.p.* cfr. la relazione di NUVOLONE sul tema « *Le circostanze aggravanti* » per il IX Congresso dell'*Association internationale du droit pénal*; *vd.*, altresì, la relazione di MAJANI, *Principio di legalità e principio di discrezionalità nella norma dettata dall'art. 69 c.p.* (entrambe di imminente pubblicazione). A nostro sommo avviso tuttavia, l'uso eventuale di una locuzione « permissiva » anziché « obbligatoria » avrebbe soltanto l'effetto di ampliare ulteriormente l'ambito delle valutazioni intrinseche al giudizio *ex art. 69 c.p.*, non quello di rendere lo stesso facoltativo, posto che il dovere di affrontarlo è intrinsecamente connesso all'esercizio della funzione giurisdizionale. Correlativamente, l'obbligo della motivazione sussiste quale che sia l'esito del giudizio e indipendentemente dalla presenza o meno di un'istanza di parte.

(288) Sulla doverosità di quest'indagine, che appare più evidente, non potendo la pena rimanere indeterminata nel *quantum*, cfr. NUVOLONE, *Il potere discrezionale del giudice*, cit., p. 228.

(289) Sul punto, M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., p. 137 ss.

(290) Cfr. M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., p. 137 ss. In proposito *vd.*, ad es., Cass. 16 aprile 1951, Josio ed altri ric., in *Giust. pen.*, 1951, II, c. 975, m. 658.

(291) A proposito di tale correlazione tra l'ampiezza della richiesta e della motivazione cfr., ad es., Cass. 7 dicembre 1955, Galasso ric., in *Giust. pen.* 1956, II, c. 397, m. 395.

nali che non si concretano in un beneficio, solo la contestazione nei casi in cui è prevista (292), sarebbe tale da far scattare nel giudice l'obbligo di procedere all'accertamento discrezionale.

In materia di attenuanti e benefici discrezionali l'impostazione accennata che rivela, al fondo, una concezione della discrezionalità penale come espressione di un potere di indulgenza (293), finisce per introdurre un onere della domanda, necessario per far scattare l'esercizio del potere discrezionale e, quindi, per far applicare l'attenuante o il beneficio, assolutamente inammissibile nel processo penale italiano (294). Al fondo di questa impostazione sta, probabilmente, la confusione tra il problema della doverosità dell'esercizio della discrezionalità e quello dell'onere di prova nel processo penale (295).

A questo indirizzo reagisce energicamente il Cordeiro (296) il quale, tenuto conto del punto di vista da cui muove circa la nozione di discrezionalità, non può che concepirne l'esercizio in termini di *doverosità*. Se, infatti, la discrezionalità si distingue soltanto per la peculiare tecnica di formulazione del paradigma normativo che impone al giudice un procedimento di etero-integrazione, non vi può essere dubbio circa la facoltatività o meno di quest'ultimo. E con riguardo alle attenuanti generiche — che stanno

(292) Ciò non vale, pertanto, per la ragione più volte enunciata con riguardo alle circostanze « improprie » di cui all'art. 133 c.p.

(293) Sul punto cfr. quanto s'è detto a p. 11 ss.

(294) In tal senso, CORDERO, *Circostanze « generiche » e termine di prescrizione*, cit., p. 830.

(295) Per la sussistenza di un onere specifico della difesa di provare fatti che concretano esimenti o attenuanti, di guisa che l'insuccesso o l'incertezza della prova si riverberano a danno dell'imputato, cfr. Cass. 23 novembre 1960, Galati ric., in *Giust. pen.*, 1962, III, c. 172, m. 319.

(296) *Circostanze generiche e termine di prescrizione*, cit., p. 830 ss.

al centro di questa polemica — l'illustre Autore riconosce l'obbligo *di ufficio* del giudice di procedere al loro accertamento e il dovere di motivarne sia la concessione che il rifiuto, senza che occorra alcuna particolare istanza a ciò rivolta. Il dovere di motivazione, quale che sia l'esito del giudizio, è l'unico mezzo che consente di verificarne la doverosa esplicazione (297).

Per contro, M. Massa (298), pur riaffermando l'*obbligo* di esercizio della discrezionalità, sempre con specifico riferimento alle attenuanti generiche, nega che sussista un dovere di motivarne il rifiuto di concessione, in assenza di una specifica istanza (299). La comprova che questa soluzione negativa non è dettata dal carattere discrezionale dell'istituto si troverebbe, secondo l'Autore, nella constatazione dell'inesistenza di un dovere di motivare la stessa non concessione di attenuanti tipicamente descritte dalla legge, in assenza dell'istanza. Non v'è dubbio, però, che in tal guisa si viene ad eliminare l'unica possibilità di verificare se la discrezionalità doverosa sia stata o meno esercitata.

Prima di esporre il nostro punto di vista in proposito, accenniamo alle principali cadenze argomentative che connotano un'ulteriore impostazione (300). Queste, in sintesi:

(297) L'omessa motivazione è la dimostrazione della violazione di questo dovere preliminare di esercizio della discrezionalità.

(298) *Le attenuanti generiche*, cit., p. 142 ss., in particolare nota (10).

(299) *Le attenuanti generiche*, loc. cit. Secondo l'Autore, il dovere di motivazione, nel caso di rifiuto della concessione, rifletterebbe la tendenza a concepire le attenuanti generiche come « un diritto di sconto » che l'imputato ha sul massimo editale di pena. A nostro sommo avviso, come meglio diremo, questo collegamento fra le due posizioni non pare fondato e, in ogni caso, decisivo. Secondo il Massa, viceversa, l'obbligo di motivazione sussisterebbe soltanto nel caso di concessione delle attenuanti generiche.

(300) Un accenno a tale argomentazione si può trovare in NUVOLONE, *Il potere discrezionale del giudice*, cit., p. 228, con particolare riferimento alle interferenze tra l'indagine *ex art.* 163 ss. e il giudizio *ex art.* 133 c.p.

si muove dal presupposto di distinguere i casi di discrezionalità c.d. *monofasica*, caratterizzati dalla locuzione vincolante, da quelli di discrezionalità c.d. *bifasica*, espressi dal verbo « può »; nessun dubbio sembra sussistere circa la doverosità dell'accertamento discrezionale quanto ai primi; in ordine ai secondi non pare che il giudice possa esimersi dall'indagine che sostanzia il primo momento discrezionale. Infatti: trattasi di un'indagine che va compiuta secondo gli stessi elementi dell'art. 133: e quest'ultima è valutazione doverosa ai fini della determinazione del *quantum* di pena da irrogare. Così: in tema di sospensione condizionale della pena, la prima fase discrezionale è costituita dal giudizio di prognosi negativa sulla pericolosità del reo. Il giudice — al lume delle precedenti argomentazioni — non potrebbe esimersi dal compiere detta indagine, posto che egli ha l'obbligo di valutare la personalità del reo, già ai fini della commisurazione della pena in concreto, indipendentemente dal problema della sospensione condizionale della pena stessa. Trattasi soltanto di utilizzare il risultato di una *precedente* indagine necessaria. I punti deboli della concezione risultano chiaramente: erroneo è, come si è dimostrato, il presupposto della distinzione tra carattere *monofasico* e *bifasico* della discrezionalità; e comunque, la tesi non fa che trasferire il problema concernente l'obbligatorietà o meno dell'accertamento discrezionale nella seconda fase. Essa, inoltre, dà per scontato che l'art. 133 c.p. costituisca il nucleo attorno al quale ruotano le differenti ipotesi discrezionali, senza tener conto che, a prescindere dai casi in cui i criteri di valutazione appaiono diversi o più ristretti rispetto a quelli dell'art. 133, spesso muta la prospettiva dalla quale gli stessi indici possono venir riguardati. E l'esempio ipotizzato torna cal-

zante: essendo ovvio che l'indagine della personalità compiuta per fissare il *quantum* di pena è *funzionalmente* (301) differenziabile da quella occorrente per il giudizio di prognosi negativa *ex art. 163 c.p.* Infine: la tesi presuppone un'antecedenza cronologica dell'indagine sulla personalità *ex art. 133* che non sempre è dato riscontrare (si pensi ad es. all'*art. 599 comma 1° c.p.*: il potere discrezionale ivi previsto può esercitarsi *prima* che sia fissato il *quantum* di pena (302)).

Si impone a tal punto un chiarimento: la concezione della discrezionalità penale in chiave di rinvio del giudice al caso concreto, come maggiormente idoneo ad esprimere una gamma di significati di valore che il legislatore si trova nell'impossibilità di tipicizzare, esige necessariamente l'attribuzione di un carattere doveroso a tale tipo di accertamento. Soltanto la correlazione discrezionalità arbitrio (303) può indurre a connotare l'accertamento come facoltativo. L'*art. 133 c.p.*, che fornisce all'interprete il modello paradigmatico della discrezionalità penale, convalida tale asserto. L'obbligo del giudice, da esso scaturente, di fare tutto il possibile per adeguare la pena al caso concreto, non può non avere come logico presupposto la *doverosità* di mettere in moto detto accertamento: particolarmente evidenziata nell'*art. 133*, posto che tale norma funge da unico strumento per la scelta e la graduazione

(301) La prima è in funzione di un giudizio di responsabilità; la seconda di un giudizio di pericolosità.

(302) Inoltre il ragionamento dà per scontato — ciò che, viceversa, è da dimostrare — l'identità dei parametri di valutazione tra l'*art. 133* e l'*art. 599 c.p.*

(303) La « facoltà » è, infatti, espressione di indifferenza normativa: in proposito cfr. le acute osservazioni di CORDERO, *Custodia preventiva e criteri di valutazione in tema di libertà provvisoria*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, p. 937 ss.

della pena. Ed allora, non resta che riconoscere nella dovosità dell'accertamento discrezionale una delle note intrinseche che caratterizzano ogni ipotesi di discrezionalità penale.

Questo obbligo rientra in quello più ampio di esercizio della funzione giurisdizionale; e non è scalfito dalla natura meramente ermeneutica o discrezionale dell'attività giudiziale. A garantirne l'osservanza, a prescindere dal profilo sanzionatorio (304), è previsto il dovere di motivazione (ricavabile, anch'esso, dall'art. 132 c.p.), che, pertanto, sussiste quale che sia l'esito dell'accertamento discrezionale. Solo in virtù di esso è possibile un controllo circa l'osservanza dell'obbligo (305).

L'adempimento di questo dovere può essere, talora, condizionato da una previa contestazione; la quale, tuttavia, rispondendo a determinate esigenze processuali che

(304) Anche a questo dovere, malgrado non ricavabile direttamente dal codice di procedura penale, ci sembra riferibile l'art. 154 c.p.p.: inoltre, l'omessa osservanza intenzionale di esso può concretare il reato ex articolo 328 c.p.

(305) Si badi: non è escluso che, talvolta, la struttura processuale e, in particolare, il congegno delle impugnazioni sia tale da precludere l'esperibilità di questo controllo e da rendere meno sensibilizzata l'esistenza del « dovere ». Ciò si constaterà nella III Parte con riferimento al dovere del giudice di accertare la pericolosità e di applicare la misura di sicurezza, una volta compiuto tale accertamento: soprattutto per quanto concerne gli art. 49 e 115 c.p.; a causa dei limiti di impugnativa di cui soffre il pubblico ministero in tema di misure di sicurezza. Sul punto ci limitiamo a richiamare, pur rinviando all'ulteriore trattazione: ALOISI, *Manuale pratico di proc. pen.*, vol. III, *Delle impugnazioni*, Milano, 1952, p. 234; ALTAVILLA, *Limiti alle impugnazioni del pubblico ministero in tema di misure di sicurezza*, in *Sc. pos.*, 1940, II, p. 45 ss.; DE LEONE, *Il sistema di impugnazioni nel processo delle misure di sicurezza*, Napoli, 1959, *passim*; FROSALI, *Sistema pen. it.*, vol. IV, *Dir. proc. pen.*, Torino, 1958, p. 394; FRISOLI, *Qualche rilievo sui gravami contro le misure di sicurezza*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1949, p. 76; GAMBINI, *I mezzi di impugnazione nel processo di sicurezza*, in *Pene e misure di sicurezza*, cit., p. 66 ss.; C. MASSA, *Il sistema di impugnazioni in tema di misure di sicurezza*, in *Foro pen.*, 1949, c. 313 ss.

attengono al diritto di difesa (306) non è tale da scalfire, riducendolo a mera facoltà, il dovere di esercitare l'attività discrezionale, nonchè quello di motivare. Entro quali limiti, poi, la contestazione sia da ritenersi compatibile con la struttura discrezionale di talune norme modificative della responsabilità penale (c.d. aggravanti indefinite), si dirà nell'ulteriore sviluppo dell'indagine. Un aspetto deve, però, essere sottolineato fin d'ora: nel nostro sistema processuale penale l'eventuale aggravamento della pena *ex art. 133 c.p.* è svincolato da una previa contestazione dei fattori che lo condizionano (307).

Nessun condizionamento subisce, di contro, il dovere menzionato da parte di un eventuale « onere di domanda » dell'imputato, relativamente alle norme estintive o modificative (attenuanti) della responsabilità penale. La struttura del nostro sistema processuale penale oppone, invero, una decisa resistenza alla ammissione di un criterio di ripartizione del carico di prova ovvero alla configurazione di particolari oneri a carico delle parti; contrariamente a quanto avviene nel processo civile (308). Sul metro di questo rilievo ne discende l'infondatezza della tesi che ravvisa in questo presunto « onere di domanda » dell'imputato lo elemento capace di convertire in dovere la facoltà del giudice di compiere un accertamento discrezionale e di instaurare l'obbligo di motivazione. È consentito parlare soltanto di un interesse dell'imputato ad allegare (309) fatti rilevanti

(306) Sul punto vd., per tutti, CAVALLARI, voce *Contestazione dell'accusa*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 631 ss.

(307) In proposito rinviamo a quanto si è già più volte osservato.

(308) Per queste differenze cfr. le lucide osservazioni di CORDERO, *Il giudizio d'onore*, Milano, 1959.

(309) In merito vd., per tutti, SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano, 1959, p. 112 ss.

ti per l'applicazione di una norma estintiva o modificativa: il rilievo, valido in linea generale, regge *a fortiori* qualora si tratti di istituti a carattere discrezionale. La delicatezza del giudizio del caso concreto che, in tali casi, si impone al giudice può essere attenuata ad opera del contributo offerto dalle allegazioni delle parti. Non v'è alcun dubbio, di conseguenza, che, qualora dal giudizio emerga lo spunto (310) per l'applicazione di un istituto a carattere discrezionale, il giudice, sempre che lo stesso non implichi la previa contestazione, abbia il dovere di procedere all'accertamento e di motivare, quale che ne sia l'esito. Si badi: l'assunto di M. Massa (311) in virtù del quale il giudice non avrebbe il dovere di motivare il rifiuto di applicazione delle attenuanti generiche, in assenza di un'esplicita istanza dell'imputato a ciò rivolta, alla stessa stregua per cui tale dovere non ha ragion d'essere per tutte le attenuanti tipiche, di cui non si sia richiesta l'applicazione, non è calzante anche nella sua seconda parte. Indiscutibile, infatti, che non sia possibile pretendere la giustificazione in sentenza della mancata concessione di tutte le attenuanti astrattamente prospettabili; ciò non toglie, tuttavia, che il giudice, qualora nel giudizio emerga la possibilità di applicare una circostanza attenuante, sia tenuto, anche se manca l'istanza di parte a ciò rivolta, a meglio valutarne la sussistenza e a motivare, quale che sia l'esito di questa valutazione. In caso contrario, si riproporrebbe quell'« onere

(310) Lo spunto potrà, a seconda dei casi, essere costituito: da un elemento di fatto corrispondente ad un limite *estrinseco* dell'istituto strutturato in forma discrezionale; da un elemento che può fungere da limite *intrinseco* dello stesso; ovvero da un significato di valore o di disvalore che può concretare l'essenza del giudizio discrezionale.

(311) *Le attenuanti generiche*, cit., p. 143, in particolare nota (10).

di domanda » che è inammissibile nel nostro processo penale.

Una serie di condizionamenti può subire il dovere di esercitare la discrezionalità penale nel giudizio di appello (312) e di cassazione (313); essi, anzichè scalfire l'esistenza dell'obbligo, risultano il prodotto della struttura nonchè dei principî che connotano questi ulteriori gradi del giudizio penale (314).

Un dato risulta, pertanto, acquisito all'indagine: l'esercizio della discrezionalità penale forma oggetto di una situazione soggettiva doverosa. Tra questa situazione iniziale e quella finale, altrettanto doverosa, si delinea una fase intermedia traducentesi nella ricerca del significato di valore nel caso concreto. Questo momento, non avendo come punto di riferimento un paradigma normativo, può es-

(312) In virtù del principio *tantum devolutum quantum appellatum*: per cui, in linea di massima (qualche dubbio può sorgere per il caso in cui l'appello investa genericamente la misura eccessiva della pena), il giudice d'appello non può *d'ufficio* accertare le attenuanti generiche, se queste non hanno formato oggetto di uno specifico motivo di impugnazione. Altro è, viceversa, il problema se il giudice d'appello possa occuparsi della richiesta di concessione, malgrado tali attenuanti generiche non siano state richieste nel giudizio di 1° grado (*contra*, ma l'indirizzo giurisprudenziale che si può riannodare, come s'è detto, alla concezione della discrezionalità come esercizio di un potere di indulgenza, è ormai superato, Cass. 16 luglio 1951, Balbo ric., in *Giust. pen.*, 1951, II, c. 1107, m. 736; sul punto, cfr. M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., p. 148).

(313) Per le norme estintive a carattere discrezionale è possibile una deroga, in virtù dell'art. 152 c.p.p. Cfr., ad es., Cass. 21 febbraio 1941, Fabrizio ric., in *Giust. pen.*, 1941, II, c. 1004, m. 1437; Id. 4 gennaio 1939, Pagline ric., *ivi*, 1941, II, c. 244, m. 1206. Tali sentenze riconoscono come obbligatoria, per il giudice dell'impugnazione, la concessione del perdono giudiziale, anche *d'ufficio* (non è, però, in mancanza di richiesta, nulla la sentenza d'appello che non dia ragione della mancata concessione del beneficio predetto: cfr. Cass. 4 gennaio 1939, Pagline ric., cit.).

(314) A proposito di questi principî cfr. la recente indagine di PISANI, *Il divieto della « reformatio in pejus »*, cit., p. 26 ss.

sere espresso dalla locuzione « può », che segnala l'operazione di « scelta » del valore concreto.

La più intensa elasticità di questo margine di « scelta » motiva, talora, come si è riscontrato (315), la decisione del legislatore di esprimere la discrezionalità penale attraverso il verbo « può », anziché attraverso la locuzione vincolante che connota la situazione soggettiva doverosa finale.

La discrezionalità penale, da un punto di vista dinamico, può essere compresa ricorrendo allo schema della fattispecie a formazione frazionata (316). Ecco le movenze attraverso cui essa si articola: ove si delinei il limite *estrinseco* della discrezionalità, sempre sussistente in forma più o meno dettagliata (si pensi, da un lato, alle « offese » reciproche *ex art. 599 comma 1° e*, dall'altro, al « reato » per quanto attiene al giudizio di scelta o di graduazione della pena *ex art. 133 c.p.*), scatta per il giudice il dovere di intraprendere il giudizio del caso concreto; il quale si snoda attraverso la scelta del significato di valore che condiziona il trattamento giuridico-penale; ritrovato il valore *congruo* rispetto allo scopo per cui è attribuito il potere discrezionale, scatta il dovere di applicare il trattamento ipotizzato. Nel suo complesso questo *iter* va caratterizzato dalla locuzione « potere-dovere » che, nella sua prima frazione, non

(315) Cfr. quanto si è detto sopra a p. 128. Per la tendenza contraria, in un settore (quello tributario) estraneo all'oggetto dell'indagine cfr. GUICCIARDI, nota a Cass. 30 luglio 1953, in *Giur. it.*, 1953, I, c. 151: l'Autore, a proposito dell'art. 2 r.d.l. 5 dicembre 1938 n. 1928 in virtù del quale il Ministro per gli scambi e le valute — ora Ministro del Tesoro — può infliggere, con proprio decreto, pene pecuniarie in misura non superiore ad un quintuplo del valore dei titoli, delle merci o delle altre cose che costituiscono l'oggetto della violazione, parla di discrezionalità del provvedimento non solo rispetto al *quantum*, ma altresì rispetto all'*an* della sua emanazione (in senso contrario sembra, viceversa, orientata la sentenza cit.).

(316) Cfr. in tal senso, CORDERO, *Le situazioni soggettive loc. cit.*, cui facciamo rinvio per i relativi richiami bibliografici.

sottolinea un momento arbitrario, ma la fase della scelta (317). La situazione soggettiva « doverosa » finale è un dato indiscutibile, malgrado possa variare di intensità o subire condizionamenti *pratici*, in virtù di fattori a suo tempo messi in luce.

(317) La locuzione « potere-dovere » viene, così, assunta in un'accezione diversa da quella usuale. Il Cordero, caratterizzando, per contro, tutta la discrezionalità in chiave di *dovere*, non pone in luce la peculiarità del momento della ricerca dell'oggetto della valutazione, non fissato legislativamente.

CAPITOLO IV

DETERMINAZIONE DEI CONFINI CONCETTUALI DELLA DISCREZIONALITÀ PENALE

SOMMARIO: 1. Un punto critico nella determinazione dei rapporti tra discrezionalità e interpretazione: i concetti elastici e indeterminati della fattispecie legale. — 2. Classificazione degli elementi della fattispecie sotto il profilo della tassatività. — 3. Esame dei rapporti che intercorrono tra l'uso degli elementi elastici e la struttura politico-istituzionale dello Stato, nonché tra l'uso dei medesimi e le finalità proprie della sanzione penale. — 4. La fattispecie come significazione astratta e la discrezionalità come assenza di fattispecie legale. — 5. Discrezionalità, interpretazione e attività legislativa. — 6. Rapporti fra discrezionalità e procedimento analogico. — 7. Raffronto sommario tra la nozione di discrezionalità penale e la nozione di discrezionalità propria di altri settori del diritto, in particolare del diritto amministrativo.

1. Giova ripetere, all'inizio di questa ulteriore fase dell'indagine, l'assunto enunciato nelle pagine precedenti: la discrezionalità penale è fenomeno di rinvio al caso concreto come il più idoneo ad esprimere quella gamma di valori che è suscettibile di condizionare un certo trattamento giuridico-penale. Alla base di questo rinvio sta l'impossibilità per il legislatore di fissare in astratto (318) una

(318) L'identificazione della discrezionalità con l'assenza di *tipicizzazione* deve essere ulteriormente precisata. L'assenza di tipicizzazione può essere dovuta ad una duplice causa: impossibilità di prevedere, all'atto della normazione, tutta una serie di situazioni a significato univoco che solo il caso concreto può manifestare; ovvero equivocità di significato propria in astratto di taluni elementi, risolubile solo nel caso concreto e in rapporto ad un certo soggetto. Il primo fenomeno si registra soprattutto in taluni settori della legislazione speciale: il legislatore, spinto da talune esigenze ad

serie di significati che soltanto il caso concreto, nella sua specifica individualità e quale espressione di una determinata personalità dell'agente, può rilevare. Si tratta, comunque, di significati che non esulano da quella cerchia di valori che rappresenta il tessuto connettivo del nostro sistema penale: ogni tendenza all'espansione dell'indagine del caso concreto verso fattori estranei deve essere, come s'è rilevato (319), regolarmente neutralizzata. Per cui: la discrezionalità è una forma di applicazione del diritto penale, o meglio, di attuazione di esso nelle sue finalità sia d'ordine *generale* che *particolare*. Il valore positivo o negativo ricavato dal caso concreto non deve, infatti, porsi in antitesi con lo *scopo* per cui è accordato il potere discrezionale ovvero con la *natura giuridica* dell'istituto strutturato in questa forma (320).

L'osservanza di questo duplice limite (non estraneità dei giudizi di valore, formulati in relazione al caso concreto, rispetto al sistema penale e conformità dei medesimi

un'opera di normazione, non può avere ancora l'esatta e completa percezione della realtà da disciplinare. Staglia, allora, nell'ambito di determinate fattispecie, le condotte di maggior rilievo, lasciando al giudice di cogliere le ulteriori situazioni imprevedibili all'atto della normazione, tramite determinate formule equitative. In questa prospettiva devono parzialmente collocarsi le c.d. aggravanti indefinite (cfr. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite* cit., p. 42 ss.). Il secondo fenomeno è concatenato all'aspetto « personalistico » della responsabilità penale: questa correlazione giustifica l'impossibilità di fissare in astratto taluni valori o disvalori posto che certi dati, espressione di per sè di un valore positivo, possono assumere in concreto, per la particolarità del caso o la personalità dell'agente, significato negativo.

Per solito, questa duplice matrice dell'impossibilità di tipicizzazione non viene tenuta distinta dalla dottrina (così, infatti, M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., *passim*).

(319) Vd. p. 89.

(320) Anzichè di *natura giuridica* — termine che, di frequente, è il riflesso di una presa di posizione concettualistica — si dovrebbe parlare di *funzione* dell'istituto, ricavabile in via interpretativa.

allo scopo particolare dell'istituto) impedisce che la discrezionalità scivoli lungo la china pericolosa dell'arbitrio giudiziale. Analogamente, il carattere obiettivo dei dati di valore e la loro verificabilità costituiscono un'ulteriore garanzia in tal senso.

Ma parlare di discrezionalità penale come forma di applicazione o attuazione del diritto non significa ancora identificarla con il puro e semplice procedimento ermeneutico. Il dato che ci consente di tracciare il limite differenziale tra discrezionalità e interpretazione è costituito dai concetti c.d. indeterminati o elastici. La terminologia che connota questi concetti è particolarmente varia e, talora, suggestiva (321); altrettanto dicasi delle classificazioni che la dottrina è venuta operando per caratterizzare le diverse sfumature di indeterminatezza di detti concetti (322).

La problematica dei c.d. *unbestimmten Rechtsbegriffe* è particolarmente sentita nella dottrina tedesca (323) e, in specie, in quella amministrativistica (324). Essi presentano, pur nella poliedricità delle diverse forme, un elemento caratterizzante comune: si tratta di concetti che, pur essendo — appunto in quanto tali — destinati ad esprimere, nelle intenzioni del legislatore, una determinata real-

(321) Cfr., in proposito, ROUBIER, *Théorie generale du droit*, Paris, 1946, p. 86 ss.: l'Autore passa in rassegna questa ricca gamma terminologica. Per indicare i concetti indeterminati, si parla, infatti, di *Wertauffüllungsbedürftigen Wertbegriffen* al fine di sottolineare la necessità di un processo di eterointegrazione, in contrapposto ai *Wertgefüllten-begriffen* che si fondano su di un *festen Wertmaßstab* (così, E. WOLF, *Die Typen der Tatbestandsmässigkeit*, 1931, p. 56); di concetti elastici o *concepts soupapes* o *paragraphes caoutchouc* (*Ventelbegriffe* o *Kautschukparagraphen*).

(322) A proposito di queste classificazioni, si veda, KUNERT, *Die normativen Tatbestandselemente*, cit., *passim* e bibliografia ivi richiamata.

(323) Cfr. la bibliografia citata alla nota (96).

(324) Cfr. la bibliografia citata alla nota (96).

tà, ossia una certa significazione astratta, non riescono a distendersi, una volta tradotti sul piano del *Tatbestand* legale, in una compiuta e analitica descrizione. Di guisa che la loro determinazione, in sede giudiziale, postula una *eigene wertende Tätigkeit des Richters* (325). L'esigenza di un apprezzamento del giudice ne è, dunque, la matrice comune. L'accostamento alla discrezionalità ha una prima giustificazione esteriore nel significato terminologico della locuzione che nella dottrina tedesca contrassegna tale fenomeno. *Ermessen* vuol dire letteralmente « apprezzamento ». E un apprezzamento, sia pure vincolato, esiste anche per i concetti indeterminati. Di qui l'uso della locuzione *gebundenes Ermessen* in contrapposizione alla *freie Ermessen* che coprirebbe i casi più tipicamente discrezionali. La nostra locuzione « discrezionalità » ha, viceversa, un significato più pregnante; derivando da « discernere » richiama più immediatamente l'idea dell'individuazione della regola per il caso concreto, ovvero di un suo significato di valore idoneo a far scattare un certo trattamento penale. Muovendosi sulla linea di questo significato, che corrisponde poi al contenuto da noi attribuito al fenomeno, già appare difficile parlare di discrezionalità per i concetti indeterminati, essendo evidente che con l'uso dei medesimi la

(325) Così, per i concetti indeterminati, definiti come *Ermessensbegriffen* H.H. JESCHECK, *Methoden der Strafrechtswissenschaft*, in *Studium generale*, 1959, p. 111. Con riferimento alla teoria che distingue tra « conoscere » e « valutare », tra « essere » e « valore » tra concetti « esistenziali » e di « valore », iniziata da BELING, *Methodik der Gesetzgebung*, 1922, p. 19, completata da DROST, *Das Ermessen des Strafrichters*, cit., p. 13 ss. e conclusa da H.J. BRUNS, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken*, 1938, p. 324 ss., WARDA, *Dogmatische Grundlagen*, cit., p. 20 caratterizza i concetti indeterminati, identificati con quelli di « valore » come tali che « ... bleibe bei der Anwendung... ein Raum innerhalb dessen der Richter den Inhalt der Begriffe durch seine eigene individuelle Wertung ausfüllen müssen ».

regola è già astrattamente, sia pure non in forma esplicita, fissata.

Chiarita la diversa base terminologica sulla quale si innesta la problematica nel diritto tedesco, procediamo ad esaminare le sfumature che essa assume.

Anche il concetto indeterminato è un concetto giuridico: ha confini logici ed esprime, entro un certo limite, un significato astratto. Con questa differenza: mentre il concetto determinato ha un unico confine che rende possibile un sicuro giudizio (*assertorisches Urteil*) sopra l'appartenenza o meno di un'ipotesi concreta al concetto, quello indeterminato ne ha due (326). Anche per esso è possibile un giudizio univoco; però tra il giudizio positivo e negativo c'è una gamma di pure possibilità. Così, per la determinazione dell'elemento della « forte velocità », vi sono casi di positiva (viaggiare a 100 km. l'ora) o negativa sicurezza, per i quali non è possibile parlare di *subjektive Wertentscheidung des Richters* (o dell'organo amministrativo). Il margine entro il quale sono possibili più decisioni vien definito *Beurteilungsspielraum* (327). Questa zona di

(326) Così, WARD, *Dogmatische Grundlagen*, cit., pp. 26-27.

(327) Sul significato della locuzione cfr. O. BACHOF, *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff*, cit., p. 97 ss. Nell'Autore vi è una chiara consapevolezza dei rapporti che intercorrono tra il fenomeno della discrezionalità e quello dei concetti indeterminati: nel secondo caso il legislatore pone astrattamente un significato di valore, cioè un concetto, sia pure espresso in forma tale da esigere in concreto una valutazione dell'organo; nel primo, viceversa, all'organo viene accordata libertà di agire, ossia di determinare in concreto la condotta da tenere. L'apprezzamento dei concetti indeterminati, anche se può condurre, per la loro tecnica di strutturazione, a più possibili risultati, è un processo interpretativo, rivolto a sussumere un comportamento sotto un *Tatbestand legale*: nella discrezionalità v'è, per contro, una *Willensentscheidung*. La tecnica dei concetti indeterminati può sollevare perplessità d'ordine costituzionale solo qualora « ... der Gesetzgeber ohne hinreichenden Grund auf eine detaillierte rechtssatzmäßige Bindung der Behörde verzichtet ». Come si dirà, a nostro

indeterminatezza può connotare concetti di esperienza (*Erfahrungsbegriffe*), di valore (*Wertbegriffe*), ovvero misti, dotati dell'uno e dell'altro carattere. La dottrina penalistica (328) sembra, per contro, limitare la propria attenzione agli elementi normativi non giuridici (329).

Muovendo dall'identificazione della discrezionalità con un certo potere di apprezzamento del giudice o dell'organo amministrativo, anche per la suggestione terminologica esercitata dalla locuzione *Ermessen*, ne consegue che il *Beurteilungsspielraum* proprio di questi concetti viene reputato sintomo di discrezionalità. Si parla di una *gebundenes Ermessen*, in contrapposto ad una *freie Ermessen*, ove il vincolo sarebbe costituito dai confini *sicuri* del concetto (330); e di una *Tatbestandsermessen* di contro alla

avviso, su basi alquanto simili deve fondarsi il limite a partire dal quale l'abbandono d'una tecnica descrittiva nella strutturazione della fattispecie contrasta con l'esigenza di tassatività, propria del settore penalistico. Il Bachof ravvisa una conferma di questa caratterizzazione dei rapporti tra discrezionalità, come libertà di decisione per assenza di una determinazione legale e i concetti indeterminati, nella distinzione tra i due fenomeni accolta dal § 114 e del Progetto di riforma, il quale rispettivamente dispone: 1) « Ist die Verwaltungsbehörde durch eine gesetzliche Kann-Vorschrift ermächtigt frei zu entscheiden oder durch eine Soll-Vorschrift gehalten, so liegt Rechtswidrigkeit nur insoweit vor, als die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder die Anwendung des Ermessens dem Zweck der Ermächtigung oder der Soll-Vorschrift widerspricht »; 2) « Ist Verwaltungsbehörde durch einen unbestimmten Gesetzesbegriff eingeschränkt oder gebunden, so liegt Rechtswidrigkeit nur insoweit vor, als die Beurteilung dieser Begriffe dem Sinn des Gesetzes widerspricht ».

(328) Sulla distinzione tra concetti *giuridico-normativi* e concetti *normativi generali*, cfr., fra gli altri, ULE, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe*, cit., p. 320.

(329) Anche gli elementi normativi giuridici possono, tuttavia, essere indeterminati, quando tali risultino i parametri di valutazione cui essi fanno rinvio. Lo scarso interesse per tale aspetto del problema si giustifica, forse, con il carattere *indiretto* di questa indeterminatezza.

(330) La distinzione tra l'apprezzamento dei concetti indeterminati e la vera e propria discrezionalità appare, così, sotto un profilo meramente

Rechtsfolgenermessen: la prima concernente i dati del *Tatbestand* legale, la seconda, più ampia, relativa alla sfera delle conseguenze giuridiche. Da queste premesse discende la tesi che sottrae l'apprezzamento dei concetti indeterminati ad ogni controllo da parte della giustizia amministrativa. In verità, la conseguenza non è univocamente collegata alla configurazione di tali concetti in chiave di discrezionalità. Essa si può, altresì, giustificare sulla base di una *Gestaltungsfunktion* e di una *speziellen Sachkenntnisse* attribuita all'autorità amministrativa; che appare, pertanto, la sola qualificata a risolvere quei margini di dubbio che si celano tra le pieghe del concetto indeterminato, per la capacità di apprezzare i fatti che ne costituiscono il presupposto. Per questo si afferma (331) che al giudice amministrativo deve essere vietato di sostituire il proprio giudizio di valore a quello dell'autorità amministrativa; rimanendogli soltanto la possibilità di controllare, all'interno del *Beurteilungsspielraum*, che non vi siano state violazioni di *Denkgesetzen oder allgemeinen Erfahrungssätze*. Questa è la ragione logica che impronta i rapporti tra autorità amministrativa e giudici amministrativi, quanto ai concetti indeterminati, al di fuori di ogni problema di *Ermessen*. L'orientamento resiste, malgrado la sempre più accentuata affermazione del principio della *Verwaltungsgerichtsbarkeit*, espressione di quella esigenza di vincolatività alla legge, che in uno Stato di diritto investe ogni tipo di autorità, anche amministrativa (art. 20 comma 3° GG) (332).

quantitativo, coincidente con l'intensità del margine di valutazione: cfr., sul punto, ad es., KLEIN, *Ermessen und Sprachgebrauch*, cit., p. 588 ss.

(331) Cfr. WARDA, *Dogmatische Grundlagen*, cit., pp. 52-60.

(332) Su questa vincolatività dell'amministrazione alla legge e al diritto cfr., fra gli altri, H. DÜTHER, *Unbestimmter Rechtsbegriffe*, cit., p. 651.

Questa motivazione che svincola, almeno in parte, il problema dell'insindacabilità dell'accertamento dei concetti indeterminati da quello della discrezionalità, non è suscettibile di trasposizione nella sfera del diritto penale (333). Quivi, le conseguenze che discendono, con riguardo ai concetti indeterminati, dalla correlazione stabilita tra *discrezionalità e libertà di apprezzamento* sono rigorosamente: inammissibilità della *Revision* (333-bis); trasferimento degli elementi indeterminati che importano una valutazione del giudice dalla sfera del *Tatbestand* a quella dell'antigiuridicità; e correlativa irrilevanza dell'errore dell'agente su questi dati (334). Si tratta di assunti puntualmente riscontrabili anche nella dottrina e nella giurisprudenza italiana: si pensi, ad es., alla tendenza a sottrarre al sindacato della Suprema Corte il giudizio sull'oscenità in quanto discrezionale ovvero a ritenere irrilevante, per gli stessi motivi, l'errore dell'agente sull'oscenità della propria condotta (335). Posizioni, tutte, che hanno come logico punto di partenza l'individuazione del fenomeno discrezionale in tutti i casi in cui la natura del concetto esige un'opera di valutazione e di apprezzamento da parte del giudice.

Diversamente, ove si muova dalla concezione della discrezionalità come possibilità di scelta conferita dal legislatore tra più soluzioni tutte indifferenti per il diritto.

(333) Così WARD, *Dogmatische Grundlagen*, cit., p. 60.

(333-bis) Per l'esame delle differenti posizioni della dottrina e della giurisprudenza tedesca sul punto della *Revisibilität der unbestimmter Begriffe* cfr. WARD, *Dogmatische Grundlagen*, cit., p. 60 ss.

(334) Si badi: il trasferimento dal *Tatbestand* all'antigiuridicità è un processo che concerne anche gli elementi normativi propriamente giuridici. Si veda, in proposito, ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 1959, *passim*.

(335) Cfr., sul punto, la nota (121).

Malgrado, infatti, la presenza in seno al concetto indeterminato di un *Beurteilungsspielraum* che offre praticamente all'organo decidente la possibilità di scelta tra più soluzioni, v'è da rilevare che: anzitutto, nei c.d. *Kann-Vorschriften* (disposizioni a carattere discrezionale) questa possibilità sussiste *in ogni caso* della loro concreta applicazione; e, inoltre, la scelta, mentre è intenzionalmente attribuita dal legislatore nelle ipotesi di discrezionalità, è soltanto il frutto eventuale di un'imperfetta formulazione tecnica del *Tatbestand* nei concetti indeterminati (336). Anche

(336) Escludono che sia possibile parlare di discrezionalità a proposito dei concetti indeterminati, nella dottrina tedesca, fra gli altri: O. BACHOF, *Beurteilungsspielraum*, cit., p. 98; B. BENDER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2^a ed., 1956, p. 119 ss.; IDEM, *Zur Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung und Fortbildungsgesetzten Rechts*, in *JZ*, 1957, p. 600; FORSTHOFF, *Lehrbuch*, 6^a ed., cit., p. 75 (l'Autore sembra, tuttavia, negare la discrezionalità soltanto per i concetti indeterminati d'« esperienza » e non per i *Wertbegriffen*); JESCH, *Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen*, cit., p. 163 ss.; MENCER, *System des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes*, 1954, p. 125 ss.; SCHINDLER, *Unbestimmter Rechtsbegriff*, cit., p. 333 (pur riconoscendo la difficoltà dell'interpretazione nei concetti indeterminati; anche per essi, infatti, è in ogni caso determinante la valutazione se il fatto è o meno ricompreso nella norma. Esiste, cioè, un significato astrattamente posto anche se in forma tecnicamente imprecisa: su questo binario imposteremo il nostro criterio differenziale tra il fenomeno dei concetti indeterminati e quello della discrezionalità. Ciò non esclude, naturalmente, che, laddove il concetto indeterminato raggiunga il limite massimo di genericità — es. « pubblico interesse » o « pubblico bene » — l'astrattezza del significato si risolva, nella sostanza, in una completa assenza di (e rinuncia ad) ogni determinazione dell'oggetto della valutazione. Lo stesso fenomeno riscontreremo anche in sede penale); C.H. ULE, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe*, cit., p. 309 ss. (sviluppando, però, il pensiero di Jellinek); IDEM, *Verwaltungsprozessrecht*, 2^a ed., cit., p. 6 (l'Autore, pur affermando che gli *unbestimmte Rechtsbegriffe* sono concetti giuridici e non autorizzano a parlare di discrezionalità, riconosce come essi presentino confini all'interno dei quali più soluzioni appaiono possibili. È questa una posizione tradizionale, comune anche agli Autori sopra citati. Si badi: la scelta, in quanto non intenzionale e connessa all'imperfetta capacità significante del segno linguistico viene, tuttavia, sempre mantenuta distinta dalla scelta, connessa all'esercizio della discrezionalità e frutto dell'assenza di ogni determinazione

alla luce di questa impostazione resiste, per le ragioni menzionate, fra le conseguenze, la pretesa insindacabilità dei concetti indeterminati da parte del giudice amministrativo (337); mentre gli altri corollari perdono gran parte della loro ragion d'essere.

Resta attualmente da chiarire quale sia, da un punto di

legale dell'oggetto della valutazione); H. J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, 4^o ed., cit., p. 139. Si veda, per il diritto austriaco, W. ANTONIOLI, *Allgemeine Verwaltungslehre*, cit., p. 119, nota (24), il quale differenzia i concetti indeterminati dalla discrezionalità; parla di uno *Spielraum* all'interno dei medesimi; ma, a conferma del carattere non intenzionale della scelta, riafferma che una soltanto è la soluzione « giusta » ossia conforme al diritto. Per il diritto italiano cfr. di recente, FOIS, *La « riserva di legge »*, Milano, 1963, ed. provv., p. 226, nota (129): l'Autore, per contro, nega che tra i due fenomeni esista una differenza non solo *quantitativa*, ma *qualitativa*, senza, però, approfondire il problema.

Si noti: la suggestione di un'identità tra i due fenomeni dipende, molto spesso, nel diritto amministrativo, dal fatto che all'uso dei concetti indeterminati si accompagna, per caratterizzare la soluzione da adottare in presenza dei presupposti, l'uso della locuzione « può », la quale, per contro, a nostro avviso è realmente sintomo di « discrezionalità », cioè di un'apertura della sfera di valutazione verso ulteriori significati e presupposti, diversi da quelli espressi tramite il concetto indeterminato. Inoltre: la suggestione è accresciuta dal fatto che spesso la scelta intrinseca a tali concetti favorisce una certa difformità di soluzioni e arbitrarietà di valutazioni. Ciò è riconosciuto anche in sede penale: cfr., ad es., BIRKMEYER, *Das richterliche Ermessen*, cit., p. 376, il quale sottolinea come i concetti indeterminati pongono il giudice nella condizione di fare della legge ciò che egli vuole. L'identità, eventuale, dell'effetto che può presentarsi talora, anzi, più grave di quello connesso all'esercizio della discrezionalità, non deve, tuttavia, come meglio vedremo in seguito, far perdere di vista la diversità del fenomeno che lo produce.

(337) Talora, infatti, la *Revision* dei concetti indeterminati viene negata, piuttosto che sotto il profilo della natura discrezionale del loro accertamento, per il fatto che essi pongono una « Frage des Einzelfalles » (vd. B. HEILBRON, *Freies pflichtmässigen Ermessen*, cit., p. 68). Si dimostra in tal modo che, racchiudendo tali concetti un significato astratto, v'è nella fase della loro applicazione un momento interpretativo che non può sfuggire al controllo di diritto (in tal senso, WARDA, *Dogmatische Grundlagen* cit., p. 64). Anche se, com'è ovvio, la natura « indeterminata » del concetto favorisce, in sede applicativa, il momento « fattuale » dell'indagine.

vista esclusivamente penalistico (338), la posizione da riservare agli elementi indeterminati della fattispecie rispetto al fenomeno della discrezionalità, secondo l'accezione della stessa da noi accolta e che si può praticamente ritenere intermedia fra le due citate in precedenza. A tal fine occorre, preliminarmente, caratterizzare i diversi elementi della fattispecie penale sotto il profilo del grado di elasticità o indeterminatezza che essi presentano, rispettivamente, ed analizzare in forma più approfondita l'essenza del fenomeno.

2. La fattispecie penale offre al primo sguardo dell'interprete una serie di elementi *descrittivi* ossia di segni linguistici che esprimono, o, almeno, dovrebbero esprimere, senza bisogno di alcuna mediazione una certa realtà naturalistica (339). Una chiarificazione preliminare si rende in proposito necessaria: la determinatezza della fattispecie penale non va confusa con la sua formulazione in chiave rigorosamente descrittiva. La descrittività, com'è stato acutamente ribadito (340), può essere una modalità più o meno frequente della figura legislativa, non un suo modo di essere essenziale: se non si vuole incorrere in un metodo esasperatamente casistico che non è meno deprecabile (341) dell'indeterminatezza legislativa.

(338) Per l'assoluta peculiarità del tema in sede penalistica, cfr., fra gli altri, SCHRÖDER, *In welcher Weise*, cit., p. 61.

(339) La riserva è dettata dal fatto che, talora, nell'ambito della fattispecie penale questi elementi assumono un significato divergente dalla realtà naturalistica ad essi sottesa.

(340) PETROCELLI, *Riesame degli elementi del reato*, loc. cit.

(341) Da più parti si sono levate critiche nei confronti di tale metodo: a proposito di esso — e con rilievi che attengono più ampiamente all'*inflazione legislativa* — come espressione di un improprio modo di intendere la certezza del diritto cfr. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 129 ss.

Decisivo è, viceversa, che la norma incriminatrice contenga una determinazione del fatto punibile tale che, sebbene traducesi in un'astratta figura, sia idonea a stabilirne i caratteri generali, di guisa che il cittadino, tenuto all'osservanza del precetto e l'interprete possano agevolmente ricavarne la condotta vietata. Scopo dell'analisi è, appunto, quello di stabilire come e quando questa determinatezza che — si dirà — è costituzionalmente garantita, può essere realizzata in rapporto alla differente tipologia di elementi che compongono la fattispecie penale.

Non tutti gli elementi riescono a filtrare nel *Tatbestand* in forma descrittiva (342): anzi, taluni di essi, anche se stemperati in una più intensa descrittività, non riuscirebbero ad acquisire maggiore determinatezza. Il Warda (343) cita come esempio la locuzione *Quälen* (tormenti) di cui al § 223 b StGB. La traduzione di essa in una espressione più marcatamente descrittiva, come «tormenti o sofferenze a lungo o ripetutamente procurati», non riesce ancora a raggiungere un grado più alto di determinatezza. Non sempre, inoltre, l'elemento descrittivo è tale da non comportare, per la sua determinazione, un'opera di valutazione da parte del giudice: ciò avviene allorquando la realtà naturalistica descritta non balza evidente dal segno linguistico. Si tratta, comunque, di una valutazione che non si concreta in un'etero-integrazione (344) del dato, ma semplicemente in un'attività integrativa facente leva sul significato che il dato assume all'interno della fattispe-

(342) Per un'attenta considerazione del fenomeno cfr. S. MESSINA, *La discrezionalità penale*, cit., p. 178 ss.

(343) *Dogmatische Grundlagen*, cit., p. 30 (cui riinviamo per numerose altre esemplificazioni).

(344) Ossia in un'integrazione tramite il ricorso a parametri *estranei* alla fattispecie penale in questione.

cie e del sistema penale, nonchè alla luce dello scopo per cui la disposizione che lo racchiude è stata dettata. In ciò sta l'elemento differenziale tra l'apprezzamento insito necessariamente nella descrittività del dato e l'*eterointegrazione* che connota gli elementi *valutativi* in senso stretto. Una valutazione dello stesso tipo si rende necessaria allorchè, malgrado l'univocità con cui il segno linguistico esprime una realtà naturalistica, vi sia motivo di ritenere che il legislatore abbia inteso usarlo in una differente accezione (345).

Di vera e propria indeterminatezza si può parlare, a proposito degli elementi descrittivi, solo laddove il segno linguistico esprima più realtà naturalistiche, fra loro magari in contrasto. Questo è il punto che segna l'abbandono della *tassatività*.

Al di là degli elementi puramente descrittivi, degni di considerazione appaiono quei dati necessariamente elastici che esprimono una realtà quantitativa (es. « grave nocumento »: art. 499 c.p.) o temporale (es. riferimento al tempo di « notte ») (346). Il primo compito che si pone per

(345) Il problema è affrontato, fra gli altri, da E. WOLFF, *Der Sachbegriff im Strafrecht*, cit., p. 44 ss.

(346) Le norme penali utilizzano frequentemente elementi che esigono da parte del giudice valutazioni di misura o d'ordine temporale; sia per la vicenda costitutiva, modificativa od estintiva della punibilità, sia per la graduazione della pena ex art. 133 c.p.: basti pensare, sotto quest'ultimo aspetto, rispettivamente alla « gravità del danno » (n. 2 della p. p.) ovvero alla « condotta contemporanea o susseguente al reato » (n. 3 della 2ª p.). A titolo esemplificativo citiamo fra gli elementi che implicano un apprezzamento di tipo quantitativo: la « tenuità » del valore della cose rubate ovvero la « gravità » del bisogno ex art. 626 n. 2 c.p.; il carattere « usurario » degli interessi o altri vantaggi di cui all'art. 644 c.p.; la « gravità » del nocumento nella libertà o nell'onore di cui all'art. 384 c.p.; la « proporzionalità » della difesa all'offesa nella legittima difesa (art. 52 c.p.), ovvero del fatto al pericolo nello stato di necessità (art. 54 c.p.) ecc. Come appare evidente, alcuni di tali elementi fungono da requisiti del fatto, altri, da limiti scriminanti; in numero frequente è dato riscontrarli, altresì, nel

l'interprete è quello di tentare un'integrazione del dato mediante una valutazione della natura giuridica della norma che lo utilizza, dello scopo che essa persegue, e, infine, della posizione che essa occupa nel sistema: così, ad es.,

settore della vicenda modificativa della punibilità (l'attenzione si appunta, principalmente, sulla « rilevante gravità » del danno patrimoniale nel n. 7 dell'art. 61 e, corrispondentemente, sulla « speciale tenuità » del medesimo nel n. 4 dell'art. 62, nonché sulla « gravità » della minaccia *ex art. 612 comma 1° c.p.*). Il che appare del tutto ovvio se si pon mente alla funzione delle circostanze: rendere meno sensibile lo scarto tra la fattispecie criminosa astratta e la sua realizzazione concreta sotto il profilo della gravità. Inoltre, esistono fattispecie incentrate su tipi di condotte che esigono necessariamente per la loro determinazione una valutazione di carattere quantitativo (è il caso, ad es., del « deterioramento » ipotizzato fra gli altri, negli art. 334, 351, 427, 638 c.p.). Fra gli elementi di carattere « temporale » segnaliamo: il riferimento al tempo di « notte » di cui all'art. 699 comma 3° c.p. (vd. anche l'art. 333 comma 2° c.p.p.); l'« immediatezza » dell'avviso richiesta, fra gli altri, dagli art. 503, 709 e 716 c.p.; altre volte la norma penale postula una certa relazione cronologica tra la condotta e determinati fatti: l'omicidio e la lesione personale a causa di onore (art. 587 c.p.) devono essere posti in essere « nell'atto in cui » si scopre l'illegittima relazione carnale; la reazione non punibile *ex art. 599 comma 2°* deve avvenire « subito dopo » il fatto ingiusto altrui; l'abbandono del neonato per causa di onore deve essere compiuto « subito dopo la nascita » (art. 592 comma 1° c.p.).

Gli elementi elastici di tipo quantitativo o temporale non suscitano particolari problemi sotto il profilo della loro sistemazione dogmatica nel quadro della fattispecie penale. Malgrado comportino la necessità di giudizi di valore, non vengono, infatti, esclusi dalla nozione di fattispecie, anche assunta in termini restrittivi e limitata al solo aspetto descrittivo. La categoria delle fattispecie cd. « aperte » diviene operativa soltanto con riferimento agli elementi che implicano giudizi di valore normativi, giuridici o meno che siano i parametri alla stregua dei quali essi vengono compiuti. Qualche rilievo presentano, viceversa, gli elementi semplicemente elastici nella prospettiva dell'elemento soggettivo e dell'errore. Si ritiene, infatti, che, data la natura discrezionale dei requisiti di cui si discute, la loro determinazione sarebbe affidata esclusivamente al giudice, mentre, per contro, irrilevante sarebbe ogni posizione soggettiva dell'agente nei loro confronti. Al fondo di questa posizione si cela l'inconfessato timore che l'operatività dell'errore incidente su questi elementi possa, a causa della loro indeterminatezza e, quindi, della particolare frequenza di diverse valutazioni da parte del giudice e dell'agente, aprire la porta ad un'eccessiva impunità che priverebbe della necessaria forza cogente la norma penale. L'assunto, riba-

la classificazione legislativa del delitto di cui all'art. 499 c.p. nella categoria dei delitti contro l'economia pubblica

dito anche in tema di elementi normativi non giuridici, è, tuttavia, infondato. Si badi: la tendenza a circoscrivere la portata di questi requisiti elastici sul piano obiettivo e, correlativamente, a limitare l'esigenza di una loro valutazione *a parte iudicis*, discende per taluni di essi dall'essere ipotizzati sotto forma di circostanze (ad es. la speciale tenuità del danno patrimoniale: art. 62 n. 4 c.p.). Di qui la loro operatività al di fuori della consapevolezza dell'agente, dato il funzionamento « obiettivo » delle circostanze nel nostro codice penale (art. 59 comma 1° c.p.). Per altri, l'impostazione in chiave obiettiva (*a parte iudicis*) deve ravvisarsi nella loro particolare natura che li pone al di fuori di ogni problematica soggettiva (si pensi, ad es., alla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato: art. 133 p.p. n. 2 c.p., che non deve formare necessariamente oggetto di rappresentazione e di volizione da parte dell'agente). L'interesse si appunta, perciò, esclusivamente sui dati elastici che integrano la fattispecie penale ovvero un limite scriminante: in questo secondo caso ponendosi, tuttavia, com'è ovvio, non tanto il problema della consapevolezza della loro effettiva esistenza (dato l'art. 59 comma 1° c.p.), quanto, piuttosto, dell'erronea supposizione della loro presenza (art. 59 ult. comma c.p.). Anche fra gli elementi che rientrano nel nucleo di operatività dell'elemento soggettivo, non mancano ipotesi rispetto alle quali non ha senso porre un problema di rilevanza dell'errore: si pensi, ad es., alla « simultaneità » (« nell'atto in cui ») che connota la reazione omicida nell'art. 587 c.p. in specie tenendo conto che il limite, almeno estrinseco, dell'intervallo cronologico è segnato dal permanere dello stato emotivo prodotto dal fatto provocatorio. Per gli altri elementi occorre, viceversa, distinguere tra l'errore che incide sulla situazione materiale costituente il substrato della qualificazione (elastica) e l'errore che verte sulla qualificazione stessa e sui suoi limiti. Per esemplificare, si badi al « grave nocumento » che funge quale evento del delitto *ex art. 499 c.p.*: l'agente può errare sull'entità materiale delle conseguenze dannose prodotte, pur conoscendo quali sono i limiti di gravità occorrenti per integrare la fattispecie, ovvero può, nella consapevolezza piena di tale entità, sbagliare nell'assumere il significato della locuzione « grave ». Duplice forma di errore costantemente ipotizzabile per tutti quei requisiti che non posseggono una natura descrittiva e difficilmente differenziabile per gli elementi cui si accenna. Il primo tipo di errore esclude la punibilità, quando sia scusabile, *ex art. 47 comma 1° c.p.*; il secondo è inoperante, in quanto verte sul processo di sussunzione del dato concreto nell'ambito della qualificazione (*Subsumptionsirrtum*), ossia sui limiti del divieto (*Verbotsirrtum*). L'errore che cade sulla qualificazione rileva solo quando passi per il tramite di un'erronea interpretazione di norme extrapenali (espressione da

può fornire di già un'indicazione di massima circa la portata che il « documento alla produzione nazionale » deve presentare per potersi qualificare « grave » (347). Esaurito questo procedimento interpretativo, l'elemento conserva, tuttavia, un margine di elasticità; salvo che il parametro cui va ricondotta la valutazione quantitativa non sia assolutamente preciso e tale da trasformare l'apprezzamento in una pura operazione di calcolo (348). In ogni altro caso, saranno presenti tutti i connotati degli *unbestimmte Rechtsbegriffe*: un settore di positiva o negativa sicurezza e un margine di soluzioni possibili (*Beurteilungsspielraum*), al-

assumersi in senso lato), costituenti la fonte della qualificazione. Breve: l'infondatezza dell'assunto discende dal fatto che esso non distingue tra le due forme di errore, mentre desume l'irrilevanza del medesimo, anziché da un fatto dogmatico, dalla circostanza estrinseca dell'elasticità del dato. Infatti: qualora non sussistesse il limite d'ordine dogmatico, l'elasticità giustificerebbe soltanto una maggiore frequenza dello scarto tra valutazione del giudice e ricostruzione da parte dell'agente della qualificazione e la scusabilità dell'errore, non l'irrilevanza del medesimo. Questo scarto si realizzerebbe soprattutto per quelle frange del concetto elastico che resistono necessariamente ad ogni sforzo di determinazione astratta, e costituirebbe uno stimolo per una tassatività sempre maggiore di questi dati. L'assunto cela, inoltre, un equivoco di base: l'arbitraria identificazione tra elasticità del valore e discrezionalità. Quest'ultima, in quanto assenza di ogni determinazione legislativa dell'oggetto della valutazione, è realmente inconciliabile con la possibilità di errore rilevante: fra l'altro perchè, come meglio dimostreremo in seguito, nei casi di discrezionalità la qualificazione ossia il valore nasce e si manifesta nell'accadimento concreto.

I rilievi svolti hanno ribadito l'importanza che riveste, anche sotto il profilo dell'errore, l'identificazione del carattere semplicemente elastico o normativo del dato di fattispecie: solo nel secondo caso operando la disciplina di cui all'art. 47 ult. cpv. c.p.

(347) Sul significato di tale locuzione e sul margine di apprezzamento che essa accorda al giudice, si vedano le lucide osservazioni di PEDRAZZI, *Problemi del delitto di aggraviaggio*, Milano, 1958.

(348) Così dicasi, ad es., sia pure con riferimento al diritto processuale penale, della locuzione « notte » ex art. 333 comma 2° c.p.p., la quale sembra acquisire, indirettamente, dal 1° comma una precisa delimitazione cronologica.

l'interno del quale il giudice deve compiere una scelta, che non è *intenzionalmente* voluta dal legislatore, ma che è il frutto della peculiare natura del dato. Non si tratta di discrezionalità, bensì di uno di quei casi di « folgorazioni intuitive » che si rendono indispensabili per ogni forma di accertamento temporale o quantitativo (349). La legisla-

(349) Si tende generalmente a ravvisare nell'elasticità di questi elementi la fonte di un potere discrezionale del giudice penale. L'equivoco è evidente: se, infatti, si identifica la discrezionalità con la rinuncia da parte del legislatore, per impossibilità pratica di tipicizzazione, a determinare in astratto l'oggetto della valutazione giudiziale e, conseguentemente, con il rinvio al caso concreto come il più idoneo ad esprimere il valore penalmente funzionale, ogni possibile confusione con l'elasticità del dato normativo viene nettamente esclusa. La norma penale che utilizza elementi elastici fornisce, comunque, al giudice una prima indicazione dell'oggetto da valutare, anche se esige da lui una serie di apprezzamenti d'ordine quantitativo o temporale. Il riferimento al caso concreto diviene essenziale; ma non al fine di ricavare da esso il valore penalisticamente significativo, bensì di meglio adeguare alle sfumature dell'accadimento concreto il significato normativamente fissato. Questa la ragione del richiamo « a tutte le circostanze del caso concreto » per meglio apprezzare la proporzione tra la difesa e l'offesa di cui all'art. 52 c.p. In tal senso va inteso il riferimento al « prudente apprezzamento del giudice », che ricorre molto spesso in queste ipotesi e che non va scambiato con il rinvio al potere discrezionale. La diversa funzionalità cui obbedisce il richiamo, nella duplice ipotesi, al caso concreto trova la sua estrinsecazione pratica in tema di controllo della Corte Suprema: mentre il processo di accertamento del dato elastico in stretto raccordo con il caso concreto deve formare oggetto di riesame, non altrettanto può dirsi per l'estrazione del valore dal caso concreto che connota le ipotesi di discrezionalità.

Malgrado ciò, lo scambio tra i due fenomeni è costantemente ricorrente: si pensi, ad es., all'assimilazione, nel quadro unitario della discrezionalità, compiuta dalla dottrina (cfr. per un panorama dottrinale e giurisprudenziale sul punto, il nostro *Le aggravanti indefinite. Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato*, cit., p. 42) e dalla giurisprudenza tra l'aggravante del delitto di cui all'art. 612 c.p. (« gravità della minaccia... »: art. 612 cpv.) e le ipotesi di aggravanti c.d. indefinite (contrassegnate dalla locuzione « nei casi più gravi... ») ipotizzate dalle leggi speciali. L'identificazione è il frutto di una considerazione non troppo attenta dei due tipi di circostanze. Infatti, l'art. 612 cpv. c.p. offre al giudice un'indicazione inequivoca circa l'oggetto della valutazione, invitandolo a considerare come fattore di aggravamento della pena l'entità (grave) della minaccia: esso fissa,

zione non può, d'altro canto, rinunciare all'utilizzazione di

inoltre, come parametro per questo apprezzamento il male minacciato. Invero: la norma non segnala esplicitamente nell'oggetto della minaccia il punto di valutazione; senonchè ciò va desunto indirettamente dal fatto che i casi di minaccia « grave » in rapporto al *mezzo* sono di già tipicizzati dall'art. 339 c.p. e richiamati dall'art. 612 cpv. c.p. Nè appare identificabile un ulteriore punto di riferibilità della « gravità » della minaccia. Nelle aggravanti c.d. indefinite, per contro, è completamente assente ogni determinazione dell'oggetto della valutazione, a meno che non voglia ritenersi tale il richiamo tautologico, in funzione giustificativa dell'aumento di pena, alla « particolare gravità » del fatto. La locuzione « particolare » nulla dice circa il *valore* aggravante, ma pone semplicemente l'accento sull'entità di disvalore che deve possedere il significato del caso concreto. In altri termini: in queste ipotesi, è affidato al giudice il compito di ricavare dall'esame del caso concreto un particolare aspetto di disvalore, che giustifichi l'aggravamento della pena. I confini di questa ricerca sono, come meglio vedremo in seguito e come si è altrove dimostrato (*op. ult. cit.*), segnati dalla prima parte dell'art. 133, la quale, peraltro, rende espliciti tutti i *possibili* fattori che dimostrano la « gravità del reato ». L'art. 612 cpv. è, dunque, norma che ipotizza un dato *elastico* di tipo quantitativo, mentre le aggravanti c.d. indefinite costituiscono un esempio classico di discrezionalità, tecnicamente intesa.

Gli elementi elastici che implicano valutazioni di tipo quantitativo o temporale non interessano, pertanto, la tematica della discrezionalità, bensì quella concernente la tecnica di previsione delle norme penali: trattasi, cioè, di stabilire, soprattutto per i dati che ineriscono alla vicenda costitutiva della punibilità, se l'indicazione normativa del « valore » sia o meno inequivoca, ovvero tassativa. Gli elementi elastici sono, di norma, caratterizzati da un nucleo centrale di determinazione, positiva o negativa, rigorosa e da contorni più o meno sfumati, la cui identificazione dipende esclusivamente dall'apprezzamento del caso concreto. È il settore qualificato dalla dottrina tedesca come *Beurteilungsermessen*. Così, ad es., vi sono situazioni qualificabili, già in astratto, di minaccia « grave o non grave »; altre che dipendono dalle condizioni ambientali, dalle caratteristiche del soggetto passivo ecc. e che non sono determinabili *a priori*. La sfumatura di indeterminatezza che permea il concetto elastico è, talora, risolubile o attenuabile facendo ricorso alla *ratio* della norma penale che lo ipotizza. Poniamo, ad es., l'accento sul « tempo di notte » *ex art. 699 ult. comma c.p.*: poichè la *ratio* del riferimento cronologico contenuto in tale disposizione va individuata nel maggior pericolo che la condotta incriminata (porto abusivo di armi) presenta in rapporto alle minori possibilità di difesa dei beni e delle persone, la portata della locuzione sembra da circoscrivere a quelle ore notturne che sono caratterizzate da un'oscurità tale da determinare il maggior pericolo

questi dati: decisivo è piuttosto il fatto che, tramite i pro-

sopra menzionato. Analogamente dal riferimento alla oggettività giuridica dell'art. 499 c.p. (lesione del bene della pubblica economia) è possibile ricavare un'attenuazione del margine di indeterminatezza connesso ai concetti elastici in esso previsti (« grave nocumento »; diminuzione « in misura notevole » delle merci di comune o di largo consumo). Per esemplificare ulteriormente questo processo di riduzione del margine di elasticità connesso ai concetti di cui si discute, tramite il ricorso alla *ratio* della norma che li contempla ovvero agli altri dati della fattispecie, è opportuno far cenno a quelle incriminazioni la cui condotta è connotata dal requisito dell'« immediatezza ». Così: affinché si possa parlare di infanticidio per causa d'onore (art. 578 c.p.), occorre che l'uccisione avvenga « immediatamente dopo il parto ». La locuzione — e l'osservazione potrebbe essere ripetuta per le altre espressioni ad essa assimilabili — assumerebbe un contenuto assolutamente rigoroso qualora venisse intesa quale espressione di una immediata successione cronologica. I lavori preparatori ribadiscono, tuttavia, l'intenzione dei compilatori di attribuire alla locuzione un carattere elastico. Ciò è, altresì confermato dalla sostituzione dell'espressione « immediatamente » alla dizione dell'art. 369 del codice Zanardelli il quale poneva una precisa delimitazione cronologica, richiedendo che il fatto fosse commesso sopra la persona di un infante non ancora iscritto nei registri dello stato civile « e nei primi cinque giorni dalla nascita ». Dottrina e giurisprudenza (cfr. VANNINI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Milano, 1958, p. 52), infatti, concordano nell'opinare che la formula della legge vada intesa in senso elastico ossia *cum grano salis* e precisamente nel senso di « termine breve ». L'essenziale è che il margine di elasticità sia univocamente illuminato dalla *ratio* della disposizione; per cui, il termine deve risultare comunque tale che il fatto si verifichi durante lo stato emotivo che segue il parto. Cessato questo perturbamento psichico, vengono meno le ragioni che inducono a ritenere l'infanticidio come un *delictum exceptum* e dovranno, pertanto, applicarsi le norme sull'omicidio comune. Una direttiva emerge per l'interprete dall'esempio prospettato: l'esigenza di tassatività non deve necessariamente condurre a neutralizzare i casi di elasticità necessaria della norma penale, che svolgono per essa la funzione di organi respiratori, ma soltanto assicurare un'interpretazione che salvaguardi l'univocità del segno linguistico. Il processo di assestamento del valore espresso dal segno linguistico normativo alle sfumature del caso concreto non può essere precluso, a condizione che si svolga entro una cornice ben delimitata, neppure in un regime di rigorosa tassatività: trattasi dell'*equità*, come espressione del necessario raccordo tra il valore e il caso concreto e, pertanto, distinta dall'*equità*-discrezionalità, quale giustizia del caso singolo, in assenza di ogni determinazione normativa del valore (a questo tipo di equità fa sostanzial-

cedimenti ermeneutici sopra accennati, i limiti vincolanti

mente riferimento BAUMANN, *Grenzen der individualen Gerechtigkeit im Strafrecht*, cit., p. 125 ss.).

Si badi ora all'art. 587 c.p. che prevede il delitto di omicidio per causa d'onore: l'uccisione deve, in tal caso, verificarsi subito dopo la scoperta dell'illegittima relazione carnale (« nell'atto in cui ne scopre... e nello stato d'ira determinato dall'offesa recata all'onore suo o della famiglia ») e, quindi, il titolo delittuoso non è applicabile a chi commetta il fatto in un momento posteriore. La legge fonde in questo delitto, oltre all'attenuante dei motivi di particolare valore morale e sociale (art. 62 n. 1 c.p.), anche quella della provocazione (art. 62 n. 2 c.p.). La locuzione « nell'atto in cui » che connota il momento entro cui deve essere realizzata l'uccisione, esprime, tuttavia, una relazione di prossimità con il fatto provocatorio più intensa di quella prevista per la provocazione; l'art. 62 n. 2 non richiedendo, infatti, che la reazione avvenga immediatamente dopo il fatto che la determina, bastando che si verifichi nello stato d'ira. La relazione di maggior prossimità cronologica, che appare giustificata dalla assoluta eccezionalità dell'art. 587 c.p., rappresenta il margine di elasticità necessario ed è apprezzabile in riferimento al caso concreto; al di là di essa, ma entro i limiti dello stato d'ira, si applicheranno le norme sull'omicidio comune, con l'attenuante eventuale della provocazione. L'immediatezza della reazione al fatto ingiusto altrui (« subito dopo di esso ») è egualmente richiesta per la provocazione (art. 599 comma 2° c.p.) che funge da causa speciale di esclusione della punibilità per i delitti preveduti dagli art. 594 e 595 (ingiuria e diffamazione). Anche in tal caso dottrina e giurisprudenza sono dell'avviso che l'espressione « subito dopo » non vada intesa in senso assoluto (rigorosamente cronologico), ma in senso relativo. Il margine necessario di elasticità, risolubile in concreto, è, tuttavia, univocamente orientato dal raffronto tra l'art. 599 comma 2° e l'art. 62 n. 2 c.p.: la reazione deve, cioè, trovarsi con il fatto provocatorio in un rapporto di maggiore prossimità cronologica nel primo caso, sempre, però, nel quadro dello stato d'ira provocato dal fatto ingiusto altrui. L'adeguamento del valore espresso dal segno linguistico normativo al caso concreto è reso necessario dalle diverse possibilità pratiche della reazione. Così, è evidente che nelle polemiche giornalistiche l'intervallo cronologico deve essere più ampio, essendo la risposta condizionata anche dal tempo necessario per la pubblicazione. E l'esemplificazione potrebbe continuare: nel c.d. furto d'uso (art. 626 n. 1 c.p.) l'« immediatezza » della restituzione della cosa sottratta, da ritenersi in correlazione col carattere « momentaneo » dell'uso, implica un margine di elasticità che può ricevere, tuttavia, univoca determinazione dalla *ratio* che giustifica questa forma di furto « minore ». Analogamente, per quelle incriminazioni che si sostanziano nell'omissione dell'« immediato avviso » all'Autorità circa un determinato avvenimento. Per cui: nell'art. 594 c.p. (omissione di soccorso), rivolto alla tutela della vita e dell'incolumità personale, l'« immediatezza » dell'avviso,

di questo margine di elasticità siano suscettibili di enucleazione (350).

richiesta sia nel 1° che nel 2° comma, deve essere assunta in senso particolarmente restrittivo. L'elasticità del dato, univocamente diretta dall'esigenza ed urgenza del soccorso, serve a cogliere, nel caso concreto, situazioni tali da rendere indispensabile una dilazione (lontananza dell'Autorità, scarsità di mezzi di comunicazione ecc.). Allo stesso modo un'accezione restrittiva dell'intervallo cronologico si impone per l'art. 716 (e per le altre norme così strutturate) che contempla il reato di omesso avviso all'Autorità dell'evasione o fuga di infermi di mente o minori: benchè nell'ipotesi l'avviso non si sostanzia in una *notitia criminis*, può essere utile richiamare, al fine di asseverare la rigorosa interpretazione della locuzione, quanto l'art. 4 c.p.p. dispone in tema di referto, sottolineando la necessità che esso sia presentato entro ventiquattro ore o, se vi è pericolo nel ritardo, *immediatamente*. Sussistendo in entrambe le ipotesi la medesima ragione di urgenza, ne discende che l'« immediato avviso » deve seguire, senza dilazione non indispensabile, la notizia dell'evasione o fuga.

Breve: l'esemplificazione ha mostrato come un attento esame della *ratio* di ogni norma penale che contiene elementi elastici, nonchè degli altri requisiti che a questi si accompagnano, può circoscrivere il margine di elasticità del dato entro i limiti che sono necessari per consentire la realizzazione di quel momento equitativo che è coesistente ad ogni norma. Oltre a questo momento che si concreta, comunque, in un apprezzamento sostanziale del giudice, la dottrina ha più volte ribadito la presenza nei concetti elastici, soprattutto di tipo quantitativo, di una componente che resiste ad ogni sforzo di determinazione e che si risolve, in concreto, in una di quelle folgorazioni intuitive che rappresentano il dato ineliminabile dell'attività giudiziale: del fenomeno ricorrente in ogni apprezzamento « di misura » s'è già detto a proposito dell'art. 133 c.p., quanto alla fase finale, in cui si estrinseca l'esercizio del potere discrezionale ivi previsto e che consiste nella determinazione del *quantum* di pena da irrogare.

(350) Tra gli elementi elastici e l'esigenza di tassatività si delinea un rapporto di incompatibilità solo laddove, tramite gli strumenti ermeneutici indicati, non sia possibile restringere il c.d. *Beurteilungsermessen* compreso tra il margine positivo e negativo di sicurezza, nei limiti di elasticità ineliminabile ovvero laddove, soprattutto per gli elementi di tipo quantitativo, la norma penale non determini in alcun modo il parametro rispetto a cui deve compiersi l'apprezzamento di misura. Un esempio dell'ultimo tipo frequentemente sottolineato dalla dottrina (cfr. ANTOLISEI, *Manuale di dir. pen. Parte spec.*, vol. I, Milano, 1960, p. 272), ci è offerto dal delitto di usura (art. 644 comma 1° c.p.): non fornendo il codice alcuna precisazione sul carattere usurario dell'interesse e degli altri vantaggi pattuiti come corrispettivo della prestazione, ma limitandosi a richiedere, con tautologia

Gli elementi di cui s'è detto costituiscono il *trait d'union* fra quelli puramente descrittivi e quelli valutativi in senso stretto (*Wertbegriffe*). In questi ultimi il segno linguistico non esprime immediatamente una realtà naturalistica, ma indica soltanto il parametro valutativo alla cui stregua va qualificato il caso concreto. Il legislatore, in altre parole, anzichè ipotizzare una serie di elementi a carattere

troppo scoperta, che essi siano « usurari ». Ne segue che il compito, non sempre agevole di stabilire quando il corrispettivo possenga tale carattere è rimesso al giudice, al quale viene lasciato un margine di apprezzamento (la dottrina, operando il consueto scambio di prospettiva, parla piuttosto di « discrezionalità »), che da molti è reputato eccessivo. Nè è consentito, per risolvere le frequenti incertezze che si producono nell'applicazione pratica della norma e che incidono direttamente sull'esistenza o inesistenza del reato, fare appello al parametro rappresentato dall'interesse legale o bancario. Una formula che potrebbe garantire una conciliazione fra l'elasticità del dato e l'esigenza di tassatività connessa alla norma penale sembra all'Antolisei (*op. e loc. cit.*) quella, già adottata da diversi codici recenti, nella quale si parla di « interessi manifestamente sproporzionati alla prestazione ». La locuzione andrebbe intesa nel senso di « interessi che in modo palese sono notevolmente superiori a quelli che di regola vengono corrisposti per simili prestazioni, tenuto conto degli oneri e del rischio inerente ». Essa, pur conservando il margine di elasticità necessario per adattare il valore alle sfumature del caso concreto, riceverebbe un'univoca determinazione dall'indicazione dei termini del raffronto (interessi o prestazione), nonchè del *grado* di sproporzione (« manifesta »).

Per alcuno di tali elementi elastici può essere preliminarmente necessario stabilire se, per avventura, esso non vada accolto nella sua accezione normativa. Così dicasi, ad es., degli « interessi usurari » di cui all'art. 644 c.p. per il caso in cui si assuma quale parametro di raffronto — soluzione che è, peraltro, disattesa dalla prevalente dottrina — l'interesse legale o quello bancario. Analogamente dicasi per il requisito della proporzionalità tra offesa e difesa nell'art. 52 c.p. Si badi: stabilita la proporzione fra i mezzi difensivi a disposizione dell'agredito e quelli usati, il requisito assume un contenuto elastico, determinabile tramite un apprezzamento di misura da parte del giudice. Per contro: assunti quali termini della proporzione, come pare desumibile da una più esatta interpretazione della norma e dei principi che ispirano l'istituto della legittima difesa, il diritto minacciato e quello leso, l'elemento può acquisire un significato tutto normativo. Infatti: essendo il limite scriminante della legittima difesa espressione della prevalenza dell'interesse *qualificato* (ossia, dell'interesse agredito), il raffronto tenderebbe

descrittivo (es. tutti gli atti che offendono il pudore sessuale) usa una qualificazione di sintesi (atti osceni: art. 527 c.p.), rinviando ad una fonte *esterna* (buon costume in materia sessuale) come parametro per la regola relativa al caso concreto. Il procedimento definito di «normazione sintetica» (351) è di adozione assai frequente, riducendo la possibilità di eccesso casuistico nella tecnica normativa.

Il problema dei rapporti in cui questi elementi si trovano con la discrezionalità e con la tassatività della fattispecie si concreta nella natura (determinata o meno) del pa-

ad ancorarsi alla gerarchia di valori riflessa nell'ordinamento giuridico. Senonchè: da un lato, il sistema normativo non è sempre in grado di offrire all'interprete un sicuro appiglio per stabilire quale sia in concreto l'interesse prevalente; dall'altro, la logica della scriminante, se porta ad escludere che, per salvare un bene di secondo ordine, se ne possa sopprimere uno di primaria importanza, conduce, altresì, a ricusare un'accezione assoluta del requisito della proporzionalità, in quanto altrimenti non si potrebbe difendere la propria libertà sessuale, sacrificando la vita dell'aggressore. Di conseguenza, il criterio dell'interesse qualificato o prevalente finisce per disancorarsi, nei casi in cui lo scarto tra interesse aggredito e interesse leso non sia eccessivo, da un fondamento normativo: la ricerca della «prevalenza» va, allora, impostata in stretto collegamento con il criterio della «necessità» della reazione, intesa come impossibilità di scegliere fra più soluzioni e di agire diversamente. Evidente, allora, il risultato della nostra digressione: l'elemento della «proporzione» ex art. 52 c.p. non può essere assunto in senso strettamente normativo. Diversamente sembra potersi affermare per l'analogo requisito nello stato di necessità (art. 54 c.p.), posto che, riversandosi la reazione su di un terzo, anzichè sull'aggressore, la proporzionalità va accolta entro limiti più rigorosi, ossia normativi.

Questa indagine preliminare che può rendersi necessaria per taluno degli elementi di cui si sta discutendo nel presente paragrafo, ha contenuto e obiettivi anche pratici: infatti dalla classificazione di un requisito in chiave normativa o meno possono derivarne conseguenze sotto il profilo della disciplina dell'errore. Non altrettanto sotto il profilo della tassatività, in quanto, come ha dimostrato il riferimento calzante al requisito della «proporzionalità» ex art. 52 c.p., l'assunzione di un elemento in veste normativa, può, talora, servire soltanto a spostare i termini del problema.

(351) Per un uso frequente di tale espressione cfr. M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., *passim*, ad es., p. 14.

rametro valutativo (352). Si parla, per essi, inoltre, di *eterointegrazione* (353), a cagione dell'estraneità rispetto alla norma penale incriminatrice della fonte da cui deve essere ricavata la regola per il singolo caso. A seconda che il parametro sia o meno rigorosamente giuridico i dati in parola si differenziano in normativi-giuridici o normativi in senso ampio (354).

L'elemento normativo può riguardare un singolo momento della fattispecie ovvero può esaurirla tutta: gli esempi dell'« altruità » della cosa nel furto (art. 624 c.p.) e dell'« abuso » nel delitto di cui all'art. 571 c.p. sono in proposito particolarmente sintomatici (354-bis). La distinzione, ove si tratti di elementi normativi strettamente giuridici, assume un significativo rilievo sotto il profilo dell'errore e del principio di legalità: aspetto di cui si dirà tra breve. Il settore normativo richiamato dal segno linguistico può essere più o meno ampio, con sfumature che incidono sul grado di intensità della normazione sintetica; si va dall'« altruità » *ex art. 624 c.p.* che rinvia alle norme civilisti-

(352) Sul punto si tornerà tra breve.

(353) A proposito di tale locuzione cfr. CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., p. 169.

(354) La distinzione è, fra gli altri, sottolineata da C.H. ULE, *Zur Anwendung*, cit., p. 320. Per una qualificazione di tutti gli elementi della fattispecie come « normativi » senza alcuna distinzione a seconda della loro natura descrittiva o valutativa, cfr. MACCIORRE, *Normativismo e antinormativismo nel diritto penale*, in *Arch. pen.*, 1949, I, p. 24 ss.; per una critica di questa posizione ci permettiamo di rinviare al nostro *Limite esegetico*, cit., p. 770 ss.

(354-bis) In tal casi (rinvio in blocco ad una determinata disciplina extrapenale, indipendentemente dal riferimento specifico al suo contenuto) non abbiamo una semplice procedura di strutturazione della fattispecie *per relationem*, ma un'attribuzione di rilevanza penalistica ad una normazione extrapenale, con il vincolo di seguirne le vicende che si producono nel rispettivo settore di provenienza.

che che disciplinano la spettanza di una determinata cosa mobile all'« *ingiustizia* » del danno *ex art. 2043 c. civ.*, la quale richiama tutte le norme attributive di specifici diritti soggettivi (355). L'ampiezza del parametro non significa, tuttavia, necessariamente indeterminatezza del medesimo; chè anzi un problema di tassatività non ha neppur ragione di porsi, per lo meno in via diretta (356), quanto agli elementi normativi strettamente giuridici. Per questi ultimi è necessario soltanto impostare un quesito interpretativo preliminare: stabilire se essi pongano necessariamente un problema di normazione sintetica ovvero di eterointegrazione, oppure siano assunti dalla norma penale in un'accezione nuova, diversa da quella che li connota nei settori giuridici apparentemente richiamati. La problematica della autonomia dei concetti penalistici, sviluppatasi soprattutto nel settore dei delitti contro il patrimonio (357), è puntuale espressione di questo momento ermeneutico preliminare. Ove il dato riveli la propria autonomia, l'integrazione del suo significato si opererà soltanto all'interno della fattispecie.

Per quanto attiene agli elementi normativi non giuri-

(355) L'interesse per lo studio dei parametri dell'« *ingiustizia* » *ex art. 2043 c. civ.* è oggi particolarmente vivo. Cfr., ad es., le acute indagini di SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043, in Foro pad.*, 1960, I, c. 1435 ss. e SCHLESINGER, *La «ingiustizia» del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, p. 347 ss. A proposito del requisito dell'« *ingiustizia* » cfr. anche le belle pagine di RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 79 ss.

(356) Nel senso che agevole è, per gli elementi normativi giuridici, la identificazione del parametro di valutazione. Altro è, poi, che questo risulti di per sé indeterminato.

(357) Cfr. soprattutto, NUVOLONE, *Il possesso nel diritto penale*, Milano, 1941, p. 3 ss. e, di recente, F. MANTOVANI, *Contributo allo studio della condotta nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1962, p. 19 ss. Di particolare momento, il lavoro di BRUNS, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken*, cit.

dici, il parametro da cui deve essere ricavato il valore di un certo atto, può essere costituito da regole dell'etica, del costume, del pudore sessuale ovvero da regole che appartengono ad ordinamenti « interni » (358) rispetto a quello statale: l'esempio delle regole cavalleresche rispetto alle incriminazioni del duello ci pare del tutto calzante. Queste regole, essendo utilizzate, attraverso lo schema della normazione sintetica, nel procedimento di strutturazione della fattispecie, acquistano un carattere giuridico-penale, contribuendo a determinare l'oggetto del divieto penale; la tesi che ravvisa nelle medesime soltanto un parametro, che rimane estraneo alla sfera penalistica, perchè destinato a fornire la regola giuridico-penale per il caso concreto, per quanto apparentemente assimilabile alla precedente, muove, come meglio si dirà, da un differente angolo visuale che finisce per connotare la soluzione di svariati problemi (ad es. in tema di rilevanza dell'errore) (359).

Non sempre le regole richiamate dal segno linguistico sono agevolmente individuabili, a causa della natura del parametro, nonchè dell'elasticità o mutevolezza delle stesse: è il caso, ad es., delle regole pedagogiche che offrono all'interprete il limite dell'uso lecito dei mezzi di correzione,

(358) Per un riferimento ad essi, con un'analisi strettamente legata ai presupposti della teoria « istituzionalistica », cfr. S. MESSINA, *La discrezionalità penale*, cit., p. 370 ss.; secondo l'Autore, tuttavia, il riferimento a queste regole « istituzionali » come procedimento di eterointegrazione concreterebbe la discrezionalità penale, in base all'assunto di partenza a suo tempo posto in luce.

(359) Sulla tesi che configura queste regole come *presupposti* del divieto penale cfr. PECORARO ALBANI, *Il reato di costruzione edilizia senza licenza, in particolare dell'errore su legge extrapenale*, in *Riv. giur. edilizia*, 1959, p. 25 ss. dell'estr.; IDEM, *Riserva di legge, regolamento, norma penale in bianco*, in *Scritti giur. in onore di A. DE MARSICO*, Milano, 1960, p. 330 ss. Per la confutazione della tesi della « presunzione » facciamo rinvio a quanto si dirà nella II Parte.

al di là del quale subentra l'abuso penalmente rilevante ex art. 571 c.p. (360). La norma penale deve tener dietro a questa variabilità del parametro, a seconda dei tempi e dei luoghi: il termine di «organi respiratori» che contrassegna talora, nella dottrina (361) gli elementi normativi non giuridici, ha riguardo alla funzione di costante raccordo con la mutevole realtà sociale che essi svolgono (362).

Talora, il legislatore penale, in luogo di cristallizzare tramite l'uso di elementi normativi non giuridici, un certo

(360) L'art. 571 c.p. delinea con l'«abuso» un concetto normativo talora di carattere giuridico, talaltra di carattere non giuridico, a seconda che le regole pedagogiche cui l'articolo stesso rinvia per l'individuazione dei mezzi di correzione o di disciplina consentiti siano o meno cristallizzate in norme giuridiche (si pensi, ad es., ai regolamenti scolastici che hanno fissato taluni orientamenti pedagogici circa i possibili mezzi di correzione adottabili nei rapporti insegnante-scolaro). Sul significato dell'«abuso» nell'art. 571 c.p. e sul suo fondamento talora giuridico-normativo, talaltra semplicemente normativo, a seconda del tipo di rapporti che intercorrono tra soggetto agente e soggetto passivo, cfr., fra gli altri: SERIO, *Sul reato di abuso dei mezzi di correzione*, in *Nuovo dir.*, 1961, p. 58 ss.

(361) Cfr., ad es., CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Studi sul processo civile*, vol. I, Padova, 1930, pp. 34-35 (l'Autore ritiene che rispetto ai concetti indeterminati della fattispecie non si possa parlare di discrezionalità, nel senso del diritto amministrativo, ma semmai di discrezionalità tecnica. Per questa tesi cfr. anche: BERNATZIK, *Rechtssprechung und materielle Rechtskraft*, 1886, p. 41 ss.; HERRNITT, *Grundlehren des Verwaltungsrechts*, 1921, p. 293 ss. Per una critica a tale concezione, cfr. VIRGA, *Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1957, p. 964; F. FERRARA, *Potere del legislatore e funzione del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 1911, p. 507 ss.).

(362) «La loro introduzione nell'ordinamento, e la loro concreta determinazione indipendentemente da una esplicita e rinnovata previsione legislativa, risponde alla necessità di ridurre, a mezzo di parametri variabili, la tensione che naturalmente si produce tra realtà giuridica e realtà sociale» Così efficacemente caratterizza la funzione degli elementi elastici, anche se con specifico riferimento al settore civilistico, RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, p. 1285. Differenzia acutamente questo rinvio della norma penale (o adeguamento di essa) alla mutevole realtà sociale, operato tramite gli elementi elastici, dal rinvio alla consuetudine, MARINUCCI, voce *Consuetudine (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961, p. 512.

stadio della realtà sociale, etica ecc., preferisce, nell'esplorazione di una funzione *propulsiva* che connota indubbiamente il diritto penale (363), anticipare o favorire il futuro e auspicabile evolversi di questa realtà. In tal caso, però, il dato non è più espressione di normazione sintetica, ma ha una sua autonoma rilevanza nell'ambito della fattispecie.

Questa autonoma significatività dell'elemento elastico — già riscontrata a proposito degli elementi normativi-giuridici — deve essere esplicitata (364) dalla norma penale in guisa da potersi agevolmente ricavare in sede ermeneutica: costituendo la finalità propulsiva del diritto penale un momento eccezionale rispetto a quella di mera conservazione.

3. Devono, a tal punto, esser sottoposti a vaglio critico taluni assunti ricorrenti con una certa frequenza in dottrina. Si tende (365), ad es., a stabilire un parallelismo tra l'utilizzazione normativa di elementi elastici e il carattere autoritario dell'ordinamento in cui essa avviene. Il discorso, malgrado la sua genericità, viene quasi esclusiva-

(363) Cfr., in proposito, le acute osservazioni di ANTOLISEI, *Manuale di dir. pen., Parte gen.*, Milano, 1963, p. 4 in polemica con DELOCU, *La loi penale et son application*, I, Alessandria d'Egitto, 1956-57, p. 241 ss., nota 4-bis.

(364) Il problema si pone, ad es., per l'art. 571 c.p. cui si vuole da taluno (cfr. ANTOLISEI, *Manuale di dir. pen., Parte spec.*, vol. I, cit., p. 355 ss.) attribuire la forza di modificare certi orientamenti pedagogici, tuttora diffusi, i quali ammettono la *vis modica* come mezzo di correzione consentito.

(365) Così, ad es., BETTOL, *Pena retributiva e poteri discrezionali del giudice penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1941, p. 113. Sottolinea, viceversa, il ricolligamento tra elementi normativi e ideologia imperialistica, LEKSCHAS, *Lehrbuch des Strafrechts der deutschen demokratischen Republik, All. Teil*, 1959, p. 282.

mente impostato con riferimento agli elementi di valore o normativi non giuridici, che diverrebbero fonte di possibile arbitrio negli ordinamenti di questo tipo. L'asserto deve essere meglio chiarito: anzitutto, esso ha riguardo agli elementi di valore indeterminati ossia a quei dati della fattispecie in cui il segno linguistico, malgrado ogni sforzo interpretativo facente leva anche sullo scopo della norma penale, non riesce ad esprimere il parametro valutativo ovvero ne indica uno estremamente equivoco. Si tenga, inoltre, presente la distinzione tra ordinamenti *omogenei* ed *eterogenei*, elaborata dalla dottrina per altri fini (366): i primi, espressione, da un punto di vista politico, di un sistema totalitario o autoritario, sono caratterizzati e fondati su di un'unica scala di valori che è la risultante dell'ideologia politica dominante. In questa prospettiva, gli elementi valutativi non corrono il rischio di essere indeterminati, posto che univoco appare sempre il parametro di valutazione. Sono, per contro, *eterogenei* quegli ordinamenti, a sfondo politicamente democratico, in cui la coesistenza di più ideologie determina la presenza di più scale di valori, talora parallele e più spesso contrastanti, che sono riflesse anche dalla legislazione penale. Nell'ambito di ordinamenti di questo tipo più facile è la tendenza dei c.d. *Wertbegriffe* ad assumere carattere indeterminato: infatti il parametro valutativo, se non è assolutamente precisato con riguardo ad una determinata scala di valore, finisce per apparire più frequentemente equivoco o contraddittorio. Così improntato, il discorso sembrerebbe comportare un

(366) Le locuzioni — ordinamenti omogenei ed eterogenei — sono usate, in una differente accezione, da G. GUARINO, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, Napoli, 1948, p. 20 ss.; IDEM, *Del sistema bicamerale*, in *Studi senesi*, 1953, p. 218.

rovesciamento delle posizioni tradizionali: meno frequenti sarebbero gli elementi elastici indeterminati, e con ciò le possibili fonti di arbitrio giudiziale, negli ordinamenti autoritari. Il rilievo avrebbe, però, un carattere superficiale, posto che l'apparente certezza cela in un ordinamento omogeneo arbitrî ben più gravi: quali l'arbitraria *reductio ad unum* della gamma di valori, espressione di ideologie diverse (367), che permette la configurazione in termini omogenei dell'ordinamento, nonchè l'estrema variabilità della scala unitaria di valori, quale espressione delle direttive del gruppo autoritario dominante (368). Si avverte, così, in qual senso va intesa l'equazione elementi elastici (come possibile fonte di arbitrio giudiziale) — carattere autoritario dell'ordinamento. Un ultimo rilievo: negli ordinamenti *eterogenei* di tipo instabile (369) gli elementi elastici possono fungere da veicolo di cui si serve il gruppo che tende a divenire dominante e a trasformare in omogeneo l'ordinamento, per infiltrare nella legislazione quei valori che costituiscono espressione dell'ideologia di tale gruppo: in questo senso ad es. le formule elastiche della legislazione penale della Repubblica di Weimar hanno preparato l'avvento del regime nazista (370).

(367) Può darsi che questa *reductio ad unum* non operi per tutta la gamma possibile di valori, ma soltanto per quelli che sono più strettamente connessi con l'intelaiatura del nuovo ordinamento autoritario; nei confronti degli altri, l'ordinamento può continuare ad apparire come *eterogeneo*.

(368) Per una felice caratterizzazione di questo processo, in virtù del quale l'ordinamento diviene un puro e semplice mezzo per l'attuazione dei fini arbitrari del gruppo autoritario dominante, cfr. CAPOGRASSI, *Il problema fondamentale*, in *Diritto naturale vigente*, 1951, p. 68.

(369) Con questa locuzione intendiamo alludere ad un ordinamento nel quale le diverse sfere di valori e di ideologie non coesistono armonicamente.

(370) A proposito di questo processo storico cfr. le attente considerazioni di BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, 1962, *passim*.

Da un altro punto di vista (371), si stabilisce una correlazione tra elementi elastici e prevenzione speciale: il prevalere delle istanze della difesa sociale avrebbe come correlato necessario un carattere sempre più elastico della norma penale. Anche questo orientamento, che ha prevalente riguardo ai c.d. *Wertbegriffe*, deve essere meglio impostato. A tal proposito, è opportuno distinguere tra elementi elastici determinati e indeterminati, secondo il criterio enunciato in precedenza. I primi, in quanto semplice espressione di normazione sintetica, risultano utilizzabili in ogni legislazione, quale che sia il fine da cui essa appare improntata (retributivo, di prevenzione generale o speciale). I secondi, per contro, in quanto risultato di una tecnica normativa imperfetta, si pongono in antitesi con ogni tipo di legislazione penale e di finalità della sanzione penale. Vero è, piuttosto, che il prevalere delle istanze della difesa sociale sposta l'accento dal fatto alla personalità dell'agente; conseguentemente, diviene meno urgente, l'ipoteizzazione astratta di comportamenti e di significati di valore, mentre acquista un rilievo preminente il giudizio del caso concreto e della singola individualità dell'autore. Il contrasto tra retribuzione e prevenzione generale, da un lato, e prevenzione speciale, dall'altro, è, soprattutto (372), espressione di un'antitesi dialettica tra l'astratto e il concreto e, quindi, tra tipicità e discrezionalità. Posto che, come si dirà tra breve, discrezionalità ed elementi elastici indeterminati sono fenomeni distinti, aventi solo momenti marginali in

(371) Tale connessione è frequentemente sottolineata: per tutti, DROST, *Das Ermessen des Strafrichters*, cit., *passim*, in particolare, p. 231; cfr. di recente, ENGISCH, rec. a WARDA, *Dogmatische Grundlagen*, cit., in *ZStW*, 1963, p. 620.

(372) Nei limiti in cui, cioè, il perseguimento della finalità di prevenzione speciale postula una più attenta valutazione della personalità del reo.

favore della correlazione tra prevenzione speciale e discrezionalità (373).

Una chiarificazione conclusiva: l'*excursus* compiuto ha cercato di fissare, sia pure genericamente, il limite a partire dal quale i vari elementi della fattispecie penale possono ritenersi indeterminati. Quanto agli elementi meramente descrittivi, si ha *indeterminatezza* allorquando, malgrado ogni sforzo ermeneutico, il segno linguistico non riesce ad esprimere univocamente la realtà naturalistica richiamata (374); quanto agli elementi elastici a carattere quantitativo o temporale, allorquando estremamente ampia risulta la zona di « possibili decisioni » (*Beurteilungsspielraum*) o ristretto il margine positivo o negativo di sicurezza; quanto, infine, agli elementi normativi in senso ampio, laddove il segno linguistico non riesce a connotare il parametro valutativo ovvero quest'ultimo non è in grado di esprimere univocamente la regola per il caso concreto. Nessun margine, per lo meno diretto (375), di indeterminatezza è, viceversa, possibile per gli elementi normativi giuridici. E allora: come meglio si chiarirà in seguito, allorchè l'elemento normativo è contrassegnato da un segno linguistico che lascia aperto il dubbio se esso vada inteso in senso rigorosamente giuridico o generi-

(373) Pone l'accento su tale correlazione, soprattutto, NUVOLONE, *Il principio di legalità*, cit., p. 240 ss.

(374) In tal senso, qualche dubbio sulla determinatezza della locuzione « .. altro disastro » di cui all'art. 434 c.p. e sulla sua legittimità costituzionale in rapporto all'art. 25 comma 2°, solleva MARINUCCI, voce *Crollo di costruzioni*, cit., p. 411. Su questa formula che presenta talune affinità con quelle che legittimano *esplicitamente* l'interprete all'uso del procedimento analogico, si avrà occasione di tornare nell'ulteriore sviluppo dell'indagine.

(375) Cfr. la nota (356).

camente normativo, l'interprete *deve* propendere — e la matrice di questo dovere è, come si dirà, anche di natura costituzionale — per la soluzione restrittiva, se quella estensiva sia tale da dilatare in misura *indeterminata* la portata del dato; contrariamente, qualora nella fattispecie sussista un aggancio ermeneutico tale da frenare entro un limite determinato l'ampia accezione del requisito normativo. Così l'«ingiustizia» del fatto offensivo *ex art. 599 comma 2° c.p.* può essere accolta in senso ampio (elemento normativo non giuridico) trovando un limite nello stato d'ira che essa deve causalmente provocare (376).

(376) Analogamente può dirsi per l'attenuante di cui all'art. 62 n. 2 c.p. (per quest'ampia accezione dell'«ingiustizia» del fatto è la giurisprudenza prevalente: cfr., per tutte, Cass. 15 febbraio 1960, P.M. in c. Floris, in *Riv. it. dir. pen.*, 1961, p. 806 ss. con nota contraria di C. MARINI, *Il fatto «ingiusto» nella provocazione*). Da parte di taluno (cfr., ad es., C. MARINI, *op. cit.*, p. 808) si sottolinea l'inevitabile pericolo insito in questo atteggiamento interpretativo: «esso — si nota — affida, infatti, ad una casistica incontrollata, ed incontrollabile, il compito, in verità non facile, di determinare in concreto il contenuto effettivo della disposizione *de qua* e ne estende indebitamente l'ambito di operatività, il che certo non risponde alle intenzioni del legislatore». Il pericolo è, tuttavia, a nostro avviso, eliminato dall'aggancio d'ordine psichico conseguente al fatto «ingiusto»; in altri termini: sarà rilevante *ex art. 62 n. 2 c.p.* ogni stato d'ira proprio di una persona *normale*. I dubbi circa i valori (etici ecc.) da assumersi quale parametro, significativi in altre circostanze, soprattutto a causa del carattere *eterogeneo* del nostro ordinamento, sono neutralizzati dalla forza prevalente del dato psichico: ed è indubbio che la *ratio* attenuante di questa circostanza si incentra, soprattutto, su questo secondo requisito. Per un'ampia accezione dell'«ingiustizia» del fatto nell'art. 61 n. 2 c.p. e nell'art. 599 cpv. c.p., cfr., fra gli altri: COLACCI, *Appunti su la provocazione*, in *Arch. pen.*, 1959, I, p. 117 ss.; DALIA, *Offesa ingiusta e fatto ingiusto altrui nel diritto penale*, *ivi*, 1963, I, p. 37 ss. Tuttavia: mentre il DALIA esattamente considera l'attività del giudice, rivolta all'apprezzamento dell'«ingiustizia» (anche assunta quale elemento normativo non giuridico), come attività di interpretazione, rivolta alla chiarificazione del dettato legislativo, il COLACCI ritiene trattarsi di discrezionalità, posto che all'uopo occorre un'attività valutativa e non meramente conoscitiva da parte del giudice. L'aprioristica identificazione tra discrezionalità e valutazione, la quale finisce per attribuire all'interpretazione un ruolo meramente meccanicistico, balza in tal

4. Nell'ipotesi di elementi elastici — locuzione da intendersi comprensiva degli elementi descrittivi indeterminati, dei requisiti di tipo quantitativo o temporale e, infine,

modo evidente. Da questa premessa all'identificazione del processo rivolto all'individuazione del parametro (etico ecc.) di valutazione del caso concreto come giudizio di merito, e, perciò, insindacabile in cassazione, il passo è breve. Per contro: nei casi in cui manchi un aggancio tale da frenare la eccessiva dilatazione dell'elemento normativo, l'« ingiustizia » va assunta in senso strettamente giuridico. Così dicasi per l'« ingiustizia » dell'offesa in tema di legittima difesa (art. 52 c.p.): soluzione che è conforme a quella assunta dalla migliore dottrina in ordine a tale scriminante (per tutti, cfr. ANTOLISEI, *Manuale di dir. pen. parte gen.*, 5ª ed., cit., p. 220), nonché alla *ratio* della stessa. Ugualmente dicasi per i casi in cui l'« ingiustizia » figura quale requisito del profitto o del danno, soprattutto nei delitti contro il patrimonio (ad es., art. 629 c.p.): quivi si tratta, inoltre, di stabilire se la locuzione sia il riflesso delle modalità antiggiuridiche oppure di un'autonomia contrarietà del profitto o del danno con certe altre norme. È il problema della c.d. antiggiuridicità speciale (da ultimo, sul punto vd. CONCAS, *La garanzia penale del segreto istruttorio*, loc. cit.) che esula, per il momento, dall'indagine. E ancora: analogo ragionamento va fatto per l'« ingiusto » abbandono di cui all'art. 561 c.p. (*contra*, DALIA, *Offesa ingiusta*, cit., p. 38), nonché per le varie formule « senza giusta causa » o « senza giusto motivo » che ricorrono di frequente sia nel codice penale (cfr., ad es., gli art. 616 ult. comma, 622, 652, 731, 732 c.p.), sia nelle leggi speciali (cfr., ad es., l'art. 235 legge fallimentare, gli art. 111, 113, 129, 130, 147 comma 2º, 148, 151 c.p.m.p.). Queste formule, sulle quali ritorneremo ampiamente nel corso della III Parte, assumerebbero, altrimenti, una portata estremamente vasta e tale da neutralizzare il significato dell'incriminazione, in contrasto con l'esigenza, che vedremo anche espressa dalla Costituzione, di tassatività della fattispecie penale; e ciò pur conservando alle stesse una significazione astratta, propria di formule di normazione sintetica. Oppure esse assumerebbero il carattere di mere formule equitative, senza alcuna significatività astratta (indirizzo che, talora, emerge in sede giurisprudenziale: sul punto cfr. il nostro *Riflessi sistematici*, cit., pp. 135-136, nota 171)). In sintesi: la locuzione « ingiusto », a differenza di quelle « illegittimo » o « antiggiuridico » che esprimono, in senso tecnico (per la prima cfr. comunque, l'art. 587 c.p., dove la locuzione, in specie se riferita a tutte le relazioni ivi ipotizzate, assume un significato più ampio), l'antitesi con norme giuridiche, ha un'accezione tecnica più ampia che, tuttavia, si restringe in relazione alle esigenze di tassatività proprie della norma penale, salvo che intervenga un ulteriore elemento di aggancio che ne freni l'eccessiva dilatazione (*contra*, C. MARINI, *Il fatto « ingiusto »*, cit., p. 806 ss.). Figura, inoltre, in talune norme penali (cfr. ad es., gli art. 637-638, 727 c.p.) la locuzione « sen-

degli elementi normativi in senso ampio — il caso concreto non ha la funzione di esprimere un significato idoneo a far scattare il trattamento penale, poichè questo è già fissato in forma astratta, anche se talora indeterminata, attraverso un segno normativo. Quando si afferma (377) che per tali elementi ha valore decisivo il caso concreto, si vuole solamente dire che, essendo il valore espresso da una locuzione astratta ovvero in forma di normazione sintetica, il caso serve a risolvere la medesima nelle sue parti componenti, cioè a ricavare, tramite il parametro valutativo, la regola per il singolo episodio. Si tratta, in altri termini, di individuare il significato da attribuire al caso concreto, già previsto in astratto dal legislatore e inglobato in un dato di normazione sintetica.

Siamo agli antipodi della discrezionalità che presuppone, per contro, l'impossibilità di stabilire in astratto il significato o il valore (positivo o negativo) di un certo fatto, posto che esso dipende dalle sfumature del caso concreto e dalla personalità dell'agente. Il riscontro di tale affermazione appare evidente raffrontando « i motivi di particolare

za necessità » nella quale si vuole ravvisare l'espressione di un rinvio equitativo al caso concreto. La tesi, che lascia filtrare la valutazione discrezionale del giudice nell'ambito della fattispecie penale e che, pertanto, si pone in antitesi con l'esigenza di tassatività che, come si vedrà, è costituzionalmente affermata (art. 25), non appare persuasiva. Invero — e la dimostrazione dell'assunto sarà svolta nel corso della III Parte — queste formule sono *funzionalmente* dirette ad estendere la scriminante dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p. fino al suo limite logico, ossia ad ammetterne l'operatività anche nel caso in cui la necessità si rapporti ad un pericolo attuale di un danno grave a beni diversi da quelli strettamente inerenti alla persona. Significativa conferma dell'assunto, che restituisce alla formula un valore e una tipicità astratta, è l'ultimo capoverso dell'art. 638 c.p., il quale delinea un'ipotesi presunta di necessità (sul punto cfr. M. CASTELNUOVO-TEDESCO, *Il concetto di necessità nei reati di uccisione, danneggiamento e maltrattamento di animali*, in *Riv. dir. agr.*, 1951, p. 314 ss.).

(377) Sul punto cfr. WARDA, *Dogmatische Grundlagen*, cit., p. 32 ss.

valore morale o sociale» di cui all'art. 62 n. 1 c.p. con « i motivi a delinquere » di cui all'art. 133 2^a p. n. 1 ovvero con l'art. 62 *bis* c.p. Nel primo caso il legislatore raggruppa, nella forma della normazione sintetica, tutti quegli impulsi soggettivi che posseggono un indiscutibile valore positivo, quali che siano le sfumature del fatto realizzato o le caratteristiche dell'agente: compito dell'interprete è solo quello di scoprire il parametro valutativo alla luce del quale risolvere la normazione sintetica (378). Nel secondo caso il legislatore non richiama, sia pure *per relationem*, tutti quei motivi che posseggono univocamente un certo significato, ma quegli impulsi che rivestono un valore positivo o negativo a seconda del tipo di fatto che essi hanno determinato ovvero della personalità di cui sono sintomo. Così il motivo della gelosia a volte può denotare una più intensa capacità a delinquere, talora, invece, una minore responsabilità, costituendo la base per l'applicabilità delle attenuanti generiche (379). Manca in questi casi il primo fondamento

(378) Così, ad es., si raffronti l'art. 62 n. 1 c.p. che implica una formula di normazione sintetica con l'art. 311 c.p. che ha natura discrezionale, poichè non indica il significato di valore che deve possedere il motivo, per produrre l'effetto attenuante.

(379) Non coglie questa differenza il CORDERO (*Tre studi sulle prove penali, Scrittura e oralità nel processo penale*, Milano, 1963, p. 192, nota 33) il quale, in polemica con M. MASSA, ribadisce l'identità del fenomeno dell'indeterminatezza del concetto con quello della discrezionalità, sotto la comune etichetta del processo di eterointegrazione e della situazione soggettiva finale *doverosa* che fa capo al giudice. In tal modo il CORDERO non avverte, però, che nel primo caso un significato astratto esiste, anche se espresso con una tecnica particolare (normazione sintetica) o imprecisa; mentre nel secondo (e l'esempio paradigmatico è offerto dall'art. 133 c.p.) vi è un'esplicita rinuncia a porlo. La tendenza ad equiparare i due fenomeni non è, tuttavia, infrequente: si pensi, ad es. alla recente sentenza Cass. 12 ottobre 1962, Ruocco ric., in *Foro it.*, 1963, II, c. 9 la quale pone sullo stesso piano, come espressione dell'identico fenomeno di discrezionalità, l'art. 61 n. 7 (l'aver... cagionato... un danno patrimoniale di rilevante gravità), con le aggravanti c.d. *indefinite* che consistono in un generico riferi-

della normazione sintetica: ossia l'univocità e l'astrattezza del significato di determinati comportamenti.

Analogo discorso va fatto per gli elementi elastici che hanno carattere indeterminato: non si deve, infatti, confondere la difficoltà di risolvere il dato di normazione sintetica, cioè di individuare il significato astratto con l'esplicita rinuncia a farlo da parte del legislatore. Il primo è fenomeno che attiene ad un'imperfetta tecnica normativa, il secondo nasce da una più profonda ragione equitativa (necessità del giudizio del caso concreto). La diversità di valore che assume il riferimento al caso concreto a seconda che si tratti di elementi elastici ovvero di discrezionalità dimostra l'assurdità di quella posizione (380), soprattutto

mento alla « particolare gravità del fatto ». L'equivoco è evidente, come si è di già avuto occasione di dimostrare: l'art. 61 n. 7 c.p., infatti, fornisce al giudice un'indicazione inequivoca circa l'oggetto della valutazione di gravità, costituito dal danno, anche se lascia al giudice un margine di apprezzamento elastico per quanto attiene all'entità del danno arrecato. Nelle aggravanti c.d. *indefinite*, per contro, vi è l'intenzionale rinuncia da parte del legislatore a determinare l'oggetto della valutazione. I criteri di valutazione saranno quelli di cui alla prima parte dell'art. 133 c.p.: senonchè tale precisazione non riveste alcun valore posto che trattasi di *tutti i possibili* fattori utilizzabili per apprezzare la gravità e che, inoltre, essi sono indicati in forma *equivoca*, senza riferimento al loro preciso valore aggravante o attenuante.

(380) Quanto a tale posizione, con riferimento anche all'esperienza giurisprudenziale di altri paesi, cfr., per tutti, il recente volume *Le fait et le droit - Etudes de logique juridique*, Bruxelles, 1961 (fra i vari studi segnaliamo, in particolare, quelli di ASCARELLI, *Le fait et le droit devant la Cour de Cassation italienne*, p. 113 ss. e di K. ENGISCH, *Le fait et le droit en droit allemand*, p. 27 ss.; del volume cfr. la recensione di POGGESCHI, in *Riv. trim. dir. e proc. pen.*, 1963, p. 255 ss.). Alla base di questa impostazione gioca un ruolo decisivo la concezione « relativistica » dei giudizi di valore, connessi ai concetti indeterminati, che ne ribadisce, di conseguenza, l'incontrollabilità. Sul punto, anche per i relativi richiami bibliografici, DE MARINI, *Il giudizio d'equità*, cit., p. 101 ss. *Contra*, tuttavia, M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., *passim*, appoggiandosi ad una parte della dottrina (per i relativi richiami bibliografici rinviamo a questo studio del MASSA).

giurisprudenziale, la quale reputa sottratto al sindacato della Corte Suprema l'apprezzamento degli elementi elastici. Altro è, infatti, l'accertamento del fatto (*Tatsachenvorstellung*), altro l'individuazione del significato astratto, cioè della qualificazione penalistica del medesimo: questo secondo processo (381), per la particolare complessità che esso presenta nei casi in cui il significato è inglobato in una locuzione generica ovvero in una formula di normazione sintetica, non può sfuggire, *a fortiori* (382), al controllo della Cassazione. La stessa indeterminatezza del dato elastico non è motivo sufficiente per escludere il sindacato: anzi l'intervento chiarificatore della Corte è sollecitato dalla necessità di riportare uniformità di indirizzo (383) in

(381) Questo processo si sostanzia nel ricavare la regola (estranea alla norma penale) per la valutazione e qualificazione del caso concreto, già sinteticamente assorbita dal segno linguistico usato dal legislatore. Per la sindacabilità dell'apprezzamento dei concetti indeterminati, facciamo rinvio al classico studio di MARTY, *La distinction du fait et du droit*, Paris, 1929, in particolare, p. 257 ss. L'Autore esclude dal controllo soltanto quelle nozioni imprecise per le quali è necessaria una « appreciation morale ou consciencieuse » del giudice ovvero un ricorso al suo « sentiment intime »; facendo sostanzialmente riferimento a quel margine ineliminabile di folgorazione intuitiva che i concetti normativi o elastici (si pensi, ad es., a quelli che implicano un apprezzamento di tipo quantitativo o temporale), così come quelli descrittivi, talora, postulano dal giudice. Nè è, per questo, possibile parlare di discrezionalità: chiara è nel MARTY la consapevolezza critica circa i criteri differenziali intercorrenti tra concetti indeterminati e discrezionalità (cfr. p. 127 ss.).

(382) Ciò in forza della necessità di pervenire, tramite il contributo della Corte Suprema, ad una sempre più precisa chiarificazione del significato astratto espresso dal concetto indeterminato ovvero ad una sempre maggiore delimitazione del c.d. *Beurteilungsspielraum*. Diversamente per i casi di discrezionalità: per la contraddizione che non lo consente, posto che il legislatore, conferendo al giudice il potere di decidere in rapporto al singolo caso concreto, è partito dal presupposto di astenersi dal dettare soluzioni di carattere generale, per un'impossibilità pratica di tipizzazione. Il punto è esattamente colto da MARTY, *La distinction du fait et du droit*, cit., p. 366, nota (2).

(383) In base all'art. 65 del nostro ordinamento giudiziario, infatti, la

Esaminiamo ora in quale rapporto si trovi il concetto di fattispecie in genere e penale, in ispecie, con il duplice fenomeno della discrezionalità e degli elementi elastici: anche al fine di constatare se abbia un fondamento razionale, alla luce delle premesse da noi poste, la locuzione « fattispecie costruita in forma discrezionale » frequentemente ricorrente in dottrina (384).

Fattispecie legale (385) significa letteralmente ipotizzazione astratta di una condotta o di un fatto (« specie di fatto ») ovvero, dando alla locuzione un contenuto pregnante (386), significazione astratta di un certo valore. Mediante una forzatura terminologica e sostanziale si può an-

Corte di Cassazione « quale organo supremo della giustizia » assicura « la esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge... ». A questa funzione della Corte Suprema si richiama esplicitamente MARTY, *op. cit.*, p. 363. Cfr. inoltre, il volume *Le fait et le droit*, cit., *passim*. Per alcuni cenni in proposito, da un punto di vista generale: PANNAIN, *Considerazioni sulle funzioni della Corte di Cassazione*, in *Rass. magistr.*, 1961, p. 89 ss.; v. PIOLETTI, *La Corte Suprema di Cassazione e l'uniforme interpretazione della legge*, in *Riv. pen.*, 1961, I, p. 142 ss. Questa esigenza di garantire « l'uniforme interpretazione della legge » non sussiste per la contraddizione che non lo consente, in tema di discrezionalità che è giudizio del caso singolo. L'intervento della Corte Suprema in tal settore si giustifica solo entro i limiti in cui è diretto a salvaguardare il rispetto della legalità e l'applicazione del diritto nell'esercizio del potere discrezionale (rispetto della funzione e dello scopo; osservanza degli eventuali limiti intrinseci; rigore logico nel processo di estrazione del significato di valore del caso concreto, controllabile tramite la motivazione).

(384) Cfr., ad es., CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., p. 171.

(385) Per un'analisi del concetto cfr., da ultimo, MAIORCA, voce *Fatto giuridico - Fattispecie*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1961, p. 111 ss. cui rinviamo per le relative citazioni bibliografiche.

(386) Per questa progressiva assunzione di un significato pregnante da parte della nozione di *Tatbestand*, cfr., in prospettiva storica, SCHWEIKERT, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling*, 1957.

che parlare di *Tatbestand* soggettivo (387). La forzatura è, in realtà, soltanto parziale se si tiene conto che spesso il processo di tipicizzazione di una certa personalità si snoda tramite la descrizione di elementi oggettivi che possiedono particolare valore sintomatico (388). Da un punto di vista sostanziale, tuttavia, è innegabile che la tipologia soggettiva, rivelandosi soprattutto nel caso concreto, oppone notevole resistenza ad una schematizzazione in termini astratti (389).

Così intesa, la nozione di fattispecie appare pienamente conciliabile con gli elementi elastici determinati o indeterminati che appaiono, pur sempre, espressione di un significato astratto: lo schema della normazione sintetica si connota semplicemente come un peculiare modello di strutturazione (*per relationem*) della fattispecie (390). Al limite è, dunque, in sede civilistica, «fattispecie» quella dell'art. 2043 c.civ.: articolantesi sulla base di una formulazione libera («qualunque fatto doloso o colposo») e concludentesi (391) con un dato di normazione sintetica («in-

(387) In tal senso cfr. il nostro *Fatto del non imputabile e pericolosità*, cit., p. 124 ss.

(388) Impropiamente, viceversa, parlavamo nel nostro precedente lavoro (*op. e loc. cit.*) di fattispecie di pericolosità, anche nei casi in cui l'accertamento di questa è affidato totalmente al potere discrezionale del giudice nel caso concreto. Di *Tatbestand* della pericolosità si può, viceversa, parlare con riguardo sia agli elementi che costituiscono il limite estrinseco o intrinseco della valutazione discrezionale, sia al paradigma generale di cui all'art. 203 c.p.

(389) Sul punto, soprattutto, NUVOLONE, *Il controllo del potere discrezionale attribuito al giudice*, cit., p. 255.

(390) In tal senso, M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., p. 220.

(391) A proposito dell'art. 2043 c. civ. cfr. ROBOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 138, il quale, negando che sia possibile parlare di discrezionalità a proposito dell'art. 2043 c. civ. afferma: «... La complessa sequenza da cui consegue l'obbligo del risarcimento si presenta, quindi, come una fattispecie aperta, nella quale l'apprezzamento delle mo-

giustizia del danno »), da intendersi in senso rigorosamente giuridico(392). La peculiarità della fattispecie, non contraddetta dalla sua strutturazione *per relationem*, sta nel fatto che l'elemento normativo ne esaurisce la significatività di valore.

L'articolazione *libera* della prima parte suggerisce all'interprete la tematica delle fattispecie in forma libera (393), spesso scambiate per un fenomeno di discrezionalità (394). Solitamente si contrappongono le fattispecie a forma libera alle fattispecie a forma vincolata: nelle pri-

zialità del fatto dannoso, consente al giudice la possibilità di far ricorso a diversi criteri di responsabilità, *seguendo una indicazione già esplicita nella previsione legislativa* (il corsivo è nostro). Il giudice non è libero di costruire a suo piacimento la fattispecie, avendo il *legislatore già stabilito quale sia il punto di vista dal quale la ricostruzione deve essere effettuata*: parlare di arbitrio o di rinvio all'equità è allora inesatto, e la certezza del diritto non è in nulla vulnerata ». Quest'ultima affermazione, valida per il diritto civile, non lo è altrettanto in sede penale, dove la necessità di specificità della sanzione impone, come si dirà tra breve, un certo limite al processo di normazione sintetica: in questa prospettiva va collocato l'acuto rilievo di PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, p. 29, secondo cui clausole generali del tipo di quella del delitto civile costituiscono in sede penale un aggiramento sostanziale del principio di legalità.

(392) Sulla portata di questo requisito cfr., soprattutto, gli Autori citati alla nota (355).

(393) Nelle fattispecie a forma libera non v'è un'assenza di determinazione dell'oggetto della valutazione: il significato astratto della fattispecie è precisato, soltanto che si incentra tutto sulla puntualizzazione dell'evento lesivo. La mancanza di tipicizzazione delle modalità di realizzazione non dipende da una equivocità in astratto del loro significato, nè dalla impossibilità di fissarle tutte all'atto della normazione (ossia dal duplice fondamento che sta alla base della discrezionalità) bensì dall'*indifferenza* normativa verso il tipo di modalità realizzatrice dell'evento, nel raggio di quelle che risultano causalmente ad esso concatenate *ex art. 40-41 c.p.*

(394) Non pone, viceversa, in luce questa differenziazione del fenomeno della discrezionalità da quello della fattispecie in forma libera M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit.: l'Autore fissa soltanto il criterio differenziale quanto alle fattispecie in forma aperta (cfr. p. 33, nota (32) e p. 226).

me il legislatore, dopo aver tipicizzato l'evento lesivo, manifesta una totale indifferenza per la forma di produzione del medesimo, a condizione che si tratti di una condotta causalmente idonea a produrlo secondo i criteri fissati dagli art. 40-41 c.p. Il vuoto che caratterizza un settore della fattispecie è, pertanto, espressione di « indifferenza » legislativa nei confronti della posizione di un determinato significato astratto e non di indeterminatezza; siamo, inoltre, agli antipodi della discrezionalità, in cui l'assenza di ogni determinazione legislativa dipende dall'impossibilità di cogliere in astratto certi significati di valore. La contrapposizione tra fattispecie a forma libera e a forma vineolata presenta un rilievo, dunque, soltanto sotto il profilo della tecnica di strutturazione del *Tatbestand* penalistico. *Quid juris* di una fattispecie che, raggiungendo il limite massimo di espansione, decreta la punibilità di « qualunque fatto contrario agli interessi della società (o della classe lavoratrice ecc. (395)) »? La formula che, almeno esteriormente sembra autorizzare l'utilizzazione del procedimento analogico, è particolarmente frequente in ordinamenti di tipo autoritario (396). Solo im-

(395) Questo, infatti, il testo dell'art. 6 del codice penale sovietico sino all'approvazione dei Principi del dicembre 1958 che hanno fissato, almeno in chiave positiva (sul punto cfr. NAPOLITANO, *Il nuovo codice penale sovietico*, cit., p. 95 ss.), il principio di legalità: è considerato reato « ogni azione od omissione socialmente pericolosa diretta contro il regime sovietico o contro l'ordine giuridico instaurato dal Governo degli operai e dei contadini per il periodo del passaggio al comunismo ». Affine sul piano della tecnica di struttura, ma facente appello al *gesundes Volksempfinden*, la formula del § 2 del codice penale germanico, modificato durante il regime nazista: sul punto, cfr. per tutti, NUVOLONE, *La riforma del codice penale germanico*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1938, p. 530 ss.

(396) Per clausole generali di questo tipo si può effettivamente parlare di una correlazione necessaria con il carattere autoritario dell'ordinamento

propriamente è possibile parlare per essa di « fattispecie » in senso tecnico, poichè il significato astratto espresso dalla formula è quello proprio di ogni reato il quale, per la contraddizione che non lo consente, non può che avere come parametro costante l'interesse della società, anche se diversamente atteggiandosi a seconda della struttura politico-istituzionale della stessa. La formula autorizza, piuttosto, il giudice a decidere circa il significato penalistico del caso concreto, sia pure con il limite rappresentato dall'interesse sociale.

Trattasi di un potere discrezionale avente per contenuto la qualificazione penalistica del singolo caso: assimilabile piuttosto all'attività creativa del legislatore che non alla discrezionalità nell'accezione da noi precisata, posto che quivi il rinvio al caso concreto non è dettato dall'impossibilità di cogliere in astratto un univoco significato di valore, bensì da una *ratio* di mera opportunità politica (397).

La nozione di fattispecie non è, viceversa, neutralizzata dalla sua strutturazione in forma elastica ovvero mediante il rinvio a settori di valutazione diversi da quello rigorosamente penalistico: la dottrina (398) parla in que-

(sul punto, cfr. CLASS, *Generalklauseln im Strafrecht*, in *Festschrift für Eb. SCHMIDT*, 1961, p. 130).

(397) Non deve apparire strano il fatto che in un ordinamento di tipo autoritario il giudice finisca per disporre di poteri così ampi, se si tien conto dello stretto legame che in esso lega il potere giudiziario all'esecutivo.

(398) Sulla nozione di « fattispecie aperte », cfr., da un punto di vista critico, ROXIN, *Offene Tatbestände*, cit., *passim*, cui rinviamo, altresì, per un completo panorama della letteratura tedesca in proposito (cfr. anche la nostra recensione al vol. di ROXIN, in *Bollettino Ist. dir. e proc. pen. Univ. Pavia*, 1961-62, p. 295 ss.). Di recente, cfr. SCHAFFSTEIN, *Tatbestandsirrtum und Verbotssirrtum*, in *Göttinger Festschrift für das Oberlandesgerichts*, 1961, p. 189.

significato astratto anche se *per relationem* (399). Il carattere determinato o indeterminato degli elementi elastici acquista rilievo non tanto ai fini della nozione astratta di fattispecie, quanto piuttosto con riguardo a quella strettamente penalistica, posto che, come meglio si dirà, la tassatività appare, anche per riconoscimento costituzionale, connotato essenziale della norma penale. Un'ulteriore caratterizzazione della fattispecie penalistica può essere, fin d'ora, messa in luce. Come s'è detto in precedenza, vi sono concetti di valore che rivestono un ruolo soltanto marginale nella fattispecie ed altri che ne esauriscono il significato; e, inoltre, mentre alcuni di essi rinviano ad un campo di valori o di norme circoscritto (es. altruità nel furto), altri si riferiscono ad un settore valutativo estremamente ampio (si pensi, ad es., all'« ingiustizia » del danno *ex art.* 2043 cod. civ.). Quale che sia la posizione o il ruolo che il

(399) Sul punto cfr. M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., p. 33, nota (32). L'Autore non avverte, tuttavia, come la nozione di *offene Tatbestände* non sia stata sviluppata tanto al fine di sottolinearne il carattere discrezionale, per l'indeterminatezza della valutazioni cui esse fanno rinvio, quanto piuttosto al fine di scindere la fattispecie dalle qualificazioni di tipo normativo, anche giuridico (per le quali non si pone nessun problema di discrezionalità): e direi, soprattutto, posto che la teoria è sorta proprio in relazione ai casi di antigiuridicità speciale. In altri termini — si dice — mentre laddove questi elementi normativi non sussistono, il giudizio di conformità alla fattispecie implica altresì il giudizio di antigiuridicità, per gli *offene Tatbestände* i due momenti divengono logicamente distinti. Su questa tesi, che svirilizza praticamente l'essenza della fattispecie, riducendola ad un contenuto meramente descrittivo, si tornerà fra breve in chiave critica. Cfr. per taluni interessanti rilievi d'ordine generale: A. DI MAJO GIAQUINTO, *Profili dei diritti della personalità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, p. 78, nota (50): l'Autore riconosce come la conversione della distinzione fattispecie-effetto giuridico nella dicotomia « costruzione tipologica della realtà-disciplina giuridica » sia ispirata dalla esigenza di ricondurre alla sfera della disciplina giuridica le « componenti normative » della fattispecie.

concetto assolve nel quadro della fattispecie, in ogni caso il campo di valori da esso richiamato non può essere tale da togliere al *Tatbestand* la possibilità di significare un disvalore specifico. La fattispecie penale presenta, infatti, la caratteristica di conotare un comportamento qualificato da un disvalore *necessariamente* specifico; ove la *necessaria* specificità è conseguenza del fatto che il disvalore è esprimibile tramite una certa misura di sanzione penale, sia pure compresa entro uno *Strafrahme* (400) che non può essere, come vedremo, eccessivamente dilatato. Non sarebbe, pertanto concepibile una fattispecie penale strutturata alla stessa guisa dell'art. 2043 c. civ., in quest'ultima l'estrema ampiezza e genericità del disvalore essendo resa possibile dal tipo di particolare sanzione (risarcimento del danno) (401).

A questo aspetto della fattispecie penale si vuole alludere quando si parla (402) di una *tipicità* dell'illecito penale come connotato distintivo rispetto alle altre forme di illecito e, in particolare, a quello civile: nel senso che esso si articola attraverso una serie di fattispecie che costituiscono una gamma di specifici disvalori, penalisticamente rilevanti.

Questi rilievi in ordine alla nozione penalistica di fattispecie hanno, in tal sede, un valore soltanto marginale: l'argomento sarà ulteriormente ripreso e approfondito sia, sotto il profilo costituzionale, nella II^a Parte sia, per gli aspetti di dettaglio, nella III^a Parte.

(400) Sottolinea la significatività della *Strafdrohung* per la caratterizzazione, valutazione e interpretazione del *Tatbestand* penalistico, sia pure da un differente angolo visuale, MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz-Kommentar*, 1963, p. 38.

(401) Per talune differenze tra i due tipi di sanzioni, sotto il profilo, però, della loro commisurazione, cfr., di recente, BAUMANN, *Grenzen der individuellen Gerechtigkeit im Strafrecht*, cit., p. 120.

(402) Cfr., ad es., PEDRAZZI, *Inganno ed errore*, cit., p. 29.

Un punto deve, per il momento ritenersi acquisito: la locuzione « fattispecie costruita in forma discrezionale » è assolutamente impropria. Discrezionalità e fattispecie (legale) sono termini fra di loro incompatibili; dove v'è discrezionalità, non è possibile parlare di fattispecie o, comunque, di elementi di fattispecie (402-bis). Anche la espressione *Tatbestandsermessen*, che ricorre di frequente nella dottrina tedesca, non ha ragion d'essere sotto un duplice profilo. Se assunta in contrapposizione a *Rechtsfolgenermessen* per connotare la discrezionalità che verte sui presupposti e non sulle conseguenze giuridiche, essa è impropria, poichè anche l'*Ermessen* relativa alle conseguenze si traduce sostanzialmente in una forma di accertamento discrezionale dei presupposti delle stesse. Se, per contro, con questa locuzione si vuole segnalare la peculiarità di un *Tatbestand* strutturato in chiave discrezionale, si finisce per incorrere in una contraddizione in termini, se è vero che discrezionalità significa rinuncia a fissare significati astratti. Di *Tatbestandsermessen* si può continuare a parlare, in sede penalistica, solo per esprimere quella discrezionalità che verte su elementi i quali dovrebbero trovare funzionalmente, ove fossero tipicizzati, la loro collocazione dogmatica nel quadro della fattispecie legale.

L'asserto dovrà essere tenuto presente allorquando si

(402-bis) Del resto già si controverte circa la configurabilità di una fattispecie a contenuto eccessivamente dilatato: laddove questa dilatazione non dipenda da una sua preminente strutturazione in chiave di normazione sintetica (com'è il caso dell'art. 2043 c. civ.). Così ad es. viene negata, su queste basi, decisamente l'ammissibilità di un « generale diritto della personalità » poichè ciò contrasterebbe con la funzione della fattispecie legale (in tal senso, A. DI MAJO GIAQUINTO, *Profili*, cit., p. 78), che è quella di tipicizzare in via astratta ma determinata tutte le vicende di vita di un determinato tipo (sul punto, LARENZ, *Das « allgemeine Persönlichkeitsrecht » im Recht der unerlaubten Handlungen*, in *NJW*, 1955, I, p. 523).

esamineranno i limiti entro i quali può, per disposizione costituzionale, far difetto, in materia penale ogni tipizzazione astratta.

5. Un'ulteriore chiarificazione: discrezionalità e interpretazione sono due categorie logiche distinte (403). Il procedimento ermeneutico è destinato ad operare fin dove esiste una significazione astratta da rendere esplicita nel caso concreto, indipendentemente dal grado di perfezione della tecnica normativa di tipizzazione: è, infatti, interpreta-

(403) Del problema si sono occupati quasi tutti gli Autori che hanno trattato il tema dell'interpretazione, della discrezionalità ovvero dei concetti indeterminati: ogni elencazione bibliografica rischierebbe, pertanto, di essere necessariamente incompleta. Per tutti si veda, comunque, WARD, *Dogmatische Grundlagen*, cit., p. 106 ss. Nella dottrina italiana vd., in particolare, BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, p. 55 ss.; a questo Autore si riallaccia LASERRA, *L'interpretazione della legge*, Napoli, 1955, p. 109 ss., allorchè ritiene la discrezionalità al di fuori del campo dell'interpretazione. La distinzione fra le due categorie logiche non viene intaccata dall'attribuzione all'interpretazione di un ruolo « creativo » e dall'individuazione in essa di un « costante momento di scelta » « ... inevitabile di fronte al contrasto tra la costante equivocità del testo e la necessità della soluzione del caso, necessità che pone sempre all'interprete il compito di risolvere l'equivocità del testo con una scelta che permetta la formulazione di una norma per la soluzione del caso » (così, ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, p. 351 ss. con postilla di F. CARNELUTTI, p. 363; dello stesso Autore, che si è occupato a lungo dell'argomento, cfr., inoltre, *In tema di interpretazione e di applicazione della legge*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, p. 14 ss., con risposta di F. CARNELUTTI, p. 22 ss.). A proposito del valore « creativo » dell'interpretazione cfr.: PUCLIATTI, *Conoscenza e diritto*, Milano, 1961, p. 52 ss.; TORRENTE, *Il giudice e il diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, p. 1261 ss. Infatti: nell'interpretazione si delinea sempre un certo rapporto fra il testo legale, che determina l'oggetto della valutazione giudiziale, sia pure in una forma costantemente equivoca per la sua astrattezza, e la norma ricavata dal primo in relazione al caso concreto; per contro, nella discrezionalità manca un testo legale nel senso sopra descritto (v'è soltanto la determinazione dello scopo della ricerca giudiziale nonchè di eventuali limiti) e la norma viene, perciò, suggerita e imposta dal caso concreto.

zione (404) anche l'attività di chiarificazione dei concetti elastici e indeterminati. Scartato ogni ricollegamento della discrezionalità con l'interpretazione, si tratta di verificare se ed entro quali limiti possa ritenersi fondata quella tendenza che l'assimila all'attività creativa del legislatore. Si badi: questo accostamento nasce, in gran parte, da una concezione dei due tipi di attività in chiave di assoluta libertà da ogni vincolo. E ancora: il giudice, secondo questo indirizzo (405), nell'esercizio del potere discrezionale, opererebbe in forza di una delega conferitagli dal legislatore; e la discrezionalità, concretandosi nella posizione di una regola per il caso concreto, opererebbe come fonte giudiziale di diritto (406). Ad un'attenta analisi si scoprono fra i due

(404) Talvolta, per sottolineare la particolare complessità dell'interpretazione in questi casi si parla di *gesetzgeberischen Ergänzungsfunktion des Auslegenden* (cfr. H. DÜTHER, *Unbestimmter Rechtsbegriff*, cit., p. 652). Analogamente, O. A. GERMANN, *Kommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch*, vol. I, *All. Teil*, 1953, p. 70 ss. distingue (pur sottolineando la difficoltà di trovare un criterio differenziale) tra *ergänzende freie Rechtsfindung (intra legem)* o interpretazione dei concetti indeterminati e la discrezionalità o *Ermessentscheid* (dello stesso Autore cfr. anche, *Zur Problematik des Ermessentscheide*, cit., p. 173 ss. e, di recente, *Methoden der Rechtsfindung*, in *Revue pénale suisse*, 1963, p. 365 ss.). Il criterio differenziale decisivo è, in ogni caso, secondo Germann, costituito dal punto di partenza: nell'interpretazione anche dei concetti indeterminati è sempre la norma, *in rapporto alla quale* va deciso il caso concreto, nella discrezionalità, sono le speciali circostanze del caso concreto, *in rapporto alle quali* va desunta la norma.

(405) *Contra*, viceversa, fra gli altri, J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, 1926, p. 160; B. HEILBRON, *Freies pflichtmässigen*, cit., p. 3. Sul punto, vd. S. MESSINA, *La discrezionalità*, cit., p. 152. ss.

(406) Per il carattere creativo (o legislativo) dell'attività discrezionale del giudice penale cfr. BETTI, *La creazione del diritto nella jurisdiction del pretore romano*, in *Studi in onore di CHIOVENDA*, 1927, p. 67 ss. L'affermazione va presa con le dovute riserve, in quanto derivante da una comparazione con l'attività del pretore romano, il quale operava, però, sulla base di presupposti nettamente differenti (sul punto cfr. dello stesso BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, 2ª ed., Padova, 1947, vol. I, p. 21 ss.; vd., inoltre, C. A. MASCHI, *Certezza del diritto e potere discrezionale del magi-*

tipi di attività singolari affinità, sotto il profilo del metodo, ed altrettanti elementi differenziali. Quanto al metodo: alla stessa stregua del legislatore il quale isola, in sede normativa, una serie di valori meritevoli di tutela penale, il giudice, nell'esercizio del potere discrezionale, coglie nelle infinite sfumature del caso concreto un significato penalisticamente rilevante (407). Quanto al profilo differenziale: il legislatore enuclea valori che presentano un rilievo univoco ed astratto, a differenza del giudice il quale formula una regola che ha un'efficacia circoscritta al solo caso concreto (408). E inoltre: non sembra corretto improntare i rapporti tra legislatore e giudice, quanto alla discrezionalità,

strato nel diritto romano, in *Studi in onore di C. A. JEMOLO*, vol. III, Milano, 1963, p. 413 ss.). Il problema dei rapporti fra discrezionalità e attività legislativa è particolarmente sentito nel diritto amministrativo: una rassegna bibliografica risulterebbe necessariamente incompleta. Per tutti cfr. ALESSI, *Sul concetto di attività discrezionale della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1935, p. 14; MORTATI, voce *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. V, Torino, 1960, p. 1099 ss. con relativi richiami bibliografici. In sede penale sostiene il carattere creativo (e legislativo) dell'attività discrezionale, DROST, *Das Ermessen*, cit., p. 77, non essendo l'astrattezza della norma, a suo avviso, una nota essenziale del concetto di diritto.

(407) Sul punto cfr. M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., p. 220.

(408) Diverso è il caso dell'art. 1 c. civ. svizzero: quivi, però, siamo in presenza di una forma di « equità » che si accosta notevolmente all'attività legislativa. Caratterizza felicemente questa diversa funzione della discrezionalità rispetto all'attività legislativa, PETROCELLI, *Norma penale e regolamento*, in *Scritti in onore di A. DE MARSICO*, cit., vol. II, p. 408, allorchè contrappone la determinazione della pena da parte del giudice nella sentenza di condanna, alla determinazione della pena da parte dell'organo amministrativo, entro il limite minimo e massimo stabilito dalla legge delega. Malgrado questa sia la funzione della discrezionalità, si assiste spesso ad un travisamento della stessa, allorchè la giurisprudenza, pur trovandosi ad esaminare un caso di specie, tende ad elaborare « ... una massima che in qualche modo si presenti come idonea ad essere applicata in avvenire a casi simili » (CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, p. 261).

nello schema della delega, posto che questo istituto (409) presuppone nel delegante la titolarità di quei poteri che formano oggetto della delega; mentre, per contro, la discrezionalità è, per definizione, impossibilità da parte del legislatore di fissare in forma astratta ed univoca determinati significati di valore. Più corretto appare, pertanto, ritenere il giudice investito di una situazione soggettiva doverosa, attribuitagli dal legislatore ed avente per contenuto l'esercizio dell'attività discrezionale.

Affinità e differenze i due tipi di attività presentano anche in rapporto alla loro essenza. Quanto all'attività legislativa in genere e penale, in specie, non è da ritenersi assolutamente libera (410), secondo una configurazione piuttosto frequente, dovendo soggiacere a vincoli di natura costituzionale che attengono anche al « modo di disciplina » (411): detto limite sarebbe, anzi, più ampio e rigoroso, qualora si ammettesse la possibilità di un sindacato pieno della Corte costituzionale anche riguardo all'eccesso di potere legislativo (412). Analogamente, seppure in forma più

(409) Cfr. G. MIELE, voce *Delega (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol XI, Milano, 1962, p. 905 ss.

(410) Sul punto della discrezionalità nell'attività legislativa cfr. S. MESSINA, *La discrezionalità penale*, cit., p. 364 ss. e bibliografia ivi richiamata. Cfr., di recente, PALADIN, *Legittimità e merito*, cit., p. 304 ss.

(411) Ribadisce efficacemente la forza vincolante delle disposizioni costituzionali sulla legislazione ordinaria, in specie penale, WOESSNER, *Generalklausel und Garantiefunktion der Strafgesetze*, in *NJW*, 1963, p. 273. A proposito del vincolo quanto al « modo di disciplina » cfr., in generale, AMATO, *Norme primarie e norme secondarie*, Milano, 1962, p. 114.

(412) Attualmente esso sembra bloccato dall'art. 28 della legge 11 marzo 1953 n. 87. In proposito cfr., fra gli altri: ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano*, vol. II, *Questioni di legittimità costituzionale promosse con ricorso*, Napoli, 1962, p. 184 ss., con esauriente panorama bibliografico; CARNELUTTI, *Eccesso di potere legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, II, p. 193 ss.; IDEM, *Il giudice e la lex in fraudem legis*, ivi, 1952, I, p. 9 ss.; CODACCI-PISANELLI, *Analisi delle funzioni sovrane*, Milano, 1946, p. 163 ss.;

sensibile, il giudice, valutando il caso concreto nella sua possibile gamma di significati, è vincolato allo scopo per cui è attribuito il potere discrezionale, nonchè a mantenere la ricerca nell'ambito di quei significati e valori che trovano riconoscimento nel sistema penale e ne formano il tessuto connettivo: senza poter sconfinare in valutazioni estranee (di mera opportunità ecc.). L'affinità fra i due tipi di attività va colta, dunque, anzichè sul terreno della mera assenza di limiti, seguendo un *iter* metodologico frequente, sul piano di una certa vincolatività, sia pure variamente graduata: attuazione dei principî costituzionali, per l'una, attuazione o concretizzazione degli scopi e dei significati del diritto penale, per l'altra. In linea differenziale è dato riscontrare che: mentre l'attività discrezionale può considerarsi oggetto di una situazione soggettiva doverosa facente capo al giudice, non altrettanto agevolmente può ravvisarsi un obbligo di legiferare su di una certa materia ovvero di attuare i principî costituzionali (413).

Il discorso si aprirebbe, in proposito, ad ampie e interessanti prospettive che ci condurrebbero lontano dal tema oggetto di indagine. Il punto che possiamo ritenere, comunque, acquisito è il seguente: la discrezionalità penale, nettamente distinta dal mero procedimento emergente, può

MORTATI, *Sull'eccesso del potere legislativo*, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, c. 486 ss.; IDEM, *Istituzioni di dir. pubbl.*, Padova, 1962, p. 993 ss.; PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, p. 993 ss. e, di recente, P. STELLA RICHTER, *Vizi dell'atto normativo e vizi della norma*, in *Giur. cost.*, 1963, p. 559, cui rinviamo per la più recente bibliografia.

(413) Sul punto cfr. le lucide osservazioni di M. GALLO, *Le garanzie costituzionali della libertà dell'uomo nella società*, in *I cattolici e lo Stato*, 1950, p. 96 ss.

assumersi, sia pur con i limiti accennati, come una *fonte* (414) (giudiziale) del diritto penale.

6. La posizione concettuale della discrezionalità penale non risulterebbe ancora sufficientemente chiara se non si delineassero i rapporti che intercorrono fra di essa e l'analogia. La confusione fra le due categorie non è soltanto ipotetica se si pon mente al fatto che talora la stessa analogia viene configurata come una forma di *Ermessen* (415).

Per risolvere il problema occorre anzitutto accennare, sia pure schematicamente, come il procedimento analogico viene inteso in dottrina. Secondo l'insegnamento della scuola di Vienna (416), l'analogia va costruita come *fonte del diritto*. Questa soluzione, che rende più sensibili gli elementi di affinità con la discrezionalità, deve però essere scartata poichè « trascura il significato che assume nel sistema nostro una norma, come quella dell'art. 12 disp. sulla legge in generale che autorizza (se, addirittura, non vincola) l'interprete a ricorrere all'analogia » (417).

Alla stregua di un'altra autorevole opinione (418) l'analogia va vista come *modo di interpretazione della singola norma giuridica*. L'impostazione è stata ritenuta, esatta-

(414) Con particolare incisività il CALAMANDREI (*La funzione della giurisprudenza*, cit., p. 260) afferma che nei casi in cui esercita un potere discrezionale il giudice diviene, anche senza accorgersene (entro i limiti sopra accennati) « creatore di diritto ».

(415) Un accenno critico in proposito trovasi in WARD, *Dogmatische Grundlagen*, cit., p. 12.

(416) A proposito di questa impostazione kelseniana cfr. CAIANI, voce *Analogia*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, p. 355.

(417) Così M. GALLO, *Appunti di diritto penale*. Anno Accademico 1962-1963, p. 30.

(418) Vd. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938; dello stesso Autore vd. la voce *Analogia*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. I, Torino, 1958, p. 601 ss.

mente, infondata, poichè muove da premesse insostenibili. Infatti — si è osservato (419) — « considerando l'analogia come modo di interpretazione di una norma secondo la sua vera *ratio*, si viene a porre in crisi la distinzione tra procedimento analogico e interpretazione estensiva; in realtà i due metodi appaiono nettamente distinti: quando si opera una interpretazione estensiva, si fa riferimento ad uno dei possibili contenuti dell'espressione significante, mentre nel caso dell'analogia si esce dai limiti della norma, nel senso che il caso concreto, cui la norma deve essere applicata, non può essere in alcun modo ricondotto sotto la fattispecie astratta contenuta nella norma stessa, sussistendo, come unico punto di contatto, una similitudine di *ratio* ».

Maggiormente fondata, alla luce del nostro diritto positivo, appare la tesi (420) che costruisce l'analogia come *modo di interpretazione dell'ordinamento giuridico*. Dal secondo comma dell'art. 12 disp. sulla legge in generale si ricava, infatti, che il legislatore ha inteso, tramite il procedimento analogico, colmare le c.d. lacune sostanziali dell'ordinamento giuridico.

Vediamo di chiarire le cadenze attraverso le quali si sviluppa tale punto di vista. L'art. 12, ricollegando a tutte le ipotesi che presentano un connotato di *similitudine* rispetto a quelle considerate esplicitamente in una serie di norme identiche conseguenze giuridiche, può immaginarsi scisso funzionalmente e logicamente in una serie di norme « le quali presentano, come fattispecie, ipotesi simili a quelle contemplate nelle norme a cui il procedimento analogico si applica, e come conseguenze le loro medesime conseguen-

(419) M. GALLO, *Appunti di dir. pen.*, cit., p. 30.

(420) Sul punto, M. GALLO, *Appunti di dir. pen.*, cit., p. 31.

ze» (421). Ad ogni fattispecie esplicita si affianca, dunque, un'ulteriore fattispecie che prevede una serie ulteriore di casi i quali, anzichè dettagliatamente previsti, sono sintetizzati da una locuzione (« casi simili ») che ne pone in evidenza il rapporto di similitudine con la fattispecie esplicita. Talora questo processo di strutturazione, implicitamente ricavabile dall'art. 12, è formulato dallo stesso legislatore. Alludiamo a quelle norme penali le quali, dopo aver indicato una serie di ipotesi esplicite, si concludono con un generico riferimento a « casi simili » o « ipotesi analoghe ». Modello paradigmatico — anche perchè ha formato oggetto di un'eccezione di illegittimità costituzionale respinta dalla Corte (422) — di questo tipo di tecnica normativa può essere ritenuto l'art. 121 T.U. leggi di P.S., allorchè dispone che: « ... non può essere esercitato il mestiere ambulante di venditore o distributore di merci, generi alimentari o bevande, di scritti o disegni, di cenciaiolo, saltimbanco, cantante, suonatore... e *mestieri analoghi* ». Di queste formule si tornerà a parlare nella II e III parte, allorchè si dimostrerà, fra l'altro, come talune di esse costituiscano l'espressione di un fenomeno distinto da quello analogico (423).

(421) M. GALLO, *Appunti di dir. pen.*, cit., p. 31. In proposito cfr. anche le acute osservazioni di C. F. GROSSO, *L'art. 121 Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza 18-6-1931 n. 1773 e il divieto di analogia in diritto penale*, in *Giur. it.*, 1961, p. 13 ss. estr., cui rinviamo per le relative citazioni bibliografiche.

(422) Cfr. Corte Cost. 27 maggio 1961 n. 27, in *Giur. it.*, 1961, I, 1 c. 1043 ss.

(423) Si distinguerà, fra l'altro, tra l'ipotesi in cui tali formule funzionano come clausole di sintesi, dopo una lunga e dettagliata esemplificazione, di una certa categoria di entità (ipotesi riconducibile allo schema della normazione sintetica) e l'ipotesi in cui tali formule, per la genericità e sinteticità del dato esplicito, non riescono ad essere sufficientemente caratterizzate. Soltanto in questo secondo caso, le formule operano come strumenti analogici.

La fattispecie « analoga » che affianca ogni ipotesi esplicita rappresenta lo strumento mediante il quale il legislatore, ricorrendo ad una locuzione di sintesi (« casi simili »), rinuncia a fissare una serie di significati che sarebbero di per sé astrattamente ipotizzabili. Siamo, in fondo, nel settore della normazione sintetica, caratterizzata nella specie dal fatto che l'espressione significante raggiunge il grado massimo di sinteticità. Questo è anche il motivo per cui l'analogia è la forma-limite di procedimento ermeneutico. La fattispecie « analoga » costituisce una specie di indicazione elastica di uno o più significati attraverso un parametro (somiglianza con il caso esplicitamente ipotizzato) che non è sufficientemente determinato. L'affinità con la categoria degli elementi elastici indeterminati è particolarmente evidente: ciò giustifica il fatto che si parli, laddove la fattispecie esplicita è strutturata sulla base di clausole generali indeterminate (424), di una forma di « anticipata analogia » (425), che rende del tutto pleonastico l'accostamento ad essa, ex articolo 12, della fattispecie riferentesi ai « casi simili ». Indubbiamente il criterio di descrizione della fattispecie di cui si sta discutendo appare singolare, ma non troppo se si pone mente al fenomeno affine delle clausole generali indeterminate. Tuttavia — com'è stato osservato (426) — ben si sa che il legislatore è arbitro di raffigurare un fatto giuridico come meglio gli aggrada: niente si oppone pertanto a che egli costruisca la fattispecie di tutto un complesso di norme sulla base della somiglianza con le ipotesi tipiche di altre

(424) Si osserva, infatti (G. VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Giur. it.*, 1938, IV, c. 102, nota 218) che « quanto più vaga e larga è la fattispecie tanto minore è il significato del divieto dell'analogia ».

(425) Parla di *eine Art antizipierte Analogie*, fra gli altri, SCHRÖDER, *In welcher Weise*, cit., p. 68.

(426) M. GALLO, *Appunti di dir. pen.*, cit., p. 31.

norme. Altro è che, in sede tipicamente penalistica, e nei limiti di cui si verrà discutendo, questo processo di strutturazione della fattispecie, per il suo carattere indeterminato, risulti precluso dal vincolo, anche costituzionale, di tassatività.

L'analogia non è procedimento diretto a colmare le c.d. lacune formali dell'ordinamento; per cui non può essere assunta al rango di fonte creativa del diritto. Infatti, se in un determinato sistema v'è, come nel nostro, una norma (art. 12) vincolante al procedimento analogico, «l'assenza di proposizioni linguistiche date è soltanto apparente, posto che, combinando la disposizione stessa con ciascuna delle norme cui si riferisce, si ottiene tutta una serie di proposizioni linguistiche» (427). L'analogia è, per contro, rivolta a colmare le c.d. lacune sostanziali dell'ordinamento, ossia ad esplicitare l'ordinamento quanto ad una serie di significati che, suscettibili in astratto di tipicizzazione per la loro univocità, il legislatore preferisce adombrare sotto la locuzione « casi simili ed analoghi »: anche al fine di consentire al giudice di cogliere una serie di significati che la normativa non poteva tutti ricomprendere. Questa forma di impossibilità tecnica di previsione non va, tuttavia, confusa con quell'impossibilità derivante dalla natura ontologica del dato (equivocità di significati in astratto) che dà vita alla discrezionalità ossia al giudizio del caso concreto.

L'analogia è, dunque, un procedimento ermeneutico, sia pure dotato di caratteri peculiari, per cui il processo di chiarificazione della fattispecie che si dice « caso simile o analogo » non sfugge al controllo della Suprema Corte di cassazione.

Per contro, la discrezionalità, in quanto fonte creativa,

(427) M. GALLO, *Appunti di dir. pen.*, cit., p. 31.

sia pure peculiare, di significati di valore, presuppone un « vuoto » nella legge: l'assenza della fattispecie, ossia una lacuna formale anche se *intenzionalmente* creata dal legislatore. L'accertamento discrezionale non è, quindi, diretto ad esplicitare l'ordinamento giuridico nei suoi astratti significati, anche rispetto a nuove ipotesi sostanziali, bensì a cogliere nel caso concreto uno specifico significato di valore il quale, legato com'è alla peculiarità del caso, non era assolutamente suscettibile di un'astratta previsione. Da queste premesse (428) discende l'insindacabilità della valutazione discrezionale da parte della Corte Suprema: a prescindere dal controllo sulla conformità allo scopo, sull'osservanza degli eventuali limiti *intrinseci* e sulla rigorosità logica del processo di estrazione del significato dal caso concreto (da esperirsi tramite la motivazione).

Il discorso fin qui condotto, e rivolto a tracciare un confine tra la discrezionalità e l'analogia, si è snodato sul presupposto dell'ammissibilità di questo procedimento ermeneutico nell'ambito penalistico; la contraria conclusione cui si perverrà successivamente, soprattutto attraverso l'esame del disposto costituzionale dell'art. 25 comma 2°, non intaccherà il valore, su di un piano meramente (429) concettuale, del criterio distintivo.

7. Fedeli al canone metodologico assunto in partenza, abbiamo cercato di enucleare, al di fuori di ogni sug-

(428) Sottolinea come l'insindacabilità non dipenda dalla natura « di fatto » della valutazione discrezionale (che è, per contro, questione di diritto, in quanto creazione di nuovi valori legati al caso concreto ed attuazione degli scopi del diritto), M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio*, cit., p. 221 ss.

(429) Salvo che si ritenga ammissibile, da un punto di vista costituzionale, il procedimento analogico *in bonam partem*.

gestione concettualistica, la nozione penalistica di discrezionalità, muovendo dall'unico dato testuale che il sistema è in grado di offrirci, ossia dall'art. 133 c.p.

L'applicazione di questo risultato agli altri settori del diritto in via automatica sarebbe, oltre che estranea al nostro limitato oggetto di indagine, scarsamente coerente con i presupposti metodologici, i quali importerebbero, per contro, un'analisi preliminare delle norme che, in ogni settore, appaiono strutturate in chiave discrezionale, nonchè di quelle che regolano l'accertamento discrezionale. Solo al termine di questo processo logico, l'interprete disporrebbe (430) degli elementi sufficienti per una ricostruzione della nozione nelle varie sfere del diritto, nonchè per tentare l'enucleazione di un eventuale concetto unitario di discrezionalità. Vi sono comunque taluni elementi comuni e altrettanti differenziali che sembrano connotare *prima facie* la discrezionalità nei vari settori del diritto; ci limiteremo semplicemente a sfumare questi dati. Così l'eventuale (431) peculiarità delle disposizioni testuali esistenti, in proposito, nelle diverse branche del diritto e, in particolar modo, nel diritto amministrativo — che è il settore in cui il problema è maggiormente sensibilizzato (432) — non ci sembra possa spostare il nucleo essenziale della nozione di discrezionalità: che è giudizio, ovvero (433) decisione, del caso concreto, ossia ipotesi in cui l'organo amministrativo è

(430) In caso contrario l'impostazione rischia di vanificarsi in uno sterile concettualismo.

(431) L'oggetto limitato dell'indagine ci impedisce, com'è ovvio, un esame dettagliato di queste disposizioni.

(432) La discrezionalità è, infatti, talora considerata come elemento coesistente della pubblica amministrazione, cfr. ad es., SIMI, *Il potere discrezionale come carattere essenziale della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, p. 879 ss.

(433) Se si tratta di un mero organo amministrativo, non giurisdizionale.

chiamato a ricavare dal caso concreto un significato, non esprimibile in astratto, tale da condizionare un determinato provvedimento. Questo, per contro, il dato peculiare che sembra caratterizzare la discrezionalità amministrativa: la significatività del caso concreto va colta dall'organo amministrativo non soltanto alla luce dei criteri *intrinseci*, ovvero concatenati alla natura giuridica della decisione da adottare, ma altresì, in forza di valutazioni *estrinseche* che attengono a ragioni di convenienza o di opportunità anche politica (434). Quest'ultime, pur non essendo direttamente collegate alla natura del provvedimento (435), non sono estranee alla sfera del diritto amministrativo che deve, prima di ogni altro specifico obiettivo, garantire la realizzazione del « pubblico interesse » (436).

Pertanto: questa maggiore latitudine delle valutazioni che intervengono nella decisione del caso concreto non sembra precludere la considerazione della stessa discrezionalità amministrativa quale forma, sia pure peculiare, di attuazione del diritto amministrativo nelle sue diverse finalità (437).

(434) Segnala la rilevanza di queste valutazioni, S. MESSINA, *La discrezionalità*, cit., p. 298 ss.

(435) Il quale può avere un contenuto specifico (concessione di una licenza ecc.).

(436) Sulle interrelazioni tra pubblico interesse, da un lato, attività amministrativa e potere discrezionale, dall'altro, cfr. le lucide osservazioni di M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., p. 12 ss.

(437) In questo senso, WARDA, *Dogmatische Grundlagen*, cit., p. 119 configura, strutturalmente, l'*Ermessen*, anche amministrativa, come *Rechtsanwendung* (attuazione del diritto nei suoi obiettivi, e non interpretazione). Da questo punto di vista, la discrezionalità può dirsi *vincolata* (in un senso più ampio rispetto a quello in precedenza accennato) e si differenzia dall'arbitrio: di qui la consueta affermazione paradigmatica *Freiheit vom Gesetz ist noch nicht Freiheit zum Recht* (cfr., ad es., E. TIETZ, *Freies Ermessen*, cit., p. 1535).

Nel diritto penale, per contro, il « giudizio del caso concreto » è necessariamente rinserrato entro una cerchia di valori che non possono svincolarsi, direttamente o indirettamente (438), dalla condotta del soggetto agente ovvero dalla sua personalità e che appaiono, in ogni caso, *intrinseci* alla natura giuridica e alla finalità del trattamento penale da adottare. Ciò in virtù del carattere « personale » del giudizio sulla responsabilità penale (art. 27 comma 1° della Costituzione), che riduce al rango di mera *Nebenwirkung* la prevenzione generale e, quindi, in definitiva, ogni autonoma considerazione dell'interesse pubblico.

La differente latitudine dei due tipi di accertamento discrezionale si manifesta, sullo stesso terreno penalistico, raffrontando la revoca delle misure di sicurezza personali (art. 207 ss. c.p.), posta in essere dal giudice di sorveglianza, al termine della durata minima stabilita dalla legge per ciascuna misura (art. 207 comma 2° c.p.), ovvero « in ogni tempo », nel caso di proroga della durata stessa (art. 208 comma 2° c.p.), e la revoca operata con decreto del Ministro della giustizia, « anche prima che sia decorso il tempo corrispondente alla durata minima » (art. 207 ult. comma c.p.). Nel primo caso, la revoca appare condizionata rigorosamente all'accertamento, di natura discrezionale, della cessazione della pericolosità sociale; mentre, nel secondo, la decisione del Ministro, di natura amministrativa o politica, sembra suscettibile di sconfinare verso valutazioni di mera opportunità o convenienza. Non altrimenti apparirebbero giustificabili le diffidenze della dottrina (439) verso questo

(438) Ciò vale per i fattori apparentemente estranei i quali, tuttavia, si innestano nel giudizio di colpevolezza o di pericolosità, potenziandone o attenuandone l'intensità.

(439) Parla di facoltà straordinaria (o veramente anomala) il NUOVONE, *Accertamento della pericolosità*, cit., p. 35.

istituto che presenta sensibili punti di contatto con quello della grazia (440), nonchè le proposte di riforma (441) rivolte ad anticipare il giudizio di riesame della pericolosità, anche prima che sia decorso il tempo corrispondente alla durata minima della misura di sicurezza, o ad affidarlo esclusivamente alla competenza del giudice di sorveglianza (442). Analogamente, per la concessione della liberazione condizionale che è facoltativa e compete al Ministro della giustizia, il quale provvede sentito il parere del giudice di vigilanza (art. 43 delle disposizioni d'attuazione del c.p.p.): mentre la revoca del beneficio spetta al giudice (442bis). La disarmonia di trattamento e la singolarità dell'accertamento discrezionale da cui dipende la concessione della liberazione condizionale formano egualmente oggetto di critiche e di proposte di riforma (443).

La suggestione di questa impostazione è talmente forte che taluno, muovendo dal presupposto di ritenere che la locuzione « può » usata in tema di misure di sicurezza apra la porta a valutazioni di opportunità (443bis), ne ricava argomento per dimostrare l'estraneità di tali sanzioni rispetto al diritto penale e la loro appartenenza al diritto amministrativo.

(440) In proposito, ci permettiamo di rinviare al nostro *Fatto del non imputabile*, cit., p. 290.

(441) Per l'esame di questi progetti cfr. il nostro *Fatto del non imputabile*, cit., p. 290.

(442) Così il Prog. prel. del 1949 (art. 191 ult. cpv.): cfr. *Prog. prel. del cod. pen.*, Roma, 1949, p. 182.

(442-bis) Cfr. FOSCHINI, *La liberazione condizionale*, in *Arch. pen.*, 1948, II, p. 49, che sottolinea, appunto, tale disarmonia.

(443) In proposito cfr. la relazione di G. VASSALLI, G. ALTAVISTA e G. DI GENNARO sul tema: « *Progressione del trattamento - Semilibertà - Liberazione condizionale - Grazia* » al I Convegno « Enrico De Nicola » (*Pene e misure di sicurezza - Modificabilità e suoi limiti*, Milano, 1962, p. 143 ss.).

(443-bis) Sul punto cfr., FROSALI, *Sistema di dir. pen.*, vol. II, cit., p. 449.

Anche il fenomeno della discrezionalità amministrativa può essere analizzato sotto il profilo della fattispecie a formazione frazionata: le situazioni soggettive che scandiscono l'*iter* attraverso il quale si perviene all'effetto finale sono le stesse già esaminate a proposito della discrezionalità penale. L'organo amministrativo è anch'esso funzionalmente (444) tenuto ad esercitare il potere discrezionale, mentre la situazione soggettiva di potere che connota il momento centrale della scelta è caratterizzata da una maggiore elasticità, frutto della peculiarità dell'oggetto della valutazione. Quest'ultima contribuisce, inoltre, a rendere meno evidente e più difficilmente controllabile la situazione soggettiva finale doverosa avente per contenuto l'adozione della decisione risultata, in concreto, più opportuna. Ogni tentativo, tuttavia, di convertirla in una mera facoltà e di creare così una discrezionalità bifasica, il cui limite di separazione dal mero arbitrio sarebbe impercettibile (445), appare del tutto infondato, posto che una maggiore vincolatività dell'amministrazione alla legge appare senz'altro rispondente ai più moderni orientamenti culturali e politici (446). La maggiore ampiezza e la peculiarità dell'oggetto della valutazione stimolano, talvolta, in dottrina (447) una concezione

(444) Per il collegamento fra discrezionalità ed esercizio della funzione cfr.: BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, p. 26 ss.; PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, vol. II, Milano, 1962, p. 253 ss. Cfr., anche, per qualche accenno in proposito, ZUCCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, 1961, p. 134 ss.

(445) Sul punto cfr. CORDERO, *Circostanze « generiche »*, cit., p. 829.

(446) Per quanto attiene ai moderni sistemi giudiziari, CORDERO, *op. e loc. cit.*; con specifico riferimento all'amministrazione, H. DÜTHER, *Unbestimmte Rechtsbegriffe*, cit., p. 651.

(447) Quanto alla correlazione tra la facoltà e la folla dei compartimenti amorfi rispetto a quali la valutazione del diritto è ispirata a indifferenza, cfr. CORDERO, *op. e loc. ult. cit.*, e bibliografia ivi richiamata.

della discrezionalità amministrativa come potere di scelta tra più soluzioni tutte indifferenti per il diritto secondo parametri di opportunità e di convenienza politica. L'asserto dà per scontato un dato che, viceversa, occorre preliminarmente chiarire, e cioè l'estraneità di queste valutazioni rispetto al sistema del diritto amministrativo (448).

Anche il connotato della vincolatività dello scopo è riscontrabile nella discrezionalità amministrativa e la difformità dal medesimo integra il vizio di eccesso di potere (449), pienamente sindacabile nella gamma delle sue forme di manifestazione (450). Il rigore di questo vincolo risulta, però, temperato dalla maggiore difficoltà che presenta in sede amministrativa l'individuazione dello scopo o natura giuridica del singolo istituto strutturato in chiave discrezionale; al di là del quale rimane in ogni caso decisiva, tramite le valutazioni di opportunità e di convenienza, la conformità della decisione al più generico « pubblico interesse ».

Il concetto di fattispecie è accolto, in questo settore del diritto, nella sua accezione più ampia, non essendovi, almeno in linea di massima, alcun vincolo costituzionale di tassatività. Di qui la frequente utilizzazione nel *Tatbestand* di ampie clausole generali o concetti elastici, non sempre rigorosamente determinati. Si badi, però: pur non dovendo la norma amministrativa raggiungere quel grado di tassati-

(448) Riconduce, viceversa, la discrezionalità alla situazione giuridica della « facoltà », anche se caratterizzata dalla peculiarità inerente al vincolo teleologico, CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, p. 74. L'Autore non avverte, tuttavia, la contraddittorietà esistente nell'ammettere una *facoltà vincolata* e non distingue, inoltre, le diverse fasi attraverso le quali la discrezionalità si snoda.

(449) Cfr., per tutti, BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo*, loc. cit.; PIRAS, *Interesse legittimo*, cit., II, p. 533 ss.

(450) Per una diversa sistemazione di queste forme, BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo*, loc. cit.

vità imposto per la norma penale (451), essa non deve ricorrere, per una ragione generale che attiene alla buona tecnica normativa, a concetti talmente generici da apparire *anfibologici* (452).

In ogni caso, la problematica dei c.d. *unbestimmte Rechtsbegriffe* va tenuta distinta, per le ragioni altrove esposte, da quella della discrezionalità.

E ancora: vi sono ipotesi in cui il concetto indeterminato è solo apparentemente tale rappresentando, piuttosto, la trasposizione sul piano del *Tatbestand* di un elemento che concerne lo scopo del provvedimento da adottare. È il caso, ad es., di talune norme amministrative che autorizzano un organo ad adottare un provvedimento « qualora lo esiga il pubblico interesse » (453): quest'ultimo segno linguistico null'altro indicando se non lo scopo generico di ogni decisione amministrativa.

Infine: mentre, come meglio si dirà, sono costituzionalmente tracciati i limiti entro cui la norma penale può fare rinvio al « caso concreto », nulla di tutto ciò, almeno in linea di massima (454), si verifica per la materia amministrativa. Con la conseguenza che la discrezionalità può, in tale settore, investire ogni parte della norma. E la ricca tipologia di forme discrezionali offerta dal diritto amministrativo (455) ne è la più chiara riprova: vi sono ipotesi

(451) Sul punto si dirà nell'ulteriore sviluppo dell'indagine.

(452) Ossia tali da precludere praticamente l'identificazione del significato che essi sottendono.

(453) Si verifica lo stesso fenomeno già registrato a proposito dei concetti indeterminati nel diritto penale: concetti, cioè, talmente dilatati da non poter costituire una determinazione dell'oggetto della valutazione.

(454) Non esiste, quanto meno, una disposizione costituzionale di carattere generale, analoga all'art. 25 comma 2°.

(455) Per un esame di questa tipologia cfr., soprattutto, M.S. GIANNINI,

di discrezionalità che attengono alla determinazione dei presupposti (456), all'adozione o meno (discrezionalità sull'*an*) di un certo provvedimento (457), al tipo, o alle modalità di contenuto del medesimo (discrezionalità sul *quomodo* ovvero sul *quantum*) (458).

Anche nel diritto civile la nozione di discrezionalità come « giudizio del caso concreto » (equità) trova frequente riscontro (459). Basti pensare, per quanto concerne il profilo sanzionatorio, alla differenza che intercorre fra la valutazione del danno risarcibile e la determinazione dell'« equo indennizzo », di cui si parla in diverse disposizioni del codice civile (cfr. ad es., l'art. 2045): nel primo caso trattasi di un elemento elastico che postula un apprezzamento di tipo quantitativo da compiersi alla luce di un solo parametro (entità del danno); nel secondo di un dato la cui

Il potere discrezionale, cit., passim. Si veda, inoltre, GASPARRI, *Considerazioni sulla discrezionalità amministrativa*, in *Studi Cagliari*, 1946, p. 103.

(456) Ossia alla determinazione della situazione in presenza della quale si deve agire: tale situazione corrisponde alla fattispecie-base del linguaggio penalistico.

(457) Su questo tipo di discrezionalità cfr. GASPARRI, *Considerazioni sulla discrezionalità amministrativa*, cit., p. 109: essa si verifica tutte le volte in cui si tratta di stabilire se una situazione meriti o no che si agisca. Secondo la concezione della discrezionalità come assenza di una determinazione dell'oggetto della valutazione anche in tal caso essa si traduce nell'individuare in concreto quel *quid pluris* di presupposti per un certo provvedimento che la legge non ha ritenuto di poter schematizzare astrattamente.

(458) Anche per questo tipo di discrezionalità che trova più frequenti risposdenze (per la discrezionalità sul *quomodo* si pensi, ad es., alla pubblicazione della sentenza di condanna - art. 36 c.p.; per altre ipotesi cfr. quanto si dirà più diffusamente nel capitolo della III Parte dedicato alla discrezionalità in tema di pene accessorie) in sede penalistica, cfr. GASPARRI, *Considerazioni sulla discrezionalità amministrativa*, loc. cit.

(459) Malgrado una certa resistenza del nostro legislatore civile ad ampliare i poteri affidati al giudice: in proposito, cfr. RODÒ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 28 nota 50 e bibliografia ivi citata.

valutazione presuppone l'esame del caso concreto nelle sue molteplici sfaccettature (« equo apprezzamento del giudice »: art. 2045 cit.) (459-*bis*).

Le particolarità della realtà che forma oggetto della normazione civile giustificano la più ampia latitudine dei poteri attribuiti al giudice, nonchè la diversità di connotati che, talora, assume il giudizio di equità. Sintomatico appare, in proposito, l'art. 114 c.p.c. che prevede la possibilità per il giudice sia di primo grado che di appello di decidere il merito secondo *equità*, quando esso riguarda diritti disponibili delle parti e queste gliene fanno concorde richiesta (460). Siamo, com'è evidente, lontani dalla forma di equità a noi consueta, configurando l'art. 114 un potere del giudice di fissare una regola per il caso concreto, *malgrado* la presenza di una disciplina normativa. La dispositività dei diritti che ne costituisce il presupposto rende questo elemento equitativo (461) praticamente inattuabile in sede penale. E l'equità raggiunge la sua espressione di maggiore intensità in quel potere — estraneo al nostro diritto positivo — riconosciuto al giudice di fissare, in assenza di ogni altro parametro normativo, per il caso concreto la regola che egli stesso avrebbe posto in qualità di legislatore. È il caso dell'art. 1 del codice svizzero delle

(459-*bis*) Sul carattere « equitativo » dell'indennizzo ex art. 2045 c. civ. cfr. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 143 e, inoltre, BRICUGLIO, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, Padova, 1963, p. 164 ss.

(460) Cfr. in proposito DE MARINI, *Il giudizio di equità*, cit., p. 252.

(461) Cerca di attenuare la portata di questo rinvio all'equità, considerandola come una potestà di decidere non del tutto discrezionale o svincolata. E. OSILIA, *L'equità*, in *Giur. it.*, 1948, IV, cit., c. 52. Il limite sarebbe costituito dai principi generali del diritto (sul punto vd. M. ROTONDI, *Equità e principi generali di diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1924, p. 266 ss.). Dello stesso Autore cfr. *L'equità nel diritto privato*, Roma, 1923.

obbligazioni (462). Ogni legame con la discrezionalità, nell'accezione da noi accolta, sembra ormai spezzato e questa forma di equità si accosta sempre più sensibilmente all'attività legislativa; soprattutto sotto il profilo del metodo, posto che il giudice deve, quivi, isolare nel caso concreto quei significati che assumono una rilevanza astratta e una particolare univocità, alla stessa stregua del legislatore. Le irripetibili sfumature del caso concreto che sostanziano il giudizio di discrezionalità nel senso da noi sviluppato assumono, per la contraddizione che non lo consente, un ruolo di secondaria importanza (463).

Quanto alla sfera di estensione, il fenomeno della discrezionalità nella sua più ristretta accezione, non sembra incontrare alcun limite analogamente a quanto accade per il diritto amministrativo.

Sul diverso piano della tecnica di formulazione della fattispecie, la peculiarità della materia (464) che fa da supporto alla normazione civilistica, nonché il singolare dinamismo che la connota, autorizzano e rendono indispensabile un grado di elasticità superiore a quello registrabile in altri settori. L'atteggiamento del civilista di fronte all'uso delle clausole generali (465) è profondamente difforme da quello del penalista il quale, anche sotto l'influsso

(462) Sul significato e valore della norma cfr., fra gli altri: DE PASQUIER, *Les lacunes de la loi*, 1951, *passim* e, per qualche accenno, O.A. GERMANN, *La portata dei precedenti giudiziari*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1960, p. 1082.

(463) Cfr. quanto s'è detto alle pagine precedenti circa i rapporti tra discrezionalità penale e attività legislativa.

(464) Sottolinea questi aspetti con singolare acutezza, RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 127 ss. Cfr. anche RASELLI, *Il potere discrezionale del giudice civile*, I, Padova, 1927, *passim*.

(465) RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 129, cui rinviamo per gli accurati richiami bibliografici.

dell'impostazione illuministica (466), ravvisa nell'immediata comprensibilità e conoscibilità il pregio maggiore delle leggi penali.

Infatti esse, prima considerate come un semplice espediente per impedire l'irrigidimento di un complesso normativo, attualmente (467) sono viste come lo « strumento più idoneo a regolare una realtà dal dinamismo sempre più crescente, per ciò sfuggente ad una disciplina intesa come tipizzazione di ipotesi già definite » (468). « La loro introduzione nell'ordinamento e la loro concreta determinazione indipendentemente da un'esplicita e rinnovata previsione legislativa, risponde alla necessità di ridurre, *a mezzo di parametri variabili* (il corsivo è nostro), la tensione che naturalmente si produce tra realtà giuridica e realtà sociale » (469).

La stessa elasticità o plurivocità del parametro, inammissibile in sede di fattispecie penalistica, appare auspicabile, ai suddetti fini, da un punto di vista civilistico. Unico limite rimane l'assoluta indeterminatezza o anfibiaologia del dato di

(466) La tassatività della norma, che nel campo penale risulta, quanto meno con riguardo alla vicenda costitutiva, come si dirà, rispondente ad una esigenza costituzionale (art. 25 comma 2°), appare, viceversa, agli occhi del civilista come espressione di un « pregiudizio illuministico » (cfr. ROBOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 130).

(467) Nel campo civilistico, pertanto, l'assenza di una determinazione legale dell'oggetto della valutazione, e, quindi, la discrezionalità appare la risultante di un'impossibilità di tipizzazione, piuttosto per la continua variabilità della realtà sociale su cui si innesta la normazione, che non per l'equivocità astratta di certi significati di valore. Questo secondo aspetto che funge, per contro, in campo penale, quale ulteriore matrice dell'impossibilità di tipizzazione (discrezionalità) è legato strettamente al mondo dei valori, della colpevolezza e della personalità; che è estraneo alla sfera civilistica e che filtra, ma soltanto di scorcio, nel settore della responsabilità civile.

(468) ROBOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 129.

(469) ROBOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, cit., p. 1285.

fattispecie; che è, tuttavia, carattere indispensabile di ogni tecnica normativa.

Il tema è suggestivo, ma può sospingerci verso terreni estranei all'oggetto dell'indagine. Rimane un solo punto da precisare, prima di tentare un bilancio conclusivo: nella sfera del diritto processuale penale nessun ostacolo normativo sembra frapporsi all'utilizzazione della nozione di discrezionalità da noi accolta in sede più propriamente sostanziale. L'unica variazione può semmai consistere nel possibile intervento, in sede di giudizio sul caso concreto, di mere valutazioni di opportunità o di convenienza processuale (470): ciò con riguardo esclusivo a quelle norme processuali penali che non hanno come finalità immediata quella di disciplinare modalità particolari di restrizione della libertà personale, sia pure a fini provvisori. In ordine a quest'ultime, infatti, la stessa Costituzione (art. 13) pone vincoli di legalità e tassatività analoghi a quelli che concernono più strettamente le fattispecie penali (471). Trattasi, in ogni caso, di argomenti che, per le evidenti interrelazioni esistenti fra il diritto penale sostanziale e quello processuale, avranno occasione di riemergere nell'ulteriore sviluppo dell'indagine.

In sintesi: si è visto che la nozione di discrezionalità come particolare forma di « giustizia del caso concreto » è

(470) Un vincolo di legalità vien fatto discendere, per le norme che determinano la competenza dei giudici penali, dall'art. 25 comma 1° della Costituzione che fissa il principio del « giudice naturale precostituito per legge ». Su questo principio e sull'interpretazione che ne è stata data dalla Corte costituzionale ritorneremo, in seguito, analizzando il contenuto dell'art. 25; la bibliografia sul punto è già notevole; per tutti, ma con ampie segnalazioni degli altri Autori che si sono occupati dell'argomento, cfr., di recente, Conso, *La rimessione dei procedimenti riguardanti magistrati e la garanzia del giudice precostituito per legge*, in *Giur. cost.*, 1963, p. 860 ss.

(471) Sul significato dell'art. 13 e sui raccordi che possono stabilirsi con l'art. 25 comma 2° della Costituzione avremo modo di tornare tra breve.

comune, nel suo nucleo essenziale, ai vari settori del diritto (472), con differenze che attengono alla maggiore o minore ampiezza dei significati ricavabili dal caso concreto; quest'ultima dipendente, a sua volta, dalle peculiari finalità o caratteristiche proprie di ogni branca del diritto. Altre differenze concernenti i sistemi di controlli ovvero le garanzie giurisdizionali relative all'accertamento discrezionale sono al di fuori del nostro limitato angolo visuale. In piena autonomia rispetto a tale nozione di discrezionalità si collocano, da un lato il fenomeno dell'elasticità della fattispecie che assume una differente gamma di intensità a seconda dei diversi settori del diritto e, dall'altro, forme peculiari di equità che registrano un'assimilazione sempre maggiore dell'attività giudiziale a quella creativa del legislatore.

(472) Tutto ciò ha una profonda ragione logica: è il riflesso, cioè, dell'antitesi tra *astratto* e *concreto* che è la componente ineliminabile del diritto stesso.

PARTE SECONDA

**STRETTA LEGALITÀ
E DISCREZIONALITÀ PENALE
ALLA LUCE DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI**

CAPITOLO I

RISERVA DI LEGGE IN MATERIA PENALE: L'ART. 25 COMMA 2° DELLA COSTITUZIONE

SOMMARIO: 1. Raffronto tra la normativa costituzionale (art. 25 comma 2°) e la normativa penale ordinaria (art. 1 e 2 c.p.). — 2. Natura della riserva di legge prevista dall'art. 25 comma 2° della Costituzione: esame delle posizioni dottrinali. — 3. Conclusioni sul tema. — 4. Esame di taluni limiti logici al carattere assoluto della riserva costituzionale di legge in materia penale. — 5. La portata della riserva assoluta di legge con riferimento, rispettivamente, alle vicende costitutive, modificative o estintive della punibilità.

1. L'analisi fin qui condotta ha posto in luce un duplice fenomeno: quello della discrezionalità penale che si riporta, sia pure in maniera del tutto peculiare, alla tematica delle fonti e quello degli elementi elastici indeterminati che pone esclusivamente un problema di tecnica di formulazione della norma penale. Preme ora sull'interprete l'esigenza di stabilire quale rilevanza costituzionale assuma il duplice fenomeno.

L'interesse si appunta sull'art. 25 comma 2° della Costituzione nonchè, come meglio si dirà in seguito, anche sull'art. 27 commi 1° e 3°.

La prima norma (1), la quale dispone che «Nessuno

(1) A proposito di essa, fra gli altri studi che verremo segnalando, va, soprattutto, sottolineato quello di ESPOSITO, *L'art. 25 della Costituzione e l'art. 1 del c.p.*, in *Giust. cost.*, 1961, p. 537 ss. Sottolinea la necessità di una rimediazione del tema delle fonti del diritto penale alla luce dell'art. 25 comma 2°, MARINUCCI, voce *Consuetudine*, cit., p. 502, nota (2).

può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso», è collocata nella Parte I (« Diritti e doveri dei cittadini»), Titolo I (« Rapporti civili») della Costituzione: la *ratio* di essa va, dunque, *prima facie* individuata nell'esigenza di garantire la libertà personale, che è diritto fondamentale del cittadino, di contro ad *arbitrarie menomazioni*.

Il tenore della disposizione costituzionale postula immediatamente un problema di raccordo con gli art. 1 e 2 del codice penale che disciplinano, rispettivamente, il principio di legalità dei reati e delle pene e il problema della successione delle leggi penali nel tempo. Ad approntare una garanzia costituzionale al divieto della retroattività in campo penale sembra, anzitutto (2), rivolto l'art. 25 comma 2°; e, sotto questo profilo, si stabilisce una pronta concatenazione fra i tre distinti commi in cui si articola la disposizione: il primo fissando la necessaria *precostituzione* per legge del giudice competente a decidere del fatto commesso e il terzo introducendo una eccezione (3) al principio di irretroattività, con riferimento al settore delle misure di sicurezza. Anche da questo particolare angolo

(2) Sottolineano particolarmente questo aspetto dell'art. 25 comma 2° della Costituzione, quasi fosse *esclusivo*: AMORTH, *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, Milano, 1948, p. 61; CANTUCCI, *La legislazione esclusiva della Regione siciliana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, p. 988. Sul rapporto tra l'art. 25 comma 2° della Costituzione e le leggi penali retroattive cfr., fra gli altri: CROSA, *I diritti di libertà e la Costituzione*, in *Giur. it.*, 1948, II, c. 129 ss.; A. FOSCHINI, *La irretroattività della legge nella Costituzione*, in *Riv. pen.*, 1957, I, p. 489 ss.; GUARNERI, « *Status libertatis* » garantito dalla Costituzione e leggi penali retroattive, in *Giur. it.*, 1948, II, c. 225 ss.

(3) Quanto alla portata pratica di tale eccezione, sulla quale si avrà occasione di tornare, cfr. gli acuti rilievi di ESPOSITO, *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, in *La Costituzione italiana - Saggi*, Padova, 1954, p. 99 ss.

visuale non è possibile registrare una piena coincidenza di significati tra l'art. 25 comma 2° e l'art. 2 c.p. che racchiude una più dettagliata regolamentazione del fenomeno: rimane, ad es., imprecisato quale sia il valore costituzionale attribuibile al principio della prevalenza della disposizione più favorevole al reo, nel caso di successione di più leggi penali (4).

Correlativamente, l'art. 25 comma 2° della Costituzione, statuendo la necessaria antecedenza cronologica della *legge* penale rispetto al fatto da giudicare, fissa, altresì, una riserva di legge per questa materia, senza, tuttavia, precisarne con assoluto rigore il carattere assoluto o relativo. Anche sotto questo profilo è significativa la divergenza, almeno letterale, tra la formula costituzionale e quella della legge penale ordinaria (art. 1 c.p.).

La lettera della norma costituzionale, infatti, è, al riguardo, alquanto generica, sì da lasciar pensare che si tratti di una riserva relativa (5). Il legislatore costituente ha usato una formulazione più elastica di quella contenuta nell'art. 1 del codice penale (6) sopra citato il quale, disponendo che « nessuno può essere punito per un fatto che non sia *espressamente* preveduto come reato dalla *legge*, nè con pene che non siano da essa stabilite » sembra porre

(4) Sul tema cfr. l'organica trattazione di M. GALLO, *Appunti di dir. pen.*, cit., p. 36 ss.

(5) Cfr. il nostro *Principio di legalità e potestà normativa penale delle Regioni*, cit., p. 640.

(6) Analogamente dicasi per l'art. 25 comma 3° della Costituzione, che sancisce il principio di legalità in tema di misure di sicurezza, rispetto all'art. 199 c.p. Sottolinea il maggior vigore e la migliore ortodossia dogmatica del secondo articolo, A. PERONACI, *La nuova Costituzione come fonte diretta di norme penali*, in *Arch. pen.*, 1948, I, p. 357 ss. L'Autore osserva che, siccome l'art. 199 c.p. « non solo non contrasta con il principio costituzionale, ma lo potenzia in modo ancor più efficace », esso continua ad avere incontrastato vigore.

si prospetta per l'interprete è, dunque, quello di chiarire il valore assoluto o relativo della riserva: dalla soluzione del quale dipenderà la percezione dell'esatta dimensione costituzionale della discrezionalità in materia penale.

E ancora, fra le altre segnalazioni scaturenti dal raffronto: mentre l'art. 1 c.p. fissa il principio di legalità con riferimento, distintamente, ai reati e alle pene, in piena aderenza al testo del classico broccardo *nullum crimen nulla poena sine (proevia) lege poenali*, l'art. 25 comma 2° della Costituzione usa una locuzione sintetica («Nessuno può essere punito se non in forza di una legge...») di cui non risulta *prima facie* ben chiaro il valore significante. Da ultimo: la locuzione «espressamente» che nell'art. 1 c.p., con riguardo esclusivo alla prima parte del principio, intende porre in luce l'esigenza di tassatività della fattispecie penale, scompare nella formulazione dell'art. 25 comma 2°. Si deve, di conseguenza, ritenere che il costituente abbia voluto rinunciare a porre nei confronti del legislatore ordinario penale ogni vincolo attinente alla tecnica normativa? La soluzione di tale quesito può chiarire all'interprete la dimensione costituzionale della tematica degli elementi elastici e indeterminati della fattispecie penale.

Il raffronto tra le due normative offre sufficienti stimoli per un'indagine diretta a stabilire se l'art. 25 comma 2° abbia o meno inteso costituzionalizzare gli art. 1 e 2 del codice penale nella totalità dei loro significati. Ai fini limitati della nostra ricerca il profilo peculiare dei rapporti tra la disposizione costituzionale e l'art. 2 c.p. presenta, come è ovvio, una minore sollecitazione pratica; di conseguenza

(7) Cfr. il nostro *Principio di legalità*, cit., p. 643.

verrà da noi soltanto sfiorato per motivi di completezza della trattazione.

La soluzione dei delicati quesiti che si prospettano nel raffronto tra le due normative, scarsamente analizzati dalla dottrina (8) e dalla giurisprudenza italiana, non scaturisce immediatamente dall'esegesi del testo letterale dell'art. 25 comma 2°, ma deve essere ritrovata sulla base di argomentazioni fondate sulla *ratio* della disposizione e sulla sua collocazione nel sistema costituzionale (9), nonché alla stregua dell'esame delle conseguenze che discenderebbero, rispettivamente, da un'interpretazione restrittiva o estensiva della normativa.

2. Anteriormente all'entrata in vigore della Costituzione la lettera dell'art. 1 c.p. faceva propendere nettamente a favore del carattere assoluto della riserva (10). L'aggancio testuale per tale soluzione poteva essere, fra l'altro, fornito dalla locuzione « espressamente »; prospettando la necessità di un'espressa previsione del reato da parte della legge non soltanto una garanzia di tassatività della norma penale, ma, altresì, di *integrale* formulazione della fattispecie da parte della medesima (11). Infatti: posto che, come meglio si dirà, tassatività della fattispecie significa determinazione del fatto punibile tale che, sebbene traducentesi in un'astratta figura, sia idonea a stabilirne i caratteri generali, di guisa che il cittadino tenuto all'osservanza del precetto e l'interprete possano agevolmente

(8) Attente osservazioni svolge sul tema, C.F. GROSSO, *L'art. 121 T.U. delle leggi di pubblica sicurezza*, cit., c. 1043 ss.

(9) Sul punto cfr. quanto si dirà tra breve.

(10) Così M. GALLO, *Appunti di dir. pen.*, cit., p. 13.

(11) Per questa interpretazione del significato della locuzione « espressamente » cfr. il nostro *Principio di legalità*, cit., p. 643.

ricavarne la condotta vietata; che, inoltre, tale espressa previsione deve essere compiuta ad opera della legge: ne consegue l'assoluto monopolio di quest'ultima nella determinazione dell'illecito punibile.

L'univoca deduzione del carattere assoluto della riserva aveva, tuttavia, un valore eminentemente teorico. Infatti, in regime di costituzione *elastica* — qual'era quello esistente prima del 1948 — la riserva posta dall'art. 1 c.p. costituiva per il legislatore ordinario una semplice auto-limitazione che, non importando vincoli dall'esterno, poteva essere spesso superata.

Questo assunto giustifica come la dottrina amministrativa e penalistica (12) anteriore alla Costituzione, ammettessero, malgrado la lettera dell'art. 1, una serie di deroghe al carattere assoluto della riserva, soprattutto con riferimento ai rapporti tra legge e regolamenti delegati in materia penale. Questi rapporti, com'è stato acutamente schematizzato (13), possono atteggiarsi in una triplice forma: *a*) la legge lascia al regolamento la concreta determinazione di alcuni caratteri dell'illecito configurato; *b*) la legge non prevede alcuna fattispecie criminosa, ma si limita a qualificare come reato la violazione, anzi qualunque violazione, di una qualunque fra le norme che il regolamento emanerà; *c*) la legge attribuisce al regolamento la facoltà di stabilire quali fra i comportamenti che esso disciplinerà saranno sanzionati. In effetti, nel periodo antecedente al 1948, si è fatto larghissimo uso di questa triplice strumentazione (14). Una precisazione: la forma *a*) può, entro

(12) Ciò è segnalato da M. GALLO, *Appunti di dir. pen.*, cit., p. 15.

(13) M. GALLO, *Appunti di dir. pen.*, cit., p. 14.

(14) Per una rassegna accurata di queste ipotesi normative cfr. PECORARO ALBANI, *Riserva di legge, regolamento, norma penale in bianco*, cit., p. 285 ss.

certi limiti, come si dirà, essere ritenuta compatibile anche con un regime di riserva assoluta.

Ammissa la deroga quanto ai rapporti leggi-regolamenti delegati, altrettanto ne conseguiva in via logica sul piano dei rapporti tra legge e consuetudine, da un lato, o discrezionalità del giudice, dall'altro: se non per tutte, almeno per taluna delle tre forme di strumentazione (15). Il fatto che l'attenzione si sia prevalentemente concentrata sulla relazione leggi-regolamenti delegati dipende da una ragione politica, ossia dalla preminenza che, in regime fascista, aveva assunto l'esecutivo, nonchè da una ragione pratica, ossia dall'intenzione, oggi ancora particolarmente sensibilizzata, di sveltire e semplificare il lavoro legislativo.

Entrata in vigore la Costituzione del 1948, si è creato un regime costituzionale di tipo *rigido*, nell'ambito del quale, com'è stato osservato (16), « il vincolo della riserva di legge è una eterolimitazione posta al legislatore ad opera di una fonte normativa superiore, sicchè non è ammissibile una deroga al principio della riserva di legge che sia rimessa al semplice apprezzamento del legislatore ordinario stesso ». Di qui il preminente rilievo, non solo teorico ma anche pratico, che assume attualmente la determinazione del valore assoluto o relativo della riserva di legge in campo penale.

I sostenitori del carattere relativo della riserva si fondano sui seguenti argomenti: sull'equivocità dell'espressione « in forza di » usata dall'art. 25 comma 2° della Costituzione (17); sull'omessa menzione nell'ambito della di-

(15) Ci riferiamo, soprattutto, alle ipotesi *a*) e *b*).

(16) M. GALLO, *Appunti di dir. pen.*, cit., p. 15.

(17) Pone, per contro, l'accento sul valore vincolante di tale locuzione, MOLARI, *Il problema dell'unificazione delle pene e delle misure di sicurezza*

sposizione costituzionale della locuzione « espressamente », che potrebbe significare, fra l'altro, l'abbandono della prospettazione del principio di legalità in termini di certezza del diritto; sulla possibilità, comunque, di garantire tale certezza, ammesso che essa continui a fungere da *ratio* dell'art. 25 comma 2°, anche tramite una strutturazione dei rapporti legge-regolamenti delegati nella triplice forma indicata (18) e, infine, soprattutto, su ragioni pratiche: giacchè escludendo la legittimità dei regolamenti delegati nei casi sub *b* e *c*, che sono in realtà molto numerosi, si verrebbe a far crollare una larga parte del sistema positivo penale, da un lato, e, dall'altro, si verrebbe a rendere « ipertrofico » il lavoro delle Camere.

Una considerazione preliminare di sintesi: le argomentazioni citate hanno, soprattutto, di mira i regolamenti delegati, senza tener conto di altre fonti o pseudo-fonti che, in regime di riserva relativa, verrebbero a svolgere una funzione significativa nella determinazione dell'illecito punibile. E non tutte assolverebbero ad una esigenza di certezza del diritto, ammesso che questo sia l'elemento ispiratore dell'art. 25 comma 2°: basti pensare alla consuetudine, la cui rilevazione si svolge spesso all'insegna dell'indetermi-

nella Costituzione italiana, in *Sul problema della rieducazione del condannato*, cit., p. 177.

(18) Cfr. sul punto DELITALA, *Responsabilità e pena*, in *Justitia*, 1962, p. 344. Anzi, i regolamenti delegati sembrerebbero offrire una garanzia di maggior tecnicismo rispetto alle leggi che sono spesso eccessivamente dominate dal fattore politico. Questo aspetto è un po' il riflesso della più generale polemica fra tecnici e politici nella formazione del diritto; a proposito della quale si veda, soprattutto: M.S. GIANNINI, *Le incongruenze della normazione amministrativa e la scienza dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, pp. 286-313 e G. GUARINO, *Tecnici e politici nello Stato contemporaneo*, in *Scritti dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1961, pp. 3-29.

natezza (19), ovvero alla discrezionalità penale che, in quanto forma di « giustizia del caso singolo » rappresenta logicamente l'antitesi di una certezza astratta (20).

Inoltre: l'omissione formale di una locuzione (« espressamente ») non significa ancora il ripudio della realtà sostanziale che essa adombra; l'espressione « in forza di », appunto perchè equivoca, lascia aperta la porta ad ogni possibile soluzione; quanto alle ragioni pratiche, va sottolineato che esse non sono di per sè sufficienti a dimostrare la bontà di una determinata soluzione strettamente giuridica. Eventualmente, questi ultimi rilievi potranno soltanto servire da stimolo nei confronti del legislatore futuro per una diversa strumentazione normativa di quelle materie (21) per le quali più frequentemente si profila la necessità di una disciplina penale tramite regolamenti delegati (si pensi ad es. al settore contravvenzionale che potrebbe essere *de jure condendo* « depenalizzato » o fatto rientrare nel c.d. diritto penale amministrativo).

Degna di nota appare, sul punto, la posizione di Esposito (22) il quale, sempre con riferimento al profilo dei rapporti tra legge e regolamento, accettata in un primo tempo la legittimità del tipo di strumentazione configurato sub *a*), successivamente (23) ricomprende in tale visuale anche le altre due ipotesi sub *b*) e *c*). La matrice teorica di questa impostazione è rappresentata dalla concezione della

(19) Cfr. MARINUCCI, voce *Consuetudine*, cit., p. 504.

(20) Il fatto poi che l'accertamento discrezionale non si snodi secondo linee arbitrarie e che la discrezionalità si traduca in un'attuazione del diritto penale (o, meglio, degli scopi di esso), non esclude che, a livello astratto, discrezionalità e certezza siano termini fra loro incompatibili.

(21) Così, DELITALA, *Responsabilità e pena*, cit., p. 350.

(22) Cfr. *Irretroattività e legalità delle pene*, cit., p. 93.

(23) A proposito di questo sviluppo del pensiero di Esposito, cfr. M. GALLO, *Appunti di dir. pen.*, cit., p. 16.

c.d. «disobbedienza come tale», in virtù della quale il reato non sarebbe costituito dalla violazione di questa o quella norma regolamentare, bensì dal dovere generico all'osservanza delle norme regolamentari. Per cui, qualora la legge penale rinvii ad un regolamento futuro, imponendone l'obbedienza, la fattispecie sarebbe già completa, anche se l'intervento di questo non sia diretto soltanto a completare la determinazione di alcuni caratteri dell'illecito già configurato; ma a fissarne integralmente il contenuto. Lo stesso momento «di garanzia» della fattispecie, rappresentato dalla tutela dell'interesse all'osservanza della norma regolamentare (24), sarebbe di già integrato all'atto del rinvio; il reato essendo, infatti, di disobbedienza e quindi il fulcro della disciplina rimanendo nella legge medesima. Nulla è detto, per contro, circa la possibile estensione della costruzione, che dà per ammesso il carattere relativo della riserva, anche alla visuale dei rapporti tra la legge e la consuetudine o la discrezionalità del giudice penale.

Vero è che la costruzione dell'Esposito è, soprattutto, dettata da quelle ragioni pratiche cui si è accennato, le quali hanno un'esclusiva ragion d'essere a proposito della tematica dei regolamenti delegati. A prescindere dall'infondatezza, già dimostrata, dell'appiglio alle ragioni pratiche, la tesi non è convincente neppure nei suoi presupposti teorici; la concezione della c.d. «disobbedienza come tale», infatti, riduce la fattispecie ad una mera apparenza sia dal punto di vista strutturale sia da quello contenutistico, trascurando quegli interessi specifici la cui garanzia

(24) Sul punto cfr., anche, PETROCELLI, *Norma penale e regolamento*, cit., p. 399 ss.; PECORARO ALBANI, *Riserva di legge*, cit., p. 285 ss. Da questa impostazione vien fatta discendere, altresì, la soluzione negativa del problema relativo alla configurabilità di una potestà normativa penale regionale: cfr., in proposito, il nostro *Principio di legalità*, cit., p. 659.

e la cui significatività penale nasce dal raccordo tra la legge e il regolamento delegato.

Si deve, inoltre, far menzione di un recente orientamento dottrinale (25) che, pur muovendo da un'affermazione, in linea di principio, del carattere assoluto della riserva, finisce praticamente per neutralizzarne la portata. Cerchiamo di cogliere le principali movenze argomentative attraverso le quali la tesi si sviluppa. In via preliminare si riafferma l'assunto secondo cui la legge deve delineare tutta la fattispecie penale, senza rinviare ad una fonte normativa diversa per integrare la disciplina da essa posta. Ma in materia di rapporti legge-regolamenti delegati si sostiene la piena legittimità della triplice forma di articolazione in precedenza schematizzata. Diversa la motivazione: in questi casi il regolamento (26) non fungerebbe quale fonte del precetto penale, ma quale *presupposto di fatto* del divieto penale, alla stessa stregua per cui la presenza di un precedente vincolo matrimoniale funge da presupposto del reato di bigamia. Analogamente nelle ipotesi *b)* e *c)*, all'integrazione del precetto penale essendo già di per sè sufficiente l'enunciazione anche generica del dovere di obbedienza alle prescrizioni regolamentari, e, sotto il profilo del disvalore, l'offesa dell'interesse generale all'osservanza delle prescrizioni medesime. Riaffiora in questo orientamento la concezione di Esposito della c.d. « disobbedienza come tale ». Non rientrando, inoltre, la norma regolamentare, che svolge il ruolo di presupposto di fatto, nell'ambito del divieto penale, l'errore su di essa incidente va ritenuto

(25) Cfr. PETROCELLI, *Norma penale e regolamento*, cit., *passim*; PECORARO ALBANI, *Riserva di legge*, cit., *passim*.

(26) Ossia il solo atto normativo nei confronti del quale viene impostato il discorso.

operante come errore su uno degli elementi di fatto del reato. A questa « apertura » che l'indirizzo provoca sul piano soggettivo (27), corrisponde, tuttavia, una notevole neutralizzazione del carattere assoluto della riserva con riferimento ad un settore di estrema vitalità ed importanza; il rigore della stessa sembra, per contro, resistere quanto ai rapporti tra legge e consuetudine (28) ovvero tra legge e discrezionalità del giudice, non investiti, almeno espressamente (29), dall'impostazione.

L'orientamento, però, non sembra avere retto alle critiche serrate rivolte ad esso dalla dottrina (30). Anzitutto, la teoria della c.d. « disobbedienza come tale » presenta quelle fratture logiche cui si è accennato. Inoltre: com'è stato acutamente osservato (31), non è possibile equiparare l'esistenza di un precedente matrimonio nel reato di bigamia al regolamento cui rinvia la legge penale; il primo null'altro essendo che un elemento di fatto, mentre il regolamento è fonte del diritto sia pure subordinata e non si vede in base a quale processo normativo sia degradabile a mero presupposto di fatto (31-bis). Si è, inoltre, sottolineata (32) l'inapplicabilità dello schema della « presupposizione » in materia di rapporti leggi-regolamenti delegati: la figura

(27) Cfr. PECORARO ALBANI, *Riserva di legge*, cit., p. 330.

(28) Malgrado non vi sia sul punto una presa di posizione esplicita da parte degli Autori citati.

(29) Solo così può giustificarsi il rigore con cui, in sede astratta, viene ribadito il valore assoluto della riserva.

(30) Cfr., soprattutto: DELITALA, *Responsabilità e pena*, cit., p. 346; M. GALLO, *Appunti di dir. pen.*, cit., p. 18; MARINUCCI, voce *Consuetudine*, cit., p. 504. Sul punto cfr. anche il nostro *Principio di legalità*, cit., p. 660.

(31) M. GALLO, *Appunti di dir. pen.*, cit., p. 18.

(31-bis) L'obiezione non regge, peraltro, nei confronti di quelle prescrizioni amministrative od altri atti che non costituiscono fonti del diritto in senso tecnico.

(32) AMATO, *Rapporti fra norme primarie e secondarie*, cit., p. 149 ss.

della « presupposizione » in senso tecnico ha, infatti, riguardo a quei casi in cui una norma *produttiva di propri autonomi effetti* (o un istituto: si pensi, ad es., al « precedente matrimonio » rispetto alla bigamia) viene, *ad altri effetti*, richiamata da un'altra norma, mentre, nel caso di specie, le norme « presupposte » in tanto sono produttive di effetti in quanto — almeno in una prospettiva nettamente sanzionatoria — legate alle norme « richiamate » acquistino forza coattiva. E, infine, un'ultima decisiva obiezione critica (33): la riduzione delle prescrizioni regolamentari al rango di meri presupposti di fatto per l'operatività del precetto penale, le sottrae ad ogni controllo di legittimità della Corte costituzionale, rendendole sindacabili esclusivamente sotto il profilo dell'arbitrarietà da parte della magistratura ordinaria; con evidente pregiudizio delle superiori garanzie costituzionali.

Il peso delle « ragioni pratiche », dimostrata l'infondatezza delle argomentazioni teoriche, appare ancora decisivo in questa « rottura » del valore assoluto della riserva. D'altro canto, la semplificazione della tematica dell'errore, che la tesi realizza, appare raggiungibile anche muovendo da diversi presupposti (34) e non giustifica in ogni caso le ampie deroghe apportate alla riserva assoluta.

Una ricostruzione del problema è stata, di recente, tentata da M. Gallo (35) con notevole chiarezza e rigore metodologico. L'insigne Autore muove, anzitutto, rifuggendo da ogni suggestione concettualistica, dall'individuazione della *ratio* dell'art. 25 comma 2° della Costituzione, ravvi-

(33) Cfr. DELITALA, *Responsabilità e pena*, cit., p. 346; vd., altresì, MARINUCCI, voce *Consuetudine*, cit., p. 504.

(34) Così DELITALA, *Responsabilità e pena*, cit., p. 347.

(35) *Appunti di dir. pen.*, cit., p. 12 ss.

sata non tanto nell'esigenza di certezza, che sta piuttosto alla base del divieto di retroattività della norma penale, espresso dalla stessa disposizione, quanto nella necessità di « riservare alla legge ed agli atti aventi forza di legge il monopolio della determinazione delle fattispecie penalmente sanzionate, perchè una tale determinazione incide sui beni fondamentali del cittadino ». Il procedimento legislativo ed il controllo del potere legislativo sugli atti del potere esecutivo sarebbero nell'attuale momento politico costituzionale « i mezzi più idonei a garantire la libertà e i beni fondamentali dei singoli » (36).

Da questa impostazione discendono, in forma rigorosamente logica, i seguenti corollari: il carattere assoluto della riserva di legge di cui all'art. 25 comma 2°; l'impossibilità di ammettere una consuetudine con efficacia incriminatrice, nonchè di far capo ad una norma consuetudinaria (funzione integratrice della consuetudine) per determinare uno degli elementi costitutivi della fattispecie penale (37); l'illegittimità costituzionale ogniqualevolta il legislatore si spoglia del potere che gli è attribuito per delegarlo al potere regolamentare, quale che sia l'incidenza del regolamento delegato nella strutturazione della fattispecie penale (38); e, analogamente — anche se il corollario non è esplicitamente ricavato dall'Autore — laddove la determinazione della fattispecie è affidata a provvedi-

(36) M. GALLO, *Appunti di dir. pen.*, cit., p. 21-22.

(37) M. GALLO, *Appunti di dir. pen.*, cit., p. 26. L'affermazione sembra assoluta, senza possibilità di differenziare il ruolo assolto dall'elemento in questione nell'ambito della fattispecie penale; *contra*, viceversa, MARINUCCI, voce *Consuetudine*, cit., p. 506 ss.

(38) Con l'unica riserva rappresentata dai casi in cui il regolamento nasce insieme alla legge. Si veda, a proposito di questa eccezione di cui si dirà tra breve, M. GALLO, *Appunti di dir. pen.*, cit., p. 22. La limitazione è accolta da DELITALA, *Responsabilità e pena*, cit., p. 351.

menti dell'autorità amministrativa (con il che, un'ombra di incostituzionalità sembra investire lo stesso art. 650 c. p.), ovvero al potere discrezionale del giudice penale. Quest'ultimo, infatti, è una forma creativa del diritto e, quindi, una fonte di esso, anche se in senso non rigorosamente tecnico.

Dal carattere « assoluto » della riserva dovrebbe inferirsi, inoltre, la costituzionalizzazione del divieto dell'analogia (39) intesa come « modo di interpretazione dell'ordinamento giuridico » ossia come procedimento diretto a colmare le c.d. lacune sostanziali. Essa, infatti, per l'indeterminatezza dei criteri che la caratterizzano finisce per attribuire al giudice ampi poteri nella ricostruzione della fattispecie. « Perciò — si rileva (40) —, così come si deve escludere che il legislatore si privi del potere che gli è attribuito, in forza della riserva, per delegarlo a poteri normativi secondari, si deve escludere altresì la possibilità di delega, in campo penale, a poteri non normativi, quali gli organi giudiziari ».

3. La tesi del Gallo, pur approdando ad un risultato accettabile (ossia la conferma del valore assoluto della riserva), si snoda secondo cadenze non del tutto persuasive. In primo luogo, essa non pone ancora in piena luce la *ratio* della disposizione costituzionale; ciò che le impedisce, da un lato, di liberarsi completamente dal pericolo di incorrere in una *petitio principii*. Dire, infatti, che la esigenza che sta alla base della riserva di legge è costituita dal principio del monopolio legislativo in materia penale, per la migliore garanzia della libertà e dei beni fondame-

(39) Sul punto, M. GALLO, *Appunti*, cit., p. 32.

(40) M. GALLO, *Appunti*, cit., p. 32.

tali del cittadino non significa ancora affermare qualcosa di più che «la riserva è assoluta perchè non può essere che assoluta» (41). Inoltre, ciò le preclude la possibilità di cogliere la coincidenza di significati tra l'art. 25 comma 2° della Costituzione e l'art. 1 c.p. e, quindi, la costituzionalizzazione del principio di tassatività e del divieto di utilizzazione delle clausole generali o elementi indeterminati, i quali possono essere fonte di pericolosi arbitrî giudiziari, pari e forse superiori a quelli determinabili dal procedimento analogico. Lo stesso Autore, con estrema sensibilità, rileva (42) la scarsa coerenza interna di un ordinamento che non rinunciando da un lato al divieto di analogia tollera la presenza in seno alle norme incriminatrici di clausole generali, senza, peraltro, cercare di ricondurre il fenomeno nel quadro di un'interpretazione estensiva dell'art. 25 comma 2°. E si badi: senza stabilire una piena concordanza di significati tra la normativa costituzionale e l'art. 1 c.p., anche quanto all'esigenza di tassatività, non è possibile far discendere dalle premesse, come fa, viceversa, l'Autore, la costituzionalizzazione del divieto di analogia. Se quest'ultima è procedimento ermeneutico che si svolge secondo cadenze indeterminate, può contrastare solo con la esigenza di un'espressa previsione normativa, non con il carattere «assoluto» della riserva; come accadrebbe, per contro, in una prospettiva di tipo kelseniano rivolta a rav-

(41) DELITALA, *Responsabilità e pena*, cit., p. 344.

(42) L'aspetto trovasi sottolineato nella relazione dell'illustre Autore al XIII Convegno nazionale di Studio dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani sul tema «Il principio di legalità» (cfr. p. 3 dello schema dattiloscritto). Anche PEDRAZZI (*Inganno ed errore*, cit., p. 29) parla di aggiramento sostanziale del principio di legalità in un sistema che utilizzi clausole generali del tipo di quella del delitto civile: l'Autore non si pone, tuttavia, il problema delle dimensioni costituzionali del principio di legalità in materia penale.

visare nel procedimento analogico una forma « creativa » di diritto.

La collocazione sistematica dell'art. 25 comma 2° assume un valore decisivo per la soluzione della questione: inserito nella Parte I relativa ai doveri e diritti dei cittadini e nel Titolo I concernente i rapporti civili, esso si propone di garantire il bene fondamentale della libertà personale, dal pericolo di menomazioni arbitrarie operate sia in chiave processuale (comma 1°) sia tramite incriminazioni penali (comma 2°). Il riferimento alla « legge » è dovuto alle maggiori garanzie che tale atto normativo offre sia dal punto di vista meramente tecnico che da quello politico. Sotto il primo aspetto, la legge è il risultato di un *iter* criticamente vagliato e approfondito (43); sotto il secondo essa, lungi

(43) Non manca chi (FOIS, *La « riserva di legge »*, ed. provv. cit., p. 188), per contro, critica l'eccessiva mitizzazione del concetto di « legge » nelle attuali democrazie parlamentari e ritiene, in particolare, nell'attuale ordinamento italiano, respinta la supremazia del legislatore parlamentare (p. 244) (se intesa) in senso assoluto e comunque accolta solo in senso relativo, circoscritto e delimitato. Si tratta, in ogni caso, di affermazioni che non si riferiscono specificamente alla materia penalistica: l'Autore ha, infatti, di mira soprattutto il profilo della « legalità » dell'attività amministrativa. Analogamente, allorchè l'Autore (p. 199), agganciandosi all'esperienza costituzionale e alla prevalente dottrina tedesca (sono citati: MANGOLDT-KLEIN, *Das Bonner Grundgesetz*, p. 541, che parla di *typisch jakobinischer Trugschluss*; M. NAWIASKY, *Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, 1950, p. 19), critica come « luogo comune » l'affermazione secondo la quale il predominio del legislatore e della sua legge rappresenterebbero di per sè e necessariamente la miglior garanzia delle libertà e dei diritti costituzionalmente riconosciuti. Infatti: non mancano voci autorevoli, nella dottrina tedesca, le quali ritengono che la locuzione *gesetzlich* di cui all'art. 103 II GG, corrispondente nella sostanza al nostro art. 25 comma 2°, alluda alle sole leggi *in senso formale*. Cfr., ad es., in tal senso: HOLTKOTTEN, *Bonnerkommentar*, Art. 103 II, 3c; KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch Kommentar* § 2 *Anm. 1*; H. MAYER, *Strafrecht, All. Teil*, 1953,, p. 85. *Contra*, MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, 1963, Art. 103 II, 36-37, ma con una singolare argomentazione: l'Autore ritiene che dall'Art. 103 II GG si desume esclusivamente la

dal costituire strumento di arbitrio, è espressione di un equilibrio politico e di una maggioranza operante. Analogamente dicasi per gli atti normativi equiparati alla legge in senso formale (decreti legislativi e decreti legge) (44). che, pur essendo emanazione del potere esecutivo, sono ela-

necessità che la punibilità derivi da una fonte *scritta*, sia che questa si concreti in una « formelle Gesetz », in un « Rechtsverordnung » o « Satzung ». Tuttavia: posto che l'Art. 104 I GG dispone che « Die Freiheit der Person kann nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes... beschränkt werden », ne consegue l'impossibilità di applicare una pena restrittiva della libertà personale (*Freiheitsstrafe*) se non in base ad una legge formale. Senonchè: la forza del collegamento tra l'Art. 103 II e l'Art. 104 II (il quale, riferendosi alla restrizione della libertà personale in generale non può, *a fortiori*, escludere i casi in cui essa è il prodotto di una sanzione penale) non può circoscriversi alle sole pene detentive: tenuto conto che le pene pecuniarie sono potenzialmente, per il caso, cioè, dell'insolvibilità del reo, convertibili in pene detentive (e il ragionamento vale, soprattutto, per il diritto italiano, in cui la conversione opera automaticamente). Vero è, piuttosto che, dal combinato disposto dei due articoli si desume la riferibilità della riserva assoluta di cui all'art. 103 II GG alla sola legge *formale*.

(44) Nessun dubbio sembra, infatti, sussistere circa l'assimilazione alla legge vera e propria tanto del decreto-legge quanto del decreto legislativo (a proposito di questi due tipi di fonti cfr., soprattutto: ESPOSITO, voce *Decreto legislativo*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, p. 867 ss.; IDEM, voce *Decreto-legge*, *ivi*, p. 831 ss.; PALADIN, voce *Decreto legislativo*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. V, Torino, 1960, p. 293 ss.; IDEM, voce *Decreto-legge*, *ivi*, p. 287 ss.) emanati nelle forme e nelle condizioni previste dalla Costituzione (art. 76 e 77) ed espressamente qualificati come atti aventi « valore di legge » o « forza di legge » (art. 134 Cost.). A proposito di tale equiparazione cfr. G. VASSALLI, voce *Nullum crimen sine lege*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XI; accenna a talune perplessità, infondate, sollevate sul punto, P.G. LUCIFREDI, *Note sulla rilevanza costituzionale del principio « nulla poena sine lege »*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 1628, nota (9). Per cui: anche tali fonti normative debbono ritenersi « leggi » a' sensi sia dell'art. 1 c.p. sia dell'art. 25 Cost. e possono pertanto legittimamente contenere norme penali incriminatrici o la previsione di nuove pene o l'aggravamento di pene già precedentemente previste. Numerosi problemi sorgono quanto al rispetto dei limiti della delega legislativa: cfr., sul punto, ad es., Corte cost. 10 maggio 1963, n. 62, in *Giur. cost.*, 1963, p. 544 ss. Si vedano, inoltre, R. G. DE FRANCO, *Alcuni rilievi sulla delega legislativa in materia penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, p. 1059 ss.; C. MARINI, *Questioni in tema di decreti legislativi*, *ivi*, 1959, p. 1209 ss.

borati sotto il vigile controllo del potere legislativo e della Corte costituzionale. Svincolati da tale controllo, gli atti del potere esecutivo possono essere più facilmente sollecitati da suggestioni arbitrarie; il pericolo esiste anche in uno Stato di diritto (44-bis), dove pure l'esecutivo non è che l'emanazione di una maggioranza operante in Parlamento. Il rilievo è tanto più calzante ove si tratti di uno Stato che, com'è il nostro, esce da un'esperienza totalitaria. Altrettanti rischi sussistono, quanto meno con riguardo alla sfera cui, come si dirà, il costituente ha inteso circoscrivere la portata della riserva, nei casi di eventuale rinuncia da parte del legislatore a favore del potere discrezionale del giudice penale, pur non traducendosi quest'ultimo in atti normativi in senso tecnico: ciò vale, soprattutto, per quei paesi in cui, com'è il nostro, l'indipendenza della magistratura dal potere esecutivo, pur essendo un fatto costituzional-

(44-bis) Cfr. *Commission Internationale des juristes. Le principe de la légalité dans une société libre*, Genève, 1959: il volume contiene le relazioni e le conclusioni cui è pervenuto nel 1959 il Congresso internazionale dei giuristi tenutosi a Nuova Delhi per iniziativa della Commissione internazionale dei giuristi. Fra i principî propri dello Stato di diritto nel campo del diritto sostanziale e processuale, sintetizzati dall'espressione « principio di legalità » (*Rule of Law*), v'è da segnalare, per quanto concerne specificamente l'attività del potere esecutivo, quello « consistente nell'assicurare che il potere normativo attribuito a quest'ultimo sia rigorosamente contenuto nei limiti della delega legislativa e che si sia assicurato il controllo giurisdizionale sull'osservanza dei limiti della delega » (sul punto, segnalato per dimostrare la necessità di contenere in uno Stato di diritto l'intervento del potere esecutivo della materia penale, cfr. G. VASSALLI, voce *Nullum crimen sine lege*, cit.). Quanto s'è detto vale, pur tenendo conto di un certo margine di relatività intrinseco al concetto di « Stato di diritto »: sul punto cfr. M. HUBER, *Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates*, in *Demokratie und Rechtsstaat, Festgabe für GIACOMETTI*, 1953, pp. 59-66. Resta comunque indiscutibile il legame stretto e diretto che avvince l'istituto della riserva di legge con i fondamentali principî di struttura di un dato ordinamento: richiama l'attenzione su tale collegamento, FOIS, *La « riserva di legge »*, cit., p. 6.

mente sancito (vd. art. 101 della Costituzione italiana), non è ancora integralmente realizzata in pratica (45).

Questi pericoli condizionano l'affidamento costituzionale di ogni potere normativo in campo penale alla legge in senso formale e agli atti ad essa equiparati. Se questa è la *ratio* che ispira l'art. 25 comma 2°, si comprende agevolmente perchè mai la riserva non possa che avere valore assoluto; in regime di riserva relativa, infatti, la garanzia funzionerebbe in linea meramente formale (basti, per rendersi conto di ciò, pensare ad una strumentazione dei rapporti legge-regolamento delegato di tipo *b*), non incompatibile con il carattere relativo della riserva).

Dal carattere assoluto della riserva a favore della legge (46) discende una rigorosa preclusione, quanto alla configurazione dell'illecito penale (47), per ogni altra fon-

(45) Diversamente può essere impostato il problema in paesi, come l'Inghilterra e gli Stati scandinavi, nei quali tale netta separazione è ormai un fatto compiuto: cfr., M. GALLO, *Appunti*, cit., p. 33.

(46) Da intendersi esclusivamente come legge *statale*. In senso contrario alla configurabilità di una potestà normativa penale delle Regioni cfr. il nostro *Principio di legalità*, cit., *passim*. Cfr., altresì, oltre alla bibliografia ivi citata, di recente, R. G. DE FRANCO, *Riflessi costituzionali della distinzione tra sanzione penale e sanzione amministrativa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1963, p. 1169 ss.

(47) Sul principio di legalità in generale, sulla sua storia e sulla sua portata nei vari ordinamenti vigenti, cfr. l'accuratissima bibliografia che precede la voce cit. di G. VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*. Si vedano, inoltre: CLERIC, *Des Grundsatz « nullum crimen sine lege » im schweizerischen Strafrecht*, in *SJZ*, 9, p. 329 ss.; H. HÜBER, « *Nulla poena sine lege* » und *schweizerisches Strafgesetzbuch*, *ivi*, 36, p. 21 ss.; ELVERS, *Die Bedeutung des Satzes « nulla poena sine lege » in seiner historischen Entwicklung*, 1909 (va sottolineato come in questi studi e in quelli successivi, malgrado l'intitolato, il principio di legalità venga esaminato nella sua duplice veste *nullum crimen, nulla poena sine lege*); R.H. GRAVESON, *Der Grundsatz nulla poena sine lege und das Kontrollratsgesetz Nr. 10*, in *MDR*, 1947, p. 278 ss.; H. GROSSMANN, *Der Grundgedanke eines Strafgesetzes im Sinne des § 2 StGB n. F. und seine Bedeutung für strobegründende Analogie*, *Straf. Abh.*, 1941;

te (48), tecnicamente o meno intesa. Il principio vale anche per la consuetudine, sia in funzione incriminatrice che in-

HAFTER, *Lücken im Strafgesetzbuch*, in *ZStrR*, 62, p. 133 ss.; LANGE, *Die Magna Charta der anständigen Leute*, in *JZ*, 1956, pp. 519-524; MAURHOFER, *Der Grundsatz « nulla poena sine lege » in der schweizerischen Gesetzgebung*, 1926; H. MAYER, *Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände*, in *JZ*, 1953, p. 105 ss.; J. MEYER-LADEWIG, *Des Satz « nulla poena sine lege » in dogmatischer Sicht*, in *MDR*, 1962, p. 262 ss.; PFENNINGER, *Liberalismus und Strafrecht*, in *Festgabe für P. FLEINER*, 1937, p. 272 ss.; RITTLER, *Grenzen der Strafgesetzgebung*, in *ZStrR*, 62, p. 253 ss.; IDEM, *Gesetz und Wirklichkeit in der Rechtswissenschaft*, *ivi*, 63, p. 464 ss.; SAX, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, in BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, *Die Grundrechte*, vol. III/2, p. 909 ss.; STREE, *Deliktsfolgen und Grundgesetz*, cit., p. 21 ss. (con riguardo, soprattutto, alla seconda parte del brocardo); M. WAIBLINGER, *Die Bedeutung der Grundsatzes « nullum crimen sine lege »*, cit., p. 212 ss.; WELZEL, *Auf welche Bestandteile einer Strafvorschrift bezieht sich der Satz: nulla poena sine lege?*, in *JZ*, 1952, p. 616 ss.; WÜRTEMBERGER, *Vom Rechtsstaatsgedanken in der Lehre der strafrechtlichen Rechtswidrigkeit*, in *Festschrift für TH. RITTLER*, 1957, p. 125 ss. Per la diversa dimensione che il principio di legalità ha oggi assunto, in relazione al moltiplicarsi delle incriminazioni penali (soprattutto nel settore del diritto penale economico), a paragone del significato che esso possedeva originariamente, in un'epoca in cui il diritto penale « devait être réduit à la plus simple expression compatible avec la protection de la paix publique et des libertés individuelles », cfr. J. LÉAUTÉ, *Le changement de fonction de la règle « nullum crimen sine lege »*, in *Dix ans de conférences d'agrégation. Etudes de droit commercial offertes à J. HAMEL*, 1961, p. 81 ss.

(48) L'art. 25 comma 2° Cost. esprime, pertanto, per usare una distinzione sempre più recepita ormai dalla dottrina costituzionalistica (cfr., per es., M.S. GIANNINI, *I proventi degli enti pubblici minori e la riserva della legge*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.*, 1957, I, p. 8 ss.; MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 6° ed., Padova, 1962, p. 191 ss.) una *riserva di legge* (o *assoluta*) e non una *riserva della legge*, nella quale una parte della disciplina può essere lasciata a fonti secondarie. In questo secondo senso, quanto ai rapporti tra legge e regolamenti in materia di reati e di pene, sono, tuttavia, fra gli altri: BODDA, *I regolamenti degli enti autarchici*, Torino, 1932, p. 171; RAGNISCO, *La legge 31 gennaio 1926, n. 100 ed il Consiglio di Stato*, Padova, 1931, pp. 136-137; SANDULLI, *La potestà regolamentare nell'ordinamento vigente*, in *Studi sulla Costituzione per la celebrazione del primo decennale*, vol. III, Milano, p. 357 ss.; SOFIA, *La potestà regolamento dello Stato*, Palermo, 1930, p. 51 ss.; ZANOBINI, *La potestà regolamentare e le norme della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, I, p. 562 ss. Va sottolineato come la tesi, sostenuta prevalentemente in regime di costituzione elastica, sia fatta propria da cultori di diritto amministrativo, tendenzialmente portati a concepire il principio di legalità nella forma di riserva *della* legge. Un ultimo rilievo: posto

tegratrice, nei cui confronti la preclusione è dettata non tanto dalle ragioni politiche accennate, quanto piuttosto dall'indeterminatezza che connota l'accertamento e la rilevazione della norma consuetudinaria (49). Se si tien conto che la stessa indeterminatezza connota anche il processo di estrazione della regola per il caso singolo in tema di discrezionalità e che, in definitiva, lo stesso regolamento delegato non offre, almeno in linea teorica e ad eccezione di settori estremamente tecnici, le garanzie di precisione formale che presenta, viceversa, la legge, in quanto atto normativo preceduto da un *iter* più complesso e rigoroso, si può con-

che l'art. 25 comma 2° vincola altresì, come si dirà meglio, il legislatore ordinario a seguire una certa tecnica di previsione (tassativa), si può affermare che esso pone una riserva di legge *rinforzata* (stretta legalità), secondo la tripartizione adottata dal BERLIRI, *Appunti sul fondamento e il contenuto dell'art. 23 della Costituzione*, in *Jus*, 1958, p. 365 ss.: riserva *normale*, per effetto della quale, in ordine ad una data materia, solo il legislatore *ordinario* può provvedere ma con piena libertà; riserva *attenuata*, per effetto della quale il legislatore *primario* ha facoltà di demandare al potere esecutivo il compito di integrare e perfezionare la disciplina da esso dettata (es. art. 23 Cost.); riserva *rinforzata*, per effetto della quale in ordine ad una data materia può provvedere solo il legislatore *primario* e con una limitata libertà, in quanto la Costituzione, pur fissando la riserva, gli pone limiti, particolari e non superabili (La locuzione *riserva di carattere rinforzato* è usata più di frequente dalla dottrina in una differente accezione; cfr., in proposito, ELIA, *Libertà personale*, cit., p. 15). Indifferente è, a nostro avviso, che il limite sia di natura *contenutistica* (es. art. 16 Cost., per cui la legge può intervenire in tema di libertà di circolazione e di soggiorno, ma soltanto « in via provvisoria per motivi di sanità o di sicurezza ») o *formale* (ad es. art. 25 comma 2° Cost. che vincola il legislatore ordinario ad adottare una certa tecnica — *tassativa* — di previsione). Il primo tipo di riserva è espressione di diffidenza del Costituente nei confronti del potere esecutivo; l'ultimo, di fiducia verso il medesimo; mentre il secondo manifesta, al contempo, fiducia verso il legislatore ordinario, e desiderio di evitarne sbandamenti ed arbitrii.

(49) Sottolinea tale carattere della consuetudine, MARINUCCI, voce *Consuetudine*, cit., p. 504 ss., cui rinviamo per i relativi richiami bibliografici. Per un accenno nello stesso senso, MICELI, *La norma giuridica*, Palermo, 1906, p. 301.

cludere nel senso che al fondo del carattere assoluto della riserva sta altresì una ragione di maggior « certezza » della legge. È questo, tuttavia, un motivo che, più accentuato per la consuetudine e per la discrezionalità penale e più sfumato per gli altri atti normativi in senso tecnico, non può essere assunto a giustificazione esclusiva del dettato costituzionale.

La garanzia del bene fondamentale preso di mira dall'art. 25 comma 2° risulterebbe ancora meramente formale se la disposizione costituzionale esaurisse la sua funzione sul terreno delle fonti. Pienamente compatibile con la stessa sarebbe una legislazione penale caratterizzata dall'uso di clausole generali e di formule indeterminate, nonchè suscettibile di essere esplicitata tramite il procedimento ermeneutico dell'analogia, snodantesi attraverso passaggi non del tutto determinati. Il principio di legalità, salvo nella sua veste esteriore, verrebbe profondamente compromesso in forza delle larghe concessioni che in tal modo si farebbero all'arbitrio (49-bis) del giudice. Il requisito di « tas-

(49-bis) Per la costituzionalizzazione del principio di tassatività e, quindi, del divieto di analogia sono, fra gli altri, nella dottrina costituzionalistica CARBONARO, *I rapporti civili e i rapporti politici*, in *Commentario sistematico della Costituzione italiana diretto da P. CALAMANDREI e A. LEVI*, I, Firenze, 1950, p. 145; CARULLO, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Milano 1959, p. 74 (l'Autore afferma, anzi, esplicitamente che l'art. 25 comma 2° costituzionalizza il divieto di analogia ed è diretto a bloccare la discrezionalità; muovendo, come pare, dall'equazione tra discrezionalità e indeterminatezza); nella dottrina penalistica, FROSALI, *Sistema pen. it.*, I, cit., p. 320, allorchè afferma che « il principio del divieto di analogia può ritenersi in accordo (il corsivo è nostro) con il principio generale di cui all'art. 1 c.p. e ora 25 1° cpv. Cost. (l'asserto è ribadito a p. 341 e a p. 423 del vol. III. Lo stesso Autore, tuttavia, nello studio *La giustizia penale*, in *Commentario sistematico*, cit., vol. I, p. 220, sostiene che la nostra carta costituzionale esattamente non accenna alla questione del divieto d'analogia, per non chiudere la porta ad una più integrale realizzazione dei principi della difesa sociale. A nostro sommesso avviso, viceversa, come meglio si

«satività» della legge penale deve, pertanto, ritenersi costituzionalmente imposto ai fini dell'integrale realizzazione della garanzia del bene fondamentale di cui all'art. 25 comma 2°. E si badi: questa precisazione circa il carattere che deve improntare l'unica fonte utilizzabile in campo penale scaturisce da un ulteriore rilievo: la presunzione di una

dirà in seguito, le esigenze della prevenzione speciale e della rieducazione possono essere soddisfatte, anche *de jure condendo*, dal legislatore ordinario solo nei limiti del giusto temperamento suggerito dagli art. 27 comma 3° e 25 comma 2° della Costituzione. La contraddittoria posizione assunta sul punto dal Frosali, giustifica come esso venga citato da C. F. GROSSO, *L'articolo 121 T.U.*, cit., p. 20, nota (24) estr., con riguardo al suo secondo studio, fra i sostenitori della non costituzionalizzazione del principio di tassatività); MALINVERNI, *Principi di diritto penale tributario*, Padova, 1962, p. 75, nota (21); NUVOLONE, *Norme penali e principi costituzionali*, cit., p. 1529, anche se l'Autore considera, piuttosto, l'indeterminatezza della fattispecie in antitesi con lo spirito, anziché con la lettera dell'art. 25 comma 2° della Costituzione; IDEM, *Le leggi penali e la Costituzione*, cit., p. 1 ss.; A. PERONACI, *La nuova Costituzione*, cit., p. 358; P. ROSSI, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo, 1954, p. 148 ss.; G. VASSALLI, voce *Analogia nel diritto penale*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. I, tomo I, Torino, 1957, p. 607; IDEM, voce *Nullum crimen sine lege*, cit.; ZANZUCCHI, *Istituzioni di diritto pubblico secondo la nuova Costituzione*, Milano, 1948, p. 150 ss. Nello stesso senso sembra orientato anche BETTIOL, *Aspetti politici del diritto penale contemporaneo*, Palermo, 1919, p. 40, il quale, tuttavia, pare circoscrivere la portata dell'art. 25, comma 2° alla « somma di momenti estranei alla psiche del soggetto »; mentre M. GALLO, *Appunti*, loc. cit., sostiene, come s'è detto, la costituzionalizzazione del divieto di analogia, ma non del principio di tassatività in generale.

In senso contrario cfr., con diverse motivazioni: AMORTH, *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, cit., p. 61; AZZARITI, *Il principio della irretroattività della legge e i suoi riflessi di carattere costituzionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, p. 622 ss.; BOSCARIELLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, 1955, p. 91; ESPOSITO, *Irretroattività*, cit., p. 97 ss.; IDEM, *L'art. 25 della Costituzione*, cit., p. 537 ss.; FALZONE-PALERMO-COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana*, 1948, p. 59 ss.; A. FOSCHINI, *La irretroattività*, cit., p. 500 ss.; C. F. GROSSO, *L'art. 121 T.U.*, cit., p. 20 estr.; e, sia pure non esplicitamente, PETTOELLO MANTOVANI, *Il valore problematico della scienza penalistica*, Palermo, 1961, p. 59 ss. In questo senso sono orientati, in prevalenza, com'è agevole osservare, i costituzionalisti.

maggior precisione dell'atto normativo legale non sempre ha rispondenza effettiva, per un complesso di motivi che non è qui il caso di analizzare (50); e, comunque, in materia penale, per l'indole dei beni che vengono messi in gioco, il grado di certezza dello stesso deve essere più elevato che non in altri settori (51).

↳ Muovendo dalla *ratio*, l'art. 25 comma 2° svela un contenuto di significati corrispondente all'art. 1 c.p. Il che appare, altresì, conforme ad un criterio di logica politica che non può essere mai disatteso nell'interpretazione delle norme costituzionali (52): sarebbe, infatti, assurdo che la « tassatività », salvaguardata dall'art. 1 c.p., sia pure in forma *apparente* (data la possibilità di deroghe al principio da parte dello stesso legislatore ordinario), venisse di-

(50) Ciò è, tuttavia, dovuto in modo preminente al contrasto tra elemento tecnico e politico che si riflette nel processo formativo delle leggi, e che si risolve, spesso, a vantaggio del secondo: cfr., sul punto, GUARINO, *Tecnici e politici nello Stato contemporaneo*, cit., p. 3-29. Decisamente prevalente sembra, per contro, l'elemento tecnico negli atti normativi del potere esecutivo: per questi motivi ci pare conferente l'interpretazione che verremo tra breve enunciando circa i rapporti tra legge e atti normativi secondari, la quale tende ad attribuire rilievo a questi ultimi in sede di precisazione del contenuto tecnico di elementi della fattispecie, già delineati nel loro significato di disvalore della legge penale.

(51) Sulla « certezza delle regole penali », infatti, la competente Commissione del Congresso di Nuova Delhi, già citato, ha precisato che « le definizioni contenute nella legge così come la loro interpretazione debbono sempre assicurare la massima sicurezza giuridica possibile, tanto più che nel diritto penale sono in gioco la vita e la libertà dei cittadini » (la citazione è fatta da G. VASSALLI, voce *Nullum crimen sine lege*, cit.).

(52) Per la necessità di un'interpretazione delle norme costituzionali che ne colga, soprattutto, lo spirito, ovvero lo sfondo politico-sociale cfr. il nostro *Principio di legalità*, cit., p. 644. Il che non significa, tuttavia, ancorare l'interpretazione delle norme costituzionali esclusivamente a *valori ideologici*: esprime talune perplessità per una tecnica interpretativa della Costituzione che si orienti nettamente in tal senso, FORSTHOFF, *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, 1961.

sattesa, una volta ammessa il valore di garanzia rispetto al bene fondamentale della libertà personale, dal costituente democratico del 1948. Il procedimento metodologico da noi seguito, diretto a dare il massimo grado possibile di espansione all'esigenza di tutela espressa dall'art. 25 comma 2° ed agevolmente ricavabile dal contesto costituzionale, appare dettato dall'estrema sinteticità della normativa costituzionale (53): la quale, a sua volta, è determinata sia dalla necessità di condensare in una proposizione principi diversi, sia da talune obiezioni che, in sede di lavori preparatori dell'Assemblea costituente (54), erano state sollevate riguardo all'inserimento nel testo costituzionale di norme aventi carattere penale. La stessa formulazione sintattica dell'art. 25 comma 2° definitivamente prescelta, prevalentemente orientata, com'è, a segnalare il divieto di retroattività, si è trovata nell'impossibilità di porre in luce quegli altri aspetti che sono indiscutibilmente connessi alla *ratio* della disposizione: quali il carattere « espresso » della legge penale: l'esigenza di legalità anche con riguardo al secondo profilo del brocardo (*nulla poena sine lege*) e, infine, tutte le distinte sfumature del divieto di retroattività analiticamente previste dall'art. 2 c.p.

Un'ultima precisazione: nella poliedricità di significati contenuti nell'art. 25 comma 2° della Costituzione, il divieto di retroattività si caratterizza perchè rispondente ad un'esigenza (di certezza) che è coessenziale ad ogni sistema (55), mentre gli altri due principi (valore assoluto della

(53) Questo carattere di sinteticità coessenziale alla normativa costituzionale è particolarmente accentuato per le disposizioni di natura penale.

(54) Richiama l'attenzione sul punto P. G. LUCIFREDI, *Note sulla rilevanza costituzionale*, cit., p. 1632 ss.

(55) Sul punto cfr. il nostro *Principio di legalità*, cit., p. 651.

riserva di legge; stretta legalità o tassatività) sono più strettamente concatenati all'assetto politico-costituzionale del nostro Stato e, quindi, suscettibili di deroghe, almeno parziali, alla luce di un assetto diverso (56).

4. I risultati fino ad ora acquisiti sono di particolare momento: l'art. 25 comma 2° pone, da un lato, una riserva assoluta di legge in materia penale, privando il giudice di ogni potere discrezionale e, dall'altro, vincola il legislatore ad una tecnica di previsione tassativa. La preclusione della discrezionalità penale sarebbe, comunque, di già operante, contrariamente a quanto si opina di solito (57), quand'anche la disposizione costituzionale non si arricchisse di questo secondo significato.

Restano all'interprete numerosi problemi da risolvere: constatare, anzitutto, se la riserva assoluta non tolleri alcuna limitazione in via puramente logica; verificare a quale delle varie vicende (costitutive, modificative e estintive) della punibilità vada relazionata la normativa costituzionale; stabilire l'esatta portata del vincolo di tassatività, ossia della nozione penalistica di fattispecie; e, infine, chiarire come si atteggiino i significati costituzionali dell'art. 25 comma 2° in rapporto alla seconda parte del tradizionale brocardo (*nulla poena sine lege*).

Non si può ravvisare un limite in senso tecnico nel caso prospettato dalla dottrina (58), quello, cioè, in cui il legislatore, senza rinunciare al suo monopolio, dispone la as-

(56) In tal senso, M. GALLO, *Appunti*, cit., p. 33.

(57) Ciò è il frutto della tendenza a stabilire l'equazione discrezionalità-indeterminatezza o incompletezza del paradigma normativo penale (cfr., ad es., CORDERO, *Le situazioni soggettive*, loc. cit.).

(58) Cfr. M. GALLO, *Appunti*, cit., p. 22; l'impostazione è accolta da DELITALA, *Responsabilità e pena*, cit., p. 351.

soggettività a sanzione penale di comportamenti previsti da regolamenti già esistenti. Qui, infatti, il legislatore, al momento del rinvio, conosce le norme che ne sono oggetto e, quindi, non c'è alcuna violazione della riserva di legge. Si tratta di un normale processo di rilevazione di dati, questa volta normativi, per la strutturazione della norma penale. Il problema si pone, piuttosto, sotto un'altra prospettiva: *quid juris*, infatti, nel caso di successiva modificazione o abrogazione del regolamento cui la norma penale ha fatto rinvio? Il quesito è risolvibile solo tenendo presente che questi atti normativi, utilizzati nel processo di costruzione della fattispecie penale, acquistano una veste nuova, quali elementi della stessa, senza risentire più delle variazioni che essi subiscono al di fuori del loro settore di operatività penale. Il fenomeno non può stupire: basti pensare a quanto si verifica, sia pure su di un diverso piano, per il c.d. deposito necessario che, scomparso come istituto civilisticamente rilevante, può tuttora formare il substrato su cui si innesta la responsabilità penale per appropriazione indebita (59). Lo stesso fenomeno sembra prospettabile altresì con riferimento a consuetudini (naturalmente, in funzione integrativa (60)) già formate al tempo dell'elabo-

(59) In proposito si veda, ANTOLISEI, *Manuale di dir. pen., Parte spec.*, vol. I cit., p. 240. Abolito l'istituto del « deposito necessario » nel nuovo codice civile, l'Autore ritiene che l'art. 646 comma 2° continui a far riferimento alle situazioni di fatto che, secondo la legislazione civile del tempo in cui andò in vigore, costituivano il detto deposito. Naturalmente, in conseguenza di ciò, la locuzione « deposito necessario » non esprime più un elemento normativo giuridico ma un semplice elemento normativo. Con le relative conseguenze in tema di errore: insussistenti nel caso di specie, trattandosi di circostanza aggravante. Quanto si è detto vale a condizione che il legislatore non vincoli esplicitamente l'elemento normativo alle vicende (modificative o abrogative) relative al parametro da cui dipende la normazione sintetica.

(60) L'unica forma per cui si pone un problema di eventuale utilizzabilità in sede penale.

razione della legge penale. La norma consuetudinaria deve, tuttavia, essere già enucleata con tutta precisione; altrimenti la possibilità del rinvio sarebbe preclusa sotto il profilo dell'esigenza di « certezza » (61).

Non sembra sussistere alcuna violazione della riserva assoluta nel caso, invero non molto frequente, in cui la norma penale rinvii, per la determinazione del contenuto dell'illecito, ad una legge o ad atti ad essa equiparati di futura emanazione. L'ipotesi rappresenta anzi, l'unica forma di realizzazione della categoria della c.d. norma penale in bianco in senso tecnico (62), ove il rinvio sia rivolto

(61) Trattasi di un aspetto che pur non colto esplicitamente dal MARIUCCI, voce *Consuetudine*, cit., può agevolmente ricavarsi dalla sua impostazione data al tema.

(62) Sul tema cfr. il fondamentale studio di G. LEONE, *Le norme penali in bianco nel nuovo codice penale*, in *Scritti teorico-pratici sulla nuova legislazione italiana*, I, Bologna, 1932, p. 23 ss. Di recente: PETROCELLI, *Norma penale e regolamento*, cit., p. 402 ss.; PECORARO ALBANI, *Riserva di legge*, cit., p. 285 ss. Per qualche accenno sul punto cfr. anche, CONCAS, *La garanzia penale del segreto istruttorio*, cit., p. 145, soprattutto nota (274). Nella dottrina tedesca cfr., soprattutto sotto il profilo dell'errore: WARDA, *Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen*, 1955, *passim* (da un punto di vista generale, con riguardo al concetto di norma penale in bianco, cfr. pp. 5-20); e, in generale: DROST-ERBS, *Kommentar zum Wirtschaftsstrafgesetz*, 1949; HARTUNG, *Das Steuerstrafrecht. Kommentar zu den Bestimmungen des Dritten Teiles (Abschnitt I) der Reichsabgabenordnung*, 1950; NEUMANN, *Das Blankettstrafgesetz. Ein Beitrag zur Lehre und Reform des Reichsstrafrechts*, in *Str. Abh.*, vol. 87, 1908; OEKTER, *Die gesetzlichen Merkmale in Haupt- und Nebenfrage*, in *Ger. Saal*, vol. 64, p. 55 ss. (p. 154: *Die Hauptfrage bei Blankettgesetzen*); RAHN-GRIMSINSKI, *Wirtschaftsstrafgesetz*, 1950, § 4 Anm. 3°; ROTERING, *Verordnungsrecht und Blankettsatzung*, in *Archiv f. Kriminal Anthropologie und Kriminalistik*, vol. 46, 1912, p. 71 ss. Si badi: talora si parla di *Blankettvorschriften* per connotare le norme a carattere discrezionale (cfr., ad es., FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts, All. Teil*, vol. I, 2ª ed., 1951, p. 107 e p. 161 ss.; J. W. HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln*, cit., p. 57) ovvero quelle che contengono clausole generali o elementi normativi (cfr. CLASS, *Generalklauseln im Strafrecht*, cit., p. 129); ci si domanda, altresì, se una norma penale possa essere considerata « in bianco » per il rinvio operato al giudice (cfr. PANNAIN, *Manuale di dir. pen.*,

comunque, un margine prevalente della stessa.

Si ritiene da taluno (63) pienamente legittimo il rinvio ad un regolamento futuro per la fissazione di un elemento che svolga un ruolo marginale nel quadro del *Tatbestand* e, allo stesso modo, si opina (64) per l'utilizzazione, entro gli stessi limiti, di una consuetudine di futura formazione (di tipo integrativo). Il criterio solleva non poche perplessità, in specie ove si tenga conto che non è agevole reperire il parametro alla stregua del quale giudicare dell'essenzialità o meno di un dato requisito nell'ambito della fattispecie; soprattutto se ci si pone, per stabilire tale rilievo, da un punto di vista meramente effettuale. Maggior fondamento sembra, per contro, presentare un criterio che circoscriva l'operatività del rinvio, unicamente in rapporto ai regolamenti (65), a quei casi in cui la norma penale indichi già di per sé, in misura sufficiente, la sfera di significati e di (dis)valore che essa intende ricoprire, lasciando al regolamento la dettagliata enunciazione dei fatti od oggetti che tale significato di disvalore presentano: quale che sia la incidenza dell'atto normativo secondario sulla fattispecie penale, anche se praticamente, in virtù della delimitazione

Parte gen., 1962, p. 86). A nostro avviso, il problema può porsi soltanto per i casi di vera e propria discrezionalità e non per le forme di clausole generali o di normazione sintetica che rinviano a parametri di valutazione già esistenti, all'atto dell'emanazione della norma, anche se continuamente evolvendosi: nel primo caso, l'espressione può contrassegnare semplicemente l'assenza nella norma di una determinazione dell'oggetto della valutazione. Ma la sostanza del fenomeno che sta alla base delle norme penali in bianco in senso tecnico rimane profondamente diversa.

(63) Trattasi di un'ulteriore delimitazione del rapporto legge penale-regolamento delegato del tipo *a*) in precedenza ipotizzato.

(64) Cfr. MARINUCCI, voce *Consuetudine*, cit., p. 504 ss.

(65) Per la consuetudine ci pare, infatti, operi il limite della *tassatività*, quale che possa essere l'entità del ruolo che essa svolge nell'ambito della fattispecie.

citata, essa finirà per essere di « marginale rilievo ». Si pensi, ad es., ad una fattispecie che incrimini l'uso di sostanze dotate di un certo effetto X, chimicamente e clinicamente individuato (66), rinviando poi ad un regolamento successivo per l'elencazione dettagliata delle medesime. Rimane, tuttavia, un margine di aleatorietà che consiglia un prudente e limitato impiego del criterio il quale, nella sua utilizzazione più lineare (sintomatico è, in proposito, l'esempio adottato), può contribuire, anzi, ad evitare alla fattispecie penale il pericolo di incorrere in un'iperτροφία casistica. Il punto esigerebbe una ben più ampia trattazione (67), ma i limiti imposti all'indagine ci costringono

(66) Cfr., viceversa, a proposito degli art. 3, 6, 18 e 25 della legge 22 ottobre 1954 n. 1041 le seguenti ordinanze: Giud. istr. Trib. Mass. 5 dicembre 1963, imp. Pagani P. ed altri, in *Le leggi*, 1964, p. 66 ss.; Trib. Milano 30 ottobre 1963, imp. Palma G. ed altri, *ivi*, 1964, p. 68; Giud. istr. Trib. Venezia 16 novembre 1963, Bedon R., *ivi*, 1964, p. 71 ss.; Giud. istr. Trib. Venezia 14 novembre 1963, Danna L. ed altri, *ivi*, 1964, p. 72. Con queste ordinanze è stata ritenuta non manifestamente infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale degli art. 3, 6, 18 legge cit. in rapporto all'art. 25 comma 2° Cost. Si osserva, infatti, che: l'art. 6 della legge cit., che disciplina il commercio e l'impiego degli stupefacenti, nel determinare il precetto penale, fa richiamo ricettizio all'elenco delle sostanze o preparati ad azione stupefacente da compilarsi a cura di un organo prettamente amministrativo, ossia dell'Alto Commissario per l'igiene e la sanità pubblica, tenuto conto delle convenzioni internazionali e sentito il Consiglio superiore della sanità ai sensi dell'art. 3 della stessa legge. Esso contrasta, dunque, con l'art. 25, comma 2° Cost., il quale con la parola « legge » intende soltanto la legge in senso stretto, con esclusione assoluta delle c.d. leggi in senso materiale. L'interpretazione della norma costituzionale accolta dalle ordinanze citate ci sembra troppo radicale: alla stregua di essa, anche i decreti legge e i decreti legislativi non potrebbero fungere da fonte della norma penale. Particolarmente attesa è, comunque, la pronuncia della Corte costituzionale che dovrà precisare i limiti della riserva di legge in materia penale.

(67) Sul problema della (e sugli inconvenienti derivanti dalla) formulazione di tipo casuistico della legge penale cfr. GERMANN, *Methodische Grundfragen*, 1946, p. 70; dello stesso Autore cfr. anche *Zur Problematik der Ermessensentscheide*, in *Mélanges RUCK*, cit., p. 178 ss., 190 ss. Contro il

a serrare prontamente le fila del discorso. E allora: con il primo limite (apparente) al carattere assoluto della riserva si precisa, altresì, il settore di utilizzabilità nella fattispecie penale di elementi normativi che non si riferiscono a leggi in senso tecnico ovvero ad atti equiparati ad essa; con il secondo limite logico (reale) si fissa il margine di operatività di quegli elementi normativi che fanno riferimento a regolamenti anche futuri. Quanto al secondo aspetto, che è di rilievo decisivo, si avrà modo di tornare successivamente: si badi, ad es. (68), all'importanza di stabilire il rapporto che si prospetta tra la riserva assoluta di legge *ex art. 25 comma 2° della Costituzione* e la colpa per inosservanza di regolamenti ecc. (art. 43 comma 3° c.p.), la quale consente, in definitiva, ad altre fonti diverse dalla legge ed eventualmente successive alla norma penale incriminatrice, di sostanziare la fattispecie penale, almeno (69) sotto il profilo soggettivo.

metodo casuistico o di stretto legalismo nella formulazione della fattispecie penale, ANCEL, *Les notions de prévention du crime et de traitement des délinquants dans les législations européennes modernes*, in *Revue pénale suisse*, 1956, p. 13: l'Autore muove, tuttavia, da un'identificazione aprioristica tra tassatività e descrittività, senza tener conto della possibilità di una tecnica di normazione sintetica compatibile con il principio di stretta legalità.

(68) Cfr., in proposito, i nostri rilievi in *Principio di legalità*, cit., p. 656, nota (96). La soluzione va intravista alla stregua del secondo correttivo apportato al principio della riserva assoluta: posto che la « regola di prevenzione o di cautela » contenuta in un dato regolamento ecc. interviene a sostanziare una fattispecie il cui significato di disvalore è già marcato sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo. Essa sottolinea il tipo e il grado di cautela che occorre adottare per prevenire l'evento tipico assunto nella fattispecie penale. Si badi: il problema è, in gran parte, attenuato se si tiene conto che molto spesso si tratta di fattispecie a forma libera per le quali, cioè, la modalità di realizzazione è *indifferente*, purchè realizzi l'evento tipico. L'esigenza di tassatività e di tipicità svanisce nell'*indifferenza* assunta dalla norma per il mezzo: per cui, anche il tipo di fonte che lo prescrive perde rilievo.

(69) In realtà, la regola di cautela contenuta nel regolamento ecc. viene ad integrare anche l'aspetto oggettivo della fattispecie.

Quid juris del riferimento ad elementi di valore non giuridici da parte della norma penale? Non pare che nel caso di specie si possa prospettare un problema di riserva di legge. In primo luogo, le regole cui il legislatore attinge non possono assimilarsi alle fonti del diritto, nemmeno nell'accezione più ampia di quest'ultime; si tratta di canoni (dell'etica, del costume ecc.) che integrano, in forma di normazione sintetica, il processo di strutturazione della norma penale, al di fuori dello schema del *rinvio ricettizio* (70), che presuppone, per contro, l'identità del dato richiamante e del dato richiamato, e di quello della *presupposizione* (71), posto che tali regole non assolvono, come, per contro, ritiene una recente dottrina (72), il ruolo di presupposti del fatto oggetto del divieto, ma ne formano parte costitutiva (73), assumendo valore giuridico. La loro violazione o falsa interpretazione legittima il ricorso per cassazione *ex art.* 524 n. 1 c.p.p., traducendosi nella disapplicazione del precetto penale.

In secondo luogo, la norma penale, richiamando dette regole, fa appello ad una realtà etica, sociale ecc. esistente al momento della sua formulazione. Il fenomeno si riporta perciò, tenuto conto delle debite differenze, al primo limite (apparente) sopra menzionato: la successiva variabilità del parametro e delle regole da esso desumibili, tuttavia, non pone gli stessi problemi che si prospettano qualora il dato richiamato sia un atto normativo, sia pure di

(70) In proposito cfr. PECORARO ALBANI, *Riserva di legge*, cit., p. 285 ss.

(71) Sulla « presupposizione » cfr. AMATO, *Rapporti fra norme primarie e secondarie*, cit., p. 149 ss.

(72) Cfr. PETROCELLI, *Norma penale e regolamento*, cit., p. 399 ss.; PECORARO ALBANI, *Riserva di legge*, cit., p. 285 ss.

(73) Trattasi, perciò, sempre di *integrazione* nell'ambito del processo di strutturazione della fattispecie penale.

carattere secondario, la registrazione implicita di tale variazione da parte della norma penale non essendo che l'espressione del più generale fenomeno dell'adeguamento alla mutevole realtà che essa richiama (74).

5. Senza entrare, per il momento, nel merito della eventuale significatività costituzionale della seconda parte del principio di legalità (*nulla poena sine lege*), cerchiamo di stabilire a quale delle diverse vicende (costitutiva, modificativa o estintiva) della punibilità abbia riguardo l'articolo 25 comma 2° della Costituzione. Dalla soluzione del presente quesito dipende, per correlazione necessaria, la determinazione dell'ambito entro cui la norma penale non può far capo al potere discrezionale del giudice e deve rispettare il vincolo di tassatività.

Si ritiene da taluno (75) che la norma costituzionale faccia riferimento almeno ad una certa categoria di norme penali e, precisamente, a quelle ad efficacia costitutiva che ricollegano, cioè, ad un certo comportamento una conse-

(74) Sul punto, cfr., gli acuti rilievi di MARINUCCI, voce *Consuetudine*, cit., p. 512. L'Autore, nell'esaminare il rapporto tra consuetudine *secundum legem* e formule elastiche critica la tesi che vede in queste formule un rinvio all'uso (che è stabile): esse, per contro, vogliono stabilire un continuo aggancio della norma alla mutevolezza della vita sociale, delle regole etiche, del costume ecc. (Per la necessità, tuttavia, che il giudice faccia riferimento alle regole che il contesto sociale esprime al momento del fatto, anziché a quelle eventualmente diverse, seguite al momento del giudizio, cfr. W. BREITHAUP, *Die guten Sitten*, in *JZ*, 1964, p. 284. In caso contrario, ma l'eventualità di un mutamento così rapido è più teorica che pratica, si delinerebbe un contrasto con l'art. 103 II GG). Se il parametro di valutazione è agevolmente individuabile, la chiarificazione di queste formule è il risultato di un'interpretazione: la contraria tesi che vi ravvisa, per contro, un'attività discrezionale del giudice, è il frutto, fra l'altro, di una certa resistenza o pigrizia dei nostri giudici ad ammettere una componente sociologica essenziale nel quadro del procedimento ermeneutico.

(75) M. GALLO, *Appunti*, cit., p. 23.

guenza sanzionatoria. L'appiglio testuale è offerto dalla stessa normativa costituzionale la quale, tramite l'uso della locuzione « Nessuno può essere punito », richiama il momento conclusivo dell'imputazione penale, ossia della vicenda costitutiva della punibilità.

L'asserto necessita di una chiarificazione: posto che alla determinazione dell'*an* della responsabilità penale concorre anche l'assenza di cause di giustificazione, sembra da ritenere che l'art. 25 comma 2° alluda, piuttosto, alla norma incriminatrice (reale) (76) in senso integrale, comprensiva sia degli elementi positivi che di quelli negativi (77) del fatto. Il rilievo ha una conferma testuale ed è suffragato da un argomento logico. Sotto il primo profilo, decisivo è il riferimento da parte dell'art. 1 c.p. al « fatto preveduto come reato »: locuzione che, malgrado talune alternanze di significato in sede processuale, assume una accezione onnicomprensiva (78) in sede sostanziale. La circostanza che nella disposizione costituzionale non si faccia più menzione di tale locuzione non appare determinante, se si tien conto dell'identità di significati esistente tra l'art. 25 comma 2° e l'art. 1 c.p.; inoltre, la normativa costituzionale, volendo, come s'è detto, porre in primo piano il divieto di retroattività ha dovuto necessariamente articolarsi con riferimento al « fatto commesso » ossia alla fattispecie concreta, anziché a quella astratta.

Altrettanto univoco l'argomento logico: non è accoglibile l'interpretazione che restringe la portata della dispo-

(76) A p. 23 M. GALLO, *Appunti*, cit., parla di « norma incriminatrice », locuzione che sembra piuttosto fare riferimento all'accezione ristretta della vicenda costitutiva.

(77) Per questa nozione di norma incriminatrice reale cfr. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1947, p. 10.

(78) Sul punto cfr. il nostro *Fatto del non imputabile e pericolosità*, cit., p. 154.

sizione costituzionale alla sola norma incriminatrice base, in quanto non si può ammettere che ciò che la legge dispone, in funzione di mera incriminazione, possa essere derogato, in chiave di limite scriminante, da un atto normativo di grado inferiore (regolamento delegato o consuetudine, che è, indubbiamente, fonte di grado inferiore rispetto alla legge). Altrettanto dicasi per la discrezionalità del giudice penale: l'inammissibilità di una configurazione discrezionale delle cause di giustificazione ha, tuttavia, come meglio si dirà in seguito, anche un fondamento indiscutibile di natura logica.

L'assunto ha come correlato necessario l'estensione a tutta la norma incriminatrice *reale* del vincolo di tassatività: il timore di vedere costituzionalizzato in tal guisa il divieto di analogia anche in *bonam partem* è, molto probabilmente, la matrice che giustifica una certa tendenza a circoscrivere alla sola norma penale base e al fatto restrittivamente inteso la portata dell'art. 25 comma 2° (79). Di questo e di altri aspetti si dirà, comunque, tra breve, allorchè si tratterà della rilevanza costituzionale del vincolo di tassatività.

Rimangono, così, al di fuori della previsione costituzionale sia le norme *modificative* che quelle *estintive*. Con la prima espressione vanno assunte tutte quelle norme che prevedono vicende modificative della punibilità, ossia elementi che, pur non coincidendo rigorosamente con le cir-

(79) Talora, soprattutto nella dottrina tedesca (cfr. MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, cit., Art. 103, II GG, p. 41), si ritiene costituzionalizzato il divieto di analogia, limitatamente alle norme che fondano o aggravano la punibilità (*Strafbegründung und Verschärfung*). Analogamente dicasi per il divieto della consuetudine. La norma costituzionale viene, in tal guisa, interpretata secondo il criterio del *favor rei*. Si dirà tra breve dell'equivoco che si annida in questo procedimento ermeneutico.

costanze in senso tecnico, si assimilano ad esse per l'effetto comune di produrre uno spostamento (aumento o diminuzione) dei limiti edittali di pena. Con la seconda espressione si vuole alludere a quelle norme che prevedono non solo le cause di estinzione del reato o della pena, in senso proprio, ma altresì le c.d. cause di esenzione da pena (*ex post*) (80) le quali, pur non essendo del tutto coincidenti con le prime, sono assimilabili alle medesime, in quanto presuppongono già integrata e conclusa la vicenda costitutiva della punibilità (81).

Si sostiene da taluno (82), che, malgrado la lettera dell'art. 25 Cost. (come già quella dell'art. 1 c.p.) sembri circoscriversi alle sole norme incriminatrici, in realtà, sulla scorta di ulteriori argomenti, sia possibile estendere la portata della riserva di legge anche alle norme aventi funzione modificativa o estintiva. Ecco la motivazione che regge l'assunto: « l'ordinamento non può ammettere che le funzioni modificative ed estintive siano riconosciute a norme non aventi efficacia e valore di legge. Se la modificazione o l'estinzione di conseguenze sanzionatorie disposte per legge potessero essere stabilite a mezzo di regolamento, si verrebbe ad ammettere che ciò che la legge dispone possa essere derogato o modificato da un provvedimento di grado inferiore. Una tale conclusione è inammissibile non tanto sulla base della riserva di legge quanto sulla base del principio della gerarchia delle fonti. Quindi anche se il costituente ha parlato ellitticamente solo di riserva per le disposizioni che prevedono fatti costitutivi di

(80) Sulla categoria delle cause di esenzione da pena cfr., soprattutto, PETROCELLI, *Reato e punibilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1960, p. 669 ss.

(81) In proposito cfr. il nostro *Fatto del non imputabile e pericolosità*, cit., p. 157 ss.

(82) M. GALLÒ, *Appunti*, cit., p. 23.

conseguenze sanzionatorie, il principio della riserva di legge, tenuto conto della rigidità della Costituzione che assicura una netta distinzione gerarchica fra le fonti, deve considerarsi valido anche per le disposizioni modificative od estintive » (83).

Le conseguenze di questo assunto sono particolarmente rilevanti: infatti la riserva assoluta di legge, estesa alle norme modificative od estensive, precluderebbe non solo la strutturazione di esse tramite regolamenti delegati, ma altresì mediante il ricorso alla consuetudine (che è fonte di grado inferiore rispetto alla legge, nel nostro sistema) ovvero ad altri atti, pur non qualificabili come fonti in senso tecnico. L'attenzione si rivolge alla discrezionalità penale; l'impostazione accennata sembra stendere un alone di incostituzionalità su tutta una serie di norme modificative (soprattutto circostanze) o estintive la cui determinazione viene affidata al caso concreto.

Di qui la necessità di un'attenta rimediazione del tema. Da un punto di vista meramente testuale, nessun argomento a favore dell'accennata estensione sembra ricavabile dal collegamento di significati tra l'art. 25 comma 2° e l'art. 1 c.p., posto che quest'ultimo circoscrive la sua portata alla sola vicenda costitutiva della punibilità (p.p.), nonchè alla specie e al *quantum*, entro i limiti edittali, della pena (2° p.). Oltre i limiti segnati dal raccordo di significati tra le due disposizioni non è consentito spingere quel processo di espansione della *ratio* dell'art. 25 comma 2°, che già ne ha superato i limiti strettamente letterali. Sotto un profilo logico, poi, il principio di gerarchia delle fonti, che ha un valore indiscutibile in un sistema costituzionale di tipo rigido, se impone, nel

(83) M. GALLO, *Appunti*, cit., p. 23.

nostro caso, l'estensione della riserva di legge anche alle norme modificative o estintive, non ne estende necessariamente lo stesso valore assoluto (83bis). Infatti il principio è rispettato quand'anche la legge autorizzi una fonte di grado inferiore ovvero il giudice (nei casi di discrezionalità) a cogliere, entro certi limiti da essa segnati (84), ri-

(83-bis) Il ragionamento non calza, com'è ovvio, per le scriminanti sia oggettive che soggettive, le quali hanno il valore più penetrante di limiti del precetto penale. Sarebbe, infatti, un ordinamento suicida quello che volendo riservare la formulazione del precetto ad una certa fonte, affidasse, per contro, la strutturazione dei limiti di esso ad una fonte di grado inferiore, sia pure nella forma della riserva *relativa*.

(84) Non sembra, pertanto, contrastare con l'art. 25 comma 2° il nostro sistema positivo in tema di circostanze il quale, malgrado una tendenziale fedeltà al principio legalistico (cfr., in proposito, il nostro *Le aggravanti indefinite* cit. *passim*), si stempera in una serie di ipotesi a carattere *parzialmente* o *integralmente discrezionale*: con la prima espressione intendendosi quelle circostanze il cui paradigma in parte è delineato dal legislatore, mentre va completato tramite il riferimento, in sede giudiziale, ad una serie di valori cui fa da « apertura » la locuzione normativa « può » (es. art. 144 comma 1° c.p.); con la seconda, quelle circostanze in cui la determinazione dell'oggetto della valutazione è completamente lasciata al giudice (attenuanti generiche; aggravanti e attenuanti *indefinite*). Infatti: la delega, sia pure impropria, di potere che il legislatore fa al giudice per l'enucleazione, ad es., della « particolare gravità del caso » non può esorbitare da certi limiti e travisare lo scopo per cui è accordata. Inoltre: il giudice è tenuto, ex art. 132 comma 1° c.p., applicabile in via analogica, a cristallizzare il processo di accertamento in un'ampia motivazione. L'antitesi con l'art. 25 comma 2° si delinerebbe solo qualora l'espressione « può » che connota talune circostanze venisse considerata espressione di una discrezionalità *c.d. bifasica*, ossia di una facoltà, del tutto immotivata, del giudice di applicare o meno il trattamento collegato alla circostanza, una volta individuato in concreto il valore o il disvalore che la sostanzia. Nel senso, viceversa, che l'art. 25 comma 2° ponga una riserva di carattere assoluto anche per le norme modificative, sono orientate la dottrina e la giurisprudenza (in proposito cfr. il nostro *Le aggravanti indefinite*, cit.), allorchè affermano che le circostanze devono essere *tipiche*. In forza di questo assunto, ad es., le aggravanti *indefinite* non vengono qualificate come circostanze in senso tecnico, bensì come circostanze *improprie* ex art. 133 c.p. Posizione, invero, singolare, posto che per salvare la *tipicità* delle circostanze, accresce l'ambito del potere discrezionale di cui all'art. 133 c.p.

spettivamente in astratto o in concreto, un certo valore in

Può essere interessante analizzare la posizione della dottrina e della giurisprudenza tedesca sulla questione. Va sottolineato, in via preliminare, come nel diritto tedesco non esista una problematica delle circostanze in senso stretto. In proposito cfr., fra gli altri: BAUMANN, *Strafrecht, All. Teil*, 2ª ed., 1961, p. 564 ss.; GUTZKE, *Die Behandlung « besonders schwerer Fälle » insbesondere bei Übertretungen*, in *NJW*, 1956, p. 580 ss.; MAURACH, *Deutsches Strafrecht, All. Teil*, 2ª ed., 1958, p. 655 ss.; SAUER, *Zur Behandlung der gesetzlichen Strafschärfungs- und Milderungsgründe*, in *GA*, 1955, p. 232 ss.; SCHRÖDER, *Gesetzliche und richterliche Strafzumessung*, in *Festschrift für E. MEZGER*, 1954, p. 415 ss.; JACUSCH, *Die Praxis der Strafzumessung*, 1956, p. 104 ss.; WARDA, *Dogmatische Grundlagen*, cit., p. 94 ss., cui facciamo rinvio per un completo panorama bibliografico sul punto. Nel diritto tedesco si distingue un « margine ordinario » di pena editale (*Die ordentliche Strafrahme*) ovvero una *ordentliche Strafe*, da un « margine straordinario » (*Die ausserordentliche Strafrahme*), ovvero da una *ausserordentliche Strafe*. I fattori che determinano il passaggio dall'uno all'altro margine, ovvero dal primo al secondo tipo di pena sono definiti *Strafschärfungsgründe* (se in funzione aggravante), ovvero *Milderungsgründe* (se in funzione attenuante). I fattori dell'aggravamento (*Schärfung*) o della diminuzione (*Milderung*) possono essere definiti o indefiniti: i primi (*benannte*), talora, fungono da elementi qualificatori di nuove fattispecie legali; i secondi (*unbenannte*) possono assumere diverse sfumature d'intensità. In funzione aggravante si distinguono i c.d. *schweren Fälle* (corrispondenti ai nostri « casi più gravi ») dai *besonders schweren Fälle* (corrispondenti ai nostri « casi di particolare gravità »); in funzione attenuante, i c.d. *minder schweren Fälle* dai c.d. *besonders leichten Fälle* (corrispondenti, con una differenza di sfumatura, quanto all'intensità, ai citati casi di « lieve entità » del fatto). Tutti questi fattori, in tanto sono imputabili all'agente, in quanto siano a lui rimproverabili, ovvero si innestino in un giudizio di colpevolezza: non funziona, pertanto, nel diritto tedesco il criterio di imputazione oggettiva delle circostanze. Per i fattori indefiniti di aggravamento o di attenuazione non viene impostato un problema di qualificazione dogmatica: se, cioè, essi costituiscono una mera variante di una pena editalmente complessa ovvero delle circostanze in senso tecnico. In pratica, tuttavia, essi fungono da mera appendice della pena-base e i criteri per la loro determinazione, in concreto, finiscono per essere quelli (non codificati, come avviene per l'art. 133 c.p. it.) che regolano la *Strafzumessung*, ossia la fissazione della *ordentliche Strafe*. Questo accostamento è, altresì, favorito dall'indirizzo univocamente retributivo che connota il diritto tedesco: i fattori indefiniti di aggravamento o di attenuazione servono, pertanto, ad estendere i limiti editali ordinari quando questi siano inadeguati ad esprimere una pena corrispondente alla gravità del fatto e alla colpevolezza dell'agente

funzione modificativa od estintiva della punibilità. In sin-

in concreto. Non esiste la possibilità di differenziare *funzionalmente* la determinazione della *pena-base* dall'individuazione delle circostanze indefinite; ciò che, viceversa, come si dirà, sembra possibile per il nostro diritto. Nella giurisprudenza tedesca, infatti, si riconosce, ad es., la sussistenza di un *besonderes schwerer Fall* « ... wenn die Tat die erfahrungsgemäss vorkommenden und deshalb für den ordentlichen Strafrahmen bereits berücksichtigten Fälle an Strafwürdigkeit so über trifft, dass der ordentliche Strafrahmen zur Sühne nicht ausreicht » (cfr. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 657). Di qui l'impossibilità di una pena base fissata in misura media e di un contemporaneo riconoscimento della configurabilità di un *besonders schwerer Fall*; come può, viceversa, accadere, entro certi limiti, nel nostro diritto.

In taluni casi l'applicazione dell'aumento o della diminuzione connessi a questi fattori è contrassegnata come *obbligatoria*, in altri come *facoltativa*. Per taluni (cfr., ad es. WARDA, *Dogmatische Grundlagen*, cit., p. 106) solo in questa seconda eventualità si porrebbe un problema di discrezionalità; mentre l'accertamento del fattore « indefinito » costituirebbe una attività meramente interpretativa. *Contra*, viceversa, la maggior parte della dottrina: cfr., ad es., MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 657, il quale afferma che « Die Annahme eines schweren oder besonders schweren Fall ist Sache des pflichtmässigen Ermessens des Tatrichter »; accertato il fattore v'è l'obbligo di applicare il trattamento relativo, quale che sia il carattere obbligatorio o facoltativo della locuzione normativa. Per l'insussistenza di una discrezionalità c.d. *bifasica*, cfr. quanto s'è detto in precedenza nel testo. Espliciti sul punto gli interventi di GALLAS, al 41° *Deutsche Juristentag* tenutosi nel 1955 sul tema « Im welcher weise? » (*Gutachten zum 41 DJT*, 1955, p. 134) e di LANGE (p. 138). Quest'ultimo autore afferma che « Das Ermessen kann sich nicht mehr auf die Freiheit beziehen, bei Annahme eines besonders schweren Falles die Strafe dem erhöhten Rahmen zu entnehmen oder nicht, sondern nur darauf ab ein besonders schwerer Fall anzunehmen ist ».

La tecnica di formulazione dei *Strafschärfungs* e *Milderungsgründe* « *unbenannte* » non suscita di per sè motivi di perplessità sotto il profilo della certezza del diritto. Delicati problemi di raccordo con l'Art. 103 II GG si pongono, viceversa, allorchè di questi fattori si vuol tener conto per la qualificazione di un fatto come *Verbrechen*, *Vergehen* o *Übertretung*, secondo la tripartizione adottata dal § I StBG; posto che la qualificazione del fatto e le conseguenze ad essa collegate (configurabilità del tentativo ecc.) vengono, in tal guisa, fatte dipendere da valutazioni di natura discrezionale. Per queste ragioni, prevale in dottrina e in giurisprudenza il c.d. *abstrakte-generalisierende Methode*, che propugna, per la qualificazione, il riferimento all'*ordenliche abstrakte Strafrahme*; di contro ad altri metodi, quali la *konkrete Be-*

tesi: per le norme modificative od estintive la riserva di legge opera soltanto con valore relativo (85). Il rispetto

trachtungsweise, che sostiene il riferimento alla pena irrogabile dal giudice nel singolo caso, ovvero la *spezialisierende Betrachtungsweise* che ha riguardo anche all'*ausserordentliche Strafrahme*. Sul problema e sui relativi riflessi d'ordine costituzionale, cfr., fra gli altri: BAUMANN, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 74; DREHER, *Zur Systematik allgemeiner Strafschärfungsgründe*, in *GA*, 1953, p. 129 ss.; K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 1953, p. 50 ss.; IDEM, *Die neuere Rechtsprechung zur Trichotomie des Straftaten*, in *SJZ*, 1948, p. 660 ss.; MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 110 ss.; NÜSE, *Zur Frage der Dreiteilung der Straftaten nach § 1 StGB*, in *JR*, 1949, p. 5 ss.; SCHRÖDER, *Gesetzliche und richterliche Strafzumessung*, cit., p. 415 ss.; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 6° ed., 1960, p. 16 ss.; IDEM, *Anmerkung BGH 9 maggio 1953*, in *JZ*, 1954, p. 44 ss.; v. WEBER, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 2° ed., 1948, pp. 36-38. L'*Entwurf* 1962 adotta al § 12 il criterio della bipartizione ed accoglie esplicitamente (comma 4°) l'*abstrakte-generalisierende Methode* (in proposito cfr. *Entwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung*, 1962, p. 121 ss.; cfr., inoltre, LANGE, *Die Systematik der Strafdrohungen*, in *Materialien zur Strafrechtsreform*, I, p. 69 ss.).

Nell'*Entwurf* 1962 è attuato il tentativo di una regolamentazione maggiormente legalistica delle circostanze *indefinite*: i §§ 62 e 63 contengono, rispettivamente, una definizione di *besonders schwere Fälle* e dei *minder schwere Fälle*; mentre nella parte speciale viene adottato il metodo del c.d. *Regelbeispiel*: il legislatore, cioè, per ogni fattispecie o gruppo di fattispecie (cfr., ad es., il § 205) schematizza, a titolo esemplificativo, talune forme di realizzazione di queste circostanze. In verità, questo criterio è adottato esclusivamente per i *minder schwere Fälle* (A commento di questa nuova regolamentazione cfr. *Entwurf eines Strafgesetzbuches*, cit., p. 183 ss.). Breve: una regolamentazione che non elimina la discrezionalità nell'individuazione di questi fattori, ma ne indica gli obiettivi e segnala i parametri sui quali deve snodarsi la ricerca del giudice. La regolamentazione dell'*Entwurf* 1962 dimostra, pertanto, implicitamente la convinzione che l'Art. 103 II GG ponga soltanto una riserva di tipo relativo con riguardo alle circostanze: infatti, in caso contrario, neppure la disciplina dell'*Entwurf* potrebbe dirsi conforme al dettato costituzionale. Un ultimo rilievo: il fatto che l'E. 1962 si sia soprattutto preoccupato di circoscrivere la discrezionalità nel settore delle aggravanti indefinite, senza fare altrettanto in quello delle attenuanti, conferma la prevalente tendenza della dottrina tedesca ad interpretare l'Art. 103 II GG, in funzione esclusiva degli elementi con funzione di *Strafbegründungs- und Verschärfung*.

(85) L'aspetto è raramente toccato dalla dottrina: un accenno, tuttavia, si trova in PALADIN, *Le delegazioni di amnistia e di indulto*, in *Giur. cost.*,

della stessa, in senso molto ampio, è già di per sè garantito con riferimento alle norme modificative, dalla loro natura accessoria rispetto alla norma incriminatrice: così le circostanze, in quanto *circum-stant* nei confronti del reato, finiscono necessariamente per essere previste nella stessa legge che delinea la fattispecie criminosa (86). Inoltre, nel set-

1962, p. 1479 il quale ritiene, ma in forma dubitativa, che il principio di legalità delle pene — come il contestuale principio d'irretroattività — valga per i soli atti punitivi, non già per quelli di assoluzione o di mitigazione: esso parrebbe, per contro, riferibile, nella sua forma assoluta, alle norme modificative in funzione aggravatrice. Quanto all'amnistia e all'indulto, come forme di vicende estintive, opererebbe l'art. 79 della Costituzione che esige una « legge di delegazione » cui segua naturalmente una legge delegata sottoposta al sindacato della Corte costituzionale. Diverse le cadenze cui è improntato il nostro discorso: l'art. 25 comma 2° della Costituzione non opera, laddove sancisce il principio di stretta legalità, con riguardo alle vicende modificative ed estintive della punibilità; per queste vicende come si desume dal principio di gerarchia delle fonti, la riserva di legge opera soltanto in senso relativo; l'art. 79 Cost. è funzionalmente destinato a precisare in forma tassativa la vicenda estintiva, quanto all'amnistia o all'indulto (sul punto cfr., soprattutto, BARTHOLINI, *La delegazione legislativa in materia di amnistia e di indulto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, p. 108 ss.; DELL'ANDRO, voce *Amnistia*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 301 ss.; PALMERINI, *Profili costituzionali dell'amnistia e dell'indulto (art. 79 Cost.)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, p. 108 ss.; PASSARELLI, *Problemi costituzionali in materia di amnistia e indulto*, in *Scuola pos.*, 1961, p. 710 ss.); quanto al principio di irretroattività, invece, esso opera con riguardo ad ogni tipo di vicenda, nessun limite all'espansione del medesimo scaturendo da altre norme, come viceversa accade per il principio di legalità. Rispetto alle norme estintive e modificative in funzione attenuatrice della punibilità opera, inoltre, com'è ovvio, il principio di cui all'art. 25 comma 3° che è fatto salvo dalla Costituzione. Nè deve stupire la diversa dimensione del principio di legalità e di irretroattività, posto che diversa è, come vedremo, l'esigenza di certezza che sta, rispettivamente, alla base dei medesimi.

(86) Non manca qualche rarissima eccezione: cfr., ad es., l'aggravante indefinita, prevista dall'art. 2 l. 23 febbraio 1950 n. 66, emanata, principalmente, allo scopo di aumentare le pene pecuniarie stabilite dal capo VIII del r.d.l. 15 ottobre 1925 n. 2033 e dall'art. 128 r.d.l. 1 luglio 1926 n. 1361. La regola generale è, comunque, sufficiente a garantire l'esclusività della riserva (relativa) di legge, in tema di vicende modificative a favore della legge statale: altrettanto, ma per diverse ragioni (per l'esame delle quali

†
tore delle norme aventi funzione modificativa o estintiva, raramente si dà il caso di un'articolazione dei rapporti legge-regolamenti delegati del tipo *b*) e *c*) sopra considerati; il carattere relativo della riserva è, perciò, rivolto a salvaguardare soprattutto la possibilità di un'integrazione dei dati ipotizzati da queste norme da parte di regolamenti o della consuetudine. Il pensiero corre rapido all'art. 625 che al n. 7 prevede come circostanza aggravante del furto che il fatto sia commesso su cose esposte « ... per consuetudine... » alla pubblica fede; in realtà, però, il richiamo non sarebbe del tutto appropriato, poichè, com'è stato rilevato (87), non ci troviamo nel caso di specie di fronte ad un rinvio alla consuetudine come norma giuridica (non esistendo, infatti, una norma consuetudinaria che imponga il dovere di abbandonare, ad es., la propria automobile alla pubblica fede), bensì di fronte ad una c.d. fattispecie aperta che rinvia ad un elemento di fatto non direttamente specificato (88).

Il carattere relativo della riserva è, inoltre, particolarmente diretto a consentire a queste norme una strutturazione in forma discrezionale, resa necessaria per le norme estintive, dal fatto che molte vicende di questo tipo, radicandosi su di un peculiare atteggiamento della personalità dell'agente, non possono essere schematizzate in astratto; per le norme modificative, dal fatto che, essendo, soprattutto le circostanze dirette a colmare la frattura che si produce inevitabilmente tra la fattispecie astratta e la mol-

rinviamo al nostro *Principio di legalità*, cit., pp. 656-657), dicasi quanto alle vicende estintive.

(87) Cfr. M. GALLO, *Appunti*, cit., p. 25.

(88) Sull'equivoco scambio che spesso si opera tra consuetudine e fattispecie aperte cfr. la nota (74).

teplice gamma di realizzazioni concrete dello stesso tipo di comportamento, sono tendenzialmente inclini a prospettare problemi di « giustizia del caso singolo ».

La discrezionalità del giudice penale, pertanto, in questo settore normativo, non solo non contrasta con l'esigenza espressa dall'art. 25 comma 2°, bensì contribuisce alla realizzazione di quella finalità rieducativa della pena, che, costituzionalmente sancita (art. 27 comma 3°), presuppone necessariamente una più approfondita conoscenza del concreto disvalore del fatto e della specifica personalità del soggetto agente. Dal contrappunto degli art. 25 comma 2° e 27 comma 3° della Costituzione è ricavabile, come meglio si dirà, la concreta sfera di operatività, facoltativa o necessaria, della discrezionalità in campo penale. Nel corso della III Parte esamineremo casi in cui la discrezionalità risulta necessaria e altri in cui il « giudizio del caso singolo » appare precluso dal tipo di vicenda ovvero da ragioni di politica criminale.

Di una forma di limite deve, tuttavia, farsi cenno fin d'ora per il carattere generale che esso presenta. Quanto alle norme modificative (circostanze) in funzione aggravatrice della punibilità, infatti, l'ammissibilità di una loro strutturazione in chiave discrezionale pare incontrare una certa resistenza logica — se non si vuol parlare di una vera e propria illegittimità costituzionale — nell'esigenza di contestazione, che il codice di procedura penale fissa per esse (art. 384 n. 2, 396 cpv. n. 2, 409 e 445 c.p.p.) e che costituisce la manifestazione primaria ed essenziale del diritto di difesa, costituzionalmente garantito dall'art. 24 comma 2° Cost. « in ogni stato e grado del procedimento ».

Infatti: da un lato, non è possibile parlare di contestazione dell'aggravante, ove questa si traduca nella sem-

plice indicazione dell'articolo di legge ovvero del segno linguistico che esprime la necessità di rinviare al caso concreto la rilevazione dello specifico significato « aggravante » (si pensi, ad es., alla « particolare gravità del caso » in cui si concretano le c.d. aggravanti indefinite (89), che funge quale dato di sintesi del giudizio di valore da compiersi in concreto). È stato acutamente osservato (90) che « se si vuole che l'imputato abbia modo di difendersi sul punto dell'aggravante, che non si trovi a combattere contro un fantasma senza volto, si dovrà esigere la contestazione specifica del coefficiente o dei coefficienti dell'episodio in cui l'accusa ritenga di localizzare la nota di gravità ». D'altro canto, l'indicazione, in sede di contestazione, del preciso disvalore in cui l'accusa ritiene di poter ravvisare il significato aggravante della circostanza, non è particolarmente agevole nella fase del giudizio in cui essa opera, anche tenuto conto della proiezione temporale consentita dalla c. d. contestazione suppletiva (91): ciò finisce, inoltre, per neutralizzare la funzione essenziale della discrezionalità penale. Con particolare acutezza il Pedrazzi (92) coglie questo aspetto del problema allorchè afferma che « ... le aggravanti generiche, costrette nei binari di una contestazione inevitabilmente schematica, non potranno piegarsi alla funzione amplissima delle attenuanti generiche, grazie alle quali il giudice ha modo di tradurre in conseguenze

(89) Cfr. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite*, cit., cui rinviamo per i relativi richiami bibliografici.

(90) PEDRAZZI, nota in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, cit., p. 207 ss.

(91) Analoghe ragioni si oppongono alla possibilità di contestare le aggravanti (in senso improprio) ipotizzate dagli art. 24 comma 3° e 26 comma 2° c.p.: per più ampi ragguagli sul punto cfr. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite*, cit., p. 51.

(92) Nota cit., p. 213.

giuridiche cospicue l'esperienza mediatagli dal vivo dibattito. Un'esperienza dell'episodio criminoso fatta non soltanto di rilevazioni specifiche; fatta anche, e forse più, di impressioni d'assieme e di sfumature d'atmosfera, quali in sede di contestazione difficilmente l'accusa avrebbe potuto anticipare ».

La possibilità ed i limiti di una mediazione nel conflitto fra le due opposte esigenze (da un lato, il diritto di difesa e, quindi, alla contestazione; dall'altro, la funzione delle circostanze aggravanti che stimola, almeno in parte, il legislatore a costruirle in forza discrezionale) sarà esaminata nella III Parte, in sede di analisi specifica della questione. Al momento ci premeva soltanto sottolineare i limiti, anche di natura costituzionale, che può incontrare la formulazione delle norme modificative in chiave discrezionale. Il problema, com'è ovvio, non si pone per le circostanze attenuanti che, nel nostro sistema processuale penale, non formano oggetto di contestazione (93). In sede di bilancio critico, può dirsi che l'attenuazione del rigore della riserva per le norme aventi funzione modificativa o estintiva incontra, in pratica, soprattutto per le prime, una serie di frenature d'ordine sia logico che costituzionale (94).

(93) Circa la ratio di questa differente disciplina cfr. G. LEONE, *Trattato di dir. proc. pen.*, vol. II, Milano, 1961, p. 111, nota (11).

(94) La prospettiva processuale rivela, dunque, soprattutto per le aggravanti a paradigma normativo integralmente assente (posto che per quelle a paradigma parzialmente incompleto esiste una possibilità di contestazione, sia pure *contratta*) se non proprio un vizio di incostituzionalità, quanto meno una intrinseca contraddittorietà dell'istituto: non potendo esso, nel contempo, assolvere ad una duplice esigenza, quella intrinseca alla discrezionalità da un lato, e quella della contestazione, dall'altro. Questi rilievi rendono, inoltre, esplicita la ragione per la quale l'opportunità di introdurre eccezioni all'indirizzo *tendenzialmente* legalistico del nostro sistema positivo in tema di circostanze (cfr. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite*, cit., p. 53), è emersa e deve svilupparsi, soprattutto, sul terreno delle attenuanti.

CAPITOLO II

LA TASSATIVITÀ DELLA FATTISPECIE PENALE COME ESIGENZA DI NATURA COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Significato e rilievo costituzionale della locuzione « espressamente » di cui all'art. 1 c.p. — 2. L'esigenza costituzionale della tassatività della norma penale nella dottrina e giurisprudenza. — 3. Fondamento logico e valore costituzionale del principio di tassatività della norma penale. — 4. Costituzionalizzazione del divieto d'analogia da parte dell'art. 25 comma 2°. — 5. La posizione costituzionale della c.d. analogia in *bonam partem*. — 6. La nozione di fattispecie penale ricavabile dalla Costituzione (*Garantietatbestand*).

1. Sulla scorta dell'interpretazione che raccorda l'articolo 25 comma 2° della Costituzione agli art. 1 e 2 c.p., nella totalità dei loro significati, la norma costituzionale assume una terza funzione, oltre quella di garantire l'irretroattività (95) in campo penale e il carattere assoluto della riserva di legge: assicurare una formulazione *tassativa* di tutti gli elementi che rientrano nella vicenda costitutiva della punibilità. Si tratta di un'interpretazione che scaturisce, più che dalla lettera, dalla *ratio* che sta alla base dell'art. 25 comma 2°. Ad un'interpretazione *sostanziale* di questo tipo vuole alludere il Nuvolone (96), allorchè, riferendosi alle svariate norme del codice penale e, soprattutto delle leggi speciali strutturate in termini così vaghi da

(95) Sul punto, per quanto concerne i rapporti tra l'art. 25 comma 2° Cost. e l'art. 2 c.p. cfr. gli acuti rilievi di M. GALLO, *Appunti*, cit., p. 36 ss.

(96) *Le leggi penali e la Costituzione*, cit., p.12.

afferma che tali norme «... violano in modo profondo lo spirito della Costituzione... mettendo in pericolo in settori delicatissimi, con la certezza del diritto, le fondamentali garanzie delle libertà civili e politiche».

La tesi è, comunque, suffragata anche da argomentazioni fondate su dati testuali. Infatti: non si deve dimenticare come gli organi di polizia che, sulla scorta di norme penali strutturate in forma indeterminata, procedono all'adozione di misure cautelari, possono essere naturalmente incoraggiati all'arbitrio in netto contrasto con la Costituzione (art. 13) che tende a circoscriverne l'operato nei limiti della legge, oltre che a raccordarlo con quello dell'autorità giudiziaria. Dispone l'art. 13: « non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, nè qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge ». Attraverso l'ultima limitazione il costituente intende salvaguardare il rispetto della riserva di legge e del principio di tassatività (97) della fattispecie ipotizzante una di queste misure cautelari, funzionalmente coordinate alla decisione definitiva sulla responsabilità penale. Sarebbe, pertanto, assurdo ritenere che la tassatività richiesta in sede cautelare, possa, per contro, venir disattesa quanto alla fattispecie che condiziona la misura definitiva, restrittiva della libertà personale. Inoltre: se le norme penali potessero venir formulate in maniera indeterminata, posto che le misure cautelari sono

(97) A proposito dell'art. 13 in correlazione con l'art. 25 comma 2° della Costituzione cfr. le lucide osservazioni di ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, cit., *passim*: l'Autore, tuttavia, accoglie (p. 11 nota (21)) la tesi di ESPOSITO circa la non piena concordanza di significati tra l'art. 25 comma 2° Cost. e l'art. 1 c.p.

adottabili qualora vi sia un fondato motivo di ritenere che sia stato commesso un reato, ne conseguirebbe, in pratica, la frustrazione di quell'esigenza di tutela che sta alla base dell'art. 13 della Costituzione (98). -

E ancora: una normazione penale non improntata ad un criterio di tassatività potrebbe indebolire fortemente l'attuazione pratica di principi costituzionali di portata fondamentale, qual è quello dell'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112): verrebbe, infatti, a mancare il parametro alla stregua del quale verificare la stretta osservanza dell'obbligo (99). Analogamente dicasi per il diritto costituzionalmente garantito (art. 24 comma 2°) alla difesa e, quindi, necessariamente, alla precisa contestazione dell'addebito: la genericità del paradigma normativo reagendo, per logica correlazione, sulla formulazione del capo di imputazione.

Da ultimo: l'assunto sembra confermato da una recente interpretazione data dalla Corte costituzionale (100) all'art. 25 comma 1°, funzionalmente coordinato al 2° comma, in virtù della quale esso non fungerebbe semplicemente da *pendant* dell'art. 102 della Costituzione, vietando l'istituzione di giudici *straordinari* successivamente alla com-

(98) Sul pericolo che può nascere da una normazione penale che non rispetti il canone di tassatività in sede di applicazione delle misure cautelari (come ad es. il sequestro preventivo in materia di stampa), affidata ad organi di polizia che più facilmente possono essere portati all'abuso e all'arbitrio, non foss'altro per eccesso di zelo e incompetenza giuridica, cfr. NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, cit., p. 2.

(99) Elastica diverrebbe, infatti, la valutazione della fondatezza della « notitia criminis » relativa ad una incriminazione quanto mai vaga e, quindi, il pubblico ministero verrebbe a disporre di un certo margine (discrezionale) di scelta tra la c.d. cestinazione e la richiesta di archiviazione e la richiesta di istruzione formale (o inizio di istruzione sommaria).

(100) L'avvio a questa interpretazione è stato dato dalla sen. Corte cost. 3 luglio 1962, n. 99, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1962, p. 868 ss.

missione del fatto (101), ma esprimerebbe, altresì, in guisa da trasporre in sede processuale il principio fissato dal secondo comma in sede sostanziale, l'esigenza di una preconstituzione del giudice in forma *tassativa*: esigenza che sarebbe frustrata, fra l'altro (102), da una previsione alternativa di giudici competenti per un medesimo fatto, risolubile *a posteriori* per effetto di un provvedimento *discrezionale* di un'ulteriore autorità, ovvero da una previsione comunque indeterminata del giudice competente. In tal guisa l'unità funzionale (103) tra i due commi dell'articolo 25 appare notevole.

2. A questa varietà di argomenti, sia letterali che sostanziali, i quali concorrono a confermare l'esigenza costituzionale di una *tassatività* della norma penale, fa da singolare riscontro una scarsa elaborazione dottrinale in ma-

(101) Cfr. PISANI, *La garanzia del « giudice naturale » nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, p. 414 ss. Per un panorama bibliografico sull'argomento cfr., da ultimo, CONSO, *La rimessione dei procedimenti*, cit., p. 860 ss. Nel diritto tedesco sul tema cfr. fra gli altri: BETTERMAN, *Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter. Die Grundrechte*, vol. III, 1959, p. 523 ss.; BOCKELMANN, *Strafprozessuale Zuständigkeitsordnung und gesetzlicher Richter*, in *GA 1957 (Festgabe für E. KERN zum 70 Geburtstag)* p. 357 ss.; KERN, *Der gesetzliche Richter*, in *Öffentlichrechtliche Abhandlungen*, vol. 8° 1927, p. 176 ss.; OEHLER, *Der gesetzliche Richter und die Zuständigkeit in Strafsachen*, in *ZStW* 64, p. 292 ss.; MENZEL, *Ausnahmegesetz und « gesetzlicher Richter »*, diss. Breslau 1925; Eb. SCHMIDT, *Staatsanwalt und Gericht*, in *Probleme der Strafrechtserneuerung (Kohlrausch Festschrift)*, 1944, p. 260 ss.; IDEM, *Entspricht die Zuständigkeitsordnung in Strafsachen dem Satz vom « gesetzlichen Richter »?*, in *MDR*, 1958, p. 721 ss.; H. SCHORN, *Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren*, 1963, p. 39 ss.

(102) Cfr. Corte cost. 3 luglio 1962, n. 88, cit., p. 868 ss.

(103) In un altro studio (*Principio di legalità*, cit., p. 648-649) ci siamo riferiti a questo collegamento per dimostrare l'operatività della riserva ex art. 25 comma 2° Cost. a favore della legge statale.

teria (104), nonchè un'altrettanto lacunosa giurisprudenza della Corte costituzionale.)

Sotto il profilo della dottrina, ci si limita soltanto, salvo qualche eccezione, a dare per aprioristicamente scontata l'una o l'altra soluzione (105); mentre, sotto il secondo profilo, è rilevabile la scarsa frequenza con cui vengono sollevate eccezioni di illegittimità costituzionale motivate dal difetto di tassatività della norma penale. Questo scarto fra la prospettazione teorica del problema e la sua attuazione pratica è colto, con l'abituale chiarezza, dal Nuvolone (106), allorquando rileva che « ... il problema che solitamente non si considera e che *per sua natura* (il corsivo è nostro) non potrà mai essere portato all'esame della Corte costituzionale, è quello dei rapporti tra principio di legalità e formulazione della legge penale ». La *naturale resistenza* dipende, a nostro sommo avviso, sia dalla tendenza ad identificare la tassatività con la descrittività (107): praticamente impossibile, come s'è altrove dimostrato; sia dalla rinuncia a determinare i limiti di *precisione* che il legislatore penale deve rispettare a proposito delle differenti

(104) Cfr., in proposito, la nota (49-bis).

(105) Il punto di partenza, per affrontare l'argomento, è solitamente rappresentato dalla costituzionalizzazione o meno del divieto d'analogia.

(106) *Norme penali e principi costituzionali*, cit., p. 1259.

(107) *Contra*, cfr. gli acuti rilievi del WELZEL, *Auf welche Bestandteile*, cit., p. 616: « Gesetzliche Bestimmtheit bedeutet jedenfalls nicht, dass alle Strafbarkeitsmerkmale *tatbestandlich*, d.h. durch Tatumstände i. S. des § 59, umschrieben sein müssten... Anderfalls müssten alle Strafbestimmungen fahrlässiges Verhalten verfassungswidrig sein; ... Dass Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit der Strafbarkeit schliesst nicht die Verwendung spezieller Rechtswidrigkeitsregeln oder Rechtspflichtsmomente aus ». Gli elementi non descrittivi (com'è stato osservato da WOESSNER, *Generalklausel*, cit., p. 274) « ... sind jedoch mit rechtsstaatlichen Grundsätzen unvereinbar, wenn sie den Richter *ohne hinreichende Orientierungsmöglichkeit* (il corsivo è nostro) der eigenen generellen Wertung überlassen und damit einer vollkommenen Unsicherheit Tür und Tor öffnen ».

categorie di elementi della fattispecie, nonchè l'angolo visuale da cui deve essere prospettato il problema della tassatività. Questa situazione di incertezza sulle premesse concettuali frena le parti dal proporre eccezioni e, correlativamente, i giudici dall'instaurare un sindacato costituzionale sulla tecnica di formulazione della legge penale; per l'inconfessato timore che ne derivi il crollo dell'impalcatura del nostro sistema penale positivo (108).

Tuttavia, malgrado ciò, la Corte costituzionale ha di già preso posizione, sia pure implicitamente con riguardo ad un'ipotesi di indeterminatezza della sanzione penale (che è poi l'altra faccia del problema), nel senso della costituzionalizzazione del principio di legalità nella totalità dei significati da esso posseduti nella legge penale ordinaria (109). La stessa Corte, in un'altra sentenza (27 maggio 1961 n. 27), trovandosi ad esaminare la legittimità costituzionale dell'art. 121 T.U. delle leggi di P.S., in particolare, e, più in generale, di una serie di norme penali le quali, nella determinazione del fatto punibile, si avvalgono di indicazioni estensive (es. art. 600, 601, 602, 705, 708, 710 ecc. c.p.) ovvero anche, com'è il caso dell'art. 121 cit., di indicazioni esemplificative, più o meno numerose, le quali a un certo punto si chiudono con espressioni come « e simili » « e altri analoghi », ha aggirato l'ostacolo affermando che esse « non comportano un'interpretazione analogica vietata in materia penale, sibbene richiedono l'ordinario procedimento di interpretazione, anche se

(108) Preoccupazione che sembra latente in ESPOSITO, *L'art. 25 della Cost.*, cit., p. 537 ss.

(109) Cfr. Corte cost. 12 marzo 1962, n. 15, in *Giur. it.*, 1962, I, 1, c. 648 ss. In questo senso sarebbe orientata la sentenza anche ad avviso del MARI NUCCI, voce *Crollo di costruzioni*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 411, nota (6).

diretto ad operare l'inserzione di un caso in una fattispecie molto ampia e di non agevole delimitazione» (110) ed evitando così di pronunziarsi sui rapporti tra l'art. 25 comma 2° della Costituzione e l'art. 1 c.p., quanto al profilo della tassatività della fattispecie penale. Tra le pieghe della decisione, però, a prescindere dalla validità della soluzione della questione specifica, di cui ci occuperemo fra breve, è possibile scorgere un'implicita presa di posizione a favore della piena coincidenza di significati tra le due normative (111).

Recentemente, inoltre, il problema si è venuto sensibilizzando anche presso le magistrature di merito; spesso, però, con scarsa consapevolezza critica dei suoi fondamenti costituzionali. All'uopo va richiamata l'ordinanza 4 luglio 1963 (112) del Tribunale di Firenze che ha accolto un'eccezione di illegittimità costituzionale proposta in riferimento all'art. 3 della legge 20 febbraio 1958, n. 75. L'eccezione, pur muovendo dall'assunto per cui l'incriminazione di « chiunque in qualsiasi modo favorisca o sfrutti la prostituzione altrui » non contiene la determinazione sufficientemente precisa del fatto punibile, riducendosi in definitiva al nome o titolo del reato, senza specificazione del suo contenuto che è invece ciò che giuridicamente ha rilevanza (112-bis), si aggancia, anzichè all'art. 25 comma 2°,

(110) La sent. cit. è riportata in *Giur. it.*, 1961, I, 1.

(111) *Contra*, viceversa, C.F. GROSSO, *L'art. 121 Testo Unico*, c. 1043 ss., loc. cit., in nota alla sentenza sopra citata.

(112) Cfr. per il testo dell'ordinanza, *Le Leggi*, 1963, p. 1710 ss.

(112-bis) Cfr. *Le leggi*, 1963, cit., p. 1711. Logico: posto che la Corte muove dal presupposto di ritenere non equivoca la fattispecie in questione. A questa stregua il margine di apprezzamento che essa attribuisce al giudice nel caso concreto « non è motivo perchè possa ravvisarsi nella norma un contrasto con l'art. 3 Cost., essendo proprie quelle valutazioni di ogni giudizio diretto all'applicazione di norme giuridiche ». Non sono infrequenti

a talune normative costituzionali che non appaiono pertinenti in materia: e cioè gli art. 32, 13 e 27. A prescindere dal primo, che risulterebbe violato dall'abolizione di un controllo sanitario nei confronti di chi esercita la pro-

i casi in cui il legislatore, per caratterizzare un certo delitto, usa semplicemente un *nomen juris* (ad es., adulterio, rissa ecc.) stimando la nozione sufficientemente chiara e lasciando al giudice il compito di riconoscerla, mediante un rinvio al senso comune. Questa tecnica normativa (a proposito della quale cfr., fra gli altri: ANTOLISEI, *Il giudice e la legge*, cit.; ANCEL, *La règle nulla poena sine lege dans les législations modernes*, in *Annales de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris*, 1936, 2, p. 245 ss.; IDEM, *La création judiciaire des infractions pénales en droit anglais et en droit français*, in *Bulletin de la Société de Législation comparée*, Paris, 1931, 60, p. 91 ss.; C. SALVAGNO CAMPOS, *Le délit innommé*, in *Rev. intern. droit pénal*, 1933, p. 162 ss.; GRAVEN, *Les principes de la légalité*, cit., p. 389; con specifico riguardo alla rissa, cfr. DELISI, *La rissa*, in *Arch. pen.*, 1954, II, p. 273 ss.) ha un limite di utilizzazione in rapporto all'esigenza costituzionale di tassatività della fattispecie penale: laddove cioè, al segno linguistico non corrisponde una significazione ben definita e concordemente accolta dal senso comune. Una precisazione: nel caso di fattispecie che si esaurisca in un semplice *nomen juris* la determinazione del suo contenuto può derivare, altresì da un raccordo del segno con l'oggettività giuridica dell'incriminazione. Il principio assume un rilievo più generale. Infatti: anche al di fuori delle ipotesi di cui si discute, il risultato della tassatività è raggiungibile non soltanto sulla base dei segni linguistici che connotano il *Tatbestand*, quanto anche in forza di una correlazione dei medesimi con il bene giuridico.

Il raccordo tra il profilo esteriore e il profilo contenutistico del *Tatbestand* (per quest'ampia nozione di tassatività e di tipicità cfr. FIORE, *Il reato impossibile*, cit., p. 27 ss.; IDEM, *L'idoneità dell'azione nella struttura del fatto tipico*, in *Foro pen.*, 1963, p. 246 ss.) può verificarsi in una triplice forma. In primo luogo, può il segno linguistico, sufficientemente chiaro, orientare l'interprete verso l'individuazione del bene tutelato; in secondo luogo, il bene giuridico immediatamente percepibile può aiutare a cogliere la condotta vietata, non esattamente delineata dal *Tatbestand*; e, infine, può darsi il caso, frutto, però, di una tecnica normativa imperfetta (sul punto, soprattutto, in tema di delitto di falso, cfr. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati*, 1951-52, p. 294 es.) in cui i segni linguistici del *Tatbestand* siano talmente dettagliati da assorbire contenuti privi di significato rispetto al bene garantito. Nell'ultima eventualità la tipicità sostanziale prevale sulla tipicità meramente formale: senza alcun danno per l'esigenza costituzionale di tassatività. È, comunque, una tecnica normativa da evitare.

stituzione, ma che è profilo estraneo alla indagine, il riferimento all'art. 13 non appare esatto: posto che esso, malgrado la concatenazione logica accennata con l'art. 25 comma 2°, si preoccupa di ancorare ad una previsione legale tassativa (« nei soli casi e modi previsti dalla legge ») e ad una garanzia giurisdizionale (« per atto motivato dall'autorità giudiziaria »), qualsiasi forma di restrizione della libertà personale *diversa* da quella che consegue all'applicazione di una sanzione penale. E analogamente dicasi per il richiamo all'art. 27 comma 1° — il solo che qui potrebbe venire in considerazione — che ha tutt'altro oggetto vietando la creazione di sanzioni penali collettive, nonchè di forme di responsabilità penale per fatto altrui.

Qualche spunto è offerto, inoltre, sia pure di scorcio, da talune recenti ordinanze di rinvio (113), con le quali si è dichiarata non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della l. 27 dicembre 1956 n. 1423 che prevede misure di prevenzione *ante-delictum* nei confronti di « oziosi e vagabondi abituali validi al lavoro ». Per quanto si tratti di materia estranea all'oggetto dell'indagine, è significativo segnalare come le accennate decisioni, al fine di motivare la loro presa di posizione costituzionale di fronte all'indeterminatezza della fattispe-

(113) Cfr.: ordinanze Trib. Milano 26 novembre 1962 (imp. Raddato, Camizzoli, Sciancalepore), in *Giur. cost.*, 1963, p. 326; Pret. Milano 4 febbraio 1963, imp. Merlini, *ivi*, 1963, p. 330 (ed anche Pret. Cortina d'Ampezzo, imp. Gollino, *ivi*, 1963, p. 332). La questione di incostituzionalità dell'art. 1 della legge 27 dicembre 1956 n. 1423, sollevata dalle ordinanze citate, è stata ritenuta infondata dalla Corte costituzionale con sent. 23 marzo 1964, n. 23 (in *Foro it.*, 1964, I, c. 696 ss.). La Corte contesta l'equivocità dell'espressione « oziosi e vagabondi abituali validi al lavoro » e, quindi, l'antitesi con gli art. 13 e 25; con ciò, peraltro, viene, sia pure indirettamente, riaffermata la rilevanza costituzionale dell'esigenza di tassatività in tema di misure restrittive della libertà personale.

cie, si appellino agli art. 13 e 25 i quali comproverebbero che « in materia di limitazione alla libertà personale la Costituzione ha adottato il sistema della stretta casistica (114), e richiede che ogni norma al riguardo sia contenuta in una fattispecie ben determinata » (115).

Alla base di queste ordinanze sta, dunque, la convinzione circa un'integrale correlazione di significati tra l'articolo 25 comma 2° e l'art. 1 c.p. I rilievi sono decisivi, anche se scarsamente pertinenti alle misure di prevenzione *ante-delictum* che non appaiono di per sè riconducibili nè all'art. 13 che contempla, come s'è detto, le misure cautelari funzionalmente collegate ad un procedimento penale nè all'art. 25 che, nel comma 2° e 3°, ha riguardo esclusivo alle sanzioni criminali (*lato sensu* intese) *post-delictum*. Sintomo, forse, di una loro estraneità al sistema e, quindi, di una loro illegittimità costituzionale (116). A prescindere, comunque, dalla questione specifica, va rilevato ancora come le accennate ordinanze, per motivare l'asserto, si aggancino, altresì, all'art. 3 della Costituzione. Questa la giustificazione del richiamo: non precisando l'art. 1 cit. «... gli elementi in base ai quali le frequenti manifestazioni di ozio e di vagabondaggio per numero e frequenza giustifichino le attribuzioni della 'abitualità'... può accadere che l'autorità di P.S. di fronte a due cittadini diversi che abbiano tenuto identico comportamento ne ritenga uno solo idoneo ad integrare la qualifica di cui all'art. 1 n. 1, mancando la possibilità di applicazione che assicuri uguaglianza

(114) Cfr. ord. Trib. Milano, imp. Raddato, cit., p. 328; procedendo in tal senso si corre, tuttavia, il rischio di cadere nell'eccesso opposto: quello di ritenere, cioè, costituzionalizzata l'esigenza di *descrittività* della fattispecie.

(115) Cfr. ord. Trib. Milano, imp. Raddato, cit., p. 328.

(116) Per questa tesi radicale, cfr. ELIA, *Libertà personale*, cit., p. 39 ss.

di trattamento di tutti i cittadini» (117). L'aggancio è interessante ai nostri fini particolari in quanto pone in luce un ulteriore argomento — a suo tempo non segnalato — a conferma della rilevanza costituzionale del carattere tassativi della fattispecie penale ed, inoltre, aggiunge agli altri già elencati un nuovo motivo di differenziazione tra l'indeterminatezza del *Tatbestand* e la discrezionalità penale: la prima genera necessariamente arbitri e si pone, quindi, in antitesi con l'art. 3 della Costituzione, mentre la seconda, se riservata ai casi di impossibilità di una tipicizzazione astratta, a causa dell'estrema variabilità di significati della fattispecie concreta e se correttamente esercitata, rappresenta l'unico mezzo per realizzare quella «diversa considerazione dei distinti» che è anch'essa manifestazione del principio di eguaglianza (118).

Questa crescente sensibilizzazione del problema della tassatività della fattispecie penale e del suo valore costituzionale dovrà, quindi, avere il suo sbocco naturale in una presa di posizione esplicita della Corte, alimentata da una chiara consapevolezza critica delle dimensioni del medesimo.

Diversa è la situazione nel diritto tedesco, dove la dottrina e la giurisprudenza costituzionale (119) hanno modo

(117) Questo profilo del contrasto con l'art. 3 Cost. viene sollevato per la prima volta dall'ord. Pret. Milano 4 febbraio 1963, cit., p. 331: esso è disatteso dalla sent. Corte cost. 23 marzo 1964 n. 23, cit., in *Foro it.*, 1964, I, c. 698. Ed è logico: posto che la Corte muove dal presupposto di ritenere non equivoca la fattispecie in questione. A questa stregua il margine di apprezzamento che essa attribuisce al giudice nel caso concreto «non è motivo perchè possa ravvisarsi nella norma un contrasto con l'art. 3 Cost., essendo proprie, quelle valutazioni di ogni giudizio diretto all'applicazione di norme giuridiche».

(118) Sul valore del principio di eguaglianza cfr. quanto si dirà tra breve.

(119) Per una segnalazione delle più importanti e recenti decisioni del

di occuparsi frequentemente del carattere « tassativo » della legge penale, a ciò stimulate da una dizione letterale più univoca della normativa costituzionale. L'art. 103 II GG, infatti, corrispondente all'art. 25 comma 2° della costituzione italiana, disponendo che « *Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde* » (120), pone in luce non solo la necessità di una previsione legale del fatto, ma altresì,

Bundesverfassungsgericht sul punto cfr.: WOESSNER, *Generalklausel*, cit., p. 276. Si veda comunque: BVerfGE 19 dicembre 1961, in *Entscheidungen des Bundesverf.*, 1962 (vol. 13), p. 261; Id. 22 giugno 1960, *ivi*, 1961 (vol. 11), p. 237; Id. 30 novembre 1955, *ivi*, 1956 (vol. 4), p. 357; e, inoltre: BGH 1 ottobre 1962, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes*, 1963 (vol. 18), p. 77; Id. 23 ottobre 1962, *ivi*, 1963 (vol. 18), p. 105; Id. 17 novembre 1962, *ivi*, 1963 (vol. 18), p. 137 (quanto al divieto di applicazione analogica delle sanzioni penali); Id. 3 maggio 1963, *ivi*, 1963 (vol. 18), p. 359; Id. 25 giugno 1963, *ivi*, 1963 (vol. 19), p. 30 e 20 gennaio 1955, *ivi*, 1955 (vol. 7), p. 160 (che affermano la costituzionalizzazione del divieto di analogia da parte dell'art. 103 II GG); Id. 15 febbraio 1958, *ivi*, 1958 (vol. 11), p. 377. In queste decisioni è costantemente ribadita la costituzionalizzazione della tassatività della fattispecie penale, la quale, tuttavia, non vincola il legislatore ad una tecnica di previsione casuistica e descrittiva; cfr., ad es., BGH 3 maggio 1963, cit., p. 362: « ... Das Gebot der Bestimmtheit der Strafgesetze darf nicht übersteigert werden, da die Gesetze sonst zu starr und Kasuistisch würden und dem Wandel der Verhältnisse oder der Besonderheit des Falles nicht mehr gerecht werden könnten. Auf allgemeinere Begriffe, die in höherem Masse auslegungsbedürftig sein mögen, kann auch im Strafrecht nicht überall verzichtet werden... ». A proposito dell'Art. 103 II GG come enunciazione di una riserva assoluta di legge (formale) in campo penale cfr. fra le altre: BVerfGE 25 luglio 1962, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 1963 (vol. 14), p. 225 ss.; Id. 3 luglio 1962, *ivi*, p. 174 ss. Sull'influsso che l'Art. 103 II GG ha esercitato quanto alla tecnica di formulazione delle fattispecie nell'*Entwurf* 1962 cfr. le lucide osservazioni di P. NOLL, *Zur Gesetzestechnik des Entwurfes eines Strafgesetzbuches*, in *JZ*, 1963, p. 298 ss.

(120) Viceversa, l'Art. 116 della Costituzione di Weimar stabiliva: « un'azione può essere colpita da pena solo nel caso che la punibilità sia legalmente determinata prima che l'azione venga commessa »: ponendo l'accento sull'azione, anziché sul fatto.

il carattere tassativo della medesima: questo essendo il significato della locuzione *Bestimmtheit* (121).

Meno univoco appare, per contro, l'art. 7 paragr. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (122) il quale, sempre in tema di legalità dei delitti e delle pene, afferma: «Nessuno può essere condannato per un'azione o una omissione che, al momento in cui fu commessa, non costituisce reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale. Non può del pari essere inflitta una pena superiore a quella che era applicabile al momento in cui il reato è stato commesso». La minore univocità, dipendente, forse, dal carattere della disposizione, che è una mera enunciazione di principio, nonchè dalla generalità del suo campo di efficacia (123), si segnala sia con riguardo all'omessa previsione del carattere «tassativo» della fattispecie penale, sia con riguardo alla delimitazione, peraltro apparente, del principio di legalità alla sola «azione od omissione» (124), e, infine, con riferimento all'assenza di

(121) Sul punto cfr., fra gli altri, MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz*, cit., Art. 103 II GG, 38; tale locuzione esprimerebbe l'esigenza che le fattispecie penali siano formulate in guisa da costituire «eine feste und zuverlässige Grundlage für die Rechtsprechung»; ossia tali che il senso e la portata di esse possano venir ricavate *univocamente* in via interpretativa. Ciò è possibile, a nostro sommo avviso, sia che venga adottata una tecnica di strutturazione della fattispecie in chiave descrittiva ovvero di normazione sintetica. In caso contrario, si delinea un'incompatibilità con l'art. 103 II GG. Per contrassegnare detto aspetto si parla anche di «Berechenbarkeit der Richterspruches im Sinne einer durchgängigen Messbarkeit an objektiven (im Gesetz enthaltenen oder von ihm in Bezug genommenen) werten und Wertmassstäben» (cfr. WARD, *Dogmatische Grundlagen*, cit., p. 44; sul punto cfr., altresì, CLASS, *Generalklauseln*, cit., p. 137).

(122) Cfr. *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Strasburgo, 1962, p. 54.

(123) Sul punto cfr. E. APPEL, *Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten in ihrer Bedeutung für das deutsche Strafrecht und Strafverfahrensrecht*, diss. Marburg, 1961.

(124) In senso analogo cfr. l'art. 116 Cost. Weimar, cit.

una riserva di legge in senso tecnico (si parla genericamente nell'art. 7 paragr. 1 di « diritto interno o internazionale ») (125).

3. Esaurito l'accento alla portata che il problema assume nella dottrina e nella giurisprudenza, cerchiamo ora di cogliere il punto di vista da cui va guardata la nozione di « tassatività » costituzionalmente rilevante (125-bis). Sot-

(125) Sotto questo profilo, l'art. 7 § 1 ribadisce il valore *relativo* che il principio della riserva assoluta di legge presenta in rapporto alla struttura politico-istituzionale dei diversi paesi.

(125-bis) In antitesi con l'esigenza di « tassatività » affermata dall'art. 25 comma 2° la Costituzione adotta formule estremamente generiche allorchè accenna alla responsabilità del Presidente della Repubblica (« per alto tradimento o per attentato alla Costituzione »: art. 90 comma 1°) ovvero dei ministri (« per reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni »: art. 96). Sottolinea questa scarsa compatibilità tra l'art. 90 e l'art. 25 comma 2°, CROSA, *Diritto costituzionale*, Torino, 1955, p. 340.

A prescindere dalle singolarità che queste disposizioni costituzionali presentano sotto il profilo del principio *nulla poena sine lege* (cui si accennerà nell'ulteriore sviluppo dell'indagine), esse fondano la responsabilità, soprattutto, del Presidente della Repubblica sopra *fattispecie giuridicamente indeterminate* (in tal senso, MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1962, p. 260). Infatti: a differenza dell'attentato alla Costituzione che ha come punto d'aggancio normativo, sia pure non esclusivo, l'art. 283 c.p. (cfr. P. ROSSI, voce *Attentato contro la Costituzione*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 980), la fattispecie dell'« alto tradimento » richiama, in guisa di normazione sintetica, una serie di obblighi di fedeltà che non sono univocamente individuabili (per una duplice interpretazione tendente a salvare la tassatività, sia pure *per relationem*, della fattispecie, attraverso il richiamo, da un lato, alle ipotesi di alto tradimento nominativamente rubricate nella legge penale, ovvero, dall'altro, a tutte le ipotesi criminose previste dalle leggi della Repubblica, cfr. P. ROSSI, voce *Alto tradimento*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 113), in quanto non ricavabili soltanto dal codice penale. Si badi: nell'art. 90 il costituente non ha rinunciato a porre un significato astratto, ossia a determinare l'oggetto della valutazione. Lo ha fatto, però, con una formula di normazione sintetica che non esprime, con tutta chiarezza, il parametro. Difetto di tassatività, quindi, e non *discrezionalità*, che presuppone l'assenza totale di determinazione dell'oggetto della valutazione. Invero: com'è stato felicemente osservato (ZUCCALÀ, *L'infedeltà nel diritto penale*, cit., p. 172) « alla Corte costituzionale, nel-

to questo profilo, il disposto costituzionale non fa che registrare un dato appartenente all'essenza logica della norma penale, intesa come norma-comando: infatti, com'è

l'espletamento della sua attività di giurisdizione, spetta solo il compito di sussumere nelle fattispecie legali *descritte* (sia pure in forma generica) i fatti di alto tradimento e di attentato alla Costituzione e non di *qualificare* come reato qualunque fatto che, per le circostanze in cui si verifica, per le cause che lo determinano o per gli effetti cui dà luogo, possa essere considerato come alto tradimento o attentato alla Costituzione». Non si tratta di un giudizio del caso concreto. Per un parallelo fra queste fattispecie e il delitto di « abuso innominato d'autorità » ex art. 323 c.p. (che si radica anch'esso, pur con taluni ulteriori elementi di dettaglio — fine di danno o di profitto — su di una formula di normazione sintetica), cfr. TESAURO, *La Corte costituzionale e i reati del Presidente della Repubblica e dei membri del Governo*, in *Foro pen.*, 1951, p. 143; VIRCA, *I reati ministeriali*, in *Jus*, 1954, p. 80 ss. L'accostamento va preso con una certa cautela: posto che, a prescindere dalla maggiore specificità che deriva all'art. 323 c.p. dagli elementi di dettaglio accennati, più agevole appare l'individuazione del parametro astratto di « regolare condotta » propria dei vari funzionari, alla stregua delle norme che governano i diversi uffici. Inoltre, una maggiore specificità deriva all'art. 323 dal fatto che esso offre una tutela penale *sussidiaria* o *integrativa* rispetto ad altre norme che descrivono, più dettagliatamente, tipiche forme di abusi.

Non è infrequente, tuttavia che si parli, a proposito di questi reati, di « esercizio di potere discrezionale quanto alla determinazione di volta in volta dell'illecito »: così, PIERANDREI, voce *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 1016 che ritiene pertanto, differenziabile l'attività della Corte dalla comune attività di giurisdizione penale. Anzi: secondo un principio generale che vuole affidati ad un organo certi poteri discrezionali in tanto in quanto esso sia capace di esercitarli, alla Corte costituzionale sarebbero stati, proprio a tal fine, attribuiti una struttura e una composizione adeguata al compito assegnatole. La tendenza a configurare l'attività della Corte in questo settore come discrezionale può dirsi prevalente fra i costituzionalisti (parla di *discrezionalità politica*, MORTATI, *Istituzioni*, loc. cit.). Fra gli Autori che si sono occupati dell'argomento segnaliamo, oltre a quelli già citati: BALOCCHI, voce *Accusa contro il Presidente della Repubblica e i Ministri*, in *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1957, p. 180 ss.; BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Studi sulla Costituzione*, III, Milano, 1958, p. 149; CHIAROTTI, *La giurisdizione penale della Corte costituzionale*, in *Riv. proc. pen.*, 1957, p. 844 ss.; CUOCOLO, *Imparzialità e tutela della costituzione nell'esercizio dei poteri del Presidente della Repubblica*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1959, pp. 88-96; GALEOTTI, *La posizione costituzionale del Presidente della Repubblica*, Milano, 1949, p. 36; LIGNOLA, *Note*

stato osservato (126), «... un comando persegue essenzialmente lo scopo di essere eseguito, ma eseguito non può essere se il destinatario non ha la possibilità logica di conoscerne con sufficiente chiarezza il contenuto». Trattasi di un limite logico di tipo *obiettivo* (127) della norma penale che fa contrappunto a quello *soggettivo* (128) costituito dalla normalità dell'agente. Non è, infatti, logico pretendere l'osservanza di un precetto che non può essere conosciuto perchè non tassativo e che non può essere adempiuto per l'anormalità fisio-psichica (129) del soggetto.

Il carattere logico del limite permane sia in rapporto ad una concezione rigorosamente imperativa che ravvisa nella norma penale un effettivo comando, sia in rapporto ad una concezione imperativa attenuata che vede in essa,

in tema di responsabilità del Presidente della Repubblica, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, p. 405 ss.; MONTALBANO, *L'accusa del Parlamento per i reati presidenziali e ministeriali*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1960, I, p. 330 ss.; MOTZO, *Il comando delle forze armate e la condotta dei regimi di emergenza nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1957, p. 75 ss.; LAZZARO, *Rilievi sulla responsabilità penale del Presidente della Repubblica*, in *Nuovo dir.*, 1960, p. 369 ss.; RICCIO, *Il processo penale avanti la Corte costituzionale*, Napoli, 1955, p. 77 ss.; ROSSI, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, cit., p. 223 ss.; TESAURO, *La Corte costituzionale*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, p. 241 ss. Di potere discrezionale deve parlarsi, allorchè si ammetta la possibilità della Corte di sanzionare l'alto tradimento o un reato ministeriale, coincidenti con una fattispecie prevista dal codice penale di scarsa consistenza, con un provvedimento diverso da quelli conosciuti dalla legge penale, ossia con una sanzione meramente amministrativa o costituzionale (in tal senso, CHIAROTTI, *La giurisdizione penale*, cit., p. 375). È un potere discrezionale che contrasta con il principio *nullum crimen sine poena*.

Il tema meriterebbe ben più ampia trattazione: a noi premeva solo porre in luce la scarsa rispondenza dell'art. 90 all'art. 25 comma 2° Cost.

(126) NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, cit., p. 2.

(127) Cfr. NUVOLONE, *I limiti taciti*, cit., p. 31.

(128) Per questa categoria di limiti cfr. NUVOLONE, *I limiti taciti*, cit., p. 31.

(129) Si veda, NUVOLONE, *I limiti taciti*, cit., p. 31.

facendo leva soprattutto sull'art. 5 c.p. (130), solo un precetto *destinato* a funzionare come comando. In ogni caso la norma penale deve essere idonea a porre il cittadino imputabile — e le norme incriminatrici sono tutte strutturate nel presupposto della normalità fisio-psichica del destinatario (131) — in grado di conoscere l'oggetto del divieto, ovvero il confine tra le zone di liceità e di illiceità penale. Sotto questo profilo, anzi, l'*idoneità* deve concernere quegli stessi elementi che, sul piano dell'effettiva imputazione, sfuggono ad un giudizio di colpevolezza, pur concorrendo nella determinazione della vicenda costitutiva della punibilità. Altro è, infatti, che la norma penale offra, in linea potenziale, ai suoi destinatari la possibilità di conoscere tutto il fatto vietato; altro è che, sul piano effettivo della responsabilità penale, si prescindano per qualche elemento del fatto da ogni atteggiamento psichico del soggetto agente. Una norma penale, tuttavia, che rispetti il criterio dell'*idoneità* può contribuire a rendere meno sensibile lo scarto fra colpevolezza reale e imputazione penale, nonché a giustificare maggiormente, da un punto di vista logico, il principio di cui all'art. 5 c.p. Sempre che all'art. 27 comma 1 della Costituzione (« La responsabilità penale è personale ») non si debba attribuire l'ampio significato di escludere ogni forma di responsabilità obiettiva (132); nel qual caso la norma penale potrebbe assumersi come effettivo comando in senso tecnico e il divario tra il piano potenziale e quello effettivo verrebbe colmato.

(130) Su tale concezione cfr. le osservazioni di PAGLIARO, *Il fatto di reato*, cit., p. 14 ss.

(131) In tal senso cfr. il nostro *Fatto del non imputabile*, cit., p. 103 ss.

(132) In tal senso, cfr., di recente, Cass. 24 maggio 1961, Vacante e altri, in *Foro pen.*, 1963, p. 565 con nota di M. PORZIO, *Sulla inestensibilità al concorrente delle aggravanti soggettive « non conosciute »* (*Riflessioni sulle sfere di competenza giurisdizionali*).

¶ La tassatività va così intesa in funzione del rapporto norma penale-cittadino (destinatario) (133). V'è, però, anche un altro modo di considerare la certezza del diritto penale (134): come possibilità, cioè, di prevedere la qualificazione penale che sarà assegnata dal giudice ad una determinata condotta trasgressiva (problema che si pone, soprattutto, in conseguenza della realizzazione della medesima). E qui viene allora in gioco la certezza intesa anche in funzione del rapporto norma-giudice, in quanto l'effetto precedentemente ipotizzato può essere assicurato solo qualora la norma penale offra al giudice parametri chiari di giudizio, al punto da garantire, entro certi limiti, la prevedibilità del risultato e la possibilità di riesame da parte del giudice superiore. Il rapporto norma-giudice ha un rilievo soltanto strumentale e non esclusivo; come si verificherebbe, per contro, qualora si individuasse quale unico destinatario della norma penale il giudice e non il privato (135).

✱ L'assunzione della *tassatività* in funzione del rapporto

(133) In questa prospettiva si parla di *Berechenbarkeit* da parte del cittadino: cfr. la nota (121).

(134) Questo è l'aspetto sul quale pongono, soprattutto, l'accento coloro i quali escludono che la norma penale abbia forza imperativa *effettiva* o anche soltanto *potenziale*.

(135) La tendenza a concepire la « certezza del diritto » dal punto di vista dell'individuo fu considerata dal nazionalsocialismo quale « errore del liberalismo »: cfr. sul punto, G. VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Giur. it.*, cit., c. 119. Analoghe accuse vengono ad essa rivolte dal punto di vista dell'ideologia comunista: si veda, ad es., LEKSCHAS, *Lehrbuch des Strafrecht der deutschen demokratischen Republik, All. Teil*, 1959, p. 284, secondo il quale per la certezza del diritto in un paese socialista non è essenziale che la norma penale sia tassativa, quanto piuttosto che nel superare le eventuali incertezze o equivocità della legge, giudici, avvocati, ecc. si lascino guidare « vom sozialistischen Rechtsbewusstsein ». Cfr. per taluni aspetti del problema, il volume edito dall'Accademia polacca delle Scienze: *Le concept de la légalité dans les Pays socialistes*, Wrocław-Warszawa, 1961.

norma-cittadino ha come necessaria conseguenza l'esigenza che il grado di determinatezza della fattispecie sia tale da consentire l'individuazione dell'oggetto del divieto non solo al giudice, ma anche al cittadino medio (136). E ciò è significativo se si tien conto che non ogni elemento indeterminato per il cittadino, è tale anche per il giudice (137).

Il grado di precisione occorrente per realizzare la tassatività nel senso indicato è già stato esaminato (138) in rapporto ai differenti tipi di elementi della fattispecie. Il problema sarà nuovamente affrontato nella III Parte con specifico riguardo ai casi più controversi di elementi indeterminati che si prospettano all'interprete nel codice penale e nelle leggi speciali.

Si osserva (139) che, allorché la norma penale funziona soltanto nel suo aspetto di « garanzia » (140), ponendo un comando esclusivo per il giudice si allenta l'esi-

(136) Sottolinea gli aspetti « mitici » e gli aspetti « attuali » della certezza del diritto, vista in funzione del rapporto norma-cittadino, BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1951, p. 146 ss. Non va, in ogni caso, confusa la certezza della norma, in senso *formale*, raggiunta spesso a prezzo di finzioni, con la certezza *reale* del suo contenuto: sul punto, cfr. gli efficaci rilievi di MICELI, *La norma giuridica*, cit., p. 286. Per qualche acuta riflessione sulla certezza del diritto in sede penale, cfr. DELOCU, *La loi pénale et son application*, 1956-57, p. 38 ss.; l'Autore distingue la *certitude du droit* dalla *sécurité du droit* che costituisce il riflesso emotivo sul soggetto del primo concetto.

(137) Il ragionamento potrebbe valere, soprattutto, per il procedimento analogico, il cui grado, almeno, di indeterminatezza può essere variamente sfumato a seconda che ci si ponga dal punto di vista del cittadino medio ovvero del giudice.

(138) Cfr. p. 188.

(139) NUVOLONE, *Il principio di legalità*, cit., p. 239

(140) Per la distinzione tra norme-comando e norme-garanzia che « ... predispongono una tutela a garanzia di determinati beni giuridici senza, peraltro, imporre l'osservanza di particolari norme di condotta, di modo che l'intervento dello Stato si verifica indipendentemente dalla violazione di un precetto » cfr. NUVOLONE, *Il principio di legalità*, cit., p. 239.

genza di tassatività e si aprono più frequenti spiragli al potere discrezionale. L'asserto, valido in linea di massima, abbisogna di una precisazione. È esatto che nel settore della « garanzia » — e l'analisi del principio di legalità con riferimento alle misure di sicurezza (ossia, all'art. 25 comma 3°) ci offrirà lo spunto per più approfonditi rilievi — il legislatore abbia una maggiore possibilità di rinviare il giudice al « caso concreto », laddove si tratti di valori insuscettibili di ipotizzazione astratta; ciò non toglie però che, qualora ritenga preferibile cogliere un significato a livello astratto debba farlo in forma chiara e determinata. Non si tratta, beninteso — ed è questo il punto —, del grado di tassatività funzionalmente e logicamente ricollegato al rapporto norma penale-privato destinatario, ma di quel grado di determinatezza e di univocità che è il presupposto imprescindibile di ogni attività interpretativa e di ogni controllo da parte del giudice superiore. Il funzionamento della norma penale in chiave di « garanzia » non può autorizzare l'anfibologismo o l'equivocità del segno linguistico (141).

Un ultimo rilievo: la tassatività della fattispecie penale appare sollecitata anche sotto il profilo dell'operatività dell'errore. Posto che, a' sensi dell'art. 47 comma 1° e 3°, l'errore può incidere su qualsiasi dato della fattispecie (142), indipendentemente dal grado di elasticità che lo caratterizza (143), un'eccessiva indeterminatezza degli ele-

(141) Entro questi limiti soltanto si può dire che il principio di legalità non appartenga alla logica della norma-garanzia. In tal guisa ci sembra vengano superate talune perplessità che ELIA, *Libertà personale*, cit., p. 44, solleva in proposito.

(142) In proposito cfr. C. F. Grosso, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961, p. 153 ss.

(143) Per la tendenza, viceversa, ad escludere la rilevanza dell'errore in rapporto all'indeterminatezza del dato su cui esso incide, cfr. quanto s'è detto a p. 164.

menti del *Tatbestand*, accentuando la possibilità di divergenza tra la ricostruzione del dato operata dal giudice e quella compiuta dal soggetto agente, creerebbe ampie zone di impunità, assolutamente ingiustificate sul piano criminologico (144).

4. L'art. 25 comma 2°, esprimendo l'esigenza di tassatività della fattispecie penale, costituzionalizza il divieto di analogia che è — come si è osservato a suo tempo — un procedimento di interpretazione dell'ordinamento giu-

(144) Molto spesso si registra un'estrema difficoltà di prova del dolo; e difficilmente, per ovvie ragioni, l'eventuale errore può essere ricollegato ad una responsabilità colposa. Si consideri, ad es., quanto al reato di « acquisto speculativo » di cui all'art. 232 n. 2 l. fall., la difficoltà di dimostrare la consapevolezza da parte dell'agente di acquistare ad un prezzo notevolmente inferiore al *valore corrente*; in specie laddove il divario non salta evidente *prima facie* oppure si tratta di cose che non hanno un « valore di realizzo ». La prima ipotesi sarà riscontrabile più di frequente ove si ritenga, infondatamente, con taluno (cfr. ROVELLI, *Reati fallimentari*, Milano, 1952, p. 104; *contra*, NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, p. 226), che il divario non debba essere, di necessità, notevole, purchè concorrano altri elementi di intenzionalità fraudolenta; la seconda ipotesi paralizza di già l'applicabilità della norma sul piano obiettivo (così, NUVOLONE, *Il diritto penale*, cit., p. 226; per contro, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Milano, 1959, p. 186, ritiene che la determinazione resti anche in tali casi affidata al « saggio apprezzamento del giudice »). A nostro sommesso avviso, posto che in tal caso è assente il parametro di valutazione, il giudice non pone in essere quel « saggio apprezzamento » che, non sfociando nella discrezionalità è coesenziale alla determinazione di tutti gli elementi elastici di tipo quantitativo o temporale; bensì esercita un vero e proprio potere discrezionale che può sfiorare l'arbitrio. Si tratta di uno di quegli elementi elastici per i quali può far difetto il parametro di valutazione (quando vengono in considerazione cose che non hanno un vero e proprio mercato; ovvero la cui qualità può essere controversa — es. quadri di incerta attribuzione —; ovvero il cui valore è in funzione di considerazioni extra-commerciali). L'interprete ha una duplice alternativa: o limitarne l'applicazione ai soli casi in cui esiste il parametro di raffronto, con relativo indebolimento della forza cogente della norma, o provocarne l'abrogazione, perchè incostituzionale per difetto di tassatività).

ridico a carattere indeterminato. È evidente che nel caso in cui, per contro, si ritenesse che con l'analogia al giudice è attribuita non una mera attività ricognitiva di norme esistenti nel sistema, bensì un'attività creativa di norme nuove, la disposizione costituzionale dichiarerebbe implicitamente l'illegittimità del procedimento analogico già sotto il profilo della riserva di legge (145).

Si badi: parlandosi di attività creativa a proposito del procedimento analogico, la locuzione viene assunta nel suo proprio significato di posizione di norme nuove; allo stesso modo per cui, in tema di discrezionalità penale, si parla di creazione da parte del giudice di una regola, sia pure per il singolo caso e alla luce di significati intrinseci al sistema penale. Mentre, di contro, esistono concetti diversi di creatività che, secondo taluno (146), sarebbero coesenziali ad ogni procedimento ermeneutico.

Il divieto di analogia, in regime di costituzione elastica, era di già formulato, oltre che dall'art. 14 disp. prel. del codice civile, dall'art. 1 c.p.: infatti, come s'è esattamente osservato (147) il termine « espressamente » « ... che è certamente estraneo alla semplice indicazione di una riserva di legge penale (148), paragonato con le formule di cui all'art. 12, comma 2°, disp. prel. codice civile (*precisa* disposizione di legge) e di cui all'art. 14 disp. prel. codice civile (oltre i casi e i tempi in esso *considerati*), e valutato storicamente (149), sembra trovare una spiegazione esau-

(145) Intesa come riserva di legge a carattere *assoluto*.

(146) A proposito di un coefficiente di *creatività* intrinseco in ogni forma di interpretazione la bibliografia è vastissima: cfr., per tutti, CAIANI, voce *Analogia*, cit., p. 355.

(147) C. F. GROSSO, *L'articolo 121 Testo Unico*, cit., p. 23 estr.

(148) C. F. GROSSO, *L'articolo 121 Testo Unico*, loc. cit.

(149) Cfr., a tal fine, l'art. 4 disp. prel. cod. civ. del 1865, il quale disponeva: « le leggi penali e quelle che restringono il libero esercizio dei

riente proprio come locuzione che si riferisce all'analogia, per vietarla» (150). Il regime elastico di costituzione faceva sì, tuttavia, che il vincolo operasse soltanto rispetto all'interprete, cui era interdetto l'uso dello strumento analogico, e non rispetto al legislatore ordinario, al cui esclusivo apprezzamento era, in definitiva, affidata la salvaguardia o meno del principio.

A comprova di questa situazione di elasticità si possono citare quelle norme penali che si avvalgono di indicazioni estensive ovvero di indicazioni esemplificative, più o meno numerose, concludentesi con espressioni come « e altri simili » « e altri analoghi » ecc. formulate in presenza del divieto: esse, in effetti, come a suo tempo si è osservato, altro non fanno che codificare esplicitamente quel procedimento, svolto implicitamente dall'art. 12 comma 2° cit., nei settori in cui il divieto non è operante, e consistente nell'annettere ad ogni fattispecie legale un'ulteriore fattispecie che si articola mediante il richiamo a « casi simili o analoghi ».

In regime di costituzione rigida, l'art. 25 comma 2° assume il significato di vincolo preclusivo sia per l'interprete che per il legislatore ordinario, al quale viene, altresì, interdetta l'abrogazione dell'art. 14 disp. prel. codice civile (151). Ne discende, quindi, l'incostituzionalità,

diritti o fanno eccezione alle regole generali o ad altre leggi, non si estendono oltre i casi ed i tempi in esse espressi ».

(150) C. F. Grosso, *L'articolo 121 Testo Unico, loc. cit.*

(151) L'art. 25 comma 2° Cost. pone un vincolo sia per il legislatore ordinario, che deve, di conseguenza, astenersi dal formulare clausole generali di tipo indeterminato o elementi elastici, sia per l'interprete. Nei confronti di quest'ultimo, il vincolo si traduce sia nella necessità preliminare di precegliere ed usare mezzi interpretativi atti a garantire la certezza e la precisione del ragionamento ermeneutico (sul punto cfr. M. Porzio, *Problemi metodologici nella interpretazione del diritto penale*, in *Pubbl. Fac.*

almeno in linea di massima, delle norme penali che ipotizzano fattispecie analogiche esplicite? Sotto questo profilo la sentenza 27 maggio 1961 n. 27 della Corte Costituzionale, a suo tempo citata (152), non può reputarsi fondata. Il carattere non assoluto del nostro asserto rivela, però, la necessità di operare una suddistinzione all'interno di queste norme, a seguito della quale solo talune di esse appaiono *realmente* in antitesi con il divieto di analogia. In questa luce, il ragionamento della Corte apparirà, almeno in parte, fondato.

Vi sono, infatti, casi in cui l'articolazione sintattica del discorso legislativo potrebbe essere convertita in una formula di normazione sintetica dove il segno linguistico indica univocamente il parametro alla cui stregua compiere la valutazione. È l'ipotesi degli art. 710-711 c.p. i quali parlano di « chiunque eserciti il mestiere di fabbro, chivaiuolo o *un altro simile mestiere* »: in luogo di questa formula che sembra prospettare una fattispecie di tipo analogico si può porre un'altra formula « chiunque fabbrica

giur. Univ. Napoli, vol. LIV, Napoli, 1961, p. 20 ss.), sia nella conseguente necessità di astenersi dal configurare categorie dommatiche o principi interpretativi a carattere indeterminato e tali da conferire al giudice un potere di scelta nel caso concreto. I limiti dell'indagine ci precludono la possibilità di criticare, sotto tale profilo, talune soluzioni, che la dommatica ha fornito in ordine a certi quesiti interpretativi. Si consulti, tuttavia, *CLASS, Generalklauseln*, cit., p. 129, il quale, mentre sottolinea come talune clausole generali non normative siano spesso il frutto di un compromesso scaturente da controversie dottrinali (l'A. cita il § 226 a StGB ed altri esempi), afferma (cfr. p. 125 ss.) che ulteriori esempi di clausole generali si possono individuare in talune caratteristiche elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Si cita: il concetto di « *sozialen Lebensgemeinschaft* » rivolto ad individuare il dovere di « *Erfolgsabwendungspflicht* »; il concetto di « *Gewissensanspannung* » in tema di colpevolezza; il concetto di « *Täterplan* » per la differenziazione tra atti preparatori ed atti esecutivi nel tentativo ecc. Queste clausole generali « *mit gesetzeseichen Effekt Entscheidungsinhalte bestimmen* ».

(152) Cfr. p. 210 nota 422.

o vende oggetti diretti ad aprire o a forzare serrature», la quale, in chiave di normazione sintetica, segnala più chiaramente la realtà da valutare, tramite il parametro costituito dal riferimento all'oggetto dell'attività. I mezzi interpretativi appaiono quelli solitamente in uso per la determinazione di elementi di normazione sintetica: compito preliminare è l'accertamento dell'esatto significato della proposizione linguistica, avente valore di sintesi, e compito successivo un'analisi volta a stabilire se la situazione storica riproduca gli estremi costitutivi della fattispecie astratta e possessa quindi il carattere della rilevanza giuridica. La formula normativa è, in questi casi, solo apparentemente tale da autorizzare un ricorso allo strumento analogico ed è, quindi, compatibile con il dettato costituzionale.

Analogamente — ma si tratta di un caso che non trova riscontro positivo (153) — laddove venga in gioco una categoria di soggetti o di oggetti a contenuto ben definito, che il legislatore preferisce, tuttavia, esprimere attraverso l'indicazione di alcuni oggetti o soggetti, chiudendo l'elencazione con la formula « e casi simili o analoghi ». Quest'ultima funziona come valvola di chiusura di un'emplificazione di dati rientranti in un *genus* ben definito. Si tratta pur sempre di un'alternativa della tecnica di normazione sintetica. Il legislatore ha di fronte due vie: o indicare, con il massimo di sinteticità, il *genus* ovvero alcuni elementi dello stesso, ricorrendo all'anzidetta formula di chiusura. Questo secondo metodo, che evita in ogni caso l'elencazione globale, in chiave esasperatamente casistica, può essere preferibile se vale a meglio segnalare all'in-

(153) Non se ne può escludere, tuttavia, l'utilizzazione *de jure condendo*.

terprete l'idea del *genus*, di per sè non integralmente chiaro. Ancora una volta, però, l'interpretazione della formula si svolge secondo cadenze che non sono quelle proprie del procedimento analogico.

Diversamente, per contro, in quei casi in cui non v'è alcuna possibilità di convertire la formulazione legislativa in un dato di normazione sintetica a parametro univoco di valutazione: si pensi, ad es., agli art. 600 e 601 c.p. che parlano di « condizione analoga alla schiavitù ». Altrettanto sembra potersi dire laddove il legislatore esaurisce nell'elencazione tutti gli elementi possibili rientranti nel *genus* e, malgrado ciò, richiami ulteriormente l'attenzione dell'interprete sui « casi simili o analoghi ». In entrambi i casi l'interpretazione, ai momenti di cui si compone quella ordinaria, ne aggiunge uno ulteriore, rivolto a stabilire, attraverso una serie di giudizi di somiglianza, che non posseggono tutti i crismi della certezza, il preciso contenuto della formula « ed altra ipotesi simile » (o « altro caso analogo »), reso ancor più sfuggente e impalpabile dal valore pregnante del segno linguistico o dell'elencazione che la precede (154).

Da ultimo: si danno, per converso, ipotesi di clausole generali indeterminate, del tipo a suo tempo indicato, le quali potrebbero convertirsi in un discorso normativo orientato nella forma analogica. Posto, infatti, che esse presentano un margine positivo e negativo di sicurezza,

(154) Affine alla precedente è la formula di cui all'art. 434 c.p. « crollo di una costruzione... ovvero un altro disastro » ove la locuzione « altro » sta per « analogo ». Sulla compatibilità di essa col principio di stretta legalità (art. 1 c.p.), già si discuteva in sede di lavori preparatori (cfr. *Lavori preparatori del codice penale*, III, 3, Roma, 1928, p. 283: parere della Commissione reale avvocati e procuratori di Trieste e dell'Istria). Sul punto si veda, MARINUCCI, voce *Crollo di costruzioni*, cit., p. 411, nota (5).

all'interno dei quali si apre un settore di indeterminatezza, il legislatore potrebbe indicare i primi in forma esplicita, richiamandosi al secondo tramite la locuzione « ogni altra ipotesi simile o analoga ecc. ». Il fenomeno della normazione sintetica impropria, perchè priva di univocità e quello delle fattispecie analogiche ipotizzate in forma esplicita non sono che due facce, diverse solo sul piano della mera tecnica legislativa, di un'identica medaglia. Risulta, così, in tutta chiarezza il motivo per il quale le clausole generali indeterminate vengono definite come forma di « anticipata analogia » (155) e sono, pertanto, unitamente alle fattispecie analogiche, esplicite o implicite, da reputarsi costituzionalmente illegittime in ragione di un difetto di tassatività (156).

5. Si è di già dimostrato come l'art. 25 comma 2° della Costituzione estenda la sua portata alla norma incriminatrice *reale* ovvero a quegli elementi che in forma positiva o negativa (per la loro assenza) concorrono ad esaurire la vicenda costitutiva della punibilità. V'è, per contro, chi (157) ritiene che, quanto meno, il divieto costituzionale di analogia non avrebbe una portata così ampia, limitandosi ad abbracciare soltanto quelle forme di essa che si risolvono a danno dell'imputato (*in malam partem*).

E il tradizionale tema della legittimità della c.d. *analogia in bonam partem*, come strumento diretto ad enu-

(155) Cfr. quanto si è detto a p. 211.

(156) Per un'ampia casistica di queste formule cfr. WOESSNER, *Generalklausel*, cit., p. 273 ss. Il contrasto con l'art. 103 II GG, secondo l'Autore, non si delinea « ... falls das Gesetz selbst hinreichende Handhaken für die Anwendung bietet oder wenn Wertungen, auf die der Tatbestand Bezug nimmt, allgemein anerkannt sind ».

(157) In questo senso sembra orientata la prevalente dottrina tedesca. Cfr. per tutti: MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz*, art. 103 II, 41.

cleare, soprattutto (158), cause di giustificazione non codificate (159), già prospettato alla luce del contrappunto normativo formato dagli art. 14 disp. prel. codice civile e 1 c.p. (160) e ripresentato ora in rapporto alla normativa costituzionale. Questa la motivazione: la *ratio* del divieto costituzionale spinge l'interprete ad accoglierlo in un significato ristretto ogni volta che l'estensione analogica sia *in bonam partem*, ovvero non porti ad una menomazione delle garanzie dell'imputato. O meglio: la tesi favorevole alla portata restrittiva del divieto sembra confortata dall'inserimento dell'art. 25 comma 2° fra le norme costituzionali che garantiscono i beni fondamentali del cittadino (e, in specie, quello della libertà personale); essendo il procedimento analogico *in bonam partem* rivolto ad una affermazione della libertà dell'imputato e non all'applicazione di una misura restrittiva, non sembra sussistere alcuna ragione per precluderne l'esperibilità.

L'argomentazione risulta, ad un più attento esame, più suggestiva ed emozionale che non razionale. E infatti: il carattere *positivo* del risultato cui conduce l'utilizzazione dello strumento analogico *in bonam partem* non deve far dimenticare l'incertezza che connota le fasi attraverso le quali si snoda questo tipo di procedimento ermeneutico, incertezza che non costituisce il modo migliore di garantire il diritto dell'imputato (161) all'affermazione della liceità della pro-

(158) In realtà il problema si ripropone per tutte quelle norme che non fondano nè aggravano la punibilità.

(159) Sul punto cfr. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, cit., p. 36 ss.

(160) Cfr. C. F. GROSSO, *L'articolo 121 Testo Unico*, cit., p. 11 estr., cui rinviamo, altresì, per la completa rassegna bibliografica (nota 11).

(161) Per analoghe considerazioni cfr. MARINUCCI, voce *Consuetudine*, cit., p. 609. Per un'interpretazione analogamente orientata, dell'art. 25 comma 1° Cost., cfr. CONSO, *Limiti inerenti al principio della certezza del*

pria condotta. Essa, infatti, può condurre ad applicazioni giudiziali difformi ed arbitrarie. L'analogia *in bonam partem*, anzichè trovarsi in piena conformità, può porsi in antitesi con la stessa *ratio* che sta alla base dell'art. 25 comma 2°, provocando una menomazione delle garanzie dell'imputato (162). Questo pericolo che si annida nello strumento analogico, anche se *in bonam partem*, è avvertito dal Gallo (163), allorchè segnala come « dovendosi controllare caso per caso di fronte alla fattispecie concreta se ricorrano gli estremi per ammettere l'analogia, si introduce in tal modo un coefficiente di incertezza ». L'ostacolo è, tuttavia, superato osservando che « d'altra parte il nostro ordinamento ammette la rilevanza in campo penale dell'abrogazione tacita ed implicita che ugualmente comportano un coefficiente di incertezza » (164). Ci permettiamo di dissentire dall'illustre Autore, in quanto nell'ipotesi dell'abrogazione tacita o implicita si prospetta all'interprete un raffronto tra due significati normativi, entrambi espliciti, fra i quali deve essere ravvisata una posizione di incompatibilità, mentre nel caso dell'analogia il « significato da ricavare » deve essere estratto dall'ordinamento giuridico, alla stregua del solo parametro, rappresentato dalla similitudine con il significato espressamente fissato. Nella prima ipotesi è presente quel margine di elasticità che è coessenziale ad ogni forma interpretativa e che viene notevolmente ridotto se le due re-

giudice e rimessione del procedimento per legittimo sospetto o gravi motivi d'ordine pubblico, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1963, p. 24 ss. l'Autore sottolinea con particolare incisività che anche la tassatività *in bonam partem* assolve alla vitale funzione di proteggere le libertà individuali dall'arbitrio del giudice.

(162) Trattasi, pertanto, di un'interpretazione fondata su suggestioni emotive e su di un malinteso *favor rei*.

(163) *Appunti*, cit., p. 35.

(164) M. GALLO, *Appunti*, cit., p. 35.

golamentazioni fra le quali viene instaurato il raffronto ubbidiscono al canone della tassatività. Lo sforzo che si richiede all'interprete per individuare l'abrogazione tacita o implicita non è dissimile da quello che egli deve compiere per stabilire la fattispecie legale applicabile al caso concreto, risolvendo un concorso apparente di norme.

D'altro canto, una volta ammesso che il requisito della «tassatività» è coesenziale alla norma-comando, non si vede come si possa diversamente opinare per le norme che, configurando scriminanti, concorrono, assieme alla norma incriminatrice base (165) ad individuare l'obbligo penalisticamente rilevante (166), nonchè per le norme che in funzione modificativa od estintiva, intervengono a precisarne la reale portata. Inoltre: ammettere la legittimità costituzionale dell'analogia in *bonam partem* significa, oltre che riconoscere la implicita configurazione, in virtù dell'art. 12 disp. prel. codice civile, accanto ad ogni norma scriminante di una fattispecie articolantesi sulla base del rinvio «a casi simili», dare per scontata, in virtù della correlazione necessaria posta precedentemente in luce, la possibilità di utilizzazione, in seno alle stesse norme, di clausole generali o formule elastiche indeterminate. Con notevole pregiudizio — come si vede — per quelle garanzie dell'imputato che, viceversa, si vorrebbero salvaguardare.

Nell'art. 25 comma 2° si registra, dunque, quanto ad ambito di operatività, una piena identità tra il principio di riserva assoluta di legge (statale) e quello di tassatività:

(165) In virtù di tale concorso si determina la norma incriminatrice reale. Non si vede per quale ragione la sintesi unitaria che si vuol raggiungere in sede dommatica, debba essere spezzata sotto il profilo dell'analogia.

(166) Sul punto cfr. NUVOLONE, *I limiti taciti*, cit., p. 36 ss.; cfr. anche, ma con differenti argomentazioni, BOScareLLI, *Analogia*, cit., p. 92 ss.

entrambi hanno riguardo alla vicenda costitutiva della punibilità intesa in senso globale. Altrettanto può dirsi per l'art. 1 c.p. cui la norma costituzionale, per gran parte dei suoi significati, si richiama: la locuzione « espressamente » che funge, come s'è detto, da *trait-d'union* tra i due principî ne è esplicita conferma. Uno scarto, viceversa, quanto alla relativa portata, si registra nell'art. 25 comma 2° fra i principî accennati e il divieto di retroattività; infatti, posta la legittimità costituzionale del principio della successione della legge più favorevole al reo, il divieto non opera (167) per le norme che configurano scriminanti. Nell'ipotesi, tuttavia, alla prevalenza della norma successiva più favorevole al reo, si aggiunge la certezza del procedimento che a tale risultato conduce; al di fuori di quegli ostacoli che si prospettano, contrariamente, per l'analogia *in bonam partem*.

Un rilievo conclusivo si impone: quand'anche dovesse prevalere la tesi favorevole a questo tipo di analogia, la legittimità costituzionale non si estenderebbe, comunque, alla discrezionalità: sia perchè essa non pone solo un problema di certezza (168), ma altresì di riserva di legge e, perciò, di fonti, sia perchè alla configurabilità di scriminanti strutturate in chiave discrezionale si oppongono ragioni d'ordine logico che saranno successivamente messe in luce.

Quid juris per le norme modificative (in funzione aggravante o attenuante) e per le norme estintive? Esse rimangono estranee all'art. 25 comma 2° della Costituzione

(167) Diversa è, comunque — lo si è detto — l'esigenza di certezza che sta alla base del principio di stretta legalità e del divieto di retroattività.

(168) Diversamente andrebbe impostato il problema qualora la discrezionalità venisse intesa quale sinonimo di indeterminatezza della fattispecie.

nella totalità dei significati dal medesimo espressi, alla stessa stregua per cui si collocavano al di fuori dell'art. 1 c.p. Il divieto di analogia si prospetta per queste norme soltanto in base all'art. 14 disp. prel. codice civile, essendo indiscutibile la loro natura di « leggi penali »; ogni interpretazione tendente a restringere la portata di questa locuzione alle sole norme incriminatrici (base) o alle norme modificative (aggravanti) non trova alcun appiglio d'ordine letterale, data l'ampiezza della dizione normativa e l'assenza nella medesima di ogni distinzione, nè d'ordine logico, posto che la *ratio* che si tenta di porre a base dell'ammissibilità dell'analogia *in bonam partem* è priva di consistenza (169). Così fondato, il principio di tassatività sembra dotato, rispetto a queste norme, di una limitata portata. Infatti l'art. 14 pone soltanto un vincolo per l'interprete; o meglio, impedisce all'art. 12 disp. prel. codice civile l'esplicazione del suo contenuto normativo, in forza del quale esso si inserisce nell'ordinamento « ... come una disposizione che prevede una serie di ipotesi le quali, per sua virtù, diventano formalmente partecipi dell'area di operatività della qualificazione giuridica posta in essere dal sistema legislativo » (170). Non pone, altresì, un vincolo per il legislatore ordinario, al cui apprezzamento è demandata l'eventuale possibilità di modificare lo stesso art. 14 ovvero di costruire fattispecie « analoghe » esplicitate all'interno delle norme modificative ed estintive e, infine, di inserire nelle stesse clausole generali di tipo indeterminato; nei confronti delle quali non sarebbe, peraltro, ammissibile un'eccezione di illegittimità costituzionale fondata sull'art. 25 comma 2° per i motivi di cui sopra.

(169) Cfr. quanto si è detto in precedenza.

(170) Così, C. F. GROSSO, *L'articolo 121 Testo Unico*, cit., p. 14 estr.

Questa diversa intensità con la quale è garantita la tassatività, rispettivamente, per le norme costitutive e per le norme modificative o estintive non può che stupire, in ispecie se si tien conto che, funzionando per le norme modificative (aggravanti) l'obbligo della contestazione, esse dovrebbero logicamente esser formulate in maniera tassativa. Si può, comunque, ritenere che la salvaguardia del diritto di difesa costituzionalmente garantito (art. 24 comma 2°) e di cui la contestazione è l'emanazione più viva, possa fungere da vincolo, sia pure indiretto, tale da stimolare il legislatore ordinario ad una strutturazione il più possibile precisa, almeno delle norme modificative in funzione aggravante. Lo scarto di tutela fra l'art. 25 comma 2° della Costituzione e l'art. 14 disp. prel. codice civile (171) suggerisce un duplice ordine di rilievi. Da un lato, esso è dettato dalla necessità di estraniare le norme modificative ed estintive dal vincolo costituzionale della riserva assoluta di legge (172), che avrebbe impedito loro di strutturarsi in quella forma discrezionale che può consentire, essa sola, in taluni casi, la realizzazione delle rispettive finalità; il vantaggio acquisito sotto questo profilo viene scontato dal punto di vista dell'affievolita tutela della tassatività. Dall'altro, al fondo di questa disparità di trattamento sta la convinzione, non del tutto infondata (173), secondo la

(171) Lo scarto esiste altresì, pur tenendo conto della diversa forza cogente delle disposizioni, tra l'art. 1 c.p. e l'art. 14 disp. prel. cod. civ.

(172) Per la vicenda modificativa ed estintiva della punibilità vale, come s'è detto, il regime di riserva *relativa* di legge.

(173) Tenuto conto del regime obiettivo che vige per le circostanze (art. 59 comma 1 c.p.) nel nostro sistema positivo. Questo rilievo non è, tuttavia, sufficiente a dimostrare l'estraneità di esse rispetto al precetto, in ispecie ove si accolga una concezione *potenzialmente* imperativa della norma penale.

quale almeno le norme modificative (174), pur concorrendo a determinare la sfera di rilevanza dell'obbligo penalistico, non apparterebbero in senso stretto al precetto, ma rientrerebbero, per contro, nella norma che fissa per il giudice il contenuto della sua attività decisoria. Se questa tesi fosse del tutto esatta, la minore esigenza di tassatività potrebbe motivarsi alla luce del valore prevalentemente « di garanzia » di queste norme: conformemente all'assunto da noi in precedenza sviluppato (175).

Le norme modificative ed estintive possono essere costruite in forma discrezionale: in questi casi non ha alcun senso porre un problema di estensione analogica; il rinvio al caso concreto in cui si sostanzia la discrezionalità consente, infatti, di cogliere ogni possibile valore e di dare la massima espansione alla *ratio* caratterizzante l'istituto. Si badi: non ha alcuna ragion d'essere un problema di applicazione analogica dell'istituto delle attenuanti generiche di cui all'art. 62-bis. Il quesito si può prospettare soltanto rispetto agli eventuali limiti estrinseci (176) o intrinseci (177) in cui si articola la causa modificativa o estintiva della punibilità di tipo discrezionale; anche nei loro confronti, tuttavia, opera il vincolo scaturente dall'art. 14 cit. con quei limiti di intensità che gli derivano dalla natura della fonte d'origine (178).

(174) Per un accenno a tale impostazione, MALINVERNI, voce *Circostanze del reato*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 69 ss.

(175) Cfr. p. 295.

(176) Per la nozione di limiti *estrinseci* o *intrinseci* cfr. quanto s'è detto in precedenza.

(177) Si pensi, ad es., ai criteri-guida dell'art. 311 c.p.: l'onnicomprendività di essi rende però assai ridotte le possibilità di utilizzare il procedimento analogico. Lo stesso discorso può farsi per i parametri di cui all'art. 133 c.p.

(178) Non si tratta, infatti, di un vincolo d'ordine costituzionale.

6. A livello costituzionale è risultata confermata la nozione di fattispecie penale come significazione astratta, in forma tassativa, di un determinato fatto, ovvero come espressione di un disvalore specifico (179): dove la specificità dipende dalla circostanza che ogni fattispecie penale è accompagnata, a differenza di quanto avviene per l'illecito civile, dalla previsione di un *quantum* di pena di specie determinata. La forma entro cui può articolarsi questa seconda previsione risulterà dall'analisi della portata che il principio costituzionale di legalità assume quanto al profilo sanzionatorio.

Dall'art. 25 comma 2° della Costituzione si staglia la nozione di fattispecie nella sua funzione di « garanzia », perchè diretta a fissare, con assoluto rigore, la linea di demarcazione tra la sfera della liceità e la sfera dell'illeceità penale: quella che i tedeschi denominano *Garantietatbestand*.

Secondo la dottrina tedesca (180), infatti, triplice sarebbe la funzionalità della nozione di *Tatbestand*. Da un lato, essa assolve una funzione di garanzia (*Garantiefunktion*) (181), in virtù della quale ogni cittadino deve avere la possibilità di sapere, anticipatamente, se egli sarà per la sua azione punito o meno. Tale funzione si raccorda al principio di irretroattività della legge penale: dell'una e dell'altro sono espressione sia il § 2 StGB, che l'art. 103 II GG. Dall'altro lato, essa assolve il compito di chiarire la sfera di operatività dell'errore (*irrtumsregelnde Funk-*

(179) Cfr. quanto s'è detto a p. 201.

(180) Cfr., di recente, ROXIN, *Offene Tatbestände*, cit., p. 166 ss., con ampi richiami bibliografici.

(181) A proposito del c.d. *Garantietatbestand*, cfr. LANG-HINRICHSSEN, *Die Irrtümliche Annahme eines Rechtsfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, in *JZ*, 53, p. 363 ss.

tion). Tale ulteriore funzione emerge dal § 59 StGB che condiziona la rilevanza dell'errore (escludente il dolo) alla sua incidenza su circostanze ricomprese nel *Tatbestand*. Infine, la nozione ha una funzione sistematica (*systematische Funktion*), dovendo costituire la linea di demarcazione con l'antigiuridicità e, secondo taluno, anche con la colpevolezza. Al c.d. *Systemtatbestand* spetta, infatti, di chiarire se il *Tatbestand* sia *ratio essendi* o, semplicemente, *cognoscendi* (funzione indiziante) dell'antigiuridicità. Queste tre nozioni funzionali non coincidono esattamente tra di loro: la storia delle variazioni che la portata di ciascuna di esse ha subito è il riflesso dell'evoluzione della dottrina penalistica dell'ultimo cinquantennio (182) e non può essere neppure accennata in questa sede. Ci basta una rapida schematizzazione per meglio cogliere la diversa sfera di operatività delle tre nozioni. Così, ad es, il *Garantietatbestand* ha una sua spiccata autonomia: assunto, in un primo tempo, in un'accezione ristretta, limitata ai soli elementi positivi ed obiettivi dell'azione od omissione (183) — tant'è che la nozione restrittiva di *Tatbestand* è sorta proprio in chiave « di garanzia », oltre che processuale — esso tende attualmente (184) ad assumere una piena espansio-

(182) Per un'analisi di questa evoluzione cfr. SCHWEIKERT *Die Wandlungen der Tatbestandslehre*, cit., *passim*.

(183) Questa interpretazione restrittiva era incoraggiata, fra l'altro, dalla dizione letterale dell'Art. 116 della Costituzione di Weimar (« Un'azione può essere colpita da pena... »): cfr., in proposito, la nota (120)).

(184) Cfr. WELZEL, *Auf welche Bestandteile*, cit., p. 618: secondo l'Autore, l'Art. 103 II GG non avrebbe riguardo a quegli elementi che non fungono da *Tatbestandsmerkmalen*, bensì da *Abgrenzungsformeln*, delimitando la sfera di applicazione di un *Tatbestand* da quella di un'ulteriore fattispecie (viene citato l'esempio del § 212 StGB, che punisce come *Totschläger* chi uccide un altro dolosamente *ohne Mörder zu sein*). Il problema è specioso posto che l'elemento di « delimitazione » non può non appartenere alla fattispecie rispetto alla quale si vuole operare la differenziazione: e come tale soggiace al vincolo di cui all'Art. 103 II GG.

ne, in quanto agli effetti del § 2 StGB e dell'art. 103 II GG vanno considerate non solo le caratteristiche oggettive del *Tatbestand* propriamente detto, ma anche i c.d. momenti di anti-giuridicità speciale (*Rechtswidrigkeitsmomente*) (185), gli elementi soggettivi o attinenti alla colpevolezza (*Schuld momente*), le condizioni obiettive di punibilità. Tutti i dati, cioè, che incidono sulla vicenda costitutiva della punibilità *in forma positiva* (185-bis):

(185) In tal senso, WELZEL, *Auf welche Bestandteile*, cit., p. 617. Analogamente, ROXIN, *Offene Tatbestände*, cit., p. 166 ss.

(185-bis) Si ritiene, quindi, che, ex Art. 103 II GG, la qualificazione di un fatto come illecito penale debba essere compiuta in forma tassativa dalla legge. Per queste ragioni, qualche perplessità d'ordine costituzionale solleva il § 3 WiStG 1954, che fa dipendere la qualificazione d'un fatto come *Straftat*, ossia reato punito con pene criminali dall'autorità giudiziaria ordinaria ovvero come *Ordnungswidrigkeit*, ossia semplice torto amministrativo punito con pene pecuniarie da organi amministrativi, dalla « concreta gravità dell'azione » (§ 3 Cap. 1 n. 1 WiStG 1954) e dalla « personalità dell'autore » (§ 3 cpv. 1 n. 2 WiStG). La qualificazione viene, cioè, operata *ex post* in virtù di una decisione discrezionale. Questi casi sono definiti *Mischtatbestände* (fattispecie miste), in un significato ovviamente diverso da quello che la locuzione assume rispetto alle c.d. fattispecie strutturate in forma alternativa, cioè tramite più tipi di condotte alternativamente previste (sulle quali cfr.; fra gli altri, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 4^a ed., 1960, p. 15). A proposito del § 3 cit. e delle perplessità d'ordine costituzionale che esso solleva cfr., fra gli altri: ANDERS, *HdRW*, vol. VI, p. 627, il quale sottolinea come dal 1954 il legislatore non abbia più costruito alcuna forma di *Mischtatbestand*, a conferma dell'intenzione di circoscrivere in futuro entro certi limiti ben precisi gli estremi differenziali tra i due tipi di illecito, secondo i postulati dello Stato di diritto; DALCKE-FUHRMANN-SCHÄFER, *Strafrecht und Strafverfahren*, 37 ed., 1961, p. 463 ss., ove si tenta di configurare la « gravità dell'azione » e la « personalità dell'autore » come *Abgrenzungsformeln* estranee al *Tatbestand*, soprattutto al fine di dimostrare l'inoperatività rispetto ad esse dell'errore ex § 59 StGB, ma anche al fine di fugare le perplessità costituzionali, posto che in ogni caso la determinazione del *Tatbestand* dipenderebbe dalla legge (il carattere specioso di questa argomentazione è già stato sottolineato alla nota 184; quanto all'errore, la soluzione va condizionata a quella del più ampio quesito concernente la rilevanza dell'errore che incide sopra elementi di tipo discrezionale); E. GERNER, *Das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, in *NJW*, 1952, p. 522; H. H. JESCHECK, *Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht*, in *JZ*, 1959, p. 460; LANGE,

concorde sembra, infatti, la tendenza ad escludere dal c.d. *Garantietatbestand* gli elementi di tipo negativo, sostenuta dal tipo di argomentazioni a suo tempo accennate e dettata dalla necessità di salvare la formazione consuetudinaria e

Die Sanktion im Wirtschaftsstrafrecht, in *Deutsche Landesreferat zum 5 intern. Kongr. für Rechtsvergl.*, 1958, p. 217 ss.; IDEM, *Ordnungswidrigkeiten als Vergehen*, in *GA*, 1953, p. 3 ss.; MAURACH, *Deutsches Strafrecht. All. Teil*, 2ª ed., 1958, p. 13: l'Autore si sforza di dimostrare come anche in questi casi vi sia un'azione *generell straftatbestandsmässig*, mentre la sola classificazione in concreto della medesima viene fatta dipendere da una decisione discrezionale; MITTELBACH, *Das Ordnungswidrigkeitsverfahren in Gegenwart und Zukunft*, in *MDR*, 1957, p. 617 ss.; NÜSE, *Gedanken zum Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrecht*, in *JR*, 1949, p. 401; PATZIG, *Theorie und Praxis des Rechts der Ord. Widr.*, in *DOV*, 1954, p. 350 ss. e 1956, p. 261 e 295 ss.; IDEM, *Das Ordnungswidrigkeitsrecht. Versuch einer theoretischen Standortbestimmung*, in *VerW Arch.*, 59, p. 339 ss.; Eb. SCHMIDT, *Straftaten und Ordnungswidrigkeiten*, in *JZ*, 1951, p. 101 ss.; SCHOTTELIUS, *Die Trennung zwischen kriminellem Unrecht und Verwaltungsrecht*, in *Materialien zur Strafrechtsreform*, II, p. 11 ss.; SOMMER, *Die Abgrenzung von Wirtschaftsstraftaten und Ordnungswidrigkeiten*, Diss. Tübingen, 1952, p. 88 ss.; STOECKER, *Das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, in *MDR*, 1952, p. 385 ss.; WELZEL, *Anmerkungen an BGH 25/9/56*, in *JZ*, 1957, p. 129 ss., che sottolinea la relatività del criterio differenziale e la necessità di una precisazione legislativa; WIMMER, *Straftat und Ordnungswidrigkeit*, in *NJW*, 57, p. 1169 ss.; IDEM, *Nur eine Ordnungswidrigkeit?*, in *JZ*, 57, p. 233 ss.

Queste fattispecie sono state, di recente (MALINVERNI, *Principi di dir. pen. trib.*, cit., p. 123), equiparate al nostro istituto della c.d. conciliazione amministrativa, a carattere discrezionale, previsto dalla legge 7 gennaio 1929 n. 4: l'accostamento non ci pare, peraltro, calzante posto che la conciliazione amministrativa funge da causa estintiva del reato, che presuppone una qualificazione legale dell'illecito penale. Rispetto alla conciliazione amministrativa il problema va, dunque, capovolto: trattasi di stabilire se sia conciliabile con il regime di riserva relativa di legge operante per le cause estintive una vicenda la cui attuazione dipende da un potere discrezionale esercitato da un'autorità amministrativa. Il quesito sarà affrontato e risolto nella III Parte dell'indagine, dopo un'adeguata analisi della struttura discrezionale dell'istituto.

Qualche perplessità costituzionale dello stesso tipo potrebbe sollevare l'art. 8 della legge 7 gennaio 1929 n. 4 che fa dipendere la qualificazione dell'illecito continuato, in tema di trasgressioni finanziarie, non solo dalla pluralità di violazioni commesse in tempi diversi in esecuzione della medesima risoluzione, ma anche da una valutazione discrezionale che tenga

l'estensione analogica delle cause di giustificazione, nonché delle scriminanti di tipo soggettivo. Il punto in cui i contrasti circa la sfera di estensione del *Tatbestand* in funzione di garanzia sono emersi, di recente, in forma più acuta è costituito dalla partecipazione o meno al medesimo dei presupposti processuali (*Prozessvoraussetzungen*) (186). Il dibattito è, di necessità, acuito dalla difficoltà di tracciare con assoluto rigore il criterio distintivo fra condizioni obiettive di punibilità e presupposti processuali. L'orientamento prevalente (187) è per la più ampia accezione, soprattutto al fine di evitare talune assurde conseguenze che si produrrebbero accettando la contraria soluzione (188);

conto « delle circostanze dei fatti e della personalità dell'autore delle violazioni ». I dubbi svaniscono prontamente, però, ove si consideri che l'istituto della continuazione non dà vita ad un tipo di illecito a sè stante, ma svolge un ruolo che attiene unicamente al momento della sanzione: « l'unità del reato continuato è un'unità meramente funzionale, vincolata alla precisa funzionalità in vista della quale è disposta e che non ha più ragion d'essere quando le singole infrazioni hanno rilievo per fine diverso, da quello in vista del quale è stata disposta la loro unificazione » (così, DEAN, *Norma penale e territorio*, Milano, 1963, p. 262 con relativi richiami bibliografici). Si tratta di una figura che attiene unicamente alla *Strafzumessung*: e in questo settore, come si dirà, la discrezionalità è, entro certi limiti, ammessa. Sull'art. 8 cit. e sui problemi connessi alla sua struttura discrezionale torneremo nella III Parte dell'indagine: cfr. in proposito: AZZALI, voce *Contrabbando doganale*, in *Enc. dir.*, IX Milano, 1961, p. 706; CARBONE-TOMASICCHIO, *Le sanzioni fiscali*, Torino, 1959, p. 57 ss.; G. LEONE, *Cenni sul c.d. reato continuato finanziario*, in *Giust. fin.*, 1954, p. 6 ss.; MALINVERNI, *Principi di dir. pen. trib.*, cit., p. 232 ss.; PISCIOTTA, *Il reato continuato*, cit., p. 939 ss.; RASTELLO, *La pena pecuniaria nel diritto tributario*, Roma, 1959, p. 43 ss.; G. SPINELLI, *La repressione delle violazioni delle leggi finanziarie*, Milano, 1954, p. 107 ss.

(186) Sul punto, per tutti, WELZEL, *Auf welche Bestandteile*, cit., p. 617; H. MAYER, *Die gesetzliche Bestimmtheit*, cit., in *JZ*, 1963, p. 105 ss.

(187) Di questo punto di vista è portavoce H. MAYER, *Die gesetzliche Bestimmtheit*, cit., p. 105; *contra*, WELZEL, *Auf welche Bestandteile*, cit., p. 617. Non prende posizione sul punto, ROXIN, *Offene Tatbestände*, cit., p. 109.

(188) Pone in luce tali aspetti, soprattutto in tema di *Beleidigung*, H. MAYER, *Die gesetzliche Bestimmtheit*, loc. cit. Il problema è sollevato

con evidente superamento, tuttavia, dei limiti letterali segnati dal § 2 StGB e dall'art. 103 II GG.

La nozione di *Tabbestand* in funzione di garanzia non è ovviamente coincidente con quella di *Irrtumstatbestand*, posto che in quest'ultima confluiscono soltanto gli elementi obiettivi (189) di tipo positivo suscettibili di formare oggetto di rappresentazione o di volizione e, in una sua più vasta accezione, anche gli elementi negativi, la supposizione erronea della loro presenza fungendo da causa di esclusione del dolo (190). Non vi è neppure identità tra *Systemtatbestand* e *Irrtumstatbestand*; ciò vale anche in un sistema orientato finalisticamente in cui, ammessa l'appar-

anche nella dottrina italiana, con prevalente riguardo alla richiesta di procedimento e all'autorizzazione a procedere (non, viceversa, alla querela e alla istanza, che sono espressione di autonomia privata e non di discrezionalità in senso tecnico): solo però nel presupposto che esse costituiscano ipotesi di condizioni di punibilità del reato. Ciò ammesso, infatti — si dice — (cfr. CRISAFULLI, *Incompatibilità dell'autorizzazione a procedere ex art. 16 c.p.p. con l'art. 28 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1963, p. 786), contrasterebbe con la riserva ex art. 25 comma 2° il far dipendere l'esserci o meno reato da una discrezionale determinazione di organi amministrativi. Ritenuto, viceversa, con l'opinione prevalente, che esse costituiscano ipotesi di condizioni di procedibilità, ogni contrasto con l'art. 25 comma 2° Cost. viene senz'altro escluso: mentre si prospettano motivi di antitesi principalmente con l'art. 25 comma 1°, 112 (in quanto sancisce il principio di obbligatorietà dell'azione penale), e 3 della Costituzione. Trattasi di profili che esulano dall'angolo visuale dell'indagine. Accenna, per contro, ad una illegittimità costituzionale delle condizioni di procedibilità sotto il profilo dell'art. 25, senza, tuttavia, precisarne il comma, SPAGNA-MUSSO, *Potere di promovimento dell'azione penale da parte dell'ingegnere capo del genio civile ed art. 112 Costituzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1963, p. 671, nota (2)). Ma si tratta di un'opinione, oltre che generica, isolata nella dottrina italiana.

(189) Per questa nozione di *Tabbestand*, soprattutto per quanto attiene all'inclusione in essa dei c.d. elementi normativi cfr. ROXIN, *Offene Tatbestände*, cit., p. 111 ss.

(190) Sul punto, con uno sguardo comparativo alla dottrina tedesca e italiana, cfr. C. F. GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, cit., p. 32 ss.

tenenza degli elementi soggettivi al *Tatbestand*, di coincidenza si potrebbe parlare solo configurando, fra l'altro (191), un dolo che si riflette su se medesimo.

Analogamente dicasi per i rapporti tra *Systemtatbestand* e *Garantietatbestand*; il primo essendo limitato, secondo l'indirizzo tradizionale (192), ai soli elementi oggettivi di tipo positivo, ossia ai dati capaci di costituire un indizio dell'antigiuridicità (193) e, secondo l'orientamento finalistico, ai soli elementi oggettivi e soggettivi dell'azione. Rimangono, in ogni caso, estranei al *Tatbestand* in funzione sistematica i c.d. *Rechtswidrigkeitsmomente* che appartengono, per contro, alla sfera dell'antigiuridicità; sotto questo profilo, le fattispecie che utilizzano tali momenti d'illiceità speciale sono definite, con terminologia welzeliana (194), *offene Tatbestände* (fattispecie aperte). Lo scarto tra le due categorie sembra attenuarsi alla luce di quelle concezioni, recenti per la dottrina tedesca (195), che propongono un'ampia e globale nozione di *Tatbestand* a fini sistematici (*Gesamttatbestand*). Di tale avviso è, ad es., il Roxin (196) che ritiene la stessa costruibile non sol-

(191) Così, ROXIN, *Offene Tatbestände*, cit., p. 109.

(192) Cfr. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen*, cit., *passim*.

(193) Attualmente (cfr., per tutti, ROXIN, *Offene Tatbestände*, cit., p. 175) la dottrina tedesca è, per contro, particolarmente orientata nel senso di ritenere il *Tatbestand ratio essendi* dell'antigiuridicità (nozione globale di *Tatbestand* o *Gesamttatbestand*).

(194) Le opere di Welzel in cui ricorre questa terminologia sono citate da ROXIN, *Offene Tatbestände*, cit., p. 1, nota (1). Sulle fattispecie c.d. aperte cfr., inoltre, ENGISCH, *Der Unrechtatbestand im Strafrecht*, in *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben*, 1960, p. 411-413 e SCHAFFSTEIN, *Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum*, cit., p. 190. Mentre il secondo Autore prescinde dalla questione di costituzionalità di tali fattispecie, il primo sottolinea l'esigenza di una più precisa determinazione degli elementi del *Tatbestand*.

(195) Cfr. in proposito, SCHWEIKERT, *Die Wandlungen*, cit., p. 103 ss.

(196) *Offene Tatbestände*, cit., p. 173 ss.

tanto sulla base degli elementi oggettivi e soggettivi che determinano positivamente l'illecito, bensì anche di quelli che lo escludono. Tale fattispecie sembra poter soddisfare a molteplici obiettivi: di individuare l'impronta di illiceità del *Tatbestand*; di costituire, perciò, la *ratio essendi* e non solo la *ratio cognoscendi* dell'illecito penale; di isolare i comportamenti essenziali e rilevanti per il diritto penale (*Grennd und Grenz-element*); di orientare la teoria dell'errore o del tentativo (197); di meglio esprimere la significazione sociale del *Tatbestand*. Questa nozione globale di fattispecie ricomprende in sè anche quei momenti descrittivi che costituiscono il substrato dei dati di antiggiuridicità speciale, intesi come forme di normazione sintetica; in questa prospettiva la categoria delle fattispecie in forma aperta sembra vanificarsi del tutto.

Il margine che separa la fattispecie in funzione sistematica da quella in funzione di garanzia si riduce notevolmente; a vantaggio, anzi, della prima, posto che gli elementi di tipo negativo ad essa riconducibili, non sono propri del *Garantietatbestand* che rimane tradizionalmente ancorato nella dottrina tedesca, come del resto nella prevalente dottrina italiana la quale afferma la legittimità costituzionale dell'analogia *in bonam partem*, alla funzione di porre il soggetto in condizione di conoscere il complesso di fatti abitualmente e normalmente vietato dalla legge penale. A suo carico (198) rimane il compito, singolarmente considerato « di non eccessiva difficoltà » (199) di accertare se sussistano circostanze *eccezionali* di liceità. In una po-

(197) Sul punto vd. ROXIN, *Offene Tatbestände*, cit., soprattutto per le conclusioni, p. 187-188.

(198) Così H. MAYER, *Die gesetzliche Bestimmtheit*, cit., p. 105.

(199) H. MAYER, *Die gesetzliche Bestimmtheit*, cit., p. 105.

sizione di particolare ambiguità permangono, di contro, le condizioni obiettive di punibilità che, appartenenti al *Tatbestand* in funzione di garanzia, non sono, tuttavia, esplicitamente ricondotte al *Gesamttatbestand* (200).

A nostro sommo avviso, con specifico riferimento al diritto italiano, non v'è ragione di distinguere, guardando al *Tatbestand* come espressione di significato astratto, tra fattispecie in funzione di garanzia e fattispecie a fini sistematici: entrambe abbracciano tutti gli elementi che, oggettivi o soggettivi, in chiave positiva o negativa, concorrono a siglare la vicenda costitutiva della punibilità (ossia l'an della responsabilità) (201).

(200) Sul punto, infatti, non v'è alcun cenno in ROXIN, *Offene Tatbestände*, cit., *passim*.

(201) Il vincolo di stretta legalità ex art. 25 comma 2°, ossia il vincolo di tassatività e di legalità, abbraccia tutta la vicenda costitutiva della punibilità nei suoi aspetti positivi e negativi. Per quanto attiene agli elementi negativi, come meglio si dirà nella III Parte, il vincolo di tassatività esclude l'utilizzazione del criterio di bilanciamento degli interessi se non in quanto esso sia espressamente formulato nel diritto scritto ovvero fissato inequivocabilmente da disposizioni positive. In caso contrario esso diventerebbe un mezzo « per ricostituire l'arbitrio antipositivistico dei tempi del diritto naturale » (in tal senso, FINGER, *Das Prinzip der Güterabwägung als Grundlage der Rechtswidrigkeit*, in *Festschrift für F. SCHMIDT*, 1932, p. 50); data la difficoltà di individuare il parametro alla stregua del quale stabilire l'interesse prevalente. Ciò dipende dalla diversità di dimensione che ciascun bene assume nella concretezza del singolo caso (sul punto, efficacemente, SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, cit., p. 258). Analogamente dicasi per l'inesigibilità che, al di fuori dei limiti in cui può assumersi quale fondamento di scriminanti codificate, rischia di rimanere una vuota formula; cioè un *idem per idem*, posto che l'esigibilità della condotta prescritta è requisito logico essenziale ad ogni norma penale. Assumere, pertanto, la non esigibilità a fondamento delle scriminanti codificate, non significa neppure determinare un criterio direttivo (nella dottrina tedesca si parla, in tali casi, di *Regulative Prinzipien*: cfr. H. H. JESCHECK, *Methoden der Strafrechtswissenschaft*, in *Studium generale*, 1959, p. 115 ss.; H. HENKEL, *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*, in *Festschrift für MEZGER*, 1954, p. 303 ss.), ma soltanto astenersi integralmente dal fissare l'oggetto della valutazione, rinviando

Questa nozione che in funzione (costituzionalmente riconosciuta) di garanzia assicura la certezza circa la sfera entro cui ha vita l'obbligo penalmente sanzionato, in linea sistematica, appare come un prisma unitario, che assume

ad un giudizio equitativo. Alla stregua delle premesse a suo tempo sviluppate, può dirsi che l'inesigibilità costituisce, anziché una clausola generale di tipo indeterminato, una formula vuota che legittima il giudice all'esercizio del potere discrezionale; in contrasto con il vincolo di legalità e non semplicemente con quello di tassatività (sui problemi inerenti ai rapporti tra inesigibilità e certezza del diritto vd., fra gli altri: STRATENWERTH, *Prinzipien der Rechtsfertigung*, in *ZStW*, 1956, 68, p. 70 e, nella dottrina italiana, SANTAMARIA, *Lineamenti*, cit., p. 279; SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, 1948, p. 80 ss.)

Sempre a titolo esemplificativo, rileviamo come contrasterebbe con il vincolo di legalità in tema di limiti scriminanti a carattere soggettivo una regolamentazione dell'errore di diritto che conferisse al giudice il potere (discrezionale) di escludere la pena, nel caso di errore non addebitabile a colpa. Una causa soggettiva di esclusione dell'illecito così strutturata sarebbe certamente incostituzionale (per una riaffermazione dell'esigenza che le cause di esclusione dell'illecito operino *ope legis* cfr. PECORARO ALBANI, *Il dolo*, in *Pubbl. Fac. giur. Univ. Napoli*, 1955, p. 104, nota (54) e, dello stesso Autore, *La esenzione discrezionale da pena*, cit., p. 758). Altre sono le regolamentazioni ipotizzabili in tema di errore di diritto: può ad es., stabilita in linea di massima la presunzione di conoscenza della legge penale, concedersi la prova contraria in taluni casi esplicitamente previsti dalla legge o determinabili *discrezionalmente* dal giudice. Questo secondo sistema (che sarebbe già consentito dal nostro diritto positivo secondo U. GIULIANI, *Per un'interpretazione evolutiva dell'art. 5 c.p.*, in *Scuola pos.*, 1960, p. 294) attribuisce al giudice un potere discrezionale relativamente all'ammissibilità della prova dell'errore di diritto, di natura strettamente *processuale*: la cui legittimità sul piano costituzionale va, pertanto, saggiata alla luce di parametri diversi dall'art. 25 comma 2°. Questa distinzione fra discrezionalità di natura *sostanziale* e discrezionalità di natura *processuale* in tema di errore di diritto è chiaramente posta da PECORARO ALBANI, *Il dolo*, cit., p. 104, nota (52). Un ultimo tipo di regolamentazione ipotizzabile: obbligatoria esclusione della pena per chi commetta un fatto costituente reato nell'erronea credenza, incolpevole, della sua liceità penale, e *discrezionale* diminuzione di pena per il caso di errore rimproverabile all'agente. È il sistema adottato dal § 20 dell'*Entwurf* 1962: esso apparirebbe conciliabile anche con un regime di stretta legalità, qual è quello delineato dall'art. 25 comma 2° della nostra Costituzione, posto che il potere discrezionale incide soltanto sulla vicenda modificativa della punibilità. Sarebbe,

rifrangenze diverse a seconda del punto di vista (dell'antigiuridicità, della colpevolezza o della punibilità) da cui si pone l'osservatore. La nozione unitaria non esclude, come ormai la dottrina ha sufficientemente posto in luce (202), la possibilità di un'autonoma rilevanza, in sede di analisi, di ciascuno di questi punti di vista: uno di questi aspetti è, appunto, quello sintetizzato dalla categoria del c.d. *Irrtumstatbestand* che, nel nostro sistema, per la mancanza di una costante realizzazione del reato in termini di illecito personalistico, non coincide sempre appieno, pur tenendo conto della diversità di prospettiva (203), con l'ampia nozione di fattispecie di cui sopra.

In sintesi: la nozione unitaria opera al livello *astratto*, mentre quelle *parziali* rilevano soltanto sul terreno *concreto* dell'operatore del diritto (204).

tuttavia, necessario, per garantire il rispetto della riserva *relativa* operante in questo settore, che la legge meglio indicasse il fine per cui è attribuito il potere discrezionale e la sfera di valutazioni nell'ambito delle quali esso è destinato a snodarsi (in quest'ordine di idee si muovono le obiezioni critiche che il WARD, *Zur gesetzlichen Regelung des vermeidbaren Verbotsirrtum. Zugleich einige verfassungsrechtliche Bemerkungen zum richterlichen Ermessen als Gesetzgebungsproblem*, in *ZStW*, 1959, (71) p. 252 ss. solleva a proposito del § 20 cit. in rapporto all'art. 103 II GG.

(202) Sul punto cfr. le precise considerazioni di C. F. Grosso, *L'errore sulle scriminanti*, cit., p. 37 ss.

(203) Per l'impossibilità di considerare un dolo che si riflette su sé medesimo, cfr. la nota 191 a p. 317.

(204) A questo livello ci porremo nella III Parte dell'indagine, allorchè procederemo all'analisi dei vari momenti di indeterminatezza o di discrezionalità che si profilano, nel nostro diritto positivo, con riguardo ai diversi elementi costitutivi degli illeciti penali.

CAPITOLO III

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ
E LA DISCREZIONALITÀ PENALE
IN MATERIA DI SANZIONI CRIMINALI
(PENE E MISURE DI SICUREZZA)

SOMMARIO: 1. Cenni generali sul problema dei rapporti tra l'art. 25 comma 2° della Costituzione e la 2ª parte dell'art. 1 c.p. — 2. Rilevanza costituzionale del principio *nulla poena sine lege*. — 3. Il carattere della riserva costituzionale di legge in materia di pene. — 4. Alcune osservazioni circa i limiti di determinazione legale delle pene. — 5. Il canone costituzionale di legalità e il potere discrezionale del giudice nella scelta del tipo e della misura della pena: esame di una recente sentenza della Corte costituzionale sulla legittimità delle pene fisse. — 6. Il principio costituzionale di eguaglianza e le pene fisse. — 7. Contenuto e significato dell'art. 27 comma 1° della Costituzione in rapporto al tema. — 8. L'art. 27 comma 3° della Costituzione quale espressione dell'esigenza di adeguamento della pena alla personalità dell'agente. — 9. Il raccordo tra l'art. 25 comma 2° e l'art. 27 comma 3° della Costituzione quale fondamento dell'illegittimità costituzionale delle pene fisse: con particolare riguardo alle pene detentive. — 10. Determinazione del fine delle pene pecuniarie. — 11. Il problema della legittimità costituzionale delle pene pecuniarie fisse e proporzionali secondo un multiplo fisso alla luce dell'art. 135 c.p. — 12. Osservazioni sul tema con riferimento al diverso modo di articolarsi delle pene pecuniarie. — 13. Rilievi conclusivi. La discrezionalità e le pene accessorie. — 14. Il potere discrezionale del giudice penale nella scelta e nella graduazione della pena in rapporto a taluni momenti di discrezionalità, costituzionalmente legittimi, che si profilano con riguardo al settore delle norme operanti in funzione estintiva della punibilità ovvero modificativa della pena-base. — 15. Vincoli costituzionali di legalità e momenti di discrezionalità nel settore delle misure di sicurezza: esame del problema con riguardo alla c.d. fattispecie di garanzia. — 16. *Segue*: esame del problema con riguardo al profilo sanzionatorio della fattispecie di garanzia.

1. Fin qui s'è detto della rilevanza costituzionale della prima parte del broccardo *nullum crimen nulla poena sine*

lege; il problema va ora impostato con riferimento alla seconda parte. Anche sotto questo profilo, la concordanza tra l'articolo 25 comma 2° della Costituzione e l'art. 1 c.p. non sembra piena, solo la seconda norma contenendo un accenno esplicito alla necessità che le pene siano stabilite dalla legge.

I due momenti del principio di legalità sono, almeno in astratto, suscettibili di scissione (205): si può pensare ad un ordinamento che si ancori soltanto ad una previsione legale e determinata delle fattispecie penali, lasciando piena scelta al giudice per quanto attiene al profilo sanzionatorio. A questo proposito, sono ipotizzabili due tipi diversi di sistemi. Può darsi il caso in cui il legislatore stabilisca genericamente la punibilità di una fattispecie di parte speciale, senza indicare minimamente il tipo o la misura di pena applicabile alla medesima. Il profilo sanzionatorio si limita esclusivamente alla locuzione «è punibile»; troppo insufficiente e generica perchè si possa parlare di punibilità legalmente determinata. Un ordinamento che realizza in questi termini soltanto la prima parte del brocardo non è oggi riscontrabile; risponde, infatti, all'evoluzione dei tempi la necessità di una previsione, in forma generale, di una gamma di sanzioni penali, fra le quali, poi, dovrà esplicitarsi la scelta da parte del giudice del tipo di sanzione più adeguato alla concreta fattispecie. Ciò al fine di impedire l'adozione di sanzioni contrarie a quel senso di umanità che va sempre più pervadendo la stessa sfera della repressione penale.

Si può, inoltre, ipotizzare un sistema nel quale il le-

(205) Così, G. VASSALLI, voce *Nullum crimen sine lege*, cit., p. 730, con riferimento, soprattutto, al diritto canonico che riconoscerebbe soltanto la prima parte del brocardo.

gislatore sia vincolato a definire con precisione il reato, lasciando, tuttavia, il giudice libero di determinare la pena, senza alcun limite di specie o di quantità, nell'ambito delle pene previste dalla parte generale del codice. Quivi la punibilità che connota ogni fattispecie di parte speciale e che è espressa dalla locuzione « è punibile » comincia ad avere un significato maggiormente concreto e reale, materialendosi attraverso il riferimento al sistema sanzionatorio delineato in sede di parte generale; la punibilità (e — si badi — non la pena) come *genus* può dirsi legalmente determinata. Soltanto a questo tipo di sistema si vuole oggi alludere allorchè si prospetta un'eventuale scissione dei due aspetti del principio di legalità, a favore esclusivamente del primo (*nullum crimen sine lege*). Entro questi limiti può dirsi autorizzasse la scissione l'art. 116 della Costituzione di Weimar il quale stabiliva: « Un'azione può essere colpita da pena solo nel caso che la punibilità sia legalmente determinata prima che l'azione venga commessa » (206).

Un terzo tipo di sistema, costituente l'integrale realizzazione del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, è riscontrabile solo qualora la norma penale, oltre a delineare la fattispecie, preveda il *tipo* di sanzione applicabile, quale contrassegno del disvalore specifico del fatto ipotizzato. La circostanza che il tipo di pena sia indicato in forma univoca o alternativa, che la misura di essa sia rigorosamente prefissata ovvero soltanto circoscritta entro determinati limiti non rappresenta un fattore coesistente

(206) In tal senso G. VASSALLI, *op. e loc. ult. cit.* Analogo rilievo formula P. G. LUCIFREDI, *Note sulla rilevanza costituzionale*, cit., p. 1631, nota 20, cui rinviamo per un accurato esame della dottrina tedesca sul punto.

alla realizzazione del principio, ma soltanto un margine variabile, dipendente dal clima storico-politico, nonché dagli indirizzi criminologici prevalenti in un certo sistema.

Basta, a tal fine, dare uno sguardo all'evoluzione (207) verificatasi, sempre nel rispetto del principio *nulla poena sine lege* assunto nel suo contenuto costante, dall'epoca dell'illuminismo (208) fino ai giorni nostri, per constatare come si sia passati, almeno con riferimento al profilo della durata (209), da pene fortemente elastiche in periodo pre-rivoluzionario, alla pena «tariffa» del codice rivoluzionario del 1791, in rigorosa coerenza con la concezione meccanicistica dell'attività giudiziale, per giungere con il codice napoleonico del 1810 ad un ripristino della facoltà del giudice di determinare la pena, con la variante, però, di rispettare un minimo ed un massimo prefissati legislativamente. Passaggio reso necessario per ovviare alle gravi ingiustizie che la rigidità della pena aveva provocato. Da allora questo indirizzo teso ad accrescere il potere discrezionale del giudice si è vieppiù rafforzato, apparendo consono altresì ai più moderni orientamenti criminologici. Su questa direttiva si è posto il codice Rocco, nel quale non è dato, praticamente, riscontrare alcuna ipotesi di pena detentiva fissa, ad eccezione dell'ergastolo.

Il nostro sistema penale si adegua pienamente al terzo tipo, attraverso l'enunciato dell'art. 1 c.p. il quale dispone che: «Nessuno può essere punito... con pene che non

(207) Pone l'accento su tale evoluzione, ANTOLISEI, *Il giudice penale e la legge*, cit., p. 46 ss.

(208) Per un esame dell'ampiezza del potere discrezionale del giudice in ordine alla graduazione della pena in epoca antecedente, cfr. soprattutto, U. NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale*, 2^a ed., Padova, 1955.

(209) A prescindere, cioè, dalla scelta del tipo di pena.

siano da essa (ovvero dalla stessa legge che delinea la fattispecie criminosa (210)) previste». Lo stesso tipo di sistema rifletteva, in fondo, il § 2 comma 1° del codice penale tedesco del 1871 il quale statuiva: « Un'azione può essere colpita da pena solamente quando questa pena sia stata legalmente determinata (211) prima ancora che l'azione sia stata commessa ». Oscilla, per contro, fra il secondo e il terzo tipo di sistema l'art. 103 II GG il quale dispone che: « Un fatto può essere soltanto punito, se la *punibilità* era legalmente determinata prima che il fatto fosse commesso ». Tale disposto costituzionale, infatti, pur marcando più dettagliatamente che non l'art. 116 della Costituzione di Weimar, il principio *nulla crimen sine lege* (tramite il riferimento all'intero « fatto » e non alla semplice « azione »), non è altrettanto univoco quanto alla legalità della pena: il richiamo essendo, piuttosto, diretto alla semplice « punibilità » (212). Questo margine di equivocità giustifica talune perplessità che la dottrina tedesca o, quanto meno, una ridotta schiera di Autori, sembra nutrire circa la costituzionalizzazione della seconda parte del classico broccardo (213).

(210) Sottolinea la distinta formulazione dei due brocardi nell'art. 1 c.p., P. G. LUCIFREDI, *Note sulla rilevanza costituzionale*, cit., p. 1630.

(211) In tal senso, P. G. LUCIFREDI, *Note sulla rilevanza costituzionale*, cit., p. 1631, nota (20). Non si trattava, comunque, di una previsione distinta e marcata dei due brocardi, analoga a quella contenuta nel nostro art. 1 c.p.

(212) Per il riferimento dell'art. 103 II GG anche al *wie* della pena, nell'ambito di un determinato *Strafrahme*, cfr., tuttavia, MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz*, cit., Art. 103 II GG, 38 (cfr. inoltre, la nota 1 per una breve rassegna degli Autori favorevoli e contrari a tale estensione). Nello stesso senso, STREE, *Deliktsfolgen*, cit., p. 21 ss. cui rinviamo, altresì, per gli accurati richiami bibliografici.

(213) Ossia all'*an* e non al *wie* della pena.

Gli stessi dubbi, anche se, come vedremo, meno fondati, permangono per l'art. 25 comma 2° della Costituzione. Il punto da stabilire: se il disposto costituzionale si richiami integralmente, anche per tale significato, all'art. 1 c.p. L'indagine dovrà, però, spingersi oltre, al fine di chiarire se, per avventura, la Costituzione non abbia inteso, altresì, prendere posizione su quello che abbiamo definito come il margine elastico o variabile del principio *nulla poena sine lege*.

L'importanza di accertare il raccordo tra la norma costituzionale e l'art. 1 c.p., anche quanto alla legalità delle pene, è evidente: dalla soluzione positiva conseguendo, in regime di costituzione rigida, l'illegittimità costituzionale di ogni legge penale che, pur definendo con precisione un reato, lascia al giudice il compito di determinare la pena applicabile, senza alcun limite di specie o di quantità, nell'ambito delle pene previste dalla parte generale del codice.

La dottrina è divisa sul punto (214): qualche Autore (215) propende decisamente per la soluzione negativa, mentre altri (216), pur ritenendo, in linea generale, che il principio di legalità abbracci tanto l'incriminazione quanto la sottoposizione a pena, esamina l'art. 25 comma 2° rispetto al solo broccardo *nullum crimen sine lege* e alla sola prima parte dell'art. 1 c.p. Raramente, in ogni modo, gli stessi Autori che ammettono il raccordo tra l'art. 25 comma 2° e l'art. 1 nella totalità dei loro significati (217), dedi-

(214) Cfr. sul punto, P. G. LUCIFREDI, *Note sulla rilevanza costituzionale*, cit., p. 1631.

(215) In tal senso, ad es., P. ROSSI, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, cit., p. 157.

(216) In tal senso ad es., A. SANTORO, *Manuale di diritto penale*, vol. I, Torino, 1958, p. 94.

(217) Cfr. gli Autori citati alla nota 49-bis a p. 251.

cano qualche attenzione al problema dei rapporti tra Costituzione ed elasticità della pena, quanto al tipo e alla misura di essa.

In sede giurisprudenziale, la Corte costituzionale, pur non prendendo direttamente posizione sul tema, sembra propendere per una costituzionalizzazione del principio *nulla poena sine lege*. Alludiamo a talune recenti sentenze aventi per oggetto l'esame della potestà normativa penale regionale (218), nonché ad una pronuncia (12 marzo 1962 n. 15) (219) la quale affronta il problema della legittimità dell'art. 14 comma 1, d.lgt. 5 agosto 1947 n. 871: tale norma, commisurando la pena al quintuplo del valore degli animali uccisi o feriti ed inquadrandosi così tra i casi in cui la pena pecuniaria è fissata con un criterio di proporzionalità rispetto al danno materiale cagionato dal fatto criminoso, implica, in sede sanzionatoria, il riferimento, in linea di fatto, ad atti amministrativi di accertamento del valore della selvaggina disposti dall'Ente Gestore del Parco Gran Paradiso, cioè ad elementi che non hanno carattere legale e non garantiscono l'obiettiva certezza della sanzione. La Corte, pur respingendo l'eccezione per motivi specifici sui quali si avrà, tra breve, occasione di tornare, ha riaffermato, tuttavia, il pieno collegamento esistente tra l'articolo 25 comma 2° della Costituzione e l'art. 1 c.p.

2. L'astratta possibilità di scissione tra i due aspetti del principio di legalità si rivela, ad una più approfondita analisi da un punto di vista *logico*, del tutto infondata.

(218) Cfr. il nostro *Principio di legalità*, cit., p. 630, nota (1), in cui sono citate tali decisioni.

(219) Tale sentenza è riportata in *Giur. cost.*, 1962, p. 161 con nota di CRISTIANI, *Sulla legittimità costituzionale delle pene pecuniarie proporzionali*.

Essa è, infatti, il riflesso di quell'impostazione che considera il precetto penale dotato di vita autonoma rispetto alla sanzione (220); mentre, per contro, fra i due momenti, precettivo e sanzionatorio, esiste una correlazione imprescindibile. La norma, così come l'illecito penale, appaiono caratterizzabili soltanto sulla scorta della sanzione (221). Nè può dirsi, a tal fine, sufficiente un semplice richiamo alla punibilità dell'agente, se non si accompagna al precetto una potenziale determinazione almeno del tipo di pena applicabile alla trasgressione. Un sistema che si ispiri alle caratteristiche del primo o del secondo tipo in precedenza ipotizzati, non rispetta questa esigenza logica. Alla stessa si richiamava l'On. Leone allorchè, in sede di lavori della Costituente, svolgendo un emendamento proposto nei confronti della stesura originale dell'attuale articolo 25 comma 2° (222), dichiarava di approvare la tendenza a menzionare *esplicitamente* nella norma soltanto il principio di legalità del reato e quello d'irretroattività « ... non accennando alla pena, la quale è implicita nel concetto di legge penale, poichè quando si dice che non si può punire per una legge non in vigore al momento del fatto, si fa accenno ai due momenti, precetto e sanzione... » (223).

Un sistema che, tradendo questo postulato logico, voglia soltanto salvaguardare il principio di legalità del reato,

(220) Per il valore essenziale che, viceversa, la sanzione penale riveste nella qualificazione del precetto e dell'illecito relativo cfr., fra gli altri, PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, P. I, Padova, 1945, p. 29 ss.

(221) Donde la difficoltà di trovare un criterio differenziale tra illecito civile e penale, indipendentemente dal profilo sanzionatorio.

(222) Per un accurato esame dell'*iter* che ha condotto alla formulazione dell'art. 25 comma 2° Cost., cfr. P. G. LUCIFREDI, *Note sulla rilevanza costituzionale*, cit., p. 1632.

(223) Cfr. intervento on. LEONE, in *Resoc. Ass. Cost. Discussioni*, vol. III, p. 2872.

deve esplicitamente enunciare tale proposito. L'onnicomprendività dell'art. 25 comma 2° può, pertanto, ricavarsi, quanto meno, dal fatto che esso non contiene alcuna deroga esplicita.

Allo stesso risultato interpretativo si perviene ugualmente facendo appello all'esigenza che fa da sfondo alla disposizione costituzionale, ossia al criterio funzionale già utilizzato per chiarire i limiti di rilevanza costituzionale del principio di legalità quanto alla fattispecie. In breve: se l'art. 25 comma 2° è rivolto a garantire il bene fondamentale della libertà personale di contro al pericolo di arbitrarie restrizioni, esso non può, per la contraddizione che non lo consente, tollerare che il giudice sia assolutamente libero di scegliere il tipo e la durata di pena. Altro è l'assoluto arbitrio che permetterebbe al giudice di applicare pene inumane o sproporzionate, altro è il margine di discrezionalità che viene autorizzato ed anzi, come si dirà, imposto dallo stesso Costituente per garantire ulteriori esigenze (valutazione della personalità al fine di perseguire la rieducazione del reo).

Inoltre, a ben considerare, la dizione letterale della normativa costituzionale conferma l'interpretazione più ampia. Consideriamola attentamente: «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso». Essa non fa riferimento alla fattispecie astratta, in analogia con l'art. 116 cit. della Costituzione di Weimar, ma, in una visuale processualistica che è il frutto del raccordo con il comma 1° dell'art. 25 (224), si richiama al punto finale (inflizione della

(224) La prospettiva processualistica era ancor più marcata nell'art. 5 proposto su iniziativa dei relatori on. La Pira e Basso, così formulato: «Nessuno può essere sottoposto a processo nè punito se non in virtù di

punizione) di una concreta vicenda giudiziaria. Naturalmente, per le dimensioni a suo tempo assegnate alla norma, il punto finale è soltanto rappresentato dalla pena (base) prevista per ogni norma costitutiva. Anzi, in questa prospettiva di esegesi meramente letterale, si potrebbe arrivare ad un risultato che sta al di là dei limiti del nostro discorso: ritenere, cioè, che l'art. 25 comma 2° postuli, addirittura, una tassativa predeterminazione legale del tipo e del *quantum* di pena base che sigla la vicenda costitutiva (225). Asserto che, anche ammesso in linea di principio, cadrà ad una valutazione più approfondita fondata sul contrappunto sistematico degli art. 25 comma 2° e 27 comma 3° della Costituzione.

L'incompletezza del paradigma costituzionale è solo apparente, in quanto il significato dell'art. 1 c.p. non muta ove si esprima nell'articolazione linguistica: « Nessuno può essere punito se non in forza di una legge... ». La duplice previsione dell'art. 1 ha soltanto la funzione di segnalare che la prima parte del tradizionale brocardo va riferita alla vicenda costitutiva e che, inoltre, la necessità di una previsione tassativa vale integralmente per essa e non anche per la seconda parte del principio di legalità: la locuzione « espressamente » è, infatti, usata con riguardo al « fatto preveduto dalla legge come reato » e non viene ripetuta a proposito delle pene che devono essere unicamente stabilite dalla legge.

una legge entrata in vigore anteriormente al fatto commesso »; nonchè nel successivo testo (art. 19), in cui il principio del giudice naturale e il principio di legalità erano ricompresi nell'ambito di uno stesso comma.

(225) A questo risultato sembra indurre sia la prospettiva processuale che pare far convergere l'attenzione dell'interprete sul *quantum* di pena irrogata, sia la locuzione « in forza di legge ».

I lavori preparatori, a causa delle varie vicende attraverso le quali si è pervenuti all'attuale formulazione dell'art. 25 comma 2° (226), non appaiono particolarmente univoci; per questi motivi se ne è voluto riservare l'esame a conclusione delle altre argomentazioni. Più volte, nel corso dei lavori (227), fu proposta la limitazione del testo costituzionale alla sola menzione esplicita dei principî di legalità del reato e di irretroattività.

Esaminiamo, brevemente, le principali variazioni della formula normativa: testo originale un art. 5, proposto, su iniziativa dei relatori on. La Pira e Basso, in seno alla Prima Sottocommissione, scaturita dalla tripartizione della c.d. Commissione dei 75, del seguente tenore: « Nessuno può essere sottoposto a processo nè punito se non in virtù di una legge entrata in vigore anteriormente al fatto commesso. Non possono essere irrogate che le pene tassativamente fissate dalla legge. La responsabilità penale è personale... » (228). Da notare (229): lo stretto collegamento tra l'aspetto processuale e l'aspetto sostanziale del principio di legalità, di cui rimane ancora una traccia nella formulazione vigente; il riferimento alla « tassatività » della previsione legale delle pene, destinato ad una successiva eliminazione, posto che esso avrebbe precluso al legislatore ordinario ogni elasticità nella determinazione del tipo e del *quantum* di pena, con relativa neutralizzazione del potere discrezionale del giudice.

(226) In proposito cfr. P. G. LUCIFREDI, *Note sulla rilevanza costituzionale*, loc. ult. cit.

(227) Cfr. LUCIFREDI, loc. ult. cit.

(228) L'articolo che si concludeva con un ultimo comma rivolto ad affrontare i problemi della natura e del fine della pena nonchè a porre il divieto della pena di morte, intendeva praticamente esaurire tutta la normativa costituzionale in campo penale.

(229) Cfr. quanto si è di già osservato alla nota (224).

Da questa stesura dell'articolo si passa ad una successiva, sottoposta all'esame della Commissione per la Costituzione in seduta plenaria: muta la veste e la numerazione progressiva dello stesso. Dall'art. 5 si passa all'art. 19 che così dispone: « Nessuno può essere distolto dal suo giudice naturale preconstituito per legge; nè può essere punito se non in virtù di una legge in vigore prima del fatto commesso e con la pena in essa prevista, salvo che la legge posteriore sia più favorevole al reo » (230). Si badi: permane la correlazione fra principio di legalità del giudice e aspetto sostanziale del principio; scompare, per contro, la menzione del carattere « tassativo » della previsione legale delle pene.

Si arriva, in tal modo, all'esame dell'Assemblea Costituente che, a seguito di una lunga teoria di emendamenti e di proposte dirette, soprattutto, a sopprimere l'accenno alla legalità delle pene, approva il testo definitivo e vigente dell'art. 25 comma 2°. A prescindere dalla giustificazione delle altre variazioni formali del testo che, in questa sede, non ci riguardano, un elemento può dirsi costante per tutte queste proposte: nessuna di esse è dettata dal misconoscimento del profondo valore di garanzia che il principio di legalità presenta quanto alle pene, al pari di quello concernente il reato, per la salvaguardia del bene fondamentale della libertà personale. Alcune sono mosse dalla constatazione della superfluità di una duplice previsione del principio, in specie ove si voglia evitare il riferimento alla « tassatività » delle pene; orientato in tal senso è l'intervento dell'on. Leone, a suo tempo citato (231). Al-

(230) Nell'art. 19 si costituzionalizzava, pertanto, esplicitamente il principio di cui all'art. 25 comma 3° c.p.

(231) Cfr. la nota (223).

tre (232) discendono dalla convinzione della inopportunità di una formulazione ampliata; in quanto, affrontandosi il problema della pena e stabilendosi che al reo dovrebbe essere irrogata la sanzione prevista dalla legge al momento del commesso reato, si comprometterebbe la possibilità di applicare la legge più favorevole al reo, nell'ipotesi di successione nel tempo di leggi penali. L'assunto, tuttavia, è completamente infondato se si pone mente al fatto che, anche in presenza di un'ampia formulazione, la legittimità costituzionale dell'applicazione della legge più favorevole al reo scaturirebbe dalla valutazione dell'esigenza di garanzia che sta al fondo della norma costituzionale (233). Altre sembrano, infine, ispirate dalla necessità di rispettare la estrema sinteticità delle disposizioni costituzionali, in specie riguardanti la materia penale (234), nonchè, al limite, dalla convinzione dell'assoluta superfluità di ogni intervento costituzionale in tale settore (235). L'assurdo di questa tesi che non tien conto del carattere rigido della nostra Costituzione e, altresì, del valore profondo delle esigenze di libertà, poste alla base del principio di legalità (236); non ha bisogno di essere sottolineato.

(232) In tal senso, ad es., P. ROSSI, *Lineamenti*, cit., p. 158. Sul punto cfr. anche BETTIOL, *Diritto penale*, 5ª ed., Palermo, 1962, p. 50.

(233) Non sussistono, infatti, quegli elementi di « resistenza » (indeterminatezza del procedimento ecc.) che si frappongono all'affermazione della legittimità costituzionale dell'analogia *in bonam partem*.

(234) Anche questo carattere di estrema sinteticità è il risultato di un compromesso raggiunto tra i fautori e gli oppositori della tesi dell'opportunità di un inserimento di norme a contenuto penale nella Costituzione.

(235) Cfr., in proposito, l'intervento dell'On. DI GLORIA, in *Resoc. Ass. Cost.*, cit., p. 2555, citato da P. G. LUCIFREDI, *Note sulla rilevanza costituzionale*, cit., p. 1636.

(236) L'inserimento di norme a contenuto penale nella Costituzione risponde, d'altro canto, alle migliori tradizioni costituzionali.

Il fondo prevalentemente « tecnico » di queste proposte pare confermato soprattutto dall'intervento conclusivo dell'on. Leone (237) il quale, pur accettando il testo definitivo dell'articolo, ribadiva l'essenziale correlazione logica tra i due aspetti del principio di legalità e il loro valore assoluto.

In sintesi, dunque: argomentazioni logiche, funzionali e testuali, non smentite, ed anzi confermate, dall'andamento dei lavori preparatori dimostrano la correlazione tra l'articolo 25 comma 2° e l'art. 1 anche quanto al broccardo *nulla poena sine lege*. *A fortiori*, si può osservare come la prevalente dottrina tedesca (238) giunga ad attribuire lo stesso ampio significato all'art. 103 II GG, malgrado la più accentuata equivocità di questo testo costituzionale, a suo tempo (239) sottolineata: al punto da motivare dubbi di legittimità costituzionale nei confronti di pene pecuniarie indeterminate nella loro entità massima (240). E, infine, l'art. 7 par. 1 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo salvaguarda, al contempo, il principio di legalità delle pene e quello dell'applicazione della legge più favorevole al reo (241), con una formula conclusiva del seguente tenore: « ... Non può del pari essere inflitta alcuna

(237) Cfr. la nota (223).

(238) Cfr., per tutti, MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz*, cit., p. 38 e Autori ivi citati.

(239) Cfr. quanto s'è detto a p. 327.

(240) Cfr. MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz*, cit., p. 38 che sottolinea l'incostruzionalità delle pene pecuniarie determinate *in unbegrenzter Höhe* (es. §§ 85-98 e 101 StGB). L'Autore ritiene necessario l'aggancio al limite di cui al § 27c Abs. 1 StGB costituito dalla « *Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters* ». Questo limite (naturale) sarebbe sufficiente a salvare la conformità di dette pene all'Art. 103 II GG: in tal senso è anche orientato STREE, *Deliktsfolgen*, cit., p. 24 (per talune voci dissenzienti cfr. gli Autori citati alla nota (67)).

(241) A proposito dell'art. 7 cit. cfr. GURADZE, *Der Stand der Menschenrechte im Völkerrecht*, 1956, p. 200 ss.

pena *superiore* a quella che era applicabile (242) al momento in cui il reato è stato commesso» (243).

3. Ribadita la costituzionalizzazione del principio di legalità delle pene da parte dell'art. 25 comma 2°, si tratta di stabilire se la riserva di legge operi in tale settore con valore assoluto o relativo. Una volta ammessa la correlazione logica fra i due momenti (precettivo e sanzionatorio) della norma penale e la significatività di essa anche all'interno della disposizione costituzionale, la riserva non può non possedere lo stesso valore, assoluto, sia quanto alla fattispecie che alla sanzione. Alla sola legge e agli atti ad essa equiparati è, dunque, affidata la determinazione della pena; frequente è l'utilizzazione del meccanismo dei decreti legge o dei decreti legislativi (una legge delega al potere esecutivo il compito di disciplinare con decreto una serie di trasgressioni, fissando il limite minimo e massimo di pena entro i quali l'organo delegato deve contenersi) (244) che, per il controllo operato dal Parlamento, offre le stesse garanzie della legge in senso formale.

Soffermiamo ora la nostra attenzione sul rapporto legge-fonti di grado inferiore (regolamenti o atti amministrativi), ossia sul settore dal quale possono più facilmente, in materia sanzionatoria, venire portati attacchi al dogma della

(242) « Secondo il diritto interno o internazionale » ai sensi della formula dell'art. 7.

(243) Cfr. *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, cit., 1962, p. 54.

(244) Quanto alla possibilità che la legge delega si limiti ad indicare il massimo della pena, tacendo sul minimo, senza volere al riguardo rinviare all'art. 26 c.p., cfr. Corte cost. 10 maggio 1963, n. 62, cit., in *Giur. cost.*, 1963, p. 545. Sul punto, e orientata nello stesso senso, si veda Cass. 20 dicembre 1958, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1959, p. 1209, con nota favorevole di C. MARINI, *Questioni in tema di decreti legislativi*.

legalità (245), posto che scarsa si rivela sul punto l'incidenza della consuetudine.

(245) Per quanto attiene al diritto francese, va segnalata una recente attenuazione del principio di legalità. Infatti: a seguito della Costituzione del 4 ottobre 1958, il cui art. 34 ha sancito il principio di legalità con riguardo esclusivo ai « crimes » e ai « délits » e alle pene relative, senza fare alcun accenno alle *contravvenzioni*, il governo ha ottenuto il diritto di legiferare in questa materia per mezzo di *réglements d'administration publique* (ord. 58-1297 del 23 dicembre 1958 e decreto 58-1303 della stessa data). Può, pertanto, fissare liberamente, con l'unico limite di non ledere diritti costituzionalmente garantiti, le incriminazioni *contravvenzionali* e le relative pene nei limiti di due mesi di arresto e di 2.000 NF d'ammenda (a proposito di questa innovazione cfr.: BURDEAU, *Les libertés publiques*, Paris, 1961, p. 104 ss.; LEVASSEUR-CHAVANNE, *Droit pénal et procédure pénale*, Paris, 1963, p. 23). L'art. 4 del c.p. francese, che le ordinanze citate hanno dimenticato di modificare, dispone, per contro, espressamente: « Nulle *contravention*, nul delit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi... » (Rileva questa disarmonia, LEVASSEUR, *Une révolution en droit pénal. Le nouveau régime des contraventions*, in *Chron. Dalloz*, 1959, p. 123).

La riforma si colloca nel quadro del rafforzamento del potere esecutivo compiuto dalla Costituzione del 4 ottobre 1958: a questo processo si è accompagnata una corrispondente modificazione delle concezioni relative alle fonti del diritto (acutamente sottolineata dal DURAND, *La décadence de la loi dans la Constitution de la République*, in *J.C.P.*, 1959, I, c. 1470; inoltre: L'HUILLIER, *La délimitation des domaines de la loi et du règlement dans la constitution de 1958*, in *Chron. Dalloz*, 1959, p. 173 ss.; ROUJOU DE BAUBEE, *Les deux sources du droit pénal dans la Constitution de 1958*, in *J.C.P.*, 1961, I, c. 1633 ss.; VEDEL, *Cours de droit constitutionnel*, 1958-59, p. 760 ss.). Questi rilievi ribadiscono, *a fortiori*, la stretta concatenazione esistente tra struttura democratico-parlamentare di uno Stato e principio di riserva assoluta di legge in campo penale.

Nella riforma si è ravvisato un grave e profondo attentato al principio di legalità dei reati e delle pene (cfr., in tal senso, BOUZAT, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Tomo I, Paris, 1963, p. 89). Soprattutto per quanto attiene alla seconda parte del classico brocardo (*nulla poena sine lege*). Infatti: mentre il principio *nullum crimen sine lege* già in passato aveva subito talune attenuazioni (concessione, da parte del codice penale, dell'autorizzazione ai sindaci di stabilire, in virtù dei loro poteri di polizia, incriminazioni sanzionate tramite l'art. 471-15; interventi del potere esecutivo nella determinazione dei dettagli di fattispecie legali ecc.), mai dal 1791 in poi, il potere esecutivo aveva ricevuto l'autorizzazione a sanzionare penalmente certi

Questo rapporto può articolarsi in una triplice forma. Si può, da un lato, ipotizzare il caso di una legge che sanzioni l'inosservanza di tutti i regolamenti emanati da enti

comportamenti e a fissare l'entità della pena (il rilievo è di LEVASSEUR, *Une révolution en droit pénal*, cit., p. 123). Gli inconvenienti che derivano dal nuovo tipo di regolamentazione sono esplicitamente sottolineati: così, ad es., il fatto che l'art. 34 della Costituzione non richieda il parere conforme del Consiglio di Stato, sembra privare, anche se potenzialmente, l'attività normativa penale dell'esecutivo del vigile controllo esercitato da quest'organo (LEVASSEUR, *Une révolution en droit pénal*, cit., p. 124). Non mancano tentativi di svincolare la riforma del 1958 dai suoi fondamenti politico-istituzionali e di considerarla come un primo passo verso la realizzazione di un « diritto penale amministrativo » assoggettato a regole proprie, in analogia con il *Verwaltungsstrafrecht* tedesco (per la trasformazione, a seguito della riforma del codice penale tedesco, delle contravvenzioni in *Ordnungswidrigkeiten*, cfr., fra gli altri, H.H. JESCHECK, *Les principes de la réforme actuelle du droit pénal allemand*, in *Rev. dr. sc. criminel et droit pénal compare*, 1959, p. 74). Il problema della creazione di un diritto penale amministrativo è particolarmente vivo ed attuale nella dottrina francese; nonchè sensibilizzato dalla continua espansione delle incriminazioni in materia economica le quali, per contro, presentano scarso interesse da un punto di vista rigorosamente criminologico (cfr., in particolare, STÉFANI-LEVASSEUR, *Droit pénal général et criminologie*, 1959, n. 267 ss.; per la necessità, sentita anche nel nostro diritto, di riportare talune incriminazioni al di fuori del terreno penalistico, anche al fine di temperare il rigore eccessivo della riserva assoluta vigente in tale settore, cfr. DELITALA, *Responsabilità e pena*, cit., p. 350, nonchè BRICOLA, *Il principio di legalità*, cit., p. 643, cui facciamo rinvio, altresì, per una rassegna bibliografica sul c.d. *Verwaltungsstrafrecht*). Le preoccupazioni degli Autori francesi nascono, piuttosto, dal rilievo che, malgrado l'abbandono del principio di legalità per le contravvenzioni, tali fatti conservano inalterato il loro carattere penale, con tutte le relative conseguenze.

Per cui: a prescindere da talune prospettazioni *de jure condendo*, unanime può dirsi l'atteggiamento critico della dottrina francese nei confronti della riforma. Per tutti, vanno citate le parole di LEVASSEUR (*Une révolution en droit pénal*, cit., p. 293), quale riaffermazione del valore profondo che la riserva assoluta di legge assume, malgrado taluni *apparenti* inconvenienti in sede penale. Riacciandosi a GARRAUD, il quale riconosceva che « A la loi et à elle seule, il appartient de fixer les limites qui séparent l'activité légitime et l'activité criminelle » (*Traité theor. et prat. de droit pénal*, 3^a ed., Tomo I, n. 138), il LEVASSEUR afferma: « Seul le législateur est en effet compétent pour effectuer une telle appréciation, pour mesurer le trouble causé à l'ordre social et pour trouver des sanctions adéquates conformes

inferiori con una pena compresa tra x e y , demandando ai regolamenti stessi la determinazione della più specifica misura di pena per ogni infrazione, entro codesti limiti (246). L'incostituzionalità di questo tipo di rapporto legge-regolamento è agevolmente ricavabile: essendo, infatti, demandata alla fonte subordinata la strutturazione della stessa fattispecie, esso si pone di già in antitesi con il principio *nullum crimen sine lege*. D'altro lato, è possibile che la legge, delineata l'infrazione, abiliti regolamenti o atti amministrativi a decidere autonomamente sulle pene: la ipotesi, teorica e piuttosto infrequente nella sua formulazione rigorosa, non lascia dubbio sulla sua incostituzionalità. Da ultimo (247), infine, il caso in cui un regolamento o, meglio, un atto amministrativo sia utilizzato nel processo di strutturazione tecnica della pena, di già compiuto in sede legale. Per chiarire quest'ultimo aspetto, soffermiamoci sul-

aux lignes directrices de sa politique criminelle (qu'il appartient à lui seul de fixer). Seul le législateur est l'interprète qualifié de la volonté générale, même lorsqu'il s'agit de petites choses, si toutefois on peut considérer qu'il y a des « petites choses » en droit pénal. Si imparfaite qu'ait pu apparaître parfois la procédure parlementaire d'élaboration de la loi, elle offre tout de même certaines garanties qui font fâcheusement défaut dans une élaboration purement administrative ». Lo stesso intervento di un'altra giurisdizione amministrativa, qual è il Consiglio di Stato francese, non può supplire alle garanzie che sono offerte dall'assemblea parlamentare, la quale consente, in un settore tanto delicato per le libertà individuali, a tutti gli interessi di farsi valere e di sottolineare gli inconvenienti che possono essere provocati da un certo tipo di regolamentazione (LEVASSEUR, *op. e loc. cit.*). Riemergono, in tal guisa, anche nella dottrina francese, tutti i motivi che ci hanno a suo tempo condotto a ravvisare nell'art. 25 comma 2° Cost. una consacrazione della riserva assoluta di legge in campo penale.

(246) Una normazione di questo tipo si riscontra negli art. 106 e 155 della legge comunale e provinciale. Sui rapporti tra queste norme e l'art. 25, comma 2° Cost., ci permettiamo di rinviare al nostro *Principio di legalità*, cit., p. 666.

(247) Cfr., in proposito, P.G. LUCIFREDI, *Note sulla rilevanza costituzionale*, cit., p. 1649.

l'art. 14 comma 1° d.lgt. 5 agosto 1947 n. 871, esaminato dalla Corte Costituzionale con la sent. 27 maggio 1961 n. 27. La norma, come s'è detto, commisura la pena al quintuplo del valore degli animali uccisi o feriti; per la determinazione del valore il giudice deve far riferimento a certi elementi che consentono di ragguagliare alle risultanze di essi la pena da irrogare nel caso concreto, costituiti, anzitutto, dai prezzi di mercato, ove prezzi di mercato vi siano e siano legalmente accertati ovvero, nel caso di mancanza di questi, da atti amministrativi di accertamento compiuti circa il valore dell'animale, di cui non esiste un libero commercio, dall'Ente Gestore del Parco Gran Paradiso (248). Nel caso, la pena è legalmente fissata tramite l'indicazione del multiplo e del parametro (valore dell'animale ucciso o ferito) cui esso va ragguagliato, mentre l'atto amministrativo può intervenire nella individuazione di quest'ultimo. Diversamente andrebbe, per contro, impostato il discorso — e si rientrerebbe nell'ambito del secondo tipo di rapporti — qualora la legge abilitasse, senza neppure fissare il multiplo, l'ente amministrativo a determinare autonomamente la pena. Il tipo di strutturazione della pena seguito dall'art. 14 comma 1° non è del tutto infrequente nella legislazione speciale (249). In questi casi il problema

(248) Nella sentenza si fa altresì riferimento ai criteri di valutazione stabiliti dal *Conseil International de la Chasse*.

(249) Vale a dire in tutti i casi in cui il calcolo della pena pecuniaria viene rapportato ad un dato che non è determinabile alla stregua di parametri obiettivi: per cui la determinazione è affidata ad un certo ente competente in materia (a proposito della legittimità costituzionale di queste pene pecuniarie, cfr. Cass. 9 luglio 1963, ric. Rizzo, in *Cass. pen. Mass.* annotato 1963, p. 936, m. 1711). Cfr., ad es.: PANEGROSSI, *La rivalutazione del danno penale e del danno economico nelle contravvenzioni forestali*, in *Riv. dir. agr.*, 1951, p. 339 ss.; IDEM, *Il calcolo delle ammende per la repressione dei reati forestali*, *ivi*, p. 81 ss.

può, a nostro sommessso avviso, essere così impostato: occorre distinguere a seconda che l'atto amministrativo abbia o meno un valore vincolante o cogente per il giudice. Nella seconda eventualità, *nulla quaestio*, fungendo l'atto come uno dei possibili elementi di fatto (250) che concorrono ad indirizzare il giudice verso la determinazione del valore; il ricorso ad esso, anzi, può essere utile al fine di ridurre quel margine di elasticità che è necessariamente connesso a questo tipo di accertamento. Nella prima eventualità, la soluzione può prospettarsi diversamente in considerazione del fatto che l'atto amministrativo assolva ad un ruolo di mero accertamento (atto dichiarativo) di un valore univocamente apprezzabile ovvero ad un ruolo praticamente costitutivo del medesimo, per la peculiare natura dell'oggetto da valutare. Un esempio del primo tipo: un atto di autorità amministrativa rivolto ad accertare l'entità del tributo che un soggetto avrebbe dovuto versare, come parametro sul quale il giudice dovrà poi commisurare l'entità della pena per l'evasione, secondo un multiplo fisso o variabile (251). Quivi l'atto svolge una funzione di accertamento del contenuto di un obbligo legale; nessun dubbio può, pertanto, profilarsi sulla legittimità costituzionale di una pena così strutturata. Un esempio del secondo tipo: un atto amministrativo che sia diretto ad accertare il valore di un oggetto che, non essendo di libero commercio, non possiede alcun termine di raffronto. È un'eventualità che può venire in gioco anche per l'art. 14 comma 1 cit. In tali casi, l'ente amministrativo, essendo in pratica libero di fissare il valore ed avendo la sua determinazione

(250) Ossia come uno dei possibili elementi di prova.

(251) Per una rassegna di questo tipo di pene cfr. MALINVERNI, *Principi di dir. pen. trib.*, cit., p. 103.

forza vincolante per il giudice, diventa arbitro e fonte della sanzione penale; a nulla riducendosi la preliminare individuazione, in chiave legale, del multiplo (252), nonchè il potere del giudice di sindacare l'eventuale arbitrarietà (253) dell'atto amministrativo. Logica conseguenza: l'illegittimità costituzionale di queste forme di strutturazione della pena. La portata dell'assunto è, tuttavia, contenuta dal fatto che, di norma, l'atto amministrativo interviene in veste dichiarativa, oppure in veste costitutiva, ma non vincolante per il giudice (254): com'è, appunto, il caso dell'art. 14 comma 1° cit., di cui, fondatamente, la Corte costituzionale ha dichiarato la legittimità. Almeno, sotto il profilo che qui stiamo esaminando: posto che questo tipo di pene pecuniarie, fissate con un criterio di proporzionalità rispetto al *solo* danno materiale cagionato dal fatto criminoso, solleva perplessità d'altro genere, in ragione dell'univocità e rigidità (255) del parametro cui esse vanno commisurate. Il problema che investe la legittimità costituzionale delle c.d. pene fisse formerà, tra breve, oggetto d'esame, allorchè si analizzeranno i varchi che si aprono nel ca-

(252) Nella misura del quintuplo (multiplo determinato, cioè, in forma fissa).

(253) Nè, d'altro canto, appare agevole individuare tale arbitrarietà, posto che la determinazione del valore presenta un margine di aleatorietà, essendo vincolata a prezzi di mercato.

(254) Analogamente ha ritenuto la Corte cost. (sent. 10 maggio 1963 n. 63, in *Giur. cost.*, 1963, p. 548 ss. con osservazioni di V. CRISAFULLI) per quegli atti di autorità amministrativa, che contengono accertamenti di circostanze di fatto dalle quali vien fatta dipendere, in tutto o in parte, la definizione del merito della controversia (nella fattispecie si trattava della revisione dell'analisi, già compiuta in via amministrativa, su sostanze di uso agrario, affidata ad istituti specializzati ex art. 1 e 2 della legge 27 febbraio 1958 n. 190).

(255) Si tratta di un aspetto che non è stato avvertito dalla Corte. Un accenno trovasi in CRISTIANI, *Sulla legittimità costituzionale*, cit., p. 168.

rattere assoluto della riserva di legge, in materia sanzionatoria, per effetto del potere discrezionale attribuito al giudice.

4. Alla legge (statale) (256) spetta, per il nostro sistema costituzionale, il monopolio della *determinazione della pena*. Si impone, tuttavia, la necessità di precisare il significato di questa duplice espressione. La seconda locuzione sembra da assumere in senso ampio, comprensivo di ogni effetto sanzionatorio di carattere penale, con esclusione delle misure di sicurezza (257) che formano oggetto sia nel codice penale (art. 199) che nella Costituzione (art. 25 comma 3) di una previsione autonoma, dotata di un peculiare significato. Vi rientrano le pene accessorie e gli effetti penali (258) ossia quegli effetti che, indipendentemente dalla natura del rapporto sul quale incidono (259),

(256) Per l'esclusione di una potestà delle Regioni di stabilire sanzioni penali, cfr. il nostro *Principio di legalità*, cit., *passim*. Oltre alla bibliografia ivi citata cfr., di recente, SANTAMARIA, *La potestà legislativa regionale in materia penale, in Corso per funzionari amministrativi sulla regione*, a cura dell'Ist. dir. pubbl. Fac. Econ. e Comm. Univ. Napoli, 1963, p. 7 ss.; A. TESAURO, *Le leggi regionali quali fonti del diritto penale*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1963, p. 733 ss.

(257) In quegli ordinamenti in cui non esiste una previsione autonoma per le misure di sicurezza, non viene esclusa, tuttavia, la possibilità di farle rientrare nel quadro del principio *Nulla poena sine lege*. Un accenno in proposito, con riguardo al diritto francese, trovasi in BOUZAT, *Traité de droit pénal*, Tomo I, cit., p. 90, nota (1), che esprime talune perplessità circa l'opportunità di non assicurare in modo autonomo, per le misure di sicurezza, il rispetto del principio di legalità. Cfr., inoltre, J.B. HERZOG, *La réforme des institutions pénales et pénitentiaires en France*, in *Rev. int. dr. pén.*, 1959, p. 64.

(258) Non mancano voci discordi sul punto: cfr., ad es., CAVALLO, *Diritto penale, Parte gen.*, vol. III, Napoli, 1959, p. 264.

(259) Distingue, per contro, gli effetti *penali* da quelli *non penali* a seconda della natura del rapporto sul quale incidono, PANNAIN, *Manuale di dir. pen.*, parte I, cit., p. 832; in senso conforme, RAMACCI, *Natura giuridica*

devono essere determinati e applicati dal giudice penale (259-bis), a differenza di quelle conseguenze disciplinari che, sia pure sulla scorta di una sentenza penale, vengono irrogate da organi amministrativi e non sono vincolate ad un principio di legalità (260) (effetti non penali). L'ampia accezione della locuzione è confermata sia dal testo costituzionale (« Nessuno può essere *punito...*») facente riferimento all'intero contenuto sanzionatorio della sentenza di condanna, sia dalla legge penale ordinaria (art. 1 c.p.: « Nessuno può essere punito... con pene che non siano da essa stabilite»), la quale richiama, nella sua genericità, tutte le « pene » di cui al Titolo II del codice penale. In base a tale accezione si amplia, altresì, la prospettiva di tutela della norma costituzionale, arrivando a ricomprendere non solo la libertà personale in senso stretto (cui hanno riguardo le sole pene detentive), ma beni o diritti fondamentali che vengono direttamente colpiti dalle altre pene, e che sono, in definitiva, previsti nella Parte I dedicata ai « Diritti e doveri dei cittadini » (261).

della sospensione e revoca della patente, in *Arch. pen.*, 1962, II, p. 527 ss. Per l'ampia nozione di effetti penali accolta nel testo cfr. A. Rocco, *Grazia sovrana e menzione della condanna nei certificati del casellario giudiziale richiesti da privati*, in *Annali di dir. e proc. pen.*, 1939, p. 845 ss.

(259-bis) Si badi: l'effetto penale può, secondo tale impostazione, essere materialmente adottato da altre Autorità, ma sempre in forza della sentenza penale e *non in virtù di un potere discrezionale* (cfr. A. Rocco, *Grazia sovrana*, loc. cit.).

(260) Com'è noto, infatti, le conseguenze disciplinari non sono strettamente legate a tale principio. Per tutti, cfr. LEGAL-BRETHER de la GRESSAYE, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Paris, 1938, p. 118 ss. che cerca di attenuare le differenze tra diritto penale e diritto disciplinare, sotto questo profilo. Per quanto attiene all'operatività del principio di legalità e all'incidenza del potere discrezionale nel settore delle sanzioni disciplinari relative al rapporto di lavoro, cfr. ASSANTI, *Le sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro*, Milano, 1963, p. 122 ss. con accurati richiami bibliografici.

(261) Quanto alle pene pecuniarie, che incidono su diritti di natura

Quanto alla prima locuzione, essa non pare escludere la c.d. previsione *per relationem*, la quale entra in gioco allorchè la norma penale rinvii per la sanzione ad un'altra fonte (262) dello stesso grado. Di fronte a questo tipo di previsione sanzionatoria si prospetta per l'interprete soltanto l'esigenza analoga a quella già esaminata a proposito della legalità della fattispecie penale, di stabilire se, abrogata la norma cui vien fatto rinvio, la pena così determinata conservi la sua validità (263). Come in precedenza si osservò (264), anche nel caso di specie la soluzione deve essere positiva in quanto, il richiamo vale soltanto come tecnica peculiare di strutturazione della sanzione penale.

Ma un quesito di ben maggiore portata si prospetta, in materia, all'interprete: deve la determinazione essere *solenne*, di guisa che il legislatore possa dirsi vincolato, oltre che ad una fissazione degli elementi strutturali della sanzione, anche ad un'enunciazione solenne del *nomen juris* della sanzione prevista? In questo senso pare, di recente, orientata la Corte di Cassazione (265), quando osserva che la solennità della comminatoria delle pene « esige una

patrimoniale, altrove garantiti nella Costituzione, la loro previsione nell'art. 25 comma 2° si giustifica in virtù della loro *potenziale* convertibilità in pene detentive: quanto a talune pene accessorie (od effetti penali) che colpiscono diritti inerenti a rapporti non ricompresi nella Parte I, la loro riconducibilità all'art. 25 si giustifica, pur sempre, per ragioni di connessione con la pena principale.

(262) Sul sistema di c.d. *pénalisation par renvoi*, cfr. R. MERLE, *Droit pénal général complémentaire*, Paris, 1957, p. 13 e P. BOUZAT, v. *Peine*, in *Répertoire de droit criminel de l'encyclopédie Dalloz*, n. 4.

(263) *Contra*, ad es., LEVASSEUR-CHAVANNE, *Droit pénal et procédure pénale*, cit., p. 24.

(264) Cfr. p. 256. Il problema si poneva allora, tuttavia, in forma più ampia; posto che per la strutturazione della fattispecie si può anche pensare ad un rinvio a fonti di grado inferiore. Ciò che non è, per contro, possibile quanto al profilo sanzionatorio, per la contraddizione che non lo consente.

(265) Sent. 27 ottobre 1961, ric. Grossi, in *Arch. pen.*, 1962, II, p. 517 ss.

espressa e formale indicazione della loro natura » da parte della legge. E, ancora, secondo la Cassazione, sarebbero « pene principali o pene accessorie o misure di sicurezza solo quelle come tali tassativamente indicate dalla legge o quelle che per il loro contenuto riproducono esattamente il paradigma di una pena o di una misura di sicurezza tipica ». Il discorso ha un senso anche per le misure di sicurezza, benchè estranee al presente oggetto dell'indagine e può estendersi agli stessi effetti penali. Da una tale visione del principio di legalità in materia penale discende una conseguenza logica: una sanzione che, pur essendo funzionalmente e nelle sue linee essenziali di struttura riconducibile ad uno schema tipico (266), non ne riproduca formalmente il *nomen juris* (pena principale, accessoria ecc.) ovvero esattamente il paradigma (267), dovrebbe considerarsi come un provvedimento « atipico ». Un siffatto modello di argomentazione ha seguito la Corte di Cassazione allorchè (268) ha qualificato la sospensione e la revoca della patente come « effetto criminale atipico » riconducibile, a seconda dei diversi profili, al paradigma delle pene accessorie ovvero degli effetti penali veri e propri. Seguendo l'*iter* logico di cui sopra (269) non sembra possibile sfuggire

(266) Per schema *tipico* di una sanzione intendiamo gli elementi imprescindibili ed essenziali della medesima; l'enucleazione di questi caratteri è compito preliminare dell'interprete.

(267) In tal senso, Cass. 27 ottobre 1961, cit. Significativa è, tuttavia, ai nostri fini l'ampia portata che la sentenza attribuisce all'art. 25 comma 2° Cost., tale da comprendere, oltre alle pene accessorie, anche gli effetti penali della medesima.

(268) In tal senso, Cass. 27 ottobre 1961, cit., e, analogamente, Id. 19 febbraio 1962, P.M. c. Mapon, in *Giust. pen.*, 1963, II, c. 84, m. 235; Id. 17 ottobre 1961, Federici, *ivi*, 1962, II, c. 763, m. 687; Id. 30 ottobre 1963, Marchezzo, in *Cass. pen. Mass. annotato* 1964, p. 369, m. 609; Id. 16 ottobre 1963, Sifi ric., *ivi.*, p. 369, m. 607.

(269) Per una critica di questo *iter* logico cfr. BENZI, *Sulla natura*

ad una insidiosa (270) alternativa: dichiarare questi provvedimenti, in forza del contenuto attribuito al principio costituzionale di legalità delle pene (art. 25 comma 2°), illegittimi costituzionalmente, ovvero correre, volendo salvare ad ogni costo l'efficacia dei medesimi, il rischio di aprire un varco assai pericoloso per le libertà e le garanzie costituzionali e processuali, ciò nel caso in cui, come è stato acutamente osservato (271), «... il potere legislativo prendesse ad adottare provvedimenti restrittivi di diritti senza dar loro nome nè classificazione idonea ad un loro sicuro inquadramento e si pretendesse poi di sottrarre i provvedimenti stessi, aventi sostanzialmente il contenuto di pene o di misure di sicurezza, alle garanzie per le stesse dalle leggi generali e dalla costituzione stabilite».

Per cui: il principio di legalità delle pene, costituzionalmente sancito, non esige una espressa e formale indicazione della loro natura, ma soltanto una tipicizzazione dei relativi elementi funzionali e strutturali, tale da consentire la riconducibilità ad uno degli schemi sanzionatori generali (pene principali, detentive o pecuniarie, accessorie ecc.) prefissati dal codice penale. Al legislatore non è preclusa la possibilità di creare, all'interno di questi schemi, e, perciò, nel rispetto dei relativi dati funzionali e strutturali di carattere essenziale, nuove sottocategorie di pene: fra i limiti invalicabili non vanno trascurati quelli, ove sus-

giuridica dei provvedimenti di sospensione e revoca della patente pronunciati dall'autorità giudiziaria nella sentenza di condanna. Problemi connessi, in Giust. pen., 1962, II, c. 286 ss.

(270) Sottolinea efficacemente i pericoli che si annidano nell'atteggiamento di feticistica e formalistica aderenza al principio di tassatività delle pene assunto dalla Corte di Cassazione, G. VASSALLI, *Sospensione e revoca giudiziali della patente di guida*, in *Riv. giur. circ. e trasp.*, 1963, p. 360 ss.

(271) G. VASSALLI, *op. cit.*, p. 361.

sistano, di ordine costituzionale (così, quanto alle pene detentive, il legislatore non potrebbe variarne la tipologia esecutiva, in guisa da farla consistere in « trattamenti contrari al senso di umanità » e non tendenti alla « rieducazione del condannato » ex art. 27 comma 3° della Costituzione).

Entro questi limiti, la « determinazione del tipo di pena » sembrerebbe di pertinenza esclusiva del legislatore (statale). Analogamente sembrerebbe potersi inferire, in relazione alla *misura* della pena, dalla concisa e rigorosa dizione letterale dell'art. 25 comma 2°.

L'asserto, valido nei rapporti legge-atti normativi di grado secondario, deve essere ulteriormente esaminato rispetto al rapporto legge-potere discrezionale del giudice penale. Trattasi di stabilire se un'altra esigenza, costituzionalmente garantita, possa autorizzare, in questa direzione, l'apertura di un varco nel rigore della riserva assoluta e, quindi, un affievolimento della *ratio* di tutela di cui essa è espressione. In tal caso risulterebbe logicamente giustificata l'omissione della locuzione « tassativamente » che figurava, quanto alla previsione legale delle pene, nel testo originario dell'art. 25 comma 2° (272), nonchè criticamente convalidata la formulazione peculiare dell'art. 1 c.p. che menziona l'avverbio « espressamente » soltanto a proposito della prima parte del brocardo (*nullum crimen sine lege*). A tal fine, però, il discorso deve uscire dai confini segnati dall'art. 25 comma 2° ed espandersi verso altre normative costituzionali.

5. Lo spunto per l'analisi dei rapporti tra legge e potere discrezionale del giudice in tema di sanzioni penali,

(272) Cfr. art. 5 comma 2° proposto su iniziativa dei relatori On. La Pira e Basso già cit. alla nota (224).

nella prospettiva costituzionale, può essere offerto da una recente decisione della Corte costituzionale (15 maggio 1963 n. 67) (273), che ha ritenuto infondata la questione di legittimità dell'art. 54 r.d.l. 15 ottobre 1925 n. 2033 (e successive modificazioni), il quale punisce con ammenda fissa un'ipotesi di frode nella fabbricazione e commercio di olii minerali combustibili.

La questione era stata sollevata dinanzi al Tribunale di Napoli, in riferimento agli art. 3 e 27 comma 1° e 3° della Costituzione i quali, sia pure da angoli visuali diversi, prospetterebbero l'esigenza di un'adeguazione del trattamento penale alle condizioni personali dell'agente, frustrata da pene fisse. Il discorso è stato, dunque, impostato nella vicenda giudiziaria di cui si sta trattando, con riguardo esclusivo al *quantum* della pena, ma può essere, altresì, esteso, come si vedrà, alla scelta del tipo di pena.

Questi i punti principali attraverso i quali si sviluppa l'argomentazione della Corte: il principio di eguaglianza (art. 3), pur comportando anche un differente trattamento dei distinti, non è compromesso da un'eventuale fissità della pena, conservando, in ogni caso, il giudice la possibilità di graduarla tramite l'applicazione di alcune circostanze (ad es. quelle di cui agli art. 62-*bis* e 26 comma 2° c. p.) (274); la portata dell'art. 27 comma 1° va circoscritta

(273) Rip. in *Giur. cost.*, 1963, p. 575. L'unica presa di posizione autorevole sul tema è, fino ad ora, quella di Esposito, *Le pene fisse e i principi di eguaglianza, personalità e rieducatività della pena*, cit., p. 561, in calce alla sent. Corte cost. 8 giugno 1963, n. 79 (sul significato della dichiarazione di « personalità » della pena). Sul punto cfr., anche, il nostro, *Pene pecuniarie, pene fisse*, cit.

(274) Va, inoltre, sottolineato come l'art. 54 r.d.l. 15 ottobre 1925, n. 2033 (e successive modificazioni) preveda una circostanza aggravante indefinita: con aggiunta all'ammenda fissa di una pena detentiva elastica per i casi di particolare gravità ».

all'affermazione della necessità costante di un legame esclusivo e indissolubile tra le conseguenze penali che l'ordinamento giuridico fa derivare dal reato e la persona che quel reato ha posto in essere; quanto, infine, alla finalità rieducativa di cui all'art. 27 comma 3°, essa attiene soltanto alla fase « esecutiva » della pena e « comunque » non può riuscire compromessa per la circostanza del carattere di rigidità impresso alla pena medesima dalla legge.

Con questa sentenza della Corte, il problema del potere discrezionale del giudice in tema di sanzioni penali, ha assunto una dimensione costituzionale. E ciò non è di breve momento, malgrado le conclusioni cui è pervenuta la decisione, tenuto conto dell'enorme rilievo che questo potere è venuto gradualmente assumendo: dalla pena « tariffa » del codice rivoluzionario del 1791, strettamente aderente alla concezione meccanicistica dell'attività giudiziale, si è passati, nel codice napoleonico del 1810, ad un completo ripristino del carattere elastico della pena, tra un minimo ed un massimo legalmente prefissati, per ovviare alle gravi ingiustizie che la rigidità della pena aveva provocato; questa elasticità si è venuta vieppiù accentuando in piena rispondenza con i più moderni orientamenti criminologici. Risolvere, pertanto, il problema della legittimità costituzionale delle pene fisse significa rintracciare, nella Carta costituzionale, il giusto punto di equilibrio tra l'esigenza di certezza che connota anche, come s'è detto, il settore sanzionatorio e le ragioni d'ordine criminologico.

Non sembrandoci del tutto persuasive le argomentazioni addotte dalla Corte, riprendiamo le fila del discorso da essa svolto alla luce del triplice profilo costituzionale accennato.

6. Il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione, secondo un'interpretazione restrittiva (275), imporrebbe al legislatore ordinario l'astrattezza e la generalità della normazione, in guisa da evitare quei provvedimenti specifici e privilegiati che costituiscono il retaggio di un'epoca storica ormai superata; secondo un'interpretazione estensiva (276), esso vincolerebbe il legislatore non solo ad un pari trattamento degli eguali ma, altresì, ad una diversificazione dei distinti o, almeno, data l'impossibilità di un perenne e completo adeguarsi del diritto al fatto, di ciò che è *ragionevolmente* differenziabile. Accolto questo secondo indirizzo, il quale non manca di suscitare perplessità (277), il principio di eguaglianza tende ad assimilarsi con l'esigenza di giustizia (278), di cui esso è sicura emanazione. Quanto al nostro tema di indagine, ne consegue l'incostituzionalità di ogni pena fissa, non permettendo la rigidità della medesima alcun adattamento alle peculiarità del caso concreto. Nè, a tal fine, può bastare il sistema delle circostanze, come, viceversa, sembra opinare la Corte costituzionale nella pronuncia citata, posto che l'intervento delle norme modificative della punibilità è soltanto eventuale ed esplica un adeguamento parziale della pena al caso concreto. Anche i termini metodologici della

(275) Esamina questa interpretazione nella sua evoluzione storica, PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, cit., *passim*.

(276) In proposito cfr. PALADIN, *op. cit.*, p. 122.

(277) Cfr., in materia, L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, cit., p. 122: l'Autore critica la tendenza a definire la norma dell'eguaglianza nei termini del motto « unicuique suum »; riagganciandosi ad una certa giurisprudenza della Corte di Karlsruhe. Dello stesso Autore si veda, altresì, *Considerazioni sul principio costituzionale d'eguaglianza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1963, p. 897 ss.

(278) Fondamentale, in proposito, è lo studio dell'ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Saggi, 1954, p. 17 ss.

indagine risultano variati per effetto dell'attribuzione di una tale forza propulsiva al principio di eguaglianza: dovendo l'interprete ricavare dagli altri due profili costituzionali non più la soluzione del problema concernente la legittimità delle pene fisse, bensì la determinazione del limite costituzionale di *ragionevole* differenziazione, ossia, in altri termini, del fine e del contenuto del potere discrezionale nella determinazione della pena. Una risposta più ampia devono, viceversa, fornire il 1° e 3° comma dell'art. 27 ove l'interprete muova dal più ristretto significato del principio di eguaglianza.

7. L'art. 27 comma 1° della Costituzione, disponendo, come a suo tempo si è osservato, che « La responsabilità penale è personale », si propone (279) la finalità immediata di impedire sanzioni collettive e forme di responsabilità penale per fatto altrui, sperimentate in un passato non troppo remoto. L'idea centrale che anima la disposizione può dirsi, pertanto, la seguente: l'uomo non può mai essere considerato, nel sistema penale, come semplice *mezzo* per il perseguimento di finalità politico-criminali (280). Evidenti le conseguenze del principio, a seconda che esso sia rapportato all'illecito, alla relativa sanzione ovvero al *quantum* di essa: sotto il primo profilo, ne discende l'illegittimità costituzionale di ogni forma di responsabilità penale per fatto altrui; sotto il secondo, l'inammissibilità di una sanzione che « pur rivolgendo il suo momento teleologico nei confronti di un certo soggetto, al fine di prevenire

(279) Cfr. p. 87.

(280) Per un ricollegamento del principio alla *Unantastbarkeit der Menschenwürde*, di cui all'Art. 1 comma 1° GG, cfr. WARDA, *Dogmatische Grundlagen*, cit., p. 162 ss.

un determinato comportamento, si costruisca come conseguenza giuridica²⁸¹ che determina il male di un soggetto diverso e questo male rappresenta il mezzo di efficacia nei confronti del primo » (281); da ultimo, esso vieta l'utilizzazione, nel computo del *quantum* di pena, di elementi non riconducibili alla condotta del soggetto o, quanto meno, alla sua personalità, nonchè il perseguimento, in sede giudiziale, di uno scopo di prevenzione generale che superi il ruolo di pura *Nebenwirkung*.

L'art. 27 comma 1° forma oggetto di un ulteriore sforzo interpretativo diretto a ravvisare in esso la costituzionalizzazione del principio *nulla poena sine culpa* e, come proiezione ulteriore, l'espressione — argomento su cui era fondata l'eccezione segnalata di incostituzionalità — della esigenza di un adeguamento della sanzione penale alle condizioni personali dell'agente; da intendersi, tenuto conto della prospettiva retribuzionistica dalla quale viene impostato il discorso (282), come adeguamento alla misura di colpevolezza o di rimproverabilità del reo. Ne discende: l'incostituzionalità delle pene fisse (283); la costituzionalizzazione dell'art. 133 e, soprattutto, data la sfumatura

(281) PAGLIARO, *Il fatto di reato*, cit., p. 409, nota 73.

(282) In questa prospettiva appare orientata la ord. Trib. Napoli, 27 marzo 1962, imp. Brancaccio, in *Giust. pen.*, 1962, I, c. 155, che ha ritenuto non manifestamente infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale respinta, poi, dalla Corte cost. con la sentenza 15 maggio 1963, n. 67, cit.

(283) In tal senso anche PANSINI, *Legittimità ed illegittimità costituzionale della competenza prorogata e delle altre norme riguardanti deroghe alla competenza nel processo penale*, in *Giust. pen.*, 1962, III, c. 420. L'Autore ritiene incostituzionali tutte le norme, anche processuali, che finiscono per irretire o ridurre il potere discrezionale del giudice nella graduazione della pena: sotto tale profilo considera l'art. 30 comma 2° c.p.p. (dichiarato costituzionalmente illegittimo, perchè tale da violare il principio del « giudice naturale » — art. 25 comma 1° Cost. — con sent. Corte cost. 3 luglio 1962 n. 88, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1962, p. 874), che, prevedendo la c.d. competenza prorogata, introduceva in pratica un limite al potere discrezionale del giudice quanto alla commisurazione della pena, ovvero attri-

ideologica che connota l'indirizzo, della sua prima parte (284). Si badi, tuttavia: l'orientamento di cui si tratta può considerarsi il sintomo tipico di una tendenza ad inserire a contenuto dei precetti costituzionali principî che, riagganciandosi solo mediatamente alla *ratio* di essi, sono piuttosto il portato di atteggiamenti culturali più evoluti. In tal senso va guardata la generale reazione contro le forme di responsabilità oggettiva (285), senza che per essa si possa trovare un fondamento di natura costituzionale.

Negato così ogni rilievo costituzionale al principio *nulla poena sine culpa*, altrettanto consegue per l'ulteriore proiezione del principio che più da vicino ci riguarda. Comunque: anche ammessa l'esattezza dello sforzo interpretativo, ci pare che da esso non consegua necessariamente l'incostituzionalità delle pene fisse, posto che, ad assicurare la rispondenza della sanzione al concreto profilo personalistico dell'illecito penale, possono adeguatamente provvedere le circostanze di tipo soggettivo, anche in presenza di una pena non elastica (286).

buiva un potere di riduzione del massimo edittale (tale da farlo, eventualmente, coincidere con il minimo), cioè di modifica della legge, al pubblico ministero. Questa limitazione doveva, poi, ritenersi definitiva, accolta la tesi della vincolatività del pretore al *quantum* di pena fissato dall'organo delegante: sul punto cfr. CONSO, *Le attenuanti nella proroga di competenza*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1956, p. 431 ss.; IDEM, *La divergenza del Pretore dalla trasmissione degli atti per competenza*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, p. 390 ss. Di qui l'ulteriore contrasto con gli art. 70 e 101 Cost. che sottopongono il giudice soltanto alla legge.

(284) La tendenziale propensione dei retribuzionisti verso la sola prima parte dell'art. 133 si può cogliere, in forma sintomatica, nella relazione di MOLARI, *Unificazione delle pene e delle misure di sicurezza*, cit. in *Sul problema della rieducazione*, cit., p. 161 ss.

(285) Nel senso, tuttavia, che l'art. 27 comma 1° Cost. consacrò il divieto della responsabilità oggettiva, cfr. Cass. 24 maggio 1961, cit., in *Foro pen.*, 1963, p. 564, con nota di M. PORZIO, *Sulla inestensibilità al concorrente*, cit.

(286) Rimane soltanto l'ostacolo costituito dal carattere eventuale di

8. Rivolgiamo l'attenzione all'art. 27 comma 3°, il quale racchiude una precisazione, in chiave negativa, circa il contenuto delle pene (« non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità ») e la loro finalità (« devono tendere alla rieducazione del condannato »). La portata del secondo profilo viene neutralizzata dai sostenitori della pena in senso retributivo (287), i quali riferiscono la rieducazione alla sola fase esecutiva, identificandola con l'emenda, peraltro non essenziale. Si è di già dimostrata (288) l'infondatezza di questo tentativo diretto a svirilizzare la forza innovativa della disposizione e si è posto in luce come l'attribuzione di una finalità rieducativa alla pena non significhi necessariamente misconoscere la retribuzione come momento logico della pena (289), ma semplicemente condizionare storicamente questo aspetto a nuove prospettive. Il corollario che discende da questa impostazione è evidente: la pena non può perseguire la sua finalità rieducativa, costituzionalmente riconosciuta, ove non si adegui per specie o quantità, alla personalità dell'agente. Il nesso tra presupposto e corollario è così forte da risultarne non solo legittimo da un punto di vista costituzionale,

queste circostanze. L'insufficienza di esse risulta, per contro, come si dirà tra breve, nuovamente, da una prospettiva rieducativa della pena.

(287) Per tutti si veda, G. BETTIOL, *Sulla rieducazione del condannato*, cit., p. 633. In posizione diametralmente opposta cfr. G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, p. 339, cui rinviamo, altresì, per un'organica messa a punto dello stato della questione. Acute osservazioni svolge sull'argomento, MALINVERNI, *Funzione e natura della pena*, in *Studi Cagliari*, 1960, 61, p. 3 ss.

(288) Cfr. p. 84.

(289) Sottolinea tale valore del momento retributivo, BELING, *Le esigenze della logica e il moderno indirizzo nella scienza del diritto penale*, in *Per il cinquantenario della « Rivista penale »*, cit., p. 452. Cfr., anche, NUVOLONE, *Il problema della rieducazione del condannato*, in *Sul problema della rieducazione*, cit., p. 351 ss.

ma, altresì, *imposto* il potere discrezionale del giudice nella fissazione della pena. Il contenuto di questa discrezionalità è espresso da qualsiasi elemento, anche se non riconducibile rigorosamente ad un giudizio di colpevolezza (si pensi, ad es., al « carattere » ex art. 133 2^a p. n. 1 c.p., difficilmente utilizzabile da un punto di vista retributivo), purchè utile a ricostruire la personalità dell'agente. La 2^a parte dell'art. 133 c.p., non essenziale in una prospettiva meramente retributiva, è, viceversa, tale ove si attribuisca alla pena una finalità rieducativa. Si stabilisce, in tal modo, nel superiore riconoscimento costituzionale e nella prospettiva della rieducazione, uno stretto collegamento teleologico tra la 1^a e la 2^a parte dell'art. 133 c.p. L'art. 27 comma 3^o racchiude un principio « esplosivo », come è stato osservato (290), sia pure da un differente angolo visuale. L'esigenza di adeguamento della pena alla personalità dell'agente, intesa anche in senso caratterologico, integra quel « ragionevole motivo di differenziazione » (291) di cui s'è detto a proposito dell'art. 3; l'assunto, tuttavia, ricavato in forma autonoma, conserva piena validità anche nell'eventualità di un'interpretazione restrittiva del principio di eguaglianza. Raccordata, inoltre, la necessaria elasticità della pena alla sua funzione rieducativa, ciò vale ad evitare ogni forzatura interpretativa del principio della personalità della responsabilità penale. Ciò non significa, naturalmente, che tra i due commi dell'art. 27 della Costituzione non sia possibile cogliere un nesso tale da far sì che il primo funga da presupposto necessario del

(290) Cfr. CARNELUTTI, *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, in *Riv. proc.*, 1956, I, p. 6.

(291) Cfr. p. 352.

terzo; posto, infatti, che, per la sua necessità di adattarsi alla personalità del delinquente, al fine di tentarne il riadattamento, la sanzione penale deve consistere in un provvedimento che colpisca la persona stessa costituente il punto di imputazione dell'illecito (292).

I due principî, nella prospettata graduazione di intensità, si inseriscono nel movimento teso alla rivalutazione della persona che la stessa Costituzione ha compiuto « all'insegna dei diritti e dei doveri dei cittadini » (293) e di cui l'art. 27, nel suo contenuto complessivo, è espressione significativa. L'esigenza di una « pena elastica » ha carattere generale ed assoluto. A nulla vale obiettare (294) che non tutti i delinquenti necessitano di rieducazione, poichè l'affermazione appare erronea da un duplice punto di vista. Da un lato, essa muove, spesso, da un presupposto di marca positivista, ossia l'identificazione della rieducazione con il trattamento curativo che ha, necessariamente, una portata circoscritta; mentre, per contro, la rieducazione connota il reinserimento dell'individuo nel contesto sociale, con la rinsaldata consapevolezza di quei valori che egli ha dimostrato di non conoscere appieno, per cause non sempre da lui dipendenti, attraverso la trasgressione (295).

(292) Tale raccordo è esattamente colto da FROSALI, *Sistema penale italiano*, cit., III, p. 203.

(293) Così, CARNELUTTI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 1.

(294) Cfr. GUARNERI, *Attualità e prospettive della rieducazione del condannato*, in *Sul problema della rieducazione*, cit., p. 263 ss.

(295) Se questo è il fine della pena, esso presuppone, per potersi esplicare adeguatamente, da un lato la pura valutazione della personalità dell'agente, anche per quei suoi aspetti che non sono strettamente riconducibili ad un giudizio di colpevolezza, dall'altro, un fatto *colpevole*, come presupposto per l'imputazione penale. Non si vede, infatti, quale funzione rieducativa possa esplicare la pena nei confronti di un soggetto che viene chiamato a rispondere di un evento lesivo, semplicemente collegato ad un nesso causale con la propria condotta, ovvero *per il solo fatto* di rivestire

Dall'altro, anche ammessa, in via di ipotesi, la limitata operatività dell'esigenza rieducativa, essa non va stabilita per categorie *astratte* di delinquenti, ma in concreto, quale necessario corollario dell'indagine prevista dall'art. 133 c.p. (e, in ispecie, dalla sua 2^a parte).

Nè alla medesima esigenza è possibile provvedere, in presenza di una pena fissa, tramite il sistema delle circostanze e la tipologia soggettiva (es. recidiva) descritta nel codice penale. Invero, quest'ultima, appare (296) esigua ed inadatta a cogliere tutta la gamma di tipi soggettivi; manca, inoltre, nel codice penale una tipologia soggettiva dei delinquenti primari e occasionali. Il sistema delle circostanze, inoltre, quale che sia la loro struttura, tassativa o discrezionale, ha, nella maggior parte dei casi, il fine di rinsaldare lo schema astratto del reato con la poliedrica varietà del caso concreto, nella sua gamma di valori positivi o negativi. Le circostanze non consentono di cogliere *direttamente* la personalità dell'agente, come meglio diremo in seguito; il riferimento ad essa avviene soltanto in forma *mediata* al fine di precisare la portata che nella situazione

una certa qualità (casi di responsabilità oggettiva). La necessaria presenza di un fattore psichico tra i requisiti dell'imputazione sembra scaturire dall'art. 27 comma 3°, anzichè dal 1° comma dello stesso articolo (prospettiva che, viceversa, è tradizionalmente seguita dalla dottrina e dalla giurisprudenza). L'esigenza di una piena affermazione della colpevolezza in sede di imputazione (*an* della responsabilità) non ci sembra in contraddizione con la necessità di una completa esplorazione della personalità dell'agente, anche al di fuori del puro terreno della rimproverabilità, in sede di graduazione (*quantum* o scelta del tipo di pena) della responsabilità: trattasi di due settori distinti. Breve: il fine rieducativo della pena, sollevato dal terreno puramente esecutivo, schiude all'interprete ampie prospettive di indagine.

(296) Sul valore di questa tipologia cfr. CALVI, *Istanze criminalpedagogiche e vincolo tipologico nella classificazione esecutiva (Comunicazione)*, in *Sul problema della rieducazione*, cit., p. 283 ss.

concreta assume il valore o disvalore espresso dalla circostanza. Nelle circostanze, anche discrezionali — e il discorso vale, altresì, per le attenuanti generiche, malgrado qualche opinione discorde (297) — si fa appello alla personalità per una migliore chiarificazione del fatto, mentre, per contro, nell'art. 133 si deve muovere dal fatto, in chiave sintomatica, per pervenire ad una visione globale della personalità del reo. Questa distinzione che, come vedremo, vale a connotare diversamente il contenuto della discrezionalità nelle circostanze *proprie* o *improprie* (ex art. 133 c.p.) (297-bis), serve, per il momento, soltanto a chiarire come, in presenza di una pena fissa, il meccanismo delle circostanze, anche a struttura discrezionale, non consenta quell'adeguamento alla personalità, che è il necessario presupposto per il realizzarsi della funzione rieducativa.

9. Il significato dell'art. 25 comma 1° che, nell'apparente rigidità della sua articolazione letterale, parrebbe precludere ogni potere discrezionale del giudice nella determinazione sia del tipo che del *quantum* di pena, si precisa alla luce dell'art. 27 comma 3° e dell'esigenza rieducativa di cui esso è espressione. Ne deriva che: un cer-

(297) Per una recente ed esatta collocazione sistematica dell'istituto cfr. M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., *passim*, in particolare p. 181 ss.

(297-bis) Per questo differente significato che assume il ricorso all'articolo 133 c.p. a seconda che si tratti di graduare la misura della pena (o di scegliere il tipo adatto di pena) ovvero di determinare *in concreto* l'esistenza di una circostanza a paradigma *normativo* incompleto o totalmente assente (articolo 62 bis), cfr. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite*, cit., p. 43 ss. Trova così un'espressa smentita l'assunto che, per ogni ipotesi di discrezionalità penale, propugna il ricorso *indifferenziato* al paradigma (peraltro, onnicomprensivo) dell'art. 133 c.p. Il punto formerà, inoltre, oggetto di dettagliato esame nella III^a Parte.

to (298) margine di elasticità nella durata edittale della pena è non solo legittimo, ma bensì imposto sul piano costituzionale; parimenti legittimo è uno *Strafrahme* il quale si articoli in una scelta fra due tipi di sanzioni (pecuniaria e detentiva) edittalmente previste, con riguardo a quelle ipotesi di reati non eccessivamente gravi, per cui sia *a priori* difficile stabilire la pena più rispondente alla personalità dell'autore. Quanto al margine di elasticità, esso sembra, in linea di massima, strutturabile attraverso un minimo ed un massimo edittalmente prefissati; non è, tuttavia, da escludere la piena legittimità di uno *Strafrahme*, che si limiti all'indicazione di un solo parametro (minimo e massimo), rinviando per l'altro ai limiti genericamente prefissati per ogni categoria di pene dalle disposizioni generali del codice penale. Trattasi di una forma di articolazione del profilo sanzionatorio non del tutto infrequente: in questa prospettiva vanno, ad es. (299), inquadrati i casi di pena indicata esclusivamente nel minimo (es. art. 257 c.p.: reclusione « non inferiore a quindici anni »), nei quali si registra solamente uno spostamento del minimo fissato in forma generale dagli art. 23 e 25 c.p., rispettivamente per la reclusione e per l'arresto, rimanendo, per contro, impregiudicato il massimo da esse stabilito. Un limite non può essere, in ogni caso, superato dal margine di elasticità: esso deve essere costantemente relazionato alla gamma di fattispecie concrete e alla tipologia soggettiva rapportabile alla significatività astratta del *Tatbestand*. La frattura di questo necessario rapporto può generare una pratica trasformazione del potere discrezionale del giudice in arbitrio

(298) A proposito dei limiti entro cui va contenuto detto margine cfr quanto si dirà tra breve.

(299) Si veda il nostro *Pene fisse*, cit., p. 201.

e rendere *apparente* la determinazione del tipo di pena da parte della legge, in contrasto col disposto dell'art. 25 comma 2° (300): pur ammettendo che tale rilievo non è altrettanto agevolmente traducibile in un'eccezione di illegittimità costituzionale (301).

Il raccordo tra l'art. 25 comma 2° e l'art. 27 comma 3° della Costituzione non sembra, neppure, ostacolare un si-

(300) Si pensi, ad es., ad una fattispecie la quale rinvii, per il tipo di sanzione penale prescelto, al minimo e al massimo genericamente prefissati dal codice penale (art. 23 ss.); lo *Strafrahme* sarebbe in tal caso soltanto *apparente* e in contrasto con l'art. 25 comma 2° Cost. Un'esplicita deroga a questo disposto pone la stessa Costituzione per i reati di attentato (alla Costituzione) e di alto tradimento commessi dal Presidente della Repubblica (e per i c.d. reati ministeriali). L'art. 90 non contempla, infatti, nè il tipo nè il *quantum* di sanzione penale per essi irrogabile: occorre fare riferimento, per quanto attiene al *quantum*, al massimo previsto da tutto il sistema penale, considerato in maniera generica e complessiva, vigente al momento del fatto. Analogamente (per ragioni di coerenza e per rispetto del *favor rei*) per il minimo (sul punto, cfr. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, cit., p. 179, il quale, tuttavia, parla di « apparente indeterminatezza della sanzione »; nega tale indeterminatezza, CHIAROTTI, *La giurisdizione penale della Corte cost.*, cit., p. 887, pur riconoscendo il margine molto ampio determinato dal riferimento ai limiti « generali » di pena; sottolinea, per contro, l'inconciliabilità dell'art. 90 con l'art. 25 comma 2° Cost., CROSA, *Diritto costituzionale*, cit., p. 340). L'art. 15 della legge cost. 11 marzo 1953 n. 1 fornisce l'aggancio normativo all'assunto, disponendo che « ... per i reati di attentato alla Costituzione e di alto tradimento commessi dal Presidente della Repubblica, la Corte costituzionale, nel pronunciare sentenza di condanna, determina le sanzioni penali nei limiti del massimo di pena previsto dalle leggi vigenti al momento del fatto, nonchè le sanzioni costituzionali, amministrative e civili adeguate al fatto ». Com'è agevole riscontrare, l'atipicità sanzionatoria non è limitata al profilo strettamente penalistico (sul punto, TESAURO, *La Corte cost.*, cit., p. 242). Sottolinea l'antitesi fra la dottrina del diritto penale comune e quella del diritto costituzionale, quanto al profilo sanzionatorio penale di questi reati, VIRGA, *I reati ministeriali*, cit., p. 80 ss. A proposito del rapporto tra l'art. 90 e l'art. 25 comma 2° Cost., in relazione al principio *nullum crimen sine lege*, cfr. quanto s'è detto alla nota 125-bis.

(301) Per alcuni rilievi costituzionali di questo tipo, ma da un angolo visuale strettamente retributivo, cfr. SEIBERT, *Verfassungswidrige Mindeststrafen?*, cit., p. 749 ss.

stema che, *de jure condendo*, articoli, in determinati settori (302), il processo di unificazione delle pene e delle misure di sicurezza (303), nella forma di una sanzione penale unitaria che, determinata nel minimo — quale espressione della significatività di disvalore del fatto — sia indeterminata nel massimo (304). Il capovolgimento di posizioni appare così evidente: mentre, di norma, la dottrina ritiene che la legittimità costituzionale della pena c.d. indeterminata (305) sia ricavabile dallo stesso art. 25 comma 2°, il quale, proprio a tal fine, non attribuirebbe alcun rilievo al principio di legalità in ordine alle pene, secondo il nostro punto di vista, essa si desume dal combinato disposto degli art. 25 comma 2° e 27 comma 3°. Dal contrappunto sistematico delle due normative è ricavabile il limite di equilibrio che deve sussistere fra esigenza di legalità delle pene e finalità rieducativa in un ordinamento che, *de jure condendo*, conferisca a quest'ultima una più ampia espansione (306).

Sia nel codice penale che nelle leggi speciali non esiste alcuna ipotesi di pena detentiva fissa. L'unica deroga, in questo campo, alla necessaria elasticità della pena sembra rappresentata dall'ergastolo (art. 22 c.p.). Può sembrare,

(302) Alludiamo, soprattutto, ai delinquenti abituali, professionali e per tendenza.

(303) Sul punto la bibliografia è molto ampia: citiamo, per tutti, M. Porzio, *Gli attuali orientamenti nel trattamento dei delinquenti seminfermi di mente, abituali, e professionali*, in *Scuola pos.*, 1959, p. 406 ss.

(304) Sulla determinazione della durata influirebbero, per contro, valutazioni strettamente attinenti alla personalità del reo.

(305) Secondo P. Rossi, *Lineamenti*, cit., p. 158, con l'art. 25 comma 2° Cost. si sarebbe voluto lasciare la porta aperta all'introduzione nel sistema della pena c.d. indeterminata.

(306) Non sarebbe, per contro, costituzionalmente legittima l'adozione indiscriminata per tutte le fattispecie della pena c.d. indeterminata.

anzi, singolare che il problema di costituzionalità di detta sanzione si sia posto solamente quanto al rapporto fra la perpetuità della sua durata e l'impossibilità di un teleologismo rieducativo della stessa in sede esecutiva (307); senza fare riferimento alla sua fissità astratta. Probabilmente ciò è dovuto alla scarsa consapevolezza critica del rilievo costituzionale che può assumere il tema delle pene fisse.

— Non ci sembra, tuttavia, che l'ergastolo possa dirsi incostituzionale sotto tale profilo: non potendosi escludere che esistano casi talmente gravi sotto il profilo oggettivo ed univoci sotto quello criminologico da esigere la massima sanzione. A saldare l'eventuale scarto tra schema astratto e disvalore concreto del fatto o rimproverabilità dell'agente, può sempre valere l'istituto delle attenuanti generiche (308): una riduzione della gravità del fatto essendo, in tali casi, anche il sintomo di una minore univocità di esso sul piano criminologico. Rimane, esclusivamente, per

(307) Un tentativo di aggancio al tema della pena fissa, si trova, tuttavia, in A. DESSI, *Note in tema di ergastolo*, in *Arch. pen.*, 1959, I, p. 85. Sul problema più generale della costituzionalità dell'ergastolo il panorama bibliografico è particolarmente vasto. Citiamo, fra gli altri: BETTIOL, *Sulle massime pene: morte ed ergastolo*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, p. 555 ss.; BUZZELLI, *L'art. 27 della Costituzione e l'abolizione dell'ergastolo*, in *Giust. pen.*, 1959, I, c. 206 ss.; CARNELUTTI, *La pena dell'ergastolo*, cit., p. 1 ss.; DALL'ORA, *L'ergastolo e la Costituzione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, p. 485; C. MASSA, *Pena di morte ed ergastolo*, in *Foro pen.*, 1957, p. 25 ss.; S. MESSINA, *Il problema dell'ergastolo*, in *Scritti giur. in onore di A. DE MARSICO*, II, p. 153 ss.; NUVOLONE, *Norme penali e principi costituzionali*, cit., pp. 1256-1257; P. ROSSI, *Abolizione e commutazione dell'ergastolo*, in *Giust. pen.*, 1959, I, c. 16 ss.; VIROTTA, *Costituzione e pena dell'ergastolo*, in *Riv. pen.*, 1956, I, p. 585 ss. La Corte di Cassazione con sent. 16 giugno 1956, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, p. 485, ha dichiarato manifestamente infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'ergastolo.

(308) Si veda sul punto, BRICOLA, *Pene fisse*, cit., p. 202 ss. Un accenno al tema delle pene fisse e all'ergastolo in specie, senza alcun riferimento d'ordine costituzionale, trovasi in G. VASSALLI, *Il potere discrezionale*, cit., p. 740.

il legislatore il limite logico, il rispetto del quale può essere difficilmente verificabile anche sul terreno della legittimità costituzionale, di adottare l'ergastolo solo per casi che, oltre ad essere gravi oggettivamente, corrispondano ad un tipo e ad una costante criminologica sufficientemente univoca (si pensi, ad es., all'omicidio premeditato). Di qui la scarsa opportunità che l'ergastolo sia stabilito per delitti politici, sia pur gravi oggettivamente.

L'esigenza del perseguimento della finalità rieducativa può essere realizzata, quanto all'ergastolo, anzichè sul piano giudiziale su quello esecutivo: a ciò rivelandosi rispondente una regolamentazione che consenta all'ergastolano di conseguire, dopo un certo termine e qualora dimostri di essere « rieducato » (309), la libertà, sia pure condizionata. È questo, tuttavia, un aspetto che esula dal nostro angolo visuale e che viene accolto da una recente riforma legislativa (310). Ci preme soltanto sottolineare come in questi casi la fissità della pena sul piano astratto e giudiziale sia compensata da una certa elasticità in fase esecutiva.

Com'è agevole comprendere, i problemi di maggior rilievo sul punto della costituzionalità della pena fissa si pongono in riferimento alla pena base prevista per ogni singolo reato. La questione può, tuttavia, sorgere tutte le volte in cui l'aumento o la diminuzione della pena-base sono predeterminati in misura fissa da una norma modificativa: ma di ciò si dirà fra breve.

(309) La sussistenza dei presupposti per la liberazione condizionale deve, naturalmente, essere accertata attraverso un giudizio fornito di tutte le garanzie giurisdizionali.

(310) Cfr. la L. 25 novembre 1962, n. 1634 « Modificazioni alle norme del codice penale relative all'ergastolo e alla liberazione condizionale », in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1962, pp. 1068-1069.

10. Fino a questo momento, l'analisi ha avuto per oggetto esclusivo le pene detentive. Ad esse soltanto sembra fare riferimento il 3° comma dell'art. 27: la locuzione « trattamenti contrari al senso di umanità » e l'esigenza di una finalità rieducativa presupponendo, infatti, sanzioni privative della libertà personale, la cui esecuzione si protragga per un certo periodo di tempo, necessario per tentare il reinserimento del reo nel contesto sociale. Dal disposto costituzionale esulano le stesse misure di sicurezza le quali, pur consistendo, quanto al loro *modo di essere* (311), in una restrizione della libertà personale, posseggono, però, un *teleologismo* necessariamente ed esclusivamente rieducativo e, in qualche caso, curativo. L'affermazione del 3° comma dell'art. 27 apparirebbe, dunque, superflua (312) o incompleta nei loro riguardi. D'altro canto, la norma costituzionale, presa nel suo complesso, finisce per circoscrivere, in realtà, la propria sfera di operatività al diritto penale della responsabilità in senso tecnico: il 2° comma ha riguardo all'imputato che « non è considerato *colpevole* sino alla *condanna* definitiva » (locuzioni che assumono un valore univoco e pregnante); lo stesso 1° comma, a prescindere dall'ampio valore che possiede la locuzione « responsabilità » (313), si risolverebbe, quasi integralmente, in una superfetazione rispetto alle misure di sicurezza, posto che esse hanno come presupp-

(311) Per la distinzione tra momento « modale » e momento « teleologico » della misura di sicurezza ci permettiamo di rinviare al nostro *Il principio della fungibilità della carcerazione preventiva con la misura di sicurezza detentiva: sintomo di una progressiva crisi del sistema dualistico?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, p. 838 ss.

(312) Cfr. MOLARI, *Unificazione delle pene e delle misure di sicurezza*, cit., p. 175 ss.

(313) Così, R. VENDITTI, *Il principio della personalità della pena*, cit., p. 567.

sto il reato (o quasi reato), nei cui confronti il principio della personalità della responsabilità penale vale indiscutibilmente e la pericolosità, ossia una qualificazione soggettiva, la quale non può essere pertinente al soggetto che funge da punto di imputazione delle conseguenze in parola (314).

Un discorso più approfondito meritano le pene pecuniarie. Esse non possono farsi rientrare nell'art. 27 comma 3°; esaurendosi, sotto il profilo esecutivo, nel semplice prelievo di una somma di danaro, non è possibile parlare di « trattamenti » nè di funzione rieducativa. Questa « estraneità » delle pene pecuniarie è confermata dal fatto che le numerose trattazioni sul tema della rieducazione (315) assumono quale parametro esclusivo di indagine le pene detentive.

Quale fine perseguono allora le pene pecuniarie? Il problema è particolarmente sfuggente, poichè, come osserva un insigne Maestro (316), esse presentano, sotto il profilo teleologico un'ibrida e incerta natura. La stessa finalità retributiva, che pure appartiene all'essenza logica di ogni pena, appare attenuata, quanto a tali sanzioni, sotto un duplice profilo. Da un lato, la pena pecuniaria non può dirsi integralmente retributiva, quanto al rapporto di

(314) A prescindere dalla confisca che presuppone una pericolosità della cosa che ne forma oggetto e, mediamente, una pericolosità della persona *in relazione alla cosa*. Si noti, inoltre, che un problema di elasticità non ha senso nei confronti delle misure di sicurezza che sono fissate soltanto nel minimo.

(315) Qualche attento rilievo in tema di finalità delle pene pecuniarie si trova in: DELITALA, *Il divieto della reformatio in pejus nel processo penale*, 1927, p. 57 ss.; S. MESSINA, *Il problema dell'ergastolo*, cit., p. 181; PETROCELLI, *La funzione della pena*, in *Scritti giuridici in memoria di E. MASSARI*, 1938, p. 195, nota 1.

(316) PETROCELLI, *La funzione della pena*, loc. cit.

proporzione con la gravità del fatto e la colpevolezza dell'agente. L'affermazione trova puntuale riscontro nell'articolo 24 comma 3° (e nell'art. 26 comma 2° quanto all'ammenda) per il quale, «quando, per le condizioni economiche del reo, la multa stabilita dalla legge può presumersi inefficace, anche se aumentata al massimo, il giudice ha facoltà di aumentarla fino al triplo». Dall'altro lato, essa non può dirsi pena retributiva quanto al carattere afflittivo che quest'ultima possiede per il soggetto colpito, in quanto il sistema offre la possibilità che la pena pecuniaria sia pagata anche da un terzo. Il discorso, a questo punto, potrebbe aprirsi a più ampie prospettive (317): è sufficiente, comunque, porre in luce come sia consentito dalla nostra legge (318) il pagamento della pena pecuniaria da parte di un procuratore, rendendosi in tal modo, praticamente, impossibile il controllo circa l'identità di chi adempie ovvero circa la provenienza del denaro versato. Analogamente, per i minori che non hanno patrimonio o reddito propri, la pena pecuniaria può essere pagata da un terzo con piena tolleranza della legge. Questo carattere delle pene pecuniarie solleva non poche perplessità d'ordine costituzionale in riferimento all'art. 27 comma 1°: posto che il principio della personalità della responsabilità penale esprime, quanto al profilo sanzionatorio dell'illecito, non solo l'esigenza che la sanzione sia rivolta verso il

(317) Cfr., sul punto, FROSALI, *Sistema pen. it.*, III, cit., p. 203 ss.

(318) Affronta, in giurisprudenza, tali problemi, App. Palermo, 10 agosto 1956, in *Giur. sic.*, 1957, p. 268 ss., affermando la nullità, nei rapporti tra privati, delle convenzioni tendenti a trasferire su altri l'onere del pagamento di una pena pecuniaria, senza distinzione tra convenzioni anteriori o posteriori alla consumazione del reato o alla condanna. Nella motivazione della sentenza (p. 270) si riconosce anche, sia pure incidentalmente, la funzione rieducativa della pena pecuniaria.

soggetto che costituisce il punto di imputazione dell'illecito, bensì anche la necessità che il contenuto afflittivo della stessa colpisca direttamente (319) il reo.

Esclusa ogni funzione rieducativa per la pena pecuniaria e circoscrittione il profilo retributivo, null'altra funzione rimane possibile individuare per la stessa se non quella di prevenzione mediante intimidazione, operante sia nella sfera normativa che in sede applicativa (320). In questa prospettiva trovano la loro giustificazione logica gli art. 24 comma 3° e 26 comma 2° c.p.: essi tendono ad impedire che l'applicazione di un'eguale pena pecuniaria a soggetti i quali, pur essendo autori di uno stesso reato e caratterizzati dalla medesima capacità a delinquere, siano titolari di un diverso patrimonio, possa essere sentita in modo diverso e perdere, in tal modo, la propria forza intimidativa nei confronti del soggetto che si trova in più floride condizioni economiche (321). Trattasi di norme le quali, garantendo la piena realizzazione delle finalità della pena pecuniaria, operano allorchè ogni valutazione sul fatto e sulla personalità dell'agente si è ormai esaurita: rilievo che sembra spezzare ogni legame delle medesime con le norme che delineano circostanze aggravanti in senso tecnico (322).

(319) Non si può, infatti, escludere che la pena pecuniaria, pur incidendo sul reo e sulle sostanze, abbia ripercussioni anche sui terzi (ad es. familiari).

(320) In tal senso, MALINVERNI, *Principi di dir. pen. trib.*, cit., p. 101 ss.

(321) Così, GRISPICINI, *Diritto penale italiano*, 1952, I, p. 132.

(322) A proposito della natura giuridica degli art. 24 comma 3° e 26 comma 2° c.p. cfr., fra gli altri: MANZINI, *Sulla facoltà di triplicare l'ammenda per le condizioni economiche del reo*, in *Annali dir. e proc. pen.*, 1938, p. 893 ss.; ONDEI, *Natura giuridica dell'aggravamento discrezionale delle pene pecuniarie*, in *Riv. pen.*, 1936, p. 766 ss.; IDEM, *Ancora sulla natura dell'aggravamento discrezionale delle pene*, in *Giust. pen.*, 1951, II, c. 962 ss.; PIRODDI, *L'aggravamento discrezionale delle pene pecuniarie*, in *Annali dir. e proc. pen.*, 1939, p. 981 ss.; VACCA, *Condizioni economiche del reo e pene pecuniarie*, in *Nuovo dir.*, 1933, p. 725 ss.

Giustificabili da un punto di vista funzionale, facendo dipendere l'aumento di pena dalle sole condizioni economiche del reo, costituiscono l'espressione di una concezione « stratificata » della società (323), che è in antitesi con l'art. 3 della Costituzione (324). Alla stessa funzione di prevenzione mediante intimidazione si ricollega l'art. 24 comma 2° c.p. il quale afferma che « Per i delitti determinati da motivi di lucro, se la legge stabilisce soltanto la pena della reclusione, il giudice può aggiungere la multa da lire duemila a lire ottocentomila »; in un certo senso (325), ciò vale anche per quelle disposizioni della parte speciale del codice o di leggi speciali che, in forma non discrezionale, prevedono l'aggiunta di una pena pecuniaria ovvero l'applicazione congiunta della pena pecuniaria e detentiva, alternativamente ipotizzate nel caso in cui faccia difetto il motivo di lucro (cfr., ad es., l'art. 481 comma 2° c.p.).

Da un punto di vista strutturale, le pene pecuniarie tendono spesso a rapportarsi al danno. L'analogia con il risarcimento è, tuttavia, apparente, poichè dette pene si articolano sempre in un multiplo del danno, che funge soltanto da parametro. Ciò consente alle pene pecuniarie di questo tipo di perseguire la funzione di prevenzione mediante intimidazione, estranea, per contro, al risarcimento del danno, che è misura essenzialmente riparatoria (326).

(323) Il rilievo è di BETTIOL, *Diritto penale*, cit., p. 615.

(324) Per queste ragioni si è da taluno proposto di attribuire, come *pendant*, al giudice il potere di diminuire fino al triplo la pena pecuniaria per i rei meno abbienti: così, SPIZUOCO, *La determinazione della pena ed i poteri del giudice*, in *Giust. pen.*, 1954, II, c. 950, nota 5.

(325) Tenuto conto, cioè, della diversa natura (non discrezionale) di queste circostanze.

(326) Per contro non sembra attribuire un rilievo decisivo a questo aspetto il DELITALA, *Il divieto*, cit., p. 57.

11. Le ultime osservazioni valgono ad introdurre l'esame delle differenti forme in cui si articola la pena pecuniaria. Talora essa è fissata in maniera elastica tra un minimo ed un massimo, analogamente a quanto avviene per le pene detentive. È poi frequente, soprattutto nel campo del diritto penale tributario, l'uso dell'ammenda o della multa « proporzionale », che non hanno limite massimo (art. 27 c.p.) (327). La proporzione viene stabilita secondo il multiplo di un parametro che può essere costituito, ad es., dalla merce sottratta al tributo (art. 90 L. 17 luglio 1942 n. 907 sul monopolio dei sali e dei tabacchi), ovvero dallo stesso tributo evaso (così l'art. 17 del T.U. 8 luglio 1924 delle disposizioni legislative per l'imposta di fabbricazione sulla birra). Il parametro è, talora, rigorosamente determinato (come nel caso del tributo), talaltra, elastico e variabile (si pensi, ad es., all'art. 14 comma 1° R.D.Lg. 5 agosto 1947 n. 871 cit., nella parte in cui dispone per i contravventori al divieto di esercitare la caccia e la pesca entro il perimetro del Parco Nazionale del Gran Paradiso, l'ammenda pari al quintuplo del valore degli animali uccisi o feriti, calcolato in base al prezzo, non sempre univoco, della selvaggina viva). In questi casi, tuttavia, come si è già detto, si tratta di quell'elasticità che è propria degli elementi che postulano un apprezzamento di tipo quantitativo e che, pertanto, non pone un problema di discrezionalità, ma soltanto di complessità di prova: nessun contrasto si delinea con la certezza della pena nei

(327) Non poche perplessità d'ordine costituzionale solleva questa forma di strutturazione delle pene pecuniarie: per analoghe perplessità sorte e, in linea di massima, respinte dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesca, cfr. quanto si è detto alla nota (240).

limiti in cui è richiesta dall'art. 25 comma 2° della Costituzione (328).

Il multiplo si contraddistingue, a sua volta, nelle pene proporzionali a seconda che esso operi in forma fissa (è il caso, ad es., dell'art. 250 c.p. che prevede la multa pari al quintuplo della merce e, in ogni caso, non inferiore a lire 400.000) ovvero elastica tra un minimo ed un massimo

(328) Il problema della legittimità costituzionale delle pene pecuniarie proporzionali è stato, di recente, sfiorato dalla Corte di Cassazione con due sentenze: la prima (Sez. III, 2 marzo 1962, ric. Addeo, in *Cass. pen. Mass.* annotato 1962, p. 718, m. 1307) ha dichiarato manifestamente infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 54 del r.d.l. 15 ottobre 1925 n. 2033 che contempla una pecuniaria in parte fissa e in parte proporzionale all'entità dell'infrazione. Come parametro costituzionale la Corte ha tenuto presente soltanto l'art. 27 comma 1°: l'ostacolo della «fissità» della pena viene superato tramite la constatazione che, in ogni caso, il giudice conserva la possibilità di «... comminare la pena medesima in relazione alla rilevanza e gravità del fatto e alle sue modalità, oltrechè alle qualità del soggetto attivo con la concessione, come nella specie, delle attenuanti generiche». La seconda (Sez. III, 9 luglio 1963, ric. Rizzo, in *Cass. pen. Mass.* annotato, 1963, p. 936, m. 1711, cit.) ha ritenuto manifestamente infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale del r.d. 30 dicembre 1923 n. 3267 che per le infrazioni da esso previste commina pene proporzionali al valore del danno prodotto, la cui determinazione è sostanzialmente rimessa a soggetti non investiti di funzioni giurisdizionali (organi della polizia forestale). Identiche alle precedenti sono le argomentazioni sulle quali la Corte poggia la sua decisione; per quanto attiene all'intervento degli organi della polizia forestale esso non viene ritenuto *vincolante*, posto che «anche in tal caso è riservata al giudice la libera valutazione delle indagini e delle operazioni svolte da tecnici e la conclusione del processo logico sul quale la sentenza è fondata» (cfr., sul punto, quanto s'è detto a p. 342). Nella nota (favorevole) che accompagna questa decisione si osserva, fra l'altro, che «... il principio della legalità della sanzione penale, ex art. 25 comma 2° Cost., ha un valore essenzialmente formale, in quanto attiene, cioè, al tipo di atto normativo abilitato a stabilire la sanzione: legge in senso sostanziale, con esclusione, peraltro, delle fonti normative secondarie (regolamenti). Mentre, dal punto di vista del contenuto e delle modalità di esecuzione della pena, assume soltanto rilievo quanto disposto dall'art. 27 comma 3° e 4° Cost.». L'affermazione non può essere condivisa in quanto dà per scontata — ciò che è, viceversa, da dimostrare — la non incidenza dell'art. 27 comma 3° Cost. riguardo al contenuto di elasticità della pena.

(cfr. ad es. l'art. 22 del D.L. 5 maggio 1957 n. 271 che prevede la multa « ... non inferiore al doppio nè superiore al decuplo dell'importo... ») (329). Nella seconda eventualità, così come nel caso di pena elastica non proporzionale, l'elasticità si risolve secondo i criteri dell'art. 133 1^a e 2^a p. c.p. (330): il potere discrezionale appare, *prima facie*, improntato al perseguimento delle finalità da noi caratterizzate come proprie della pena pecuniaria (finalità retributiva, anche se attenuata, e finalità di prevenzione mediante intimidazione).

Vi sono, infine, ipotesi di multa o di ammenda determinate in misura *assolutamente fissa* (con l'espressione « *relativamente fisse* » alludiamo, infatti, a quelle pene pecuniarie la cui variabilità è assicurata dalla variabilità (331) del parametro): trattasi, per solito, di pene di limitata entità (è il caso, ad es., dell'ammenda di cui all'art. 10 R.D.L. 27 aprile 1924 n. 636: cfr., inoltre, l'art. 54 D.L. 15 ottobre 1925 cui si riferisce la sentenza della Corte costituzionale cit.) (332) e prevalentemente contenute in leggi speciali anteriori all'entrata in vigore del codice penale.

(329) Per quanto concerne la tecnica di strutturazione delle pene pecuniarie in tema di contravvenzioni forestali (da cui prende, appunto, le mosse la seconda sentenza, cit. alla nota precedente, della Corte di Cassazione) cfr. fra gli altri: CANTELMO, *Le contravvenzioni forestali*, in *Riv. dir. agr.*, 1956, p. 179 ss.; FRASSOLDATI, *Le contravvenzioni forestali*, ivi, 1956, p. 78 ss.; LATESSA, *L'istituto della conciliazione nei reati forestali*, ivi, 1951, p. 331 ss.; PANEGROSSI, *La valutazione del danno penale*, ivi, 1951, p. 339 ss.; IDEM, *Il calcolo delle ammende*, ivi, p. 81 ss.

(330) In proposito cfr. BRICOLA, *L'offesa e il danno patrimoniale nel delitto di contrabbando*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.*, 1959, I, p. 358 ss.

(331) La variabilità è garantita da un multiplo minimo e massimo.

(332) Sent. 15 maggio 1963, n. 67, cit., in *Giur. cost.*, 1963, p. 575; in margine alla sent. trovasi un accurato panorama bibliografico degli Autori che accennano al tema delle pene fisse (senza sfiorarne, tuttavia, il profilo costituzionale), cui facciamo rinvio.

L'analisi ha, pertanto, posto in luce l'esistenza di pene pecuniarie prive di elasticità, in quanto tali da neutralizzare integralmente l'accertamento *ex art. 133 c.p.* (pene *assolutamente* fisse), ovvero tali da circoscriverlo al solo n. 2 della prima parte (pene proporzionali a multiplo fisso ovvero *relativamente* fisse): in questo secondo caso, anzi, il parametro non sempre rappresenta nella sua totalità il danno risarcibile derivante da reato (333) (basti pensare ai casi in cui lo stesso è integrato dall'entità del tributo evaso).

Questo tipo di pene, una volta fissato in linea preliminare che le pene pecuniarie esulano dall'ambito del 3° comma dell'art. 27, sembrerebbe prospettare un problema di legittimità costituzionale esclusivamente alla luce di una interpretazione estensiva del principio di eguaglianza: mancherebbe, però, ogni consapevolezza circa il fondamento di «ragionevole differenziazione». Così inquadrato, il tema trascurerebbe un importante strumento esegetico offerto dall'art. 136 c.p. che dispone la conversione delle pene pecuniarie in pene detentive secondo un indice di ragguglio *fisso* (cinquemila lire o frazione di cinquemila lire di pena pecuniaria per ogni giorno di pena detentiva: art. 135 c.p.). La conversione opera nel nostro sistema automaticamente per il solo fatto dell'accertamento della insolubilità del reo: in pratica è come se la pena detentiva, impropriamente definita «per equivalenza», venisse di già irrogata nella sentenza di condanna, subordinatamente al mancato pagamento della pena pecuniaria (334). L'istituto, che è ulteriore espressione di una concezione

(333) Sulla nozione di danno in tema di reati fiscali, cfr. MALINVERNI, *Principi di dir. pen. trib.*, cit., p. 224 ss.

(334) Cfr. BRICOLA, *Pene pecuniarie*, cit., p. 210 ss.

« stratificata » della società è stato ritenuto legittimo dalla Corte costituzionale (335), dovendosi la discriminazione che esso indubbiamente introduce tra i più e i meno abienti ravvisare come *necessaria* a salvaguardare l'*inderogabilità* della pena pecuniaria e la sua funzione preventiva generale.

Alle numerose perplessità a suo tempo rilevate (336), di natura costituzionale e sistematica, che l'istituto solleva, una se ne aggiunge sotto il profilo che attualmente ci riguarda più da vicino: la pena detentiva, frutto della conversione, dovrebbe possedere una finalità rieducativa ex art. 27 comma 3° della Costituzione, mentre, per contro, appare come la risultante di una pena pecuniaria improntata a diversa finalità e non sempre sufficientemente elastica. Trattasi, perciò, di una pena detentiva non sempre adeguata alla personalità dell'agente oltre che al fatto, secondo lo schema dell'art. 133 c.p., costituzionalizzato dal 3° comma dell'art. 27. Nè provvedono, in maniera congrua, a tal fine il sistema delle circostanze e la tipologia soggettiva prevista dal codice penale per le ragioni a suo luogo esposte, a proposito delle pene detentive. Il rilievo

(335) Cfr. sent. 27 marzo 1962 n. 29, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1962, p. 569 ss., con nota di PISANI, *Ricchi e poveri di fronte al processo e di fronte alla pena (appunti in margine ad una sentenza della Corte Costituzionale)*.

(336) BRICOLA, *L'istituto della conversione della pena pecuniaria in pena detentiva alla luce dei principi costituzionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, p. 1073 ss.; IDEM, *Il principio di legalità*, cit., p. 662, cui rinviamo per i richiami bibliografici contenuti nella nota 122. Da ultimo, sul punto, GORLANI, *Conversione delle pene e principio di eguaglianza*, in *Giur. it.*, 1963, I, c. 8 ss. Talune obiezioni sono mosse nei confronti dell'istituto, di recente, da MALINVERNI, *Principi di dir. pen. trib.*, cit., p. 22 ss. Interessanti rilievi critici, con riguardo al diritto penale polacco, sono formulati da E. NEMARK, *La question d'amende dans le cas d'insolvabilité du condamné*, in *Per il cinquantenario della « Riv. pen. »*, 1935, p. 275.

si addice anche agli art. 24 comma 3° e 26 comma 2° i quali, s'è detto, presuppongono già compiuto in sede di graduazione della pena base l'accertamento della personalità.

Si osserva (337): le pene pecuniarie sono stabilite con riguardo a reati i cui autori non sono bisognosi di rieducazione. L'asserto non è valido poichè, da un lato, tradisce la ristretta accezione di « rieducazione » da cui esso muove, dall'altro, non regge, comunque, sul piano astratto, ma necessita di un riscontro per ogni caso concreto, previo accertamento della personalità del reo.

E ancora: le pene pecuniarie sono dirette a sostituire le pene detentive di breve durata le quali risultano, sul piano esecutivo, fortemente diseducative (338). L'affermazione è doppiamente criticabile. Da un lato è parziale: per pene detentive di breve durata intendendosi, malgrado le controversie che regnano in materia, solo quelle non superiori ai sei mesi, ovvero ad un anno (339), mentre, per contro, la pena detentiva *ex art. 136 c.p.* può raggiungere i tre anni, se si tratta di reclusione, ovvero i due anni, se si tratta di arresto. Dall'altro è illogica, in quanto il carattere diseducativo risulta potenziato per quelle pene che non sono adeguate alla personalità del reo. I numerosi espedienti che si suggeriscono per ovviare a tali inconve-

(337) Per la confutazione di questa obiezione cfr., di già, BRICOLA, *Pene pecuniarie*, cit., p. 211 ss.

(338) In materia cfr. *Pene detentive di breve durata*, in *Rass. studi penit.*, 1960, p. 603 ss. Interessanti rilievi sono stati formulati, di recente, da GRAVEN, *La revision des concepts sur les courtes peines privatives de liberté et la peine pécuniaire*, in *Revue pénale suisse*, 1963, p. 401 ss.

(339) Con riguardo alla circostanza che il legislatore italiano prevede, fino a questo limite, la possibilità di sospensione condizionale della pena (art. 163 c.p.).

nienti (340) non avrebbero alcun effetto in assenza di una completa conoscenza delle caratteristiche del reo.

Si noti: il sistema avverte la posizione particolare di coloro che scontano una pena detentiva *ex art. 136 c.p.*, disponendone l'assegnazione a sezioni specializzate degli stabilimenti per la reclusione nonchè l'esclusione dal periodo di isolamento per osservazione (art. 39 n. 3 e 49 comma 2° del Reg. penit. 18 giugno 1931 n. 787) e l'eventuale destinazione a lavori diversi da quelli organizzati nello stabilimento (art. 119 comma 3° reg. cit.). Queste misure appaiono, però, inadeguate e il trattamento rieducativo procede inconsapevolmente se manca l'accertamento della personalità *ex art. 133 c.p.*

12. Dalle osservazioni svolte risulta che, in un sistema fondato sulla conversione, anche le pene pecuniarie perseguono, sia pure in virtù della loro fungibilità con le pene detentive, una finalità rieducativa. Ciò sembra prospettare un forte dubbio di illegittimità costituzionale per tali pene *ex art. 27 comma 3°*, allorquando siano fisse ovvero proporzionali secondo un multiplo fisso. L'assunto ha una portata maggiore per le seconde che non per le prime, posto che esse sono più numerose e, non avendo limite massimo, tendono più frequentemente a raggiungere il grado massimo di conversione (341). Sembra, anzi, singolare che la Corte costituzionale, in sede di esame della legittimità di una pena proporzionale a multiplo fisso, sotto il profilo della variabilità del parametro (342), non abbia,

(340) Cfr. ad es., A. PEDRIAU, *Esecuzione delle brevi pene detentive con il regime della semi-libertà*, in *Scuola pos.*, 1962, p. 393 ss.

(341) Pertanto: le pene pecuniarie proporzionali, indeterminate nel massimo, divengono determinate sotto il profilo della loro convertibilità.

(342) Cfr. Corte Cost. 12 marzo 1962, n. 15 cit.

sia pure incidentalmente, sfiorato il problema. La *ratio* di ciò va individuata nella scarsa consapevolezza critica circa la portata e il significato dell'art. 27 comma 3°; affiorata, poi, nella sentenza da cui il nostro discorso ha preso l'avvio (343). L'asserto conclusivo circa l'incostituzionalità che sembra profilarsi per le pene pecuniarie fisse potrebbe cadere di fronte ad una differente articolazione dell'istituto della conversione. Basti pensare a quei sistemi (adottati da talune legislazioni straniere) (344), in virtù dei quali il giudice, nel pronunciare condanna ad una pena pecuniaria, stabilisce, altresì, nella medesima sentenza, la durata della pena detentiva da scontarsi in caso di insolvenza del condannato, nell'ambito delle aliquote minime e massime di conversione previste dal legislatore (345), ovvero sulla scorta di un indice di ragguaglio non fisso, ma variabile tra un minimo ed un massimo di giorni di carcere per ogni frazione di pena pecuniaria (346). In questi casi, purché siano rispettate le aliquote minime e massime di conversione previste dal legislatore (347), il giudice dispone di un potere discrezionale che gli consente di compiere quel-

(343) Cfr. ESPOSITO, *Le pene fisse*, cit., p. 663 il quale sottolinea come la Corte abbia escluso « ... con sprezzante fermezza che le due... dichiarazioni sulla personalità e sul fine rieducativo delle pene potessero essere prese in considerazione ».

(344) Taluni aspetti peculiari presenta la regolamentazione del codice penale tedesco: cfr., in particolare, l'art. 24 § 3 StGB.

(345) Si veda in proposito il § 3 dell'art. 24 del cod. pen. tedesco. Cfr., anche, i §§ 51 ss. dell'*Entwurf eines Strafgesetzbuches* (StGB) E. 1962, Bonn, p. 158. Sui problemi relativi alle pene pecuniarie nel diritto tedesco cfr., Th. WÜRTEMBERGER, *Die Reform des Geldstrafenwesens*, in *ZStW*, 1952, p. 17 ss.

(346) Auspica un sistema di tal genere, CUCCHIARA, *Le pene brevi detentive*, in *Giust. pen.*, 1960, I, c. 436.

(347) Il sistema appare, altresì, conforme al principio di legalità della pena, assunto nel senso sopra delineato.

l'adeguamento della pena alla personalità del reo che è impedito dalla pena pecuniaria fissa.

La conclusione raggiunta è, inoltre, condizionata dalla diversa strutturazione delle ipotesi sanzionatorie. Si consideri il caso di quelle norme che si concretano nella previsione alternativa di una pena pecuniaria fissa e di una pena detentiva elastica. Non può per esse parlarsi senz'altro di incostituzionalità, poichè la possibilità di un adeguamento alla personalità dell'agente sussiste, quanto meno in relazione alla specie della sanzione (348). Un margine di dubbio offrono, invece, quelle ipotesi sanzionatorie così articolate: in primo luogo, il legislatore stabilisce una pena pecuniaria fissa e, successivamente, nello stesso comma o in un comma successivo (349), una pena detentiva elastica aggiunta per i casi di « particolare gravità ». Improntato a questa tecnica normativa è lo stesso art. 54 R.D.L. 15 ottobre 1925 n. 2033 (e successive modificazioni), di cui s'è detto in precedenza. Il margine di dubbio circa la legittimità costituzionale dell'ipotesi è il riflesso dell'incertezza che verte sulla qualificazione giuridica della « particolare gravità ». Infatti: se essa va considerata come una circostanza aggravante sia pure « indefinita », individuabile nel caso concreto sulla scorta dei parametri di cui alla prima parte dell'art. 133 c.p. (350), ne consegue necessariamente l'incostituzionalità della pena pecuniaria fissa; per contro, identificata l'ipotesi come una

(348) Qualche dubbio sorge, per contro, quanto all'ipotesi di una pena detentiva fissa e di una pena pecuniaria elastica, previste congiuntamente ovvero in forma alternativa. L'ipotesi non sembra, tuttavia, avere riscontro nel nostro sistema positivo.

(349) Per l'esame della differente articolazione sintattica del discorso legislativo in queste ipotesi, cfr. PEDRAZZI, nota cit. alla sent. Sez. Un. pen. 30 maggio 1959, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1960, p. 211.

(350) Sul punto cfr. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite*, cit., p. 44.

tecnica peculiare di strutturazione della pena-base, il cui contenuto va stabilito alla stregua dell'art. 133 nel suo complesso, essa si salva, sul piano costituzionale, consentendo un adeguamento della pena alla personalità dell'agente, quanto meno sotto il profilo della determinazione del contenuto della pena base. Resta, infine, da considerare un'ulteriore ipotesi: quella in cui si abbia previsione congiunta di pena detentiva elastica e di pena pecuniaria proporzionale con multiplo fisso (es. art. 250 e 251 c.p.). Ciascuna delle due pene può perseguire la propria diversa finalità: la prima adeguandosi al fatto e alla personalità dell'agente, la seconda rapportandosi al parametro del danno (351). La legittimità costituzionale di queste ipotesi sanzionatorie è salva alla luce dell'art. 27 comma 3°, impregiudicato restando il problema sotto il profilo del più generico principio di eguaglianza.

Le nostre osservazioni hanno individuato una frattura costituzionale nel sistema delle pene pecuniarie, cui è possibile porre rimedio, *de jure condendo*, attraverso la soppressione o modificazione dell'istituto della conversione e che può, quanto meno, essere attenuata con il trasferimento, autorevolmente auspicato (352), di una cospicua parte di reati sanzionati con la sola pena pecuniaria nel settore delle trasgressioni amministrative o tributarie. Infatti: sia la tendenza della pena pecuniaria a cristallizzarsi

(351) Questa possibilità di differente orientazione delle due pene viene segnalata frequentemente dalla giurisprudenza per i casi di previsione congiunta di pena pecuniaria e di pena detentiva, entrambe in forma elastica. Cfr., per tutte, Cass. 6 marzo 1961, in *Giust. pen.*, 1961, II, c. 647, m. 1380. In tal senso, MANZINI, *Trattato di dir. pen. it.*, 3ª ed., III, 1950, p. 15.

(352) Per tutti, cfr. DELITALA, *Responsabilità e pena*, in *Justitia*, 1962, p. 350. Per questa esigenza, nel diritto francese e tedesco, cfr. quanto s'è detto alla nota (245).

su di un parametro oggettivo, ruotante attorno al danno, sia la sensibile atrofizzazione che in ordine a tali reati subisce il principio *nulla poena sine iudicio* attraverso la possibilità dell'oblazione o della conciliazione amministrativa (353), sono spesso il sintomo più evidente dell'estraneità ontologica di essi al diritto penale vero e proprio, che riemerge superando la resistenza offerta dagli stessi principî costituzionali (354).

13. Il nostro *excursus* potrebbe a questo punto interrompersi, ma il problema non sarebbe prospettato nella sua interezza se non si accennasse a quell'ulteriore aspetto sanzionatorio che è costituito dalle pene accessorie. Anche rispetto a tali sanzioni la dottrina (355) ha lasciato fino ad oggi in ombra l'aspetto relativo alla loro qualificazione sotto il profilo del fine. A noi sembra che, per approdare a tale risultato, occorra muovere dall'indubbia correlazione che il 3° comma dell'art. 27 della Costituzione stabilisce tra la nozione di « trattamento » e quella di « rieducazione »; una sanzione in tanto può mirare a reinserire l'individuo nel contesto sociale con la chiara consapevolezza dei valori che ne formano il substrato, in quanto possessa una certa durata e si svolga secondo l'arco di un periodo

(353) Sul punto, DELITALA, *Responsabilità e pena*, cit., p. 350.

(354) Il riflesso di questa condizione di « estraneità » traluce, talvolta, per alcuni reati contravvenzionali anche sul piano processuale: per un puntuale riscontro di questo assunto, in un caso di specie, cfr. BRICOLA, *Dubbi e incertezze sulla qualificazione giuridica di un singolare potere dell'ingegnere capo del genio civile in ordine all'azione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1964, p. 263.

(355) Quanto alla finalità delle pene accessorie cfr. talune osservazioni di DELITALA, *Il divieto*, cit., p. 57. Cfr., inoltre, S. MESSINA, *Il problema dell'ergastolo*, cit., p. 181, nota 75 e dello stesso Autore, *Teoria generale dei delitti contro l'onore*, 1953, p. 13, nota 19 (il quale assimila, per certi profili, le pene accessorie alle misure di sicurezza).

esecutivo che consenta l'opera di recupero. Nulla di tutto ciò — si è detto — si riscontra per la pena pecuniaria che esaurisce il suo effetto all'atto (356) del pagamento della somma corrispondente.

Poste queste premesse, solo in senso parziale può dirsi che le pene accessorie perseguano un fine rieducativo: sono, infatti, sanzioni di durata che, però, non si snodano attraverso un periodo esecutivo in senso stretto. Per cui: l'equiparazione da taluno (357) prospettata tra le misure di sicurezza e le pene accessorie non regge del tutto, in quanto il fine di prevenzione speciale non è quantitativamente coincidente ed è ontologicamente differenziato. Anche sotto il profilo teleologico, le pene accessorie hanno, dunque, una posizione subordinata e integratrice di quella propria delle pene principali. Analogamente dicasi per il fine retributivo che si accompagna a quello di prevenzione speciale, come momento coesenziale, da un punto di vista logico, ad ogni sanzione punitiva. Esso si individua con chiarezza per quelle pene accessorie che si traducono nella privazione o sospensione di diritti, uffici ecc., i quali hanno costituito lo strumento di realizzazione del reato ed hanno impresso al fatto un più intenso disvalore (si rifletta, ad es., sulla correlazione tra pene accessorie e reati propri) (358). Il tema è suggestivo e meriterebbe una ben più ampia trattazione: a noi preme, per il momento, sottolineare come la peculiarità che connota il finalismo rieducativo nelle pene accessorie giustifichi, da un punto di vista di legittimità costituzionale, la loro prevalente strut-

(356) Cfr. DELITALA, *Il divieto*, cit., p. 67.

(357) S. MESSINA, *Teoria generale dei delitti contro l'onore*, cit., p. 13, nota 19.

(358) Cfr. BRICOLA, *Pene fisse*, cit., p. 215.

turazione sotto il profilo del *quantum*: o in forma fissa ovvero in chiave di elasticità solo *apparente*, posto che la loro durata viene commisurata, entro certi margini, prefissati in linea generale, per ogni tipo di pena accessoria, su quella della pena principale (359). Non mancano, come

(359) Con specifico riguardo alla discrezionalità in tema di pene accessorie cfr., fra gli altri: BELLAVISTA, *Il potere discrezionale*, cit., p. 13; ALOISI, *Manuale pratico di proc. pen.*, vol. IV, Milano, 1943, p. 81 ss.; F. P. GABRIELI, *I poteri discrezionali del giudice penale: natura, limiti, controlli*, in *Arch. pen.*, 1945, p. 367; S. MESSINA, *La discrezionalità*, cit., p. 80 ss. Tradizionalmente si afferma, per contro, che le pene accessorie si applicano *ipso jure*. Conseguentemente, l'automaticità viene assunta a requisito essenziale di esse e viene negata tale qualificazione a quelle conseguenze sanzionatorie che hanno carattere discrezionale. L'*iter* logico delineato viene di frequente seguito per negare alla sospensione e revoca della patente la qualifica di «pena accessoria»: dato il suo carattere discrezionale, sia per quanto attiene al *quantum* (della sospensione), sia per quanto concerne la scelta fra la sospensione e la revoca, condizionata soltanto alla «particolare gravità del caso» (ossia ad una formula che si traduce in una assenza di definizione dell'oggetto della valutazione ed in un rinvio al caso concreto); quanto ai criteri che devono guidare il giudice nella scelta tra la sospensione e la revoca della patente cfr.; Cass. 16 ottobre 1963, Sofo ric., in *Cass. pen.*, Mass. annotato, 1964, p. 369, m. 607 e precedenti ivi richiamati. Per una critica di questo tipo di argomentazione cfr. fra gli altri: MILANA, *Natura giuridica della sospensione o revoca della patente di guida comminata dal giudice penale*, in *Arch. giur. circ. e sin. strad.*, 1962, p. 336; PALLADINO, *Il provvedimento giudiziale di sospensione o revoca della patente di guida*, in *Corti Brescia*, 1960, p. 705; i quali sottolineano come la discrezionalità non sia una componente del tutto estranea al settore delle pene accessorie. Accade, peraltro, che a comprova dell'assunto si citino gli art. 31 e 35 c.p. (cfr., ad es., PALLADINO, *op. e loc. cit.*). Inesattamente: posto che l'«abuso dei poteri o la violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione ecc.» che condizionano l'applicabilità dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici o dalla professione, arte, industria, o dal commercio o mestiere (art. 31) ovvero della sospensione dall'esercizio di una professione o di un'arte, sono soltanto formule di normazione sintetica che non implicano alcuna discrezionalità nel senso tecnico da noi precisato. Un'ipotesi di genuina discrezionalità sull'*an* è, viceversa, quella dell'art. 32, comma 3° c.p. che accorda (in chiave di eccezione: «salvo che il giudice disponga altrimenti») al giudice il potere di astenersi dall'applicazione della sospensione dall'esercizio della patria potestà o dell'autorità maritale nei casi di condanna alla reclusione per un tempo non inferiore a cinque anni.

La distinzione tra pene accessorie *automatiche* o *discrezionali* assume

meglio chiarirà l'analisi dettagliata della III Parte — e sono pienamente legittime sul piano costituzionale — ipotesi costruite nella forma di un'elasticità *reale*: malgrado, infatti, la diffusa convinzione che le pene accessorie siano applicabili *ipso iure* (360), esistono, in tale settore, casi di discrezionalità sia sull'*an* (si pensi, ad es., all'art. 32 cpv. c.p.), sia sul *quomodo* (vd., ad es., l'art. 36 c.p.), sia, infine, sul *quantum*, ove si accetti, contrariamente a quanto si sosterrà nella III Parte, quella tesi dottrinale e giurisprudenziale (361) secondo la quale, laddove, soprattutto nelle leggi speciali, sono previste ipotesi di pene accessorie di durata compresa tra un minimo ed un massimo edittale a carattere speciale (362), la determinazione della

un concreto rilievo processuale, a proposito della *sedes* di applicazione (cfr. da ultima, Cass. 3 giugno 1963, confl. in c. Carolei, in *Giust. pen.*, 1964, II, c. 177): mentre per le prime si discute se il giudice abbia la *facoltà* di applicarle nella sentenza di condanna ovvero il dovere di lasciarne l'applicazione agli organi dell'esecuzione (a proposito di tale alternativa cfr. PISANI, *Il divieto della « reformatio in pejus »*, cit., p. 66, nota (3)), per le seconde si ritiene concordemente che l'applicabilità ne sia preclusa agli organi dell'esecuzione, al punto che l'omissione nella sentenza di condanna ne determinerebbe l'ineseguibilità. Sul punto, fra gli altri: ALOISI, *Manuale*, cit., p. 81 ss.; F. P. GABRIELI, voce *Pene accessorie*, in *Enc. for.*, V, Milano, 1960, p. 560. Quanto alle ripercussioni che la distinzione può avere in tema di *reformatio in pejus*, cfr. PISANI, *Il divieto della « reformatio in pejus »*, cit., p. 69.

(360) Per le implicazioni che si ricavano da tale asserto cfr. quanto s'è detto alla nota precedente.

(361) Cfr., Cass. 29 marzo 1960, ric. Buda, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1961, p. 507 (con riguardo alla pena accessoria speciale prevista per il reato di bancarotta semplice, dall'art. 217 r.d. 16 marzo 1942, n. 267), con nota di FRISOLI, *Durata delle pene accessorie speciali nella bancarotta semplice*, cui facciamo rinvio per una rassegna della dottrina favorevole all'orientamento giurisprudenziale citato.

(362) In questi casi si ritiene, attraverso un'inesatta interpretazione dell'art. 37 c.p., che la durata della pena accessoria sia « espressamente determinata » e che, pertanto, non si regoli su quella della pena principale inflitta al reo.

loro entità in concreto dovrebbe avvenire alla luce dell'art. 133 c.p. e dei criteri ivi ipotizzati.

Con l'esame delle pene accessorie fisse, la nostra analisi si avvia verso la conclusione, avendo ormai esaurito la sua funzione che era, appunto, quella di porre in luce come il problema dell'eliminazione delle pene fisse si inquadri non solo sullo sfondo dei generali principî di eguaglianza e di giustizia, ma si riporti a paradigmi costituzionali più precisi ed univoci. Essa si proponeva, inoltre, il compito di chiarire come ed entro quali limiti la generica vincolatività alla legge del profilo sanzionatorio dell'illecito penale, risultante dall'art. 25 comma 2° della Costituzione, si stemperi alla luce dell'interesse alla rieducazione del reo che fa da supporto all'art. 27 comma 3°. Non si tratta tanto della prevalenza di un interesse garantito da una norma costituzionale su di un altro salvaguardato da norma di pari grado (fenomeno non certo infrequente anche nel campo delle interrelazioni tra norme costituzionali (363)), bensì della chiarificazione del contenuto reale di una norma ad opera di un'altra.

14. Alcune osservazioni conclusive: com'è agevole comprendere, i problemi di maggior rilievo sul punto della legittimità costituzionale della pena fissa, si pongono in riferimento alla pena prevista dalla norma costitutiva; ma la questione può sorgere anche tutte le volte in cui l'au-

(363) Per un caso di subordinazione di un interesse tutelato da una norma costituzionale a quello garantito da una diversa disposizione della Carta, cfr. M. GALLO, *La « disapplicazione » per invalidità costituzionale della legge penale incriminatrice*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, p. 741 ss.: l'Autore sostiene la prevalenza dell'art. 25 rispetto all'art. 136 in un'ipotesi determinata. Un accenno a questi problemi di coordinazione tra le varie norme costituzionali trovasi in ELIA, *Libertà personale*, cit., p. 51.

mento o la diminuzione della pena, per un reato circostanziato, sono predeterminati in misura fissa dal legislatore. Com'è noto, infatti, l'incidenza delle circostanze sulla pena-base avviene in due modi fondamentali: o per aumento (o diminuzione) predeterminato edittalmente dal legislatore (*in misura fissa* o attraverso l'indicazione del limite minimo e del limite massimo); o per aumento (o diminuzione) frazionario che il giudice stesso deve operare sulla pena base nel rispetto del limite massimo fissato, rispettivamente, per le aggravanti e le attenuanti, dagli art. 64 e 65 c.p. La tecnica normativa fondata sull'aumento (o diminuzione) predeterminato in misura fissa può sollevare qualche dubbio di natura costituzionale nella prospettiva dell'art. 27 comma 3°.

Riprendiamo le osservazioni svolte a proposito della sfera di operatività dell'art. 25 comma 2°. Si è detto: dal disposto costituzionale esulano le norme modificative; per esse, in virtù del principio di gerarchia delle fonti la riserva di legge opera in forma relativa, con la conseguenza della piena legittimità del rinvio al potere discrezionale del giudice penale per la strutturazione sia dell'aspetto precettivo che del profilo sanzionatorio. Unico limite: la norma modificativa deve, da un lato, fissare lo scopo in vista del quale va ricavato, in concreto, il valore positivo o negativo che integra la circostanza; dall'altro, il limite massimo o minimo di aumento o diminuzione della pena base. Per le norme modificative integrate da una circostanza aggravante non va, però, dimenticato, quanto all'aspetto precettivo, il limite che l'obbligo di contestazione, espressione del diritto di difesa costituzionalmente riconosciuto (art. 24), frappone ad una strutturazione delle medesime in chiave discrezionale: l'ulteriore sviluppo

dell'indagine porrà in luce un possibile modo di conciliare la duplice esigenza (elasticità della norma modificativa, da un lato, rigidità della stessa, in funzione della contestazione, dall'altro). Per inciso, va, inoltre, sottolineato come l'importanza della distinzione tra norma modificativa e costitutiva (ossia, in specie (364), fra reato circostanziato e reato autonomo) risulti ribadita anche sotto il profilo della diversa estensione che assume rispetto ad ognuna di esse la riserva di legge. Di qui un ulteriore stimolo pratico che si offre alla dottrina per tracciare, con un certo rigore (365), il criterio differenziale (e diagnostico) tra le due categorie di norme.

Un aspetto del problema ne esce chiarito: gli aumenti (o le diminuzioni) che si producono, in forma elastica, in ordine alla pena-base per effetto di circostanze, sono del tutto legittimi costituzionalmente. Resta, piuttosto, da stabilire se questa elasticità sia o meno necessaria, ovvero se gli eventuali aumenti (o diminuzioni) predeterminati in misura tassativa (particolarmente frequente: si pensi ad es. ai casi in cui la pena è raddoppiata (366) per effetto

(364) A nostro avviso, infatti (cfr. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite*, cit., p. 36) le due categorie delle norme modificative della punibilità e delle circostanze del reato in senso stretto non coincidono rigorosamente: vi sono elementi (es. aumento di pena fino al triplo ex art. 24 comma 3° e 26 comma 2° c.p.) che, pur rientrando nella prima, non appartengono alla seconda.

(365) Circa i criteri formulati dalla dottrina per distinguere un elemento essenziale da una circostanza, cfr. M. GALLO, *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1949, p. 560; C.F. GROSSO, *Struttura e sistematica dei c.d. « delitti aggravati dall'evento »*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1963, p. 494 e bibliografia ivi citata; e, da ultimo, MARINI, *Profili di una teoria del reato circostanziato*, Milano 1963, *passim*.

(366) Per questo tipo di circostanze, in ordine alle quali si controverte se la pena possa dirsi o meno « indipendente da quella ordinaria

della circostanza aggravante) siano o meno incostituzionali. Il parametro di valutazione è nuovamente offerto dall'articolo 27 comma 3. Si è precisato: questa normativa costituzionale, attribuendo alla pena una funzione rieducativa, sollecita una preliminare conoscenza diretta (367) della personalità dell'agente e, perciò, costituzionalizza l'art. 133 (soprattutto nella sua seconda parte) che, almeno in sede di fissazione della pena base, è rivolto a tal fine. Ne discende che risultano funzionalmente raccordabili con l'articolo 27 comma 3° e, perciò, necessariamente strutturabili in forma discrezionale soltanto quegli istituti che si fondano su di una valutazione *diretta* della personalità del reo. Tale non è il caso delle circostanze del reato le quali, per loro stessa natura (368), sono dirette a colmare o rendere meno sensibile la frattura che si può venire a determinare, per effetto del processo di tipicizzazione delle fattispecie penali, tra lo schema astratto di un certo fatto criminoso e la sua realizzazione concreta ad opera di un soggetto empirico: a prescindere, naturalmente, da quel limitato numero di circostanze aventi un carattere essenzialmente soggettivo (369).

Il riferimento alla personalità del reo, ove si tratti di

del reato », agli effetti dell'applicabilità dell'art. 69 c.p., cfr. fra gli altri: MONTONE, *Se la sanzione prevista per le circostanze aggravanti e formulata con l'espressione « la pena è raddoppiata » sia da considerarsi indipendente da quella ordinaria del reato agli effetti del giudizio di equivalenza o di prevalenza a norma dell'art. 69 comma 4° c.p.*, in *Temi nap.*, 1961, II, p. 188 ss.; PIACENZA, *Giudizio di prevalenza o di equivalenza fra circostanze: un caso particolare di esclusione*, in *Giust. pen.*, 1954, II, c. 37 ss.

(367) E non solo mediata dal fatto.

(368) Così CONTENTO, *Introduzione allo studio delle circostanze*, Bari 1962, p. 2.

(369) Per un esame accurato delle varie circostanze cfr. MALINVERNI, voce *Circostanze del reato*, cit., p. 75 ss.

circostanze di natura discrezionale, ha soltanto un valore *mediato* essendo rivolto a cogliere, in concreto, la dimensione reale del disvalore del fatto. Nelle circostanze si fa capo al reo per meglio illuminare il fatto; mentre, per contro, nella determinazione della pena-base *ex art. 133 c.p.* si procede dal fatto per giungere ad una ricostruzione *diretta* del tipo d'autore (370). Coloro che attribuiscono alle circostanze valore sintomatico della capacità a delinquere del reo (371) fanno leva su di un ragionamento che si sviluppa attraverso le seguenti movenze: nelle circostanze a struttura discrezionale ovvero in quelle definite dal legislatore, che comportano, però, un aumento (o una diminuzione) in misura elastica (372), la determinazione si raggiunge, in concreto, tramite il riferimento all'*art. 133 c.p.*, che funge da canone normativo di indagine per tutte le ipotesi discrezionali; poichè tale norma, nella sua seconda parte, accenna alla capacità a delinquere, ne risulta che la valutazione di essa sostanzia anche l'ossatura delle circostanze e ne viene a costituire il fondamento.

L'argomentazione è fondata sul consueto equivoco concettualistico a suo tempo sottolineato: per tutte le ipotesi discrezionali si fa appello, come canone di certezza, all'*art. 133 c.p.* e si finisce per definire la natura e la funzione di esse sulla scorta di quest'ultimo, anzichè svolgere per ciascuna ipotesi un'indagine ermeneutica preliminare diretta ad enuclearne la natura e il significato nel sistema. Seguendo quest'ultimo procedimento metodologico (373),

(370) Sul punto cfr. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite*, cit., p. 37.

(371) In tal senso è orientato MALINVERNI, voce *Circostanze del reato*, loc. cit.

(372) Per le circostanze che determinano un aumento (o una diminuzione) in misura fissa cfr. la nota (366-bis).

(373) Tale procedimento è seguito, ad es., da MALINVERNI, voce *Circostanze del reato*, cit., p. 74.

dimostriamo, nell'ulteriore sviluppo dell'indagine, come solo in forza della *funzione* di ogni circostanza discrezionale, preliminarmente accertata, sia possibile determinare i valori che il caso concreto è idoneo ad esprimere e che sono suscettibili di integrare lo schema normativamente vuoto o incompleto della circostanza (374): valori che potranno anche coincidere con taluni aspetti dell'art. 133, ma ciò soltanto a causa dell'onnicomprendività di tale previsione normativa. Analogamente quanto alla fissazione della misura dell'aumento o della diminuzione della pena-base: essa dipende dall'intensità che in concreto assume quel valore positivo o negativo che integra la circostanza, tipica o discrezionale che sia. Anche l'accertamento di questa intensità può dipendere da taluno dei fattori *ex art.* 133 c.p. 1^a e 2^a parte(375), ma la prospettiva dell'indagine è funzionalmente diversa.

I risultati dell'analisi che sarà da noi successivamente sviluppata, scontati in linea aprioristica, ci consentono di formulare il seguente assunto: le circostanze, o almeno gran parte di esse, non vanno *de jure condito* assunte come sintomo della capacità a delinquere del reo. Non ponendo esse in gioco *direttamente* la personalità dell'agente, esulano dalla sfera di operatività dell'art. 27 comma 3°: di qui la piena legittimità costituzionale degli aumenti (o diminuzioni) di pena secondo una misura fissa. Si badi: diversamente andrebbe impostato il problema qualora alle cir-

(374) Per circostanze a paradigma completamente vuoto intendiamo, ad es., le aggravanti *indefinite* o le attenuanti generiche; per circostanze a paradigma incompleto intendiamo, ad es., l'art. 114 comma 1^o c.p.

(375) Tenta di svincolare la determinazione del coefficiente di aumento (o di diminuzione) della pena per le circostanze da un integrale rinvio all'art. 133, Cass. 28 aprile 1955, P.M. e Trovalusci, in *Giust. pen.* 1955, II, c. 881, m. 809.

costanze si attribuisse lo stesso ruolo che vien svolto da quelle *improprie ex art. 133 c.p.*; capovolgimento di prospettiva cui non s'opporrebbe l'art. 27 comma 3° che, anzi, sembra, pur prendendo atto del sistema attuale (376), stimolare un'evoluzione in senso più adeguato alla finalità rieducativa della pena, nel rispetto, però, del limite fissato dall'art. 25 comma 2° per la vicenda costitutiva della punibilità (377). E ancora: pur conservando le circostanze anche *de jure condendo* il loro attuale ruolo (378), un'eliminazione delle misure fisse di aumento o diminuzione sembra auspicabile in nome di una più rigorosa realizzazione del principio di uguaglianza, inteso nella sua ampia accezione, ossia come assoluta differenziazione dei distinti (379). In questa direzione potrebbe operare la riforma in atto del codice penale, in quanto ispirata al criterio di un rafforzamento del potere discrezionale del giudice (380).

Per completare questo tipo d'indagine, si può ribadire come le norme estensive, esulino dall'ambito dell'art. 25 comma 2° della Costituzione, con la conseguenza che la riserva di legge opera per esse, in forza del principio di gerarchia delle fonti, nella sua forma relativa. Le cause estintive possono, pertanto, essere affidate al potere discre-

(376) Ossia la distinzione tra pene e misure di sicurezza, tra la sfera della « responsabilità » e quella della « garanzia » (come dimostra la distinta consacrazione del principio di legalità per le pene, art. 25 comma 2°, e per le misure di sicurezza, art. 25 comma 3°).

(377) Per questi problemi cfr. MOLARI, *Unificazione delle pene e delle misure di sicurezza*, loc. cit.

(378) Cfr., in proposito, il nostro studio *Le aggravanti indefinite*, cit.

(379) Nega, per contro, ogni funzione propulsiva al principio costituzionale di eguaglianza in tal senso nel settore delle pene, ESPOSITO, *Pene fisse*, cit.

(380) Cfr., per il relativo disegno di legge, RIV. it. dir. e proc. pen., 1964, p. 110 ss.

zionale del giudice: ciò vale, soprattutto, per quelle che si fondano su caratteristiche particolari della personalità del soggetto. Questa constatazione di fondo perde, tuttavia, la sua linearità a causa della prevalente incidenza che in tale settore finiscono per avere le ragioni di politica criminale. Una casistica delle varie ipotesi sarà tentata nella III Parte dell'indagine; per il momento ci preme porre l'accento su quelle peculiari cause di estinzione del reato (381) che si sostanziano in un « pentimento operoso » del reo. In un sistema più nettamente orientato in senso rieducativo tali cause dovrebbero essere costruite in forma discrezionale, onde dar modo al giudice di valutare se la condotta, successiva alla consumazione del reato, posta in essere dal reo al fine di attenuare o riparare le conseguenze, sia il risultato di un sincero pentimento e, quindi, l'espressione dell'inesistenza di una capacità a delinquere. Ragioni di politica criminale, per contro, e cioè il timore che l'affidamento al potere discrezionale del giudice ne renda incerta l'applicazione, diminuendo la loro forza di « ponti d'oro » gettati al delinquente (382), finiscono per prevalere sulle esigenze di prevenzione speciale e per renderne obbligatoria la concessione, quale che sia la genesi psicologica del ravvedimento (383). L'esempio dimostra in maniera palmare i con-

(381) Sul punto ci permettiamo di fare rinvio al nostro *Fatto del non imputabile*, cit., p. 159 ss.

(382) Così vengono qualificate le forme di ravvedimento da ANTOLISEI, *Manuale di dir. pen. parte gen.*, 5^a ed., cit., p. 376.

(383) Un certo riferimento alla genesi psicologica del ravvedimento sembra postulato dalla necessità che esso sia *volontario*. Non va, tuttavia, confusa la *volontarietà* con la *spontaneità*: cfr., sul tema, BRICOLA, *Fatto del non imputabile*, cit., p. 170. Di qui l'impossibilità di qualificare, con piena esattezza, tali forme di ravvedimento come « cause di esclusione della capacità a delinquere »: orientato in questo senso è, viceversa, S. MESSINA, *La desistenza volontaria dal tentativo come causa di esclusione della*

dizionamenti cui va soggetta la realizzazione del binomio discrezionalità del giudice-perseguimento della finalità rieducativa nel settore delle norme estintive (384).

capacità a delinquere, cit., p. 11 ss. Non mancano, in ogni caso, ipotesi eccezionali di cause di esclusione della pena fondate sul ravvedimento a carattere discrezionale: così dicasi dell'art. 7 ult. cpv. d.lg.lt. 27 luglio 1944 n. 159 (sanzioni contro il fascismo) che accordava al giudice il potere di dichiarare non punibile il colpevole di uno dei reati previsti nel Titolo I, qualora nella lotta contro i tedeschi si fosse particolarmente distinto con atti di valore. Questa norma si distaccava, tuttavia, dal consueto schema delle forme di ravvedimento che si traducono nel compimento di un'attività successiva al reato rivolta alla elisione o neutralizzazione degli effetti del reato. Il pentimento del reo si proietta, infine, in una valutazione discrezionale della personalità del reo quale « condotta susseguente al reato » ex art. 133 2ª p. n. 3 c.p.

(384) Quanto alle cause estintive del reato o della pena e alla portata che rispetto ad esse assume, nel nostro sistema positivo, il potere discrezionale del giudice, si dirà nella III Parte dell'indagine. In questa sede ci limitiamo a tracciare le linee essenziali della successiva analisi. La vicenda estintiva può concretarsi in: a) fatti naturali; b) atti dell'autorità; c) negozi giuridici. Sotto il profilo a) l'effetto estintivo può essere prodotto dal decorso del tempo (*prescrizione*) ovvero dalla *morte del reo*; in forma automatica, posto che in questa prospettiva nessun potere discrezionale è riservato al giudice penale. Solo a proposito della prescrizione può parlarsi di una *discrezionalità indiretta*, dovuta al fatto che sul computo del tempo necessario a prescrivere un reato di un certo tipo possono influire fattori di natura discrezionale (si pensi, ad es., malgrado qualche perplessità sollevata in dottrina e in giurisprudenza, alle attenuanti *generiche* ovvero alle aggravanti *indefinite*: cfr., in proposito, BRICOTA, *Le aggravanti indefinite*, cit., p. 53 ss.). Sotto il profilo b) l'effetto estintivo può conseguire da un provvedimento di amnistia, indulto o grazia ovvero dal perdono giudiziale, dalla liberazione condizionale oppure dal decorso *positivo* del tempo nella sospensione condizionale della pena. Queste vicende estintive possono ulteriormente distinguersi a seconda che l'atto della autorità abbia carattere *generale* (amnistia e indulto) ovvero *particolare*: la distinzione assume particolare rilievo ai nostri fini, in quanto il carattere *generale* delle prime si oppone ad una loro strutturazione in chiave discrezionale. Diversamente andrebbe impostato il problema qualora l'amnistia e l'indulto fossero dettati da ragioni politico-criminologiche e non esclusivamente politiche, come avviene tuttora. Le seconde, per contro, postulando un'indagine sulla personalità del reo, hanno carattere necessariamente discrezionale: affine al perdono giudiziale viene considerata la causa di esclusione della pena a carattere discrezionale pre-

15. Nello stesso settore delle misure di sicurezza si è sempre avvertita l'esigenza di un pieno rispetto della legalità: i problemi relativi alla compatibilità di queste sanzioni con i principî essenziali dello Stato di diritto sono particolarmente vivi nella nostra dottrina (385), nonchè in quella di altri paesi (386). La riprova di ciò si ha nel fatto che in

vista dall'art. 210 c.p.m.p. secondo il quale il giudice, nel caso di sfida, accettazione di sfida od uso delle armi in duello tra eguali, *quando ricorrono circostanze di particolare valore morale, può astenersi dal rinviare a giudizio e qualora si proceda al giudizio può, nella stessa sentenza, astenersi dal pronunciare condanna* (formula analoga a quella che il legislatore usa in tema di perdono giudiziale). Fanno leva su tale affinità: AZZALI, *I reati di duello*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1964, p. 1145; CIARDI, *Istituzioni di dir. pen. mil.*, II, Roma, 1950, p. 199; *contra*, SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, cit., p. 298. Sul significato del potere discrezionale nell'art. 210 c.p.m.p. e sulla conseguente qualificazione giuridica della causa di esclusione della pena in esso ipotizzata, torneremo diffusamente nella III Parte dell'indagine.

Una seconda suddivisione attiene al carattere giurisdizionale o amministrativo dell'organo incaricato di applicare tali cause: essa può influire, secondo quanto a suo tempo si è osservato, sul contenuto e sulle modalità di esercizio della discrezionalità (si pensi ad es. alla liberazione condizionale la cui concessione è discrezionalmente affidata al Ministro di Grazia e Giustizia). Sotto il profilo c) l'effetto estintivo può discendere dalla remissione di querela (accettata) ovvero dall'oblazione (o conciliazione amministrativa). Analogamente alla querela, nessuna problema di discrezionalità prospetta la sua remissione, anch'essa espressione dell'autonomia della volontà privata. Diversamente per la conciliazione amministrativa, posto che talora l'accettazione dell'istanza di oblazione dipende da un atto discrezionale dell'autorità. Della natura *amministrativa* di quest'ultima non si può non tener conto nella fissazione del contenuto e delle modalità di esercizio della discrezionalità. Queste le linee schematiche (per una tripartizione delle vicende estintive cfr. CRESPI, *Sospensione condizionale della pena e capacità elettorale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, II, p. 92) lungo le quali dovrà snodarsi nella III Parte l'analisi dei rapporti tra discrezionalità e fenomeno estintivo.

(385) Il più autorevole studioso di questi problemi è il BERTIOL: di questo insigne Autore vedi, da ultimo, *I problemi di fondo delle misure di sicurezza*, in *Stato di diritto e misure di sicurezza, Convegno di diritto penale di Bressanone*, 1961, cit., p. 1 ss.

(386) Per un'eco di questa problematica negli altri paesi cfr. le relazioni di HEINITZ, GLASER, BOUZAT, SOLNAR, DA COSTA, nel vol. cit. *Stato di*

quei sistemi costituzionali che fissano il principio di legalità solo in rapporto alle pene, esso viene esteso, attraverso sforzi interpretativi, alle stesse misure di sicurezza (387). Nel nostro sistema, per contro, il principio è distintamente formulato per le pene e le misure di sicurezza: sia al livello

diritto e misure di sicurezza, cit. Quanto al diritto austriaco, cfr. NOWAKOWSKI, *Zur Rechtsstaatlichkeit der Vorbeugenden Massnahmen*, in *Festschrift für H. von WEBER*, cit., p. 98 ss.

(387) Per il diritto francese cfr., ma con qualche motivo di perplessità, BOUZAT, *Traité de droit pénal*, cit., I, p. 90, nota 1; J.B. HERZOC, *La réforme* cit., p. 64. Nel diritto tedesco più forti sono i dubbi circa l'estensione dell'art. 103 II GG alle misure di sicurezza: ciò è dovuto, fra l'altro, al carattere più spiccatamente amministrativo che si attribuisce a tali sanzioni. Cfr. MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz*, cit. Art. 103 II 45 ss., che fa leva soprattutto sulla diversa regolamentazione che in materia di retroattività è adottata dal § 2 comma 4° StGB in tema di misure di sicurezza. Circa il divieto di analogia esso opererebbe per tali sanzioni non tanto in forza dell'Art. 103 II GG, quanto piuttosto in forza di un principio generale che vuole circoscritti nella sfera della stretta legalità tutti gli attacchi ai c.d. *Grundrechte*. Nel senso, viceversa, di una riferibilità dell'Art. 103 II GG alle stesse misure di sicurezza sono orientati, fra gli altri: BRUNS, *Zur rechtsdogmatischen Problematik strafrichterlicher Auflagen*, in *NJW*, 1959, p. 1395; IDEM, *Rechtsgrundlage und Zulässigkeitsgrenzen strafrichterlicher Auflagen und Weisungen*, in *GA*, 1959, p. 207; SAX, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, in BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, *Die Grundrechte*, vol. III, 2, cit., p. 100; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuchkommentar*, 10 ed., 1962, p. 45 ss. Si badi: questi Autori ritengono applicabile alle misure di sicurezza l'art. 103 II GG solo per la parte in cui esso sancisce il principio di legalità; non per l'aspetto concernente il divieto di retroattività. Pur muovendo da punti di vista diversi, unico è il punto d'arrivo: l'affermazione dell'esigenza di legalità anche per le misure di sicurezza che, secondo taluno, scaturirebbe dall'art. 103 II GG, secondo altri (es. STREE, *Deliktsfolgen*, cit., p. 35) da un principio inerente allo Stato di diritto. Elemento differenziale: nella seconda alternativa, la garanzia costituzionale non sarebbe costituita da una norma specifica, a meno che non si riconducano le misure di sicurezza nella prospettiva dell'Art. 104 II GG. La garanzia sarebbe, anzi, in tal caso, rafforzata dal richiamo esplicito che l'Art. 104 II GG fa ad una « legge formale », quale fondamento per ogni restrizione della libertà personale. A questa norma si riaggancia infatti la Corte costituzionale tedesca, nella sentenza 30 gennaio 1953 (in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. II, p. 118) che ribadisce la costituzionalità della *Sicherungsverwahrung*.

della normazione ordinaria (art. 199 c.p.: « Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa preveduti »), sia al livello della normazione costituzionale (il 3° comma dell'art. 25 dispone: « Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza al di fuori dei casi previsti dalla legge »).

È interessante rilevare come l'estensione del principio di legalità alle misure di sicurezza si è venuta gradualmente prospettando all'attenzione dei costituenti, mentre non figurava nelle prime formulazioni dell'attuale articolo 25 (388): ciò pare, fra l'altro, attribuibile a quella tacita convinzione circa l'estraneità della materia penale in generale alla Costituzione e la sua migliore collocazione nel codice penale, nel codice di procedura penale ovvero nei regolamenti di diritto penitenziario, già a suo tempo segnalata (389), piuttosto che non ad una scarsa consapevolezza critica da parte dei costituenti circa il profondo valore di garanzia che il principio di legalità assume anche rispetto a tali misure.

Seguiamo, in sintesi, i lavori preparatori della Costituente sul punto (390). Nell'art. 5 proposto, su iniziativa dei relatori On. La Pira e Basso, in sede di Prima Sottocommissione, scaturita dalla tripartizione della c.d. Commissione dei 75, nulla si diceva intorno alle misure di sicurezza: esso era, infatti, così formulato: « Nessuno può essere sottoposto a processo nè punito se non in virtù di

(388) Tali diverse formulazioni sono già state a suo tempo citate (cfr. p. 333).

(389) Cfr. p. 335.

(390) A tal fine utilizziamo la precisa ricostruzione dell'*iter* che ha condotto alla formulazione dell'art. 25, compiuta da P. G. LUCIFREDI, *Note sulla rilevanza costituzionale*, cit., p. 1630 ss.

una legge entrata in vigore anteriormente al fatto commesso. Non possono essere irrogate che le pene tassativamente fissate dalla legge. La responsabilità è personale... » (il testo dell'articolo si snodava, poi, attraverso i problemi del fine e della natura della pena, concludendosi con il divieto della pena di morte). Le successive modificazioni di detto articolo che precedettero la sua presentazione all'esame della Commissione per la Costituzione in seduta plenaria, riguardarono soltanto la sua numerazione progressiva e la sua formulazione letterale. L'iniziale art. 5 divenne, così, l'art. 19 redatto in tal guisa: « Nessuno può essere distolto dal suo giudice naturale precostituito per legge, nè può essere punito se non in virtù di una legge in vigore prima del fatto commesso e con la pena in esso prevista, salvo che la legge posteriore sia più favorevole al reo ». Questo, articolato successivamente su proposta dell'on. Leone in due commi separati, il testo proposto all'esame dell'Assemblea. Dalla vivace discussione che ne seguì (391), scaturì il testo attuale dell'art. 25; il terzo comma di esso è il risultato di un emendamento Bettiol-Leone, illustrato dal primo firmatario ed accolto senz'altro dal Presidente della Prima Sottocommissione On. Tupini, il quale ne sottolineò l'esauriente svolgimento da parte dell'On. Bettiol. Nel suo intervento (392) il presentatore aveva posto in luce il valore di « necessario » complemento che caratterizzava l'estensione del principio di legalità alle misure di sicurezza, posto che anche quest'ultime incidono fortemente sulla libertà personale: sarebbe, altrimenti, il nostro sistema

(391) Cfr., in proposito, *Res. Ass. Cost., Discussioni*, vol. III, cit., pp. 2490-2876.

(392) Pone l'accento su questo intervento dell'On. BETTIOL, ELIA, *Libertà personale*, cit., p. 10.

costituzionale apparso oltremodo disorganico qualora, circoscrivendo nel rispetto della più assoluta legalità le pene (art. 25 comma 1°) e le misure restrittive della libertà personale funzionalmente coordinate al processo penale (articolo 13 comma 2°), avesse lasciato al di fuori di ogni garanzia le misure di sicurezza.

Dall'esame dei lavori preparatori e, soprattutto, dall'intervento dell'On. Bettiol è possibile ricavare un duplice asserto. In primo luogo, non sembra esservi dubbio che con il 3° comma dell'art. 25 si sia voluto fare riferimento esclusivo alle misure di sicurezza che si applicano « in occasione della perpetrazione di un reato » (o di un quasi reato) (393). Dal combinato disposto del 2° e del 3° comma dell'art. 25 scaturisce, pertanto, il pieno riconoscimento della legittimità costituzionale del c.d. sistema del doppio binario, così com'è delineato dal nostro codice penale (394).

Si badi: ciò non significa ancora, come taluno (395) ritiene, che questo sistema sia costituzionalmente *imposto* come l'unico legittimo. La Costituzione prende semplicemente atto della struttura vigente, riconoscendone la legittimità, lasciando, tuttavia, libero il legislatore futuro di articolare diversamente i rapporti fra i due tipi di sanzioni: come si desume dal sensibile accostamento della pena alla misura di sicurezza che l'art. 27 comma 3° compie, attribuendole una funzione rieducativa e dalla legittimità costituzionale di una pena indeterminata nel massimo, ricavabile dal contrappunto sistematico degli art. 27 comma 3° e 25 com.

(393) Così ELIA, *Libertà personale*, cit., p. 13.

(394) Chiaro e costante è, infatti, il riferimento, durante i lavori preparatori, alla legislazione vigente nel periodo dell'Assemblea Costituente in materia di misure di sicurezza: sul punto, ELIA, *op. cit.*, p. 12, nota (27).

(395) *Contra*, NUVOLONE, *Norme penali e principi costituzionali*, cit., p. 1256.

ma 2°. Pienamente conforme al dettato costituzionale sarebbe l'adozione — da taluno (396) proposta — nei confronti di certe categorie di delinquenti (397), di un trattamento unitario, indeterminato nel massimo, ed avente i caratteri della pena o della misura di sicurezza, a seconda della personalità del soggetto (398).

In secondo luogo, dalla « gradualità » del processo che ha condotto al riconoscimento costituzionale delle misure di sicurezza e dal significato di « completamento » che esso assume — come emerge dalla relazione dell'On Bettiol — rispetto al sistema delle garanzie della libertà personale, pare doversi desumere (399) il valore tassativo della previsione costituzionale delle misure restrittive di tale libertà. Ogni forma, cioè, di sofferenza morale e fisica, inflitta in via definitiva o provvisoria (e funzionalmente connessa ad un procedimento penale) dagli organi statali, non può non rientrare nelle fattispecie normative della pena, della misura di sicurezza, ovvero delle misure cui allude l'art. 13 comma 2° della Costituzione. Se ciò è esatto — ma non è nostro compito portare oltre il discorso —, forti dubbi di illegittimità costituzionale si addensano (400) su quelle misure di prevenzione *ante delictum* che configurano un trattamento affittivo: difficilmente dissipabili, com'è stato acutamente dimostrato (401), anche in una prospettiva che

(396) Cfr. gli Autori citati in M. PORZIO, *Gli attuali orientamenti*, cit., p. 406.

(397) Trattasi, sostanzialmente, dei delinquenti abituali, professionali e per tendenza.

(398) Cfr. NUVOLONE, *Il problema dell'unificazione della pena e delle misure di sicurezza*, in *Riv. pen.*, 1954, p. 125 ss.

(399) Così, ELIA, *Libertà personale*, cit., p. 12 ss.

(400) Cfr. ELIA, *op. e loc. cit.*

(401) ELIA, *op. cit.*, p. 43 ss.

accentui l'esigenza di una giurisdizionalizzazione più intensa del procedimento diretto alla loro applicazione.

Il dato che salta più evidente agli occhi dell'interprete, in sede di analisi del disposto costituzionale è rappresentato dalla sua maggiore sinteticità rispetto all'art. 199 c.p.: analogo rilievo si è di già formulato a proposito dei rapporti tra l'art. 25 comma 2° della Costituzione e l'art. 1 c.p. Infatti, mentre l'art. 199 enuncia il principio di legalità con riferimento, distintamente, sia al profilo della fattispecie (« ... fuori dei *casi* dalla legge stessa preveduti ») sia a quello sanzionatorio (« Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano *espressamente* stabilite dalla legge... »), l'art. 25 comma 3° sintetizza i due aspetti in un'unica articolazione sintattica (« Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza al di fuori dei casi previsti dalla legge »). Scompare, inoltre, nella normativa costituzionale il riferimento al carattere « espresso » della previsione legale del profilo sanzionatorio.

La differente formulazione delle due disposizioni non è sintomo di una diversità sostanziale di contenuto. La particolare sinteticità, tuttavia, dell'art. 25 comma 3° potrà valere in seguito, soprattutto se raffrontata con il 1° comma, come prezioso ausilio interpretativo. Scompare, inoltre, nel settore delle misure di sicurezza, l'esigenza della necessaria « precostituzione » della previsione legale, potendo le norme relative, in ossequio al rigoroso dettame della prevenzione, atteggiarsi in forma chiaramente retroattiva (402).

(402) Le trattazioni specifiche sul punto non sono particolarmente numerose nella dottrina italiana. Qualche accenno si trova, oltre che nei manuali di parte generale, in E. BATTAGLINI, *Osservazioni sulla successione di leggi nel tempo in materia di misure di sicurezza*, in *Giust. pen.*, 1951, II, c. 864 ss.; A. LEONE, *Il regime amministrativo e giudiziario delle misure di sicurezza*, Roma, 1948, p. 60 ss.; e, inoltre, ESPOSTO, *Irretroattività e « legalità » delle pene*, cit., p. 99 ss.

Il bene della certezza del diritto subisce, in tal modo, una forte incrinatura, quanto ad un suo profilo di primaria importanza, per far largo all'attuazione di quella finalità di prevenzione speciale, che, pur non essendo enunciata dalla Costituzione per le misure di sicurezza, si desume *a fortiori* dall'art. 27 comma 3°. Sintomo questo che vale a mettere in guardia l'interprete, fin dai suoi primi passi, circa gli ulteriori cedimenti che la certezza del diritto, anche nei suoi altri aspetti, è destinata a subire in questo settore, di fronte alla preminente esigenza di accertare in concreto la personalità dell'agente, esigenza che è inscindibilmente concatenata alla realizzazione della finalità di prevenzione speciale. Questa sensazione si trasformerà in consapevolezza critica a seguito di una più dettagliata esegesi dell'articolo 25 comma 3°.

Una precisazione si rende però indispensabile fin da ora: la correlazione esistente nel nostro sistema positivo tra reato (o quasi reato) e misure di sicurezza, e di cui, come s'è detto, la Costituzione prende atto (403), fa sì che, in virtù del disposto dell'art. 25 comma 2°, il divieto di retroattività continui ad operare per quel settore della norma-garanzia (404) che è, appunto, integrato da tale presupposto. In altri termini: tale correlazione induce a svuotare di contenuto, sul piano pratico e fino al limite in cui essa può ritenersi operativa (405), il principio fissato nel-

(403) Cfr. quanto s'è detto sopra a p. 398.

(404) Per « norma garanzia » intendiamo quel complesso di elementi che il diritto positivo richiede per l'imputazione delle varie misure di sicurezza. Per un maggiore approfondimento cfr. BRICOLA, *Fatto del non imputabile*, cit., p. 86 ss.

(405) Cfr., ad es.; ESPOSITO, *Irretroattività e « legalità » delle pene*, cit., p. 99 ss.; l'illustre Autore, rilevata, in modo forse troppo radicale, la pratica inapplicabilità del principio di « retroattività », data la correlazione esistente tra reato (o quasi reato) e misure di sicurezza, capovolge la portata

l'art. 25 comma 3°. L'assunto rende, altresì, consapevole l'interprete circa il punto di confine al di là del quale soltanto si può parlare di un attacco al dogma della certezza del diritto.

Esaminiamo ora distintamente il significato della norma costituzionale con riguardo, prima, alla fattispecie di garanzia e, successivamente, alla misura di sicurezza; rispettando, sul piano metodologico, quella che era l'articolazione separata dell'art. 199 c.p.

Dalla correlazione esistente tra reato e misure di sicurezza discende che anche in tale settore la riserva di legge (406) opera in forma assoluta. Di qui ogni preclusione

dell'art. 25 comma 3° Cost.: ravvisando in esso, anziché una norma che prende atto del sistema del doppio binario, una disposizione che vincolerebbe *de jure condendo* il legislatore penale a ricollegare le misure di sicurezza alle sole situazioni di pericolosità non legate all'esplicazione di un'attività delittuosa penalmente sanzionata (*op. cit.*, p. 100). Senonché: questa ricostruzione della portata dell'art. 25 comma 3° Cost. è in antitesi con i lavori preparatori, in precedenza da noi segnalati. Per un caso specifico di riferimento alla legge vigente al momento dell'applicazione, anziché a quella vigente al tempo del commesso reato cfr. Cass., 8 marzo 1951, Andolfetto ric., in *Giust. pen.*, 1951, II, c. 983, m. 685. Il problema del *limite* a partire dal quale può dirsi operante il principio di cui all'art. 200 c.p., (costituzionalizzato dall'art. 25 comma 3°), di per sé estraneo all'oggetto dell'indagine, deve imporsi all'attenzione dello studioso. *Quid juris*, ad es., nel caso in cui Tizio, infermo di mente, abbia commesso un fatto che solo all'epoca del giudizio, per effetto di una norma incriminatrice successiva, costituisca reato? Potrà disporsi il ricovero in manicomio giudiziario, se il fatto raggiunge gli estremi di gravità previsti dall'art. 222 c.p.? A nostro sommo avviso — ma il tema esigerebbe un ben più ampio approfondimento — la risposta ha da essere negativa, posto che si violerebbe in tal guisa, anche se non ne discende l'applicazione di una pena, il principio di cui all'art. 25 comma 2° Cost. Diversamente, ci pare, qualora, per determinare la *durata* del ricovero in manicomio giudiziario si tenesse conto di un inasprimento sanzionatorio previsto per il reato commesso da una legge successiva.

(406) Per l'operatività della riserva a favore della sola legge *statale* cfr. il nostro *Principio di legalità*, cit., p. 648.

all'intervento autonomo (407) del potere esecutivo: estremamente opportuna, dato il pericolo che queste misure si trasformino, soprattutto in periodi di crisi, in strumenti di arbitrio politico (408). Sembrerebbe derivarne, comunque, altresì, l'esclusione di ogni potere discrezionale del giudice: conseguenza singolare se si pon mente che la vicenda costitutiva che determina l'assoggettabilità a misure di sicurezza si articola attraverso la presenza di un reato (o quasi-reato), di taluni limiti *estrinseci* e, soprattutto, di una fattispecie soggettiva di pericolosità che, a prescindere dai casi in cui essa viene presunta (*juris et de jure*) sulla scorta di elementi oggettivi, va ricavata *in concreto*, ex art. 203 c.p., tramite il riferimento al paradigma di giudizio costituito dall'art. 133 c.p., arricchito talora da limiti *intrinseci* maggiormente univoci. Il Costituente che, con l'art. 25 comma 3°, ha, come s'è detto, preso atto del sistema vigente in tema di misure di sicurezza, non può, nel contempo, avere voluto misconoscere tale realtà, rinserrando tutta la vicenda costitutiva in materia di misure di sicurezza nel quadro della legge: se tale fosse l'intento del Costituente, il legislatore ordinario sarebbe vincolato a costruire soltanto fattispecie soggettive di pericolosità presunta con riferimento ad elementi obiettivi chiaramente descritti. Si determinerebbe, in tal guisa, un automatismo tale da comportare un pieno rispetto del principio di legalità, ma, nel contempo, gravi perplessità e inconvenienti sul piano criminologico (409). È la stessa realizzazione della

(407) La preclusione non funziona, viceversa, per gli atti normativi del potere esecutivo (decreti-legge, decreti-legislativi) equiparati alla legge formale (art. 76-77 Cost.).

(408) Sottolinea questo profilo specialmente il BETTIOL, *Aspetti etico-politici delle misure di sicurezza*, in *Jus*, 1941, p. 677 ss.

(409) Per gli inconvenienti che sono prodotti da tale automatismo cfr. BRICOLA, *Fatto del non imputabile*, cit., p. 8. Sottolinea la possibilità

funzione di prevenzione speciale che, desumibile per le misure di sicurezza *a fortiori* dall'art. 27 comma 3° della Costituzione, condiziona, presupponendo un'adeguata valutazione delle qualità criminologiche dell'agente, una deroga del carattere assoluto della riserva di legge a favore del potere discrezionale del giudice: il riferimento alla funzione, mentre, nel settore delle pene, legittima momenti di discrezionalità quanto alla scelta del tipo e alla determinazione del *quantum*, nel settore delle misure di sicurezza, rende lecita l'intrusione del potere discrezionale nella stessa vicenda costitutiva. Ma fino a che limite? La locuzione usata dall'art. 25 comma 3° può di già essere sintomatica in proposito, in ispecie se raffrontata con quella del 1° comma. Quest'ultima, infatti, pare assorbire nella necessaria previsione legale tutta la vicenda costitutiva della punibilità; di contro, l'espressione « casi stabiliti dalla legge » cui è vincolata l'applicazione delle misure di sicurezza appare più generica. Per « caso » non si intende necessariamente tutto l'insieme dei dati (fattispecie) condizionanti l'applicazione dell'effetto sanzionatorio. Con tale locuzione il Costituente ha voluto semplicemente indicare che al legislatore spetta il compito di fissare a quale tipo di reati (o quasi-reati) e a quale grado di gravità dei medesimi (410) va

di formulare un giudizio immediatamente affermativo circa il rispetto del principio di legalità, quanto alle ipotesi di pericolosità presunta, NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema della garanzie*, cit., p. 176.

(410) L'affermazione del principio di legalità in tema di misure di sicurezza, anche a livello costituzionale, pone l'interprete di fronte a delicati quesiti. Si discute, ad es., se una misura di sicurezza, ricollegata automaticamente alla commissione di un certo reato, tramite una presunzione (assoluta) di pericolosità, debba applicarsi anche se il reato si arresta allo stadio del tentativo. Il problema poteva, ad es., prospettarsi per gli art. 532-536 in relazione all'art. 538 c.p. (abrogati dalla L. 20 febbraio 1958, n. 75; quanto al problema della sopravvivenza della misura di sicurezza detentiva

ricollegato il giudizio *in concreto* di pericolosità (art. 204 c.p.), che è presupposto imprescindibile per l'applicabilità delle misure di sicurezza, nonché di determinare, nei li-

ex art. 538 c.p. in relazione alle fattispecie previste dalla nuova legge, cfr., per tutti: R. VENDITTI, *Reati previsti dalla legge Merlin e misure di sicurezza detentive*, in *Giur. it.*, 1961, II, c. 155 ss. In senso positivo, cfr., da ultimo, Cass. 18 ottobre 1963, Bellei ric., in *Giust. pen.*, 1964, II, c. 390, m. 475). In effetti, l'unica sentenza che si è prospettato il problema (Cass. 5 giugno 1935, Arrichiello ric., in *Giust. pen.*, 1936, II, c. 519), concerneva una fattispecie di tentata costrizione alla prostituzione in danno della moglie. Essa diede al quesito una risposta affermativa, fondata sull'identità di pericolosità dell'agente che il tentativo rivela rispetto alla fattispecie consumata.

La soluzione non può accogliersi per diversi motivi. Anzitutto: il tentativo costituisce una fattispecie autonoma rispetto al reato consumato, secondo l'opinione della prevalente dottrina (da ultimo, SINISCALCO, *La struttura del delitto tentato*, Milano 1959). La norma estensiva dell'art. 56 c.p., pur attingendo dalle varie disposizioni di parte speciale con cui viene a contatto gli elementi che stanno alla base della propria previsione, dà vita ad una nuova ipotesi criminosa, come tale sottratta all'ambito della norma che incrimina l'ipotesi della consumazione (così, AZZALI, *In tema di applicabilità della pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici in ordine al tentativo dei delitti di peculato, malversazione e concussione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1964, p. 227). Pertanto: l'applicabilità al tentativo della misura di sicurezza prevista per il reato consumato può aver luogo soltanto in forza di un procedimento analogico che urta contro il disposto degli art. 199 c.p. e 25 comma 3° Cost. Non sembra neppure sussistere l'*eadem ratio* che è presupposto indefettibile per l'utilizzazione dello strumento analogico. Infatti: essa non può essere rappresentata dall'identità di interesse tutelato dalla fattispecie tentata e consumata (su questo elemento, al di fuori di ogni aggancio al procedimento analogico, fa leva il FROSALI, *Sistema pen. it.*, vol. II, cit., p. 456, per fondare la soluzione positiva), posto che si tratta di un dato obiettivo che nulla ha a che vedere con la pericolosità dell'agente. Né l'*eadem ratio* può essere ravvisata nell'identità di pericolosità che il tentativo esprime rispetto al reato consumato. L'assunto (fatto proprio dalla sent. Cass. 5 giugno 1935 Arrichiello ric., cit.) è del tutto aprioristico e può, in certi casi, non avere alcun riscontro concreto. Inoltre: l'inammissibilità dell'estensione analogica si può cogliere meglio allorchè si consideri che la misura di sicurezza, nei casi in cui si discute, presuppone una pericolosità di tipo *legalistico* che, per essere radicata su di un dato esclusivamente obiettivo (commissione del reato), suscita forti perplessità sul piano criminologico (per i casi di *pericolosità legalistica*, cfr. BRICOLA, *Fatto del non imputabile*, cit., p. 8 ss.). L'eccezionalità dell'ipotesi *legalistica* ne esclude l'estensione al di là dei limiti normativi.

miti del possibile, i limiti estrinseci e intrinseci di detto giudizio. Quando l'ipotizzazione di questi ultimi neutralizza il rinvio al caso concreto (casi di pericolosità pre-

La soluzione accolta, rispettosa dei principi costituzionali, pone in luce una certa incongruenza del sistema: il giudice che ha il dovere di applicare la misura di sicurezza nel caso di consumazione del reato e il potere (discrezionale) di sottoporre l'agente a libertà vigilata (art. 49 c.p.) ove l'azione sia inidonea o l'oggetto inesistente, non può irrogare alcuna misura nell'eventualità in cui la fattispecie si arresti allo stadio del tentativo. È un'incongruenza cui si potrebbe ovviare — nel presupposto che si voglia conservare la presunzione di pericolosità per il reato consumato — introducendo una disposizione che espressamente trasformi, nel caso di reato tentato, la pericolosità da presunta in accertabile (la soluzione è proposta, pur muovendo da un angolo visuale diverso, dal FROSALI, *Sistema pen. it.*, vol. III, cit., p. 457).

Le osservazioni svolte non concernono, com'è ovvio, le ipotesi in cui la misura di sicurezza viene stabilita non tanto in rapporto al tipo di reato, quanto piuttosto al *quantum* di pena irrogato in concreto, ovvero *astrattamente* applicabile (se si tratta di soggetto non imputabile ex art. 222 c.p.).

Per ragioni di connessione ricordiamo che il problema è prospettato anche in tema di pene accessorie (cfr. AZZALI, *In tema di applicabilità della pena accessoria*, cit., p. 227; CONTIERI, *Il delitto tentato e le pene accessorie*, in *Foro pen.*, 1948, p. 375 ss.; FRISOLI, *Tentativo e pene accessorie*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1949, p. 320 ss.; PEDRAZZI, *Pubblicazione della sentenza di condanna in caso di delitto tentato*, *ivi*, 1951, p. 343 ss.). Con taluni limiti logici: non sorge, cioè, laddove la legge incardina la pena accessoria sulla specie e sulla quantità della pena principale inflitta (art. 29 p.p., 32, 36 c.p.; art. 28-33 c.p. mil. pace); o quando la pena accessoria procede dalla dichiarazione di abitudine o di professionalità nel delitto o di tendenza a delinquere (es. art. 29 cpv. 1° c.p.), o dall'applicazione di una misura di sicurezza (art. 33 p.p. n. 2 c.p.m.p.); ovvero se la pena accessoria è disposta per qualunque delitto commesso con l'abuso dei poteri o con la violazione dei doveri inerenti ad una qualità o ad uno stato dell'agente (art. 31-34 cpv. 1° c.p.). La giurisprudenza appare nettamente orientata per la soluzione positiva (cfr. Cass. 29 ottobre 1963, Ognibene ric., in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1964, p. 227; *Idem*, 13 febbraio 1951, ric. Milano, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, p. 343 con nota di PEDRAZZI, cit.; *Id.* 15 luglio 1948, ric. Predotti, in *Foro pen.*, 1948, c. 554). Data l'autonomia della fattispecie tentata, il procedimento rivolto ad estendere ad essa l'applicazione della pena accessoria prevista per il reato consumato, svela il suo carattere *analogico*, che si pone in antitesi con l'art. 1 c.p. e con l'art. 25 comma 2° Cost., tali da ricomprendere, come a suo tempo si è dimostrato, anche le pene accessorie.

sunta) « caso stabilito dalla legge » è locuzione che finisce praticamente per coincidere con l'intera vicenda costitutiva. Trattasi, tuttavia, di una coincidenza che, pie-

Il risultato è identico a quello raggiunto per le misure di sicurezza. Non altrettanto, il fondamento argomentativo. Infatti: per le pene accessorie, non può dirsi insussistente l'*eadem ratio* che condiziona l'applicazione dello strumento analogico. Se, ad es., una pena accessoria è stabilita in considerazione dell'obiettività giuridica del reato ed è diretta ad impedire che siano ancora affidate, permanentemente o per un certo tempo, funzioni pubbliche a chi ha dimostrato di volersene servire per trarre illecito profitto, anziché nell'interesse pubblico, non vi è dubbio che tale *ratio* non viene meno, e non è neanche attenuata, laddove l'evento non si verifichi per circostanze estranee alla volontà dell'agente (su questo argomento, ma senza badare all'« autonomia » del tentativo e all'ostacolo costituito dal principio di legalità, fa leva la giurisprudenza; nello stesso senso, con riguardo alla peculiare *ratio* della pubblicazione della sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 518 c.p., cfr. PEDRAZZI, *Pubblicazione della sentenza di condanna*, cit., p. 345). Per una tendenza a desumere l'applicabilità dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici di cui all'art. 314 cpv. c.p. attraverso un'interpretazione estensiva della locuzione « circostanze attenuanti » tale da ricomprendere lo stesso tentativo, cfr. Cass. 29 ottobre 1963, ric. Ognibene, ci., p. 227 con nota di AZZALI, *In tema di applicabilità della pena accessoria*, cit.

Sempre in rapporto alla tematica del principio di legalità in materia di misure di sicurezza può prospettarsi un particolare quesito: è applicabile la libertà vigilata ex art. 49 ult. cpv. c.p. nel caso di insufficienza di prove sull'idoneità dell'azione o sull'esistenza dell'oggetto? L'ostacolo sembra costituito dal fatto che l'art. 49 comma 2° richiede, quale limite *estrinseco* della fattispecie di garanzia, l'« esclusione della punibilità » (in tal senso cfr. Cass. 20 giugno 1953, Fragiocondo, in *Riv. pen.*, 1953, II, p. 665, quanto ad una fattispecie di proscioglimento dall'imputazione di tentato aborto di donna consenziente per insufficienza di prove sull'esistenza o meno della gravidanza). Esso è superabile ove si pensi che, se la legge consente la libertà vigilata quando è *certo* che l'azione è inidonea o l'oggetto inesistente, *a fortiori* deve ammetterla quando sussista il *dubbio* circa la possibilità di applicare la pena, ovvero circa l'idoneità dell'azione ovvero la sussistenza dell'oggetto. L'argomentazione si snoda secondo le cadenze dell'interpretazione logica *a minori ad maius*, cioè dell'interpretazione estensiva, al di fuori di ogni utilizzazione dello strumento analogico, inammissibile anche quanto ai limiti *estrinseci* del giudizio di pericolosità (in tal senso, FROSALI, *Sistema pen. it.*, vol. III,* cit., p. 492 ss.; cfr., altresì, REMASCHI, *Reato erroneamente supposto e misure di sicurezza*, in *Giur. compl.*

namente legittima sotto il profilo dell'art. 25 comma 3°, può suscitare, qualora non abbia una rispondenza criminologica, non poche perplessità sotto il profilo dell'idoneità a garantire il perseguimento della finalità di prevenzione speciale.

Tale essendo il significato attribuibile alla normativa costituzionale, l'analisi più dettagliata della III Parte chiarirà quali fra le varie fattispecie soggettive di pericolosità soddisfino appieno le esigenze della legalità. Un punto deve essere, tuttavia chiarito in via preliminare: il margine di discrezionalità è destinato ad apparire tanto meno arbitrario quanto più dettagliata è l'ipotizzazione dei limiti *estrinseci* che costituiscono il vestibolo « astratto » di tale giudizio « in concreto ». E ancora: per quanto attiene ai c.d. limiti *intrinseci*, diretti cioè a guidare dall'interno la valutazione della pericolosità sociale, non sembra che il richiamo operato dall'art. 204 c.p. all'art. 133 esaurisca tutte le esigenze della legalità. E ciò perchè, com'è stato acutamente osservato (411), « l'art. 133 che serve di base anche per la determinazione della pena in concreto, e quindi per un giudizio del tutto differente sulla personalità, contiene elementi e criteri eterogenei, generici, e spesso equivoci, per inquadrare in uno schema sufficientemente preciso la fattispecie di pericolosità ». Il rilievo vale *a for-*

Cass. pen., 1959, IV-V, p. 95). Il risultato raggiunto conserva per l'interprete un margine di perplessità. Ci si può, infatti, domandare se la sentenza di proscioglimento per insufficienza di prove possa irrogare sanzioni criminali, sia pure diverse dalle pene. Ma si tratta di un quesito strettamente processuale che esula dalla nostra prospettiva. Punto fermo: l'assoluta inapplicabilità della libertà vigilata nel caso di insufficienza di prove circa l'essersi commesso il fatto o l'essere il soggetto autore del fatto. Analogo discorso va fatto quanto all'art 115 c.p.

(411) NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie*, cit., p. 177.

tiori ove si muova dall'assunto, da noi sviluppato, secondo il quale l'art. 133, anzichè fungere da norma limite, si identifica con una previsione *onnicomprendiva*. Senonchè tale onnicomprensività, se non è suscettibile di convertire il potere discrezionale del giudice in arbitrio nel settore della misurazione della pena, appare pericolosa laddove si ricollega funzionalmente ad un giudizio di indole essenzialmente criminologica (com'è appunto quello di cui all'articolo 204 c.p.). Molti elementi, idonei a consentire l'enucleazione di un particolare disvalore del fatto (si pensi ad es. al fattore della gravità del danno) divengono equivoci o addirittura inespressivi da un punto di vista criminologico. Per cui viene sollecitata autorevolmente (412) «una riforma, nel senso di dettare un nuovo articolo, sia pure ispirato a concetti analoghi, ma un poco più concreto e univoco dell'attuale art. 133, e soprattutto destinato unicamente a incanalare il giudizio di pericolosità». Dal nostro punto di vista, questa norma potrebbe veramente costituire un «canone di giudizio», articolantesi attraverso limiti dettagliati e validi criminologicamente.

Le considerazioni svolte confermano l'assurdità di volere considerare l'art. 133 come il fulcro di ogni ipotesi normativa di discrezionalità, anche (413) in quei casi in cui il richiamo ad esso è esplicitamente formulato. L'insufficienza denunciata dall'art. 133 non comporta, necessariamente, l'incostituzionalità dell'art. 204, anch'esso potendo rientrare nell'ambito assai ampio di capienza dell'art. 25 comma 3° della Costituzione. Una misura di

(412) Cfr. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie*, cit., p. 178.

(413) Per l'equivocità del generico richiamo all'art. 133 c.p. negli altri casi di discrezionalità penale, cfr. quanto s'è detto a p. 28.

sicurezza, cioè, può dirsi irrogata costituzionalmente, quando anche la vicenda costitutiva legalmente delineata si snodi attraverso la previsione del reato che ne costituisce il punto iniziale, e la determinazione di alcuni fattori estrinseci che, precludendo alla valutazione della pericolosità *ex art. 133 c.p.*, imprimano ad essa un certo connotato tipologico (414), più o meno intenso a seconda della specificità o meno di tali fattori: a suo luogo si individuò in questa specificità l'elemento giustificante l'uso alternativo della locuzione « può » o « deve », per caratterizzare la situazione soggettiva finale, ovvero il punto conclusivo della vicenda costitutiva relativa alle misure di sicurezza. Ma ciò non toglie che, « pur entro i limiti della costituzionalità, vi siano norme più o meno in armonia con i supremi principi ispiratori della costituzione stessa, e in particolare con il principio della piena garanzia della libertà dei cittadini e, quindi, con il principio di certezza che gli è necessariamente correlativo » (415). Si badi: in tale sede si fa, com'è ovvio, richiamo a quel margine di certezza che deve pur costituire il fondo minimo dello stesso giudizio discrezionale (416).

Un dato può ormai ritenersi definitivamente acquisito all'indagine: dal punto di vista costituzionale, le vicende costitutive che conducono, rispettivamente, all'imputazione delle pene e delle misure di sicurezza si differenziano fra

(414) Così, ad es., malgrado l'indubbia genericità del limite estrinseco identificantesi con il quasi reato, di cui all'art. 49 c.p., diverso è il *grado* di sintomaticità proprio dell'« inesistenza dell'oggetto » ovvero dell'« inidoneità dell'azione »: sul punto, efficacemente, FIORE, *Il reato impossibile*, cit., p. 163.

(415) NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie*, cit., p. 178.

(416) Cfr. i rilievi svolti a p. 203 ss.

di loro, in quanto solo le seconde possono legittimamente snodarsi attraverso un momento discrezionale.

Ciò per quanto attiene alla tematica delle fonti del diritto; sotto il profilo della tecnica di previsione normativa, si vuole da taluno (417) affermare che la « tassatività » connoterebbe esclusivamente la vicenda costitutiva della punibilità. Un appiglio a tale argomentazione parrebbe fornito, in sede testuale, dal raffronto fra l'art. 1 e l'art. 199 c.p. : solo il primo parlando di « fatto... espressamente preveduto come reato » e il secondo semplicemente di « ... casi dalla legge stessa preveduti » (418); in sede logica, dalla peculiare discrezionalità della norma ipotizzante la vicenda costitutiva relativa alle misure di sicurezza, la quale, in quanto norma-garanzia, si rivolgerebbe esclusivamente al giudice. A suo tempo, tuttavia, si è dimostrato come la peculiare essenza e direzione della norma-garanzia legittimi soltanto una formulazione di essa in termini più elastici e meno tassativi di quelli coessenziali alla norma-comando (419), ma non autorizzi, in ogni caso, l'uso di formule anfibologiche e indeterminate. Anche le direttive impartite al giudice devono essere comprensibili, sia pure in forza di una rigorosa e tecnica interpretazione; in caso contrario, mancherebbe al giudice di grado superiore il fondamento per un efficace controllo dell'operato del giudice di grado inferiore. Pertanto: quei significati che, rientrando nella vicenda costitutiva delineata dalla norma-garanzia, devono

(417) NUVOLONE, *Il principio di legalità*, cit., p. 239. Per le norme-garanzia l'unica legge logica inderogabile, secondo l'Autore, diviene quella ispirata al principio dell'adeguatezza del mezzo al fine che il legislatore si è proposto.

(418) Questa locuzione non figura più nel testo costituzionale (art. 25 comma 3°), a causa della sua sinteticità.

(419) Cfr. p. 295 ss.

essere fissati in astratto, non possono sfuggire ad una tecnica di previsione determinata, anche se non rigorosamente tassativa; in funzione, altresì, di imprimere un carattere più univoco alla ricerca *in concreto* della pericolosità dell'agente.

L'omissione, nella stessa legge ordinaria (art. 199 c.p.), della locuzione « espressamente », ha, però, un significato ben preciso: esclude *a priori* che si possa impostare un problema di costituzionalizzazione del divieto di analogia con riguardo alle norme relative alle misure di sicurezza. Si badi: il nostro asserto ha un'operatività limitata alla sola vicenda costitutiva che attiene all'imputazione di dette sanzioni (420) e, in ispecie, a quella parte di essa che, non essendo strutturata in chiave discrezionale (421), non si identifica con il reato (o quasi-reato) (limiti estrinseci o intrinseci della pericolosità). In ordine alla fattispecie criminosa, infatti, che funge da punto iniziale della vicenda, il divieto dell'analogia, così come la tassatività della previsione, sono da ritenere costituzionalizzati *ex art. 25 comma 2°*. La stessa norma-garanzia, tuttavia, laddove fissa i limiti estrinseci o intrinseci del giudizio di pericolosità, incontra il generale divieto di analogia di cui all'art. 14 disp. prel. codice ci-

(420) Non concerne, viceversa, il profilo strettamente sanzionatorio per il quale opera il divieto di analogia. Per due casi di violazione del principio di tipicità e del divieto di analogia in tema di misure di sicurezza, cfr. Cass. 16 gennaio 1959, Milic ric., in *Giust. pen.*, 1959, II, c. 1136 ss. (che censura l'applicabilità da parte dei giudici di merito dell'espulsione dello straniero dallo Stato in caso di proscioglimento *ex art. 49 c.p.* in luogo della libertà vigilata); Cass. 7 marzo 1959, Firpo ric., cit. da BERNIERI, *Il principio di legalità nelle misure di sicurezza*, in *Arch. ric. giur.*, 1949, p. 449; quanto ad un'ipotesi di trasformazione di misura di sicurezza, Trib. mil. Napoli 20 agosto 1940, Marta ric. in *Giust. pen.*, 1941, II, c. 373.

(421) Quanto all'operatività del procedimento analogico nei casi di discrezionalità cfr., da un punto di vista generale, i rilievi da noi svolti nelle pagine precedenti.

vile, posto che si tratta, in definitiva (422), di norma penale: limite operante solo per l'interprete e non anche per il legislatore ordinario, al quale non è precluso introdurre, perciò, limiti estrinseci o intrinseci, strutturati in forma analogica (« e casi simili »; « e casi analoghi ») (423). Un freno rispetto a questa tecnica normativa sembra unicamente offerto — e qui è il punto di saldatura singolare con la tematica delle fonti — dalla necessità che questi limiti siano quanto più possibile espliciti per dare un fondo di maggiore legalità al giudizio in concreto sulla pericolosità dell'agente (424).

16. Passiamo ora all'esame del principio di legalità in rapporto al profilo sanzionatorio. *Prima facie*, anzi, la normativa costituzionale sembrerebbe esaurire la sua significatività in quest'ambito esclusivo; l'art. 25 comma 3° potrebbe essere letto in tal guisa: « Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano previste dalla legge ». Intendendo, per contro, la formula normativa come la risultante della duplice previsione di cui all'art. 199 c.p., si è attribuito alla locuzione « casi stabiliti dalla legge » un autonomo significato in relazione alla vicenda costitu-

(422) Per quest'ampia nozione di « legge penale », pur senza racciardare il problema all'art. 14 disp. prel. cod. civ., cfr. NUVOLONE, *La prevenzione nella teoria generale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, p. 17 ss.

(423) Non ci consta, tuttavia, che esistano ipotesi di questo tipo.

(424) Ciò al fine di realizzare una maggiore conformità ai principi ispiratori della Costituzione. Per questa necessità di stimolare, pur nel quadro di una legittimità costituzionale già esistente, un più sensibile adeguamento alle disposizioni della Carta, cfr. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie*, cit., p. 178. In aperta antitesi con esse si porrebbe, viceversa, l'introduzione o l'ammissione di forme di discrezionalità c.d. bifasica ovvero l'estensione del giudizio di discrezionalità a valutazioni di mera opportunità estranee alla personalità dell'agente.

tiva. L'omissione nell'art. 25 comma 3° della locuzione « espressamente » non esclude di necessità che la previsione della misura di sicurezza sia chiara e determinata; ciò non comporta, tuttavia, come a suo tempo già avvertimmo per le pene, l'esigenza che il legislatore connoti esplicitamente una sanzione con l'etichetta « misura di sicurezza ». Essenziale è che essa riproduca il paradigma strutturale tipico di tali conseguenze sanzionatorie, anche se si tratta di una forma nuova di estrinsecazione tipologica (425). Il salto logico fra una determinata conseguenza e la categoria delle misure di sicurezza non può essere colmato tramite un passaggio interpretativo di tipo analogico: a ciò opponendosi la forza preclusiva della locuzione « espressamente » che sotto tale aspetto (ossia quanto al profilo strettamente sanzionatorio della fattispecie di garanzia) comporta una costituzionalizzazione del divieto d'analogia (426).

L'omessa menzione della locuzione « espressamente » è soltanto dovuta al fatto che, in caso contrario, il legislatore ordinario risulterebbe vincolato a porre misure di sicurezza rigorosamente fissate nella loro durata minima e massima. Il che è praticamente irrealizzabile e contraddice all'essenza logica della misura; non tanto rispetto al minimo che è sempre determinato in maniera tale da escludere, almeno praticamente, se non teoricamente (427), come si dirà meglio in seguito, ogni potere discrezionale del giudice, quanto piuttosto rispetto al massimo. Infatti, è stato os-

(425) Cfr. le analoghe osservazioni svolte in tema di pene a p. 346 ss.

(426) Cfr. la nota (420).

(427) Un accenno a questa « potenziale » discrezionalità trovasi, comunque, già in BRICOLA, *Fatto del non imputabile*, cit., p. 11 nota (19). Nega, in pratica, ogni discrezionalità nella determinazione del minimo, Cass. 31 gennaio 1961, Ravizzoli ric., in *Cass. pen.*, Mass. annotato 1961, p. 467, m. 1014.

servato (428), « è anzitutto, evidente che l'esigenza di comminare una sanzione certa anche nel suo massimo è essenzialmente legata a quel carattere retributivo e intimidativo che è proprio della pena logicamente (429) intesa, ma che non è altrettanto proprio della misura di sicurezza. Di conseguenza, non è logicamente necessario, per la natura della misura di sicurezza e la funzione da essa esplicata, che il cittadino conosca a priori la massima durata della misura stessa ». L'osservanza del principio di legalità si sensibilizza, piuttosto, oltre che nella necessaria predeterminazione del minimo, nell'esigenza che, in sede di giudizio di riesame, la protrazione della durata (430) della misura sia decisa a seguito dell'accertamento di una fattispecie oggettiva e soggettiva previamente indicata dal legislatore, Ad essa è possibile ottemperare in misura tanto maggiore quanto più dettagliata e univoca è la vicenda costitutiva, ipotizzata dal legislatore per l'imputazione della misura nel suo primo minimo di durata: infatti, in sede di riesame, compito del giudice è soltanto quello di accertare la persistenza di tale vicenda. Può mutare soltanto il margine di dati (431) che servono a tale riscontro, rispetto a quelli costituenti oggetto del primo giudizio di pericolosità. Ammessa, tuttavia, la possibilità che in sede esecutiva, anziché esaurirsi, la pericolosità muti di specie, una più perfetta realizzazione dell'esigenza di legalità espressa dall'art. 25

(428) NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie*, cit., p. 172.

(429) Sul momento « logico » nella funzione della pena e sui relativi condizionamenti storici cfr. quanto s'è detto in precedenza.

(430) Sempre in una misura minima *determinata*.

(431) O, quanto meno, la significatività di taluno di essi. Per quanto concerne ad es. il reato, che fungerebbe nel giudizio di riesame da « sfondo originario », cfr. FLORIAN, *Trattato di dir. pen., parte gen.*, II, 4^a ed., Milano, 1934, p. 919.

comma 3° postula che il legislatore ipotizzi una gamma di tipi soggettivi (socialmente pericolosi), riscontrabili in sede di riesame, con le relative misure di sicurezza, nelle quali vanno convertite quelle originariamente inflitte. Una strumentazione di questo tipo già esiste nel nostro sistema, sia pure in forma inadeguata (432), e sarà a suo tempo esaminata. Solo, comunque, verificandosi questi presupposti, la durata indeterminata della misura di sicurezza (433) non si pone in antitesi con il principio di legalità: perchè in ogni momento (434) in cui viene prorogata (435), esistono, sia pure entro i limiti che caratterizzano già la vicenda costitutiva primaria, le premesse (« casi stabiliti dalla legge ») volute dalla legge per l'irrogazione di una misura avente una certa durata (436).

E infine: il rispetto della legalità in tema di misure di sicurezza non si oppone ad una loro previsione alternativa in rapporto ad una medesima vicenda costitutiva (437), a condizione, però, che fra di esse intercorra un legame di affinità o che esse rappresentino addirittura semplici variazioni, sul piano delle modalità esecutive, dello stesso tipo (es. colonia agricola o casa di lavoro). Quivi, infatti, il potere di scelta del giudice, pur essendo discrezionale, ha un

(432) Per l'inadeguatezza della tipologia soggettiva cfr. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie*, cit., p. 170.

(433) Su questi problemi, con riferimento al diritto tedesco, cfr. HEINITZ, *Le misure di sicurezza previste dal prog. del c.p. tedesco*, in *Stato di diritto*, cit., p. 21 ss.

(434) Cfr. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie*, cit., p. 172.

(435) O irrogata, se si tratta di una nuova misura.

(436) NUVOLONE, *op. e loc. ult. cit.*

(437) Ovvero ad un'identica tipologia soggettiva: così, ad es., per i delinquenti abituali, professionali o per tendenza è alternativamente prevista la colonia agricola o casa di lavoro.

fondo di operatività agevolmente individuabile sulla scorta della diversa strutturazione esecutiva delle misure alternativamente previste (438). Negli altri casi, per contro, all'alternatività sul piano sanzionatorio deve corrispondere un'alternatività delle rispettive vicende costitutive (439).

Breve: sia la vicenda costitutiva che conduce all'imputazione delle misure di sicurezza sia la determinazione delle medesime (440) rivelano, anche alla luce dei principî costituzionali, momenti di necessaria discrezionalità. In dottrina (441) si è ritenuto che questa attenuazione del principio di legalità debba avere come adeguato riscontro, sul piano processuale, un rafforzamento del principio di giurisdizionalità. Anche quest'ultimo, infatti, unitamente ai principî di legalità e di irretroattività, è coesistente allo

(438) Si tratta di una discrezionalità prevalentemente tecnica: per questo, talora, si nega l'esistenza di una vera e propria discrezionalità (cfr., a proposito della scelta tra colonia agricola e casa di lavoro, NUVOLONE, *Il potere discrezionale*, cit., p. 239).

(439) O, comunque, dei limiti *intrinseci* o *estrinseci* della valutazione discrezionale. Così all'alternatività tra riformatorio giudiziario e libertà vigilata ex art. 224 comma 1° c.p. corrisponde una peculiare caratterizzazione del limite *intrinseco* («tenuto specialmente conto della gravità del fatto e delle condizioni morali della famiglia in cui il minore è vissuto»).

(440) Nei casi, cioè, di previsione alternativa. L'art. 25 comma 3° è, inoltre, riferibile anche alle misure di sicurezza non detentive per ragioni di connessione: sul punto richiamiamo quanto s'è detto per le pene alla nota (261).

(441) Così NUVOLONE, in numerosi scritti, tra i quali: *La prevenzione nella teoria generale del diritto penale*, cit., pp. 13-26; *Il principio di legalità*, cit., pp. 237-248 e *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie*, cit., pp. 163-179. Perplexità nei confronti di un'attenuazione del principio di legalità nel settore della prevenzione manifesta G. VASSALLI, *Limiti di diritto in un sistema di difesa sociale*, in *Riv. dif. sociale*, 1949, p. 132. Di recente, per taluni rilievi critici nei confronti di questa presunta funzione di «garanzia» del principio di giurisdizionalità, ELIA, *Libertà personale*, cit., p. 43.

Stato di diritto (442). E si intuisce agevolmente la *ratio* di ciò: invero, com'è stato rilevato (443), « . . . nonostante la solenne enunciazione di quei principî (di legalità e di irretroattività), il cittadino potrebbe rimanere indifeso di fronte ad eventuali violazioni degli stessi perpetrate dal potere legislativo o di fronte ad eventuali provvedimenti arbitrari dell'esecutivo. Di qui la necessità di un potere imparziale, il potere giudiziario che possa rifiutare l'applicazione di leggi emanate in violazione di quei principî, e che possa eliminare gli eventuali abusi commessi dal potere esecutivo ». *A fortiori*, si accentua la rilevanza del principio di giurisdizionalità quanto meno sensibile è la garanzia della legalità. Le più sintomatiche forme di espressione del principio sono: l'esigenza che ogni provvedimento limitativo della libertà personale sia emanato, o almeno confermato (444) da un giudice, ossia da un organo imparziale; che risulti motivato o suscettibile di impugnazione (anche se quest'ultima si ritiene piuttosto emanazione storica che non logica del principio (445)); la necessità, infine, che tale provvedi-

(442) In tal senso, NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie*, cit., pp. 163-164: l'Autore — è bene precisarlo data una certa relatività della nozione — muove dalla classica definizione dello Stato di diritto come « quello Stato in cui i cittadini sono soggetti di diritti soggettivi anche nei confronti dello Stato, il quale, organizzato secondo il sistema della divisione dei poteri e della loro reciproca autonomia, garantisce l'esercizio e la tutela di tali diritti anche contro eventuali abusi da parte degli organi dello Stato ».

(443) NUVOLONE, *op. e loc. ult. cit.*

(444) Per il rispetto di questa esigenza, con specifico riguardo alle c.d. procedure sommarie, cfr., ad es., KLEINKNECHT, *La procédure sommaire comme élément de la répression d'actes illicites dans la République fédérale d'Allemagne*, in *Riv. intern. droit pénal*, 1962, p. 393 ss. (nel fascicolo sono contenute altre relazioni sul tema).

(445) Così NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie*, cit., p. 167.

mento sia preceduto da un procedimento caratterizzato dal pieno rispetto dei diritti della difesa e del diritto dell'imputato di vedersi contestato l'addebito. Tutte queste estrinsecazioni del principio sono normativamente siglate dalla nostra Costituzione (446).

Il collegamento tra il principio di legalità e il principio di giurisdizionalità può dirsi esistente e l'integrazione del primo da parte del secondo operativa fino al punto in cui, però, all'intervento giurisdizionale non si intenda attribuire la virtù magica di ovviare ai danni che derivano dalla attenuazione del principio di stretta legalità tramite l'uso normativo di formule anfibologiche o indeterminate e dall'attenuazione del principio di legalità tramite l'attribuzione al giudice di poteri discrezionali così ampi da confinare con l'arbitrio.

In altri termini: il fascino esercitato dal principio di giurisdizionalità non deve spingere il legislatore e l'interprete ad uscire da quei limiti di legalità che sono, in forza dell'art. 25 comma 3° della Costituzione, imprescindibili anche nel settore delle misure di sicurezza: tassatività, sia pure attenuata, di significati astrattamente esprimibili ed appartenenti alla vicenda costitutiva, univocità e delimitazione (tramite limiti estrinseci o intrinseci) dei necessari momenti discrezionali. All'arbitrio generato dalle formule ambigue ed equivoche ovvero alla discrezionalità libera (si pensi ad es., a quelle tendenze dottrinali che costruiscono taluni momenti discrezionali nel settore delle misure di sicurezza in chiave di discrezionalità bifasica) (447) nessun rimedio può essere opposto dalle varie estrinsecazioni del

(446) Cfr. gli art. 24 comma 2° e 111 della Costituzione.

(447) Cfr., in proposito, NUVOLONE, *Il potere discrezionale in materia di sanzioni*, cit., p. 228 ss.

principio di giurisdizionalità. Infatti: l'« imparzialità » dei giudici (448) non è una virtù carismatica, ma una qualità fondata, oltre che su talune garanzie di carattere organizzatorio (449), anche e soprattutto sulla loro soggezione alle leggi, ossia sul fatto che la loro attività si svolga, in senso più lato, tramite l'applicazione del diritto (450). Il che se può affermarsi per i casi in cui i giudici esercitano un potere discrezionale vincolato, come a suo tempo si è notato (451), non altrettanto può affermarsi laddove l'ambiguità della formula normativa lasci l'organo giudicante arbitro di adottare qualsiasi soluzione ovvero laddove l'assenza completa di un parametro di valutazione gli conferisca un potere discrezionale assolutamente libero. Inoltre: la garanzia della motivazione, poggiante su tali basi, perde ogni valore sostanziale, posto che motivazione e possibilità di scelta sovrana sono fra loro agli antipodi; analogamente dicasi per la garanzia dell'impugnazione, in quanto il *riesame* non può dirsi tale se mancano i parametri normativi o logici su cui radicarlo. E infine: la possibilità di una strumentazione efficace della contestazione, già allentata di fronte a fattispecie meno tassative o ad ipotesi discrezionali univocamente indirizzate tramite l'ausilio di limiti estrinseci o in-

(448) Sottolinea il pericolo che il principio di giurisdizionalità si trasformi in un « mito », ELIA, *La libertà personale*, cit., p. 46.

(449) Così ELIA, *op. e loc. ult. cit.*

(450) Così va rettificata la posizione di ELIA, *op. cit.*, il quale parla esclusivamente di « soggezione alla legge » ed afferma (*op. cit.*, p. 47) che « non si può parlare di vera giurisdizionalità laddove non si realizza *in pieno* (il corsivo è nostro) il principio di legalità »; con ciò escludendosi necessariamente ogni forma di discrezionalità sia pure *necessaria e vincolata*. Conclusione inaccettabile, se si pensa, come a suo tempo si è sottolineato, al valore *ineliminabile* che ha la discrezionalità in certi settori del diritto penale.

(451) Cfr. p. 207.

trinseci, viene integralmente neutralizzata nelle condizioni sopra menzionate. E, correlativamente, si diminuisce la operatività della difesa. Di qui: la necessità di guardarsi dal fascino di una « apparente » giurisdizionalità come *pendant* di un'eccessiva rarefazione delle garanzie di legalità.

I confini imposti alle presenti considerazioni ci precludono la possibilità di esaminare entro quali limiti la strutturazione attuale del processo di prevenzione criminale (452) sia in grado, sotto il profilo delle garanzie giurisdizionali, di sopperire alle necessarie attenuazioni che il principio di legalità subisce nel settore delle misure di sicurezza: uno sguardo a questi problemi sarà possibile soltanto nella III Parte, approfittando dell'esame più dettagliato cui verranno sottoposti i momenti di discrezionalità presenti nell'ambito delle misure di sicurezza.

Da ultimo: le osservazioni da noi svolte valgono anche con riferimento a quei tentativi dottrinali (453) con cui,

(452) Per tutti, ZUCCALÀ, *Sulla natura giurisdizionale del processo di prevenzione criminale*, in *Stato di diritto e misure di sicurezza*, cit., p. 131 ss.

(453) Cfr., soprattutto, NUVOLONE, *Il controllo del potere discrezionale attribuito al giudice*, cit., in *Jus*, 1958, p. 254 ss. A proposito dell'ampio margine di discrezionalità che è accordato al giudice in tema di misure di prevenzione *ante-delictum* si veda, fra gli altri: ARMANI, *Considerazioni in tema di misure di prevenzione*, in *Scuola pos.*, 1961, p. 558 (l'Autore pone giustamente in luce l'esigenza che in questo settore l'attenuarsi della legalità sia temperato da una serie di provvedimenti tendenti a porre il giudice in grado di esercitare rettamente il suo potere discrezionale: sia col dargli la possibilità di ricorrere continuamente all'ausilio dei periti, sia col fornirgli in modo diretto gli strumenti di giudizio, mediante una accurata e aggiornata preparazione criminologica. Sulla necessità di questa correlazione tra esercizio della discrezionalità e presenza di un organo idoneo ad esercitarla, cfr., da un punto di vista generale, PIERANDREI, voce *Corte cost.*, cit., p. 1020, nota (594)); DE LEONE, *Contributo allo studio del processo di prevenzione*, in *Arch. pen.*, 1961, p. 33 ss.; GIANZI, *La motivazione dei provvedimenti relativi a misure di prevenzione*, in *Riv. proc. pen.*, 1961, pp. 45-54 (secondo cui alla maggior discrezionalità dovrebbe corrispondere una più

nel settore delle misure di prevenzione *ante delictum*, di per sè estraneo all'oggetto della nostra indagine, si è cercato di attribuire al principio di giurisdizionalità la virtù di ovviare ai danni derivanti dall'attenuazione o dalla neutralizzazione del principio di legalità. Con riguardo a tali misure, anzi, un interrogativo va sollevato in via assolutamente preliminare, come è stato felicemente posto in luce dalla più recente dottrina (454); trattasi, cioè, di stabilire se esse, ove si traducano in un'effettiva restrizione della libertà personale, possano dirsi costituzionalmente legittime (anche in un regime che assicuri il pieno rispetto della legalità e della giurisdizionalità della loro applicazione) tenuto conto del combinato disposto degli art. 13 e 25 comma 3°, i quali, come s'è detto, sembrano « chiudere » la serie delle limitazioni della libertà personale ammesse dalla Costituzione.

ampia motivazione: l'impostazione risente, almeno per i casi in cui la discrezionalità sfuma verso posizioni del tutto arbitrarie, dell'equivoco sopra denunziato); MARUCCI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, in *Rass. Studi penit.*, 1957, p. 573 ss.; IDEM, *Il processo di prevenzione*, in *Rass. studi penit.*, 1958, p. 557 ss.; PELLINGRA, *Lineamenti del processo di prevenzione*, in *Riv. proc. pen.*, 1960, p. 33 ss.; SCARPELLO, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in MINISTERO DI GRAZIA e GIUSTIZIA, *Primo corso di perfezionamento per uditori giudiziari* (10 maggio-27 giugno 1957), *Conferenze*, Milano, 1958, Tomo II, p. 775 ss.; G. M. VACCA, *La nuova legge sulle misure preventive di polizia*, in *Il nuovo dir.*, 1957, p. 98 ss. Anche la giurisprudenza si è, di recente, occupata di taluni profili relativi alla discrezionalità e alla difettosa legalità in tema di misure di prevenzione; cfr. le ordinanze di rimessione e la relativa sentenza della Corte costituzionale 23 marzo 1964, n. 23 cit. a p. 285, nota (113).

(454) ELIA, *Libertà personale*, cit., p. 8 ss.

Il lavoro che qui si ripubblica consolida una più generale visione di Franco Bricola sul diritto penale nel suo momento più cruciale, quello della applicazione da parte del giudice e degli spazi di discrezionalità che la norma ed il sistema attribuiscono all'interprete. A ben vedere si tratta di un'opera sul potere giudiziario penale le cui intuizioni si proiettano anche a 60 anni di distanza. Il primo ed il terzo capitolo, incentrati sulla discrezionalità nella commisurazione delle pene, interrogano la società sulla Giustizia e – in tempi in cui si prospettano meccanismi di “intelligenza artificiale” per la loro determinazione – sulla costante tensione fra libertà e sanzione, fra prevenzione e punizione. Il secondo capitolo rilegge il sistema alla luce delle norme costituzionali ed in particolare della nozione di tassatività della norma penale – *scripta, stricta, certa et praevia* – ponendo i limiti ad una interpretazione espansiva nella quale la discrezionalità trascolora in arbitrio.

FRANCO BRICOLA (Novi Ligure 1934 – Parigi 1994), libero docente di diritto penale nel 1962, straordinario nell'Università di Sassari fra 1964 e 1966, e poi ordinario nell'Università di Bologna è autore di opere che hanno marcato la seconda metà del secolo scorso: *Dolus in re ipsa* (1960), *Fatto del non imputabile e pericolosità* (1961), *Teoria generale del reato* (1973) con una costante attenzione alla dimensione sociale del diritto penale – innumerevoli le sue opere dedicati al carcere e al diritto penitenziario – e alla comparazione giuridica (a Sassari ricoprirà anche l'insegnamento di Diritto pubblico comparato). Grande animatore culturale – sua l'idea della innovativa rivista “*La Questione Criminale*” fondata con Alessandro Baratta – e componente di numerose commissioni ministeriali, la sua prematura scomparsa ha privato la scienza giuridica italiana di una illuminata e illuministica guida di cui si avverte una grande necessità. La raccolta completa dei suoi scritti, curata dagli allievi, è stata pubblicata da Giuffrè nel 2000.

GAETANO INSOLERA (Forlì 1951) è stato fra i primi allievi bolognesi di Franco Bricola e suo collaboratore sia nell'Università di Bologna - dove ha ricoperto la cattedra del Maestro - , che in numerosissime opere. Fra le sue monografie su grandi temi del diritto penale: *L'associazione per delinquere* (1983); *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato* (1986); *Diritto penale e criminalità organizzata* (1996); *Forca e melassa* (2021).