

**SITUAZIONI ANALOGHE, PENE DIFFERENTI: LE SEZIONI UNITE
CHIEDONO L'INTERVENTO DELLA CORTE COSTITUZIONALE.
QUALCHE RIFLESSIONE SULLE DISCRASIE DELL'ORDINAMENTO
PENALE E SUL PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA.**

[Nota a Cass., S.U., ord. 27 giugno 2013 \(dep. 23 ottobre 2013\), n. 43384,
Pres. Santacroce, rel. Rotundo](#)

di Giorgia Oss

SOMMARIO: 1. Introduzione. La questione di legittimità costituzionale sollevata dalle S.U. della Cassazione. – 2. Problemi sottesi di coordinamento tra il codice penale ed il codice di rito. – 3. Le diverse qualificazioni giuridiche assegnate nei pregressi gradi di giudizio. – 4. L'iter argomentativo delle S.U. ... – 5. ... fino alla rimessione alla Corte Costituzionale. – 6. L'elaborazione del principio di uguaglianza/ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. – 6.1. Eguaglianza come divieto di discriminazione *ratione subiecti*. – 6.2. Eguaglianza come monito di ragionevolezza. – 7. Giudizio trilatero di ragionevolezza ed individuazione del *tertium comparationis*. – 7.1. Prima fase del giudizio: ricerca dell'analogia tra la norma in esame e la norma di raffronto. – 7.2. Seconda fase del giudizio: i margini di apprezzamento della Corte. – 7.3. Giudizio di incostituzionalità delle norme penali più favorevoli. – 8. Breve rassegna delle pronunce della Corte in tema di ragionevolezza. – 8.1. Il controllo delle norme di parte generale e dell'ordinamento penitenziario. – 8.2. Il sindacato di ragionevolezza delle norme incriminatrici. – 8.3. C.Cost., 26/1979. – 8.4. C.Cost., 143/1984. – 8.5. C.Cost., 265/2010. – 9. Recidiva reiterata e divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti alla prova della ragionevolezza. – 10. Conclusione. Possibili sbocchi della questione.

1. Introduzione. La questione di legittimità costituzionale sollevata dalle S.U. della Cassazione.

Con l'ordinanza in commento le Sezioni Unite Penali della Cassazione sottopongono alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 322, secondo comma, c.p., in riferimento all'art. 3 della Costituzione, "sotto il duplice profilo della inspiegabile disparità di trattamento di situazioni analoghe e della irragionevolezza, nella parte in cui per l'offerta e la promessa di denaro o altra utilità al consulente tecnico del pubblico ministero per il compimento di una falsa consulenza prevede una pena superiore a quella di cui all'art. 377, comma primo, cod. pen., in relazione all'art. 373 cod.pen."

Sin da questo passo dell'ordinanza di rimessione si riesce a desumere l'oggetto del giudizio affrontato dalle Sezioni Unite. Il fatto storico riguarda l'offerta di denaro al

consulente tecnico del pubblico ministero da parte dell'imputato (o di un suo tramite) per ottenere un elaborato tecnico a lui favorevole¹.

Il peculiare interesse della vicenda risiede nella mancanza, nell'ordinamento italiano, di una norma *ad hoc* che sanzioni il tentativo di corruzione del consulente tecnico del p.m.. Nel caso di specie la Cassazione, in contrasto con l'unico precedente edito riguardante un caso analogo², ritiene di dover ricondurre l'ipotesi all'istigazione alla corruzione di cui all'art. 322 c.p. Ne deriva però una distonia sanzionatoria con l'articolo 377 c.p., il quale punisce con una pena minore una condotta nella sostanza uguale ma avente come destinatario il perito, vale a dire il consulente nominato dal giudice penale. Da qui, la necessità che la Corte Costituzionale, partendo da un'analisi sistematica delle norme vigenti (in particolare, gli artt. 322, 377 e 373 c.p.), vagli la loro conformità al principio di eguaglianza, nella sua "accezione più ampia, funzionale ad un controllo di ragionevolezza"³ delle norme e dei trattamenti sanzionatori in esse previsti.

L'Ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale si caratterizza per un solido impianto logico, nel quale le Sezioni Unite scartano ad una ad una tutte le possibili ipotesi di sussunzione del fatto nei reati di corruzione in atti giudiziari, istigazione alla corruzione, istigazione (non punibile) a commettere falsa consulenza o intralcio alla giustizia, per poi concludere appunto che il tentativo di corruzione del consulente tecnico del PM costituisce istigazione alla corruzione.

2. Problemi sottesi di coordinamento tra il codice penale ed il codice di rito.

Sullo sfondo dei vari argomenti addotti a favore della sussumibilità del fatto nell'una o nell'altra fattispecie rimane, incontrastabile, il problema della divergente impostazione di fondo tra il codice Rocco ed il codice di procedura penale del 1988.

All'indomani dell'entrata in vigore del nuovo codice di rito, tale discrasia si avvertiva con particolare intensità nei campi dei delitti contro l'amministrazione della giustizia e contro la pubblica amministrazione, caratterizzati da forti interconnessioni

¹ La vicenda esaminata dalla Corte si inquadra nella fase delle indagini della Procura di Milano per l'incidente avvenuto il 1° giugno 2003 nello spazio sovrastante l'aeroporto di Milano Linate, che causò la caduta di un aereo della compagnia Eurojet e la morte di due piloti. Nel corso degli accertamenti tecnici, un socio della compagnia aerea offrì al consulente tecnico del Pubblico Ministero (nominato ex art. 359 c.p.p.) una grossa somma di denaro se avesse redatto un elaborato tecnico favorevole ad Eurojet. Il consulente tecnico accettò con "riserva mentale", avvertendo gli inquirenti. All'esito della trattativa corruttiva "controllata" emersero profili di responsabilità in capo a quattro soggetti: tre dei soci della compagnia aerea ed il loro avvocato, che avrebbe avuto il compito di dare indicazioni in ordine al contenuto della consulenza tecnica "truccata".

² Si tratta di Cass., 7 gennaio 1999, n. 4062, Pizzicaroli.

³ Così la definizione di INSOLERA, G., *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in INSOLERA, G., MAZZACUVA, N., PAVARINI, M., ZANOTTI, M. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, IV Ed., Torino, 2012, p. 401.

tra diritto e processo penale⁴. In particolare, era la figura del pubblico ministero a risentire delle tensioni tra il nuovo processo accusatorio e le disposizioni del codice penale, che continuavano ad equiparare le prove raccolte in contraddittorio ai risultati delle indagini dell'accusa. Tale tensione si traduceva in un vuoto di tutela, dovuto, ad esempio, all'impossibilità di applicare le norme in materia di falsa testimonianza anche alle "persone informate sui fatti" che forniscono sommarie informazioni al pubblico ministero o al difensore⁵. Solo nel 1992 l'introduzione del delitto di false informazioni al pubblico ministero (art. 371 *bis* c.p.) colmò la lacuna⁶. Tuttavia, l'adeguamento del codice penale al codice di rito in riferimento alla disciplina del pubblico ministero è tutt'ora incompleto, e da qui derivano i problemi sottesi all'ordinanza in commento⁷.

La questione è determinante nel caso di specie, dove viene in rilievo il campo di applicazione dell'articolo 377 c.p.. Questo, in origine, era rubricato "subornazione" e puniva ogni istigazione a commettere falsità nella testimonianza, perizia o interpretazione. Destinatari dell'istigazione erano quindi testimoni, periti ed interpreti (in forza del richiamo, operato dall'art. 377 c.p., agli artt. 372 e 373 c.p.).

⁴ Cfr. ROMANO, B., *Istigare un consulente tecnico del Pubblico ministero a predisporre una consulenza falsa costituisce reato? Alle Sezioni Unite vecchie certezze e nuovi dubbi*, in *Cass. pen.*, 2013, 4, 1304.

⁵ Ricorda ROMANO, B., *loc. cit.*, p. 1306, che nel caso in cui la persona informata sui fatti ex art. 362 c.p. avesse fornito al pubblico ministero una dichiarazione falsa o reticente "non si poteva applicare la norma sulla falsa testimonianza, (...), sussistendo semmai la configurabilità (peraltro, non condivisibile) della norma sul favoreggiamento, nella versione del favoreggiamento-mendacio, che finiva per accostare il p.m. alla polizia giudiziaria".

⁶ Successivamente, il cerchio del processo accusatorio fu chiuso dall'introduzione dell'art. 371 *ter*, che punisce chi rende dichiarazioni false al difensore che sta svolgendo investigazioni difensive ai sensi del titolo VI *bis* del codice di procedura penale. Per un'analisi dell'articolo 371 *bis* cfr. PASCULLI, M. A., *False informazioni al pubblico ministero*, in FORNASARI, G. – RIONDATO, S., *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 2013, p. 97 ss. Per un'analisi dell'art. 371 *ter* si rimanda a PASCULLI, M. A., *False dichiarazioni al difensore*, nella stessa opera, p. 107 ss. Una sintetica ma molto efficace analisi delle due fattispecie si trova anche in FIANDACA, G., MUSCO, E., *Diritto penale - Parte Speciale*, Vol. I, V Ed., Bologna, 2012, pp. 375 ss. Più approfonditi PECCIOLI, A., *I delitti di false dichiarazioni nel processo*, in PISA, P. (a cura di), *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, in GROSSO, C.F., PADOVANI, T., PAGLIARO, A., (diretto da) *Trattato di diritto penale*, Milano, 2009, Vol. VII, pp. 113 ss. e PIFFER, G., *Il delitto di false informazioni al pubblico ministero e il delitto di false dichiarazioni al difensore*, in *I delitti contro l'amministrazione della giustizia, Tomo I, I delitti contro l'attività giudiziaria*, in MARINUCCI, G., DOLCINI, E., (diretto da) *Trattato di diritto penale - Parte Speciale*, Padova, 2005, risp. p. 364 ss. e 397 ss.

⁷ Al proposito, parla di una "dimenticanza" del legislatore ROMANO, B., *op. cit.*, p. 1306. Sul punto le Sezioni Unite nell'ordinanza in commento ammettono: "è ben possibile pensare che vi sia stato un difetto di coordinamento tra l'inserimento nell'art. 377 cod. pen. ad opera del d.l. n. 306 del 1992 del riferimento al consulente tecnico e la mancata previsione di tale figura soggettiva nell'art. 373 cod. pen., ma il rispetto del principio di tassatività del precetto penale rende impossibile considerare il riferimento alla «perizia» come estensibile alla «consulenza tecnica»." Interessante notare come, nel prosieguo, la Corte utilizzi un argomento *de iure condendo* per confermare questa teoria: "A riprova della correttezza di questa conclusione va ricordato che il Progetto di riforma del codice penale elaborato dalla Commissione ministeriale presieduta dal professor Pagliaro nella parte relativa ai delitti contro l'amministrazione della giustizia ha previsto espressamente il reato di «falsa perizia, interpretazione o consulenza», includendo tra i soggetti attivi di tale reato anche il consulente tecnico nominato dal pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari".

Con la legge 306/1992, nell'ambito del citato adeguamento del codice penale al processo accusatorio, tra i soggetti "subornabili" ex articolo 377 c.p. venne inserito il consulente tecnico, senza la contemporanea modifica dell'articolo 373 c.p., il quale continuò a prevedere esclusivamente i reati di falsa perizia o interpretazione, ma non la "falsa consulenza tecnica di parte"⁸. Va dunque escluso che il reato di "falsa perizia" possa essere commesso dal consulente tecnico di parte, poiché tale figura non è ricompresa nella nozione di perito⁹ (al contrario del consulente tecnico d'ufficio del processo civile)¹⁰.

Si impone quindi una conclusione: l'unico consulente tecnico destinatario della condotta di subornazione di cui all'art. 377 c.p. è il consulente tecnico d'ufficio del processo civile, mentre ne è escluso il consulente tecnico del pubblico ministero¹¹.

3. Le diverse qualificazioni giuridiche assegnate nei progressi gradi di giudizio.

Brevemente, questi gli esiti dei progressi stadi del giudizio: in fase cautelare, l'ordinanza di custodia preventiva in carcere per il delitto di corruzione in atti giudiziari ex art. 319-ter c.p., è stata annullata dal Tribunale del Riesame per erronea

⁸ La teoria è accolta anche dall'ordinanza in commento: "il rispetto del principio di tassatività del precetto penale rende impossibile considerare il riferimento alla «perizia» come estensibile alla «consulenza tecnica»" (Cass., S.U., 43384/2013). Cfr. RICCI, M., [Alle S.U. la questione della configurabilità del reato di cui all'art. 377 c.p. nel caso in cui il subornato sia consulente tecnico del P.M. non ancora citato come testimone](#), in *questa Rivista*, 17 aprile 2013. Proprio in riferimento alla disciplina della figura del consulente tecnico del pubblico ministero, ROMANO, B., in *op. cit.* afferma che si sarebbe dovuto introdurre un apposito delitto che punisse le falsità commesse dal consulente tecnico (e dall'interprete) del pubblico ministero, e prevedere che questo delitto fosse oggetto di quelli "istigati" nel reato di intralcio alla giustizia (art. 377 c.p.).

⁹ Cfr. ROMANO, B., *op. cit.*, pp. 1307-1309. Le numerose distinzioni del c.p.p. tra consulente tecnico e perito escludono di poter parificare le due figure, in particolare dopo l'entrata in vigore del nuovo codice di rito, che contiene una più specifica caratterizzazione del perito, che può essere nominato, sostituito e liquidato solo dal giudice (artt. 221, 231 e 232 c.p.p.), mentre le parti possono solamente ricusarlo. Inoltre, l'art. 225, comma 1, c.p.p. prevede che le parti nominino "propri consulenti tecnici", interessati a loro volta da norme specifiche, gli artt. 230 e 233 c.p.p.

¹⁰ Sul punto cfr. anche MENGHINI, A., *Intralcio alla giustizia*, in FORNASARI, G. – RIONDATO, S., *op. cit.*, p. 167, che evidenzia peraltro come la tesi dottrinale che esclude il consulente tecnico del pubblico ministero dai destinatari della condotta di intralcio alla giustizia sia da accogliere in quanto maggiormente rispettosa del principio di legalità. Così anche, in precedenza, SCOPINARO, L., *Intralcio alla giustizia e induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria*, in PISA, P. (a cura di), *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, in GROSSO, C.F., PADOVANI, T., PAGLIARO, A., *Trattato di diritto penale*, Milano, 2009, Vol. VII, p. 202. Alla teoria opposta sembra alludere la già citata sentenza *Pizzicaroli*, ove afferma che, in forza del principio di specialità intercorrente tra l'art. 322 e l'art. 377 c.p., si applicherà il secondo al caso in cui il consulente tecnico del pubblico ministero venga subornato *dopo* essere già stato citato a deporre quale testimone sul contenuto della propria consulenza tecnica. (Se la subornazione avviene *prima della citazione*, invece, troverebbe applicazione il 322 c.p.).

¹¹ Chiosa così sul punto ROMANO, B., *op. cit.*, p. 1308, con un'osservazione dirimente: "Del resto, anche se la volontà legislativa fosse stata diversa, questo è sicuramente il dato oggettivo risultante dal combinato disposto degli artt. 377 e 373 c.p.". Così anche PIFFER, G., *Il delitto di subornazione*, in *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Tomo I, *I delitti contro l'attività giudiziaria*, loc. cit., p. 601.

qualificazione giuridica. La mancata conclusione della trattativa faceva infatti propendere per il reato di cui all'art. 322 c.p. Tuttavia la Cassazione, in sede di ricorso avverso il provvedimento del Tribunale del Riesame, ha ravvisato nel fatto un tentativo di corruzione in atti giudiziari.

Questioni analoghe si sono riproposte nella fase di merito del procedimento: in primo grado gli imputati sono stati condannati per il delitto di intralcio alla giustizia (art. 377 c.p.) ed il consulente tecnico del pubblico ministero è stato considerato quale testimone potenziale *ex art. 501 c.p.*, che quindi può rendere falsa testimonianza.

La Corte d'Appello di Roma ha riqualificato la condotta come istigazione alla corruzione (322, co. 2, c.p.), escludendo che l'art. 377 c.p. trovasse applicazione se il soggetto subornato non riveste ancora formalmente la qualifica di teste.

La sesta Sezione della Cassazione¹², pur qualificando il fatto come intralcio alla giustizia, ha ravvisato un precedente difforme (la citata sentenza Pizzicaroli del 1999) e rimesso la questione alle Sezioni Unite, chiedendo se il reato *ex art. 377 c.p.* sia configurabile anche se la proposta corruttiva viene avanzata prima che il consulente tecnico sia chiamato a testimoniare sul contenuto della consulenza.

4. L'iter argomentativo delle S.U. ...

Le Sezioni Unite cominciano con lo scartare alcune delle ipotesi sussuntive prospettate nelle precedenti fasi del processo¹³.

Dapprima esse escludono che il fatto possa essere sussunto nel tentativo di corruzione in atti giudiziari, perché non vi è alcun accordo corruttivo, bensì solo un'istigazione non accolta. Di seguito, respingono l'ipotesi difensiva dell'irrelevanza penale del fatto perché integrante istigazione (non accolta) a commettere la falsa consulenza di cui all'articolo 380 c.p. Ciò deriva dalla particolare natura pubblicistica dell'attività svolta dal consulente tecnico del pubblico ministero, non direttamente equiparabile al consulente tecnico di parte¹⁴.

In riferimento ai due reati di cui agli articoli 322 e 377 c.p., le Sezioni Unite non dubitano che il secondo rappresenti una fattispecie speciale (quindi prevalente *ex art. 15 c.p.*), rispetto al primo: la specialità è legata "sia al profilo soggettivo, per la specificità della persona coinvolta (sempre che abbia già assunto la veste di testimone

¹² Cass. Pen., Sezione VI, Ordinanza n. 12901 del 14 marzo 2013, commentata appunto da ROMANO, B., *op. cit.*. La stessa ordinanza è commentata anche da RICCI, M., [Alle S.U. la questione della configurabilità del reato di cui all'art. 377 c.p. nel caso in cui il subornato sia consulente tecnico del P.M. non ancora citato come testimone](#), in *questa Rivista*, 17 aprile 2013.

¹³ Per una più puntuale analisi dell'ordinanza 7 giugno/23 ottobre 2013, n. 43384, cfr. SCOLETTA, M., [La subornazione del consulente tecnico del Pubblico ministero tra istigazione alla corruzione e intralcio alla giustizia: le Sezioni unite rimettono la questione al vaglio della Corte costituzionale](#), in *questa Rivista*, 11 dicembre 2013.

¹⁴ "L'attività svolta dal consulente tecnico del Pubblico ministero (...) assume caratteristiche particolari e non si presta ad essere definita come attività di parte, trattandosi di pubblico ufficiale che, una volta nominato, assume un ufficio che non può rifiutare ed esercita una funzione pubblica, collaborando non a tutelare gli interessi di una parte processuale ma ad accertare la verità." Cass., S.U., 43384/2013.

per effetto di citazione a comparire), sia al profilo oggettivo, per la specificità dell'atto contrario ai doveri di ufficio, mirante, in sostanza, alla manipolazione dell'accertamento tecnico".

Quanto all'ipotesi dell'intralcio alla giustizia, escluso che il consulente tecnico possa commettere il reato di falsa perizia di cui all'art. 373 c.p., si afferma che egli, quale "testimone sostanziale"¹⁵ potrebbe tuttavia essere subornato ex art. 377 c.p. a commettere i delitti di false informazioni al pubblico ministero (art. 371 *bis* c.p.) ovvero di falsa testimonianza (art. 372 c.p.)¹⁶.

Sul punto, a differenza da quanto affermato in Pizzicaroli, viene specificato che la mancata investitura formale del consulente tecnico quale testimone non è d'ostacolo, atteso che questi assume una precisa veste processuale già al momento della nomina. È in tale contesto che egli diviene testimone in un senso "immanente": l'art. 377 c.p. è dunque "in astratto configurabile nella fattispecie in esame, essendo stata la condotta contestata esercitata per influire sui risultati di una consulenza tecnica, destinati ad essere falsamente rappresentati al pubblico ministero (...) o successivamente al giudice"¹⁷. A tal proposito le S.U. mostrano così di accogliere la teoria c.d. "sostanzialistica"¹⁸, secondo la quale il delitto di cui all'art. 377 c.p. sussisterebbe anche

¹⁵ Il riferimento è all'art. 501 c.p.p., che prevede che al consulente tecnico si estendono le disposizioni sull'esame dei testimoni, in quanto compatibili. Inoltre il consulente tecnico del pubblico ministero "ripete dalla funzione pubblica dell'organo che coadiuva i relativi connotati, tanto è vero che acquista la qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio". A sostegno della teoria "sostanziale" la Corte cita il precedente arresto della Terza Sezione, n. 8377 dd. 17.01.2008, Scarlassare. Al proposito cfr. sempre SCOLETTA, M., *op. cit.*

¹⁶ La teoria viene pesantemente criticata da ROMANO, B., *op. cit.*, pp. 1309-1310, il quale vi ravvisa una forte violazione del principio di uguaglianza delle parti processuali: ammettere che il consulente tecnico del pubblico ministero possa "tramutarsi" in persona informata sui fatti o in testimone rappresenterebbe una pericolosa conseguenza del principio dell'art. 358 c.p.p., che riconosce al p.m. il dovere di svolgere "accertamenti a favore della persona sottoposta alle indagini". Tale norma è definita "o perfettamente inutile o ipocritamente rassicurante". Nel primo caso, essa non si riduce ad altro se non alla garanzia che il p.m. presenterà richiesta di archiviazione se gli elementi acquisiti durante le indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio. Nel secondo caso, si snatura il processo accusatorio (cfr. *op. cit.*, p. 1310).

¹⁷ Anche questo passaggio è oggetto della censura di ROMANO, B., *op. cit.*, p. 1310, il quale al contrario sostiene la teoria c.d. "formalistica", secondo la quale ai fini della configurazione del delitto di cui all'art. 377 c.p. è necessario che i destinatari della condotta abbiano formalmente assunto la qualifica processuale richiesta già nel momento in cui la condotta viene posta in essere. Una volta riaffermata la teoria "sostanzialistica", "in un attimo, interi scaffali di testi giuridici, interi precedenti giurisprudenziali sono bruciati" (*op. cit.*, p. 1311).

¹⁸ Il problema della qualità del destinatario del reato di subornazione è piuttosto risalente, come evidenzia CARACCIOLI, I., *Appunti sulla qualità del soggetto passivo nella subornazione di testimoni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, 865. Per una breve rassegna delle teorie relative all'assunzione della qualifica ed al momento rilevante per l'integrazione della fattispecie cfr. MENGHINI, A., *Intralcio alla giustizia*, *loc. cit.*, pp. 167-168. Per un approfondimento relativo invece al momento della cessazione di tale qualifica, valido dunque ad escludere la configurabilità del reato di cui all'art. 377 c.p., cfr. GIZZI, L., *La qualifica processuale del soggetto destinatario della condotta allettatoria nel delitto di subornazione*, (*Nota a Cass. Pen.*, 23.5.2001, *Assunta*), in *Giurisprudenza italiana*, 2002, 8-9, 1691.

quando le qualità richieste da tale disposizione vengano assunte in un momento successivo alla offerta o promessa di denaro o altra utilità¹⁹.

Tale tesi, liquidata come “decisamente abbandonata”²⁰ da più voci dottrinali²¹ ed esclusa dalle stesse S.U. nel precedente arresto Vanone del 2002²², viene riesumata con esclusivo riferimento al consulente tecnico del p.m.. La distinzione sarebbe giustificata dalle peculiari caratteristiche di tale soggetto, che è un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio, ha il dovere di imparzialità e obiettività e l’obbligo di verità²³.

Nonostante quest’ultimo chiarimento, residua ancora un motivo che osta a sussumere il fatto in esame nel delitto di cui all’art. 377 c.p.. Nel caso di specie, invero, il consulente tecnico del pubblico ministero era stato incaricato di rispondere ad un quesito “squisitamente valutativo”, relativo all’idoneità dell’addestramento del copilota morto nell’incidente aereo. Non gli era stato chiesto di rendere un’affermazione suscettibile di essere qualificata come “vera” o “falsa”, ma solo di dare ad un fatto storico un proprio personale giudizio, ritenuto attendibile in forza della sua esperienza personale e delle sue conoscenze tecnico-scientifiche. L’inapplicabilità dell’articolo 377 c.p. al caso in esame deriva pertanto dall’impossibilità logica che il consulente tecnico del pubblico ministero commettesse il delitto di falsa testimonianza.

¹⁹ Tale teoria è sostenuta da RIVERDITI, M., *Reati contro la pubblica amministrazione*, in ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale, Parte speciale, Vol. II*, GROSSO, C.F. (a cura di), XV Ed., Milano, 2008, pp. 537 – 538: “Per quanto ci riguarda, riteniamo che il reato sussista anche se il subornato non abbia ancora assunto la qualità di testimone ecc. Non è agevole supporre che sia consentito, senza rischio, di tastare il terreno nell’imminenza del certo acquisto della qualità soggettiva richiesta, con riserva di proseguire poi l’azione solo se si è trovato un terreno favorevole. In tal modo si devitalizza la norma incriminatrice in esame”.

²⁰ Così sia ROMANO, B., *op.cit.*, p. 1310, sia PIFFER, G., *Il delitto di subornazione*, in *I delitti contro l’amministrazione della giustizia, Tomo I, I delitti contro l’attività giudiziaria, loc. cit.*, p. 605: “appare ora indiscutibile, a fronte di tale dato testuale, che la subornazione è configurabile solo dopo la citazione a comparire del soggetto che deve rendere le dichiarazioni o svolgere l’attività di perito o interprete (...) o dopo l’ammissione del soggetto stesso a testimoniare, ecc., nel caso in cui non vi sia stato un precedente atto di citazione”. Analogo concetto è espresso da MENGHINI, A., *op. cit.*, p. 168, che evidenzia come, a seguito della modifica introdotta dal d.l. 306/1992, la tesi formalistica si sia definitivamente affermata proprio perché ora la norma ha abbandonato le locuzioni “testimone, perito e interprete” a favore dei più chiari “persona chiamata a rendere dichiarazioni davanti all’autorità giudiziaria” e “persona chiamata a svolgere l’attività di perito, consulente tecnico o interprete”. Ciò presuppone la necessità che il potenziale destinatario della subornazione abbia già ricevuto la citazione a comparire per rendere dichiarazioni o per svolgere l’attività di perito o interprete, ovvero che sia stato ammesso a testimoniare.

²¹ Cfr. anche FIANDACA, G., MUSCO, E., *Diritto penale - Parte Speciale*, Vol. I, V Ed., 2012, pp. 400-401. Gli Autori chiariscono che, accogliendo la teoria formalistica, se l’istigazione fosse accolta e la falsità venisse realmente realizzata dal soggetto che non ha ancora formalmente assunto la qualifica di testimone, “l’istigatore risponderebbe non già di subornazione, ma a titolo di partecipazione nel reato commesso dall’indagato” (*ibidem*, p. 401).

²² Cass., S.U., 30.12.2002, Vanone, in Cass. Pen., 2003, 1911.

²³ La Corte opera dunque una distinzione rispetto ai propri precedenti. Tra questi, la citata sentenza Vanone del 2002 ed un recente arresto della Sesta sezione (25.11.2010, n. 45626), che aveva affermato la prevalenza della teoria formalistica anche in riferimento ai destinatari delle condotte dell’art. 377 *bis* c.p.

Esclusa la fattispecie speciale, la Corte si vede costretta a ripiegare sulla norma generale, l'istigazione alla corruzione²⁴.

5. ... fino alla rimessione alla Corte Costituzionale.

Ecco quali sono i motivi che giustificano la rimessione della questione alla Corte Costituzionale: se l'unica soluzione applicabile al caso in esame è quella di cui all'art. 322, comma secondo, c.p., ritenuta norma generale rispetto a quella di cui all'art. 377 c.p., emergono alcune conseguenze paradossali²⁵.

In primo luogo, l'istigazione del consulente tecnico del p.m. per il compimento di una falsa perizia risulta punita più severamente²⁶ rispetto all'analoga condotta diretta ad un perito²⁷, ovvero al consulente tecnico del giudice civile.

Un secondo profilo di "disparità di trattamento (e di sostanziale irragionevolezza)" affiora se si considera che "l'offerta corruttiva nei confronti del consulente tecnico del pubblico ministero chiamato a esprimere valutazioni tecnico-scientifiche (giudizi), inquadrabile, come nel caso in esame, nella fattispecie di istigazione alla corruzione, sarebbe punita più gravemente rispetto ad analoga condotta esercitata nei confronti del consulente tecnico del pubblico ministero chiamato semplicemente a descrivere i fatti accertati senza addentrarsi in valutazioni o giudizi, per la quale sarebbe configurabile invece il delitto di intralcio alla giustizia".

Il Collegio definisce tali conseguenze "paradossali e violatrici del principio di uguaglianza", dal momento che le situazioni di partenza sono "del tutto analoghe", e sanzionate in misure molto divergenti. Parimenti irragionevole risulta il diverso trattamento sanzionatorio dell'offerta corruttiva nei confronti del consulente tecnico nel processo civile (art. 377 c.p.) e nel processo penale (art. 322 c.p.).

Inoltre, vi è l'"ulteriore paradosso per cui solo la particolare e neppure più grave forma di intralcio alla giustizia oggetto dell'attuale processo (...) non è ricompresa nella specifica ripartizione del codice dedicata ai delitti contro l'amministrazione della giustizia, rimanendo confinata tra i delitti contro la pubblica amministrazione".

Alla luce di queste spiegazioni, la Corte rileva la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'articolo 322, comma secondo, c.p., in riferimento all'art. 3 Cost., "sotto il duplice profilo della disparità di trattamento di

²⁴ Allo stesso risultato era arrivata, ragionando in linea teorica, SCOPINARO, L., *Intralcio alla giustizia e induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria*, in *op. cit.*, p. 203.

²⁵ Aveva individuato il ricorso alla Corte Costituzionale come "unica via di fuga possibile" già ROMANO, B., *op. cit.*, p. 1312.

²⁶ Nella formulazione vigente *pro tempore* e quindi prima della riforma attuata dalla legge 190/2012 la pena per l'istigazione alla corruzione propria andava da un anno a quattro mesi a tre anni a quattro mesi. Oggi, la cornice edittale che emerge dal combinato disposto degli articoli 322 e 319 c.p. va da due anni e otto mesi a cinque anni e quattro mesi.

²⁷ Per tale reato, che rientra pacificamente nell'articolo 377 c.p., si applica la pena prevista per il reato oggetto di istigazione ridotta dalla metà ai due terzi, quindi, la reclusione da otto mesi a tre anni.

situazioni analoghe e della irragionevolezza”, e rimette la decisione alla Corte Costituzionale.

6. L’elaborazione del principio di uguaglianza/ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale.

È già stato correttamente osservato che “la questione di legittimità sollevata dalle Sezioni Unite rappresenta un caso paradigmatico – quasi ‘di scuola’ – di violazione del parametro costituzionale della uguaglianza/ragionevolezza, essendo inquadrabile perfettamente nel classico schema triadico del giudizio funzionale a censurare il «trattamento diseguale di fatti uguali»”²⁸. La Corte è chiamata ad applicare il principio di eguaglianza nella sua accezione “ampia” di *ragionevolezza*, dovendo valutare la conformità degli articoli 322 e 377 c.p., che sanzionano in maniera diversa situazioni analoghe, all’art. 3 della Costituzione.

Prima di affrontare nello specifico le caratteristiche del controllo di ragionevolezza nel caso in esame ed osare una prognosi sull’esito del giudizio di costituzionalità, è opportuno soffermarsi brevemente sull’evoluzione del principio di uguaglianza nella giurisprudenza costituzionale in materia penale.

L’art. 3 della Costituzione esprime una “*tendenziale universalità del precetto di legge nel senso che la norma deve, in linea di massima, dirigersi a tutti i consociati e non può distinguere in nessun caso in base a categorie meramente soggettive od in ragione di tali categorie; può bensì differenziare in base a categorie oggettive (...) ma (...) deve commisurarsi ad un canone che, pur consentendo la necessaria flessibilità degli interventi senza di cui non può esistere sovranità popolare in una società divisa, preservi l’esigenza dell’universalità, deve cioè collegare conseguenze eguali a fattispecie analoghe e diverse a fattispecie diverse, avendo riguardo, nello stabilire l’analogia e la diversità, al fine perseguito (ratio della norma)*”²⁹.

La dottrina più attenta coglie nell’art. 3 Cost. due diverse accezioni del principio di eguaglianza, quella di eguaglianza in senso stretto e quella di ragionevolezza³⁰.

²⁸ SCOLETTA, M., *op. cit.*, punto 7.

²⁹ CERRI, A., *L’eguaglianza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano, 1976, p. 25. L’autore evidenzia come, in una Costituzione che costituisce la sintesi delle diverse istanze politico-sociali dei costituenti, l’art. 3 rappresenta al comma primo la “matrice liberal-democratica”, mentre al comma secondo emerge la “tendenza democratica”, così come può manifestarsi in una società eterogenea (cfr. *ibidem*, p. 28).

³⁰ È d’obbligo il rimando ad INSOLERA, G., *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in *loc. cit.*, p. 394 ss.

6.1. Eguaglianza come divieto di discriminazione *ratione subjecti*.

La prima accezione, costituente il “nucleo forte”³¹ dell’articolo, consiste nel divieto di discriminazioni *ratione subjecti*. Si tratta del principio di uguaglianza strettamente inteso, secondo cui l’art. 3 Cost. impone che il precetto legislativo sia universale. Esso viene violato ogniqualvolta una norma contenga una “distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali”³².

Le questioni di costituzionalità per violazione del principio di uguaglianza in questa accezione più “ristretta” sono meno numerose in materia penale rispetto ad altri ambiti del diritto. Ciò deriva dal fatto che le norme penali liberali, anche quelle del codice Rocco, sono nate già di per sé come leggi “universali”. Inoltre, tutta la legislazione di ispirazione razzista è stata abolita dal d.lgt. 25/1944, che ha così eliminato il più vistoso retaggio delle norme *ad personam* del regime fascista³³.

Tra le sporadiche pronunce di incostituzionalità di norme penali ritenute discriminatorie si conta, ad esempio, la sentenza 119/1970, con cui la Corte ha dichiarato incostituzionale l’aggravante di cui all’art. 635, comma 2, n.2), c.p., che prevedeva un aumento di pena e la procedibilità d’ufficio nel caso in cui il delitto di danneggiamento fosse commesso da datori di lavoro in occasione di serrate o da lavoratori in occasione di sciopero. Seppure l’aspetto non fosse stato particolarmente valorizzato dalla Corte (che invocò una generale “irragionevolezza” della fattispecie), è stato rilevato come, di fatto, tale aggravante speciale rappresentasse una discriminazione basata sulle “condizioni sociali”³⁴.

Una maggiore attenzione alla discriminazione *ratione subjecti* si ritrova invece nella successiva pronuncia che dichiarò incostituzionale l’art. 136 c.p. sulla conversione in pena detentiva della pena pecuniaria in caso di insolvibilità del condannato (sent. 131/1979). La censura di costituzionalità era motivata dalla circostanza che la norma penale si rivolgeva di fatto solo ai nullatenenti e recava “l’impronta inconfondibile di una discriminazione basata sulle condizioni personali e sociali la cui illegittimità è apertamente, letteralmente, proclamata dall’art. 3 Cost.”³⁵.

³¹ Così CERRI, A., *op. cit.*, 32, poi ripreso da INSOLERA, G., *op. cit.*, p. 394.

³² Cfr. INSOLERA, G., *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in *loc. cit.*, p. 395. Analizza criticamente gli sviluppi di tale principio MANES, V., *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 2-3, 739.

³³ Cfr. INSOLERA, G., *op. cit.*, p. 398.

³⁴ Questo invece il punto di vista valorizzato dalle ordinanze di remissione. Cfr. INSOLERA, G., *op. cit.*, p. 398.

³⁵ Cfr. INSOLERA, G., *op. cit.*, pp. 399 ss., che prosegue la rassegna della giurisprudenza costituzionale sul principio di eguaglianza citando le sentenze n. 126/1968 e 147/1969 che hanno dichiarato incostituzionali le norme che prevedevano un trattamento sanzionatorio diverso per i reati di adulterio e concubinato sulla base del principio dell’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi (art. 29 Cost.), la sentenza 440/1995 che ha dichiarato la parziale illegittimità dell’art. 724 c.p. (bestemmia e manifestazioni oltraggiose verso i defunti) ed infine la sentenza 508/2000 che ha dichiarato incostituzionale l’art. 402 (vilipendio della religione dello Stato). Un ragionamento analogo era già stato sviluppato dalla Corte nella sentenza 14/1971, che ha censurato gli articoli 707 e 708 c.p. nella parte in cui facevano riferimento “alle condizioni

Più recentemente, si ricorda la sentenza n. 370/1996, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 708 c.p., che sanzionava il possesso ingiustificato di valori o di altre cose non confacenti al suo stato da parte del soggetto già condannato per delitti determinati da motivi di lucro, o per contravvenzioni concernenti la prevenzione di delitti contro il patrimonio. Questa fattispecie sanzionava una condotta di per sé lecita, che assumeva rilievo penale solo in funzione della condizione personale del soggetto agente: si tratta di una discriminazione priva di valide ragioni giustificative, ed in quanto tale illegittima³⁶.

6.2. Eguaglianza come monito di ragionevolezza.

La seconda dimensione del principio di eguaglianza deriva da un'interpretazione dell'art. 3 Cost. secondo cui la disposizione costituzionale introduce un "generale canone di ragionevolezza secondo il quale la legge deve trattare in maniera eguale situazioni eguali, ed in maniera razionalmente diversa situazioni diverse"³⁷.

In quest'ottica, il principio di eguaglianza non rappresenta più solo la tutela del cittadino di fronte ai privilegi personali ed alle discriminazioni, ma si tramuta in una maggiore "garanzia di fronte all'irrazionalità dell'ordinamento", e svolge "una più ampia funzione di difesa avverso vizi logici non idonei a ripercuotersi su sfere giuridiche strettamente subiettive più o meno fondamentali del cittadino o del singolo, ovvero verso incongruenze non dovute a fini discriminatori, sibbene frutto di errori o di scarso esame del farraginoso e complesso sistema legislativo vigente"³⁸.

Da questo assunto scaturisce l'ulteriore conseguenza secondo cui il principio di ragionevolezza sarà violato anche quando situazioni analoghe o "oggettivamente

personali di condannato per mendicizia, di ammonito, di sottoposto a misura di sicurezza personale o a cauzione di buona condotta".

³⁶ Per un commento alla sentenza 370/1996 (ed una più ampia riflessione sul principio di eguaglianza) si rimanda a MAUGERI, A.M., *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte Costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 2, 434. Anche Corte Cost. 20 gennaio 2004 n. 24, ha fatto leva sul principio di eguaglianza per dichiarare l'illegittimità del c.d. lodo Maccanico-Schifani, che prevedeva la sospensione per l'intera durata del mandato di tutti i processi penali nei confronti dei Presidenti della Repubblica, del Senato, della Camera dei Deputati, del Consiglio dei Ministri e della Corte costituzionale, in modo che queste figure potessero svolgere serenamente le funzioni inerenti alla carica da loro ricoperta. La Corte ha ritenuto tale ragione insufficiente a legittimare ex art. 3 Cost. la disciplina speciale, posto che il principio di parità di trattamento rispetto alla giurisdizione si colloca al livello più elevato nel sistema costituzionale, in quanto principio fondante dello Stato di diritto. Per una breve critica ai tentativi politici di svilire il principio di eguaglianza cfr. DOLCINI, E., *Leggi penali "ad personam", riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 1, 51.

³⁷ INSOLERA, *op. cit.*, p. 395.

³⁸ CERRI, A., *op. cit.*, pp. 62-63. Già all'epoca l'Autore definiva "caotico e tumultuoso" l'ordine legislativo vigente, sebbene "per necessità" dovuta all'urgenza dei problemi che lo Stato era chiamato a risolvere in uno stato di "precarietà" dei compromessi e degli equilibri politici.

universalizzabili”³⁹ vengono trattate in maniera diversa: “Avendo riguardo cioè ad un certo precetto legislativo ed alla *mens* che ad esso presiede, occorre vedere se i medesimi profili per cui disciplina in un determinato modo una determinata ipotesi ricorrano in altre diversamente regolate oppure se tali profili siano ravvisabili in ipotesi diverse egualmente disciplinate”⁴⁰.

In questo senso, “irragionevolezza è anzitutto sinonimo di arbitraria incoerenza, di mancanza di giustificazione, di lesione di un principio di non contraddizione immanente ad ogni sistema normativo e da apprezzarsi secondo moduli ormai elaborati dalla giurisprudenza costituzionale”⁴¹. Tale accezione del principio di ragionevolezza presenta significativi legami con la teoria generale del reato costituzionalmente orientata⁴². In questo senso, sullo sfondo del giudizio di ragionevolezza si stagliano il bilanciamento tra i diritti costituzionalmente garantiti, da un lato, ed il valore della libertà personale, dall’altro⁴³.

L’affermazione del principio di ragionevolezza nello Stato di diritto costituzionale è andata di pari passo con il maturare della consapevolezza che la legittimità della prescrizione giuridica dipende sempre meno dalla forza imperativa dell’autorità e sempre più dalla solidità delle ragioni, empiriche, pratiche o assiologiche, su cui poggia. In quest’ottica, l’arbitrio legislativo viene censurato in nome di un superiore principio di garanzia dei diritti dei cittadini e dell’esigenza che tutti i diritti garantiti dalla Costituzione siano armonicamente bilanciati⁴⁴. Il principio in esame può essere inteso come “saggezza pratica, o, in un senso più stringente, come adeguatezza o coerenza assiologica”⁴⁵.

Nel diritto penale, è la parte speciale a prestare maggiormente il fianco al giudizio di ragionevolezza. Ed in effetti, se la teoria generale del reato appare come uno “schema” connotato da un impianto sistematico astratto e razionalmente logico (seppur caratterizzato da scelte morali di fondo), l’ambito dedicato all’individuazione delle singole fattispecie incriminatrici è talvolta il risultato di opposte pulsioni politico-sociali, spesso irrazionali e contingenti⁴⁶.

Tale problema risulta ulteriormente accentuato nella parte relativa alla teoria della pena: qui, la pretesa di razionalità dell’ordinamento incontra due rilevanti

³⁹ INSOLERA, G., *op. cit.*, p. 397.

⁴⁰ CERRI, A., *op. cit.*, p. 44: “Avendo riguardo cioè ad un certo precetto legislativo ed alla *mens* che ad esso presiede, occorre vedere se i medesimi profili per cui disciplina in un determinato modo una determinata ipotesi ricorrano in altre diversamente regolate oppure se tali profili siano ravvisabili in ipotesi diverse egualmente disciplinate”.

⁴¹ INSOLERA, G., *op. cit.*, p. 397.

⁴² Cfr. DODARO, G., *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, p. 97 ss.

⁴³ Cfr. INSOLERA, *op. cit.*, p. 402.

⁴⁴ Cfr. DODARO, G., *op. cit.*, p. 85 ss.

⁴⁵ PULITANÒ, D., *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012, p.11.

⁴⁶ Cfr. PULITANÒ, D., *op. cit.*, p. 24, che scrive: “I cataloghi delle pene, i livelli di gravità, le modalità applicative variano grandemente; la costruzione dei modelli punitivi è rimessa (...) a scelte dei legislatori ed ai fattori, spesso tutt’altro che razionali, da cui quelle scelte sono influenzate”.

ostacoli. In primo luogo, non può negarsi che il legislatore, chiamato a scegliere una risposta al reato, si ritrova ad oscillare tra diverse concezioni di gravità dei fatti, valutazioni differenti sulla congruità delle pene, bisogno di sicurezza e pressanti istanze sociali che, per quanto forse irrazionali ed illogiche, egli non può ignorare⁴⁷.

Il secondo aspetto che impedisce che l'apparato sanzionatorio penale sia perfettamente razionale consiste nella contraddizione intrinseca del diritto punitivo, che "intende (o pretende) combattere violenza, paura e sofferenza; ma queste sono anche le sue caratteristiche intrinseche. (...) L'uso della spada, per quanto legato a presupposti e modi scrupolosamente pesati sulla bilancia della giustizia, per sua natura eccede la dimensione del giudizio razionale, incarnandosi in modelli punitivi che comportano un qualche carico di sofferenze minacciate o inflitte, su cui è sempre proponibile il problema se siano o non siano soluzioni giuste e ragionevoli"⁴⁸.

7. Giudizio trilatero di ragionevolezza ed individuazione del *tertium comparationis*.

Per quanto riguarda la struttura del giudizio costituzionale di eguaglianza/ragionevolezza, occorre soffermarsi sulla sua particolarità: esso infatti, almeno nella sua accezione originaria, non opera secondo il tradizionale schema binario del contrasto tra norma impugnata e parametro costituzionale, bensì ha una struttura trilaterale⁴⁹. La disparità di trattamento rispetto all'art. 3 Cost. viene valutata confrontando con esso altre due disposizioni, ciascuna delle quali regola in maniera differente situazioni analoghe.

Quindi, il giudizio di ragionevolezza della Corte richiede la presenza di tre termini, costituiti il primo dalla norma impugnata, il secondo dal principio di uguaglianza/ragionevolezza ed il terzo da una norma di raffronto, il c.d. "*tertium comparationis*". Oggetto del giudizio sarà valutare se la differenza tra la norma al vaglio e quella di raffronto sia ragionevole o arbitraria⁵⁰.

Spetta al giudice *a quo* individuare il termine di paragone, che implicitamente indica il modo in cui la Corte dovrebbe ristabilire l'eguaglianza violata⁵¹. L'individuazione del *tertium comparationis* è vincolata dalle regole che stabiliscono i presupposti del controllo incidentale di costituzionalità della legge in generale⁵²: esso deve essere univoco e consistere in una fattispecie regolata da una norma giuridica ricavata dall'ordinamento giuridico vigente, contenuto in un atto normativo

⁴⁷ Cfr. PULITANÒ, D., *op. cit.*, p.11.

⁴⁸ PULITANÒ, D., *op. cit.*, p. 24. A proposito dell'"aporia insormontabile" alla base del diritto penale e sul presupposto "razionalmente infondato" dello stesso cfr. CURI, U., *I paradossi della pena*, in *Riv. It. dir. e proc. pen.*, 2013, 3, 1073, in particolare pp. 1079 ss.

⁴⁹ Cfr. DI GIOVINE, O., *Sul c.d. principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia penale. «A proposito del rifiuto totale di prestare il servizio militare»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 1, 159, p.173.

⁵⁰ Cfr. MAUGERI, A. M., *op. cit.*, p. 457.

⁵¹ Cfr. DODARO, G., *op. cit.*, pp. 50-52.

⁵² Così come regolato dagli articoli 136 e 137 Cost., e dalle successive leggi sulla composizione della Corte e sui giudizi instaurati innanzi a questa (L.Cost. 1/1948, l. cost. 1/1953, l. 87/1953).

quantomeno equiparato alla legge e vigente al momento del giudizio⁵³. La mancata, incerta o inesatta individuazione del termine di raffronto determina l'inammissibilità del ricorso, sia perché un giudizio della Corte effettuato senza termine di paragone si tradurrebbe in una valutazione di natura politica (vietata dall'art. 28 della legge 87/1953), sia perché in sua assenza non sarebbe possibile delimitare l'oggetto del giudizio di costituzionalità⁵⁴.

Ciò premesso, è chiaro che la scelta stessa del *tertium comparationis* ha già una natura valutativa ed esula da una mera verifica sulla "tenuta logica" del sistema⁵⁵.

Due sono le fasi del giudizio *ex art. 3 Cost.*: ad una prima verifica della comparabilità delle fattispecie dal punto di vista del "criterio di uguaglianza"⁵⁶ succede un controllo sulla giustificatazza della norma, corrispondente alla ricerca di una ragione che giustifichi razionalmente la disparità di trattamento⁵⁷.

7.1. Prima fase del giudizio: ricerca dell'analogia tra la norma in esame e la norma di raffronto.

Nella prima fase del giudizio la Corte valuta, a pena di inammissibilità, se la norma in esame e quella di raffronto sono omogenee dalla prospettiva della *ratio legis*⁵⁸. Tale operazione consiste innegabilmente in un giudizio di valore, tanto discrezionale da rendere difficile estrapolarne i criteri orientativi⁵⁹. Ammesso il giudizio in presenza di norme che si trovano in un rapporto di genere a specie o di regola a eccezione, esso risulta *tendenzialmente* escluso "solo quando le fattispecie normative appartengono ad ordini di grandezza non commensurabili, siano cioè assolutamente differenti non esistendo alcun 'criterio di uguaglianza' in relazione al quale possano risultare in

⁵³ Cfr. DODARO, G., *op. cit.*, p.53, che fa riferimento a C.Cost., ord. 46/1996.

⁵⁴ Cfr. DODARO, G., *op. cit.*, p. 54.

⁵⁵ Cfr. INSOLERA, G., *op. cit.*, p. 406.

⁵⁶ La prima e preliminare forma del sindacato di ragionevolezza consiste dunque nella constatazione della presenza o dell'assenza dell'analogia. Cfr. CERRI, *op. cit.*, p. 128.

⁵⁷ Cfr. DODARO, G., *op. cit.*, p. 56. A sua volta, il controllo sulla giustificazione della norma può essere interno o esterno. Nel primo caso, la Corte cercherà nel sistema legislativo positivo e nel raffronto sistematico con le altre norme che disciplinano uno stesso settore la ragione della disparità di trattamento. Nel secondo caso, la Corte procede invece al raffronto delle fattispecie alla luce dei principi costituzionali: qui, l'attuazione di un principio costituzionale "esterno" è idoneo a modificare la normativa impugnata. L'Autore osserva che in nessuno dei due casi il giudizio della Corte è meramente "neutro" o "meccanico", ma lascia sempre un margine di discrezionalità alle scelte curiali.

⁵⁸ Cfr. BIN, R., *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2002, 2, 115, p. 116, il quale peraltro ritiene che il giudizio di ragionevolezza potrebbe essere effettuato anche senza prendere come riferimento il principio di uguaglianza, ma limitandosi a verificare se le due norme confrontate siano o meno accomunate dall'*eadem ratio*. In caso affermativo, eventuali differenziazioni poste dal legislatore saranno censurate, mentre in caso negativo non vi sarà alcuna incongruenza nel sistema. A ben vedere, però, solo inserendo questo ragionamento per analogia sotto lo schema del più ampio principio costituzionale di eguaglianza si riesce ad avere contezza del vero fondamento del giudizio. Escludendo la ragionevolezza, sarebbe difficile spiegare per quale motivo le incongruenze del sistema sono inaccettabili.

⁵⁹ DODARO, G., *op. cit.*, p. 57.

qualche misura assimilabili”⁶⁰. Ciò chiarito, rimane una “zona grigia” non ancora chiaramente delimitata dal concetto di “omogeneità” nella quale affiorano singole pronunce della Corte in casi specifici⁶¹.

7.2. Seconda fase del giudizio: i margini di apprezzamento della Corte.

La seconda fase del giudizio attiene più propriamente al vaglio di ragionevolezza, le cui caratteristiche sono state progressivamente elaborate dalla Corte in ambiti diversi da quello penale⁶².

In origine, essa ha affermato di potersi limitare alla mera constatazione dell’inosservanza dei limiti di cui all’art. 3 Cost., primo comma, mentre qualsiasi altra considerazione relativa alla valutazione della diversità delle situazioni in cui si trovavano i soggetti dei rapporti da regolare rimaneva appannaggio esclusivo della discrezionalità del legislatore (C. Cost., 3/1957)⁶³. In tale prospettiva, il principio di uguaglianza era violato solo nel caso in cui il legislatore avesse assunto come criteri distintivi i connotati di cui all’elenco di cui al primo comma dell’art. 3, ritenuto tassativo ed inderogabile⁶⁴.

Tuttavia, poco dopo la Consulta ha allargato le possibilità del proprio giudizio, affermando la propria legittimazione ad intervenire con un sindacato “di non contraddittorietà” ogniqualvolta situazioni dichiarate diverse venivano sanzionate in maniera uguale (C. Cost., 53/1958)⁶⁵.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 59.

⁶¹ Per una rassegna della giurisprudenza costituzionale in materia di omogeneità si rimanda a DODARO, G., *op. cit.*, p. 60, nota 38.

⁶² Osserva ancora DODARO, G., in *op. cit.*, p. 96, che in questo contesto la giurisprudenza aveva percorso la dottrina: la maggior parte degli scienziati del diritto penale dell’epoca, ancora poco propensi a valorizzare le garanzie costituzionali in ambito penale, hanno recepito solo verso la metà degli anni Settanta, e quindi “con un certo ritardo”, l’elaborazione teorica dell’art. 3 Cost., che la Corte Costituzionale stava sviluppando da quasi una ventina d’anni.

⁶³ Cfr. MAUGERI, A.M., *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte Costituzionale n. 370 del 1996*, in *loc. cit.*, pp. 438-439.

⁶⁴ Cfr. CERRI, A., *op. cit.*, p. 30, che fa riferimento a C.Cost., 28/1957. In questa pronuncia, la Corte dichiara infondata la questione di legittimità costituzionale di una norma in materia di locazioni e sublocazioni di immobili urbani, argomentando che: “La valutazione della rilevanza delle diversità di situazioni in cui si trovano i soggetti dei rapporti da disciplinare non può non essere riservata al potere discrezionale del legislatore, salva l’osservanza dei limiti stabiliti nel primo comma dell’art. 3 della Costituzione, (...). Fino a quando tali limiti siano osservati e le norme siano dettate per categorie di destinatari e non *ad personam*, ogni indagine sulla corrispondenza della diversità di regolamento alla diversità delle situazioni regolate implicherebbe valutazioni di natura politica, o quanto meno un sindacato sull’uso del potere discrezionale del Parlamento, che alla Corte costituzionale non spetta esercitare, anche a norma dell’art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87.”

⁶⁵ Cfr. MAUGERI, A.M., *op. cit.*, p. 439. La sentenza 53/1958 dichiarò l’illegittimità costituzionale della legge 20 dicembre 1956, n. 1422, intitolata “Riduzione dei canoni di affitto dei fondi rustici composti in canapa nelle province della Campania”, che trattava di fatto allo stesso modo i canoni che prima aveva distinto in perequati e non perequati, quindi due situazioni diverse. Benché si trattasse di una decisione destinata ad

Oltre al controllo logico di non contraddizione fra presupposti e conseguenze implicite dei vari dati normativi, presto la Corte ha cominciato a fondare il proprio giudizio anche sul confronto tra le singole norme ed i relativi lavori preparatori, al fine di sondare l'esistenza di motivi validi a giustificare una discriminazione⁶⁶. In queste nuove accezioni, il principio di eguaglianza è divenuto dunque "controllo di ragionevolezza" che impone di sondare caso per caso le ragioni della discriminazione⁶⁷.

Nel 1976, Augusto Cerri definiva il giudizio di ragionevolezza un sindacato "non certamente identico a quello di eccesso di potere, perché non presuppone anzi esclude un fine determinato ed, in definitiva, si fonda sul principio di non contraddizione, ma che, similmente ad esso, lambisce il merito senza toccarlo, presuppone e rispetta le scelte politiche compiute dagli organi competenti ma controlla la loro esistenza, la corrispondenza alle cose delle rappresentazioni mentali di cui le ha compiute e successivamente la congruenza rispetto ad esse delle norme dettate per quel che attiene alla logica deducibilità"⁶⁸.

Una siffatta visione, secondo cui sarebbero sottratte al giudizio della Corte alcune intangibili scelte legislative, risulta oggi superata: con il passare del tempo, il giudizio di ragionevolezza si è significativamente allargato, arrivando a ricomprendere l'intrinseca coerenza della legge fino ad entrare nel merito della scelta legislativa⁶⁹.

Illustre dottrina è arrivata ad affermare che oggi il giudizio di ragionevolezza si esprime in un sindacato assoluto sulla giustizia della norma⁷⁰, in cui lo schema trilaterale viene recuperato a posteriori quale "pretesto" o "clausola di stile" per giustificare un giudizio di valore già precedentemente effettuato: il rischio di sconfinamento nel controllo della discrezionalità legislativa diviene sempre più attuale⁷¹.

incidere su di una legge civile, interessa soffermarsi su quanto affermato dalla Corte per delimitare il proprio potere: "la valutazione delle diverse situazioni è riservata al potere discrezionale del legislatore e sottratta perciò al giudizio di legittimità costituzionale. Ma è anche vero che non si contraddice a queste affermazioni, né si compiono valutazioni di natura politica, e nemmeno si controlla l'uso del potere discrezionale del legislatore, se si dichiara che il principio dell'eguaglianza è violato, quando il legislatore assoggetta ad una indiscriminata disciplina situazioni che esso stesso considera e dichiara diverse".

⁶⁶ Cfr. CERRI, A., *op. cit.*, p. 32, in riferimento a C.Cost., 1/1962, 7/1963, 155/1963, 121/1963, 22/1965.

⁶⁷ Cfr. MAUGERI, A.M., *op. cit.*, p. 440.

⁶⁸ CERRI, *op. cit.*, p. 128.

⁶⁹ Cfr. MANES, V., *op. cit.*, in particolare punto 2) *L'evoluzione del giudizio di ragionevolezza in materia penale nella giurisprudenza costituzionale*.

⁷⁰ Ravvisa in ogni caso un forte legame di interdipendenza tra ragionevolezza e giustizia nel diritto penale PULITANÒ, D., *op. cit.*, p. 25.

⁷¹ Cfr. INSOLERA, G., *op. cit.*, pp. 405 e 406. Tuttavia, non manca chi ravvisa nella necessità che la Corte effettui un controllo di ragionevolezza e di tenuta generale del sistema un aspetto fisiologico di tutte le democrazie a costituzione rigida. In tale ottica, coerenza, completezza e razionalità non sarebbero caratteristiche del legislatore, per sua natura mosso da spinte politiche opposte ed altalenanti, ma della comunità degli interpreti. A quest'ultima spetta il compito di ridurre a ragionevolezza la confusa legislazione positiva. Così BIN, R., *op. cit.*, pp.119-120. Al proposito, risultano molto più convincenti, dal punto di vista del penalista, le critiche di DOLCINI, E., *Leggi penali "ad personam", riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *loc. cit.*, pp. 51-53.

Questa prassi appare problematica in materia penale, in forza del principio di riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, della Costituzione. Si discute se tale principio venga violato da sentenze manipolative, additive o sostitutive⁷², ovvero aggirato nel caso in cui la Corte, facendo un diretto apprezzamento delle scelte di politica criminale, dichiara incostituzionale *tout court* una norma⁷³.

7.3. Giudizio di incostituzionalità delle norme penali più favorevoli.

La tensione tra limiti del controllo di ragionevolezza e principio di legalità si manifesta in modo emblematico quando viene vagliata la legittimità di disposizioni penali che comportano una soluzione irragionevolmente “più favorevole” per un soggetto rispetto ad un altro che si trovi in una decisione analoga. Si tratta del c.d. “sindacato in *malam partem*”. Qui, se la Corte accogliesse le questioni sottoposte al suo giudizio finirebbe per allargare o reintrodurre fattispecie penali che il legislatore non ha previsto, ha espressamente abrogato o modificato in senso più favorevole⁷⁴.

Fino al 2006, la possibilità che la Corte si spingesse fino ad un intervento con esiti in *malam partem* era pacificamente esclusa dalla dottrina, confortata dal fatto che il giudice delle leggi dichiarava sistematicamente inammissibili (con una eccezione⁷⁵) le questioni di tal genere che gli venivano sottoposte⁷⁶.

⁷² Vengono definite “interpretative” le sentenze in cui la Corte modifica il *thema decidendum*, proponendo un’interpretazione diversa delle norme rispetto a quella prospettata dal giudice *a quo*. All’interno delle sentenze interpretative di accoglimento della Corte si suole distinguere tra sentenze di accoglimento parziale (con le quali la Corte dichiara illegittima una tale norma solo in riferimento ad una parte del suo testo), sentenze additive (con le quali la Corte aggiunge alla norma un elemento precedentemente non previsto, ma indicato dal giudice *a quo* nell’ordinanza di rimessione a pena di inammissibilità), ovvero ancora sentenze sostitutive (qui, la Corte sostituisce la locuzione contrastante con la Costituzione con un’altra conforme alla Legge Fondamentale). Questi due ultimi tipi di sentenze vengono definite anche manipolative, poiché la Consulta assume un’autentica funzione di creazione del diritto. Per una spiegazione più approfondita cfr. BELLETTI, M., *Il giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi e gli atti con forza di legge*, in MEZZETTI, L., BELLETTI, M., D’ORLANDO, E., FERIOLI, E., *La giustizia costituzionale*, Padova, 2007, pp. 429 ss.

⁷³ Cfr. INSOLERA, G., *op. cit.*, p. 408.

⁷⁴ Cfr. *ibidem*, pp. 411-412.

⁷⁵ Si tratta della sentenza 148/1983, che ritenne ammissibile, in linea di principio, il sindacato su norme penali di favore. Ciò al fine di evitare la creazione di “zone franche” nell’ordinamento, sottratte al controllo di costituzionalità. Secondo il ragionamento della Corte, la censura di una norma illegittima, con conseguente eliminazione degli effetti più favorevoli e ripristino di quelli precedentemente in vigore, non intacca il principio di riserva di legge. In questo caso, infatti, la Corte non introduce una nuova fattispecie incriminatrice, ma si limita ad “eliminare” una norma irragionevolmente derogatoria della disciplina generale o comune, che automaticamente si risponderà fino a ricomprendere anche il caso precedentemente oggetto di deroga.

⁷⁶ Cfr. INSOLERA, G., *op. cit.*, pp. 412 ss. Tra le richieste di intervento in *malam partem* l’Autore cita alcune norme di depenalizzazione di fatti di inquinamento, nonché la disciplina in tema di aborto. La questione si è posta anche in riferimento alla legittimità della novella che ha di fatto alleggerito la rilevanza penale delle false comunicazioni sociali, introducendo significative soglie percentualistiche di non punibilità ed abbreviando i termini di prescrizione. Anche in questo caso la Corte aveva dichiarato inammissibile la

La svolta è rappresentata dalla sentenza n. 394 del 2006, in tema di “falsi elettorali”. In questo caso, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il primo articolo della legge 61/2004 che, modificando il D.P.R. 570/1960⁷⁷ ed il D.P.R. 361/1957⁷⁸, aveva introdotto una disciplina penale speciale, e significativamente attenuata rispetto ad omologhi delitti di falso, per l’ipotesi in cui la falsità fosse stata commessa per autenticare le sottoscrizioni di liste di elettori e di candidati ovvero consistesse nella falsa formazione, anche solo parziale, di liste di elettori o di candidati.

Nel merito, la Corte ha dichiarato illegittima alla luce del principio di ragionevolezza la norma penale di favore, perché il bene tutelato da quest’ultima norma era lo stesso delle altre disposizioni in materia di “reati elettorali” (la rappresentatività popolare e dunque, a ben vedere, la democrazia), che prevedevano pene ben più gravi per falsità del tutto assimilabili dal punto di vista del disvalore della condotta⁷⁹.

Successivamente, con la sentenza n. 28 del 2010, la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di una *lex mitior* intermedia contrastante con una direttiva comunitaria, fino ad arrivare alla recente sentenza n. 5 del 2014, avente ad oggetto la legittimità della norma che aveva abrogato la fattispecie incriminatrice delle associazioni di carattere militare⁸⁰. In quest’ultima, recente pronuncia, la Corte estende ulteriormente i margini di ammissibilità del controllo di costituzionalità delle norme penali favorevoli, giustificandolo ora alla luce del rispetto dell’art. 76 Cost. sull’eccesso dei vincoli derivanti dal rispetto della legge di delega⁸¹. In questo caso, dunque, prevale il rispetto del principio di riserva di legge (inteso come legge del Parlamento alla quale il Governo si deve adeguare) sul postulato secondo cui l’intervento della Consulta non potrebbe obliterare la validità di norme penali di favore⁸².

8. Breve rassegna delle pronunce della Corte in tema di ragionevolezza.

Analizzando più nello specifico le sentenze in cui la Corte Costituzionale ha effettuato un controllo di ragionevolezza, occorre distinguere tra le questioni

q.l.c., nonostante l’asserita incostituzionalità della disciplina italiana fosse supportata anche da norme europee ed internazionali.

⁷⁷ C.d. “Testo unico per la composizione e la elezione degli organi delle amministrazioni comunali”.

⁷⁸ “Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati”.

⁷⁹ Cfr. MANES, V., *Illegittime le “norme penali di favore” in materia di falsità nelle competizioni elettorali*, Nota a C. Cost., 394/2006, in www.forumcostituzionale.it. La sentenza è analizzata anche da SCOLETTA, M., *L’irragionevole insindacabilità dell’arbitrio punitivo in bonam partem*, in *Giur. Cost.*, 2009, 1, 428.

⁸⁰ Si tratta del delitto di cui all’art. 1 del d.lgs. 43/1948, abrogato dal d.lgs. 66/2010. Per un inquadramento delle vicissitudini legislative che hanno interessato tale articolo cfr. SCOLETTA, M., [La sentenza n. 5/2014 della Corte Costituzionale: una nuova importante restrizione delle “zone franche” del sindacato di legittimità nella materia penale](#), in *questa Rivista*, 3 febbraio 2014, pp. 2-4.

⁸¹ Per un commento “a caldo” della sentenza si rimanda nuovamente a SCOLETTA, M., [La sentenza n. 5/2014 della Corte Costituzionale](#), in *loc. cit.*

⁸² Così sempre SCOLETTA, [ult. op. cit.](#), pp. 11-12. Lo stesso Autore aveva preluso a simili conclusioni in *ID.*, *L’irragionevole insindacabilità dell’arbitrio punitivo in bonam partem*, *loc. cit.*

concernenti le norme di parte generale, quelle sulle norme penitenziarie e quelle aventi ad oggetto norme incriminatrici.

8.1. Il controllo delle norme di parte generale e dell'ordinamento penitenziario.

Negli interventi della Corte aventi ad oggetto norme di parte generale e dell'ordinamento penitenziario assistiamo ad un "reiterato riferimento al principio di eguaglianza, nella sua significazione di ragionevolezza"⁸³.

Ciò è avvenuto soprattutto in riferimento alle norme in materia di misure di sicurezza, nelle quali la Corte ha progressivamente smantellato tutte le disposizioni che contenevano una presunzione di pericolosità sociale legata alla minore età dell'autore, all'infermità ovvero alla seminfermità di mente⁸⁴.

In queste pronunce, si è osservato che la Consulta si è fatta portatrice dell'accezione più ridotta del sindacato di ragionevolezza. Essa infatti si è astenuta dal dare un giudizio politico-valutativo alle norme esaminate, concentrandosi invece su di un giudizio logico di coerenza interna del sistema, considerando irragionevoli le norme ormai superate dalle attuali conoscenze scientifiche (ad esempio, dove equiparavano pericolosità sociale ed infermità mentale) o anacronistiche (in riferimento alla considerazione del minore)⁸⁵. Similmente, analizzando alcune norme dell'ordinamento penitenziario la Corte utilizza il criterio di ragionevolezza contro presunzioni o automatismi legali che non trovavano corrispondenza in una base empirica sufficientemente consolidata⁸⁶.

8.2. Il sindacato di ragionevolezza delle norme incriminatrici.

Per quanto riguarda il sindacato di ragionevolezza delle norme incriminatrici, inteso come giudizio sulla ragionevolezza delle pene (ma anche, seppur con qualche precisazione, quale controllo sulle scelte di incriminazione), invece, la Consulta si è attenuta, almeno inizialmente, ad un certo *self restraint*. L'atteggiamento di chiusura della Corte era legato alla convinzione della insindacabilità delle scelte politico-criminali compiute dal legislatore attraverso le comminatorie edittali: un intervento della Corte era ammesso, in linea teorica, solo per censurare norme "macroscopicamente irragionevoli", in contrasto con parametri di coerenza logico-

⁸³ INSOLERA, G., *op. cit.*, p. 416.

⁸⁴ Cfr. VASSALLI, G., *Principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, 710.

⁸⁵ Per una breve ma efficace ricostruzione degli interventi della Corte Costituzionale in materia di pericolosità sociale cfr. CALABRIA, A., *Sul problema dell'accertamento della pericolosità sociale*, in *Riv. It. dir. e proc. pen.*, 1990, 762, in particolare, p. 767- 768.

⁸⁶ Cfr. INSOLERA, G., *op. cit.*, p. 419.

sistematica, e non per entrare nel merito della valutazione del bilanciamento tra i beni tutelati dalla norma⁸⁷.

8.3. C.Cost., 26/1979.

La prima significativa sentenza nella quale la Corte ha sottoposto al vaglio di ragionevolezza la legittimità delle norme penali nella parte in cui determinano la misura delle pene è la sentenza 26/1979⁸⁸, avente ad oggetto l'articolo 186 del codice penale militare di pace. Tale disposizione prevedeva lo stesso trattamento sanzionatorio (l'ergastolo) per le condotte di omicidio volontario, tentato omicidio ed omicidio preterintenzionale del superiore, nonché per le lesioni gravi e le lesioni gravissime a danno del superiore ufficiale. Il giudice *a quo* lamentava una violazione del principio di eguaglianza nell'arbitraria equiparazione, effettuata dal legislatore, di fatti così diseguali, "che il legislatore considera – di regola – ben diversamente gravi ai fini della repressione penale"⁸⁹.

La Corte ha accolto la censura: fermo restando che la configurazione delle fattispecie di reato e delle relative pene attiene alla politica legislativa, il giudice delle leggi può occuparsi del "sindacato giurisdizionale sugli arbitri del legislatore, cioè sulle sperequazioni che assumano una tale gravità da risultare radicalmente ingiustificate"⁹⁰.

La sentenza in esame si fonda su due ordini di considerazioni. Inizialmente la Corte osserva che, nel caso in esame, l'evento tentato viene equiparato al reato consumato solo a causa della particolare qualifica rivestita dalla persona offesa, il superiore gerarchico. Questa operazione cozza con il criterio, codificato all'art. 56 c.p., e ripreso all'art. 46 c.p.m.p., dell'autonomia del reato tentato rispetto al reato consumato. Si tratta di un principio cardine dell'ordinamento italiano, rispetto al quale qualsiasi deviazione richiede una giustificazione razionale. È proprio qui che si insinuano le maggiori critiche alla sentenza, sia perché essa legge l'art. 3 Cost. attraverso una norma ordinaria (l'art. 56 c.p.), sia perché non dice, in realtà, quale sia il metro che il legislatore deve usare per decidere se punire un fatto tentato alla stregua di un fatto consumato⁹¹.

La seconda parte del percorso argomentativo della Corte riguarda la constatazione che il reato *de quo* è plurioffensivo, perché tutela sia la vita e l'incolumità fisica del superiore, sia la disciplina militare, dove la seconda è considerata nettamente prevalente sulle prime. Tuttavia, "nel bilanciare i due tipi di beni, lesi dal delitto in questione, il legislatore ha operato uno stravolgimento dell'ordine dei valori messi in

⁸⁷ Così INSOLERA, G., *op. cit.*, p. 421, ma anche FORNASARI, G., *Ragionevolezza, dissociazione e sequestro di persona a scopo di estorsione*, in *Foro it.*, 1984, 2081, p. 2082.

⁸⁸ La sentenza è commentata da ROSSETTI, M., *Controllo di ragionevolezza e oggettività giuridica dei reati di insubordinazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1980, pp. 200-215.

⁸⁹ C. Cost., 26/1979.

⁹⁰ C. Cost., 26/1979.

⁹¹ Cfr. ROSSETTI, M., *op.cit.*, pp. 205-206.

gioco: antepoendo la disciplina militare in tempo di pace, intesa nel senso riduttivo di obbedienza e di rispetto dell'inferiore verso il superiore, a quel bene supremo dell'ordinamento costituzionale e penale ... che è il diritto alla vita"⁹². La conseguente declaratoria di incostituzionalità deriva dal fatto che "la norma impugnata rappresenta pertanto una deroga così ingiustificata rispetto ai principi del diritto penale vigente, da ledere l'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge", con conseguente annullamento dell'art. 186 c.p.m.p. non solo nella parte in cui prevede la pena dell'ergastolo per il tentato omicidio del superiore, ma anche, consequenzialmente ai sensi dell'art. 27, legge 87/1953, ultimo inciso, ove la stessa pena è prevista per l'omicidio preterintenzionale e per le lesioni gravi e gravissime a danno del superiore.

Si è ritenuto che, dei due argomenti usati dalla Corte per dichiarare l'illegittimità della norma, il primo fosse solo un ragionamento di copertura, una sorta di "vernice di pura logica giuridico-formale"⁹³, mentre maggior plauso ha trovato il riferimento ai beni giuridici tutelati dalla norma. Qui, la dottrina ha visto l'accoglimento della teoria della necessaria lesività dell'illecito penale, sullo sfondo dell'art. 3 Cost. che sarebbe solo un pretesto: a ben vedere, la Corte non ragiona secondo la tradizionale struttura del giudizio di ragionevolezza, ma applica implicitamente il principio di offensività, normalmente desunto dagli articoli 27, primo e terzo comma e 25, secondo e terzo comma, Cost.⁹⁴.

Interessante notare come, anche in questa sentenza, affiori la tematica della proporzionalità della pena, già considerata quale conseguenza del principio di ragionevolezza: una sanzione arbitraria, e quindi sproporzionata rispetto al fatto-reato, si pone in contrasto con la finalità rieducativa della pena di cui al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione. La Corte non affronta la questione, ritenendola assorbita nell'accoglimento della censura relativa alla violazione dell'art. 3 Cost.⁹⁵.

8.4. C.Cost., 143/1984.

Pochi anni dopo, alla Corte viene sottoposta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 630, c.p., quarto comma, sul sequestro di persona a scopo di estorsione, nella parte in cui limita al singolo concorrente l'attenuante della dissociazione, escludendone l'applicabilità nell'ipotesi di decisione unanime di tutti i

⁹² C. Cost., 26/1979.

⁹³ Così ROSSETTI, M., *op. cit.*, p. 206.

⁹⁴ Cfr. ROSSETTI, M., *op. cit.*, pp. 210 ss. Condividono questa lettura INSOLERA, G., *op. cit.*, p. 422, e FORNASARI, G., *op. cit.*, p. 2082.

⁹⁵ Cfr. ROSSETTI, M., *op. cit.*, p. 210 ss., che interpreta questa scelta della Corte come l'ennesima "occasione mancata" per evitare di prendere esplicitamente posizione sulla finalità costituzionale della pena ed affermare in maniera più esplicita il principio della necessaria lesività dell'illecito penale proprio in conformità alla funzione rieducativa della pena. In effetti, bisognerà aspettare il 1990 per la "svolta di principio", segnata dalla sentenza 313/1990, nella quale per la prima volta la Corte ammette la finalità rieducativa della pena, affermando finalmente: "in uno Stato evoluto, la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stesse della pena".

compartecipi di liberare l'ostaggio. Benché l'interpretazione letterale della norma facesse propendere proprio per l'interpretazione "irragionevole" suggerita dal giudice *a quo*, che vi ravvisava una potenziale diversità di trattamento in situazioni analoghe⁹⁶, la Corte dichiarò infondata la questione, preferendo una interpretazione fortemente manipolativa della norma ad una declaratoria di incostituzionalità⁹⁷.

Questo iniziale "passo indietro" della Corte non incide sulla generale considerazione secondo la quale negli anni Ottanta e Novanta la Corte ha ampliato il sindacato di ragionevolezza⁹⁸, tendendolo fino alla sua massima espansione nel momento in cui l'ha collegato al principio di proporzionalità della pena⁹⁹.

Per essere veramente rieducativa, la pena deve porsi in un rapporto di proporzione con la gravità del fatto commesso, in modo da evitare che il reo viva il trattamento punitivo inflittogli come sproorzionato, e quindi ingiusto. Dopo che la stessa Corte Costituzionale, con la storica sentenza 313/1990, ha ammesso che la pena ha una funzione (anche) rieducativa, il controllo di ragionevolezza si è esteso fino a ricomprendere la misura della pena¹⁰⁰.

⁹⁶ In sostanza, il 630, IV comma prevede un'attenuazione di pena per il sequestratore che si dissocia dai concorrenti e si adopera per la liberazione dell'ostaggio. Interpretando letteralmente la norma, si arriva a concludere necessariamente che tale beneficio è escluso se il sequestratore è una sola persona oppure se tutti i concorrenti unanimemente decidono di rilasciare l'ostaggio. Per un commento alla sentenza, la n. 143 del 16 maggio 1984, cfr. FORNASARI, G., *op. cit.*, p. 1082.

⁹⁷ E questa decisione diede adito al rammarico di chi si sarebbe augurato che la Corte seguisse il cammino iniziato con la sentenza 26/1979 per fare chiarezza in una norma, l'art. 630 c.p., particolarmente travagliata. Cfr. ancora FORNASARI, G., *op. cit.*, p. 1083.

⁹⁸ Lo prova ad esempio la sentenza 189/1987. La pronuncia, dichiarando l'illegittimità costituzionale degli articoli 1 e 2 della legge 1085/29, il primo nella parte in cui fa divieto d'esposizione in pubblico di bandiere estere in mancanza di autorizzazione dell'autorità politica locale, ed il secondo, nella parte in cui sanziona penalmente la trasgressione del divieto medesimo, afferma "Vero è che, attraverso la penalizzazione del fatto in esame, non è tutelato alcun bene giuridico: il fatto stesso manca di qualsiasi oggetto giuridico specifico e della benché minima *ratio incriminandi*." Con la successiva sentenza 183/2011 la Corte invece ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 62-bis, secondo comma, del codice penale, come sostituito dall'art. 1, comma 1, della legge 251/2005, nella parte in cui stabilisce che, ai fini dell'applicazione del primo comma dello stesso articolo, non si possa tenere conto della condotta del reo susseguente al reato, ritenendo "irragionevole" qualsiasi presunzione assoluta, se non supportata da validi dati empirici e da massime di esperienza.

⁹⁹ Cfr. MAUGERI, A. M., *op. cit.*, pp. 468 ss.

¹⁰⁰ Cfr. INSOLERA, G., *op. cit.*, p. 425. Come si è osservato *supra*, la Corte ha poi finito con il trascendere da una puntuale applicazione del principio di ragionevolezza, per avvicinarsi ad una censura del merito delle scelte legislative. Emblematica di questo "allargamento" della Corte secondo l'Autore, è la sentenza 515/1995, la quale, nel dichiarare incostituzionale la contravvenzione di mendicizia non invasiva, prevista dall'art. 670 c.p., con la quale la Corte si spinge fino a valutare se un fatto sia o meno degno di tutela penale. Qui, manca il riferimento al giudizio triadico, mentre la Corte censura un uso ritenuto anacronistico ed abnorme dello strumento penale.

8.5. C.Cost., 265/2010.

In tempi più recenti, la Corte ha affermato l'illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost. dell'art. 275, comma 3, c.p.p., in materia di scelta delle misure cautelari¹⁰¹. A seguito della modifica introdotta con il d.l. 11/2009, tale comma prevedeva che, in presenza di gravi indizi di colpevolezza, ai soggetti sospettati di aver commesso i delitti di atti sessuali con minorenne aggravati continuati e violenza sessuale aggravata continuata poteva essere applicata solo la custodia cautelare in carcere. La disposizione, pur non modificando i presupposti generali di applicazione delle misure cautelari, escludeva qualsiasi discrezionalità del giudice in ordine alla scelta della misura, in totale spregio del criterio del "minore sacrificio necessario"¹⁰².

Di fatto, la novella legislativa era arrivata ad equiparare i soggetti indiziati della commissione di gravi reati sessuali agli indiziati di delitto di stampo mafioso. Tuttavia, solo in relazione a questi ultimi soggetti si giustificava l'imposizione della sola custodia cautelare in carcere (per evidenti motivi di natura criminologica, quali la volontà di impedire i contatti con gli altri associati ed il reale pericolo di fuga dell'indiziato). Per queste ragioni, la Corte ha censurato duramente la norma, la cui irragionevolezza non sarebbe superabile nemmeno avuto riguardo alla gravità dei reati sessuali per cui si procede. L'art. 275, terzo comma, c.p.p., *in parte qua*, viene dunque definito una norma "palesamente scompensata e arbitraria", perché tratta situazioni diverse allo stesso modo.

9. Recidiva reiterata e divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti alla prova della ragionevolezza.

Interessante risulta l'evoluzione giurisprudenziale in materia di recidiva c.d. reiterata e bilanciamento di circostanze. A seguito della riforma introdotta con la legge 251/2005 si erano poste due questioni. La prima atteneva alla natura, facoltativa o obbligatoria, dell'applicazione degli aumenti di pena previsti per il recidivo che commetteva un nuovo delitto non colposo (ai sensi del novellato art. 99, quarto comma, c.p.), e la seconda alla portata del connesso del divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle aggravanti per il recidivo reiterato (sancito dal quarto comma dell'art. 69, c.p.).

Una letterale interpretazione della novella legislativa cozzava apertamente con il principio di ragionevolezza: i significativi aumenti di pena imposti dalla recidiva reiterata, ritenuti obbligatori, non potevano in nessun caso soccombere di fronte alla presenza di qualsiasi circostanza attenuante, potendosi arrivare, semmai, solo alla dichiarazione di equivalenza tra circostanze eterogenee. Si avevano quindi enormi

¹⁰¹ C. Cost., 265/2010.

¹⁰² Cfr. C. Cost., 265/2010.

disparità di trattamento solo a fronte di una caratteristica “personale” del soggetto, l’essere recidivo.

La Corte Costituzionale, ripetutamente investita della questione di legittimità costituzionale dell’art. 69, quarto comma, c.p., nella parte in cui vietava di ritenere le circostanze attenuanti prevalenti sulla recidiva reiterata, in un primo momento trova una “via di fuga”. A partire dalla sentenza 192/2007¹⁰³, essa infatti nega che l’unica interpretazione possibile da dare all’art. 99, quarto comma, sia quella dell’obbligatorietà della recidiva. Al contrario, ponendo che la stessa sia facoltativa, il lamentato difetto di razionalità del sistema non si manifesterebbe, perché il giudice, decidendo di non applicare gli aumenti di pena, potrebbe sottrarsi al divieto di cui all’art. 69, quarto comma¹⁰⁴.

Questa sorta di *escamotage*, peraltro accolto anche dalla successiva giurisprudenza¹⁰⁵, regge finché alla Corte non viene sottoposta l’ipotesi in cui il giudice rimettente ritenga di dover applicare, in concreto, la recidiva reiterata. Così facendo, però, egli non può sottrarsi al disposto di cui al quarto comma dell’art. 69 c.p., che gli impedisce di ritenere prevalente qualsiasi tipo di circostanza attenuante, men che meno quella di cui all’art. 73, comma 5, D.P.R. 309/1990.

Con la sentenza 251/2012¹⁰⁶, la Corte Costituzionale si pronuncia proprio sulla costituzionalità dell’art. 69, quarto comma, c.p., nella parte in cui esclude che la circostanza attenuante di cui all’art. 73, quinto comma, del T.U. sugli stupefacenti possa essere dichiarata prevalente sulla recidiva reiterata di cui all’art. 99, quarto comma, c.p. La Consulta ravvisa una “manifesta irragionevolezza” sul piano delle conseguenze sanzionatorie derivanti dal divieto di prevalenza, irragionevolezza “resa evidente dall’enorme divaricazione delle cornici edittali stabilite dal legislatore per il reato circostanziato e per la fattispecie base prevista dal primo comma” dell’art. 73 T.U.: “nel caso di recidiva reiterata equivalente all’attenuante, il massimo edittale previsto dal quinto comma per il fatto di “lieve entità” (sei anni di reclusione) diventa il minimo della pena da irrogare; ciò significa che il minimo della pena detentiva previsto per il fatto di “lieve entità” (un anno di reclusione) viene moltiplicato per sei nei confronti

¹⁰³ Ma lo stesso concetto è ribadito nelle ordinanze 33 e 90 del 2008 e 409/2007, nonché nella sentenza 257/2008.

¹⁰⁴ “In primo luogo, (...) è possibile ritenere che la recidiva reiterata sia divenuta obbligatoria unicamente nei casi previsti dall’art. 99, quinto comma, c.p. (...), in secondo luogo, nei limiti in cui si escluda che la recidiva reiterata sia divenuta obbligatoria, è possibile sostenere che il giudice debba procedere al giudizio di bilanciamento – soggetto alla disciplina limitativa di cui all’art. 69, quarto comma, c.p. – unicamente quando ritenga la recidiva reiterata effettivamente idonea a determinare, di per sé, un aumento di pena per il fatto per cui si procede: il che avviene (...) solo allorché il nuovo episodio delittuoso appaia concretamente significativo, in rapporto alla natura ed al tempo di commissione dei precedenti, sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo” (C. Cost., 257/2008).

¹⁰⁵ Per una rassegna delle sentenze cfr. NOTARO, D., *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta “lima” il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*, in *Cass. Pen.*, 2013, 5, 1755, nota 19.

¹⁰⁶ La sentenza è commentata da NOTARO, D., *op. cit.*. Ne fa menzione anche LEO, G., [Automatismi sanzionatori e principi costituzionali, Voce per “Il libro dell’anno Treccani 2014”](#), in *questa Rivista*, 7 gennaio 2014.

del recidivo reiterato, che subisce così di fatto un aumento incomparabilmente superiore a quello specificamente previsto dall'art. 99, quarto comma, cod. pen. per la recidiva reiterata, che, a seconda dei casi, è della metà o di due terzi.”

In questo caso il difetto di ragionevolezza risiede proprio nel trattamento sanzionatorio: per effetto del divieto di prevalenza, lo “spacciatore da strada”, recidivo reiterato, viene punito con la stessa pena prevista per il “grande trafficante”, punito ai sensi del primo comma dell'art. 73 T.U. Ne consegue che situazioni molto diverse vengono trattate allo stesso modo, mentre situazioni simili (lo spaccio “di lieve entità” commesso, ad esempio, dal recidivo semplice e dal recidivo reiterato) ricevono un trattamento profondamente diverso. Inoltre, il recidivo reiterato, cui siano riconosciute le attenuanti generiche, autore di un fatto “non lieve” da punire con il minimo edittale della pena stabilita dall'art. 73, comma 1, del d.P.R. n. 309 del 1990, riceve lo stesso trattamento sanzionatorio – quest'ultimo irragionevolmente più severo – spettante al recidivo reiterato, cui pure siano riconosciute le attenuanti generiche, ma autore di un fatto di “lieve entità”.

Peraltro, la Corte ravvisa anche contrasti con il principio di offensività, perché la norma censurata “indirizza l'individuazione della pena concreta verso un'abnorme enfaticizzazione delle componenti soggettive riconducibili alla recidiva reiterata, a detrimento delle componenti oggettive del reato”, ponendosi in contrasto con l'art. 25, secondo comma, Cost., “che pone il fatto alla base della responsabilità penale”¹⁰⁷.

Da ultimo, la Corte dichiara anche la violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost.: la disciplina censurata non avrebbe permesso alcun adeguamento della sanzione alla gravità del fatto commesso, tanto da far assumere alla punizione i connotati di una pena “palesamente sproporzionata” e, dunque, “inevitabilmente avvertita come ingiusta dal condannato”¹⁰⁸.

10. Conclusione. Possibili sbocchi della questione.

Nel giudizio attualmente sottoposto alla Corte Costituzionale, il *tertium comparationis*, rappresentato dall'art. 377 c.p. in relazione all'art. 373 c.p., “rispetto alla norma specificamente censurata ed applicabile nel processo *a quo* (l'art. 322 c.p.) – che costituisce il profilo più delicato per la valida ed efficace formulazione di tali questione di costituzionalità – risulta infatti assolutamente pertinente, perché individua una situazione giuridica sostanzialmente identica a quella oggetto della fattispecie concreta, senza che sia possibile rintracciare una motivazione ragionevole a sostegno della differenza di trattamento sanzionatorio. Anzi, nel raffronto tra le due situazioni normative è quella punita in modo più lieve *ex artt.* 377 e 373 c.p., cioè la subornazione del perito del giudice, che potrebbe al limite giustificare un risposta punitiva più

¹⁰⁷ Qui la Corte cita la propria precedente sentenza 249/2010.

¹⁰⁸ Il riferimento della Corte è alla sentenza n. 68/2012.

pesante, alla luce del ruolo ausiliario a quello decisivo che è proprio del perito (e non del consulente tecnico del Pubblico ministero)”¹⁰⁹.

Peraltro, considerato che nel caso di specie la Corte è chiamata a valutare la ragionevolezza di una norma generale rispetto ad una norma speciale, potrebbe sorgere qualche dubbio in ordine all’ammissibilità della questione. Normalmente, il giudizio di ragionevolezza ha ad oggetto una norma derogatoria, speciale o eccezionale, che viene confrontata con la norma generale. Se la differenza di trattamento contenuta nella norma speciale non è giustificata, può essere ripristinata la norma generale, ripristinando in tal modo l’equilibrio del sistema¹¹⁰. In alcuni precedenti arresti, la Corte ha negato che fosse possibile raffrontare la norma generale alla stregua della norma derogatoria, in quanto la questione sottoposta all’esame coinvolgerebbe elementi di discrezionalità legislativa sottratti al vaglio di costituzionalità¹¹¹. Non è possibile ristabilire l’eguaglianza generalizzando alla regola il regime previsto per l’eccezione, perché ciò corrisponderebbe ad una “applicazione del principio di uguaglianza in senso inverso a quello naturale”¹¹². Nel caso di specie, il problema potrebbe essere superato considerato che la norma ritenuta speciale prevede un trattamento sanzionatorio più favorevole rispetto a quella generale.

Quanto ai possibili esiti del giudizio di costituzionalità oggi al vaglio della Corte, se l’ordinanza di remissione provenisse da una fonte meno autorevole si potrebbe pensare ad una sentenza interpretativa dell’art. 377 c.p., che affermi che tale fattispecie ricomprende, per motivi sistematici, anche la subornazione del consulente tecnico del pubblico ministero. Tuttavia, tale forzatura interpretativa è già stata esclusa, con forti motivazioni, dalle Sezioni Unite della Cassazione: pare potersi escludere che la Corte decida di contraddirla, anche perché il riferimento all’art. 373 c.p. è escluso dal quesito¹¹³.

¹⁰⁹ SCOLETTA, M., *op.cit.*, punto 7.

¹¹⁰ Cfr. DODARO, G., *op.cit.*, p. 54.

¹¹¹ Cfr. Corte Cost., 80/1972 relativa a una questione volta a rendere lecito il gioco d’azzardo (art. 718 c.p.) e la partecipazione allo stesso (art. 720) attraverso la generalizzazione delle deroghe previste per i Comuni di Venezia, San Remo e Campione d’Italia a tutte le località d’Italia: la Corte ha dichiarato infondata la questione: “Considerato che (...) nel rapporto tra norme generali e norme derogatorie, questioni di legittimità costituzionale per violazione del principio d’eguaglianza, sotto l’uno o l’altro degli aspetti cui hanno riferimento il primo e il secondo comma dell’art. 3 della Costituzione, possono eventualmente sorgere soltanto in ordine a queste ultime, e non certamente alle prime, che dettano la disciplina comune a tutti i cittadini”.

¹¹² C.Cost., 71/1979 sulla impossibilità di invalidare il delitto di incendio di cosa altrui per ricondurre la fattispecie nell’ambito del diverso e più favorevole delitto speciale di incendio di cosa propria. Al proposito, la Corte osserva che la fattispecie generale è dotata di “ragionevolezza intrinseca”.

¹¹³ Cfr. SCOLETTA, M., [La subornazione del consulente tecnico del pubblico ministero tra istigazione alla corruzione e intralcio alla giustizia](#), *loc. cit.*, punto 7, che precisa come la Corte Costituzionale dia un particolare peso alle interpretazioni fornite dalla giurisprudenza di legittimità: “nel caso *de quo*, (...) l’interpretazione normativa oggetto di censura proviene direttamente dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che nell’ordinanza di remissione hanno sostanzialmente stabilizzato un “diritto vivente” al quale la Corte costituzionale attribuisce il massimo rilievo, in quanto ‘assume la disposizione censurata nel significato in cui essa attualmente «vive» nell’applicazione giudiziale’, specialmente se ‘consacrato in una decisione delle Sezioni unite’ (così, da ultimo, C. Cost. n. 230 del 2012)”.

Se quest'ultimo fosse stato diversamente formulato, del pari la Corte sarebbe potuta intervenire con una sentenza additiva, inserendo i soggetti attivi dell'art. 373 c.p. anche il consulente tecnico del pubblico ministero: ma pure questa opzione sembra esclusa¹¹⁴.

Nel caso di accoglimento della questione, invece, volendo seguire la direzione indicata dalle Sezioni Unite la Corte dovrebbe intervenire direttamente sulla pena prevista per l'art. 322 c.p., rimodulandola in maniera più conforme a quella prevista dall'art. 377 c.p. in relazione all'art. 373 c.p. Considerato però che l'art. 322 c.p. non prevede una pena autonoma per l'istigazione alla corruzione, ma rimanda alle norme di cui agli articoli 318 e 319 c.p. (articoli recentemente interessati da un inasprimento sanzionatorio, operato dalla legge 190/2012), l'intervento del giudice delle leggi dovrebbe essere circoscritto all'ipotesi in esame, per evitare ripercussioni su tutti i casi di istigazione alla corruzione. Risulta difficile immaginare gli estremi di un intervento che, per quanto necessitato, non "aggiunga" qualcosa alla lettera della legge, intaccando così il principio di legalità, ed alimentando la convinzione secondo la quale gli interventi della Corte Costituzionale rappresenterebbero un elemento fisiologico, e non patologico, nell'ordinamento. Tuttavia, qui si apre un discorso molto più ampio sull'estensione del ruolo dei giudici nell'epoca contemporanea che, pare, solo i penalisti avversano ancora¹¹⁵.

¹¹⁴ Tuttavia, una tale soluzione farebbe sorgere tutta una serie di problemi di rapporti tra norme con l'art. 319 *ter* c.p.: anche su questo aspetto si rimanda a SCOLETTA, M., [La subornazione del consulente tecnico del pubblico ministero tra istigazione alla corruzione e intralcio alla giustizia](#), *loc. cit.*, punto 7.

¹¹⁵ Cfr. INSOLERA, G., *op. cit.*, che avvisa come le operazioni interpretatrici della Corte rischino di diventare "operazioni di blanda cosmesi del sistema" e tranquillizzanti pretesti per il rinvio di una riforma sistematica. Si spende in strenua difesa del principio di riserva di legge DOLCINI, E., *Leggi penali "ad personam", riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, *cit.*, p. 51, che riferisce di una certa, non condivisibile tendenza di una parte dei costituzionalisti ad affermare la superiorità del diritto di formazione giurisprudenziale sul diritto positivo.