

ALFONSO M. STILE

DISCREZIONALITÀ E POLITICA PENALE GIUDIZIARIA (\*)

(\*) *Questo studio è destinato agli « Scritti in memoria di Girolamo Bellavista ».*



SOMMARIO: 1. Legalismo e politica penale nel Codice del 1930. — 2. Discrezionalità in senso tecnico e politica penale giudiziaria. — 3. Considerazioni sull'esercizio del potere discrezionale nella prassi applicativa del trentennio 1944-1974. — 4. La riforma del 1974 e l'ampliamento del potere discrezionale del giudice: prospettive di indagine. — 5. Il problema di una politica penale giudiziaria istituzionalizzata in seguito alla riforma dell'art. 69 c.p. — 6. *Segue*: le possibilità di conflitto tra esigenze retributive ed esigenze connesse alla prevenzione generale. — 7. Conclusioni circa il potere discrezionale ex art. 69. — 8. Discrezionalità e politica penale nella sospensione condizionale della pena.

1. Quando Girolamo Bellavista scriveva l'ormai classico lavoro sulla discrezionalità <sup>(1)</sup>, uno studio, anche di carattere meramente problematico, sull'uso del potere discrezionale come manifestazione di una « politica giudiziaria » non avrebbe avuto eccessivo rilievo, perchè nel sistema originario del Codice Rocco, improntato al più rigoroso legalismo, i margini a disposizione del giudice nella sostanza erano talmente ristretti da rendere affatto trascurabile la questione.

Per quanto concerne l'adeguamento al caso concreto della pena prevista per il fatto tipico, si può affermare che le valutazioni normative, di natura necessariamente generale, persino in questa fase avevano una posizione di supremazia in confronto alle valutazioni giudiziarie legate alla concretezza dell'episodio criminoso ed al suo significato personale. Infatti il sistema delle circostanze, caratterizzato dal « catalogo » delle attenuanti e delle aggravanti comuni del fatto, dalla esclusione delle attenuanti generiche, dalla automaticità della recidiva, se da un lato accorciava le distanze tra il fatto tipico ed il fatto concreto <sup>(2)</sup> attra-

---

(1) G. BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, Milano 1939.

(2) L'avvicinamento delle previsioni normative al concreto episodio criminoso si verificava (e si verifica) non solo a livello di fatto ma anche a livello di persona mediante le « circostanze inerenti alla persona del colpevole ».

verso previsioni più specifiche, permettendo così di oltrepassare il limite superiore o inferiore della pena edittale, a ben vedere vincolava ulteriormente il giudice ad elementi di valutazione tassativi, predeterminati dal legislatore al di là del fatto tipico o, se si vuole, al di là della essenza del fatto tipico. Anche la restrizione (rispetto al Codice Zanardelli) del cumulo giuridico alla sola ipotesi del reato continuato esprimeva la tendenza a vincolare momento per momento l'iter della commisurazione della pena, imponendo una serie di valutazioni analitiche e controllabili.

Così, a parte la sospensione condizionale della pena, il perdono giudiziale e la liberazione condizionale, che non riguardano la commisurazione della pena, la parte generale del codice lasciava a disposizione del giudice la determinazione della pena tra il minimo ed il massimo, che esprime il più caratteristico (ed intangibile) dei poteri discrezionali, ed il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze, in fondo l'unica vera deroga al sistema legalistico del Codice Rocco.

Il rispetto delle scelte legislative appariva sufficientemente garantito anche in rapporto alla determinazione della pena tra il minimo ed il massimo proprio dalla « sapienza tecnica » di queste scelte ed in particolare dal livello dei *minimi* tale da attuare anche in concreto una politica criminale fondata principalmente sulla intimidazione ed intrinsecamente coerente nelle fasi della commisurazione e dell'esecuzione.

Le possibilità, anche solo teoriche, del giudice di adottare una politica penale diversa, ossia in contrasto con quella legislativa, risultavano peraltro ben scarse. L'unica occasione era il giudizio di prevalenza o di equivalenza, la cui previsione se da un lato costituiva una apparente sfasatura nel sistema legalistico, d'altro canto era il prodotto dello stesso legalismo: i compilatori del Codice avevano ben compreso l'intollerabile eccesso cui sarebbero andati incontro costringendo il giudice a una serie di somme e sottrazioni, per cui si adottò, limitatamente alle so-

le circostanze del fatto comportanti una variazione sulla pena — base, il criterio della *elisione*.

Tenendo presente la rarità dei giudizi di prevalenza delle aggravanti fin dalla entrata in vigore del Codice, si può ritenere che su questo istituto si incentrarono le prime e non appariscenti manifestazioni di politica penale giudiziaria.

2. È opportuno, intanto chiarire quale significato si intende attribuire all'espressione « politica penale giudiziaria » ed in che senso se ne coglie una contrapposizione con la discrezionalità in senso tecnico. Partendo da quest'ultima, tutti recepiscono che discrezionalità non significa arbitrio, che « non equivale a capriccio » <sup>(3)</sup> ma non a tutti è comune la percezione del tipo di vincolo che deve caratterizzare il suo esercizio.

Tralasciando e il discorso di teoria generale e l'evoluzione nella dottrina penalistica italiana del concetto di discrezionalità, per fermare l'attenzione solo sulle proposizioni più attuali, si può porre in rilievo che, a parte divergenze non indifferenti, oggi viene concordemente individuato e sottolineato il legame del potere discrezionale alla legge in relazione alla funzione per cui esso è attribuito <sup>(4)</sup>. Vi sono degli scopi, che non possono essere trascurati dall'ordinamento. i quali per i limiti ontologici o pratici delle previsioni normative, sono perseguiti assegnando un ruolo determinante al caso concreto e quindi alla valutazione giudiziale.

In questa prospettiva, peraltro, discrezionalità non solo non equivale ad arbitrio o capriccio, ma neppure a diritto libero o giudiziario perchè essa non consiste assolutamente in un mero apprezzamento di fatto: a parte i limiti specifici relativi ai singoli istituti, la valutazione del caso concreto è *in funzione dello*

---

<sup>(3)</sup> CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Studi sul processo civile*, I, 1936, 46.

<sup>(4)</sup> V. per tutti, BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano 1964, e LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Napoli 1967.

*scopo da realizzare* e questo scopo è predeterminato dalla legge <sup>(5)</sup> e va accertato attraverso il comune procedimento ermeneutico.

Nell'esercizio del potere discrezionale il giudice può incorrere non solo nei vizi di travisamento dei fatti o di mancanza di motivazione, ma anche in un comune errore di diritto, il che avviene quando si attribuisce alla discrezionalità una funzione diversa da quella per la quale la legge l'ha concessa: ad esempio, interpretando l'art. 133 in chiave di prevenzione generale <sup>(6)</sup>.

Proprio nella commisurazione della pena tra il minimo ed il massimo, che costituisce l'ambito insopprimibile del potere discrezionale, dovrebbe considerarsi un altro aspetto del legame alla legge.

Il giudice, a rigore, dovrebbe commisurare la sanzione concreta senza distaccarsi dalla valutazione normativa generale del fatto tipico, ossia senza determinare alcuna frattura o contrapposizione tra la propria valutazione e quella legale, connessa ad esigenze di prevenzione generale. Così, ad esempio, nell'applicare il minimo della pena, *dovrebbe* ritenere inimmaginabile un episodio criminoso concreto, relativo al medesimo fatto tipico, meno grave ai sensi dell'art. 133; viceversa nell'applicare il massimo della pena, il giudice dovrebbe escludere la possibilità di una violazione concreta più grave, ecc. Se davvero ciò si verificasse, il giudice assolverebbe in maniera tecnicamente ineccepibile il suo compito di *proseguire l'opera del legislatore* dove questi non può inoltrarsi.

---

<sup>(5)</sup> Ciò viene sottolineato efficacemente dal BELLAVISTA, proprio in chiusura del citato lavoro sul potere discrezionale (p. 75): «A che varrebbe la provvidenza legislativa, che concede la discrezionalità al giudice, se gli scopi per i quali questo potere discrezionale fu concesso venissero disattesi o addirittura traditi?».

<sup>(6)</sup> V. sul punto BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., 89; DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1974, 367 s.

Ma la più superficiale considerazione della prassi segnala subito che le cose non vanno affatto così. Non richiede dimostrazione il fatto che il giudice nel concretizzare la pena introduce un'ulteriore valutazione: la congruità *in assoluto* della sanzione, la proporzione effettiva tra la colpa ed il castigo. In questo modo egli tende in fondo a sostituire alla « pena esatta secondo la legge », che muove dalla valutazione legale del fatto tipico, la « pena che si ritiene giusta ed opportuna », ossia distaccata dalle considerazioni legislative collocate a monte.

Questa posizione — che può trovare un riscontro in quella parte della dottrina che, implicitamente o esplicitamente, equipara discrezionalità ad equità o che, più precisamente, vede nella discrezionalità essenzialmente lo strumento per colmare il divario tra legge e giustizia <sup>(7)</sup>, in definitiva sostituisce all'ordine dei valori implicito nel Codice Penale un ordine di valori diverso. Come constateremo di qui a breve, il discorso trascende i limiti della commisurazione della pena tra il minimo ed il massimo e si estende ad ogni forma di potere discrezionale che interviene nel complesso iter di determinazione della sanzione.

Pertanto, generalizzando il discorso, di fronte alla accezione tecnica di discrezionalità, per politica penale giudiziaria, si può intendere l'esercizio del potere discrezionale non conforme alla legge, in genere per il prevalere di fini diversi su quelli per i quali il potere è stato concesso. Il fenomeno, peraltro, in tanto ha un suo peculiare significato rispetto alle comuni ipotesi di erronea applicazione della legge in quanto non sia di carattere accidentale ma rispecchi una prassi applicativa pressochè costante <sup>(8)</sup>.

---

(7) Sul punto si rinvia alle analisi di M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli 1959, e di BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., 7 ss.

(8) È stato recentemente osservato (R. BERTONI, in *Atti del Convegno su « Funzionalità e correttezza della pubblica amministrazione - Controllo penale e alternative »*, in *Giustizia e Costituzione*, 1977, 20), peraltro con riferimento ad un tema ben diverso, che una politica penale giudiziaria non può esservi, « proprio perchè l'autorità giudiziaria è un potere diffuso, un potere che si individua e si

3. Non mi sembra possa mettersi in dubbio che una politica giudiziaria della pena, nel senso indicato, sia stata protagonista della prassi applicativa nel trentennio dal 1944 al 1974: in tema di commisurazione delle pene e, più in generale, di discrezionalità penale, si è determinato un processo di reazione alla previsione di pene eccessivamente severe che, almeno dalla caduta del fascismo alla riforma dell'aprile 1974, ha coinvolto la magistratura nel suo complesso e non soltanto singoli giudici.

L'indice più significativo di questo coinvolgimento pressochè totale si riscontra nella tendenza generalizzata ad applicare la pena ai livelli minimi e, in misura ancora maggiore, nella completa inosservanza, in questi casi, dell'obbligo di motivazione; inosservanza ratificata per di più dalla giurisprudenza costante della stessa Corte di Cassazione <sup>(9)</sup>. Parimenti in questi trenta anni le attenuanti generiche hanno assolto la funzione specifica di abbassare la pena al di sotto del minimo edittale ritenuto per lo più ancora eccessivamente elevato. Per queste circostanze indeterminate può ben dirsi che le ragioni pratiche della loro introduzione abbiano costantemente prevalso sulla oggettiva *ratio legis*, sulla cui determinazione la dottrina pure si è impegnata a fondo <sup>(10)</sup>: la concessione o il rifiuto delle « ge-

---

esaurisce in ogni singolo magistrato, in ogni singolo giudice e che quindi non consente l'elaborazione di una politica, che possa portare a risultati prestabiliti e unitariamente programmati ». D'accordo, ovviamente, sull'impossibilità di « programmare » una linea di politica giudiziaria unitaria, mi sembra però che, almeno in tema di potere discrezionale nella commisurazione della pena, dove il riferimento al caso concreto assume una incidenza fondamentale e le esigenze di giustizia sostanziale sono più immediatamente percepite, possano emergere e siano emersi, al di là di ogni programmazione, dei dati obbiettivi di valore tali da spingere la quasi totalità dei giudici, consapevolmente o no, su di una piattaforma comune, non in linea con lo stretto diritto.

<sup>(9)</sup> V. per tutte Cass. 3 ottobre 1972, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1974, 808, 1208: « L'irrogazione della pena, che è un'operazione squisitamente discrezionale, anche se disciplinata dai criteri di cui all'art. 133 c.p., non ha bisogno di particolare motivazione allorchè non supera il minimo edittale poichè la commissione del reato basta a giustificare la sanzione minima ».

<sup>(10)</sup> V. specialmente, anche se su posizioni diverse, M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., *passim* e LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali*, cit., 111 ss.

neriche » è stato infatti ricollegato più ai tradizionali criteri di commisurazione della pena <sup>(11)</sup> che alla ricerca ed alla individuazione di una vera e propria circostanza attenuante non tipizzata direttamente dalla legge <sup>(12)</sup>.

Le attenuanti generiche, come strumento di politica penale, hanno giocato un ruolo forse ancora più rilevante dal momento in cui, dopo qualche perplessità iniziale, se ne ammise costantemente e senza eccezioni la partecipazione al giudizio di prevalenza o equivalenza con lo specifico compito di elidere le aggravanti contrapposte: tant'è che fino alla riforma del 1974, che ha sconvolto la funzione originaria del giudizio di comparazione, non è accaduto quasi mai che, concesse le attenuanti generiche, non ne fosse dichiarata almeno l'equivalenza nei confronti delle aggravanti contrapposte <sup>(13)</sup>.

Nello stesso contesto si può inquadrare l'estrema larghezza nella concessione della sospensione condizionale della pena, che nella prassi ha evidenziato quasi una trasformazione della discrezionalità in doverosità, in presenza, ovviamente, dei presupposti di legge tassativi <sup>(14)</sup>. Questa posizione esprime in particolare una reazione della magistratura all'abuso dello strumento penale e segnatamente della pena detentiva, in conformità, del resto, con i prevalenti orientamenti dottrinali in tema di pene detentive brevi.

---

(11) Nel senso di anteporre la pena ritenuta esatta secondo giustizia, alla pena esatta secondo legge.

(12) V. sul punto LATAGLIATA, *op. e loc. ult. cit.* Anche in questo caso, nella prassi la discrezionalità non è stata dunque esercitata per proseguire l'opera del legislatore sul metro dei fini da esso assegnati al giudice.

(13) È da osservare che alle « generiche », pur concesse in prevalenza per ragioni almeno formalmente più attinenti alla persona che al fatto, non venne esteso dalla giurisprudenza il divieto di bilanciamento contenuto nel 4° comma dell'art. 69. Tale incongruenza è stata infatti rilevata per primo da LATAGLIATA, *op. cit.*, 147.

(14) Lo rileva, da ultimo, DOLCINI, *In tema di non menzione della condanna, sospensione condizionale della pena e attenuanti generiche: discrezionalità vincolata o « graziosa » indulgenza?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1975, 333 s.

Il meccanismo attraverso il quale si è reso tecnicamente possibile un fenomeno di così macroscopico distacco dell'esercizio del potere discrezionale dai canali legislativi è noto a tutti, ma vale la pena di riassumerlo, in quanto costituisce la « razionalizzazione a posteriori » in senso puramente formale, della politica penale giudiziaria.

Tutte le decisioni discrezionali, comunque incidenti sulla pena, quindi anche le attenuanti generiche, il giudizio di comparazione, la sospensione condizionale della pena ecc., vengono riferite all'art. 133, ossia al giudizio globale sul fatto e sulla personalità che è il presupposto per la determinazione della pena tra il minimo e il massimo (art. 132). Una volta imboccato questo binario la discrezionalità diviene praticamente *libera* per due ordini di ragioni tra loro connesse, in quanto:

a) manca nella giurisprudenza a tutti i livelli un concetto unitario (o diversi concetti precisi) circa la funzione della pena da realizzare attraverso il giudizio complessivo e unitario sul fatto e sulla personalità. Pertanto risulta incontrollabile proprio la congruenza tra la valutazione e lo scopo da raggiungere;

b) gli strumenti processuali di cui dispone il giudice sono del tutto insufficienti e inadeguati per quanto attiene alla effettiva conoscenza della personalità del reo.

In definitiva il riferimento della decisione discrezionale all'art. 133 non è altro che una formula atta a coprire la realtà che ogni valutazione che incide sulla pena — adeguamento della pena al caso concreto, sospensione condizionale della pena, ecc. — è autonoma da qualsiasi criterio normativo e che il caso concreto detta le proprie regole fino al limite delle previsioni tassative, senza ulteriori restrizioni.

Le ragioni del distacco della prassi dallo stretto diritto sono, come s'è fatto cenno, assolutamente chiare, ma anche su questo punto è il caso di svolgere qualche considerazione. Quando si assiste ad un fenomeno così diffuso di autonomia giudiziaria, ben diverso — ripetiamo — da altri fenomeni quali possono es-

sere degli orientamenti giurisprudenziali particolari, se ne deve arguire che esso dipende da una antinomia oggettiva tra dati normativi e dati della realtà comune. Non ci si può limitare a spiegare il fenomeno dicendo che il soggettivismo del giudice ha prevalso *di prepotenza* sulle valutazioni legislative approfittando del terreno favorevole, ma bisogna prendere atto che la magistratura, nel suo complesso, ha sostituito all'ordine dei valori normativi, o meglio all'ordine dei valori implicito nel Codice penale, un ordine di valori comunque diverso. Ed è a questo riguardo che si impongono delle considerazioni, perchè questo conflitto di valori non risulta da una semplice antinomia tra realtà e norme, ma proprio nel periodo che esaminiamo corrisponde ad un radicale mutamento delle scelte di fondo dello Stato. In particolare un sistema punitivo basato essenzialmente sulla prevenzione generale, intesa quale intimidazione, i cui corollari in relazione alla pena concreta sono l'esemplarità e l'afflittività, solo a costo di notevoli sforzi di adattamento può coesistere con l'ordinamento giuridico costituzionale. E pertanto la politica penale giudiziaria che s'è sviluppata tra il 1948 ed il 1974 esprime in realtà anche la soluzione provvisoria dei problemi conseguenti ad una frattura tra i diversi rami dell'ordinamento, del quale una parte si è radicalmente rinnovata ed un'altra è rimasta sostanzialmente quella che era.

È opportuno ribadire dunque che le accennate modalità di esercizio del potere discrezionale in tema di pena costituiscono l'espressione di una politica penale giudiziaria la quale non è già fondata su di una mera posizione di rifiuto dei valori dell'ordinamento, ma che è sorretta dall'urgenza e dalla necessità di colmare una frattura all'interno stesso dell'ordinamento. È la carenza di una politica penale legislativa, tale da eliminare le contraddizioni di fondo, che ha imposto — si può dire — in via suppletiva una politica penale giudiziaria.

Per queste ragioni, mentre sarebbe ingeneroso lamentarsi, nel complesso, del modo in cui è stato esercitato il potere di-

screzionale in questi anni, non si può fare a meno di sottolineare i pericoli insiti nell'eccessivo protrarsi di tale situazione. Il prezzo, infatti, è molto elevato per uno Stato di diritto: le ben note e croniche carenze di motivazione e di controllo costituiscono il logico risultato di una prassi applicativa *praeter* o *contra legem* che non appare in grado di *garantire* nè le posizioni individuali, nè l'interesse effettivo dell'ordinamento.

4. La riforma dell'aprile 1974 si è risolta — come è noto — in uno straordinario ampliamento del potere discrezionale, sovvertendo in materia di pena i termini originari del rapporto tra legalità e discrezionalità. L'estensione dell'oggetto del giudizio di prevalenza o di equivalenza, l'ampliamento delle ipotesi di cumulo giuridico, l'eliminazione della automaticità della recidiva, i notevoli margini per la concessione della sospensione condizionale della pena, attribuiscono oggi al giudice penale — senza che vi siano dubbi — poteri e responsabilità enormi, specie quando si considerano le possibili combinazioni nell'esercizio della discrezionalità.

Ciò ha dato luogo ad una serie di problemi attinenti alla politica penale giudiziaria che segnalano due prospettive di indagine distinte ma convergenti.

La prima, che si ricollega a numerose previsioni iniziali di segno opposto <sup>(15)</sup>, consiste nell'esaminare quale incidenza abbia avuto il capovolgimento del rapporto legalità-discrezionalità sulla politica penale giudiziaria precedentemente delineatasi, il

---

(15) La formulazione delle «previsioni», per la verità, data già dalla approvazione da parte del Senato (31 gennaio 1973) della riforma del Libro I del Codice penale, specie in tema di rapporto tra ampliamento del potere discrezionale e riforma della parte speciale. Si possono ricordare, a questo riguardo numerosi interventi nei convegni di Venezia («Carcere e società», 9-10 febbraio 1974), di Camerino («Orientamenti per una riforma del diritto penale», 22 febbraio 1974) e di Macerata (Tavola rotonda sulla riforma del Codice penale, 29 maggio 1974). V. inoltre, *Gruppo penalistico dell'Università di Bologna, Sulle linee emergenti della politica criminale in Italia*, Bologna 1974.

che è possibile dopo oltre un triennio di applicazione delle nuove disposizioni.

La seconda prospettiva è del tutto nuova e attiene all'ipotesi formulata da più parti secondo cui, almeno in relazione ad alcune modifiche, e segnatamente a quella del giudizio di prevalenza o di equivalenza ed anche a quella della sospensione condizionale della pena, sarebbe stata legalizzata o addirittura imposta dalla legge una forma di politica penale giudiziaria nell'uso del potere discrezionale, quale criterio del suo esercizio.

Per quanto concerne la prima prospettiva, che comporta una valutazione di carattere globale sulla prassi applicativa, da una indagine pur sommaria <sup>(16)</sup> sembra potersi arguire che nel complesso la riforma ha sortito il risultato auspicato di consentire una maggiore umanizzazione delle pene <sup>(17)</sup>. Basti pensare, a questo riguardo, all'eliminazione degli aumenti automatici adottati dalla recidiva per condanne remote <sup>(18)</sup> o senza alcun collegamento logico con il nuovo reato <sup>(19)</sup>; alla possibilità di cancellare attraverso il giudizio di prevalenza o di equivalenza alcune aggravanti ad efficacia speciale sopravvalutate dal legislatore del 1930 e specialmente quelle del furto <sup>(20)</sup>; al superamento di eccessi intollerabili derivanti in certi casi dal cumulo materiale delle pene; alla possibilità di reiterare la sospensione condizionale della pena per reati di scarsa importanza o reattizzati a grande distanza di tempo, ecc.

Viceversa sono andate quasi totalmente deluse le speranze di coloro che facevano affidamento sull'ampliamento del potere

---

<sup>(16)</sup> I dati rilevati si riferiscono prevalentemente alle massime ed alle sentenze pubblicate sulle riviste giuridiche al 31 dicembre 1977.

<sup>(17)</sup> Cfr. *Relazione del Governo* al decreto-legge concernente provvedimenti urgenti sulla giustizia penale, presentata al Senato il 12 aprile 1974, n. 4.

<sup>(18)</sup> V. ad es. Cass. 3 luglio 1975 (131423), *Cass. pen. Mass. ann.*, 1977, 96, 99: « Un lungo periodo trascorso dall'imputato senza violare la legge penale dimostra il suo ravvedimento e quindi può giustificare l'esclusione della recidiva ».

<sup>(19)</sup> Cass. 21 agosto 1975 (131754), *Cass. pen. Mass. ann.*, 1976, 1082, 1372.

<sup>(20)</sup> Cass. 22 ottobre 1975 (132006), *Cass. pen. Mass. ann.*, 1976, 1014, 1275

discrezionale per un riavvicinamento della prassi alla legge, per una razionalizzazione dell'esercizio della discrezionalità, per un maggior rispetto del dovere di motivazione <sup>(21)</sup>. Tali speranze si fondavano evidentemente sulla considerazione che il giudice, affrancato dai preesistenti vincoli troppo stretti, avrebbe finalmente avuto l'opportunità di effettuare delle valutazioni più aderenti alla specifica funzione del potere concesso; ma esse non potevano non andar deluse, specie in relazione a quelle modifiche che più incidono sulle previsioni di parte speciale. Basti pensare che, per esplicita ammissione contenuta nella Relazione del Governo, le innovazioni « introducono nel sistema un valido strumento di equità perchè *consentono di attenuare, ancora prima che sia rivista la parte speciale del Codice, l'ingiustificata severità di certe norme della disciplina vigente* » <sup>(22)</sup>. Ciò significa che si dà atto della inadeguatezza, nel senso della eccessiva severità, di alcune norme di parte speciale e che il potere discrezionale viene a costituire lo strumento posto a disposizione del giudice per alterare le conseguenze che la legge stessa prevede per certi reati. Ora, in un sistema ordinato e razionale la discrezionalità è lo strumento indispensabile per tener conto della realtà del caso concreto *all'interno del sistema*, cioè per il « proseguimento dell'opera del legislatore », viceversa dall'affermazione riportata risulta chiaro che la discrezionalità viene intesa come strumento di rottura del sistema, per consentire di superare le previsioni della parte speciale dello stesso Codice senza modificarle direttamente.

Se è cosa a tutti nota che l'ampliamento del potere discrezionale indotto dalla riforma del 1974 costituisce il surrogato di una ben più complessa riforma della parte speciale, quel che occorre tuttavia sottolineare è che la soluzione offerta ha deter-

---

<sup>(21)</sup> Cfr. LATAGLIATA, *Relazione introduttiva del Convegno sui « Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale »* (Napoli, 10-12 ottobre 1975), in *Il Tommaso Natale*, 1975, 24 s. (estratto).

<sup>(22)</sup> *Rel. del Governo*, cit.

minato o meglio acuito una contraddizione interiore del sistema vigente. Infatti se da un lato si sono sdrammatizzati molti problemi che in passato non avevano potuto ricevere una risposta equitativa a dispetto della buona volontà o del buon senso dei magistrati, dall'altro il legislatore, nell'attribuire al giudice la funzione di arbitro di un conflitto interno alla legge penale, sembra averlo costretto a delle valutazioni avulse a priori da parametri normativi <sup>(23)</sup> sui quali l'esercizio del potere discrezionale (almeno nello stato di diritto) dovrebbe poggiare.

A questo punto è già emerso, come anticipato, il nesso con la seconda prospettiva di indagine; si tratta ora di meglio verificare in quali ipotesi si espleti questa politica penale giudiziaria del caso concreto voluta dalla legge stessa, in quali forme si estrinsechi, se ed in quale misura sia controllabile.

Dei quattro istituti la cui modifica ha inciso sul potere discrezionale in realtà solo due — come si è anticipato — propongono più direttamente l'antinomia sistematica che il giudice viene chiamato a risolvere; essi sono in primo luogo (e certamente) il giudizio di prevalenza o di equivalenza, in secondo luogo (ma è da verificare) la sospensione condizionale della pena.

Riguardo al giudizio di prevalenza, è stato puntualmente ricordato che il legislatore del 1930 aveva escluso le circostanze comportanti una pena autonoma da quella prevista per il reato — base proprio perchè aveva proceduto caso per caso « ad un giudizio di disvalore analogo a quello compiuto con la creazione di autonome figure di reato e considerava tale giudizio insuscettibile di essere posto nel nulla ad opera della concreta valutazione del giudice » <sup>(24)</sup>. Pertanto non richiede ulteriore dimostrazione nè il tipo di incidenza che il giudizio ex art. 69 ha

---

<sup>(23)</sup> La valutazione del profilo tecnico dello stato di cose così determinatosi sarà oggetto del prosieguo di questo studio.

<sup>(24)</sup> VASSALLI, *La riforma penale del 1974*, 1975, 51; v. sul punto STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1971, 115 ss.

sulla parte speciale, nè il conflitto che la nuova normativa sembra porre affidando al giudice il compito di dirimerlo. Tale conflitto, come si constaterà tra breve, si accentua particolarmente per l'ingresso delle circostanze inerenti alla persona nella valutazione comparativa.

Riguardo alla sospensione condizionale della pena, la individuazione di una antinomia sistematica appare viceversa più complessa e quindi bisognosa di più accurata verifica. I termini di questo ipotizzato conflitto <sup>(25)</sup> consisterebbero da un lato nella ipercriminalizzazione, e segnatamente nell'abuso del ricorso alla pena detentiva caratteristico della legislazione del 1930, dall'altro nell'inversione di tendenza espressa apertamente dal legislatore del 1974 <sup>(26)</sup>. Quel che occorre verificare preliminarmente è se tale antinomia resti estranea alla attuale *ratio legis* della sospensione condizionale della pena (perchè non v'è dubbio che rientri nell'*occasione legis*) ovvero vi sia penetrata.

Viceversa l'estensione delle ipotesi di cumulo giuridico e la discrezionalità degli aumenti di pena per la recidiva non sembrano comportare problemi di politica penale giudiziaria diversi da quelli tradizionali.

L'ampliamento della sfera del cumulo giuridico ci riavvicina alla tradizione liberale del Codice Zanardelli <sup>(27)</sup>: superficialmente, ma con sufficiente tranquillità, ci sembra di poter affermare che l'applicazione del cumulo giuridico al concorso

---

<sup>(25)</sup> VASSALLI, *op. ult. cit.*, 68; esplicitamente, BERTONI, *La riforma penale dell'aprile 1974 nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, 1405 ss.

<sup>(26)</sup> V. ancora la cit. *Relazione del Governo*.

<sup>(27)</sup> Gli artt. 67-79 del Codice Zanardelli dettavano, in tema di concorso di reati, una disciplina organica del cumulo giuridico, che, purtroppo, non è stata tenuta nel debito conto dal legislatore del 1974 nel momento della riduzione della portata del cumulo materiale. Per la impossibilità di procedere al cumulo giuridico di pene eterogenee, v. Corte Cost. 18 gennaio 1977, n. 34, *Cass. pen. Mass. ann.* 1977, 271 ss.; sulla soluzione offerta non possono non esprimersi forti perplessità, almeno sotto il profilo equitativo.

formale ed al *reato continuato eterogeneo* <sup>(28)</sup> significa, in ultima analisi, che il legislatore del 1974 ha assegnato la prevalenza ai fattori unificanti di queste ipotesi di concorso (unità di azione, unità di disegno criminoso) onde consentire unitariamente la commisurazione della pena. Ciò dovrebbe verificarsi attraverso un procedimento logico che, *in analogia* al disposto degli artt. 132 e 133, tenga conto sotto il profilo fattuale del disvalore unitario del *complesso dei reati* che a sua volta costituisce la base per la valutazione della personalità del reo; laddove il legislatore del 1930, nel logico sviluppo della linea di politica criminale fondata sulla intimidazione, confermata e rafforzata da una repressione severa, aveva dato la prevalenza ai caratteri di autonomia dei singoli reati <sup>(29)</sup>. Pertanto, in tal caso l'*occasio legis*, che è la riduzione del rigore del cumulo materiale, ha dato luogo ad una norma che, pur nella sua notevole dimensione innovativa, non determina antinomie.

Neppure la discrezionalità della recidiva sembra proporre situazioni di conflitto interne al sistema. L'eliminazione della automaticità significa, a nostro avviso, che la ragion d'essere della recidiva si sposta dall'ambito di mere esigenze di prevenzione generale <sup>(30)</sup> alla sfera di personalizzazione della pena <sup>(31)</sup>. Il giudice, in tal modo, ha la possibilità (e il dovere) di ricercare, approfondire e valutare le vere ragioni della ricaduta nel reato, sì da esprimere *in concreto* il giudizio negativo su chi non ha maturato positivamente l'esperienza della condanna subita. In

---

<sup>(28)</sup> Usiamo questa espressione nella consapevolezza che la riforma ha sconvolto la dommatica del reato continuato. Ciò non può esimere però dall'esprimere un giudizio positivo sull'estensione del cumulo giuridico anche a queste ipotesi di concorso.

<sup>(29)</sup> La pena — si può dire — viene a corrispondere oggi alla «colpevolezza per i fatti», nel loro disvalore complessivo.

<sup>(30)</sup> In questo senso, prima della riforma, cfr. STILE, *Il giudizio di prevalenza*, cit., 79.

<sup>(31)</sup> Cfr. in generale, soprattutto LATAGLIATA, *Contributo allo studio della recidiva*, Napoli 1958; v., inoltre, i precisi rilievi di PEDRAZZI, *La nuova facoltatività della recidiva*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, 306 s.

precedenza, il giudizio anticipato della legge senza tener conto dell'effettivo rapporto tra la persona e il fatto era certamente astratto, ma questa modifica, pur importantissima, specie sotto il profilo della ideologia complessiva del sistema punitivo, non sembra costringere il giudice a ricercare al di là della legge i criteri per l'esercizio del potere discrezionale assegnatogli <sup>(32)</sup>.

5. La dottrina non ha mancato di sottolineare gli effetti « quasi sconvolgenti » della modifica dell'art. 69, specie in relazione alla possibilità accordata al giudice di non tener conto delle circostanze per le quali la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato, cioè delle circostanze autonome o ad efficacia speciale <sup>(33)</sup>.

È stato opportunamente ricordato come la previsione delle circostanze ad efficacia speciale fosse collegata ad esigenze di prevenzione generale in tutto analoghe a quelle espresse con la previsione di determinate pene per determinati reati. Con la rimozione del vincolo precedentemente posto dall'art. 69, il giudice è messo in condizione « di modificare le stesse valutazioni del legislatore e finisce col sostituirsi ad esso » <sup>(34)</sup>. Infatti « so-

---

<sup>(32)</sup> Il NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, 1975, 312, rileva come manchi ogni punto di riferimento normativo « per ciò che riguarda la scelta tra il procedere o il non procedere all'aumento della pena per la recidiva ». Il rilievo appare senz'altro esatto nella misura in cui si vuol sottolineare l'opportunità di razionalizzare, almeno a questo riguardo, l'esercizio del potere discrezionale (cfr., infatti, § 48 StGB). È certo, intanto, che un uso corretto e controllabile della discrezionalità nella irrogazione degli aumenti di pena per la recidiva presupporrebbe accertata, oggi, la funzione della pena (cfr. PEDRAZZI, *op. cit.*, 307), il che certamente non è, così in dottrina come, ancor più, nella prassi. Proprio per queste ragioni si è anticipato nel testo che la nuova disciplina della recidiva non sembra proporre problemi di politica della pena (e di arbitrio giudiziario) diversi da quelli tradizionali. Cfr. sul punto BERTONI, *La riforma penale*, cit., 1399 ss., il quale pone in evidenza come proprio riguardo alla recidiva si sia manifestato nella giurisprudenza un notevole sforzo di motivazione.

<sup>(33)</sup> V. specialmente VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee e « reati aggravati dall'evento »*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1975, 3 ss.

<sup>(34)</sup> VASSALLI, *op. ult. cit.*, 6.

stituendo ora ad una valutazione del legislatore una valutazione del giudice la quale non può che muovere su quei binari dell'art. 133, nei quali non sembra che l'esigenza della prevenzione generale trovi spazio alcuno, si rischia di perdere di vista, almeno in taluni casi, quelle esigenze di astratta valutazione e comparazione che sono proprie ed esclusive del potere legislativo » <sup>(35)</sup>.

In questo modo, viene perfettamente evidenziato il conflitto che si determina tra le esigenze di prevenzione generale collegate alle previsioni normative e le esigenze connesse alla individualizzazione della pena di cui all'art. 133: il conflitto verrebbe ad essere risolto dando la prevalenza alle seconde e quindi trascurando, necessariamente, le prime.

Muovendo da queste osservazioni, si è segnalato il fatto che, mentre nella nostra tradizione legislativa la discrezionalità aveva sempre avuto la funzione di differenziare le posizioni individuali all'interno del tipo di fatto, ora l'incidenza della valutazione discrezionale a livello della fattispecie sembra addirittura minacciare i principi costituzionali di legalità e di eguaglianza « per quanto attiene alla uniformità di applicazione del modello legale, che costituisce la caratteristica insopprimibile della legge penale, e del suo riflesso dommatico rappresentato dalla tipicità del fatto » <sup>(36)</sup>. Anche in questa prospettiva, quindi, ciò che viene sottolineato è che nell'ipotesi in esame il potere discrezionale del giudice non consiste più nel proseguimento dell'opera del legislatore, là dove questi non arriva ad espandersi perchè condizionato dalle esigenze di generalizzazione, ma giunge a costituire una delega di poteri di pertinenza tipicamente legislativa.

---

<sup>(35)</sup> VASSALLI, *op. e loc. ult. cit.*

<sup>(36)</sup> SANTAMARIA, *Relazione al convegno sui « Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale »* (Napoli, 11 ottobre 1975); cit. dal dattiloscritto. (Per una sintesi dei lavori di questo convegno v. *Revue int. de droit pénal*, 1975, 231 ss.; *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1975, 1245 ss.

Queste preoccupazioni si sarebbero potute almeno in parte superare sotto il profilo tecnico <sup>(37)</sup>, se la stessa struttura del giudizio di prevalenza o di equivalenza non fosse stata profondamente alterata anche dall'estensione alle circostanze inerenti alla persona del colpevole (art. 70 ult. c.). L'eliminazione anche di questo precedente limite sembra convalidare oggi sul piano normativo la prassi applicativa del giudizio di comparazione, inteso quale strumento di commisurazione della pena, con necessità di ricorso ai criteri generali dell'art. 133 per risolvere il concorso simultaneo di circostanze del fatto e di circostanze personali di segno opposto. Pertanto, la possibilità che un dato di carattere *personale* (ad es. la minore età) incida su una valutazione legale del *fatto* (ad es. le circostanze speciali del furto), e viceversa, rende ancora più concrete le preoccupazioni di eccessivo allentamento del vincolo alla legge e di una discrezionalità quasi libera e di portata quantitativamente enorme <sup>(38)</sup>.

I termini complessivi del problema sono stati colti di recente con grande precisione <sup>(39)</sup> quando, concordando sul fatto che la previsione di circostanze ad efficacia speciale attiene « ad esigenze di prevenzione generale » non dissimili da quelle espresse con la previsione di titoli autonomi di reato, ci si è chiesto, proprio perchè tale valutazione può essere concretamente alterata, « se ed in che misura il giudice, nell'effettuare la comparazione tra le circostanze, debba tener conto anche di altre esigenze, oltre a quelle che trovano spazio nell'art. 133 c.p. e che servono di norma come parametro per la concreta commisurazione della pena » <sup>(40)</sup>. Si è aggiunto inoltre consapevolmente che la domanda « si giustifica anche con riferimento alle circostanze inerenti alla persona del colpevole, perchè anche qui

---

<sup>(37)</sup> Ci sia consentito rinviare a quanto precedentemente osservato nel nostro *Il giudizio di prevalenza*, cit., 115 ss.

<sup>(38)</sup> Sul punto si rinvia al successivo paragrafo.

<sup>(39)</sup> BERTONI, *La riforma penale*, cit., 1358 ss.

<sup>(40)</sup> BERTONI, *La riforma*, cit., 1361.

la necessità di superare il dualismo fatto-persona, in un momento precedente a quello destinato alla determinazione della pena, induce a dubitare della sufficienza dei criteri predisposti allo scopo esclusivo di commisurare la sanzione e quindi conferma l'ipotesi che la modifica dell'art. 69 abbia allargato lo spettro dei processi valutativi attraverso cui il giudice deve pervenire alle proprie decisioni » <sup>(41)</sup>.

Condividendo l'opinione che la modifica dell'art. 69 finisce con l'incidere nello stesso ordine di valutazioni che è alla base della *determinazione legale della pena* e con l'assegnare al giudice il compito di operare scelte di politica criminale per il caso singolo, il Bertoni prospetta la soluzione del problema « nell'opportunità che il giudice, nel momento di applicare la norma dell'art. 69, assegni la dovuta rilevanza non solo ai criteri che presiedono alla commisurazione della pena, *ma anche* ad esigenze di prevenzione generale » <sup>(42)</sup>.

La posizione testè esaminata si differenzia pertanto, dalle precedenti perchè, nell'evidenziare al pari delle altre il conflitto tra le esigenze di prevenzione generale e quelle di individuazione della misura della pena, non dà per scontato il prevalere delle seconde con totale sacrificio delle prime. Si lumeggia viceversa la possibilità che le esigenze connesse alla prevenzione generale conservino una incidenza entrando a far parte dei criteri che presiedono la valutazione ex art. 69 <sup>(43)</sup>.

In tal modo viene reso molto più complesso il discorso relativo alla politica penale giudiziaria autorizzata ed imposta dalla legge: se l'ipotesi formulata risultasse esatta, il giudice non dovrebbe limitarsi alla individuazione della *pena giusta* o della *pena esatta*, « saltando » il riferimento al valore assegnato dal legislatore ad alcune fattispecie circostanziate ed assumendo il

---

<sup>(41)</sup> BERTONI, *La riforma*, loc. ult. cit.

<sup>(42)</sup> BERTONI, *La riforma*, cit., 1361 s.

<sup>(43)</sup> Si cfr. gli esempi tratti dalla giurisprudenza della Cassazione in BERTONI, *op. cit.*, 1364 s.

caso concreto ad unico criterio per realizzare lo scopo della pena <sup>(44)</sup>, ma dovrebbe invece tener conto, *insieme*, anche delle esigenze di prevenzione generale collegate alle previsioni normative.

6. A nostro avviso non si può dubitare che se davvero la indiscutibile trasformazione della struttura e della funzione del giudizio di prevalenza o di equivalenza comportasse moduli decisionali non diversi da quelli dell'art. 133, non dovrebbe esservi spazio per nessuna esigenza comunque collegata alla prevenzione generale.

Ma la necessità di prendere in seria considerazione l'ipotesi che il giudizio di prevalenza attinga a criteri non riconducibili in assoluto a quelli che presiedono la commisurazione della pena discende da un preciso dato normativo: il richiamo dell'art. 69 da parte dell'art. 157 per determinare il tempo necessario a prescrivere il reato. Infatti il terzo comma di quest'ultima norma non è stato toccato dalla riforma del 1974.

A questo riguardo occorre tener presente che il Progetto di riforma del Libro primo del Codice Penale, — dal quale è stato estratto il nuovo testo dell'art. 69 (art. 40 Prog.) — eliminava la incidenza del giudizio di prevalenza o di equivalenza sul calcolo del tempo necessario a prescrivere <sup>(45)</sup>. La dimenticanza — perchè riteniamo che di dimenticanza si tratti — da parte del legislatore del '74 di considerare tutti gli effetti della modifica dell'art. 69, ha portato, a nostro avviso, ad una disfunzione sistematica che si riflette direttamente sull'esercizio del potere discrezionale del giudice.

---

(44) Così avverrebbe, invece, secondo le posizioni precedentemente esaminate,

(45) L'art. 68 del Progetto, destinato a modificare gli artt. 157, 158 c.p. prevedeva al secondo comma che «per determinare il tempo necessario a prescrivere si ha riguardo al massimo della pena stabilita dalla legge per il reato, consumato o tentato, senza tenere conto dell'aumento per le circostanze aggravanti e considerata la diminuzione minima stabilita per le circostanze attenuanti». Nessun riferimento veniva fatto al giudizio di prevalenza o di equivalenza.

La prescrizione del reato nel sistema del codice Rocco si riporta ad una valutazione di carattere generale avulsa dal peculiare significato del singolo episodio criminoso (<sup>45 bis</sup>): « per determinare il tempo necessario a prescrivere — dispone l'art. 157, 2° comma — si ha riguardo al massimo della pena stabilita dalla legge per il reato, consumato o tentato, tenuto conto dell'aumento massimo di pena stabilito per le circostanze aggravanti e della diminuzione minima stabilita per le circostanze attenuanti ». La connessione della prescrizione con la *valutazione legale* (generale e astratta) del reato e non con quella giudiziale (individuale — concreta) si spiegava facilmente nel sistema normativo originario per il suo legame alle esigenze di prevenzione generale. Tali esigenze non venivano messe in discussione dall'inserimento di una valutazione certamente discrezionale come il giudizio comparativo ex art. 69 (richiamato espressamente dal 3° c. dell'art. 157), nel momento in cui si riusciva a comprendere come esso postulasse in realtà un esercizio del potere discrezionale profondamente diverso da quello dell'art. 133, sia quanto alla funzione sia quanto ai criteri (<sup>46</sup>). Questa discrezionalità non toccava infatti la pena concreta, ma incideva sulla sola *cornice della pena per il fatto* cogliendo in sintesi, ma *solo sotto questo aspetto*, il significato complessivo della simultanea presenza di circostanze aggravanti ed attenuanti (<sup>47</sup>).

L'incidenza, indiscutibile, delle circostanze inerenti alla persona nel computo del tempo necessario a prescrivere si spiegava naturalmente nel senso che la prescrizione si riferiva al reato e non al solo fatto, ma il concorso di circostanze del fatto e di circostanze inerenti alla persona non veniva sottoposto ad

---

(<sup>45 bis</sup>) Il Codice Zanardelli (art. 91) guardava invece alla pena che si sarebbe dovuta infliggere.

(<sup>46</sup>) Sui rapporti tra prescrizione e discrezionalità v. LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali*, cit., 39 ss.

(<sup>47</sup>) È la tesi che è stata da noi sostenuta prima della riforma del 1974. Cfr. *Il giudizio di prevalenza*, cit., *passim*, al quale si rinvia per la dimostrazione.

una previa valutazione unitaria del giudice, tale da costringere quest'ultimo a porsi il problema della concreta misura della pena prima di verificare se il reato fosse prescritto o no.

Nel cogliere in sintesi il complessivo valore di circostanze aggravanti ed attenuanti del fatto, il giudice non aveva ragione di soffermarsi nè su valutazioni di prevenzione generale, nè (almeno in teoria) su valutazioni di pena concreta <sup>(48)</sup>. Il giudice doveva solo porsi la questione del peso delle circostanze contrapposte nella concretezza del fatto criminoso <sup>(49)</sup>; le conseguenze anche in tema di prescrizione sarebbero scaturite per legge.

Nella logica originaria del codice, pertanto, il giudizio ex art. 69 non poteva determinare alcun conflitto tra esigenze di prevenzione generale e di individualizzazione: stabilire la prevalenza o l'equivalenza di circostanze del fatto di segno opposto non significava alterare l'ordine delle valutazioni connesse alla prescrizione del reato, sempre che si fosse compreso che tale giudizio riguardava una fase precedente a quella della commisurazione della pena e quindi postulava criteri diversi da quelli dell'art. 133.

Non bisogna dimenticare che in seguito alla trasformazione subita dall'istituto nella prassi, specie dopo l'introduzione delle attenuanti generiche, le possibilità di conflitto tra le esigenze connesse alla individuazione della pena e quelle relative alla prescrizione divenivano attuali. Sempre nella prassi, qua-

---

<sup>(48)</sup> Infatti si trattava semplicemente di stabilire il significato complessivamente aggravato o attenuato del fatto nella specifica situazione di concorso tra attenuanti ed aggravanti e di superare con un giudizio complessivo la pluralità di qualificazioni contrastanti: una valutazione nella quale non poteva rientrare alcun criterio di prevenzione generale, perchè restava legata essenzialmente a cogliere la specificità del caso concreto (ossia la concreta gravità del fatto pluricircostanziato); senza che vi rientrasse neppure la personalità del reo, indispensabile per un giudizio di individualizzazione.

<sup>(49)</sup> Gli unici spunti in questo senso offerti dalla dottrina si ritrovano in FLORIAN, *Trattato di diritto penale*, Milano 1934, 866 s. e M. GALLO, *Appunti di diritto penale - Le forme di manifestazione del reato*, Torino 1964, 19 ss.

lora la concessione delle attenuanti generiche e la successiva dichiarazione della loro prevalenza o equivalenza sulle aggravanti avesse dato luogo alla prescrizione del reato, la serie delle valutazioni discrezionali si traduceva sovente in una semplice *valutazione di opportunità* della declaratoria di prescrizione. E se questa valutazione dava un risultato negativo, in genere si negavano le generiche e tutto era risolto.

Senza approfondire ulteriormente il tema in questa sede, ci preme per ora soltanto mettere in evidenza l'effetto più significativo prodottosi, per la carenza di visione sistematica del legislatore del 1974, in relazione all'esercizio del potere discrezionale ex art. 69: il giudice oggi può trovarsi di fronte alla alternativa di dichiarare prescritto il reato o di comminare una sanzione più severa di quella che applicherebbe (e che avrebbe potuto applicare prima della riforma del 1974). Ad esempio, nel caso di furto pluriaggravato (per cui è prevista la reclusione da tre a dieci anni), in presenza dell'attenuante della minore età o delle « generiche », il giudice che valuta giusta o adeguata al caso concreto la pena di due anni, per giungere a questo risultato dovrebbe dichiarare almeno l'equivalenza tra le circostanze <sup>(50)</sup>; ma se, operando questo giudizio, il reato risultasse prescritto, come dovrà comportarsi il giudice, specie quando non gli appaiono affatto maturate le condizioni della causa estintiva sia in rapporto alla entità della fattispecie pluriaggravata sia in rapporto alla gravità concreta del reato? <sup>(51)</sup>.

---

<sup>(50)</sup> Nell'esempio prospettato, il giudice, obbligato a procedere al giudizio di prevalenza o di equivalenza, se dichiara la prevalenza delle attenuanti (o anche l'equivalenza) dovrà applicare la pena della reclusione tra quindici giorni e tre anni; se dichiara prevalenti le aggravanti la pena oscillerà tra i tre e i dieci anni.

<sup>(51)</sup> Il fenomeno non è sfuggito all'attenzione del VASSALLI, *Concorso tra circostanze*, cit., 7, il quale, nel rilevare che « non di rado i giudici dell'impugnazione hanno dichiarato la prevalenza di aggravanti prima non comparabili con le attenuanti », sottolinea opportunamente come « a talune di queste ultime decisioni non è stata estranea l'intenzione di evitare l'applicazione della prescrizione e dell'amnistia [...] a fatti ritenuti ancora rilevanti per l'offesa recata alla società o al singolo ».

Almeno quando l'esigenza di commisurare una certa pena viene a collidere con l'interesse dello Stato alla punizione del reo, dare per scontata la prevalenza dei criteri di individualizzazione della pena sarebbe alquanto aprioristico. Occorre ricordare infatti che i criteri dell'art. 133, ai quali è certo estranea la prevenzione generale, si riferiscono alla determinazione della pena tra il minimo ed il massimo (« nei limiti fissati dalla legge », recita l'art. 132) ed impongono al giudice una valutazione complessiva che fornisca *un dato di sintesi*; viceversa il giudizio di prevalenza non permette affatto una sintesi dei valori, dato il suo permanente effetto di *elisione*. Inoltre la determinazione della pena concreta non incide sulla prescrizione del reato, mentre la valutazione ex art. 69 continua ad incidervi. Questa profonda differenza di effetti è indice abbastanza significativo che una qualche difformità tra i due istituti resta, e che neppure dopo la riforma del 1974 l'art. 69 c.p. è divenuto mero strumento di commisurazione della pena per il reato circostanziato. In effetti è solo la vecchia tesi — chiaramente inficiata da concettualismo — che vede nell'art. 133 il fulcro di ogni potere discrezionale <sup>(52)</sup> a permettere di sostenere *a priori* la necessità di ricorrere a siffatto criterio di valutazione senza porsi il problema del parallelo interesse dello Stato alla punizione del reo.

Nel contempo non sembra neppure agevole tentare di razionalizzare l'uso di criteri diversi: che cosa significa « tener conto *anche* delle esigenze di prevenzione generale », quando si è costretti a decidere sulla prevalenza o sulla equivalenza attraverso il ricorso al caso concreto? Certamente non è intento di chi ha prospettato queste tesi far riferimento a criteri come l'*esemplarità*; tuttavia neanche il ricorso (come criterio di valutazione) alla *fattispecie* (e non ai soli elementi indeterminati

---

(52) Per una critica, a nostro avviso definitiva, di questa tesi v. specialmente LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali*, cit., 63 ss.; v. inoltre STILE, *Il giudizio di prevalenza*, cit., 170 ss.

ex art. 133) e all'*allarme sociale* connesso a determinati tipi di reati aggravati <sup>(53)</sup> appare risolutivo.

Questo spunto si sarebbe potuto utilmente coltivare, a nostro avviso, se il giudizio di prevalenza fosse rimasto ristretto alle circostanze del fatto <sup>(54)</sup>, ma non quando si prospetta la possibilità che a fronte delle circostanze aggravanti che continuano a determinare notevole allarme sociale vi siano dei minori di diciotto anni, dei semi infermi di mente, ecc.: è l'effetto di *elisione*, cioè il non poter tener conto delle circostanze non prevalenti che si manifesta assurdo specialmente nel concorso tra circostanze ad efficacia speciale e circostanze personali (ivi comprese le generiche), e paradossalmente costituisce un vincolo nel determinare la pena concreta, perchè necessariamente o si trascura la gravità (o qualità) del fatto (già valutata incisivamente dal legislatore) o si trascurano dei dati significativi della persona, *senza una piena possibilità di recupero* nella determinazione della pena concreta <sup>(55)</sup>.

È davvero significativo il fatto che il legislatore del 1974 abbia mostrato di trascurare del tutto l'ipotesi che il giudice

---

<sup>(53)</sup> BERTONI, *La riforma*, cit., 1364.

<sup>(54)</sup> La valutazione comparativa, se limitata alle circostanze del fatto, avrebbe postulato come criterio di decisione basilare la gravità del fatto (con esclusione della capacità a delinquere), per cui la discrezionalità si sarebbe potuta ancora intendere come proseguimento dell'opera del legislatore, con il dovere di tener conto, in tal modo, *anche* delle valutazioni normative connesse all'attribuzione di una particolare rilevanza a determinate circostanze speciali. Una estensione così delimitata dell'oggetto del giudizio di prevalenza — fermi restando altri problemi (di identificazione delle circostanze ad efficacia speciale e di graduazione della pena) — avrebbe avuto il significato di una presa d'atto legislativa della parzialità e relatività del significato di quelle valutazioni apparse intangibili al legislatore del 1930.

<sup>(55)</sup> La possibilità di recupero era completa nel precedente sistema proprio per l'esclusione delle circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa o autonoma: i margini di discrezionalità nel graduare gli aumenti o le diminuzioni per le circostanze prevalenti garantivano, nonostante l'effetto di *elisione*, la possibilità di tener conto nella determinazione della pena concreta di tutti i dati significativi positivi e negativi presenti nell'episodio criminoso circostanziato. Questa garanzia viene a mancare oggi, specie quando siano dichiarate prevalenti le circostanze ad efficacia speciale, che per lo più sono aggravanti.

dichiari la prevalenza delle aggravanti speciali, con tutte le conseguenze, anche di ordine equitativo, che ne possono derivare <sup>(56)</sup>.

7. Riassumendo i dati salienti emersi dalle considerazioni che precedono, bisogna innanzitutto prendere atto, d'accordo con la dottrina più consapevole, ed insieme con gli stessi compilatori della riforma del 1974, che la possibilità accordata al giudice di eliminare dal novero degli elementi che concorrono a determinare la pena le c.d. circostanze ad efficacia speciale significa modificare il significato tradizionale della discrezionalità: il giudice non è più chiamato soltanto a proseguire l'opera del legislatore ma a *sostituire* le proprie valutazioni, legate alla concretezza dell'episodio criminoso, a quelle normative di parte speciale.

A parte le difficoltà di distinguere, in numerosi casi, le circostanze ad efficacia speciale dagli elementi specializzanti di una diversa fattispecie, l'eventualità di dover estendere il giudizio alle circostanze inerenti alla persona, e la relativa trasformazione della struttura del giudizio di prevalenza o di equivalenza, costringe il giudice a superare il dualismo fatto — persona in una fase antecedente a quella della commisurazione della pena.

Si deve sottolineare, che l'*effetto di elisione* non trova nessuna giustificazione nè in presenza di circostanze ad efficacia speciale, per esigenze di graduazione della pena, nè nel concorso di circostanze del fatto e della persona: fatto e persona possono condurre logicamente ad una sintesi che tenga conto (art. 133) di entrambi gli aspetti, ma non si prestano certo a un *raffronto* che consenta di annullare — a qualsiasi livello — la rilevanza di significati dell'uno o dell'altro tipo. Il giudice non ha a disposizione alcun criterio per operare questa scelta e quindi potrà soltanto « anticipare » la valutazione di pena concreta e deci-

---

<sup>(56)</sup> Per ricordare la più grave di queste conseguenze, basti pensare all'inflazione dell'ergastolo ad un minore degli anni diciotto.

dere sulla prevalenza o sull'equivalenza in modo da poter poi pervenire al risultato: il giudizio si risolve quindi in una finzione.

Proprio per questo, almeno in particolari situazioni, il giudice può essere posto nell'alternativa di dichiarare la prescrizione del reato per ragioni attinenti solo alla determinazione della pena concreta, ovvero, se non intende dichiarare il reato prescritto, di commisurare la pena tenendo conto anche di criteri attinenti alla prevenzione generale.

La legge non appare in grado di fornire all'interprete elementi univoci capaci di assegnare una precisa funzione al giudizio di prevalenza o di equivalenza e quindi di individuare i criteri per l'esercizio del potere discrezionale. Infatti, se l'oggetto della valutazione (fatto e persona) sembra orientare verso un giudizio di commisurazione della pena, il risultato (elisione delle circostanze non prevalenti) e così anche gli effetti (incidenza sulla prescrizione) sembrano escludere tale conclusione.

In definitiva, dunque, la legge sembra effettivamente costringere il giudice a risolvere una serie di contraddizioni interne alla legge penale, le quali lo propongono necessariamente come arbitro, senza vincoli effettivi, in una materia che comporta responsabilità qualitativamente e quantitativamente enormi.

8. L'altro istituto che — come abbiamo anticipato — sembra proporre problemi particolari di politica penale giudiziaria è la sospensione condizionale della pena.

Almeno a prima vista la riforma del 1974, nell'ampliare le possibilità di concessione del beneficio non sembra aver alterato i criteri di esercizio del potere discrezionale. Tuttavia una parte della dottrina, ha accentuato, in conseguenza della modifica *quantitativa*, il significato dell'istituto come correttivo dei danni che derivano dalle pene detentive brevi.

In particolare il Bertoni tende a sminuire il ruolo della *prognosi favorevole* « nel contesto di una disciplina che non

solo ammette la concessione della sospensione condizionale a favore di chi abbia già commesso altri reati (sia pure di un certo tipo), ma che ne consente la reiterazione anche in presenza del fallimento di una prima prognosi in ordine al comportamento del futuro reo ». Più della prognosi, e in un certo qual modo indipendentemente da essa, rileverebbe la funzione specifica dell'istituto « di evitare i pericoli connessi alle pene detentive di breve durata e alla incarcerazione di persone che si siano rese colpevoli di reati di non grave entità, e rispetto ai quali comunque la società non ritiene di dover reagire con la detenzione » <sup>(57)</sup>.

Seguendo questa ipotesi sarebbe dunque una valutazione sull'opportunità dell'esecuzione della pena (ed in particolare di quella detentiva) a decidere se concedere o meno la sospensione condizionale. E poichè tale valutazione di opportunità consiste specialmente nel prendere atto delle sfasature tra legge e realtà sociale, anche in questo caso il giudice, chiamato a giudicare la adeguatezza della legge alle esigenze sociali, svolgerebbe un ruolo politico più che tecnico.

Ora, se consideriamo qual'è stata per il passato la prassi applicativa della sospensione condizionale, se rammentiamo la Relazione governativa sull'« ingiustificata severità di certe norme della disciplina vigente », se teniamo presente che gli elementi a disposizione del giudice per esprimere la prognosi sono in genere inconsistenti, ci possiamo rendere conto che *nella pratica* queste osservazioni sono tutt'altro che prive di rilevanza. Peraltro, sotto il profilo tecnico-interpretativo ci sembra che la presunzione che il colpevole si asterrà dal commettere nuovi reati resti sempre un limite formalmente invalicabile per il giudice. Con questo intendiamo dire che se è vero che il giudice potrà agevolmente aggirare l'ostacolo formale, affermando per una valutazione di opportunità, contrariamente a quanto ritie-

---

(57) BERTONI, *La riforma*, cit., 1405 s.

ne, l'assenza di pericolosità del reo, ciò non potrà fare esplicitamente: per esempio se il giudice motivasse la concessione della sospensione condizionale nel senso che nonostante l'impossibilità di esprimere una prognosi favorevole il beneficio risulti opportuno perchè al fatto commesso non appare adeguata una reazione di tipo detentivo, incorrerebbe di certo — a nostro avviso — in un errore di diritto rilevabile in cassazione. Sotto questo aspetto, quindi, non sembra che possa prospettarsi una ipotesi di legalizzazione della politica penale giudiziaria perchè non appare autorizzato un sindacato dei valori normativi che automaticamente pone l'attività discrezionale al di fuori di ogni possibilità di controllo di diritto.

Il tema presenta peraltro dei risvolti di natura opposta a quello testè esaminato, perchè la notevole entità della pena che può essere sospesa nonchè la possibilità di reiterazione del beneficio ripropongono oggi in termini seri il problema se la prognosi favorevole sia l'unico criterio in base al quale concedere o negare la sospensione condizionale ovvero ne costituisca soltanto un limite inderogabile <sup>(58)</sup>. In altri termini, accertata la mancanza di pericolosità del reo, il giudice *può o deve* concedere oggi la sospensione?

Ammesso senz'altro che la ragion d'essere fondamentale dell'istituto è quella di evitare al reo l'espiazione di una *pena detentiva breve* che risulta non necessaria ed anzi dannosa per la società oltre che per il reo stesso, e cioè in contrasto con le esigenze di prevenzione speciale, il quesito è reso attuale proprio dalla considerazione che una pena vicina ai due anni (o a due anni e mezzo o a tre anni) di reclusione non si può definire *tout court* « breve » <sup>(59)</sup>.

Questa riflessione induce a ricordare che la sospensione condizionale, collegata alla prognosi di non pericolosità non solo

---

<sup>(58)</sup> In generale v. sul punto BARTULLI, *La sospensione condizionale della pena*, 1971, 118 ss.

<sup>(59)</sup> Cfr. DOLCINI, *In tema di non menzione*, cit., 332 ss.

pone problemi di aderenza al principio retributivo <sup>(60)</sup> ma può incidere negativamente anche in rapporto alla prevenzione generale <sup>(61)</sup>, che trova nell'esecuzione della pena ben più che nella sola condanna la verifica e la riaffermazione concreta. Nè è a dire che questo aspetto non sia avvertito nella prassi: più spesso di quanto non risulti da motivazioni di comodo, molti giudici di merito, specie negli ultimi tempi, appaiono restii a concedere il beneficio agli autori di determinati reati <sup>(62)</sup>. Così, ad esempio, non si è ritenuto di concedere la sospensione della pena di cinque giorni di arresto « per l'opportunità che la sanzione, anche se mite, sia effettivamente scontata, dati i riflessi di allarme e pericolosità sociale che la sostanziale impunità dell'edilizia abusiva comporterebbe altrimenti » <sup>(63)</sup>.

A parte casi del genere, la cui soluzione appare difficilmente sostenibile sul piano giuridico <sup>(64)</sup>, il problema della presenza o dell'ingresso di criteri più complessi per la sospensione almeno delle pene comprese nella fascia più alta dovrebbe quanto meno porsi <sup>(65)</sup>. Senza voler minimamente pretendere di avanzare soluzioni che richiederebbero ben più ampia trattazione, ci

<sup>(60)</sup> Cfr. BETTIOL, *Diritto penale, parte generale*, 1976, 788 ss.

<sup>(61)</sup> Riguardo al concetto di prevenzione generale occorrerebbe poter tenere ben distinte quelle che sono reali e oggettive esigenze di tutela dei beni giuridici connesse con lo strumento sanzionatorio, dai riflessi soggettivi quale « l'allarme sociale », dalla « esemplarità » ecc. Per una delimitazione del concetto di difesa dell'ordinamento (« Verteidigung der Rechtsordnung »), v. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1972, 628.

<sup>(62)</sup> Rileva il fenomeno BRICOLA, *L'affidamento in prova al servizio sociale: « fiore all'occhiello » della riforma penitenziaria*, in *La questione criminale*, 1976, 378.

<sup>(63)</sup> Pretura di Pesaro, 13 ottobre 1976, est. Bardovagni, imp. Bolzano, *inedita*.

<sup>(64)</sup> V. Cass. 8 novembre 1952, *Giur. Cass. pen.*, 1952, 618.

<sup>(65)</sup> L'esigenza, com'è noto, è stata tenuta ben presente dal legislatore tedesco nella riforma dello StGB. L'attuale § 56, infatti, per la sospensione delle pene detentive al di sotto dei sei mesi si accontenta della sola prognosi di non pericolosità, per quelle comprese tra sei mesi ed un anno richiede inoltre l'assenza di esigenze di difesa dell'ordinamento, per le pene comprese tra uno e due anni la sospensione è legata al requisito ulteriore « di particolari circostanze attinenti al fatto e alla personalità dell'autore ».

sembra infatti che quanto più emerge la funzione sociale e non solo umanitaria della sospensione condizionale, ossia quanto più si pone l'accento sul danno che deriva alla società e allo Stato dall'esecuzione ed alle pene detentive, tanto più si è indotti a non considerare questo aspetto isolatamente ed a ricorrere invece ad una valutazione comparativa della pluralità degli interessi umani e sociali che possono essere coinvolti dalla sospensione condizionale di pene di una certa entità. In questa prospettiva, il potere discrezionale consisterebbe non solo nell'accertamento del presupposto di non pericolosità ma si estenderebbe al bilanciamento, in rapporto al caso concreto, quanto meno delle esigenze di prevenzione speciale con quelle di prevenzione generale connesse alla tutela dell'ordinamento.

Si tratterebbe anche in questo caso di una valutazione di politica penale del caso concreto, ma in una accezione questa volta accettabile, perchè l'esercizio del potere discrezionale, in un ambito che sfugge al legislatore, non proporrebbe affatto un giudizio sull'adeguatezza della legge ma postulerebbe anzi una particolare considerazione del caso concreto alla luce dell'ordinamento nel suo complesso e sotto questo aspetto sarebbe, almeno in teoria, motivabile e controllabile.