

LA RISCOPERTA DELLA *POENA NATURALIS*: NOTE A MARGINE DI UNA RECENTE QUESTIONE DI COSTITUZIONALITÀ

di Marco Edgardo Florio

(Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Roma “La Sapienza”)

Sommario: 1. La “riesumazione” della *poena naturalis* in una recente ordinanza di rimessione. – 2. Alcune necessarie puntualizzazioni sul concetto di *poena naturalis*: la “colpa” come suo terreno elettivo? – 3. Il riconoscimento giuridico accordato alla *poena naturalis* nel mondo: un rapido giro d’orizzonte su alcune delle soluzioni adottate in altri ordinamenti e sul progetto di riforma “Pagliaro”. – 4. Gli effetti della *poena naturalis*, tra “bisogno di pena”, esigenze di “umanità” e compensazione della “colpevolezza”. – 5. La necessità di una “proporzione” con la pena naturale sofferta. – 6. “Luci” e “ombre” dell’ordinanza di rimessione del T. di Firenze. – 7. La problematica individuazione della disposizione da sottoporre al giudizio di costituzionalità. – 8. Cosa aspettarsi dalla Corte? Alcune brevi riflessioni sul percorso “interventista” intrapreso dalla Consulta, in attesa della sua decisione.

1. Con ordinanza datata 20.2.2023, il Tribunale di Firenze ha “riesumato” un tema che, da noi, sembrava aver perso gran parte del suo *appeal* (dopo essere comunque rimasto ai margini dell’elaborazione scientifico-penalistica per decenni): il tema della c.d. *poena naturalis*. Con l’ordinanza in parola, il Tribunale, mostrando una sensibilità particolare per una delle questioni che maggiormente potrebbero spingere l’interprete italiano a guardare alla punibilità della colpa come ad una vera e propria *Strafлотterie*, una «barbara “lotteria della pena”»¹, ha invero sollevato una questione di legittimità costituzionale con riferimento all’art. 529 Cpp, chiedendo «alla Corte Costituzionale di introdurre nell’ordinamento italiano, nei procedimenti per reati colposi, la possibilità per il giudice di astenersi dal condannare l’imputato allorché questi abbia

¹ Raguagli circa l’utilizzo dell’espressione nella letteratura di lingua tedesca in F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa. La fattispecie*, I, Padova 1994, 333, nt. 397; D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano 2009, 105 ss. L’idea che nei reati colposi l’evento potesse riguardarsi come una sorta di condizione obiettiva di punibilità era comunque già riconosciuto dalla letteratura italiana dei primi del Novecento [cfr. per tutti O. Vannini, *Ricostruzione sintetica della dottrina del reato*, in *Studi senesi* 1927, 202 ss.].

già patito – per il fatto di avere cagionato la morte di un congiunto – una sofferenza proporzionata alla gravità del reato commesso»².

Allo stato attuale, a fronte di una pena naturale che abbia colpito l'agente, l'ordinamento italiano, infatti, non solo «non prevede la possibilità per il giudice di emettere sentenza di non doversi procedere» (di qui la rimessione della questione alla C. cost.), ma non permette neppure di attenuare in maniera significativa la risposta sanzionatoria a tutta prima comminata dal sistema. L'efficacia giuridica della *poena naturalis* resta in buona sostanza confinata (o almeno così pare: v. però quanto verrà detto *sub* § 7) nei limiti di rilevanza che gli vengono riconosciuti dalla prassi tramite gli artt. 62-*bis* Cp (dal momento che si riconosce che la stessa possa quantomeno rappresentare un fattore d'attenuazione diverso da quelli espressamente richiamati dall'art. 62 Cp) e 133 Cp (in virtù della discrezionalità che tale previsione notoriamente attribuisce all'organo giudicante in materia di commisurazione della pena): quel che il sistema ammette e concede (secondo l'opinione di gran lunga prevalente), in breve, è una “modesta” riduzione di pena (in misura corrispondente ai minimi edittali, o prossima a tali limiti, con riduzione fino a un terzo per l'operatività dell'art. 62-*bis* Cp)³.

Onde valutare meglio quanto il sistema italiano (così concepito) possa rivelarsi costituzionalmente “legittimo” e, di conseguenza, anche per comprendere quante e quali *chances* d'accoglimento abbia davvero la questione sollevata dinanzi alla C. cost. (anche alla luce del nuovo percorso “interventista” che la stessa sembrerebbe aver ormai intrapreso, e che ha portato quest'ultima, sempre più, a dismettere i panni del giudice per assumere, invece, “vesti” più simili a quelle di un «legislatore allo stato puro», con – a giudizio di alcuni – «intollerabile» *vulnus* per il fondamentale «principio di separazione dei poteri»)⁴, verranno nel prosieguo del contributo sviluppate alcune riflessioni più approfondite su alcuni temi che – in Italia – sono rimasti a lungo

² Così T. Firenze 20.2.2023, in www.giurisprudenzapenale.it, 14.3.2023 (con nota di M. Zincani, *Pene naturali e derogabilità dei minimi edittali*), e in www.sistemapenale.it, 18.2023 (con breve nota di A. Aimi, *Alla Corte costituzionale un'inedita questione in tema di proporzionalità della “pena naturale” nell'omicidio colposo realizzato ai danni di un prossimo congiunto*).

³ Come osserva M. Zincani, *Pene naturali*, cit., 8.

⁴ Cfr. A. Ruggeri, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in www.giustiziainsieme.it, 27.11.2019, 2; A. Morelli, *La voce del silenzio. La decisione della Corte sull'aiuto al suicidio e il «perdurare dell'inerzia legislativa»*, in *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, a cura di G. D'Alessandro, O. Di Giovine, Torino 2020, 330. Sono note, del resto, le critiche – spesso radicali – piovute sulla più volte commentata C. cost., 25.9.2019 n. 242 [sulla quale si v., per tutti, M. Donini, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, ivi, 205 ss.].

“trascurati”, quali la sostanza giuridica della *poena naturalis* e la rilevanza che la stessa dovrebbe esser eventualmente chiamata ad assumere all’interno del nostro ordinamento costituzionale.

2. Com’è noto, sono molti i dubbi che aleggiano sulla permanente giustificabilità dell’intervento del diritto penale nel settore delle fattispecie commesse per colpa (se non altro laddove la colpa finisca per essere penalmente sanzionata – come ancora oggi accade in Italia – fino al suo massimo “estremo”, ossia sino al limite della colpa lieve; mentre più discutibili sono le prospettive radicalmente abolizionistiche in fatto di colpa). Dubbi generati da una molteplicità di fattori interagenti, come: a) il fatto che la colpa coinvolga davvero tutti⁵; b) che la stessa presenti un’ineliminabile componente di “casualità”⁶; c) che punire la colpa possa talvolta portare a trascurare il valore “conoscitivo” spesso attribuibile all’errore⁷; c) che la stessa si sia quasi sempre tradotta, nella prassi, in un’indecorosa “caccia alle streghe”⁸. Tutti fattori, quelli menzionati, che inevitabilmente tendono ad acuirsi là dove si ponga mente anche al fatto che l’evento lesivo involontariamente cagionato dall’agente, spesso e volentieri, finisce per produrre nei suoi confronti effetti non meno pregiudizievole di quelli che, in termini di afflittività, gli potrebbero derivare dall’irrogazione da parte dell’ordinamento di una pena tradizionalmente intesa, così configurandosi alla stregua di una vera e propria *poena naturalis*. Molti, del resto, sono gli esempi che si potrebbero addurre a supporto di quanto detto (basti pensare al genitore che finisca involontariamente per cagionare

⁵ Cfr. M. Donini, *Chi è senza reato scaglia la prima pietra*, in www.ilriformista.it, 30.12.2021, 9.

⁶ Cfr., per limitarci agli svolgimenti della dottrina italiana più recente (ma v. anche le opere citate *supra*, *sub nt.* 1): L. Eusebi, «Gestire» il fatto di reato. Prospettive incerte di affrancamento dalla pena «ritorsione», in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta, Milano 2018, 965; Id., *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *RIDPP* 2006, 1070 ss.; Id., *La prevenzione dell’evento non voluto*, in *Studi in onore di M. Romano*, II, a cura M. Bertolino, G. Forti, L. Eusebi, Napoli 2011, 964 ss.; M. Mantovani, “Diritto penale del caso” e prospettive de lege ferenda, *ivi*, 1061 ss.; A. Alessandri, *Attività d’impresa e responsabilità penali*, in *RIDPP* 2005, 534; N. Mazzacuva, *L’apparente prossimità della colpa penale a garantismo e ultima ratio*, in *Reato colposo e modelli di responsabilità*, a cura di M. Donini, R. Orlandi, Bologna 2013, 40 ss.; D. Micheletti, *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all’esperienza*, Napoli 2021, 7 e 128; L. Cornacchia, *Responsabilità colposa: irrazionalità e prospettive di riforma*, in *AP*, 2, 2022, 1 ss.

⁷ Cfr. G. Giorello, P. Donghi, *Errore*, Bologna, 2019, 81.

⁸ Cfr., per tutti, M. Catino, *Trovare il colpevole. La costruzione del capro espiatorio nelle organizzazioni*, Bologna 2022, 15 ss., 41 ss. Sulla logica del “capro espiatorio” v. poi i contributi raccolti nel volume a cura di G. Forti, C. Mazzucato, A. Provera, A. Visconti, *L’ombra delle “colonne infami”. La letteratura e l’ingiustizia del capro espiatorio*, Milano 2022, *passim*.

la morte del figlio nell'incidente d'auto dallo stesso causato)⁹.

Ma a che cosa si allude esattamente quando si discorrere di *poena naturalis*? Il concetto è all'evidenza piuttosto risalente, tant'è vero che dello stesso, negli anni, ci sono state offerte innumerevoli definizioni, tanto politico-filosofiche (*de lege ferenda*), quanto giuridiche (là dove la *poena naturalis* è stata tradotta all'interno di concreti istituti giuridici sostanziali o processuali: v. *infra*, §3). In questa sede, dal momento che ci stiamo occupando di verificare quali possibilità abbia la *poena naturalis* di esser introdotta nel sistema giuridico italiano, in cui essa, perciò, non è ovviamente ancora divenuta "giuridica", ci interessa soprattutto mettere a fuoco una preliminare definizione politico-filosofica del concetto, che possa fungere da idonea base di partenza. Sebbene molte delle definizioni di questo tipo proposte risultino sufficientemente accurate e semplici da comprendere¹⁰, alla maggior parte di esse fa invero difetto una comprensione più nitida delle caratteristiche che il male subito dall'autore dell'illecito dovrebbe presentare per poter essere considerato alla stregua di una vera e propria *poena naturalis*. Non qualsiasi "male" sembra invero qualificabile nei termini anzidetti.

L'etichetta (*poena naturalis*) pare innanzitutto trovare la propria radice semantica nell'idea che tale tipologia di "pena" debba per forza di cose trovar causa in un qualcosa di naturale; in un imprevedibile o inevitabile «dolore prodotto dal fato, dal caso fortuito o da forza maggiore, collegato direttamente in termini di causalità naturale con la previa commissione di un delitto da parte di chi lo subisce»¹¹.

L'aggettivo *naturalis*, sin dai tempi di Kant e Hobbes (si v. i riferimenti contenuti nelle loro opere, *La metafisica dei costumi* e *Leviatano*), in effetti, si è sempre prestato a segnalare lo scarto esistente tra tale tipologia di pena e quella statale (c.d. *poena forensis*)¹², rappresentando la prima una pena mediante la quale l'agente finisce in

⁹ Forma di *poena naturalis* particolarmente frequente nella prassi della circolazione stradale, anche al di fuori dei confini nazionali [si v. la casistica riportata da M.D. Chong, J. Fellows, F. Richards, *Sentencing the 'Victimised Criminal'. Delineating the Uncertain Scope of Mitigatory Extra-Curial Punishment*, in *Sydney Law Review*, 35(2), 2013, 395 ss.]. In realtà è tutto il settore della circolazione stradale a rappresentare un terreno particolarmente "fertile" per pene naturali di qualsivoglia sorta [cfr. M. Mantovani, *In tema di omicidio stradale*, in *DPC*, 2, 2015, 153 ss.].

¹⁰ Così, ad es., quella di E. Zaffaroni, A. Alagia, A. Slokar, *Manual de derecho penal. Parte general²*, Buenos Aires 2014, 743, che descrive la *poena naturalis* come un «male grave che l'autore si autoinfligge a causa del delitto, o che viene imposto da terzi per la stessa ragione».

¹¹ Cfr. J.M. Silva Sánchez, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcelona 2018, 156 ss.

¹² Il primo, in particolare, riteneva che «la punizione giuridica (*poena forensis*)» dovesse esser «distinta dalla punizione naturale (*poena naturalis*), per mezzo della quale il vizio si punisce da sé stesso, e che il legislatore non deve prendere» però «affatto in considerazione» [cfr. I. Kant, *La metafisica dei costumi, I, La dottrina del*

buona sostanza per castigarsi da sé, per “volere” del fato (di qui la commistione frequentemente ravvisatasi con i concetti di “pena divina” e “pena morale”)¹³. Il carattere di alterità che tale pena presenta rispetto alla pena statale è effettivamente indubbio e non ha mancato di venir colto anche in taluni studi più recenti, sia pur non sempre con argomentazioni pienamente convincenti (si prenda ad es. uno dei più noti scritti di Fletcher, in cui si osserva come alla *poena naturalis* farebbero difetto alcuni elementi ritenuti essenziali dall’A. per potersi parlare di *poena forensis*: «l’irrogazione intenzionale da parte di esseri umani diversi dall’autore del reato» e «la disposizione e irrogazione da parte di un’autorità costituita nell’ordinamento giuridico contro cui il reato è commesso»)¹⁴.

Per cogliere il carattere proprio della pena naturale, dunque, è sull’aggettivo “naturale” che bisogna *in primis* porre l’accento. Tale aggettivo non vale infatti soltanto a sancire il carattere di alterità che chiaramente intercorre tra tale tipologia di “pena” e la pena statale, ma si presta altresì ad evidenziare almeno alcune delle sue caratteristiche salienti.

Il fatto che si parli di una pena “naturale”, invero, sembra ad es. escludere già in radice che possa parlarsi di una “pena” di tal fatta tutte le volte in cui sia una decisione

diritto (trad. it. a cura di G. Vidari), Torino 1983, 174]. È con Hobbes che inizia invece a parlarsi di *poena naturalis* come emanazione di un castigo divino, ancora una volta, peraltro, con riconoscimento di un’alterità rispetto alla pena statale, che impedirebbe alla prima d’incidere sulla seconda («tutte le volte che a certe azioni vengono connesse naturalmente certe conseguenze negative, come quando un tale, nel tentativo di assalire un altro, si uccida o ferisca con le proprie mani, o quando cade ammalato per aver commesso un’azione contraria alla legge; un danno di tal genere, sebbene di fronte a Dio, autore della natura, possa dirsi che è stato inflitto come pena, e che di conseguenza rappresenti una punizione divina, tuttavia, rispetto agli uomini, non può essere considerato come tale, perché non deriva dall’autorità umana») [v. T. Hobbes, *Leviatano* (trad. it. a cura di R. Giammanco), I, Torino 1955, 352].

¹³ Cfr. i riferimenti contenuti in J. Nagler, *Die Strafe. Eine juristisch-empirische Untersuchung*, I, Leipzig 1918, 43 ss.

¹⁴ Cfr. G.P. Fletcher, *Grammatica del diritto penale* (trad. it. a cura di M. Papa), Bologna 2004, 62 s., ove, facendo leva sui criteri elaborati da H.L.A Hart, *Prolegomenon to the Principles of Punishment*, in *Punishment and Responsibility*, New York 1968, 4 s., per determinare quando ci si rapporti ad una vera e propria *poena forensis*, afferma che «i criteri di Hart ci aiutano ad eliminare alcune applicazioni metaforiche della nozione di pena», come quella in cui «un padre cagioni la morte del figlio, guidando in stato di ebbrezza e schiantandosi contro un albero», giacché «nessun essere umano, nessuna pubblica autorità potrà mai infliggere come “pena” la morte di un figlio» («dire che il padre è stato punito dalle conseguenze della sua stessa azione costituisce semplicemente una metafora, un’estensione del nucleo fondamentale del concetto di pena» statale). L’argomentazione di Fletcher non sembra del tutto convincente, in quanto porta a concludere che anche la riparazione del danno e/o offesa (volontariamente attuata dall’autore) non potrebbe per tale motivo ritenersi “pena” [in argomento, cfr. invece M. Donini, *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE*, in *www.sistemapenale.it*, 20.12.2022, 19; Id., *Le due anime della riparazione come alternativa alla pena-castigo: riparazione prestazionale vs. riparazione interpersonale*, in *CP*, 6, 2022, 2041; Id., *Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato*, in *www.questionegiustizia.it*, 29.10.2020, 3].

volontaria del soggetto o di terzi a cagionare la conseguenza afflittiva menzionata. Per questo motivo, quando il danno sia messo in conto dall'autore come conseguenza certa della propria condotta, o persino autoinflitto volontariamente, non si dovrebbe a stretto rigore parlare di *poena naturalis* (neppure qualora si volesse intendere il concetto in un'accezione assai più lata del normale)¹⁵.

Facendo leva su simili considerazioni, però, il concetto di *poena naturalis*, se inteso in senso stretto, non dovrebbe neppure prestarsi a ricomprendere (v. in particolare l'autorevole posizione espressa da Silva Sánchez in proposito) gli eventi lesivi realizzati per colpa, che non appartenendo al mondo naturale, ma a quello dell'imputazione, verrebbero addossati all'agente pur sempre dall'ordinamento, anziché per un'ineffabile "volontà" divina¹⁶. Ora, per quanto tale osservazione non possa di certo dirsi "errata", crediamo tuttavia che pure i «casi di autopunizione involontaria» dell'agente (a differenza dei primi) debbano pur sempre continuare ad essere sussunti sotto la stessa etichetta di "*poena naturalis*" (intendendo quest'ultima nella sua accezione più lata, in grado di abbracciare tutti i significati che l'espressione permette di ricomprendere, conformemente a quanto nella sostanza sembra riconoscere lo stesso Silva Sánchez)¹⁷. Negli stessi, invero, finisce pur sempre per ravvisarsi quel carattere di profonda alterità tra l'evento dannoso prodotto dal reato e gli esiti effettivamente "attesi" e/o "messi in conto" dall'agente, che ha storicamente costituito uno dei principali tratti identificativi della c.d. *poena naturalis* (sin da quando la stessa veniva considerata alla stregua di una "pena divina"), permettendo di riportare al concetto pure tutti quei patimenti che l'autore del reato, in buona sostanza, finiva per "autoinfliggersi" involontariamente per colpa (quand'anche gli stessi gli venivano alla fine imputati invece dall'ordinamento).

Tant'è vero che proprio il "terreno" della responsabilità colposa è negli anni parso a molti il vero terreno elettivo di questa peculiare tipologia di "pena". Basti qui ricordare la netta presa di posizione di Jakobs, che, nel giustificare la pena inferiore solitamente comminata dall'ordinamento per i fatti commessi per colpa, notoriamente finiva per addurre quale principale argomentazione (sia pur facendo leva anche su ulteriori considerazioni) proprio il maggior rischio d'incorrere in una *poena naturalis* che a suo

¹⁵ Cfr. in senso analogo J.A. Choclán Montalvo, *El principio de culpabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español*, in *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, a cura di J.M. Zugaldía Espinar, J.L. Barja de Quiroga, I, Madrid 2004, §3, lett. c). J.M. Silva Sánchez, *Malum passionis*, cit., 157 s., nt. 414

¹⁶ Cfr. J.M. Silva Sánchez, *Malum passionis*, cit., 156 ss.; Id., *¿Puede considerarse el remordimiento una poena naturalis?*, in *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, a cura di J.M. Silva Sánchez, Buenos Aires 2015, 269 ss.

¹⁷ Cfr. J.M. Silva Sánchez, *Malum passionis*, cit., 158, nt. 414.

giudizio sarebbe stato statisticamente ravvisabile negli illeciti colposi (e di più facile neutralizzazione nei reati commessi con dolo)¹⁸. La casistica italiana recente (riportata dal T. di Firenze con tanto di estremi delle relative sentenze; tutt'altro che una casistica "ipotetica" o "immaginaria", insomma), del resto, dà conto di come moltissimi possano essere gli esempi di pene naturali verificabili a fronte di fatti negligenti, imprudenti e imperiti, ovvero in violazione di leggi, regolamenti ordini o discipline¹⁹.

Ricavare da simili considerazioni la conclusione che la "colpa" sarebbe l'unico vero terreno elettivo della *poena naturalis*, tuttavia, sembra verosimilmente troppo, giacché non mancano illeciti colposi in cui è statisticamente infrequente incorrere in pene naturali²⁰ e, per converso, reati dolosi che finiscono invece col dar luogo con una certa facilità ad eventi lesivi per lo stesso soggetto agente (si pensi ad es. al ladro che, tentando di introdursi furtivamente in un'abitazione, cada da un cornicione, rimanendo paralizzato a vita; al terrorista che cercando di installare una bomba, a causa dello scoppio prematuro della stessa, perda la vista e l'uso di entrambe le mani; al narcotrafficante che occultando delle *bolas* di cocaina nell'intestino, si causi involontariamente emorragie interne, convulsioni e una crisi cardiorespiratoria importante, con immane sofferenza e compromissione permanente della sua stessa salute)²¹. Semmai, quel che si può più facilmente riconoscere è come sia proprio nel settore della responsabilità colposa che le pene naturali potrebbero operare "meglio" (ossia con maggior facilità e indipendentemente dalla teoria giustificativa della pena accolta), quali equivalenti "a tutto tondo" della pena statale (come avremo modo d'illustrare meglio *infra*).

¹⁸ Cfr. G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*², Berlin-New York 1992, cap. 8, Rn. 5.

¹⁹ Cfr. T. Firenze 20.2.2023, cit., 12 s.: «una madre condannata per omicidio colposo in relazione alla morte per annegamento del figlio minore, di cui aveva omesso la vigilanza (Cass. 3.4.2008 n. 13939); un nipote condannato per omicidio colposo in relazione alla morte dello zio, cagionato nel corso dei lavori di abbattimento di un albero, eseguiti in violazione della normativa antinfortunistica (Cass. 26.3.2014 n. 16067); una madre condannata per omicidio colposo in relazione alla morte, nel corso di un incidente stradale, del figlio di pochi mesi, non assicurato nel seggiolino (Cass. 13.11.2014 n. 49735); una madre condannata per omicidio colposo in relazione alla morte del figlio di tre anni, investito nel corso di un attraversamento stradale in relazione al quale la genitrice aveva omesso di tenerlo per mano (Cass. 19.4.2018 n. 29505); una moglie condannata per omicidio colposo in relazione alla morte del marito malato, dal cui letto aveva negligenemente rimosso la barriera protettiva laterale (Cass. 11.2.2020 n. 11536); un datore di lavoro condannato per omicidio colposo in relazione alla morte del fratello, suo dipendente, non formato adeguatamente e munito di attrezzatura non idonea (Cass. 22.6.2021 n. 24417)».

²⁰ Non è quindi vero che la *poena naturalis* trovi "terreno fertile" solo nel settore della responsabilità colposa o ricorra sempre in quest'ultimo campo con una frequenza statisticamente maggiore. Da questo punto di vista, insomma, non possono che condividersi le precisazioni di J.M. Silva Sánchez, *Malum passionis*, cit., 156, nt. 410.

²¹ Per esempi di *poena naturalis* a fronte di reati dolosi si v. in part. M. Ronco, *Le condizioni oggettive di punibilità*, in *Scritti patavini*, Torino 2017, 425; J.M. Silva Sánchez, *Malum passionis*, cit., 158 ss.

Volendo quindi approdare ad una prima definizione politico-filosofica del concetto di *poena naturalis*, potremmo dire che la stessa dovrebbe riguardarsi come una sofferenza rilevante (avremo modo di concentrarci sul rapporto di proporzione che pare dover intercorrere tra tale male e la gravità del fatto commesso dall'autore, *infra, sub § 5*), derivante da una lesione di beni giuridici dell'autore del reato o di terzi a lui strettamente legati, che lo stesso verrebbe a ritrarre quale conseguenza non voluta (e neppur attesa) del fatto colposo o doloso commesso: non si tratterebbe quindi di una pena vera e propria (*forensis*), ma di una conseguenza di per sé avvertibile in senso analogico come retributivo-afflittiva dal responsabile del reato, tanto più se essa risulta sproporzionata all'evento cagionato (*infra, § 5*).

3. Di fronte a tutti i fatti riconducibili al concetto di *poena naturalis*, la prima cosa che vien naturale di chiedersi è quale finalità sarebbe chiamato ad assolvere quel male supplementare imposto al reo dallo Stato, là dove costui stia già patendo la pena che la sorte gli ha inflitto.

È certo, infatti, che pur non essendo una pena nel senso proprio del termine (v. *supra, § 2*), la c.d. *poena naturalis* finisce fundamentalmente per produrre nei confronti del soggetto che la subisce conseguenze afflittive in tutto e per tutto assimilabili alla prima (o, perché no, molte volte persino peggiori di qualunque *poena forensis* si possa pensare di concepire)²². Sicché, la stessa sembra avere tutte le “carte in regola” per poter incidere significativamente sul senso e sugli effetti che la pena vera e propria potrebbe esser chiamata a svolgere qualora, per avventura, dovesse trovarsi a seguire l'anzidetta *poena naturalis*, anziché a farne le veci (come di regola accade). È questa la ragione fondamentale per cui da sempre ci si chiede se e in che misura il previo patimento sofferto dall'autore del reato, a causa della *poena naturalis* che egli abbia precedentemente ritratto dal reato, debba esser chiamato a incidere sulla pena che lo Stato sarebbe abilitato in seguito ad irrogargli.

A questo interrogativo la risposta è spesso stata data in via normativa, facendo leva sull'osservazione che la *poena naturalis* presenterebbe senza ombra di dubbio lo stesso contenuto afflittivo – come il medesimo «contenuto espressivo proprio dell'afflizione (il dolore comunica» sempre qualcosa agli occhi della collettività) – della pena vera e propria (posto che quel che al massimo farebbe difetto alla *poena naturalis* – per chi accoglie questa non particolarmente “felice” nozione – è «la dimensione simbolico-

²² Cfr. J.M. Silva Sánchez, *Malum passionis*, cit., 158.

espressiva della pena statale»²³. Diversi, invero, sono gli ordinamenti che prevedono espressamente la possibilità di venir a decretare la non punibilità (venendo meno il bisogno di pena dell'autore) di chi abbia in precedenza già patito, proprio a causa del reato commesso, una *poena naturalis*²⁴.

L'esempio più noto è senz'altro il § 60 dello *StGB* tedesco, rubricato «*rinuncia alla pena*» (*Absehen von Strafe*), in cui si stabilisce – con una disposizione di carattere generale, in quanto tale riferibile tanto ai fatti commessi con dolo, quanto a quelli realizzati per colpa – che «*il giudice rinuncia alla pena quando le conseguenze del fatto che colpiscono l'autore sono così gravi che l'inflizione di una pena sarebbe palesemente sbagliata. Ciò non vale quando l'autore ha meritato una pena detentiva superiore ad un anno*»²⁵.

Anche in Francia, però, si prevede da tempo – agli artt. 132-58 e 132-59 del Cp – che vi sia la possibilità di dispensare da pena l'autore del reato «*en matière correctionnelle*» e, salvo alcuni casi precisamente indicati (artt. da 132-63 a 132-65), «*en matière contraventionnelle*», là dove la risocializzazione dello stesso sia già stata raggiunta, sia stato riparato il danno cagionato alla vittima e sia cessato l'allarme provocato dal reato²⁶. Per quanto in questo caso ci si rapporti ad un istituto diverso da quello tedesco e ben più generico, in quanto non strettamente fondato sull'idea compensativo-afflittiva legata alla *poena naturalis* (dunque in parte più assimilabile, ad es., a quello che si trova racchiuso nel § 46a dello *StGB*), si ha pur sempre a che fare con una disposizione suscettibile di determinare la non punibilità dell'agente in almeno alcuni casi di pena naturale dallo stesso subita.

Senz'altro più vicino al § 60 dello *StGB* è, invece, l'istituto disciplinato nel Cp svedese, all'interno della sez. 6, cap. 29, il quale prevede che in presenza di talune circostanze (descritte nella sez. 5) che renderebbero manifestamente irragionevole imporre una sanzione al reo, il giudice possa astenersi dall'infliggerla. Un istituto,

²³ Si v. le riflessioni di J.M. Silva Sánchez, *Malum passionis*, cit., 158 ss.

²⁴ Per una panoramica cfr. L. Tumminello, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano 2011, 280, nt. 122.

²⁵ Per un inquadramento dell'istituto: M. Maiwald, *Das Absehen von Strafe nach § 16 StGB*, in *ZStW*, 83, 1971, 663 ss.; H. Müller-Dietz, *Absehen von Strafe*, in *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, a cura di G. Warda et al, Berlin-New York 1976, 303 ss.; S. Sprotte, *Die poena naturalis im Straf- und Strafzumessungsrecht*, Fankfurt-Bern-New York-Paris 2013, *passim*; C.E. Paliero, *Minima*, cit., 431 ss.; G. Fornasari, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova 1993, 524 ss.; G. Casaroli, *Novità e realtà di un originale istituto: l'astensione dalla pena nelle attuali linee di tendenza della codificazione*, in *Nomos*, 2, 1996, 61 ss.; L. Tumminello, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano 2011, 278 ss.

²⁶ Cfr. Y. Mayaud, *Les grands articles du Code pénal*⁵, Paris 2023, cap. 41; E. Bonis, V. Peltier, *Droit de la peine*³, Paris 2011, 303 ss.

questo, dalla *ratio* proteiforme²⁷, che a volte correla la dispensa da pena alla presenza di una *poena naturalis* subìta dall'agente (quindi a valutazioni in termini compensativo-afflittivi: nn. 1 e 5 della sez. 5), altre alla presenza di una "riparazione" (n. 2 della sez. 5), altre volte ancora a valutazioni di carattere più squisitamente equitativo-umanitarie (n. 6 della sez. 5).

Sempre in chiave comparata, tra gli istituti che bene o male hanno inteso dare un parziale riconoscimento al concetto di *poena naturalis*, potrebbero poi ulteriormente citarsi: a) il *discharge* anglosassone, che consente di prosciogliere l'agente per reati meno gravi (con o senza condizioni), senza la necessità di irrogargli ulteriori sanzioni, là dove l'esperienza della sottoposizione a processo abbia già rappresentato per costui una pena adeguata²⁸; b) le norme che in diversi Paesi latino-americani (Perù, Bolivia, Colombia e Argentina), permettono di collegare anticipatamente il fatto di aver subito una *poena naturalis* alla possibilità – per gli organi dell'accusa – di venir ad adottare decisioni giudiziali fondate sul principio di "opportunità" dell'azione penale²⁹.

Sono molte, insomma, le discipline che, con un evidente afflato di "umanità", hanno sino ad oggi inteso accordare rilevanza giuridica alla *poena naturalis* quale fattore di esclusione o attenuazione della *poena forensis*³⁰. Senonché, chi pensasse che la scelta di tali ordinamenti di venir a considerare in un'ottica di non punibilità/improcedibilità la pena naturalmente già sofferta dall'autore, prima di decidere se sottoporlo o meno ad altra sanzione, risponda solo a ragioni "umanitarie", di "clemenza e "compassione", cadrebbe con ogni probabilità in errore³¹. La necessità di venir ad accordare rilevanza

²⁷ Sul quale cfr. L. Tumminello, *Il volto del reo*, cit., 280, nt. 122.

²⁸ Cfr. R. McPeake, *Criminal Litigation and Sentencing*³⁰, Oxford 2020, 255 ss. Per l'analisi di questo istituto può rinviarsi poi anche ai più risalenti contributi italiani di S. Vinciguerra, *Diritto penale inglese comparato. I principi*², Padova, 2002, 526 ss.; G. Casaroli, *Novità*, cit., 80 ss.

²⁹ Cfr. in generale A. Manjón-Cabeza Olmeda, *La poena naturalis en el Derecho penal vigente*, in *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernát*, I, Madrid 2008, 1121 ss. e 1124 ss. Con riferimento alle possibilità ravvisabili *de iure condendo* nell'ordinamento cileno per dar rilevanza alla *poena naturalis*, invece, si v. C. Bobadilla, *La pena natural: fundamentos, límites y posible aplicación en el derecho chileno*, in *PC*, 11-12, 2016, 548 ss.

³⁰ Vi sono invero anche ordinamenti che prevedono soltanto una mitigazione di pena a fronte delle pene naturali subìte dall'autore (v. Austria, § 34 *StGB*, e Nicaragua) [cfr. A. Ruiz Miguel, *Gracia y justicia: el lugar de la clemencia (En torno a la pena natural)*, in *InDret*, 2, 2018, 7].

³¹ Così, condivisibilmente, J.M. Silva Sánchez, *Malum passionis*, cit., 161. Opposta, invece, la prospettiva assunta da S. Sprotte, *Die poena naturalis*, cit., 45. Un'accurata difesa dell'idea che «il baricentro giustificativo di tale figura» (la *poena naturalis*), «nella misura in cui» essa «può venir giustificata, riguardi più la compassione che la giustizia», la si ritrova però anche nella letteratura in lingua inglese e spagnola: A. Ruiz Miguel, *Gracia y justicia*, cit., 13 ss.; G. Lariguet, L. Samamé, *El papel justificatorio de la compasión en el razonamiento judicial*, a cura di A. Amaya e al., *Emociones y virtudes en la argumentación jurídica*, Mexico 2017, 95 s.; A. Duff, *The Intrusion of Mercy*, in *OhioSJ*, 4, 2007, 369 s.; J. Tasioulas, *Mercy*, in *ProAS*, 103, 2003, 121; A. Smart, *Mercy*, in *Philosophy*, 43, 1968, 345-350.

giuridica alla pena naturale, invero, sembra poter trovar causa, ancor prima che in ragioni di “clemenza”, nel fatto che la *poena naturalis*, rappresentando «un danno relazionato al delitto (*propter malum actionis*)» che l’agente finisce col patire a causa di quest’ultimo, pare in grado d’incidere sul senso e sulla proporzionalità complessiva della risposta sanzionatoria che dovrebbe esser approntata per il medesimo, nonché sul “bisogno di pena” (*Strafbedürfnis*) manifestato dall’autore del reato³².

Era pertanto un’iniziativa “meritoria” quella presa dal progetto di riforma Pagliaro, con cui s’era ipotizzato d’introdurre anche in Italia una disposizione simile al § 60 *StGB*: il nuovo art. 40 Cp, che riprometteva, infatti, di accordare al giudice la *possibilità* (e qui si apprezzava una differenza sostanziale con l’istituto tedesco, che invece ha sempre *obbligato* a non irrogare la pena al ricorrere dei presupposti di legge)³³ di «astenersi dall’infliggere la pena, allorché il reo» avesse «subito una “*poena naturalis*”, tale da rendere ingiustificata la sanzione sia in rapporto alla colpevolezza che in rapporto alle esigenze di prevenzione speciale» ravvisabili nel caso di specie³⁴.

4. Le ragioni per cui la *poena naturalis* dovrebbe (almeno a volte: v. *infra*, § 5) potersi ritenere “abilitata” ad incidere sulla pena statale elidendola del tutto sono molteplici³⁵, e vanno: a) dalla sua capacità d’incidere sul senso della pena, rendendo l’autore in concreto non “bisognoso” della stessa; b) alla necessità di evitare di dar luogo, tramite l’irrogazione di un’ulteriore sanzione al medesimo, ad un intervento punitivo del tutto sproporzionato e in contrasto con alcune fondamentali garanzie che dovrebbero assistere l’irrogazione di qualsivoglia pena statale (*i.e.* divieto di trattamenti inumani e degradanti); c) senza trascurare la potenziale capacità della medesima di dar luogo,

³² Categoria generale sulla quale si sono scritti fiumi d’inchiostro. Per limitarci ad alcuni essenziali richiami su tale etichetta (e su quella attigua, della c.d. “meritevolezza di pena”), cfr. M. Romano, “Meritevolezza di pena”, “bisogno di pena” e teoria del reato, in *RIDPP* 1992, 42 ss., 51 ss.; G.P. De Muro, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all’espansione del diritto penale*, in *RIDPP* 2013, 1668; C.E. Paliero, *Il principio di effettività del diritto penale*, *RIDPP* 1990, 461 ss. (ed ivi nelle nt. 122 e 123, per l’instaurazione di un collegamento tra queste formule e i principi costituzionali di proporzionalità e necessità della pena); Id., *Il mercato della penalità*, Torino 2021, 7 ss.

³³ Si v. J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, J. Eisele, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*³, Bielefeld 2021, 472.

³⁴ Esprimeva una valutazione positiva in merito all’eventuale introduzione di una disposizione analoga al § 60 *StGB* da noi, ad es., anche G. Vassalli, *La vittima del reato, questa dimenticata - Tavola rotonda nell’ambito della Conferenza annuale della Ricerca, 5 dicembre 2000, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 2001*, in *Ultimi scritti*, Milano 2007, 289: «certamente si tratta di una proposta estremamente interessante ed io sarei perfettamente d’accordo perché in una futura legislazione fosse accolta».

³⁵ Anche se non sono mancati autori che hanno espresso perplessità in merito. Con riferimento al §60 *StGB*, v. ad es. G. Freund, F. Rostalski, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*³, Berlin 2019, 350, nt. 12; S. Sprötte, *Die poena naturalis*, cit., 5 ss., 78 ss., 86 ss, 114.

altresì, ad una “compensazione” della colpevolezza. Tutte queste *rationes*, che in sinergia tra loro sembrano poter giustificare (almeno a fronte di alcuni casi particolari) l’astensione dalla punizione dell’agente, dovranno ora esser esaminate con maggior attenzione.

Collegando l’argomento al “problema” del fondamento giustificativo della pena statale, la *poena naturalis* sofferta dall’autore dell’illecito sembra innanzitutto in grado d’incidere sulla finalità che la prima sarebbe eventualmente chiamata ad assolvere, qualora “per avventura” si trovasse a seguire l’anzidetta pena naturale, anziché a farne le veci; e ciò indipendentemente dalla teoria giustificativa della pena che si ritenga di dover accogliere (a prescindere, cioè, che si presti ossequio ad un paradigma generalpreventivo, retributivo, specialpreventivo o espressivo-comunicativo)³⁶.

Così, ad es., dal punto di vista delle teorie assolute della pena, una non punibilità connessa alla *poena naturalis* già sofferta dall’autore parrebbe un esito (almeno in diversi casi) perfettamente divisibile. Pur non essendo questa un’idea realmente riconducibile a Kant (com’è stato invece talora sostenuto dai commentatori attuali)³⁷, giacché questo, come detto (v. *supra*, nt. 12), si era invece limitato ad effettuare accenni fugaci al fatto che in alcuni casi il “vizio potesse castigarsi da sé”, senza però perorare in alcun modo il riconoscimento di un impatto “attenuante” o “elidente” della “pena naturale” su quella *forensis*, è ormai convincimento diffuso in dottrina che, a volersi porre nell’ottica del retribuzionismo “morale” kantiano, e portando lo stesso alle sue più logiche conseguenze, il «colpevole» dovrebbe ritenersi già “retribuito” a sufficienza laddove il «vizio» si sia effettivamente castigato «da sé», giacché ciò renderebbe inutile un ulteriore intervento punitivo statale. Il retribuzionismo morale, dopotutto, ha sempre concepito la punizione come un’equa compensazione per il reato commesso. E se il male commesso con il reato risulta già interamente compensato da una *poena naturalis* (ciò che a volte può ovviamente accadere: con maggior frequenza in caso di

³⁶ A tutte queste teorie, qui, non potranno che esser dedicati dei fugaci “accenni”. Per una più compiuta (ma sintetica) illustrazione delle stesse si rinvia a T. Hörnle, *Straftheorien*, Tübingen 2017, *passim*; B. Feijoo Sánchez, *La legitimidad de la pena estatal. Un breve recorrido por las teorías de la pena*, Madrid 2014, *passim*.

³⁷ Hobbes e Kant, i due autori ai quali parte della letteratura spagnola ha sempre attribuito la concezione giuridico-compensativa della pena naturale [così, è stato affermato da C. Bobadilla, *La pena natural*, cit., in *PC*, 11-22, 2016, 550, che per Kant la pena naturale potrebbe produrre danni di tale entità che «l'imposizione di una *poena forensis* sarebbe un errore evidente»; anche A. Redondo Hermida, *La “pena natural” en la jurisprudencia penal española*, in *LaLPen*, 4, 2009, 73 ss., ritiene che Kant «ammette l’ipotesi che l’imputato potesse già essere» stato punito a sufficienza «per la sua stessa condotta»], invero, ritenevano che la punizione naturale non dovesse avere conseguenze giuridiche di sorta [conf. A. Ruiz Miguel, *Gracia y justicia*, cit., 10 ss.; per rendersene conto basta guardare ai passaggi delle opere di Hobbes e Kant già citati *supra*, *sub* nt. 12].

colpa, meno forse a fronte di taluni gravi fatti dolosi), perché non si dovrebbe ritenere logico esentare l'autore stesso da pena?

Passando dal retribuzionismo “morale” a quello “giuridico” di Hegel, però, le cose verosimilmente non cambierebbero. Basti guardare ai postulati del retribuzionismo hegeliano, che vorrebbero la pena applicata tutte le volte in cui la punizione serva a ristabilire la validità del diritto, a far sì che la norma violata continui ad esser concepita come una regola vincolante da parte di tutti i consociati (dove il fatto che si castighi un illecito con una pena elevata o meno dipenderebbe, in ultima analisi, da quante possibilità vi siano che il crimine si “propaghi” nella collettività). Considerato che nei casi di *poena naturalis* si avrebbe sempre una naturale risoluzione del conflitto e un ristabilimento pressoché automatico della vigenza della norma violata (nessuno sarebbe incentivato a commettere la stessa violazione là dove reso edotto delle tragiche conseguenze in cui è incorso l'autore del fatto; le probabilità di un “contagio criminale” sarebbero di certo ridotte al minimo, quando non azzerate del tutto), sembra logico inferirne che – a seconda della gravità della pena naturalmente già sofferta dall'autore e della tipologia di reato da questi commesso – in un'ottica neo-hegeliana, la pena non avrebbe poi granché da offrire all'ordinamento e dovrebbe essere conseguentemente esclusa, o se non altro, fortemente ridotta (tanto in caso di reati colposi, quanto a fronte di molti fatti commessi con dolo).

Passando da un modello puramente retributivo ad uno che invece accolga soltanto i postulati della prevenzione speciale positiva (intesa, alternativamente, come rieducazione o incapacitazione), la non punibilità dell'autore motivata dalla pena da questi naturalmente già sofferta ne uscirebbe non solo confermata, ma probabilmente persino rafforzata, trovando spazi d'applicazione finanche maggiori di quelli cui andrebbe incontro in un ordinamento ispirato a logiche di mera “retribuzione”. Qui, infatti, la non punibilità si rivelerebbe sempre compatibile (tutte le volte in cui le esigenze specialpreventive risultino “cadute” a causa della pena naturalmente già sofferta dall'autore) sia con i reati colposi sia con quelli cagionati con dolo (e, forse, persino con i più gravi tra quelli incasellabili in quest'ultima categoria).

Le teorie specialpreventive positive, invero, come si sa, vedono generalmente la punizione come uno strumento finalizzato a reintegrare l'agente nella società (e/o, laddove ciò non sia possibile, ad incapacitarlo)³⁸, sì da impedirgli di tornare a

³⁸ Peraltro, per l'osservazione che in realtà non esistano davvero fattori che rendono alcuni criminali “incorreggibili”, ma siano mere ragioni di “precauzione” che spingono ad emarginare taluni soggetti dalla società, cfr. B. Feijoo Sánchez, *La pena como institución jurídica: retribución y prevención general*, Buenos Aires 2014, 161

commettere nuovi reati in futuro. Un'esclusione della punibilità connessa alla *poena naturalis* già patita dall'autore, perciò, sarebbe del tutto coerente con l'ottica specialpreventiva, nella misura in cui essa permetterebbe al giudice di soprassedere dall'irrogare la *poena forensis*, tutte le volte in cui questa non abbia più alcun tangibile scopo risocializzante (ovvero incapacitante) da poter svolgere³⁹. Aderendo a una visione prettamente "specialpreventiva", secondo alcuni (anche se si tratta di conclusione probabilmente difficile da giustificare agli occhi dell'opinione pubblica), persino lo specialista in furti con scasso che in una delle sue "malefatte" cade da un cornicione, restando paraplegico a vita, o il terrorista rimasto coinvolto nell'esplosione della bomba da lui stesso innescata (con conseguente perdita di entrambe le braccia e della facoltà di deambulazione), dovrebbero talvolta considerarsi (non sempre, giacché ovviamente residuano molti casi in cui esigenze specialpreventive si potrebbero porre eccome) "meritevoli" di un'esenzione da pena, venendo meno il bisogno di irrogargli ulteriori sanzioni risocializzanti (o incapacitanti). Questi soggetti, infatti, per ovvie ragioni, non potrebbero più tornare a commettere i reati che erano soliti commettere in precedenza. In breve, come spiegato da Roxin, Arzt e Tiedemann, a fronte di una *poena naturalis* già sofferta dall'autore (con idoneo contenuto risocializzante e/o incapacitante) «non ci sarebbe» più alcun «pericolo di reiterazione del reato», né ulteriori «effetti specialpreventivi» da dover raggiungere: le condizioni in cui il reato ha avuto luogo renderebbero a dir poco «improbabile» che l'autore possa tornare «in futuro a commettere nuovi reati che dovrebbero essere» necessariamente «scongiurati mediante l'espiazione di una pena detentiva»⁴⁰.

Probabilmente la *poena naturalis* andrebbe incontro a maggiori difficoltà d'innesto (e minori virtualità d'impiego) in un sistema orientato al mero perseguimento di finalità generalpreventive negative, alla luce degli effetti "dissuasivi" e "deterrenti" che l'ulteriore minaccia dell'imposizione di una pena, sia pur attenuata, potrebbe sempre avere agli occhi della collettività (effetti che potrebbero portare l'ordinamento, visto che la prevenzione generale non si può misurare, ad indulgere in inutili *surplus* "cautelativi")⁴¹.

s.

³⁹ Come si osserva in W. Gropp, A. Sinn, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*⁵, Berlin 2020, 683 s., «i §§ 59 e 60 costituiscono [...] la sanzione più leggera e allo stesso tempo più "risocializzante" del sistema penale».

⁴⁰ Cfr. C. Roxin, G. Arzt, K. Tiedemann, *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal (trad. es. a cura di L. Arroyo Zapatero, J.L. Gómez Colomer)*, Barcelona 1989, 62 s., 69.

⁴¹ In casi di reati dolosi, invero, è facile immaginare che ragioni di prevenzione generale potrebbero rendere potenzialmente sconsigliabile l'esonero da pena dell'autore, ad onta della pena naturale da questi sofferta [sono

Anche nei sistemi che si pongono in un'ottica esclusivamente generalpreventiva negativa, però, a ben vedere, sembra talvolta possibile riconoscere – almeno in taluni casi (come a fronte dei fatti colposi meno gravi e più “bagatellari”) – che il danno subito dall'autore del reato possa di fatto avere la stessa capacità di operare quale mezzo d'intimidazione che si è soliti attribuire alla pena tradizionale (o comunque una carica di “deterrenza” sufficiente a sostituire integralmente quest'ultima)⁴².

Similmente, anche in un sistema orientato alla mera prevenzione generale positiva, l'autorità della legge il più delle volte non verrebbe “scalfita” dall'esenzione da pena accordata a chi abbia già subito un danno grave a causa della commissione del reato, rendendo superflua (perlomeno in diversi casi) l'irrogazione della pena per ristabilire la “pace sociale” e “ripristinare” il valore delle norme giuridiche violate (anzi, il compito di rafforzare la fiducia nella vigenza delle norme si otterrebbe più facilmente, con ogni probabilità, proprio non applicando la pena o riducendola congruamente). E solo in certi casi (come quelli in cui l'autore abbia agito con dolo, cagionando danni rilevanti anche ad altri soggetti), per ristabilire la fiducia nella vigenza delle norme potrebbe ritenersi necessario qualcosa di più della mera pena naturale subita dall'autore (la quale non dovrebbe determinare perciò sempre un'esenzione totale dalla pena, ma talvolta una mera riduzione della stessa).

Da ultimo, anche in un sistema che volesse accordare rilevanza (anche solo in parte) alla dimensione simbolico-espressiva della pena statale, si dovrebbe verosimilmente convenire sul fatto che l'astensione dell'irrogazione della pena nei confronti di chi

del resto le ragioni di prevenzione generale che hanno spinto il T. Firenze 20.2.2023, cit., 19, a sollevare la questione «con esclusivo riferimento ai reati colposi, in cui dunque non vi sia stata la coscienza e volontà dell'agente di commettere il reato». Il che non significa, però, che anche in ordinamenti in cui si presti ossequio a logiche generalpreventive una riduzione almeno parziale della pena non possa reputarsi talvolta “congeniale”, anche a fronte di fatti commessi con tale più elevato coefficiente soggettivo d'imputazione [cfr. E. Cury Urzúa, *Derecho penal. Parte general*^o, Santiago de Chile 2011, 69, nt. 77].

⁴² Questa l'ottica in cui sembra essersi posto anche il T. di Firenze 20.2.2023, cit., 18: all'irrogazione della pena statale, in ottica generalpreventiva, pare «potersi derogare nel caso in cui l'autore del reato abbia già patito una sofferenza adeguata in relazione alla morte del congiunto. In tal caso, infatti, è evidente che la deroga non comprometterebbe minimamente l'efficacia dissuasiva della norma: chiunque anzi, constatando le possibili gravi conseguenze della violazione delle regole cautelari (in termini di morte di un congiunto), sarebbe indotto a osservare dette regole a prescindere dalla punizione o meno dell'autore del reato». In realtà, però, secondo alcuni (viste le gravi conseguenze del reato subite dall'autore, in grado di “ammonire” i potenziali futuri trasgressori dei rischi insiti nella commissione dell'illecito) sarebbe meglio ritenere che possano esservi, anche in un'ottica generalpreventiva negativa, alcuni spazi d'applicazione per una non punibilità connessa al previo patimento di una *poena naturalis* nel settore dei fatti commessi con dolo (come ad es. là dove ci si confronti con fatti dolosi che hanno cagionato gravi conseguenze per il solo autore del reato: v. il ladro “acrobata” che cada dal cornicione, rimanendo paralizzato a vita) [cfr. C. Bobadilla, *La pena naturalis*, cit., 571].

abbia già subito una pena naturale in conseguenza della commissione di un reato possa ritenersi, almeno a fronte dei casi meno “gravi”, una soluzione congrua e da accogliere con favore⁴³.

Tutto considerato, dunque, sembra chiaro che – quale che sia lo scopo della pena ritenuto preminente (o anche se ci si pone in un’ottica “pluralistica” e “sincretistica”) – la pena naturale subita dall’autore del reato abbia tutte le “carte in regola” per poter essere abilitata ad operare (almeno talvolta) come un qualcosa di ben più significativo di un mero fattore di attenuazione della pena statale, rendendo in diversi casi l’autore del reato del tutto non “bisogno di pena”.

La pena naturale sembra però presentare profili di contatto – congiuntamente⁴⁴ (più che in alternativa, a dispetto di quanto ritenuto da chi ritiene la pena naturale non in grado d’incidere sempre sulla “necessità” *tout court* della pena statale)⁴⁵ – anche con il divieto di trattamenti inumani e degradanti e con la “proporzionalità” della risposta sanzionatoria complessivamente approntata dall’ordinamento: irrogando una *poena forensis* a fronte di una pena naturale già subita dall’autore, proporzionata per gravità al fatto commesso (pur a voler ritenere in teoria ancora necessaria una pena statale: ciò che pare discutibile), infatti, si finirebbe comunque per dar luogo ad un intervento punitivo contrario da ogni senso di “umanità” e di certo “sproporzionato” per eccesso⁴⁶.

Infine, a giudizio di una parte della dottrina (in special modo tedesca), la pena naturale, seppur non potrebbe mai far venir meno del tutto la sussistenza del reato (il fatto commesso dall’agente resta pur sempre offensivo, illecito e colpevole, ad onta

⁴³ Cfr. J.M. Silva Sánchez, *Malum passionis*, cit., 158.

⁴⁴ Così anche A. Redondo Hermida, *La “pena natural”*, cit., 73 ss.

⁴⁵ Non tutti sono d’accordo, invero, sul fatto che, in caso di pena naturale già subita dall’agente, la pena statale potrebbe ritenersi, per ciò solo, non necessaria. Così, ad es., M. Bustos Rubio, *El reflejo de la poena naturalis en la poena forensis. Posibilidades en derecho penal español*, in *T&D*, 19, 2016, 134, partendo dall’idea (a nostro avviso errata) che la necessità di punire l’autore possa venir meno solo a fronte di un «comportamento positivo o riparativo post-penale del soggetto», ritiene che in caso di pene naturali, dal momento che «la lesione (o il pericolo) del bene giuridico protetto nel reato in questione si» sarebbe pur sempre «verificata, e non» sarebbe «stata riparata o compensata dalla volontà del soggetto», «la pena» dovrebbe inevitabilmente considerarsi «ugualmente necessaria», «sia dal punto di vista della prevenzione generale che da quello della prevenzione speciale».

⁴⁶ Molti pongono l’accento sul carattere di “crudeltà” e “sproporzione” che la pena statale assumerebbe qualora si trovasse a seguire la pena naturale già subita dall’agente, portando ad un eccesso sanzionatorio (da ridurre) o, nei casi più estremi, ad una patente violazione del divieto di *bis in idem*: E. Zaffaroni, A. Alagia, A. Slokar, *Manual*, cit., p. 113; G. Vitale, *Estado constitucional de derecho y derecho penal*, in *Teorías actuales en el derecho penal. 75 aniversario del Código Penal*, a cura di G. Ouviaña e al., Buenos Aires 1998, 117 ss.; M. Bustos Rubio, *El reflejo de la poena naturalis*, cit., 134; J.M. Silva Sánchez, *Malum passionis*, cit., 161.

della pena naturalmente subìta dall'agente)⁴⁷, si mostrerebbe quantomeno in grado di agire in senso “compensativo” sulla colpevolezza⁴⁸. Più in particolare, secondo talune ricostruzioni, la pena naturale darebbe luogo ad un simile esito “compensativo”, poiché la colpevolezza si ritiene sarebbe (almeno in parte) compensabile: a) tanto da una compensazione “socialmente costruttiva”, che avrebbe cioè luogo quando l'agente, con un atto contrario a quello realizzato col reato, finisca per riconoscere la validità della norma violata, zelantemente riparando il male cagionato; b) quanto da una compensazione “distruttiva”, che ricorrerebbe, invece, tutte le volte in cui il singolo ritragga dall'illecito un male analogo a quello prodotto (poco cambia che lo stesso sia irrogato dalla Stato o derivante da *poena naturalis*)⁴⁹.

Si può conclusivamente osservare, perciò, in via di estrema sintesi, come la rinuncia alla pena a fronte di pene naturalmente già subìte dall'agente sembri in grado di dar soddisfazione sia ad istanze «equitativo-umanitarie» che ad «istanze legate alla colpevolezza», sia ad «istanze specialpreventive» che ad istanze «generalpreventive»⁵⁰, facendo a ben vedere «salva» – il più delle volte – persino la vituperata «componente compensativo-retributiva della pena»⁵¹. A conti fatti, poi, neppure la «dimensione

⁴⁷ Cfr. J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, J. Eisele, *Strafrecht*, cit., 776; B-D. Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*⁵, Berlin 2019, 45 ss.

⁴⁸ Su tale orientamento (riconducibile a una parte significativa della dottrina tedesca) cfr. i riferimenti contenuti in S. Sprotte, *Die poena naturalis*, cit., 59 ss.

⁴⁹ Così E. Bacigalupo, *Principio de culpabilidad, carácter del autor y poena naturalis en el derecho penal actual*, in *Teorías actuales en el derecho penal. 75 aniversario del Código Penal*, a cura di G. Ouviaña e al., Buenos Aires 1998, 145 ss. (rifacendosi a quanto sostenuto in STS 14.12.1991); H.H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*⁵, Berlin, 1996, 862: «si rinuncia alla pena perché, da un lato, la colpevolezza del reo è già stata in parte compensata dalle gravi conseguenze che hanno avuto su di lui un effetto simile a quello di una punizione (“poena naturalis”)». Similmente sembra porre l'accento su questo punto anche M. Köhler, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin 1997, 620 (laddove afferma che «dal punto di vista della teoria della pena, non sono principalmente le ragioni preventive che possono sostenere un'esenzione dalla pena, ma la circostanza che la sua negazione attiva della legge ha direttamente influenzato in seguito lo *status* giuridico del reo stesso, ha avuto, per così dire, delle ripercussioni su di lui»). Molto critico nei confronti della possibilità di ravvisare una “compensazione distruttiva” della colpevolezza in caso di pene naturali subìte dall'autore, invece, A. Ruiz Miguel, *Gracia y justicia*, cit., 11 ss. e in part. nt. 42: l'«argomento [...], pur non essendo uno specialista di diritto penale, sembra essere contraddetto dalla considerazione di questa circostanza», da parte degli autori che accolgono tale impostazione, «non come causa di esclusione della colpevolezza, ma della punibilità». In realtà, questa obiezione si supera osservando che la colpevolezza non viene compensata del tutto dalla pena naturale, ma solo in parte, restando dunque integra; sarebbero dunque pur sempre ragioni d'opportunità (che si legano eventualmente alla colpevolezza parzialmente “compensata”, ma anche all'assenza in concreto del “bisogno di pena”) a portare infine l'ordinamento ad accordare la non punibilità all'autore del reato. Critica sul punto anche S. Sprotte, *Die poena naturalis*, cit., 87 s., ritenendo che una compensazione della “colpevolezza” potrebbe aversi, al più, in caso di compensazione “socialmente costruttiva”.

⁵⁰ Cfr. C. Roxin, L. Greco, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*⁵, I, München 2020, 190.

⁵¹ Come osserva L. Tumminello, *Il volto del reo*, cit., 284 ss.

simbolico-espressiva della pena statale» (che è l'unica che sembrerebbe far a tutta prima difetto alla pena naturale, per gli autori che le danno rilevanza), mancherebbe all'appello; almeno non tutte le volte in cui, onde arrivare alla “non punibilità”, si debba prima necessariamente passare per un procedimento penale, con accertamento del reato e condanna dell'autore, anche se senza irrogazione finale della pena. Il “processo” penale, invero, possedendo un carattere di per sé “sanzionatorio” e una valenza di certo stigmatizzante, si rivela senz'altro in grado di fare le veci dell'asseritamente perduta componente “simbolico-espressiva” della pena statale⁵², rendendo il più delle volte congrua, anche agli occhi di quanti aderiscono a simili paradigmi giustificativi della pena (non del tutto condivisibili), la non punibilità dell'autore⁵³.

5. Il fatto che la pena naturale sia suscettibile d'incidere sul senso e sulla complessiva proporzione della risposta sanzionatoria da approntare nei confronti dell'autore del reato, nonché di compensarne la “colpevolezza”, però, non dovrebbe certo portare alla conclusione che ogni pena naturale debba sempre, per forza di cose, condurre ad una declaratoria di non punibilità dell'agente⁵⁴. L'esclusione della punibilità *tout court*, invero, sembra giustificabile soltanto a patto che la *poena naturalis* risulti «comunque proporzionata alla colpevolezza» e si mostri altresì «in grado di ammonire il reo» (assumendo per questi un chiaro significato d'intimidazione o risocializzante) o, «addirittura, in casi estremi, di “neutralizzarlo”» («si pensi, a tal proposito, al caso di un soggetto che guidando un autoveicolo provochi lesioni colpose ad un passante e che nell'incidente subisca lesioni così gravi da non essere in futuro più in grado di condurre un mezzo»)⁵⁵. Ciò che sembrerebbe possibile solo: a) in caso di lesioni subite dall'autore o da persone a lui strettamente legate (che verosimilmente dovrebbero essere molto gravi, se non permanenti) a beni tendenzialmente non patrimoniali⁵⁶; b)

⁵² Cfr. A. Eser, *Absehen von Strafe. Schuldspruch unter Strafverzicht*, in *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, a cura di F.C. Schroeder, H. Zipf, Karlsruhe 1972, 268. Del resto, come si osserva ad es. con riferimento al § 60 StGB, in W. Gropp, A. Sinn, *Strafrecht*, cit., 683 s., «l'autore del reato viene dichiarato colpevole e quindi condannato a pagare le spese del procedimento (§ 465 I 2 StPO); sicché «la rinuncia alla pena» è considerabile in tal caso (o in ogni caso analogo: v. il nostro art. 131-bis Cp) «come una pena “ridotta a zero”, “spiritualizzata”, ma pur sempre una pena. Sul verdetto di colpevolezza quale punizione, cfr. anche W. Schild, *Strafbegriff und Grundgesetz*, in *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, a cura di A. Eser, München 1998, 287 ss., 310 ss.; M. van de Kerchove, *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, Bruxelles, 2005, cap. 4.

⁵³ Cfr. J.M. Silva Sánchez, *Malum passionis*, cit., 159.

⁵⁴ Cfr. W. Gropp, A. Sinn, *Strafrecht*, cit., 683 s.; M. Köhler, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin 1997, 621.

⁵⁵ Come osserva anche L. Tumminello, *Il volto del reo*, cit., 283.

⁵⁶ Anche se in Germania, con riferimento al § 60 StGB, vengono fatte in realtà oggetto di considerazione dalla giurisprudenza pure le conseguenze di carattere economico [cfr. T. Fischer, *StGB*⁶⁵, München 2018, 565].

a fronte dei soli fatti colposi (lievi o gravi che siano) e di taluni reati dolosi per così dire “minori”.

Proprio il carattere necessariamente “proporzionato” alla gravità del fatto commesso che dovrebbe necessariamente connotare la *poena naturalis* per poterla far assurgere al rango di equivalente funzionale *tout court* della pena statale, invero, getta dubbi sull’opportunità e possibilità di venir a considerare effettivamente la stessa come un fattore in grado di determinare in ogni caso la non punibilità dell’agente per i reati da quest’ultimo commessi con dolo⁵⁷. Infatti, per quanto la *poena naturalis* possa interessare, come detto, anche il settore dei reati dolosi, ricorrendo anche in questo campo con una frequenza statistica tutt’altro che marginale, il disvalore dell’intenzione, che nei reati dolosi risulta senz’altro maggiore, rende difficile trasformare la *poena naturalis*, anche in tale ambito, in un fattore in grado di operare sempre, senza alcuna eccezione, come un equivalente funzionale “a tutto tondo” della *poena forensis* (a meno che non ci confronti con manifestazioni meramente tentate o con fatti dolosi “minori” che hanno dato luogo a conseguenze dannose rilevanti per il solo autore dell’illecito).

Sembra arduo, insomma, immaginare – specie là dove non s’intenda *bypassere* del tutto le considerazioni “generalpreventive” (ma in realtà anche specialpreventive) che potrebbero rendere sconsigliabile una soluzione di questo tipo – il più totale venir meno della pena nel caso di reati dolosi che abbiano prodotto conseguenze afflittive rilevanti anche per soggetti diversi dall’autore del reato, per la semplice circostanza che anche quest’ultimo si sia trovato a patire una qualche sofferenza a causa del fatto dallo stesso commesso (che, oltretutto, ben potrebbe non essere “proporzionata” alla gravità del fatto o in grado di rendere del tutto superflua l’irrogazione della pena statale in un’ottica di prevenzione generale e/o speciale): si pensi al terrorista che nel piazzare una bomba all’interno di un centro commerciale, resti involontariamente coinvolto nell’esplosione insieme a molti altri civili, perdendo soltanto una mano, per non essere riuscito ad allontanarsi abbastanza celermente dal luogo del misfatto⁵⁸.

⁵⁷ Chi si rifà a considerazioni legate alla compensazione della colpevolezza ritiene ad es. che la colpevolezza tipica del dolo (e talvolta delle ipotesi colpose gravi) sarebbe insuscettibile di compensazione [cfr. S. Sprotte, *Die poena naturalis*, cit., 59 ss., laddove riporta l’opinione di H. Blei, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*⁸, München 1983, 414 ss.]

⁵⁸ Per considerazioni analoghe, relativamente alla pena in genere (anche se in un’ottica di prevenzione generale positiva, nonché comunicativo-espressiva), cfr. B. Feijoo Sánchez, *La pena como institución jurídica*, cit., 290: «non sembra al momento plausibile rinunciare del tutto alla» pena, «almeno nei casi di comportamenti criminali che generano una vittimizzazione molto intensa (contro la vita, la salute o la libertà sessuale), commessi intenzionalmente e purché il soggetto possa essere ritenuto responsabile (non, ad esempio, un minore o un malato di mente)».

Proprio simili valutazioni, del resto, avevano spinto in maniera condivisibile, dal momento che una soluzione diversa avrebbe quasi sicuramente portato ad ignorare le preoccupazioni generalpreventive ravvisabili in materia⁵⁹, ad introdurre: a) nell'art. 40 dell'articolato approntato dal c.d. "progetto Pagliaro", una limitazione dell'ambito di applicabilità della norma, volta a circoscriverne l'operatività ai soli reati dolosi in cui gli effetti pregiudizievoli fossero stati sopportati dal solo agente⁶⁰; b) nel quadro del § 6o *StGB* (nonostante la ritenuta applicabilità in via di principio a tutti i reati commessi con dolo), un limite fondato sulla pena edittale, suscettibile di escludere l'applicabilità dell'istituto con riferimento ai più rilevanti reati dolosi⁶¹.

Con riferimento ai reati dolosi consumati che hanno prodotto conseguenze dannose rilevanti anche per terzi (così come in caso di fatti colposi che abbiano dato luogo a delle pene naturali scarsamente afflittive per l'agente: si pensi al conducente d'auto che finisca per rompersi una spalla nell'incidente mortale dallo stesso cagionato e si trovi dunque costretto ad affrontare soltanto un breve periodo d'immobilizzazione, un percorso riabilitativo "sofferto" e un cospicuo esborso economico)⁶², in breve, sembra preferibile ritenere che la *poena naturalis* patita dall'agente possa apprezzarsi – tutt'al più – alla stregua di un equivalente meramente "parziale" della pena statale (ossia come un fattore in grado di diminuirne l'entità, senza tuttavia eroderne totalmente il contenuto).

La soluzione della non punibilità, viceversa, sembra meritevole delle più attente considerazioni: a) sia nel settore della responsabilità colposa, giacché in quest'ultimo campo una semplice attenuazione della risposta sanzionatoria in astratto comminata dall'ordinamento finirebbe il più delle volte (salvo, come detto, nei casi in cui la *poena naturalis* abbia assunto un contenuto d'afflittività ben poco significativo: avendo ad es. prodotto conseguenze dannose non permanenti o a beni giuridici patrimoniali) col dar luogo ad una risposta sanzionatoria quasi sicuramente sproporzionata per eccesso, ad un inutile "raddoppio del male" che non potrebbe che gettare ulteriori ombre sul senso

⁵⁹ Dello stesso avviso è anche L. Tumminello, *Il volto del reo*, cit., 282-283.

⁶⁰ Cfr. L. Tumminello, *Il volto del reo*, cit., 281; A. Pagliaro, *La riforma del codice penale*, in *Il diritto penale. Fra norma e società. Scritti 1956-2008*, II, Milano 2009, 100.

⁶¹ Proprio per questo tale disposizione è stata criticata da alcuni autori: M. Maiwald, *Das Absehen von Strafe*, cit., 690; H. Müller-Dietz, *Absehen von Strafe*, cit., pp. 315 ss.

⁶² Simili sembrano le conclusioni raggiunte da J.M. Silva Sánchez, *Malum passionis*, cit., 159. Analogamente, nel quadro di una teoria della pena distinta da quella accolta dal primo, cfr. C. Pérez del Valle, *¿Es lícito considerar la pena estatal como una expiación? Reflexiones en torno a la función del juez penal en la imposición de una pena justa*, in *Revista Canaria de Ciencias penales*, 3, 1999, 179 ss. e 182.

di un'irrefragabile criminalizzazione della colpa ad opera del diritto penale⁶³; b) sia a fronte di alcuni reati dolosi "minori", come quelli meramente "tentati" o che (pur consumati) non abbiano cagionato a terzi danni significativi o "irreversibili" (ad es. non avrebbe alcun senso punire il ladro "acrobata" rimasto paralizzato a vita), giacché in questi casi la punizione dell'autore finirebbe col dar luogo ad un inutile accanimento nei suoi confronti privo di tangibili effetti risocializzanti e preventivi.

6. Alla luce di quanto sin qui osservato, non c'è da stupirsi se il Tribunale di Firenze si sia convinto della necessità di rimettere la menzionata questione di legittimità alla C. cost. Un'iniziativa che appare "meritoria" nella sua "sostanza", giacché riporta all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza italiana un problema che fin troppo a lungo è rimasto nel "dimenticatoio". Prima di esaminare quali *chance* d'accoglimento abbia questa "meritoria" iniziativa, però, è senz'altro opportuno soffermare preliminarmente l'attenzione su alcuni dei "passi falsi" che l'ordinanza di rimessione sembrerebbe aver compiuto. La questione posta alla C. cost. si presenta invero problematica sotto molteplici profili, che riguardano tutti, in diversa misura, i termini in cui la stessa è stata concretamente formulata dal rimettente.

Quel che il T. di Firenze chiede alla Corte, in estrema sintesi, è una sentenza manipolativo-additiva⁶⁴ che, intervenendo sul testo dell'art. 529 Cpp, vi aggiunga una nuova causa d'improcedibilità, operante per i reati colposi e fondata sulla sofferenza – proporzionata alla gravità del fatto commesso – che l'agente abbia già ritratto (quale pena naturale) dalla «morte di un prossimo congiunto», dallo stesso cagionata «con la propria condotta» negligente. Almeno tre sono le perplessità che questa "richiesta" (per come risulta formulata) finisce per sollevare. Primo: perché (alla luce di quanto si è sin qui osservato) aver riguardo soltanto al terreno dei reati colposi? Secondo: perché limitarsi a considerare quale valida pena naturale soltanto la morte «di un prossimo congiunto» (oltretutto nella ristretta accezione di cui all'art. 307 co. 4 Cp)? Terzo (ma non certo per rilevanza): perché individuare proprio nell'art. 529 Cpp il "candidato" ideale per far entrare la *poena naturalis* nel nostro ordinamento? La verità è che nessuna delle menzionate scelte "fondamentali" prese dal giudice *a quo* nell'elaborare

⁶³ Come si chiedeva giustamente S. Politoff, *Derecho penal con mesura: una respuesta reduccionista a la mala conciencia del jurista*, in *RevUniv*, 10, 1995, 125, «di fronte alla vicenda dell'automobilista spericolato che, scontrandosi con un albero, provochi la morte della moglie e dei figli, che cosa avrebbe ragionevolmente da offrire il diritto penale?»

⁶⁴ Testualmente cfr. T. Firenze 20.2.2023, cit., 22.

la questione di legittimità sollevata con riferimento all'art. 529 Cpp sembra poter contare su ragioni giustificative davvero soddisfacenti.

Innanzitutto, non si comprende davvero per quale motivo si sia voluta focalizzare tutta la questione di legittimità sulla sola “colpa”, dimenticandosi delle non poche fattispecie “dolose” (come quelle tentate o che non hanno cagionato danni significativi a soggetti diversi dall'agente) che, come visto, in un ordinamento costituzionalmente fondato sul «principio della funzione rieducativa della pena di cui all'art. 27 co. 3 Cost.» (come riconosciuto dal T. di Firenze) dovrebbero invece poter essere dichiarate “non punibili” tanto quanto le prime (là dove il soggetto agente abbia ovviamente ritratto dal reato una pena naturale proporzionata al fatto commesso e in grado di rendere di fatto superflua la pena statale). Il rischio che all'evidenza si corre è quello di dar luogo ad un trattamento differenziato per situazioni che dovrebbero invece reputarsi tutto sommato assimilabili, in aperta violazione dell'art. 3 Cost.

Non più logica si presenta, poi, la scelta del rimettente – pur nella sua evidente consapevolezza di quante e quali potessero essere in realtà le conseguenze del reato astrattamente considerabili come vere e proprie pene naturali⁶⁵ – di chiedere alla C. cost. di considerare rilevanti le sole sofferenze derivanti all'agente dalla morte di un prossimo congiunto (ex art. 307 co. 4 Cp). Ci si confronta, all'evidenza, con una limitazione aprioristica del concetto di “pena naturale” priva di qualsivoglia tangibile giustificazione. Una limitazione che, ancora una volta, non farebbe altro che dare il là ad indebite disparità di trattamento tra casi in tutto e per tutto identici. Il riferimento alla “morte del prossimo congiunto” avrebbe dunque dovuto essere – nell'economia della questione di legittimità sollevata – o “rivisto”⁶⁶ o, ancor meglio, “pretermessso” del tutto, essendo forse più opportuno lasciare alla prudente discrezionalità del giudice

⁶⁵ Cfr. T. Firenze 20.2.2023, cit., 12, laddove osserva come potrebbero riguardarsi quali pene naturali (solo per citarne alcune): «la morte del congiunto [...], ma anche le relative lesioni personali, le lesioni personali riportate dallo stesso autore del fatto, l'interruzione del rapporto di lavoro, la sottoposizione ad un gravoso processo mediatico o ad un processo penale di durata eccessiva» [del resto, è noto come il § 60 StGB sia stato ritenuto applicabile anche a fronte del “danno mediatico” patito dall'imputato prima della condanna: riferimenti in N. Recchia, *Giustizia penale e informazione giudiziaria: spunti comparatistici per il dibattito italiano*, in *DPC*, 3, 2017, 137 ss.; V. Manes, *La “vittima” del “processo mediatico”: misure di carattere rimediabile*, *ivi*, 127 ss.]. A volte ci si è chiesti se persino il “rimorso” potesse considerarsi come una pena naturale [cfr. J.M. Silva Sánchez, Id., *¿Puede considerarse el remordimiento*, cit., 269 ss. (con aperture in tal senso)]

⁶⁶ Come ad es. suggerito da M. Zincani, *Pene naturali*, cit., 12: «l'indicazione meriterebbe di essere integrata, poiché non considera la lesione autoinflitta e le relazioni affettive diverse da quelle endofamiliari, in *primis* la convivenza more uxorio (che non ricade nella previsione dell'art. 307, IV, c.p.), e invece estende agli affini (78 c.c.), non sempre rilevanti, considerando la conflittualità che spesso caratterizza i rapporti con i parenti del proprio coniuge».

il compito di riempire di contenuto – volta per volta – il concetto di “pena naturale di rilevante gravità” (che non sembra prestarsi così facilmente ad una predeterminazione legislativa in astratto e comunque dovrebbe esser al più tarato su cose come il carattere permanente del danno subito dall’autore o sulla sua non riferibilità a beni meramente patrimoniali).

Infine, desta non poche perplessità anche la disposizione individuata dal T. di Firenze come auspicabile oggetto della declaratoria d’incostituzionalità della Corte, giacché, per stessa ammissione del rimettente, «la menzionata disposizione è una norma di carattere generale deputata a prevedere la formula di proscioglimento in presenza di plurime possibili cause di improcedibilità disciplinate altrove»: si tratta, dunque, di una norma processuale che, per poter operare, abbisogna d’istituti sottostanti che la riempiano di contenuto. Una norma, oltretutto, che necessariamente «impone di attendere l’esito del giudizio», facendo restare sempre «l’imputato [...] una vittima del procedimento penale e dei noti danni da attività processuale», anche laddove l’astensione da pena (per la facilità del caso) potrebbe esser pronunciata sin dalle indagini, “allo stato degli atti”⁶⁷. Per poter dare ingresso all’istituto della “pena naturale” all’interno del nostro ordinamento, sarebbe stato quindi preferibile chiedere alla Corte d’intervenire (come peraltro aveva ipotizzato lo stesso rimettente, prima di orientarsi però sull’art. 529 Cpp), «sull’art. 43 c.p. o su altra norma di diritto sostanziale».

7. Proprio l’ultimo inciso menzionato sembra fornirci lo spunto per lo svolgimento di alcune ulteriori riflessioni critiche in merito al presupposto stesso da cui l’iniziativa del T. di Firenze ha preso le mosse: l’impossibilità di rinvenire soluzioni “spendibili” già *de iure condito* per raggiungere l’esito auspicato.

Come si sa, una delle questioni più problematiche in materia di pene naturali – almeno in ordinamenti che di primo acchito non sembrano contemplare cause di non punibilità *espressamente* chiamate ad operare per tutti i casi in cui il singolo abbia già patito una *poena naturalis* che risulti, per gravità, in grado di porsi quale equivalente funzionale “a tutto tondo” della pena statale – è determinare se sia possibile pervenire, già in via interpretativa, a soluzioni suscettibili di dare adeguata considerazione alla sofferenza previamente patita dall’agente, a causa del reato dallo stesso commesso. Un

⁶⁷ Come osserva M. Zinani, *Pene naturali*, cit., 15, che ravvisa in ciò un «profilo critico» della strada scelta dal rimettente.

obiettivo che pare tanto complesso da raggiungere in via ermeneutica *de iure condito*⁶⁸, quanto indubbiamente necessario se si ritiene che una soluzione diversa urterebbe con i cardini costituzionali dell'ordinamento (come in questo caso).

Ora, per arrivare a sollevare questione di legittimità con riferimento all'art. 529 Cpp, il T. di Firenze deve all'evidenza aver ritenuto che non vi fossero strade da poter percorrere già *de iure condito* al fine di venir ad accordare alla pena naturale il ruolo di causa di non punibilità/improcedibilità nel nostro ordinamento⁶⁹. Diversamente, la questione di costituzionalità sarebbe stata del tutto "superflua". Ma è davvero così?

In realtà il T. di Firenze pare aver liquidato questo necessario esame preliminare in maniera fin troppo sbrigativa. Nel nostro ordinamento, invero, una possibilità di venir ad accordare già *de iure condito* rilevanza alla *poena naturalis* previamente sofferta dall'agente quale potenziale fattore di esclusione della responsabilità penale *tout court*, sembrava darcela l'art. 131-bis Cp: disposizione suscettibile di trovare applicazione non solo con riferimento alle fattispecie colpose più rilevanti⁷⁰, ma anche a fronte di molti reati dolosi meno "gravi" (dunque, in tutti quegli ambiti in cui, come detto, la *poena naturalis* dovrebbe poter operare in "astratto" come causa di non punibilità).

Tale disposizione, in effetti, se interpretata al massimo delle sue potenzialità⁷¹, si sarebbe rivelata perfettamente in grado di valorizzare (in via tendenzialmente semi-esclusiva), nel determinare la tenuità del fatto, elementi che attengono al grado della colpevolezza e alle finalità della pena (ciò che avrebbe avuto una sicura rilevanza,

⁶⁸ Basti guardare alla diversità di soluzioni adombrate dalla dottrina spagnola: B. Mapelli Caffarena, *Pena natural – "poena naturalis" – o daños colaterales en la realización de una infracción penal*, in *Estudios de Derecho penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, a cura di J.M. Silva Sánchez, J.J. Queralt Jiménez, M. Corcoy Bidasolo, M.T. Castiñeira Palou, Buenos Aires 2017, 1003 ss.; M. Bustos Rubio, *El reflejo de la poena naturalis*, cit., 125 ss.; J.M. Silva Sánchez, *Malum passionis*, cit., 161 ss.

⁶⁹ Cfr. T. Firenze 20.2.2023, cit., 12.

⁷⁰ Come si sa, il legislatore della "riforma Cartabia" ha inteso allargare le "maglie" dell'istituto, convenientemente imponendo di modificare la limitazione astrattamente correlata al limite di pena edittale: lo stesso ha invero imposto al delegato di prendere a parametro di riferimento non più il massimo (come accadeva in origine), ma il minimo edittale, conseguentemente prevedendo l'applicazione della causa di non punibilità per tutti i reati puniti nel minimo con una pena non superiore a due anni di reclusione. Il minimo edittale, risultando quantomeno maggiormente espressivo della gravità astratta che il legislatore ritiene di dover attribuire a ciascuna fattispecie, comporta perciò l'astratta applicabilità della clausola di esiguità con riferimento a numerose fattispecie che in precedenza erano escluse dalla sua cornice operativa (si pensi all'omicidio colposo commesso con violazione delle norme in materia d'infortuni sul lavoro, di cui all'art. 589 co. 2 Cp, o all'omicidio stradale, previsto dall'art. 589 bis Cp, puniti con pena edittale che va da 2 a 7 anni) [cfr. A. Natalini, *Esclusi i reati di violenza domestica con un ambito applicativo ampio. La particolare tenuità del fatto*, in *La riforma del Processo Penale. Commento alla legge n. 134 del 27 settembre 2021*, Milano 2021, 214 s.].

⁷¹ Sia consentito il rinvio a M.E. Florio, *Art. 131-bis c.p. e colpa lieve*, in www.la legislazione penale.eu, 30.1.2023.

considerato che la *poena naturalis* inciderebbe, come visto, proprio su questi profili)⁷², senza che si desse poi la possibilità di ravvisare limitazioni connesse al danno cagionato dall'agente (la disposizione potrebbe invero a nostro avviso reputarsi in grado di operare anche laddove da un fatto cagionato per colpa – non così per i reati dolosi o preterintenzionali – derivino, come conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravi o gravissime della vittima)⁷³.

In breve, l'art. 131-*bis* sarebbe stato probabilmente in grado (ove riletto al pieno delle sue potenzialità) di dar luogo (già *de lege lata*) ad una declaratoria di non punibilità dell'agente – esattamente come in Germania ha sempre fatto il § 60 *StGB* – nei casi in cui, «soppesando il grado della colpevolezza [...] la gravità delle conseguenze prodotte dal reato e le finalità della pena (prevenzione generale, ovvero difesa dell'ordinamento giuridico, e prevenzione speciale), si» fosse senz'altro imposta «immediatamente la conclusione che una reazione da parte del diritto penale non avrebbe più» avuto «alcuna funzione significativa da svolgere, sia nell'interesse del reo che della collettività»⁷⁴.

Orbene, questo *deficit* d'approfondimento sulle strade percorribili già *de iure condito*, che è chiaramente rinvenibile nell'ordinanza del T. di Firenze, ha impedito di prendere atto delle altre opzioni che si stagliavano all'orizzonte. Laddove l'ordinanza di remissione avesse preso seriamente in considerazione la possibilità di venir a far applicazione dell'art. 131-*bis* Cp (anche solo per scartarla), la stessa avrebbe infatti potuto valutare l'opportunità di sollevare questione di legittimità costituzionale, se non altro, con riferimento proprio a tale ultima disposizione, anziché con riferimento all'art. 529 Cpp.

Invero, anche a voler ritenere inaccoglibile *de lege lata* l'idea che l'art. 131-*bis* possa venir applicato anche a fatti colposi da cui siano scaturite come conseguenze la morte o le lesioni gravi o gravissime della vittima (del resto, come non avevamo mancato di

⁷² Cfr. quanto detto in M.E. Florio, *Art. 131-bis c.p.*, cit., in part. nei §§ 4 e 6.

⁷³ Cfr. ancora M.E. Florio, *Art. 131-bis c.p.*, cit., § 5, là dove avevamo ritenuto «possibile e opportuno fornire un'interpretazione» correttiva dell'inciso che esclude l'applicabilità della disposizione nei casi in cui «*la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona*», in modo da «impedire allo stesso di operare in senso così fortemente e acriticamente riduttivo sul campo d'operatività della norma». In quella sede, invero, avevamo avuto modo di osservare come un simile inciso «si rivelerebbe del tutto pleonastico se la preclusione fosse riferita anche ai reati colposi, essendo pacifico che dalle condotte colpose discendono essenzialmente conseguenze “non volute” (è questo, d'altro canto, il tratto identificativo della colpa)» (puntellando poi questa conclusione con una serie di ulteriori argomentazioni a supporto).

⁷⁴ In questi termini, relativamente al § 60 *StGB* tedesco, si esprimono K. Lackner, M. Heger, *sub §60 StGB*, in K. Lackner, K. Kühl, M. Heger (a cura di), *StGB Kommentar*³⁰, München 2023, Rn. 3.

riconoscere altrove, trattasi, tra le varie conclusioni interpretative da noi raggiunte con riferimento all'art. 131-bis Cp, dell'opzione ermeneutica che più facilmente potrebbe prestarsi a critiche, venendo da alcuni ritenuta "forzata" e/o "inaccoglibile", almeno *de iure condito*)⁷⁵, di certo si dovrebbe convenire sul fatto che la strada più semplice e corretta per dar luogo ad un "ingresso" nel nostro ordinamento della *poena naturalis* quale potenziale fattore di esclusione della punibilità *tout court*, sarebbe stata per il T. di Firenze proprio quella di sollevare questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 131-bis co. 2 Cp, nella parte in cui lo stesso prevede che «l'offesa non» possa «essere ritenuta di particolare tenuità [...] quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona» (alla luce dei profili d'illegittimità costituzionale che tale preclusione presenta e che sembrano qui porsi quale unico sbarramento all'applicabilità dell'art. 131-bis per dar rilevanza alla *poena naturalis* nel nostro ordinamento)⁷⁶.

In questo modo, il T. di Firenze avrebbe facilitato di molto il compito della Corte, giacché quest'ultima sarebbe stata così messa nelle condizioni di limitarsi (evitando di farsi tentare dall'adozione di sentenze manipolative)⁷⁷ a dichiarare l'illegittimità di tale

⁷⁵ Si v. M.E. Florio, *Art. 131-bis c.p.*, cit., 27 s. Anche se, in verità, un accoglimento di questa idea sembra essersi già registrato in almeno una sentenza di merito [T. Rovereto 29.1.2019 (inedita), che ha dichiarato la particolare tenuità in un caso di infortunio sul lavoro che aveva cagionato lesioni gravi alla vittima, in ragione del concorso causale di quest'ultima, del permanere di conseguenze invalidanti limitate e del lieve grado della colpa, desumibile anche dalla circostanza dell'ottemperanza all'adeguamento di sicurezza e dell'intervenuto risarcimento]. Orientamento, quello espresso nel menzionato provvedimento di merito, che sembrerebbe aver trovato oltretutto implicita conferma nella sentenza pronunciata sulla sua (i)legittimità. Cass. 9.10.2019 n. 42892 (inedita), ha invero ritenuto il provvedimento emesso dal T. Rovereto bensì illegittimo, ma solo per carenza motivazionale («nel caso che occupa, il giudicante [...] si è limitato ad evidenziare elementi privi di particolare rilevanza rispetto alla valutazione richiesta ai sensi dell'art. 131-bis cod. pen. [...] senza adeguatamente spiegare da quali elementi tratti dal caso concreto oggetto di giudizio derivassero valutazioni di questo tipo in ordine alla esiguità dell'offesa arrecata alla vittima»). La Corte ha cioè ritenuto che «il provvedimento impugnato non» offrisse «alcuna specifica spiegazione sulla ragione per la quale una lesione grave con conseguenze permanenti, quale quella accertata nel caso di specie», fosse «da qualificare come di "particolare" tenuità, vale a dire dotata di minima e trascurabile offensività in concreto», ma non ha invece escluso in radice che una tale giustificazione potesse esser in qualche modo offerta, né ha asserito che vi fosse un'incompatibilità (come invece sarebbe stato logico aspettarsi, se la stessa fosse stata ravvisata) tra le lesioni gravi o gravissime e l'applicabilità dell'art. 131-bis a fronte del fatto meramente colposo occorso.

⁷⁶ Fortemente critico nei confronti di questa preclusione si era già mostrato, del resto, L. Cornacchia, *Condizioni negative di punibilità*, in *Manuale di diritto penale. Parte generale*², a cura di S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, Bologna 2017, 735, scorgendovi «l'esplicita legittimazione della responsabilità oggettiva» (dunque una preclusione costituzionalmente illegittima).

⁷⁷ Com'è noto, infatti, «con le decisioni manipolative la Corte si allontana dall'immagine di "legislatore negativo" che aveva in mente Hans Kelsen: essa si sostituisce al legislatore, di solito per scetticismo sulla capacità di questo di agire a tutela della Costituzione, ma, così facendo, ne invade la sfera» [cfr. T. Groppi, A. Simoncini, *Introduzione allo studio del diritto pubblico e delle sue fonti*⁶, Torino 2023, 362]. Tant'è che alcuni ritengono

preclusione, con una sentenza d'accoglimento meramente ablativa che non avrebbe determinato vuoti di tutela di sorta o il rischio d'indebite "invasioni di campo" in alcune delle prerogative più tipicamente "legislative".

Altrimenti, a seconda delle modalità alternative con le quali la questione avrebbe potuto essergli sottoposta dal rimettente (a seconda che questo fosse partito cioè dall'idea di accogliere o rigettare l'interpretazione della preclusione qui patrocinata), la Corte avrebbe potuto anche adottare: a) o una sentenza interpretativa di rigetto, in quanto, come la C. cost. ha sempre sostenuto (peraltro non senza un eccesso di enfasi), «in linea di principio, le leggi non si dichiarano illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali»⁷⁸, e si è visto come sia invece possibile dare all'art. 131-bis co. 2 Cp un'interpretazione conforme a Costituzione (che la Corte sarebbe stata messa in condizione di accogliere, anche qualora il rimettente avesse invece ritenuto di doverla scartare, con argomentazioni non implausibili)⁷⁹; c)

criticamente che questa sia una «pratica» del tutto «fuori costituzione» [O. Pfersmann, *Giustizia costituzionale tra politica e diritto*, in *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Atti della Tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa (Pisa, 15 dicembre 2016)*, a cura di R. Romboli, Torino 2017, 93 s.]

⁷⁸ Si tratta d'insegnamento risalente perlomeno a C. cost. 22.10.1996, n. 356, in GC, 5, 1996, 3096 ss. Letta alla lettera, però, tale affermazione pare eccessiva. Come ha scritto Franco Modugno, nella seconda parte della ricorrente frase sarebbe stato invero meglio dire, senza peccare per eccesso, «perché è difficile, è improbabile darne interpretazioni costituzionali» [v. F. Modugno, *Sulla specificità dell'interpretazione costituzionale*, in *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli 2008, 260]. Invero, «al giudice comune non» si può chiedere «propriamente un convincimento intorno all'incostituzionalità della legge, bensì un convincimento tanto sulla difficoltà di esperire con successo l'interpretazione conforme della disposizione, quanto sulla probabilità che la Corte abbia a sancire l'incostituzionalità della norma» [sempre F. Modugno, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *www.rivistaaic.it*, 18.4.2014, 23]; «altrimenti lo sforzo richiesto al giudice» diventerebbe eccessivo, come dimostrato in anni passati dal «discutibile proliferare di ordinanze di inammissibilità anche a fronte di questioni "serie", sollevate dopo aver tenuto conto di alcune delle possibili interpretazioni alternative, ritenute non praticabili in base ad argomentazioni non implausibili» [così, condivisibilmente, M. Ruotolo, *Quando*, cit., § 3.1.].

⁷⁹ Un tempo l'orientamento menzionato nella nt. precedente avrebbe condotto inesorabilmente a un'ordinanza d'inammissibilità. Oggi che l'orientamento restrittivo, incline a una lettura intransigente del "manifesto" affisso dalla sent. n. 356 del 1996, sembra aver ceduto il passo ad impostazioni differenti [cfr. V. Napoleoni, *L'onere di interpretazione conforme*, in *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, a cura di V. Manes, V. Napoleoni, Torino 2019, 126 ss.], in un caso del genere vi sarebbe senz'altro stata la possibilità, invece, per una sentenza interpretativa. La C. cost., infatti, è ormai dell'idea che «se "le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne)" (sentenza n. 356 del 1996), ciò non significa che, ove sia *improbabile* o *difficile* prospettare un'interpretazione costituzionalmente orientata, la questione non debba essere scrutinata nel merito. Anzi, tale scrutinio, ricorrendo le predette condizioni, si rivela [...] necessario, pure solo al fine di stabilire se la soluzione conforme a Costituzione rifiutata dal giudice rimettente sia invece possibile» [C. cost., 24.2.2017 n. 42, in *www.lacostituzione.info* (con nota di R. Bin, *Corsi universitari*]

o una sentenza interpretativa d'accoglimento (laddove la questione gli fosse stata rimessa, al contrario, muovendo dall'idea di dover accogliere l'opzione da noi prospettata con riferimento al co. 2 dell'art. 131-bis)⁸⁰, dichiarando l'incostituzionalità parziale della menzionata preclusione.

8. L'ordinanza di rimessione, come detto, presenta indubbi profili di condivisibilità, nella misura in cui ha inteso porre i "riflettori" sulla dubbia legittimità costituzionale dell'esiguo riconoscimento giuridico sino ad oggi accordato da parte del nostro ordinamento (ma lo stesso accade anche altrove: v. l'ordinamento spagnolo) alle pene naturali già sofferte dall'autore del reato. Pene che da noi paiono destinate (almeno nell'ottica dei più) a non trovar applicazione *de iure condito* quali cause di non punibilità/improcedibilità *tout court*, bensì, al massimo, come fattori di attenuazione della pena statale (peraltro piuttosto "inconsistenti", alla luce delle cornici edittali "eccessive" che molte fattispecie – colpose e non solo – presentano).

Quel che occorre domandarsi, però, è: siamo davvero sicuri che basti riconoscere la condivisibilità della soluzione che si vorrebbe raggiungere sollevando questione di legittimità costituzionale (l'attribuzione alla pena naturale già sofferta dall'agente del ruolo, almeno in certi casi, di equivalente funzionale "a tutto tondo" della pena statale) per giustificare una declaratoria d'incostituzionalità (per di più se alla C. cost. si chiede una sentenza manipolativa)? Alla luce delle recenti prese di posizione della Consulta – che l'hanno portata su una china man mano sempre più "interventista", al fine di sopperire alle ormai frequenti e deprecabili inerzie legislative, giustificando molte delle proprie recenti "manipolazioni" sul presupposto del solo consenso sociale diffuso ravvisabile attorno all'innovazione da introdurre⁸¹, come pure della sua condivisibilità

solo in inglese?]).

⁸⁰ Siamo infatti senz'altro al di fuori da quei casi in cui la «la soluzione ermeneutica cui si addivene si rivela del tutto incompatibile con il testo oggetto di interpretazione, al quale pur sempre si deve tornare», che sono ritenuti inammissibili da M. Ruotolo, *Quando il giudice deve "fare da sé"*, in www.questionegiustizia.it, 22.10.2018, § 3.4. Siamo cioè d'accordo che «neppure l'esigenza di rendere il testo legislativo compatibile con i principi costituzionali potrebbe giustificare una "torsione" dell'enunciato oltre il suo possibile orizzonte di senso (l'albero non può diventare cavallo!)» [Id., *Quando*, cit., § 3.4.], che «qualsiasi disposizione, anche la più genericamente formulata, ha un "carapace semantico" da cui non può evadere senza diventare altro da sé» [G. Giostra, *Carcere cautelare "obbligatorio": la campana della Corte costituzionale, le "stecche" della Cassazione, la sordità del legislatore*, in GC 2012, 4900], ma non è evidentemente questo il caso nell'interpretazione da noi fornita dell'art. 131-bis Cp, che per forzata che si voglia ritenere, di certo si mostra compatibile (anzi, forse persino più compatibile di quella usualmente accolta) col tenore letterale dell'enunciato legislativo.

⁸¹ Come osserva A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in QC, 2019, 251 ss., la Corte sembra ormai mossa «politicamente, dalla ricerca di un consenso

“costituzionale”⁸² – si potrebbe verosimilmente pensare di sì.

Se però si è ancora legati (almeno in parte) ai cardini costituzionali della legalità e della separazione dei poteri⁸³, è al contrario necessario riconoscere che, per poter giustificare una sentenza manipolativa della Corte⁸⁴, occorra sempre qualcosa di più della mera condivisibilità dell’esito (anche dal punto di vista “costituzionale”) che con la declaratoria d’illegittimità si vorrebbe raggiungere (condivisibilità che – è bene chiarirlo – almeno per noi è fuori discussione)⁸⁵.

intorno alle decisioni prese» e «dall’esigenza di costruire un’adesione da parte dell’opinione pubblica sui suoi contenuti».

⁸² La Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2018 sintetizza in termini chiari le ragioni che hanno spinto la Corte a “cambiare registro”: «[...] è sembrato sempre più inconcepibile che, proprio laddove vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona innanzi alla potestà punitiva pubblica, la Corte debba arrestare il proprio sindacato nei confronti di disposizioni costituzionalmente illegittime, che offendono la libertà personale. In queste ipotesi», una rinnovata “sensibilità” «impone di rinvenire nella giustizia costituzionale meccanismi adeguati a cancellare la norma lesiva della Costituzione, allo stesso tempo preservando il più possibile la discrezionalità legislativa. Ma deve restare chiaro che è il primo obiettivo a costituire la ragione fondamentale della giurisdizione costituzionale» [cfr. G. Lattanzi, *Giurisprudenza costituzionale dell’anno 2018. Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, in www.cortecostituzionale.it, 2019, 15]. Il “germe del cambiamento”, però, lo si poteva già rintracciare in un precedente intervento di Gaetano Silvestri, in cui lo stesso, ricordando la «sofferta» pronuncia costituzionale sul caso Torreggiani – un «estremo atto di deferenza verso il legislatore» – e il monito in essa contenuto, aveva concluso osservando quanto segue: «quando la *judicial deference* finisce per privare diritti fondamentali anche di quel minimo di tutela di cui dispone la Corte con i suoi mezzi, allora è preferibile affrontare le critiche di maestri e maestrini, anziché ripararsi dietro il comodo scudo del *non possumus*» [così G. Silvestri, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in www.rivistaaic.it, 30.5.2014, 5].

⁸³ Per una critica radicale a questi “dogmi” cfr., però, la recente presa di posizione di P. Grossi, *Oltre la legalità*, Bari-Roma 2019, *passim*, in part. 95 ss., 106.

⁸⁴ Ciò che alle volte dovrebbe essere possibile [cfr. M. Donini, *Rime obbligate, fine-vita e diritti fondamentali. La legittimazione costituzionale di una sentenza manipolativo-additiva al limite*, in www.discrimen.it, 31.7.2023, 3 ss. (anche per gli opportuni richiami alle posizioni di chi invece ritiene che le sentenze manipolativo-additive in materia penale sarebbero sempre e irrimediabilmente in contrasto con la riserva di legge)].

⁸⁵ Diversi autori spagnoli [cfr. M. Bustos Rubio, *El reflejo de la poena naturalis*, cit., 134 ss., 142 s.; A. Ruiz Miguel, *Gracia y justicia*, cit., 11 ss.], essendo la Spagna un altro Paese che non attribuisce esplicito rilievo giuridico alla *poena naturalis*, ritengono sarebbe opportuno (e costituzionalmente compatibile) attribuire alla *poena naturalis* una mera rilevanza “attenuante”. Il che dimostra come lo stesso presupposto fondante dell’ordinanza di remissione (l’idea che un sistema che non abiliti la pena naturale ad operare quale causa di non punibilità debba per forza di cose reputarsi incostituzionale) potrebbe non andare incontro ad unanimi consensi. Anche la Costituzione spagnola, infatti, dà risalto alla rieducazione del condannato e al «senso di umanità» che dovrebbe sempre informare l’irrogazione delle pene statali (v. art. 25 co. 2) [anche se poi le letture concrete del principio contenuto in tale disposizione sembrano distanti da quelle particolarmente “forti” che ne sono state date in Italia: su tale disposizione cfr. S. Lascuraín de Mora, *El mandato de resocialización*, in *Principios penales democráticos*, a cura di J.A. Lascuraín Sánchez, Madrid 2021, 171 ss.]: se gli spagnoli possono arrivare a ritenere che il loro sistema sia legittimo anche così, vista la somiglianza delle previsioni contenute nelle rispettive Costituzioni, perché noi dovremmo pensarla diversamente? Sia come sia, a nostro avviso v’è da dubitare seriamente della possibilità (e soprattutto opportunità) di venir a considerare legittimo un sistema che pur affermando in Costituzione che «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato», di fatto impedisca al giudice di dichiarare la non punibilità dell’agente che abbia già ritratto dal reato una pena naturale sufficiente a rieducarlo/inabilitarlo, costringendolo

Più in particolare, in un'ottica ispirata dalla "separazione dei poteri", sarebbe quantomeno necessario che la questione venisse formulata in termini "convincenti" dal rimettente, così evitando di favorire indebite "invasioni di campo" da parte della C. cost. in quelle che sono prerogative tipicamente legislative. Condizione che non sembra esser venuta ad integrazione nel caso di specie.

Da un lato, infatti, abbiamo visto come il rimettente abbia finito per chiedere alla Corte di adottare una decisione manipolativa-additiva volta a "dar ingresso" nel nostro ordinamento alla pena naturale come causa d'improcedibilità limitata ai soli casi di fatti colposi e in cui la pena naturale sia rappresentata soltanto dalla «morte di un congiunto»: dunque, quel che si chiede alla Corte è proprio di svestire i panni del giudice, per vestire quelli del legislatore, adottando una soluzione che, oltretutto, non sembra neppure del tutto in linea con quelle adottate negli ordinamenti a noi geograficamente e culturalmente più prossimi, i quali vedono nella *poena naturalis* un istituto di diritto sostanziale, operante anche per taluni fatti dolosi, e integrato da qualsiasi tipologia di evento in grado di rappresentare per il reo una sofferenza equiparabile ad una *poena forensis*. Sotto altro angolo visuale, poi, è anche evidente (lo abbiamo appurato) che la scelta di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 529 Cpp rappresenti viepiù il frutto di un'omessa ricerca di soluzioni costituzionalmente conformi all'interno dell'ordinamento da poter raggiungere in via ermeneutica.

Ora, dal momento che con riferimento all'art. 529 Cpp non sembra davvero «possibile» operare «un'interpretazione costituzionalmente conforme, non essendovi nel dato letterale della disposizione di legge alcun riferimento che autorizzi una simile interpretazione» (come giustamente riconosciuto dal rimettente; ma le cose sarebbero state diverse se la questione fosse stata sottoposta con riguardo all'art. 131-bis Cp, come detto *supra*, § 7)⁸⁶, all'orizzonte sembrano potersi stagliare soltanto due possibili esiti (nettamente contrapposti tra loro) in cui questa iniziativa del T. di Firenze potrebbe sfociare: a) uno d'inammissibilità, motivato dalla mancata esatta individuazione della disposizione di legge da sottoporre al vaglio della Consulta da parte del rimettente e/o dal fatto che le modalità d'innesto da questi suggerite non rappresentino delle scelte

a punire comunque (con pena al massimo attenuata): un assetto costituzionale che contempra la rieducazione come fine ultimo della pena dovrebbe verosimilmente dare al giudice, almeno a determinate condizioni, la possibilità di escludere la punibilità dell'agente quando lo stesso abbia già ritratto da una pena naturale una sofferenza proporzionata al fatto commesso e, comunque, tale da rendere superflua l'irrogazione di ogni ulteriore *poena forensis*; pena, altrimenti, l'incostituzionalità.

⁸⁶ Cfr. T. Firenze 20.2.2023, cit., 24.

costituzionalmente obbligate, essendovi una pluralità di soluzioni costituzionalmente conformi e non un'unica soluzione imposta (strada che reputiamo maggiormente condivisibile); b) uno di accoglimento, magari previo esperimento di un tentativo di “dialogo” con il legislatore, analogo a quello già effettuato nel noto caso “Febo/Cappato” (rinvio di uno o più anni, con esortazione rivolta al Parlamento ad intervenire in materia)⁸⁷.

Quest'ultima strada, a sua volta, potrebbe in ultima analisi (cioè dopo l'auspicabile previo esperimento del menzionato tentativo di “dialogo” col legislatore) dar luogo (a fronte del probabile episodio di “astensionismo” legislativo che ne seguirebbe) a due soluzioni: i) da un lato, la Corte potrebbe limitarsi a dichiarare costituzionalmente illegittima la disposizione sottoposta al suo esame, “inchiodando” per una buona volta il Parlamento alle sue responsabilità e obbligandolo ad esercitare le sue fondamentali prerogative (soluzione che ci sembra, però, difficilmente “appetibile” agli occhi della Consulta, visto il timore che essa da sempre nutre per i “vuoti” normativi che potrebbero determinarsi a seguito di pronunce meramente “caducatorie”)⁸⁸; ii)

⁸⁷ Cfr. C. cost. 16.11.2018, n. 207, in *FI*, 1, 2020, 2565 ss. (con nota di R. Romboli, *Il nuovo tipo di decisione in due tempi ed il superamento delle “rime obbligate”: la Corte costituzionale non terza, ma unica camera dei diritti fondamentali?*), con la quale la Corte ha “creato” un nuovo schema di decisione «in due tempi», allo scopo di scongiurare il pericolo che dal semplice annullamento del reato di aiuto al suicidio potessero scaturire «abusi», a danno di soggetti particolarmente fragili, «in quanto malati irreversibili esposti a gravi sofferenze». La Corte con la successiva C. cost. 26.6.2020, n. 132, in *FQC*, 3, 2020, 104 ss. (con nota di R. Pinardi, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*), ha invero dimostrato come la soluzione giurisprudenziale escogitata nel caso Cappato non fosse affatto «un *unicum*», ossia una «soluzione contingente, funzionale alla risoluzione di un problema altrettanto contingente» [così, invece, tra gli altri, E. Grosso, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *QC*, 2019, 543], quanto, piuttosto, «la prima epifania di una nuova tecnica di decisione con la quale il Collegio cerca di instaurare un dialogo più proficuo con gli organi legislativi» [R. Pinardi, *La Corte ricorre*, cit., 106].

⁸⁸ È invero risalente la constatazione che la «storia degli strumenti decisorii forgiati dalla Corte per via pretoria è [...] leggibile come un costante tentativo di ridurre al minimo i vuoti normativi conseguenti alla declaratoria di incostituzionalità» [A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*. *Genesi, uso, implicazioni*, Milano 1994, 563; N. Occhiocupo, *La Corte costituzionale come giudice di «opportunità» delle leggi*, in *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Bologna 1978, 32-34; A. De Stefano, *Giustizia costituzionale e potere legislativo (1976)*, in 1956-2006. *Cinquant'anni di Corte costituzionale*, II, Roma 2006, 937 s.]. Insomma, «tutta la storia delle sentenze interpretative, di rigetto e di accoglimento», e «delle manipolative, aggiuntive o sostitutive» ha in buona sostanza preso le mosse dall'«*horror vacui*», ossia dal «timore della lacuna» conseguente all'adozione di una pronuncia di accoglimento *tout court*, che «spesso è giustificato dall'avvertenza che il *posterius* può risultare più incostituzionale del *prius*» [F. Modugno, *I criteri della distinzione diacronica tra norme e disposizioni in sede di giustizia costituzionale*, in *QC*, 1989, 39]. Sulla paura del c.d. *horror vacui*, che da sempre attanaglia la Consulta, si v., più in generale, la monografia di R. Pinardi, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano 2007, spec. 69 ss. e 84 ss.

dall'altro, essa potrebbe spingersi ben oltre e, aderendo (in tutto o in parte) a quanto richiesto dal rimettente, decidere di accogliere la questione sottoposta al suo vaglio, con una sentenza manipolativa-additiva, conseguentemente inserendo la *poena naturalis* nel nostro ordinamento proprio per il tramite dell'art. 529 Cpp, cioè come possibile nuova «sentenza di non doversi procedere».

Per quanto il “cuore” ci spingerebbe a patrocinare una delle soluzioni illustrate *sub* lett. b) (poiché la *poena naturalis* già sofferta dall'agente dovrebbe senz'altro dar luogo ad un esito di non punibilità/improcedibilità, almeno a fronte di taluni casi, ed ogni ostacolo in grado di “ritardare” l'innesto di questa soluzione nel nostro sistema non farebbe altro che perpetuare un regime di dubbia costituzionalità), siamo in realtà convinti (da un punto di vista meno “emotivo” e più “razionale”) che la scelta più “giusta” sarebbe rappresentata da una declaratoria d'inammissibilità della questione (che ovviamente non impedirebbe una sua riproposizione, meglio calibrata, in futuro). Questo per due ragioni fondamentali.

In primo luogo, perché ci sembra evidente (per le ragioni già evidenziate *supra*, § 7) che la disposizione scelta dal rimettente (tra l'altro non senza incertezze e con una discreta dose di “fatica” nella sua individuazione)⁸⁹ non sia quella più indicata e/o corretta per dar ingresso alla *poena naturalis* nel nostro ordinamento⁹⁰. Se un innesto deve esserci, esso dovrà aver luogo tramite una disposizione sostanziale: a) in grado di operare, all'occorrenza, sia in fase d'indagini che all'esito della conclusione del procedimento; b) suscettibile di trovare impiego, almeno “in astratto”, con riferimento a tutti i fatti criminosi (colposi e dolosi meno “gravi”) in cui una pena naturale potrebbe trovare “applicazione”; c) idonea a tener sempre “traccia” dell'accertamento giudiziale eventualmente compiuto (ci si confronta con un reato integrato in tutti i suoi elementi, che non potrebbe esser considerato *tamquam non esset*), anche alla luce del fatto che la “carta” della non punibilità/improcedibilità dovrebbe poter essere “giocata” dall'autore del reato soltanto un numero limitato di volte (non, ad es., se in diversi momenti della propria vita lo stesso cagioni, con la propria condotta di guida imprudente, lesioni gravi o gravissime a diversi suoi congiunti)⁹¹.

In secondo luogo, perché le modalità d'innesto richieste dal rimettente sembrano

⁸⁹ Che T. Firenze 20.2.2023, cit., 22 s. non sapesse bene che “pesci prendere” nell'individuare la disposizione da sottoporre al giudizio della Consulta è reso palese dalla “perplessa” motivazione addotta al § 6.2.

⁹⁰ Assunto che, ove condiviso, dovrebbe portare ad una pronuncia d'inammissibilità per “mancata esatta individuazione della disposizione di legge” da sottoporre al giudizio della Consulta [cfr. C. cost., 26.5.2006 n. 210, in *FI*, 7/8, 2006, 1963 ss.].

⁹¹ Si v. le considerazioni sviluppate in M.E. Florio, *Art. 131-bis c.p.*, cit., § 9.

davvero eccedere quel che potrebbe ritenersi costituzionalmente consentito in un ordinamento che, come il nostro, appare ancora oggi fondato sui principi di legalità e separazione dei poteri. Invero, per quanto la C. cost. abbia ormai dato prova di ritenere la tradizionale dottrina delle c.d. rime obbligate⁹² in gran parte “superata”, con sempre più frequenti «sentenze con dispositivo manipolativo di tipo sostitutivo che, nella parte ricostruttiva, risultano sganciate da una soluzione costituzionalmente obbligata in nome dell’adeguatezza e non arbitrarietà di quella indicata dal giudice *a quo* (o, in alcuni casi, “ricostruita” dalla stessa Corte!) perché coerente con i principi costituzionali»⁹³, riteniamo auspicabile che la “fase” intrapresa dalla Corte trovi una “battuta d’arresto”⁹⁴ prima di dar luogo ad una «modifica (tendenzialmente) duratura di tratti non secondari della nostra forma di governo», che oltretutto risulterebbe non priva di potenziali “effetti collaterali”, suscettibili di mettere a repentaglio la stessa “sopravvivenza” della Corte⁹⁵.

Se quest’ultima adottasse una decisione d’accoglimento manipolativa-additiva, invero, diverrebbe assai difficile contestare la validità della visione critica assunta da quanti ritengono che la Corte stia pian modificando l’equilibrio dei poteri, oltretutto sulla scorta di un ben preciso e scientemente studiato disegno⁹⁶. L’ennesima decisione

⁹² Dottrina, questa [sulla cui storia ed evoluzione v. l’efficace sintesi di D. Tega, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costringitiva*, in *www.sistemapenale.it*, 3.2.2021, 18 ss.], che in passato ha sempre impedito alla C. cost. di adottare sentenze “manipolative” nei casi in cui la stessa si fosse trovata di fronte ad una pluralità di possibili soluzioni costituzionalmente compatibili, anziché ad un’unica soluzione costituzionalmente imposta (imponendo cioè alla stessa di ritenere gli interventi di manipolazione ammissibili solo là dove fossero stati a “rime obbligate”).

⁹³ Come osserva sempre D. Tega, *La traiettoria*, cit., 23 ss. In argomento cfr., però, anche M. Donini, *Trattato di diritto penale*, I (in corso di pubblicazione), cap. 7, §§ 20 ss.; D. Martire, *Dalle “rime obbligate” alle soluzioni costituzionalmente “adeguate”*, in *GC*, 2, 2019, 696 ss.; F. Consulich, *La matematica del castigo. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell’art. 73 comma 1 D.P.R. N. 309 del 1990*, ivi, 1231 ss.

⁹⁴ Finché essa resta una “fase”, senza trasmodare in eccessivi sconfinamenti, potrebbe effettivamente ritenersi un qualcosa di ancora rientrante nella normale fisiologia costituzionale [come sostenuto autorevolmente da E. Cheli, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *QC*, 2019, 777 ss.].

⁹⁵ Come osserva R. Pinardi, *La Corte ricorre*, cit., 107, «uno schiacciamento eccessivo del ruolo della Corte verso il polo politico del suo operato finirebbe per produrre una forte compressione dello spazio di autonomia che la stessa deve, al contrario, vantare, nei confronti degli attori politici, per poter svolgere con piena efficacia quella funzione di argine nei confronti degli eccessi di una democrazia puramente maggioritaria che è la ragione principale della sua stessa esistenza».

⁹⁶ In questi termini si esprime A. Morrone, *Suprematismo giudiziario*, cit., 251 ss., il quale ritiene, con un’opinione peraltro non incontrastata tra i costituzionalisti [cfr. ad es., in senso differente, R. Bin, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *QC*, 2019, 757 ss.], che la C. cost. sarebbe giunta ad un’«ennesima svolta» caratterizzata dal superamento delle regole processuali esistenti, dalla riscrittura di norme sostanziali e dalla modifica dell’equilibrio dei poteri.

di questo tipo, vista la nota intangibilità delle decisioni delle C. cost. che decidano di “uscire” dal recinto tracciato dalla Carta cost., ci proietterebbe in un “orizzonte” costituzionale radicalmente “nuovo”, adottato però “surrettiziamente” e “sotto banco” dalla Consulta stessa, senza un adeguato esame democratico⁹⁷.

L’attribuzione alla *poena naturalis* del ruolo di equivalente “a tutto tondo” della *poena forensis*, invero, è un “tema” che può trovare – come già illustrato (è sufficiente guardare alle diverse soluzioni legislative adottate da parte degli altri ordinamenti, che sono state esaminate *sub* § 3) – innumerevoli possibilità di “svolgimento”⁹⁸: si può scegliere di far operare la pena naturale come un istituto sostanziale (operante all’esito del giudizio e nelle mani del giudice) o processuale (operante sin dalla fase delle indagini e nelle mani dell’accusa); se ne può estendere l’operatività anche ai fatti dolosi (a tutti o solo a parte di essi) o se ne può circoscrivere la portata al solo terreno della “colpa”; gli esiti effettivamente apprezzabili come “pene naturali” potrebbero poi esser lasciati “aperti”, suscettibili di venir liberamente determinati dall’interprete caso per caso, ovvero racchiusi in un catalogo tassativo di potenziali “esiti lesivi” meritevoli di apprezzamento. Una serie di scelte indubbiamente rilevanti – nonché, in varia guisa, costituzionalmente compatibili – che in un ordinamento come il nostro, fondato sui principi di legalità e separazione dei poteri, dovrebbero necessariamente venir prese dal legislatore, non da un organo giurisdizionale, almeno fintanto che non si decida di

⁹⁷ Che la vera questione problematica in materia di “giustizia costituzionale” sia capire cosa dovrebbe esserne delle sentenze che “escono” «fuori dalla Costituzione», posto che l’idea di considerarle *tamquam non esset* non è mai stata accolta, è osservato da O. Pfersmann, *Giustizia costituzionale*, cit., 93 ss. Come osserva l’autore (95 s.), a fronte di «prodotti giurisprudenziali fuori costituzione» adottati dalla Consulta, «due scenari possono essere immaginati»: a) «nel primo, la dottrina considera la sentenza come un mero *hapax* che non cambia il corso delle cose e forse la costanza della dottrina» nel criticare il percorso intrapreso, farà sì che «l’audacia della corte» si arresti; b) «nel secondo scenario, la giurisprudenza rimane costante», sicché «la dottrina avrà un problema di adattamento e si può pensare che una lenta promozione del nuovo sistema» (essendosi registrato un mutamento “sotterraneo” dello stesso, una «rivoluzione» “silenziosa”) prima o poi avverrà. Il problema è che non è sempre facile comprendere «in che momento preciso si» passi «dal vecchio sistema» al «nuovo»: se la Corte non si arresta arriverà il giorno in cui ci troveremo ad osservare come il sistema sia già cambiato sotto i nostri occhi, senza che nemmeno ce ne rendessimo conto.

⁹⁸ Cfr. M.F. Serrano, *Los elementos constitutivos del concepto de pena natural*, in *PC*, 17, 2022, 857: «è possibile riconoscere una pena naturale in tutti i reati? Solo nei reati colposi? Solo nei reati con una pena minore? Chi può beneficiarne? Quali caratteristiche deve avere la vittima del crimine? La sofferenza ricade su qualsiasi bene o solo sul corpo o la salute dell’imputato? Tutte queste domande hanno risposte diverse a seconda della posizione assunta dal teorico o dal giudice che risponde. A loro volta, queste discussioni non si riflettono solo nelle sentenze o nelle opere teoriche, ma anche nella legislazione. Così, troviamo codici che» limitano la pena naturale «a determinati reati, altri che» la collegano ad «un potere dell’organo inquirente (principio di opportunità) e altri ancora» ad «una decisione del giudice. In breve, ci troviamo di fronte a un fenomeno che presenta diverse concezioni tra loro contrastanti».

superare del tutto l'attuale assetto⁹⁹ (una scelta, quest'ultima, che, al di là della sua condivisibilità o meno, non dovrebbe esser presa "a cuor leggero", nella "riservatezza" di una camera di consiglio, da un "manipolo" di giudici fundamentalmente privi di legittimità democratica)¹⁰⁰.

⁹⁹ Secondo gli auspici da taluno espressi [v. ad es. P. Grossi, *Oltre la legalità*, cit., 114 s.: «se v'è qualcosa che dobbiamo temere è quella gerarchia delle fonti in cui abbiamo tanto creduto e che avvertiamo ormai come un ingabbiamento soffocante; è il mantenimento di un legalismo "ad ogni costo", [...] che deve cogliersi per quel che è, un *vulnus* alla nervatura portante della Costituzione nella complessità del suo messaggio, espresso e inespresso, formale e materiale, percorso da una dinamica espansiva e intensamente teso anche ben oltre il presente»].

¹⁰⁰ Sulla constatazione che la C. cost. «è un organo privo di legittimità democratica», con «giudici» scelti «secondo criteri d'appartenenza se non a partiti almeno a delle sensibilità politiche», cfr. O. Pfersmann, *Giustizia costituzionale*, cit., 88.