

ORIENTAMENTI

AVE GIOIA BUONINCONTI ANTONELLO CINCOTTA *

Uguaglianza proporzionalità e solidarietà. per un approccio integrato tra diritto penale e processo.**

«Le partizioni accademiche non rendono giustizia all'unitarietà dei problemi». L'approccio unitario al diritto penale sostanziale e a quello processuale è metodologicamente necessario per rendere il presidio dei principi di uguaglianza, proporzionalità e solidarietà senza soluzione di continuità tra teoria e prassi, tra *diritto* e *processo*.

“Academic divisions do not do justice to the unity of problems”. The unified approach to substantive and procedural criminal law is methodologically necessary to make the presidium of the principles of equality, proportionality and solidarity seamless between theory and Praxis, law and process.

SOMMARIO: 1. Premessa 2. Uguaglianza - proporzionalità - solidarietà 3. Casistica essenziale - a) *ne bis in idem* sostanziale e processuale; b) oblazione speciale tra diritto sostanziale e diritto processuale - l'art. 677 c.p. - l'oblazione e la proporzionalità della sanzione. 4. Conclusioni.

1. Premessa.

Il tema dell'uguaglianza o, detto in negativo, della disuguaglianza o magari delle disuguaglianze, vecchie e nuove, è stato al centro del dibattito scientifico in più di un convegno. Per citarne solo qualcuno, oltre evidentemente alle Giornate Modenesi del 28 e 29 settembre 2017 in occasione delle quali sono nate le presenti riflessioni, come non ricordare il XXI Congresso di Magistratura democratica tenutosi a Bologna dal 4 al 6 novembre 2016, dal titolo «Disuguaglianze. Compiti della giurisdizione; il progetto di Md»¹ o ancora il Convegno organizzato dalla Rivista «Critica del diritto», tenuto il 6 ottobre 2017 presso la Facoltà giuridica romana della Sapienza, dal titolo «Uguaglianza e discriminazioni»².

La globalizzazione, all'ombra dell'idea seducente di un mondo senza confini nel quale avanza il mercato e regredisce lo Stato nel suo intervento nell'economia, sta facendo emergere sempre maggiori disuguaglianze nella allocazione delle ricchezze, dando luogo via via alla tendenziale prevalenza

* Il presente lavoro nasce da una riflessione comune dei due autori. La materiale redazione dei §§ 1 e 2, 3 e 4 è riconducibile rispettivamente ad Antonello Cincotta e ad Ave Gioia Buoninconti.

**Lo studio riproduce, ampliato e corredato di note, l'intervento per il convegno “Uguaglianza, Proporzionalità e Solidarietà nel Costituzionalismo Penale Contemporaneo”, Convegno internazionale Di.P.La.P., 28-29 settembre 2017, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

¹ In proposito cfr. www.magistraturademocratica.it nonché il fascicolo n.2/2017 della Rivista *Questione giustizia* in www.questionegiustizia.it.

² I temi nelle linee generali sono stati anticipati dal Direttore della Rivista, Antonio Bevere, in un articolo dal medesimo titolo pubblicato sul n. 2/3 del 2016, 151 e ss.

del fattore *capitale* (talvolta trattasi di flussi ingenti e facenti capo a fondi finanziari i cui titolari sono sostanzialmente non identificati) rispetto a quello *lavoro* e, come controeazione, l'affiorare di varie forme di protezionismo. In questo contesto di cambiamenti va inquadrato anche il fenomeno dei nuovi flussi migratori³ riguardanti *persone* di culture e religioni diverse. Tra i vari effetti il grave riacutizzarsi di occasioni discriminatorie operanti su più piani, dalla degradante tratta di persone allo sfruttamento che può seguire schemi e modalità diverse, comprendendo anche lo sfruttamento del lavoro⁴. Tutto ciò provoca forme sempre più umilianti di disuguaglianza rispetto a quelle per così dire classiche: per razza, sesso, religione. A queste poi si possono aggiungere *altre disuguaglianze* collegate alle nuove forme di analfabetismo, dipen-

³ Sul fenomeno fa il punto della situazione A. PROTO PISANI, *Per la chiarezza di idee sul problema dei flussi migratori*, in *Foro. It.*, 2017, V, 334 e ss.

⁴ Come osserva F. IPPOLITO, *Le nuove disuguaglianze*, in *Questione giustizia*, 2, 2017, 11, le disuguaglianze «sono cresciute anche all'interno del mondo del lavoro, sia di quello dipendente sia di quello autonomo. Le disparità retributive si sono moltiplicate, in barba all'art. 36 della Cost., con il lavoro atipico e il lavoro precario. La frammentazione dei contratti e "la precarietà del lavoro (...) ha effetti sulla disuguaglianza sociale strutturale, specialmente se di lunga durata e se coinvolge soggetti adulti"; "la diffusione del lavoro "atipico", concentrata peraltro sulle nuove generazioni, sta producendo pesanti effetti di disuguaglianza e di esclusione sociale" (*Report Fond. Basso*)» sicché, come ha affermato S. GIUBBONI, *Solidarietà*, in *Politica del diritto*, 2012, 4, 541, «la crisi effettuale del principio di solidarietà [...] si misura tutta nella esplosione delle disuguaglianze sociali, nella crescita delle povertà vecchie e nuove, nelle diffuse forme di esclusione e di precarizzazione sociale legate alla disoccupazione e alla sottoccupazione dilaganti, le quali coinvolgono, sia pure in modo asimmetrico, fasce crescenti di popolazione, ben dentro quella che soltanto con un certo pudore possiamo continuare a chiamare "classe media"»; all'interno di questo quadro generale è facile che attecchiscano ulteriori occasioni di disuguaglianza come quella che può innescarsi in caso di impiego di lavoratori in condizioni di sfruttamento particolarmente degradante o pericoloso, soprattutto in particolari settori produttivi, da qui la riforma, tra l'altro, in materia di caporalato; invero l. 29 ottobre 2016, n. 199, «Disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo», l'art. 1 novella l'art. 603-bis (introdotto nel 2011, Comma 1 dell'art. 12 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. con mod. dalla l. 14 settembre 2011, n. 148) del codice penale (intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro) riformula la condotta illecita del caporale, sanzionando il datore di lavoro e fissando indici di sfruttamento; per un primo commento del provvedimento cfr. *Guida al diritto*, 26 novembre 2016, 48, 46 e ss.; M. MISCIONE, *Caporalato e sfruttamento del lavoro*, in *il Lavoro nella giurisprudenza*, 2017, 2, 113 sottolinea che «prima del 2011, non era previsto un reato speciale ed i giudici penali applicavano le norme ordinarie già esistenti ed in particolare quella sull'"estorsione" ex art. 629 c.p. o violenza privata ex art. 610 c.c. o quella specifica, ma molto più grave, della "riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù" ex artt. 600 c.p., riproponendo il drammatico dilemma di distinguere il lavoro dalla schiavitù quando la vittima diventa una "cosa", approfittando del suo stato di necessità»; l'A. sottolinea poi che «al momento c'è quindi un salto fra intermediazione illecita con "sfruttamento", che comporta i reati gravissimi ex art. 603 bis c.p., e l'intermediazione (o "reclutamento") semplice senza sfruttamento, ormai privo di sanzioni dopo l'abrogazione dall'art. 28 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Quest'ultima norma era incerta e di difficile applicazione. Senza "sfruttamento" non c'è reato e nemmeno illecito amministrativo, nella logica conseguenza della mancanza di un monopolio pubblico del collocamento».

denti dal *deficit* di *conoscenza* e di *informazione* per accedere *alla* rete e che si possono tradurre, talvolta, in semplici perdite di opportunità, talaltra, in vere e proprie occasioni di *speculazione*. Come non concordare con chi rievoca Voltaire ed il suo pessimismo, ricordando che l'uguaglianza è la cosa «più naturale in linea di diritto e la più chimerica in linea di fatto»⁵.

2. Uguaglianza - proporzionalità - solidarietà.

Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà, prima ancora di costituire “fondanti” giuridici, rappresentano le costanti, il *core*, dello stesso essere *uomo*. L'uguaglianza *astratta* non può non tradursi in concreto che nell'uguaglianza *proporzionata*, in quanto *sempre* correlata a persone e fatti *diversi*⁶; la solidarietà è l'espressione della *sim-patia*, di quel patire-insieme, che è l'*in sé* della stessa condizione umana. Si va dalla *commensurabilità*, dalla misura che è requisito per così dire “ontologico” dell'uguaglianza, all'*incommensurabilità* che, invece, è la nota caratterizzante della solidarietà. La prima ha come termine di comparazione la giustizia umana, mentre la solidarietà esorbita quella commensurabilità, radicandosi ed avendo come unità di misura quella stessa *debolezza* propria della *comune* condizione umana⁷, che, come tale, prescinde della razza, del censo, della religione e così via. Potrebbe dirsi che entrambi hanno in comune il carattere di essere “valori” a geometria variabile. È variabile la prima qualora la si guardi in astratto o in concreto. Altrettanto variabile è la solidarietà. Ma il loro rapporto non è stretto, come non sono strette le ragioni della mente e quelle del cuore. In tal senso nel solco dell'approccio cosiddetto *law in literature* come non ricordare la vicenda di

⁵ A. BEVERE, *Uguaglianza e discriminazioni*, cit., 152: «Tutti gli uomini sarebbero necessariamente uguali, se fossero senza bisogni. Son le miserie conaturate alla nostra specie, che obbligano un uomo ad obbedire ad un altro. La vera disgrazia non è l'ineguaglianza, ma la dipendenza ([...]) è impossibile nel nostro sciagurato globo che gli uomini che vivono in società non siano divisi in due classi: dei ricchi che comandano, dei poveri che servono; e queste due si suddividono in cento altre, e ciascuna di queste cento ha le sue sfumature» [Dizionario filosofico, voce Eguaglianza].

⁶ L. FERRAJOLI, *Uguaglianza e democrazia*, (in corso di pubblicazione) dattiloscritto, 1, sulla differenza tra l'uguaglianza formale e sostanziale *ex art.* 3 Cost. l'A. sottolinea come si è uguali nei diritti fondamentali, che sono diritti di tutti: «cioè universali e indisponibili sul mercato: da un lato [siamo uguali] nei *diritti di libertà*, nei *diritti civili* e nei *diritti politici*, che consistono tutti in diritti al rispetto delle proprie *differenze*, siano esse naturali o culturali; dall'altro [siamo uguali] nei *diritti sociali* - alla salute, all'istruzione e alla sussistenza - che sono tutti diritti la cui garanzia vale a ridurre le *disuguaglianze*».

⁷ S. GIUBBONI, *Solidarietà*, cit., 527: «la parola solidarietà evoca un concetto antico, un primigenio sentimento morale di empatia, coesistente alla intrinseca socialità dell'uomo e, quindi, alla stessa idea di diritto e di ordine sociale e giuridico ([...]) una espressione tra le più alte della letteratura universale nelle parole che Omero fa pronunciare ad Apollo alla vista del corpo straziato di Ettore, giacente in una condizione indegna per l'uomo: “Achille ha perduto il senso della pietà, né conosce vergogna, che è per gli uomini un grande ostacolo ma anche un grande aiuto”».

Antigone, la quale ricorda a Creonte che le leggi non scritte degli dei reclamano l'eguaglianza di tutti gli uomini davanti a Dike, a fronte di una *umana* differenza tra difensore e nemico della città⁸. E ancora come non riportare alla memoria quella parabola evangelica forse di altrettanto immediata percezione del differente *respiro* tra uguaglianza e solidarietà. La parabola è quella degli operai nella vigna (Mt, 20, 1-16)⁹. Il padrone ingaggia dei lavoratori in più riprese, a metà mattinata, a mezzogiorno, nel pomeriggio e persino verso sera: vedendoli oziosi e disoccupati li avvia alla propria vigna. Alla fine della giornata il padrone paga tutti i lavoratori. Vengono pagati con uno strano ordine, cominciando dagli ultimi, e ricevono tutti la stessa paga, un denaro. Quindi paga *giusta* perché corrispondente a quella pattuita ma *ingiusta* perché, se rapportata al contributo di ciascuno, non è *proporzionata*. Ma quella paga, a prescindere da come la giustifica il padrone ([15] “Non posso fare delle mie cose quello che voglio?”) ha una valenza, si direbbe oggi, “*solidaristica*”, potendo spaziare da forme di *welfare*, a forme di avviamento al lavoro, al contrasto della disoccupazione nella prospettiva del conseguimento della pie-

⁸ Cfr. le belle pagine di T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, I, Torino, 1960, 107 e ss., sottolinea l'A. [108] «alla regola di fatto osservata si contrappone così la norma che si pone come criterio di giudizio della prima. E il contrasto si riproduce tra qualunque norma storicamente dettata e la norma il cui imperativo il singolo sente nella sua coscienza»; cfr. altresì la ricostruzione di G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 62 e ss.

⁹ La *parola* nella sua completezza (testo tratto dal sito www.vatican.va):

- [1] “Il regno dei cieli è simile a un padrone di casa che uscì all'alba per prendere a giornata lavoratori per la sua vigna.
 [2] Accordatosi con loro per un denaro al giorno, li mandò nella sua vigna.
 [3] Uscito poi verso le nove del mattino, ne vide altri che stavano sulla piazza disoccupati
 [4] e disse loro: Andate anche voi nella mia vigna; quello che è giusto ve lo darò. Ed essi andarono.
 [5] Uscì di nuovo verso mezzogiorno e verso le tre e fece altrettanto.
 [6] Uscito ancora verso le cinque, ne vide altri che se ne stavano là e disse loro: Perché ve ne state qui tutto il giorno oziosi?
 [7] Gli risposero: Perché nessuno ci ha presi a giornata. Ed egli disse loro: Andate anche voi nella mia vigna.
 [8] Quando fu sera, il padrone della vigna disse al suo fattore: Chiamate gli operai e date loro la paga, incominciando dagli ultimi fino ai primi.
 [9] Venuti quelli delle cinque del pomeriggio, ricevettero ciascuno un denaro.
 [10] Quando arrivarono i primi, pensavano che avrebbero ricevuto di più. Ma anch'essi ricevettero un denaro per ciascuno.
 [11] Nel ritirarlo però, mormoravano contro il padrone dicendo:
 [12] Questi ultimi hanno lavorato un'ora soltanto e li hai trattati come noi, che abbiamo sopportato il peso della giornata e il caldo.
 [13] Ma il padrone, rispondendo a uno di loro, disse: Amico, io non ti faccio torto. Non hai forse convenuto con me per un denaro?
 [14] Prendi il tuo e vattene; ma io voglio dare anche a quest'ultimo quanto a te.
 [15] Non posso fare delle mie cose quello che voglio? Oppure tu sei invidioso perché io sono buono?
 [16] Così gli ultimi saranno primi, e i primi ultimi”.

na occupazione (*full employment*) fino a conseguire la variabile combinazione del saggio reale dei salari in funzione della domanda del lavoro.

Dunque, l'uguaglianza e la solidarietà, posti in correlazione tra loro, sono veri ossimori. L'unico rapporto possibile è quello della loro "combinazione"¹⁰. *Combinazione* che si farà ancora più complessa quando "uguaglianza, proporzionalità e solidarietà", compendiabili nei primi tre articoli della Costituzione e con riferimento alle tematiche penalistiche, conferiranno *sostanza* alle *forme* offerte dalle cd. regole di strutture rappresentate dagli artt. 25 e 27 Cost. e a loro volta, a cascata, conferiranno linfa vitale alla "legalità legale" del codice penale e delle leggi ad esso complementari. Basti pensare al fondamento comune costituito dall'istanza della Legalità (la legge è uguale per tutti) e della Giustizia che in radice fonda un trattamento "*proporzionato*"¹¹, ed ancor prima, in sede di *posizione* della norma da parte del legislatore esprime la proporzione tra bene protetto e sanzione, intesa come espressione della meritevolezza di tutela/pena¹² di quelle modalità di lesione considerate penalmente rilevanti, nonché della stessa sussidiarietà, intesa in termini di efficacia, "come utilizzazione del minimo mezzo per il raggiungimento del massimo risultato di tutela"¹³. O, ancora, si pensi alla traduzione in senso pragmatico della solidarietà, ai suoi riflessi sulla *rieducazione*¹⁴ o, nell'ottica *ordinaria*, al fondamento del reato omissivo e segnatamente del reato omissivo improprio. L'antico brocardo *poena debet commensurari delicto*, nell'ottica odierna appare espressivo di principi di legalità e retribuzione - e non solo¹⁵ - avendo in

¹⁰ Cfr. per altri versi A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, in www.rivistaaic.it, sul ruolo della ragionevolezza nella "combinazione" variabile di solidarietà ed uguaglianza, portando talvolta ad esiti differenti.

¹¹ Criticamente R. DE VITO, *Ai margini della pena. Riflessioni su disuguaglianze e diritto penale*, in *Questione giustizia*, 2017, 2, 35 e ss., lo stesso poi a livello di giurisdizione parla espressamente di processo dei ricchi e processo dei poveri [p. 39]: «se l'ambito del processo dei ricchi è occupato dal modello accusatorio per eccellenza, con centralità della fase dibattimentale e difese attrezzate perché economicamente sostenute - quindi in grado di attivare un ampio spettro di risorse processuali - al centro del modello processuale dei poveri si collocano i riti alternativi (quello direttissimo soprattutto) e le difese d'ufficio».

¹² G. FIANDACA, *Commento all'art. 27 comma terzo della Costituzione*, a cura di Branca G., *Commentario alla Costituzione, Rapporti civili, art. 27-28 Cost.*, Bologna, 1991, 246, sulla selezione di fatti penalmente rilevanti lesivi di un bene che sia «assumibile a punto di riferimento di un processo rieducativo».

¹³ F. PALAZZO, *Bene giuridico e tipi di sanzioni*, in *Ind. pen.*, 1992, 209 e ss.; C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁴ Sul finalismo rieducativo ex art. 27 Cost. anche come *naturale* alveo costituzionale della proporzione sanzionatoria cfr. E. COTTU, *Giudizio di ragionevolezza e vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 4, 475, con ulteriori riferimenti.

¹⁵ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2000, 395 e ss.

questi ultimi il suo fondamento logico ed assiologico¹⁶, compendiano magistralmente la ricchezza delle implicazioni che il tema della pena implica. La questione non è nuova: lo dimostrano i dialoghi socratici sui temi della retribuzione, della prevenzione o, in generale, dell'ingiustizia¹⁷. Cionondimeno, essa mantiene sempre vivo ed attuale l'interesse dello studioso di diritto positivo, riservando sempre nuovi spunti di riflessione in stretta dipendenza con il dipanarsi e lo sviluppo dell'attualità oltre che, e non solo, per i *ripensamenti* indotti dalla giurisprudenza delle Corti tanto quelle nostrane quanto quelle sovranazionali, di una giurisprudenza, quindi, frutto del cd. dialogo tra le Corti¹⁸. Sul versante interno a titolo meramente esemplificativo basti rammentare alcuni recenti interventi della Corte costituzionale come la sentenza n. 236/2016 o la sentenza n. 268/2016¹⁹ (quest'ultima in materia di automatismi

¹⁶ Sui principi L. FERRAJOLI, cit., *ibidem*, nonché F. PALAZZO, cit.

¹⁷ E. CANTARELLA, *Uccidere per punire come e perché, ieri e oggi*, in V. Hugo, *Contro la pena di morte*, Milano, 2009, 11, ricorda Protagora che discuteva con Socrate a proposito della pena: «chi cerca di punire secondo ragione non punisce a motivo del delitto trascorso - infatti non potrebbe certo ottenere ciò che è stato fatto non sia avvenuto, ma in considerazione del futuro, affinché non commetta nuovamente ingiustizia quello stesso che viene punito, né altri che vedano costui punito (324a-b)». Ancora (p. 12) Socrate dice “per bocca di Platone” nel *Gorgia*: «fare ingiustizia è più dannoso che riceverla, ed è più felice chi viene punito per le ingiustizie commesse di chi riesce a evitare la pena»; sulla sorte del giusto è interessante un altro passo di Platone, quello della *Repubblica* (II, 361a-362a), particolarmente suggestivo ed evocativo del destino riservato a Gesù: «essi diranno che in queste condizioni il giusto sarà frustato, torturato, imprigionato, gli saranno bruciati gli occhi, e alla fine, dopo aver subito ogni genere di mali, verrà impalato [crocefisso] [ἀνασχιδυλευθήσεται]. S. Paolo scrive (Galati, 3, 13): «Cristo ci ha riscattati dalla maledizione della legge, diventando lui stesso maledizione per noi, come sta scritto: Maledetto chi pende dal legno» (Deut., 21, 23) [testo tratto dal sito www.vatican.va].

¹⁸ Per un aggiornato “punto della situazione” cfr. T. E. EPIDENDIO, *Prescrizione, legalità e diritto giurisprudenziale: la “crisi” del diritto penale tra le Corti*, in www.penalecontemporaneo.it; M. CAIANIELLO, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario*, in www.penalecontemporaneo.it; V. MANES, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazione del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017, 955 e ss.; E. Lupo E. Lupo, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, www.penalecontemporaneo.it; E. M. AMBROSETTI, *La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea in tema di disapplicazione dei termini di prescrizione: medioevo prossimo venturo?*, in *Processo penale e giustizia*, 1, 2016, 44 e ss.; sul rapporto prescrizione ed irretroattività già M. NOBILI, L. STORTONI, M. DONINI, M. VIRGILIO, M. ZANOTTI, N. MAZZACUVA, *Prescrizione ed irretroattività*, in *Foro it.*, 1998, V, 317 e ss.

¹⁹ Corte cost., sent. 10 novembre 2016, n. 236 è leggibile in www.giurcost.org con nota di F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in www.penalecontemporaneo.it; per una ricostruzione dei percorsi della giurisprudenza costituzionale sulla valorizzazione del principio di proporzionalità e sui problemi di struttura delle *cornici edituali* cfr. D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in www.penalecontemporaneo.it per una ricostruzione del tema nell'ambito della giurisprudenza costituzionale cfr. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it; W. FRISCH, *Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità*, www.penalecontemporaneo.it; Corte cost., n. 268 del 2016: cfr. G. DODARO, *Incostituzionali-*

sanzionatori) entrambe applicazione del principio di *proporzione* ovvero ancora la precedente sentenza n. 56/2016, pronuncia che, come affermato, «si inserisce nel filone sempre più fitto della giurisprudenza costituzionale in tema di eguaglianza-ragionevolezza in materia penale»²⁰.

Ma il mondo *del penale* è la risultante di un quadro denso e complesso nel quale le garanzie fondamentali non possono essere tenute distinte a seconda della loro *natura* sostanziale o processuale tanto più oggi vista l'ormai acquisita consapevolezza della *non neutralità* del processo, a cominciare dai principi *argine* della potestà punitiva come la presunzione d'innocenza, il canone del *nemo tenetur se detegere*, o del *in dubio pro liberate*, nonché per le interferenze dirette che il *processo* può esercitare nella quantificazione in concreto della pena. Procedendo *per apices* il *percorso penale* nasce in termini di *disimetria* come effetto di una politica criminale attuata dal legislatore che passa dall'obbligatorietà dell'azione penale, garanzia di uguaglianza, dalla scelta del rito²¹ e dei meccanismi premiali nell'ottica dell'efficienza e dell'economia processuale²² ma anche in considerazione di fatti emergenziali (es. la sentenza della C.E.D.U. "Torregiani"²³); passa attraverso l'*irrogazione* di misure caute-

tà della cessazione automatica del rapporto di impiego militare per condanna a pena interdittiva temporanea, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 6, 773; sul tema sia consentito rinviare a A. CINCOTTA, *L'automatica applicazione della pena accessoria della rimozione dal grado tra giudizio di legittimità costituzionale ed innovazioni legislative (Nota a Trib. mil. Verona, 31 gennaio 1989)*, in *Giuris. merito*, 1991, 135 e ss.; la questione relativa alla presunta illegittimità del trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 73, primo comma, D.P.R. n. 309/1990 (Testo Unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotropo, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza) per violazione dei principi di ragionevolezza-uguaglianza e di proporzionalità della pena rispetto alla gravità del reato, è stata approfondita dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 179/2017. Ha giudicato inammissibili le questioni proposte, auspicando un intervento del legislatore volto a ridefinire i parametri edittali delle varie ipotesi disciplinate dal predetto articolo 73.

²⁰ A. NATALINI, *La "contravvenzionalizzazione" del delitto paesaggistico: il "sacrificio" del precetto (e del giudicato) in nome della (ir)ragionevolezza sanzionatoria*, in www.penalecontemporaneo.it; sugli effetti della sentenza sul giudicato cfr. G. Biondi, *Effetti dell'incostituzionalità dell'art. 181, comma 1-bis, del D.Lgs. 42/2004 sul giudicato penale: un primo arresto giurisprudenziale*, in www.penalecontemporaneo.it e in giurisprudenza cfr. Cass., Sez. III, 16 febbraio 2018, n. 7735, in www.italggiure.giustizia.it.

²¹ Sulle riserve rispetto all'efficacia general preventiva dei riti alternativi ed a maggior ragione sulla efficacia special-preventiva in chiave rieducatrice piace ricordare G. FIANDACA, *Pena «patteggiata» e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro it.*, 1990, I, 2385 e ss. (nota a Corte cost., sent. 2 luglio 1990, n. 313).

²² Sul *fenomeno* da ultimo a margine del c.d. "pacchetto Orlando" cfr. A. DE LIA, *"I delitti senza pena": note a margine del nuovo art. 162-ter c.p.*, in www.lalegislazionepenale.eu.

²³ Sul problema nella prospettiva del sistema sanzionatorio dopo la l. n. 67/2014 carcere o rieducazione cfr. A. FIORELLA, *Scritti di Diritto penale*, Torino, 2016, 33 e ss.; per una riflessione su eventuali modifiche successive al compimento del reato D. PULITANO, *Selezione punitiva tra diritto e processo*, a cura di G. DE FRANCESCO e A. GARGANI, *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, *Atti del Convegno di Pisa (8-9 maggio 2015)*, Milano, 2017, 227 e ss.

lari che spesso sanno più di *cripto*-pena, di finalità preventive, note queste più di pena che di processo; passa attraverso l'art. 133 c.p. ed *in executivis* dagli *aggiustamenti* indotti anche alla luce della casistica giurisprudenziale delle Corti nel quadro del modello multilivello²⁴.

I valori che qui sono oggetto di riflessione per il loro ruolo pregnante e strutturale, nella prassi sembrano sbiadire in una prospettiva di contorno, andando ben al di là della loro *geometria variabile, combinandosi* di volta in volta con finalismi diversi - che talvolta sono addirittura soverchi -. Se il mondo della pena è la risultante di un significativo e composito nucleo di valori, *in action* il processo sembra schiudere prospettive con logiche diversificate ditalché "la teoria sembra non valere per la pratica".

Questo terreno "di frontiera" tra il penale sostanziale e quello processuale richiederebbe letture e studi improntate alla maggiore elasticità possibile ed a un approccio tra le due materie il più integrato possibile. Afferma autorevole dottrina che «le partizioni accademiche non rendono giustizia all'unitarietà dei problemi»²⁵. La dottrina penal-processuale se non vorrà abdicare definitivamente al proprio ruolo scientifico per autolimitarsi alla marginalità ed alla autoreferenzialità dovrà emanciparsi dai legacci di ingessate griglie disciplinari, superando l'artificiale distinzione tra diritto penale e sostanziale²⁶ a favore di un approccio consapevole delle sfide della *post-modernità*, che, come è noto, ha spostato l'asse portante dal *nomoteta* all'interprete e soprattutto al giudice²⁷. La questione evoca l'idea popperiana dell'artificialità delle *discipline*²⁸. Di qui, riprendendo il titolo di un convegno che qualche anno fa ha trat-

²⁴ Sul pluralismo delle fonti e sui meccanismi conseguenti G. SPANGHER, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Torino, 2015, 139 e ss.

²⁵ D. PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2005, 951, in particolare *sub* § 7.

²⁶ L. MARAFIOTTI, *Funzioni della pena e processo penale*, a cura di G. DE FRANCESCO- E. MARZADURI, *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, Torino, 2016, 199 e ss.; F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2000, 89 e ss. § 8 " *Storia d'una latenza*"; è stato altresì osservato che "anche per ragioni di politica accademica" gli studiosi delle due dottrine "ignorano spesso le riflessioni condotte" dagli altri "come se gli oggetti delle rispettive riflessioni fossero così distanti": R. Orlandi, *Effettività della sanzione penale e principi processuali*, in *L'effettività della sanzione penale*, a cura di F. Giunta, R.Orlandi, P.Pittaro, A. Presutti, Milano, 1998, 37.

²⁷ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Bari, 2015, 81

²⁸ K. R. POPPER, *Poscritto alla logica della scoperta scientifica. I. Il realismo e lo scopo della scienza*, Milano, 1984, 35: «di solito, inizio le mie lezioni sul metodo scientifico dicendo che il metodo scientifico non esiste (...). La mia disciplina non esiste in diversi sensi, e ne menzionerò alcuni. Per prima cosa, la mia disciplina non esiste perché le discipline non esistono in generale. Non ci sono discipline; né rami del sapere - o piuttosto, di indagine (...). Una scienza come la botanica o la chimica (...) è, a mio avviso, soltanto un'unità amministrativa. Gli amministratori dell'università hanno, comunque, un compito difficile, ed è loro di grande utilità agire come se ci fossero delle discipline con precise denominazioni, e di conseguenza, delle poltrone che devono essere occupate da esperti di tali discipline

tato delle difficoltà di comunicazione fra le due branche del sapere penalistico²⁹, la necessità che la scienza penalistico-processuale³⁰, consapevole dell'ormai usata separazione accademica, da una parte, e della *dialettica applicativa*, ossia dello iato tra il cosiddetto diritto penale legislativo e quello giurisprudenziale, dall'altra, non lasci ad altri, legislatore o pratici, il monopolio delle varie fasi (legislativa, interpretativa) nelle quali si articola il *percorso* penale, compiendo quello sforzo *unitario* di *comprensione* del diritto (sostanziale e processuale) secondo quell'interpretazione conforme³¹ con la quale peraltro «il penalista si cimenta da anni, quantomeno dal momento in cui ha iniziato a fare seriamente i conti con la Costituzione»³².

Pertanto il sistema penale andrebbe studiato, in termini di metodo, nel suo insieme, ossia considerando tanto il diritto penale sostanziale che quello processuale, come «due facce della stessa medaglia»³³, entrambi legati da un co-

(...) il metodo scientifico riveste una posizione piuttosto peculiare nel suo essere persino meno esistente di altre inesistenti discipline». In campo giuridico piace ricordare quanto affermava F. Carnelutti, *Metodologia del diritto*, Padova, 1990, 32: «la divisione tra scienza del diritto civile e la scienza del diritto penale non è più arbitraria che quella tra la scienza del diritto e gli altri rami della sociologica, o tra la sociologia e la psicologia, o tra questa e la biologia e via dicendo. Tutti questi confini non sono che giochi d'ombra cagionati dalla limitazione del fascio luminoso proiettato dalla nostra mente»... [p. 39] «le note partizioni del diritto civile, commerciale penale, amministrativo e via dicendo, imposte da questa necessità [anche a separare dalla massa intera una piccola porzione, cioè gli atti che interessano più da vicino un dato ordine giuridico (il diritto vigente in uno Stato), la superficie è tale che, per coltivarla, gli scienziati si debbono dividere il lavoro], si risolvono, purtroppo, in una restrizione arbitraria del materiale sperimentale»; osservava altresì l'A.: «ciò che noi osserviamo è piuttosto il “cadavere del diritto” che il “diritto vivo”... la realtà del diritto non è nelle singole parti ma nel tutto e così nella sua unità» e dal punto di vista della metodologia, aggiungeva l'A. [p. 70], «ciò vuol dire che guai allo scienziato, il quale, avendo sul suo tavolo un pezzo tagliato dal corpo del diritto per farne le analisi, si illuda che quel pezzo formi un diritto intero».

²⁹ Si tratta del Convegno dal titolo *Diritto e Processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bologna, 22-23 marzo 2013, organizzato dalla Associazione Franco Bricola.

³⁰ In argomento cfr. M. DONINI, *I professori di diritto e il dibattito sulla questione penale (e la questione giustizia)*, in <http://www.questionegiustizia.it>; D. PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, cit., 951 e ss.

³¹ Sul problema generale cfr. M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, 2016, VI, 447 e ss.; R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in www.rivistaaic.it.

³² Così mette opportunamente evidenza G. SALCUNI, *L'interpretazione conforme al diritto europeo e la legittimazione democratica del giudice*, in www.la legislazione penale.eu.

³³ F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2001, 158. Lo stretto rapporto tra diritto penale e processo rappresenta il *leit-motiv* della monografia infatti dice l'A. (p. 171): «questa presa di posizione dottrinale si inserisce pienamente nell'ordine di idee da me prospettato nel primo e nel secondo capitolo: lo sforzo della dogmatica di elaborare concetti e teorie di diritto generale sostanziale è destinato a diventare un esercizio inutile e vuoto se quei concetti e quelle teorie non trovano concreta applicazione nel processo penale; diritto penale sostanziale e diritto penale processuale, anziché «isole separate», debbono essere, nella concretezza dell'esperienza giudiziale, due facce della stessa medaglia». In proposito cfr. anche T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità*

mune programma di scopo, sistematicamente coerenti e intrinsecamente protesi in rapporto al medesimo obiettivo, in ossequio al principio di efficacia dell'ordinamento, ossia garantire la convivenza civile in dato momento storico-culturale sulla base di principi condivisi, dati e rinvenibili nella Costituzione³⁴. Quest'ultima costituisce la loro massima matrice normativa, stabilisce le

nel processo penale, Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale, in *Ind. pen.*, 1999, 527.

³⁴ L'argomento toccato pur con le peculiarità che sono proprie della materia che si sta trattando, si innesta in quello più ampio del rapporto configurabile tra *rights* e *remedies*, cioè tra diritto sostanziale e diritto processuale. Segnatamente al dibattito sul tema dei rapporti tra Diritto penale e Processo un proficuo contributo è stato offerto dal contributo di insigni studiosi pubblicati dalla rivista *Diritto penale e Processo* (1997, 635 e ss.); si ricorda quello del compianto Giovanni Leone, *Per definire con esattezza l'autonomia didattica del Diritto e della Procedura penale*, di Alfonso M. STILE, *L'autonomia didattica del diritto e della Procedura penale non significa autonomia culturale*, di G. CONSO, E. GALLO, *Ecco perché "Diritto penale e Processo"*. Ora se ritenere «la scissione troppo marcata sotto il profilo scientifico del diritto e della procedura penale ... un grave errore» ciò non significa riconoscere un primato dell'uno sull'altra né tantomeno «negare l'autonomia didattica della procedura penale», ma promuovere una «cultura del sistema penale» che si sviluppi e si raccordi in maniera armonica e coerente secondo principi ed ideologie comuni, per restringere la sempre più divaricata forbice esistente attualmente (A.M. Stile, *L'autonomia didattica del diritto e della Procedura penale non significa autonomia culturale*, in *Dir. pen. proc.*, cit., 636). M. DONINI, *La sintassi del rapporto fatto/autore nel «Progetto Grosso»*. *Inflazione penale, sudditanza al processo ed eticizzazione della responsabilità nell'articolato di parte generale redatto dalla Commissione Grosso, ISISC, Siracusa, 3-5 novembre 2000 - Conferenza nazionale. Progetto preliminare di riforma del codice penale* (dattiloscritto), 9, afferma con forza: «è del tutto tradizionale, si noti bene, che un codice penale si preoccupi soprattutto delle ragioni di diritto sostanziale che riguardano la meritevolezza ed il bisogno di pena, e che trascuri il collegamento processualistico con gli strumenti di attuazione del suo programma. Tuttavia, questa tradizione deve essere oggi superata. Noi soffriamo esattamente una grave crisi del sistema penale dovuta all'assenza di un raccordo fra diritto penale e processo: due binari paralleli che hanno bisogno di continui scambi, rispetto ai quali i tradizionali principi sostanziali di garanzia sono muti».

Più complesso risulta essere il quadro generale all'indomani della riforma del codice di rito stante invece la mancata riforma di quello penale, fatto che rischia di rendere sempre più grave il già lamentato «scollamento tra procedura e diritto sostanziale» fatto quest'ultimo peraltro giustamente riconosciuto «metodologicamente infecondo e persino fuorviante», in tal senso E. AMODIO, *Dal sequestro in funzione probatoria al sequestro preventivo: nuove dimensioni della 'coercizione reale' nella prassi e nella giurisprudenza*, in *Cass. pen. Mass.*, 1982, 1074; compiuta la riforma del rito e sull'auspicio di un nuovo codice penale si è pronunciata autorevole dottrina (F. BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, *Indice pen.*, 1989, 313 e ss.; T. PADOVANI, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 916 e ss.; A. PAGLIARO, *Riflessi del nuovo processo sul diritto penale sostanziale*, *ivi*, 1990, 36 e ss.; G. FIANDACA, *Prolegomeni alla futura riforma del codice penale*, in *Micromega*, 1991, 5, 202 e ss.; *Id.*, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, a cura di L. PEPINO, *La riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*, Franco Angeli, 1993, 15 e ss.; sui nessi tra la dommatica penale sostanziale e processuale ancora F. BRICOLA, *La verifica delle teorie penali alla luce del processo e della prassi: problemi e prospettive*, in *La Questione criminale*, 1980, 453 e 55. L'A. afferma l'autonomia delle due sfere, quella penale e quella processuale: «La prima propende spesso all'elaborazione di costruzioni e teorie, senza farsi carico dei profili dell'«accertamento» dei mezzi di informazione a disposizione del giudice, nonché dell'inserimento di tali dottrine nell'alveo di una certa struttura processuale. La seconda, anziché preoccuparsi di costruire gli schemi processuali più funzionali ad un certo

regole di struttura e quindi di legittimità formale, di coerenza *sintattica*, all'interno di un quadro di valori di riferimento di tutto il sistema. Pertanto, in questa prospettiva appare limitativo o addirittura forviante, tanto a livello di

tipo di diritto penale, sembra esaurire il proprio interesse nell'elaborazione di forme processuali, rapportate quasi esclusivamente a «tutta quella gamma di interessi che le norme processuali tutelano ancora prima di servire da attuazione al diritto penale sostanziale» (G. BETTIOL, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, 3^a ed., Padova, 1980, 154 e ss., accenna al rapporto tra forma e sostanza processuale, intesa nel modo sopradescritto), ponendo in rilievo come le interrelazioni tra le due dogmatiche conseguentemente si riflettono sul piano dei rispettivi insegnamenti). Ancora sulla necessità di un approccio contemporaneo al dato sostanziale ed agli aspetti processuali: G. RICCIO, *Responsabilità penale* (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1991, XXVII, 1, ciò anche al fine di utilizzare la verifica processuale come «strumento di individuazione del limite fino al quale può essere spinta la tendenza alla personalizzazione della responsabilità penale». La dottrina si è soffermata sugli effetti della riforma del processo sul diritto penale sostanziale per cui «il processo non è più servo (muto o loquace) del diritto sostantivo, ma il suo socio paritario» o, addirittura con i riti speciali "premiati", il suo «socio tiranno» (T. PADOVANI, *Il nuovo codice di procedura*, cit., 920: «per un verso, si tratta di problemi posti al diritto penale dal nuovo processo; per un altro verso, si tratta di problemi posti al processo penale dal diritto penale». T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria attuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 434, «... il momento concettuale a partire dal quale il diritto penale si esprime come diritto è il momento storico in cui il processo attiva i propri meccanismi; e nella loro dinamica, è il diritto penale a presentarsi come "strumento" del processo penale, nel cui ambito si individua e si puntualizza l'oggetto dell'accertamento e si determinano le conseguenze sanzionatorie». L'A. ritorna su questi concetti cfr. T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.* 1999, 527. Secondo l'A. il processo penale passerebbe alla fase ulteriore nella quale si configurerebbe quale "socio-tiranno" del diritto penale sostanziale poiché attraverso i riti speciali coniuga, autolegittimandosi in tal modo, la prevenzione generale con la celerità e la speditezza con cui perviene alla pena. Lamentava G. FIANDACA, *Pena «patteggiata» e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, cit., 2386: «l'assunzione di un'ottica (per dir così) funzional-processualistica ha avuto come conseguenza, tra l'altro, che allo sforzo diretto a tracciare strategie processuali di deflazione non si accompagnasse altrettanta preoccupazione volta a verificare le implicazioni di diritto sostanziale dei riti speciali, a cominciare dal loro livello di incompatibilità con gli scopi tradizionalmente assegnati alla sanzione punitiva». È stato osservato (G. INSOLERA, *La macchina «ingollata» della giustizia penale, il processo e la pena*, in *Questione giustizia*, 1999, 868), che si assiste ad una «sovraesposizione delle tematiche processuali». «Fino ad ora il processo si è fatto carico del soddisfacimento delle esigenze di prevenzione generale, intervenendo sugli istituti sostanziali governati a fini esclusivamente processuali (il fenomeno è stato qualificato *diritto sostanziale del processo*)»; in tal senso si pensi alla riaffermazione dell'effettività della sanzione «solo nel processo, attraverso le misure cautelari» (871). Infatti, lucidamente M. NOBILI, *Principio di legalità e processo penale*, a cura di S. CANESTRARI, *Il Diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino, 1998, 310, mette in luce il superamento della neutralità del processo sempre più orientato verso orizzonti di commistione con elementi sostanziali. Infatti, secondo l'A., dallo studio della prassi applicativa emerge un «uso del processo e dei suoi istituti come mezzi di controllo sociale atipico e anticipato, come surrogato della sanzione, come "risposta" e "contrasto" al crimine». Per una aggiornata rassegna nel rapporto tra fattispecie sostanziale e dinamiche probatorie di accertamento cfr. il volume a cura di G. DE FRANCESCO-E. MARZADURI, *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, cit.; F. M. IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, 464, afferma che se «il diritto penale costruisce categorie non provabili, succede che il processo penale bara al gioco: a parole applica il diritto penale, in realtà lo manipola».

scienza che di norme costituzionali, distinguere in maniera netta ed impermeabile tra diritto penale e processo³⁵ e non solo³⁶.

La casistica che di seguito sarà proposta cerca di fornire un contributo problematico, nel quadro dei valori dati e secondo questa specifica chiave di lettura.

Si tratta di una casistica inevitabilmente sommaria, essenziale, a *basso impatto*. Casi cioè che non creano clamori mediatici, forse capaci di lambire i repertori giurisprudenziali, ma senza un *indotto tecnico* di profilo tale da non provocare, forse, neanche una piccola nota a sentenza. Pur tuttavia, a sommo parere di chi scrive, nonostante la loro *marginalità*, sono ad *alto impatto* per la loro capacità di creare o alimentare *dal basso* quel senso di *ingiustizia percepita* nel semplice cittadino, nel cittadino qualunque, che, attinto dalla macchina della giustizia, si sente indifeso, sopraffatto, perché privo di un rimedio ragionevole in termini di *costi* per far valere le ragioni che a vario titolo hanno nei temi qui d'interesse il loro *focus*. Il costo di riferimento non è esclusivamente quello economico ma quello, più generale, se non soprattutto, di carattere *umano* connesso alla pendenza di un processo, forse, di anni che non tutti sono disposti ad affrontare: meglio una conclusione rapida purché sia! Ma ciò ha un grave costo sociale. A fronte di un diffuso senso di impunità, anch'esso altrettanto percepito, magari propalato ed instillato da ripetitive campagne *mass-mediali*, cavalcato da facili populismi politico-elettorali, quello stesso sistema giustizia che si presenterebbe debole con i forti, si rivela poi inflessibile, sordo ed ingiusto con l'*ingenuo*³⁷ cittadino.

³⁵ Ad esempio cfr. D. PULITANÒ, *Nemo tenetur se detegere: quali profili di diritto sostanziale?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1271 e ss.; A. SESSA, *Il Diritto penale 'nel' processo': l'inquinamento indotto dal sapere giudiziario nell'art. 377 bis c.p.*, in www.penalecontemporaneo.it, sottolinea come il diritto penale simbolico subisca anche le tirannie del processo.

³⁶ Il pensiero va all'opera di C. Roxin così come tracciata da S. MOCCIA, *'Laudatio' del prof. Claus Roxin*, in *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, a cura di A. M. STILE, Napoli, 2011, 49 e ss., di sistema penale considerato nel suo complesso, come sistema integrato delle discipline che formano la *Gesamte strafrechtswissenschaft*; di vivissimo interesse la ricostruzione che fa Roxin delle linee di cambiamento del *sistema penale*, tanto sostanziale che processuale, in Germania, Paese che nel XX secolo è passata attraverso due dittature: C. ROXIN, *'Lectio magistralis': dalla dittatura alla democrazia. Tendenze evolutive nel diritto penale e processuale penale tedesco*, *ibid.*, 59 e ss.

³⁷ L'espressione è presa in prestito da R. RAMPIONI, *Dalla parte degli «ingenui». Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. giurisprudenza «creativa»*, Padova, 2007, XV, nella accezione buona: «il termine 'ingenuo', all'evidenza, viene erroneamente inteso in senso negativo-spregiativo (persona semplice, sciocca), mentre vale a descrivere (almeno in origine, più tardi starà per persona «innocente», «aliena dal pensare il male e dal supporlo in altri») le attività (genericamente intese) degne di un uomo libero: 'ingenuo' è chi nasce libero».

3. Casistica essenziale.

a) ne bis in idem sostanziale e processuale

Un primo caso si inquadra nell'ambito del rapporto tra il cosiddetto *ne bis in idem* sostanziale e processuale. Rispettivamente intesi come diritto a non essere puniti o giudicati più volte per lo stesso fatto.

Il tutto potrebbe trarre origine da una *notitia criminis* in materia di (presunta) mancata corresponsione di alimenti conseguenti ad una sentenza di separazione. Nonostante la dubbia configurabilità della stessa, il medesimo fatto così come sopra veicolato genera, come sarà noto in un secondo momento, due diversi procedimenti, aventi due diversi referenti normativi, referenti, tra l'altro, in evidente rapporto di specialità: l'art. 12-*sexies* l. 898/1970 (*Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*) e l'art. 570, co. 1, c.p. (*violazione degli obblighi di assistenza familiare*).

Il primo procedimento si conclude con l'archiviazione. Successivamente anche il secondo approda al giudice per le indagini preliminari. L'esito di quest'ultimo, condizionato da quel provvedimento di archiviazione, potrebbe tuttavia non condurre ad un non doversi procedere a norma dell'art. 129 c.p.p., atteso l'effetto preclusivo non assoluto, ex art. 649 c.p.p. Quindi, ci son tutte le premesse perché la cellula maligna possa replicarsi originando un processo patologico metastatico. Ma il sistema riesce a generare una reazione *immunitaria* tale da poter ristabilire la *salute* fisiologica dell'organismo, mettendolo al sicuro da ulteriori processi incontrollati e di incerto esito. Infatti, l'interpretazione sistematica improntata ad una lettura *conforme* dei principi, anche alla luce della loro applicazione giurisprudenziale, trova la sua *ratio* nel principio di specialità (art. 15 c.p.) e nei criteri collegati³⁸, nonché nei principi dell'art. 111 Cost. e del giusto processo ex art. 112 Cost. Gli argini garantistici sono cospicui ed efficaci per condurre ad un epilogo corretto e *conforme*. L'interpretazione combinata degli artt. 111 Cost e 112 Cost., dimostra, nella particolare prospettiva dell'obbligatorietà dell'azione penale, che in caso di allontanamento dalle indicazioni codicistiche si realizzerebbe un abuso, in ultima analisi, della *legalità* del processo stesso³⁹. Ed invero, con riguardo

³⁸ Per il punto aggiornato della situazione cfr. G. SERRA, *Le Sezioni unite e il concorso apparente di norme, tra considerazioni tradizionali e nuovi spunti interpretativi*, Nota a Cass. sez. un., 12 settembre 2017, n. 41588, Pres. Canzio, Rel. Montagni, Ric. La Marca, in www.penalecontemporaneo.it; D. PULITANO, *La Corte costituzionale sul 'ne bis in idem'*, in *Cass. pen.*, 2017, 70 e ss.

³⁹ In termini Cass. Sez. un., 28 giugno 2005, in *Mass. Uff.*, n. 34655 [Ai fini della preclusione connessa al principio *ne bis in idem*, l'identità del fatto sussiste quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona. (Nel caso di specie, ove si trattava di merci separatamente rinvenute nella disponibilità di due persone, si è affermata l'identità del

all'obbligatorietà dell'azione penale, l'obbligo medesimo si esaurisce nell'esercizio dell'azione penale che, in assenza dell'autorizzazione *ex art. 414 c.p.p.*, palesemente non può rialimentarsi nei confronti della stessa persona e

fatto di ricettazione perseguito in due distinti giudizi aperti a carico degli interessati, sebbene nel primo fosse configurata una responsabilità concorsuale per la ricezione di tutto quanto sequestrato e nel secondo, invece, fosse contestata a ciascuno la ricettazione della sola merce da lui materialmente detenuta. La Corte ha ritenuto che la sfasatura delle imputazioni dipendesse da una differente qualificazione giuridica del titolo di imputazione della responsabilità, e non dall'individuazione di fattispecie ontologicamente autonome per una diversità delle rispettive componenti strutturali.] e in *Mass. Uff.*, n. 231800). La motivazione presenta passaggi interpretativi di particolare interesse per questo ne sia consentita la parziale riproduzione: «§ 5.1. - La figura della preclusione - consumazione offre la chiave per risolvere la questione relativa all'applicabilità della regola del *ne bis in idem* alle situazioni di litispendenza, in fasi o in gradi diversi, di procedimenti dinanzi ad uffici della stessa sede giudiziaria. Insuperabili esigenze di ordine logico e sistematico impongono di ritenere che lo stesso ufficio del pubblico ministero che ha esercitato l'azione penale in relazione ad una determinata imputazione non possa successivamente promuovere un nuovo processo contro la stessa persona per il medesimo fatto, per la semplice ragione che, restando immutati i termini oggettivi e soggettivi della regudicanda, è definitivamente consunto il potere di azione di cui quell'ufficio è titolare. Di talché, sussistendo tali condizioni, il vincolo di legalità insito nel carattere di obbligatorietà *ex art. 112* della Costituzione rende l'azione penale non solo irretrattabile, ma anche non reiterabile, se non nei casi previsti dalla legge, ad opera del medesimo ufficio della pubblica accusa. Il principio, espresso dal tradizionale brocardo *bis de eadem re ne sit actio*, rappresenta il corollario dei connotati di razionalità e di ordine del processo alla cui tutela è preordinata l'indicata preclusione - consumazione, chiaro essendo che un sistema processuale che lasciasse alla discrezionalità dello stesso organo della pubblica accusa la possibilità di reiterare l'esercizio dell'azione penale contro la stessa persona per il medesimo fatto si muoverebbe lungo linee assolutamente contraddittorie e dissonanti, asimmetriche rispetto al principio di legalità e non compatibili con i caratteri salienti del "giusto processo" prefigurato dall'art. 111 della Costituzione. Questo difatti, nella sua impronta tipicamente accusatoria, richiede non solo la rispondenza alle regole della ragionevole durata del processo e della parità delle parti, ma sottende altresì, in armonia con le principali fonti normative internazionali sopra richiamate, il diritto dell'imputato a non essere perseguito più di una volta per l'identico fatto. È evidente, inoltre, che un sistema, che non riconoscesse al divieto del '*bis in idem*' il carattere di principio generale dell'ordinamento potrebbe dischiudere la via a prassi anomale ed a condotte qualificabili come vero e proprio "abuso del processo", perché idonee a vulnerare la regola dell'immediatezza e della concentrazione della formazione della prova in contraddittorio, rendendo possibile un uso strumentale del potere di azione per finalità inconciliabili con la legalità e l'ordine processuali. La preclusione conseguente alla consumazione del potere di azione non può non determinare la dichiarazione di improponibilità dell'azione penale, quale epilogo necessitato del secondo processo, restando, così, confermata l'enunciazione del principio per cui le condizioni di procedibilità non si esauriscono in quelle espressamente enumerate nel titolo III del libro V del codice di procedura penale (Corte, cost., n. 318 del 2001, cit.). Di talché al secondo giudice non resta che pronunciare sentenza di non doversi procedere a norma dell'art. 529 o di non luogo a procedere *ex art. 425*, ovvero, qualora l'azione penale non sia stata ancora esercitata, decreto di archiviazione per improponibilità dell'azione stessa, dovendo sottolinearsi, a quest'ultimo riguardo, che risulterebbe certamente irrazionale imporre al pubblico ministero l'esercizio del potere di azione al solo fine di instaurare un processo che dovrà necessariamente concludersi con la decisione che l'imputato non avrebbe dovuto essere sottoposto a nuovo procedimento penale».

in riferimento alla medesima fattispecie concreta⁴⁰ se non al prezzo di vulnerare il giusto processo penale. L'epilogo è senz'altro favorevole, ma quanto tempo c'è voluto per raggiungere un tale epilogo e quanta ansia, a tacer d'altro, tutto ciò ha generato all'*ingenuo*?

b) *oblazione speciale tra diritto sostanziale e diritto processuale - l'art. 677 c.p. - l'oblazione e la proporzionalità della sanzione*

Un secondo caso potrebbe riguardare in prima battuta un problema di armonizzazione *testuale* tra diritto penale sostanziale e processuale. È il caso dell'oblazione speciale prevista dall'art. 162 *bis* (*oblazione nelle contravvenzioni punite con pene alternative*) allorquando prevede che *il contravventore può essere ammesso a pagare, prima dell'apertura del dibattimento, ovvero prima del decreto di condanna, una somma corrispondente alla metà del massimo dell'ammenda stabilita dalla legge per la contravvenzione commessa*. Sicché, l'*ingenuo*⁴¹, destinatario di un decreto penale di condanna recante la menzione della facoltà di richiedere l'ammissione all'oblazione entro termini perentori brevi a rischio di scadenza, ai sensi degli artt. 464, comma 2, c.p.p. e 141 disp. att. c.p.p., ritiene invece erroneamente, in virtù della suddetta norma sostanziale, di avere termini non stringenti per l'esercizio della facoltà in parola. Ma un *perito* in materia penal-processuale lo rende edotto dell'errore nel quale sta incorrendo giacché la domanda di oblazione deve essere presentata contestualmente all'opposizione al decreto penale di condanna. E ciò è confermato da costante giurisprudenza⁴². La norma processuale evidentemente vale come norma posteriore e speciale, come tale derogatoria rispetto alla norma sostanziale!

L'*ingenuo* è ora più tranquillo ha chiesto di essere ammesso all'oblazione, non immagina motivi che possano escludere l'applicazione del *beneficio* con conseguente estinzione del reato e rilegge il decreto penale di condanna emesso a motivo della violazione dell'art. 677, III comma, c.p. (*Omissione di lavori in edifici o costruzioni che minacciano rovina*). Quel comma, in particolare, dispone che «se dai fatti preveduti dalle disposizioni precedenti deriva

⁴⁰ Sul *ne bis in idem* secondo l'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione, Rel. di orientamento n. 26/17: *Ne bis in idem. Percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*, in www.cortedicassazione.it, in particolare cfr. *sub* § 5 *Centralità del concetto di 'idem factum' nella giurisprudenza interna ed europea e la recente pronuncia della Corte costituzionale, n. 200 del 2016*.

⁴¹ Sempre nel senso già indicato *supra* (nota n. 33).

⁴² In tal senso Cass., Sez. III, 8 marzo 2006, ric. Managò, in *Mass. Uff.*, n. 233932; Id., Sez. II, 20 maggio 2008, ric. Pezzuti, *ivi*, n. 240615; Id., Sez. un., 29 ottobre 2009, ric. D'Agostino, *ivi*, n. 244820; Id., Sez. I, 21 marzo 2014, imp. P.C. in proc. Baiocchi, *ivi*, n. 259645.

pericolo per le persone, la pena è dell'arresto fino a sei mesi o dell'ammenda non inferiore a 309 euro». Allora, considerando il disposto del 162 *bis* c.p., cerca di immaginare quanto dovrà corrispondere a titolo di oblazione oltre che per le spese processuali. Non solo per mera curiosità, ma anche per pianificare le spese che dovrà affrontare in futuro, spese che in concreto saranno comprensive della messa in sicurezza dell'immobile, problema che è la fonte della sua disavventura giudiziaria. È allora che rileggendo la norma dall'inizio si avvede di qualcosa di strano: le prime due ipotesi previste dall'articolo sono state depenalizzate (Decreto legislativo 30 dicembre 1999, n. 507 - *Depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio*, ai sensi dell'articolo 1 della legge 25 giugno 1999, n. 205). L'unica che permane penalmente rilevante è il *suo* terzo comma, in origine circostanza aggravante divenuta fattispecie autonoma secondo un meccanismo ricorrente quando il legislatore interviene con provvedimenti di depenalizzazione⁴³. Avverte a quel punto una certa preoccupazione: non riesce ad inquadrare la *sua* cornice editale, essendo saltata l'originaria cornice, che prevede in termini economici un massimo di 929 euro sì, ma in termini di *sanzione amministrativa*. Allora, in effetti quella cornice va ricostruita non più guardando alla norma specifica che è stata depenalizzata, ma dovendo attingere alla cornice generale prevista per le ammende: l'art. 26 c.p. Non meno di euro 20, ma questo *minimum* è superato dall'art. 677, III comma, c.p., che stabilisce un'ammenda «non inferiore 309 euro» e, quanto alla soglia massima, «né superiore a euro 10.000». Insomma, comincia a rappresentarsi che dovrà pagare almeno la metà di 10.000 euro! Dunque, nel caso specifico la pena pecuniaria andrebbe da un minimo editale di 309 euro a un massimo editale di diecimila euro⁴⁴. Posto che è riservato al giudice stabilire se e in che misura quell'omissione abbia determinato pericolo [concreto] per le persone così da far scattare la sanzione di cui al III comma e non quella amministrativa dei commi precedenti, nel suo caso *l'ingenuo* si chiede se, in termini di proporzionalità della pena, i conti tornano. Infatti, egli per poter usufruire della causa di estinzione del reato che prevede in sede di oblazione un *meccanismo automatico*, si trova al cospetto di una cornice sanzionatoria che gli appare non calibrata né calibrabile sulle fattispecie richiamate. Essa sarà definita in maniera automatica attraverso il rinvio alla comminatoria generale, quella dell'art. 26 c.p., che, oltretutto, presenta una divaricazione estremamente ampia. Mancando dunque un mo-

⁴³ Cfr. Uff. del Massimario della Corte di cassazione, *Gli interventi di depenalizzazione e di 'abolitio criminis' del 2016: una prima lettura*, Rel. n. III/01/2016 del 2 febbraio 2016, in www.cortedicassazione.it.

⁴⁴ In tal senso cfr. Cass. Sez. I, 27 aprile 1994, imp. P.M. in proc. Cavaleri, in *Mass. Uff.* n. 199734.

dello sanzionatorio di fattispecie, risulta enfatizzata quella natura “ontologica” di *disuguaglianza*, limite che, per così dire, da sempre ha caratterizzato la pena pecuniaria⁴⁵ poiché non tiene in considerazione la diversa capacità economica dei soggetti. In concreto risulterebbe disattesa quella *proporzionalità* che esigerebbe l’adeguamento delle risposte al caso concreto, delimitando «appropriati ambiti e criteri per la discrezionalità del giudice»⁴⁶, per evitare quelle strumentalizzazioni della prevenzione speciale, a danno della funzione rieducativa. L’*ingenuo*, temendo di non poter far fronte agli oneri economici complessivi, conseguenti all’oblazione ed alle necessarie spese di messa in sicurezza dell’immobile, sarà forse indotto, per risparmiare, a farsi carico dello stigma penale, rinunciando alla causa di estinzione del reato dell’oblazione?

4. Conclusioni.

L’approccio integrato dovrebbe favorire le basi per il restringimento della forbice tra la teoria e la pratica in coerenza con i principi dei quali qui si tratta anche- o forse soprattutto- nella prospettiva di tutela e garanzia di quell’*ingenuo* che entra in contatto con il diritto/processo penale *in action*.

Il problema è *strutturale*. L’approccio utilizzato dal legislatore fino adesso non incoraggia all’ottimismo⁴⁷.

Infatti, il succedersi di micro-riforme, ossia di riforme settoriali, riguardanti tanto il campo penale-sostanziale che quello processuale, riforme per di più condizionate dall’imporsi del contingente magari combinate con un eccesso di regole o con l’accavallarsi di continue modifiche, e tanto più una distorta nomodinamica che deve fare i conti con la decodificazione, ovvero con tentativi di “ricodificazione” o, paradossalmente, con il difetto di regole, oltretutto in assenza di un approccio complessivo al sistema penale (Diritto penal-processuale, diritto penitenziario), rendono lo scenario assai oscuro⁴⁸. In altri

⁴⁵ In generale per una recente ricostruzione - che richiama tra i primi a evidenziare tali difetti già Filangieri - L. GOISIS, *Le pene pecuniarie. Storia, comparazione, prospettive*, in www.penalecontemporaneo.it; il legislatore nella responsabilità degli enti da reato ha cercato di ottimizzare, superandolo, il sistema fisso della sanzione pecuniaria attraverso il sistema delle «quote» cfr. Relazione al Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, in particolare *sub* § 5.1 (*la sanzione pecuniaria e il sistema commisurativo «per quote»*), in *Enti e responsabilità da reato*, a cura di A. Cadoppi, G. Garuti, P. Veneziani, Torino, 2010, 22.

⁴⁶ D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, cit., 9 e ss., con richiami bibliografici.

⁴⁷ Esemplificativamente *l’incipit* di P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzione del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1265: «nella serie delle leggi che hanno variamente inciso sul vigente codice di procedura penale la “riforma Orlando” segna un punto di grave decadenza, sotto il profilo sia della tecnica legislativa sia dei contenuti».

⁴⁸ Sul fitto intrecciarsi di questi temi G. FIANDACA, *Problemi e prospettive attuali di una nuova codifica-*

termini, se le riforme frequentemente mal si conciliano con lo stesso macro-sistema nel quale si immettono, rischiano di generare una sorta di effetto *moltiplicatore* dei problemi di armonizzazione *anche* con il correlato sistema penale e/o processuale e con ulteriori difficoltà di *conformità* costituzionale e/o convenzionale. Le discrasie, insomma, possono ulteriormente complicarsi quando i due sistemi, quello penale e quello processuale, entrano in contatto e chissà, potenzialmente, anche in frizione.

Per rendere l'idea sia consentito prendere in prestito quelle metafore di provenienza evangelica usate dalla dottrina, trattando del rapporto tra la micro-riforma e le macro-riforme, segnatamente di quella riguardante la riforma di un intero codice⁴⁹, ma che rendono palesemente *comprensibile* la fallacia delle inserzioni del nuovo sul vecchio.

zione penale, in *Foro.it*, 1994, V, 1 e ss., l'A., tra l'altro, rilevava come il Progetto Pagliaro sottolineasse l'esigenza di conferire di nuovo *centralità* al codice penale, arginando così il moto centrifugo dal codice medesimo; il tema della c.d. "riserva di codice", che, come afferma L. FERRAJOLI, *Cosè il garantismo*, in *Criminalia*, 2014, 134, dovrebbe conferire al codice penale un ruolo di *esclusività* ed *esclusività* dell'intera materia penale, sarà un elemento, anche se con modulazioni diverse, che ha accomunato i progetti di riforma, come ha precisato la Relazione della Commissione Ministeriale per la riforma del codice penale (istituita con D.M. 31 luglio 2006), in www.giustizia.it/data/multimedia/2397.pdf; lo stesso tentativo riformistico compiuto dalla c.d. Bicamerale (http://leg13.camera.it/_dati/leg13/lavori/stampati/pdf/39310A.pdf) prevedeva l'introduzione del principio della "riserva di codice" (o meglio, come rilevava G. FIANDACA, *La Giustizia penale in Bicamerale*, in *Foro.it*, 1997, V, 166, «della riserva di leggi organiche in materia penale») in Costituzione (art. 129 del Progetto): sul progetto note critiche di F. RAMACCI, *Il Progetto penale della Bicamerale*, ora in *Raccolta di scritti*, Torino, 2013, II, 1561 e ss. La l. 23 giugno 2017, n. 103, nel dare delega al governo per l'attuazione (tendenziale) della c.d. riserva di codice, dispone che dovranno trovare posto nel codice «tutte le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale, in particolare i valori della persona umana, e tra questi il principio di eguaglianza, di non discriminazione e di divieto assoluto di ogni forma di sfruttamento a fini di profitto della persona medesima, e i beni della salute, individuale e collettiva, della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, della salubrità e integrità ambientale, dell'integrità del territorio, della correttezza e trasparenza del sistema economico di mercato», delega attuata con il d. lgs. 1 marzo 2018, n. 21 recante «Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103» e che entrerà in vigore il 6 aprile 2018.

⁴⁹ F. RAMACCI, *Spunti sull'interpretazione di un progetto di legge*, ora in *Raccolta di scritti*, op. cit., III, 1894, tra l'altro evidenzia la differenza di metodo tra una riforma settoriale incidente sull'esistente ed una macro-riforma organica *de lege ferenda*; sempre in tema di riforma, questa volta costituzionale, a proposito di organicità, afferma tra l'altro G. U. RESCIGNO, *Intorno alle costituzioni, all'economia ed altre questioni collegate*, in www.costituzionalismo.it che l'assicurazione quasi costante nel tempo che la prima parte della Costituzione non va toccata porta a sottovalutare il rapporto tra la prima e la seconda parte di essa; invero, quest'ultima, costituisce «nella logica interna al documento costituzionale, la strumentazione mediante la quale si può e si deve realizzare la prima parte (e cioè il progetto di società preconizzato ed auspicato in tale parte)».

«[16] Nessuno mette un pezzo di stoffa grezza su un vestito vecchio, perché il rattoppo squarcia il vestito e si fa uno strappo peggiore. [17] Né si mette vino nuovo in otri vecchi, altrimenti si rompono gli otri e il vino si versa e gli otri van perduti. Ma si versa vino nuovo in otri nuovi, e così l'uno e gli altri si conservano»⁵⁰.

⁵⁰ (Matteo, 9, 16-17); il testo è tratto dal sito *www.vatican.va*.