

FRANCESCA BAILO, *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, *Annali della Facoltà di Giurisprudenza*, 2012, pp. XVIII-354 - recensione di ALESSANDRO BARCA

Lo studio, condotto in un'ottica eminentemente costituzionalistica, pur non trascurando affatto le imprescindibili prospettive di settore, si ripropone come obiettivo specifico il tema della scrittura delle sanzioni, anche sotto il profilo del c.d. *drafting*, nell'intendimento di vagliare in che misura e con quali modalità le dinamiche legislative abbiano a riferimento, nei diversi momenti evolutivi dell'ordinamento, i pertinenti principi costituzionali o piuttosto altre diverse spinte sulla cui razionalità la Corte costituzionale è stata chiamata a vigilare con esiti giurisprudenziali verosimilmente non ancora compiuti e suscettibili di essere orientati dal dialogo internazionale tra le Corti.

In questa prospettiva, la ricerca pone l'attenzione su quattro fondamentali quesiti: "se e perché punire", "come punire", "quanto punire" e, da ultimo e conclusivamente, "quale funzione per la pena".

Al primo quesito si cerca di rispondere verificandosi, da un lato, il grado di "ragionevolezza/coerenza" del legislatore nello scrivere le sanzioni, anche attraverso la disamina dei lavori preparatori alle varie riforme organiche del codice penale che, nel corso degli anni, si sono susseguite senza trovare, tuttavia, alcuno svolgimento concreto e che, conseguentemente, portano a ritenere che esso sia piuttosto mosso da strategie politiche occasionali, volte a soddisfare esigenze di allarme sociale particolarmente avvertite dall'opinione pubblica e, alimentate, spesso, dai media. E, dall'altro lato, si pongono in evidenza i vari approdi a cui è giunta la dottrina su quei principi costituzionali che, in qualche modo, dovrebbero limitare la discrezionalità legislativa, e cioè i principi di colpevolezza, di offensività del reato, di irretroattività della legge penale e di riserva di legge. Partendosi, infatti, dalla giurisprudenza costituzionale che si è affermata intorno all'art. 27, comma 1, Cost., si approfondisce la problematica concernente l'intrinseco disvalore del reato, in merito al quale la Corte costituzionale ha fissato diversi criteri per delimitare non solo l'offensività in concreto, rimessa al giudizio dell'autorità giudiziaria, ma anche l'offensività in astratto, che deve muovere il legislatore già nella fase della definizione della comminatoria e che può essere sindacata dalla stessa Corte costituzionale qualora si appalesi manifestamente irragionevole. Il passaggio successivo è quello di individuare il campo di applicazione del divieto di retroattività della legge penale (con le connesse questioni relative alla sindacabilità della norma penale più favorevole e della *lex mitior*, principi questi che hanno trovato terreno fecondo anche in ambito eurounitario). E, del resto, non si manca di evidenziare che anche il regime sanzionatorio, considerato da sempre uno dei baluardi statali, può essere in qualche modo messo in crisi vuoi da fonti extrastatali (e, particolarmente, da quelle sovrastatali), vuoi

dalla stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, della Corte di Giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Al secondo, e logicamente conseguente, quesito, ossia quello del "come punire", si risponde individuando, innanzitutto, le differenze tra le diverse sanzioni, pur dovendosi a tal proposito mettere in guardia dal fatto che, se può apparire meno problematica la distinzione tra sanzione civile da una parte, e sanzioni penali e amministrative dall'altra, maggiori difficoltà sembrano incontrarsi nel differenziare queste ultime due, in quanto la scelta tra l'un tipo di sanzione e l'altro sembra dettata, molto spesso, dall'opportunità politica. Del resto, come emerge dalla ricerca, non minori difficoltà paiono incontrarsi nel discernere tra delitto e contravvenzione, sebbene sul punto, così come per la distinzione tra sanzioni penali e amministrative, sia intervenuta una pionieristica circolare della Presidenza del Consiglio del 1986. Un particolare approfondimento viene poi svolto riguardo al fenomeno della depenalizzazione (così come quello, più radicale, della decriminalizzazione), veri e propri "atti di dolore" con cui ogni Governo si trova, in linea di massima, a dover fare "i conti" e che, se vanno a beneficio del processo penale, non essendo predisposti secondo una logica coerente, comportano una diminuzione delle garanzie e una mera redistribuzione dei compiti in uffici diversi che, in gran parte, non sono idonei ad accogliere "i nuovi arrivi", o perché non ne hanno la capacità, anche solo da un punto di vista economico, o perché sono gli stessi che devono regolamentare l'attività amministrativa oggetto di sanzione.

L'indagine sul "quanto punire" si concentra, poi, sull'individuazione delle differenti logiche che si pongono a fondamento delle tipologie sanzionatorie principali (la pena di morte, l'ergastolo, le pene pecuniarie fisse e proporzionali), per poi analizzare il sindacato svolto dalla Corte costituzionale proprio in merito alla misura della sanzione, laddove, tuttavia, emergono atteggiamenti ondivaghi e, in linea di massima, affidati alla capacità del giudice rimettente di individuare *tertia comparationis* omogenei.

Da ultimo, il quarto quesito, "quale funzione per la pena", si occupa particolarmente di verificare quali svolgimenti abbia avuto nel nostro ordinamento il finalismo rieducativo della pena dal momento che, se in un primo periodo è stato ritenuto, dalla stessa Corte costituzionale, un parametro non utilizzabile, di fatto, nell'ambito di un giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi, ritenendosi il principio esclusivamente riferibile alla fase esecutiva della pena, si è poi mutato orientamento con la ben nota sentenza n. 313/1990, in cui si è stabilito che «il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie». L'art. 27, comma 3, d'altro canto, è suscettibile di interagire con quanto disposto dall'art. 31 Cost. per quel che concerne i minori, e proprio in questo specifico contesto, come viene dato conto nello studio, la giurisprudenza costituzionale ha assunto, sin dalle origini, un atteggiamento di *favor*.

A fronte delle criticità rilevate sia nella scrittura delle sanzioni da parte del legislatore, sia nel sindacato di legittimità sulle medesime effettuato dalla Corte costituzionale, l'autrice formula alcune ipotesi di lavoro che forse varrebbero la pena di essere in qualche modo vagliate dagli addetti ai lavori. Tra

queste, particolare interesse suscita l'auspicio che venga portata a compimento la riforma del sistema sanzionatorio penale e che il legislatore coordini, finalmente, le cornici edittali delle pene (che, a loro volta, dovrebbero verosimilmente risultare proporzionate, anche in termini matematici, al disvalore dell'illecito) con i diversi tipi sanzionatori. Ancora, come messo in luce nello studio, potrebbe avere un certo impatto positivo - anche al fine di risolvere in modo efficiente e, soprattutto, ragionato, il problema del sovraffollamento carcerario - l'inserire tra le pene principali anche le misure alternative alla detenzione, in modo da garantire meglio il finalismo rieducativo della pena e, con essa, del condannato.

Si rimanda gli interessati alla lettura dello studio e se ne anticipa qui di seguito l'indice:

*Premessa.*

*Introduzione.* Il concetto di sanzione e il suo fondamento giuridico.

CAPITOLO 1. SE E PERCHÉ PUNIRE? (La natura della sanzione nella giurisprudenza costituzionale). 1. I principi costituzionali che stanno alla base del «se» e del «perché» punire - 1.1. L'illecito penale: la discrezionalità del legislatore e il limite della personalità della responsabilità penale - 1.2. (*Segue*): il limite del principio di ragionevolezza - 1.3. (*Segue*): il limite del principio di offensività - 1.4. (*Segue*): il limite dell'irretroattività della legge penale, le norme penali di favore e la derogabilità alla *lex mitior* - 1.5. (*Segue*): il limite della riserva di legge statale: le altre fonti statuali diverse dalla legge in senso formale - 1.5.1. (*Segue*): il limite della riserva di legge statale: le altre fonti extrastatali - 1.5.2. (*Segue*): il limite della riserva di legge statale e la giurisprudenza della Corte costituzionale, della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo.

CAPITOLO 2. COME PUNIRE? (La qualità della sanzione nella giurisprudenza costituzionale) 1. Le sanzioni amministrative, civili e penali: diversità e convergenze - 2. La diversa natura delle sanzioni amministrative rispetto a quelle penali - 2.1. (*Segue*): la circolare del Presidente del Consiglio dei Ministri sui «*Criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*» - 2.2. Il fenomeno della depenalizzazione e le ragioni che ne stanno alla base - 3. La sanzione penale: delitto o contravvenzione?

CAPITOLO 3. QUANTO PUNIRE? (La misura della sanzione nella giurisprudenza costituzionale) - 1. Premessa. La quantificazione legislativa della sanzione e il sindacato della Corte costituzionale - 2. La legittimità delle pene limitative della libertà personale: la pena di morte e il problema dell'extradizione verso Stati che la ammettono - 2.1. (*Segue*): l'ergastolo - 3. La legittimità delle pene pecuniarie fisse e proporzionali - 4. La legittimità della conversione delle pene pecuniarie in pene detentive - 5. La misura delle pene e il sindacato della Corte costituzionale sulla cornice edittale.

CAPITOLO 4. QUALE FUNZIONE PER LA PENA? (Lo scopo della sanzione nella giurisprudenza costituzionale) 1. La concezione polifunzionale della pena nella giurisprudenza costituzionale anteriore alla riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975 - 2. La riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975 e le modifiche repressive apportate fino ad oggi dal legislatore - 3. La giurisprudenza della Corte costituzionale sul finalismo rieducativo della pena dal

1975 fino alla sent. n. 313 del 1990 - 4. La sentenza della Corte costituzionale n. 313 del 1990 e la consacrazione del primato della funzione rieducativa della pena nell'intera vicenda sanzionatoria, la legge dell'emergenza e la necessaria riforma dell'intero impianto sanzionatorio - 5. La Corte costituzionale e il finalismo rieducativo della pena a confronto con le leggi emergenziali: un tentativo di superamento sul solco della tradizione - 6. Il finalismo rieducativo della pena a tutela dei minori: un discorso a parte.

*Conclusioni.*