



## Corso di dottorato di ricerca in Scienze giuridiche

Curriculum "Diritto pubblico e sistema penale"

Ciclo XXX

Titolo della tesi

"Il potere discrezionale del giudice penale e la legittimità costituzionale degli automatismi sanzionatori nel momento della commisurazione e dell'esecuzione della pena"

Dottoranda

Federica Urban

Supervisor

Chiar.ma Prof.ssa Laura Montanari

Chiar.mo Prof. Ludovico Mazzaroli

Anno 2018



## ABSTRACT – SINTESI

La tesi si propone di esaminare la giurisprudenza costituzionale sul tema degli automatismi sanzionatori. Si è di fronte ad un automatismo sanzionatorio tutte le volte in cui il legislatore, al verificarsi di un dato presupposto, fa seguire una determinata conseguenza, incidente, perlopiù, sulla libertà personale. Il giudice, al cospetto di una siffatta previsione, non ha alcuna possibilità di scelta né di gradazione alla luce della reale gravità del fatto della vita.

Negli ultimi anni si è assistito alla tendenza legislativa volta all'introduzione di automatismi sanzionatori dei più diversi tipi. Questa tendenza ha trovato riscontro, in particolare, nelle riforme che hanno coinvolto alcuni istituti tipici della commisurazione e dell'esecuzione della pena. Si ricorda, in questo senso, la riforma della recidiva del 2005 e, prima ancora, la normativa introdotta negli anni Novanta per far fronte al fenomeno della criminalità di stampo mafioso.

Ci si domanda se detti automatismi siano legittimi e in che modo possano coniugarsi con i principi costituzionali che giustificano e fondano la discrezionalità giudiziale. Quest'ultima, infatti, lungi dall'essere fine a se stessa, realizza principi fondamentali, quali quelli di uguaglianza–ragionevolezza, offensività–proporzione, rieducazione della pena.

Eppure, l'attribuzione di poteri al giudice penale non è priva di controindicazioni, specie sotto il profilo della certezza e prevedibilità della pena. Ecco, dunque, che – una volta accertata l'illegittimità degli automatismi sanzionatori – si pone il problema di indagare sulla ricerca di una soluzione atta a guidare, in qualche modo, l'esercizio del potere del giudice nella determinazione del trattamento sanzionatorio. Il tutto nella consapevolezza che il tema del potere discrezionale del giudice penale – e del suo retto esercizio – non coinvolge solamente l'esigenza di certezza del diritto, ma tutto l'andamento di una società: un suo cattivo impiego, difatti, rischia di scuotere la fiducia dei consociati nel diritto e in chi lo amministra.

L'argomento della ricerca ha un indubbio rilievo costituzionale: le pene (specialmente quelle restrittive della libertà personale), la loro giustificazione e previsione, la loro applicazione, sono aspetti dell'ordinamento oggetto di limiti e garanzie a livello costituzionale. La Costituzione pone confini invalicabili, detta principi vincolanti, orienta le scelte legislative e condiziona quelle giudiziarie e amministrative. Poiché si tratta di principi supremi le cui conseguenze concrete spesso sfuggono a precise definizioni normative, ecco che assume un particolare rilievo la giurisprudenza della Corte costituzionale. Da qui, le ragioni dell'indagine che segue.



## INDICE

### IL POTERE DISCREZIONALE DEL GIUDICE PENALE E LA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DEGLI AUTOMATISMI SANZIONATORI NEL MOMENTO DELLA COMMISURAZIONE E DELL'ESECUZIONE DELLA PENA

	Pag.
INTRODUZIONE - Di cosa si parlerà e come se ne parlerà.....	1
CAPITOLO PRIMO - La discrezionalità del giudice penale: fondamento, àmbiti e limiti.....	7
1. Le ragioni e il significato della discrezionalità del giudice penale.....	7
2. Il fondamento costituzionale della discrezionalità penale: premesse.....	10
3. Il principio di uguaglianza e ragionevolezza.....	13
4. Il principio di offensività e il suo corollario di proporzione.....	17
5. I profili teleologici della discrezionalità penale: premesse.....	21
6. Segue. La funzione della pena nel nostro ordinamento.....	26
7. L'articolo 27 della Costituzione quale ulteriore fondamento della discrezionalità giudiziale.....	30
8. Discrezionalità e legalità: esigenze di differenziazione e vincoli di sistema.....	31
9. Il primo àmbito della discrezionalità giudiziale: la commisurazione della pena.....	37
10. Il secondo àmbito della discrezionalità giudiziale: l'esecuzione della pena.....	41
11. Dalla «teoria» alla «prassi»: considerazioni sparse sui limiti della configurazione legislativa della discrezionalità.....	46
12. Dalla «teoria» alla «prassi»: «politica penale giudiziaria» e critiche.....	51
13. Una risposta alle critiche: gli automatismi sanzionatori.....	60

CAPITOLO SECONDO – La legittimità costituzionale degli automatismi sanzionatori previsti al momento della commisurazione della pena.....	69
1. Premessa: contesto e avvio della riflessione.....	69
2. Le pene fisse come paradigma degli automatismi sanzionatori.....	73
3. Segue: alcune riflessioni sull'ergastolo quale pena fissa.....	80
4. Pene accessorie fisse ed automatiche: prime pronunce di incostituzionalità.....	85
5. Le circostanze del reato nella commisurazione della pena. Considerazioni generali.....	93
6. Il divieto delle attenuanti generiche al recidivo reiterato.....	98
7. Divieti automatici di subvalenza nel bilanciamento delle circostanze per il recidivo reiterato. Le basi del problema.....	105
8. Segue. Le pronunce di illegittimità costituzionale del divieto di subvalenza della recidiva reiterata.....	111
9. Considerazioni sull'attuale estensione del divieto di subvalenza della recidiva reiterata.....	118
10. La recidiva obbligatoria di cui all'art. 99, quinto comma, cod. pen. ....	121
11. Conclusioni intermedie alla luce della giurisprudenza esaminata .....	130
CAPITOLO TERZO – La legittimità costituzionale degli automatismi sanzionatori previsti durante l'esecuzione della pena.....	135
1. Premessa: l'individualizzazione del trattamento penitenziario e gli ostacoli alla sua realizzazione.....	135
2. L'art. 4- <i>bis</i> dell'ordinamento penitenziario e le presunzioni di pericolosità.....	140
3. Considerazioni sulla legittimità delle presunzioni poste alla base dell'art. 4- <i>bis</i> dell'ordinamento penitenziario.....	148
3.1. La logica del «tipo di reato» e del «tipo di autore».....	148
3.2. La condotta collaborante elevata a unico indizio di rottura del vincolo associativo.....	152
4. I persistenti dubbi di legittimità dell'art. 4- <i>bis</i> dell'ordinamento penitenziario.....	157
5. Segue. L'ergastolo ostativo.....	161
6. Ulteriori automatismi sanzionatori nell'ordinamento penitenziario.....	165
7. Segue. I principi di diritto espressi dalla Corte costituzionale.....	172
8. Profili di diritto intertemporale del regime preclusivo di accesso ai benefici penitenziari....	177
8.1. L'estensione delle nuove norme ai condannati in corso di esecuzione: l'incostituzionalità di revoca e diniego automatici di benefici penitenziari.....	180
8.2. L'estensione delle nuove norme ai condannati privi di un percorso rieducativo in atto: il principio del <i>tempus regit actum</i> .....	187
9. Automatismi in materia di liberazione condizionale.....	191
10. La preclusione assoluta delle misure alternative per il cittadino extracomunitario irregolare.....	196

11. La sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva ai sensi della legge n. 207 del 2003 (c.d. «indultino»).....	201
12. Gli automatismi e le preclusioni nell'esecuzione penale minorile.....	206
13. Conclusioni intermedie alla luce della giurisprudenza esaminata.....	212
CONCLUSIONI – Riflessioni d'insieme alla luce della ricerca svolta: cosa è stato fatto e cosa si può ancora fare.....	217
1. Rilievi introduttivi.....	217
2. Le ricadute all'interno delle dinamiche del sindacato di costituzionalità: l'«archetipo» delle sentenze della Corte costituzionale e la «delega di bilanciamento».....	219
3. Le ricadute sul versante della politica legislativa: quale futuro per gli automatismi sanzionatori nel diritto penale? Spunti dalla c.d. «riforma Orlando».....	224
4. Segue. Come vincolare la discrezionalità del giudice penale senza ricorrere agli automatismi sanzionatori? Riflessioni sull'opportunità di predisporre criteri-guida e sulla più ampia riforma del sistema sanzionatorio.....	232
5. Le ricadute nel capitolo della teoria generale delle fonti: il ruolo odierno del giudice penale alla luce della giurisprudenza di Strasburgo e la riscoperta del ruolo della motivazione.....	240
BIBLIOGRAFIA.....	251





## INTRODUZIONE

### DI COSA SI PARLERÀ E COME SE NE PARLERÀ

«Chi vive nella pratica della giustizia penale rileva ad ogni passo la insufficiente efficacia regolamentare del comando legislativo»<sup>1</sup>. Così scriveva Salvatore Messina nel 1947 nella sua celebre monografia *La discrezionalità nel diritto penale*. L'Autore, ragionando su tutti gli àmbiti in cui si esplica il soggettivo apprezzamento del giudice penale, ammetteva come vi fosse un «insoddisfacente contrasto» tra l'oscillare dell'applicazione del diritto ai casi concreti e la portata generale che si pretende assegnare alla voce della legge. A ben vedere, settant'anni dopo, la situazione non è cambiata.

Con riguardo alla sanzione penale – ciò di cui ci occuperemo nel presente lavoro –, ci si lamenta sempre più spesso – e non a torto – dell'eccessiva aleatorietà ed incertezza della pena. Aleatorietà al momento della commisurazione e incertezza nella fase dell'esecuzione.

La critica che spesso si muove ai sistemi attuali è quella della disparità tra sentenze formulate da giudici diversi, per casi che, a prima vista, non sembrano tra loro sostanzialmente dissimili. Tanto da sollevare, da parte degli stessi operatori del diritto, il timore che l'esito possa cambiare a seconda del giudice–persona fisica in cui si ha la fortuna, o la sfortuna, di imbattersi<sup>2</sup>. Tale constatazione conduce ad affermare una sostanziale libertà del giudice nell'esercizio del potere affidatogli e, conseguentemente, solleva l'esigenza di trovare un modo per restringere detta discrezionalità.

---

<sup>1</sup> Cfr. S. MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, 1947, 1.

<sup>2</sup> Di tale perplessità dà conto, tra gli altri, F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 19 dicembre 2016. In argomento, AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002. Sul tema si veda anche A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2007, 1 ss. L'Autore racconta alcune concrete vicende penali e il loro differente epilogo giudiziale; si chiede poi quali ripercussioni possono avere simili (dis)avventure giudiziarie sulla vita e sulle attività economiche degli individui coinvolti e quali effetti esse producono su altri cittadini e sulla fiducia intorno all'amministrazione della giustizia.

La discussione sui vincoli alla discrezionalità giudiziale non è certo contingente. Specie con riguardo alla giurisdizione penale, essa involge un problema di equilibrio tra i principi che informano la materia: quello di legalità (art. 25, secondo comma, Cost.), da un lato, e quelli di personalità e funzione rieducativa della pena (artt. 3, 27, primo e terzo comma, Cost.), dall'altro<sup>3</sup>.

Il primo esige che le scelte fondamentali circa le condotte meritevoli di pena e il relativo trattamento sanzionatorio siano compiute dalle istituzioni rappresentative. Non solo. Tali scelte devono rispondere ai canoni della tassatività e determinatezza, onde evitare l'arbitrio dei poteri esecutivo e, per l'appunto, giudiziario, assolvendo, in tal modo, anche l'esigenza di certezza e prevedibilità.

Dall'altro lato abbiamo la discrezionalità del giudice penale, da tempo individuata quale presidio irrinunciabile di valori costituzionali fondamentali. Essa è legata ad esigenze di individualizzazione della sanzione penale, ossia di inflizione di sanzioni che siano il più possibile corrispondenti alle caratteristiche del caso concreto (alla gravità della condotta, alla personalità e all'attitudine criminosa del singolo). Così facendo si dovrebbe pervenire ad una pena il più possibile equa e protesa al recupero sociale dell'individuo.

Questo problema di equilibrio rappresenta uno dei profili centrali e risalenti della riflessione sul «volto costituzionale» del sistema penale<sup>4</sup>.

Il legislatore italiano del Trenta, optando per un sistema sanzionatorio a *discrezionalità vincolata*, ha disciplinato il metodo attraverso il quale il giudice deve commisurare la pena al caso concreto, individuando dei limiti predeterminati (*in primis*, artt. 132, 133 cod. pen.), allo scopo di contemperare le due opposte esigenze.

Questo sistema di vincoli, non aggiornato e modulato in base alla nuova ideologia sulle funzioni della pena emergente dalla Costituzione, è stato, via via, eluso, dando luogo a quell'incertezza prima menzionata. Ciò è avvenuto, da un lato, a seguito di numerose novelle legislative che hanno oltremodo ampliato i poteri del giudice, dall'altro lato, attraverso una prassi applicativa non sempre rispettosa della lettera della legge.

Falliti i numerosi tentativi di riformare l'ordinamento penale, negli ultimi anni si è assistito ad una serie di interventi legislativi frammentari e particolari, tesi a restringere gli àmbiti della discrezionalità giudiziale, attraverso l'introduzione di *automatismi legislativi*. La cartina di

---

<sup>3</sup> Cfr. G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in R. GAROFOLI, T. TREU (diretto da), *Il libro dell'anno del diritto 2014 Treccani*, Roma, 2014, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 7 gennaio 2014; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, 582, rileva che il potere discrezionale di commisurazione della sanzione, momento centrale dell'intero sistema penale, «segna il punto di massima tensione col fondamentale principio di legalità che ispira il diritto penale».

<sup>4</sup> Cfr. A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 10 giugno 2014.

tornasole di questa svolta repressiva è rappresentata dalle riforme che hanno coinvolto alcuni istituti tipici della commisurazione e dell'esecuzione penale.

Stante la loro influenza sul sistema punitivo, queste limitazioni sono conosciute con il nome di *automatismi sanzionatori*. Si è di fronte ad un automatismo sanzionatorio tutte le volte in cui il legislatore, al verificarsi di un dato presupposto, fa seguire una determinata conseguenza, incidente, perlopiù, sulla libertà personale. Il giudice, al cospetto di una siffatta previsione, non ha alcuna possibilità di scelta né di gradazione alla luce della reale gravità del fatto della vita.

Le ragioni che stanno alla base della nuova tendenza legislativa sono complesse – come si avrà modo di vedere nel corso della trattazione – e spesso non sono legate a quell'insoddisfacente divaricazione tra previsione astratta e pena concreta di cui si è fatta menzione né alla aleatorietà ed incertezza delle decisioni. Il legislatore è per lo più intervenuto con l'obiettivo di fornire una risposta severa a taluni fenomeni criminosi ovvero a determinati tipi di autore.

Già in passato, il Parlamento aveva cercato – prima con riguardo al terrorismo interno, poi con riguardo alla criminalità di stampo mafioso – di definire àmbiti di maggior rigore, con l'introduzione di aggravanti speciali e preclusioni nel godimento di istituti propri della fase dell'esecuzione. La normativa di risulta – come si vedrà – ha dato l'avvio ad un modello punitivo a forbice: da un lato, un forte rigore di principio, dall'altro forti mitigazioni per chi collabori con l'autorità giurisdizionale.

Ma è soprattutto nella riforma della recidiva del 2005 e nei «pacchetti sicurezza» del biennio 2008–2009 che può scorgersi la tendenza alla riemersione di presunzioni di pericolosità ed automatismi sanzionatori. Presunzioni e automatismi, spesso lontani dai principi costituzionali che àncorano il diritto penale a un'impostazione oggettivistica e rispondono a istanze di rassicurazione che emergono dall'opinione pubblica più che a esigenze di controllo della criminalità. Tanto da chiedersi se siffatti interventi legislativi non abbiano accelerato il processo di prepotente riemersione del diritto penale del «tipo di autore» dall'«angolo buio del sistema penale» in cui sembrava essere stato confinato per sempre.

Il pericolo che si annida dietro alla gestione dell'emergenza – che è per definizione una situazione eccezionale – è di legittimare l'introduzione di profonde deroghe ai principi fondamentali in tema di diritti e garanzie dell'individuo; deroghe destinate a diventare regola nella misura in cui l'emergenza diviene «perenne emergenza»<sup>5</sup>.

Questo «doppio binario», sintomo di una crisi profonda di ineffettività della sanzione penale, non elimina certo lo stato di dissolvimento in cui versa il sistema sanzionatorio nel suo

---

<sup>5</sup> Cfr. G.L. GATTA, *Il diritto di fronte all'emergenza. Tra terrorismo e rifugiati, ricordando Guido Dalli*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 marzo 2016.

complesso. Anzi, esso forse contribuisce ad accentuarlo nei termini in cui introduce un'odiosa disparità di trattamento ovvero, secondo altro punto di vista, un'ingiusta parificazione.

La Corte costituzionale, nel corso degli anni, ha dato vita ad una complessa ed articolata giurisprudenza sulla problematica degli automatismi sanzionatori, le cui linee evolutive, che appaiono snodarsi nella dialettica tra i principi costituzionali di ragionevolezza, offensività e rieducazione, cercherò di tracciare nel corso del presente lavoro.

Ridurre a sistema la copiosa giurisprudenza della Corte in tema di automatismi legislativi di tipo sanzionatorio rappresenta un compito che non si ha la pretesa né la presunzione di affrontare. Eppure non si può sfuggire alla tentazione di ricercare alcune direttrici del percorso logico-dogmatico compiuto dalla Corte costituzionale allorché si è dovuta occupare della problematica in parola.

Un tentativo di sistematizzazione della vasta giurisprudenza costituzionale in materia può essere compiuto distinguendo due grandi categorie di automatismi: quelli incidenti sulla commisurazione della sanzione (CAPITOLO SECONDO) e quelli operanti nella fase dell'esecuzione della pena (CAPITOLO TERZO).

Com'è noto, la sanzione penale esplica la propria funzione in tre fasi, e cioè la minaccia – propria della legge –, l'inflizione – che rientra nell'attività del giudice – e, infine, l'esecuzione – che riguarda il momento dell'espiazione della pena inflitta –. La discrezionalità giudiziale si coglie con riferimento a queste due ultime fasi. Nella seconda fase viene in gioco l'operazione di commisurazione della pena: in tale momento la sanzione comincia ad acquisire concretezza rivolgendosi al reo di un fatto tipico. Nella terza fase, infine, la pena comminata vive un'operazione di continuo adeguamento a seconda dei progressi compiuti dal condannato nel percorso di risocializzazione dallo stesso intrapreso.

Lungi dal rappresentare due momenti distinti, la commisurazione e l'esecuzione penale costituiscono parti dell'unico disegno. Ciò non tanto, e non solo, perché la seconda costituisce il fisiologico sbocco della prima, ma soprattutto perché, la patologia in sede di commisurazione della pena si riversa inevitabilmente sulla fase dell'esecuzione penale. Quanto più la pena inflitta dal giudice della cognizione appare sproporzionata al disvalore del fatto, tanto più si cercherà successivamente di mitigarne l'esecuzione.

L'esame di tale casistica sarà preceduto da un'analisi, introduttiva e circoscritta, del fondamento e dei limiti della discrezionalità del giudice penale. La particolare fisionomia della materia penale suggerisce di ricercare *ratio* e fondamento di tale discrezionalità nei principi e nei diritti costituzionali e/o convenzionali specificamente ritagliati su questa materia, sì da meglio focalizzare il perché la limitazione di tale potere sia tanto importante (CAPITOLO PRIMO).

Il problema del potere discrezionale del giudice penale e del suo retto esercizio non coinvolge solamente l'esigenza di certezza del diritto, ma tutto l'andamento di una società: un

suo cattivo impiego, difatti, rischia di scuotere la fiducia dei consociati nel diritto e in chi lo amministra. In ciò si coglie la responsabilità che il giudice ha quando, ogni giorno, è chiamato a sciogliere, in piena coscienza, il nodo gordiano di un provvedimento che duramente incide sui diritti di libertà e sul patrimonio dell'imputato<sup>6</sup>.

Si badi che, con questo lavoro, non si intende esprimere alcun giudizio in merito alle perplessità manifestate da più parti circa l'eccessiva tenuità del trattamento sanzionatorio scontato in concreto dagli autori di delitti particolarmente gravi e riprovevoli ovvero, all'opposto, circa l'eccessiva severità della pena per delitti giudicati di minore allarme sociale. Si intende soltanto esaminare la tenuta costituzionale di talune previsioni legislative che, per come formulate, impediscono al giudice di adattare la pena al caso concreto. Osservatorio privilegiato di questa analisi non può che essere la giurisprudenza costituzionale, nel suo ruolo di interprete e promotore delle garanzie sancite in Costituzione. Stante la rilevanza fondamentale della questione, la Corte costituzionale è intervenuta, con sempre maggiore frequenza ed autorevolezza, seppur nella consapevolezza che la discrezionalità del legislatore, nella scelta del tipo e della misura delle sanzioni, impone estrema cautela nella decisione<sup>7</sup>.

Dalle indicazioni «negative» della Corte costituzionale – che si sostanziano, come vedremo, nelle pronunce di incostituzionalità –, si tenterà, in questa ricerca, soprattutto di trarre gli elementi «positivi» utili ai fini di una ricostruzione del sistema delle pene.

Le conseguenze delle dichiarazioni di illegittimità costituzionale sono di estremo interesse tanto sul piano pratico quanto sul piano teorico, investendo temi di assoluto rilievo, quali ad esempio: la natura e la portata delle sentenze di incostituzionalità di detti automatismi; la legittimità di future presunzioni assolute nell'ordinamento penale; il ruolo della legge e quello del giudice nell'esercizio del potere punitivo (CONCLUSIONI).

Non si mancherà di fare un accenno ad alcuni recentissimi progetti di riforma, ad ulteriore dimostrazione di quanto il tema in esame abbia conosciuto nell'ultimo tempo una grande riscoperta. In questo senso si farà menzione del dibattito sviluppatosi nell'ambito degli *Stati generali dell'esecuzione penale*, dove uno dei tanti Tavoli tematici si è incentrato proprio sulla questione delle condizioni ostative alla concessione dei benefici penitenziari. Ed, ancora, si accennerà alla legge 23 giugno 2017, n. 103, c.d. legge Orlando, «Modifiche al codice penale, al

---

<sup>6</sup> T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, 372, parla di un quotidiano «dramma» che vivrebbe il giudice penale al momento dell'irrogazione della pena, stante l'importanza del corretto esercizio del suo potere.

<sup>7</sup> Sul particolare rigore con cui la Corte costituzionale si pronuncia in materia penale, per le conseguenze che ne discendono sia per la libertà del singolo che per la tutela della collettività, si veda, tra gli altri, G. VASSALLI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006, 1021.

codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario», contenente un'ampia delega al Governo per la riforma dell'ordinamento penitenziario.

## CAPITOLO PRIMO

### LA DISCREZIONALITÀ DEL GIUDICE PENALE: FONDAMENTO, ÀMBITI E LIMITI

1. LE RAGIONI E IL SIGNIFICATO DELLA DISCREZIONALITÀ DEL GIUDICE PENALE. – 2. IL FONDAMENTO COSTITUZIONALE DELLA DISCREZIONALITÀ PENALE: PREMESSE. – 3. IL PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA E RAGIONEVOLEZZA. – 4. IL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ E IL SUO COROLLARIO DI PROPORZIONE. – 5. I PROFILI TELEOLOGICI DELLA DISCREZIONALITÀ PENALE: PREMESSE. – 6. SEGUE. LA FUNZIONE DELLA PENA NEL NOSTRO ORDINAMENTO. – 7. L'ARTICOLO 27 DELLA COSTITUZIONE QUALE ULTERIORE FONDAMENTO DELLA DISCREZIONALITÀ GIUDIZIALE. – 8. DISCREZIONALITÀ E LEGALITÀ: ESIGENZE DI DIFFERENZIAZIONE E VINCOLI DI SISTEMA – 9. IL PRIMO ÀMBITO DELLA DISCREZIONALITÀ GIUDIZIALE: LA COMMISURAZIONE DELLA PENA. – 10. IL SECONDO ÀMBITO DELLA DISCREZIONALITÀ GIUDIZIALE: L'ESECUZIONE DELLA PENA. – 11. DALLA «TEORIA» ALLA «PRASSI»: CONSIDERAZIONI SPARSE SUI LIMITI DELLA CONFIGURAZIONE LEGISLATIVA DELLA DISCREZIONALITÀ. – 12. DALLA «TEORIA» ALLA «PRASSI»: «POLITICA PENALE GIUDIZIARIA» E CRITICHE. – 13. UNA RISPOSTA ALLE CRITICHE: GLI AUTOMATISMI SANZIONATORI.

#### 1. LE RAGIONI E IL SIGNIFICATO DELLA DISCREZIONALITÀ DEL GIUDICE PENALE

In tutti i rami dell'ordinamento, il giudice gode di una certa discrezionalità in fase decisoria<sup>8</sup>. Eppure, in àmbito penale, l'attribuzione di poteri discrezionali all'autorità giurisdizionale è avvertita con particolare preoccupazione, stante l'importanza dei beni giuridici sui quali essa va ad incidere<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> In argomento, C. MORTATI, voce *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1960, 1099. L'Autore isola tre concetti di discrezionalità: discrezionalità come potere, discrezionalità come attività di esercizio del potere e discrezionalità come atto discrezionale conclusivo dell'esercizio del potere.

<sup>9</sup> Qualunque sia la funzione che assegniamo alla pena, occorre partire da una constatazione: la pena è una risposta in negativo; una perdita che si aggiunge alla perdita irreparabile patita dal bene giuridico tutelato. Non a caso il diritto penale è stato anche definito «terribile diritto» poiché la tutela di beni giuridici si attua attraverso la lesione di beni giuridici. Così P. CHIRULLI, *La sanzione penale: ovvero «se», «come», «quando» e «quanto» punire, alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in E. D'ORLANDO, L. MONTANARI (a cura di), *Il*

Le ragioni che stanno alla base del riconoscimento di tale discrezionalità risiedono essenzialmente nella varietà e specificità dei fatti penalmente rilevanti che si verificano in concreto. Siffatta varietà impedisce al legislatore di prevedere in anticipo, nel momento in cui elabora le norme giuridiche astratte, risposte punitive calibrate in relazione alla singola e reale condotta criminosa<sup>10</sup>. Se così non fosse, egli si troverebbe costretto ad inseguire la multiforme realtà mediante l'incessante previsione di nuove fattispecie incriminatrici.

Le «infinite strutture di valore del fatto che si traducono nella maggiore o minore rimproverabilità dell'agente, ossia la significatività di valore o disvalore»<sup>11</sup> impongono la concessione al giudice penale di una zona di autonomia – interpretativa e valutativa – che gli consenta di adattare, caso per caso, la volontà normativa. Quest'ultima emerge dalla fattispecie astratta valida per una moltitudine di casi della vita tutti riconducibili, ancorché diversamente circostanziati, a tale previsione generale.

Per meglio comprendere le ragioni poste alla base dell'esigenza di differenziare le singole situazioni, sarà utile richiamare alla mente un celebre esempio che tradizionalmente si studia nella manualistica classica. Il caso – riconducibile a Reinhard Frank – è quello dell'appropriazione indebita. Il giurista tedesco richiama due ipotesi: la prima è quella dall'appropriazione di denaro commessa da un cassiere di negozio, ben retribuito, scapolo e abituato a svaghi costosi; la seconda è quella dalla sottrazione della medesima somma di denaro compiuta da un fattorino mal retribuito, con la moglie ammalata e molti bambini da mantenere. I due episodi, pur riconducibili alla medesima fattispecie di reato, presentano, a ben vedere, differenze obiettivamente innegabili, quantomeno sotto il profilo della rimproverabilità soggettiva. Tali diversità, ancorché non implicanti un diverso giudizio in punto di responsabilità penale dei due agenti, potranno – e dovranno – riemergere al momento della commisurazione della pena<sup>12</sup>.

In altre parole, si fa strada, nel diritto penale, l'istanza di riportare l'entità della sanzione al peso che assumono, tra gli altri, i motivi dell'azione, le circostanze in cui questa si realizza,

---

*diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, 39. In argomento, si veda altresì F. RAMACCI, *Diritto penale e Costituzione*, *Ibidem*, XXI.

<sup>10</sup> Il problema della discrezionalità comincia a porsi nel tardo giusrazionalismo, contestualmente al consolidamento dello Stato di diritto. Esso si inserisce nel quadro della più ampia tematica dei limiti all'esercizio del potere punitivo ed è strettamente connesso, in rapporto di tensione, al soddisfacimento di esigenze di legalità. Cfr. R. SATURNINO, voce *Discrezionalità (Diritto penale)*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989 e letteratura tedesca ivi richiamata.

<sup>11</sup> Cfr. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, 58.

<sup>12</sup> Parimenti si pensi all'errore di manovra del ferroviere fresco di energie e all'analogo errore commesso del compagno alla fine di una giornata lavorativa. Gli esempi sono riportati da G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, 320.



l'entità del danno procurato. E ciò in quanto «non ogni fatto volontario merita lo stesso rimprovero; come pure fra i fatti involontari ve ne sono di più gravi e meno gravi»<sup>13</sup>.

In questo risiede la particolarità della «discrezionalità penale» che la contraddistingue dalla nozione di discrezionalità tipica di altri settori dell'ordinamento<sup>14</sup>. È evidente, infatti, come la

---

<sup>13</sup> Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 320: «Da questo punto di vista, la concezione normativa si presta assai bene a prospettare un concetto di colpevolezza idoneo a fungere anche da criterio di commisurazione giudiziale della pena: la concezione in parola, dunque, getta per dir così un ponte tra i due piani della concezione sistematica del reato (colpevolezza = elemento costitutivo dell'illecito penale, accanto alla tipicità e all'antigiuridicità) e della valutazione della gravità del fatto criminoso ai fini della determinazione concreta della sanzione (colpevolezza = criterio di commisurazione della pena)». Ed ancora sul punto T. PADOVANI, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, 566: la «concezione normativa della colpevolezza dà appunto la risposta dogmatica all'esigenza di introdurre la valutazione delle circostanze dell'agire, del processo di motivazione, alla stregua di un canone normativo, trasformando la colpevolezza in un giudizio di rimproverabilità per l'atteggiamento antidoveroso della volontà».

<sup>14</sup> Il tema della discrezionalità del giudice penale è stato affrontato da autorevoli Autori fin da tempi risalenti. Di seguito, in ordine alfabetico, si riportano i principali contributi: G. BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Milano, 1939, ristampa in *Il Tommaso Natale*, 1975; G. BETTIOL, *Pena retributiva e poteri discrezionali del giudice*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1941, 109; G. CARUSO, *La discrezionalità penale nella commisurazione della pena: dovere conoscitivo o potere dispositivo del giudice?*, in *Ind. pen.*, 2006, 564; G. CONTENTO, *Note sulla discrezionalità del giudice penale, con particolare riguardo al giudizio di comparazione fra le circostanze*, in *Il Tommaso Natale*, 1978, 657; T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, 369; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979; ID., *La disciplina della commisurazione della pena: spunti per una riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 34; ID., voce *Potere discrezionale del giudice*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 744; ID., *Razionalità della commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 812; ID., *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, 61; S. LARIZZA, *La commisurazione della pena. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, 596; A.R. LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Napoli, 1967; ID., *Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, in *Il Tommaso Natale*, 1975, 337; S. MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, 1947; V. MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982; L. MONACO, C.E. PALIERO, *Variazioni in tema di «crisi della sanzione»: la diaspora dei sistemi commisurativi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 422; P. NUVOLONE, *Il potere discrezionale del giudice in materia di sanzioni nel diritto penale italiano*, in *Riv. pen. svizzera*, 1959, 220; ID., *Il ruolo del giudice nell'applicazione della pena*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, II, Padova, 1969, 1558; T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma. Il problema delle comminatorie edittali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 423; A. PAGLIARO, *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 25; R. SATURNINO, voce *Discrezionalità (Diritto penale)*, cit.; D. SIRACUSANO, *In tema di discrezionalità nell'applicazione della pena*, in *Foro pen.*, 1957, 382; M. SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, 50; A.M. STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1971; ID., *La commisurazione della pena nel contesto attuale del sistema sanzionatorio. Aspetti problematici*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Vassalli*, I, Milano, 1991, 287; ID., *Prospettive di riforma della commisurazione della pena*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale*, Milano, 1993, 317; G. VASSALLI, *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, in AA.VV., *Conferenze - Primo corso di perfezionamento per uditori giudiziari*, II, Milano, 1958, 725.

discrezionalità penale assuma un significato aggiunto, diverso dalla discrezionalità intesa quale mera competenza a interpretare concetti indeterminati, elastici o vaghi<sup>15</sup>.

Il segno distintivo del concetto in esame è individuabile, come anzidetto, nell'inevitabile incapacità della norma astratta di attribuire un significato univoco, in senso positivo o negativo, a taluni elementi del fatto o del suo autore. Ne consegue l'esplicito rinvio alla valutazione in concreto.

Che esistano situazioni oggettive e soggettive identiche, tali da meritare eguali sanzioni, è pura illusione: ignorare elementi di differenziazione fra episodi concreti, ancorché riconducibili alla stessa fattispecie astratta, dà adito al fondato sospetto di integrare ipotesi di arbitrio e discriminazione. In altre parole, è la «giustizia» del caso concreto – che poi è la «vera» giustizia – ad esigere il «costo» della discrezionalità giudiziale<sup>16</sup>.

Il potere di connotazione è un potere intrinseco, fisiologico alla funzione giudiziaria, insopprimibile e ineludibile per la specificità, singolarità e irripetibilità dei singoli casi concreti.

Ne consegue che l'esercizio della discrezionalità non è facoltativo ma è doveroso: il giudice ha l'obbligo, a prescindere da istanze di parte, di procedere all'accertamento del disvalore penale in rapporto al fatto concreto e al suo autore<sup>17</sup>. Siffatto tipo di valutazione riflette l'effettivo modo di operare della prassi giudiziaria nella commisurazione della pena.

Ciò premesso sul significato che, in materia penale, assume la nozione di discrezionalità giudiziale, si passerà ora brevemente ad esaminare quali sono i profili teleologici – il *perché* – e metodologici – il *come* – delle dinamiche commisurative della pena. In questo senso, si procederà, *in primis*, a un'analisi dei principi costituzionali che fondano detto potere, per poi arrivare a un rapido esame del dato normativo positivo. Ricostruito così l'impianto «teorico» della discrezionalità penale nel nostro ordinamento, sarà utile effettuare un confronto con la prassi applicativa.

## 2. IL FONDAMENTO COSTITUZIONALE DELLA DISCREZIONALITÀ PENALE: PREMESSE

Nel paragrafo precedente si è cercato di spiegare, anche attraverso l'ausilio di esempi pratici, perché non si possa fare a meno della discrezionalità giudiziale. Ma quali sono, ammesso che ce ne siano, i principi costituzionali che fondano il potere del giudice penale?

La risposta a tale quesito non è di poco conto.

---

<sup>15</sup> Per approfondimenti, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, cit., 41. Propende per una costruzione unitaria di discrezionalità, F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, 21.

Sull'attività interpretativa del giudice penale, si veda, tra gli altri S. LORUSSO, *Interpretazione, legalità processuale e convincimento del giudice*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 giugno 2015.

<sup>16</sup> Cfr. M. SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, cit., 53.

<sup>17</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2011, 783.

Per prima cosa, essa consente di ancorare al massimo livello - quello costituzionale appunto - la necessità di riconoscere uno spazio decisorio discrezionale all'autorità giurisdizionale. Esigenza, questa, che, pur potendo essere bilanciata - e dunque in parte compensata - da altri bisogni di pari livello, non può mai essere totalmente compressa<sup>18</sup>.

In secondo luogo, il riconoscimento di un fondamento costituzionale alla discrezionalità giudiziale autorizza la Corte costituzionale a valutare la legittimità di norme introdotte per limitare, in vario modo, il potere del giudice. Si badi, sin da ora, che l'operazione di controllo svolta dalla Consulta è particolarmente delicata stante la necessità di rispettare l'esercizio della discrezionalità legislativa da parte degli organi competenti, in relazione alle scelte di penalizzazione e alla misura delle sanzioni. Se è vero che la materia penale è tradizionalmente considerata soggetta alle opzioni del legislatore, è altrettanto vero che non si può, per ciò solo, escluderne il controllo di legittimità costituzionale. Tale discrezionalità, infatti, ben può essere oggetto di censura, in sede di scrutinio di costituzionalità, ove il suo esercizio ne manifesti un «uso distorto o arbitrario»<sup>19</sup>.

Il quesito posto è oltremodo complesso e meriterebbe un'ampia e approfondita trattazione, che non può trovare spazio in questo lavoro. Ci si limiterà, pertanto, a fornire delle sintetiche indicazioni, nella speranza di non incorrere in eccessive semplificazioni.

---

<sup>18</sup> Nell'attribuzione di potere discrezionale al giudice penale, il legislatore è chiamato a rispettare taluni principi che rappresentano vere e proprie coordinate indispensabili al suo orientamento. Il contenuto della legge, infatti, deve commisurarsi ai valori «sostanziali» della Costituzione, cfr. A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, 653. In argomento, si veda altresì C. MEZZANOTTE, *Le fonti tra legalità e legittimità*, in *Queste istituzioni*, 1991, 51.

<sup>19</sup> Proprio nell'ambito del trattamento sanzionatorio degli illeciti penali, la Corte costituzionale ha più volte ribadito i limiti del sindacato di costituzionalità: rientra nella discrezionalità del legislatore «tanto la definizione delle varie figure di reato quanto il ricorso ai relativi provvedimenti di clemenza» e «allo stesso modo» l'esecuzione penale. Così, Corte cost., sent. 2 - 7 luglio 1980, n. 107, § 3 del *Considerato in diritto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 1134, con nota di L. CESARIS, *Corte costituzionale e misure alternative alla detenzione: una decisione discutibile*. L'Autrice critica l'iniziale atteggiamento di autolimitazione della Corte costituzionale. La Corte costituzionale ha tradizionalmente preferito seguire la strada di restringere le pronunce di illegittimità ai casi in cui fosse rilevabile una ingiustificata disparità di trattamento sanzionatorio con quello previsto per altri reati, usati come *tertia comparationis*, sulla base di valutazioni attinenti i rapporti tra beni giuridici tutelati nelle fattispecie a confronto, il grado di offensività espresso dalle condotte incriminate e le sanzioni previste per ciascuno, così da ricondurre la violazione non a valutazioni soggettive del giudice delle leggi, ma a situazioni di incoerenza in riferimento alle scelte già operate dal legislatore. Seguendo questa strada, ad esempio, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale del delitto di «rifiuto del servizio militare per motivi di coscienza» (art. 8, secondo comma, legge 15 dicembre 1972, n. 772) ritenendo la pena prevista irragionevolmente diversa rispetto a quella per il delitto di mancanza alla chiamata (art. 151 c.p.mil. di pace), in presenza dell'identità dell'oggetto di tutela, così da poter fissare la sanzione nei limiti edittali previsti per quest'ultimo reato (Corte cost., sent. 6 - 18 luglio 1989, n. 409, in *Giur. cost.*, 1990, 1711). Sul problema dei confini tra discrezionalità legislativa e vincoli costituzionali, si veda F. PALAZZO, *Prevenzione generale e allarme sociale nella questione dei limiti alle misure alternative*, in *Giur. cost.*, 1980, I, 1734.

Un primo punto di partenza è dato – come si vedrà tra breve – dal testo della Carta costituzionale. Altri utili spunti sono poi offerti dalla giurisprudenza (costituzionale e di legittimità) che è andata via via specificandosi anche grazie all'irrompere del diritto internazionale e sovranazionale in ambito penale. A tal proposito, un ruolo sempre più preponderante è assunto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, più in generale, dai cataloghi, internazionali e sovranazionali, di diritti. Questi – oltre a contenere alcune espresse indicazioni che concernono essenzialmente le condizioni di esecuzione della pena detentiva e il divieto della pena di morte – delineano un limite contenutistico alle scelte di incriminazione nella parte in cui queste incidono negativamente sull'esercizio dei diritti fondamentali.

Come anticipato, è imprescindibile avviare la riflessione proprio dalla Costituzione. Da essa – e, in particolare, dalle disposizioni afferenti alla materia penale – sono enucleabili le prime esplicite indicazioni per il legislatore e per il giudice: entrambi devono informare le loro scelte ai principi di eguaglianza (art. 3 Cost.), colpevolezza e personalità della responsabilità penale (art. 27, primo comma, Cost.), nel rispetto della finalità rieducativa e della dignità umana (art. 27, terzo comma, Cost.).

A questi espressi riferimenti se ne aggiungono di ulteriori affermatosi per via giurisprudenziale. Ancorché frutto di un processo di interpretazione, essi vantano, come i primi, un rilievo costituzionale perché implicitamente ricavabili dalla Carta fondamentale ovvero appartenenti a quel nucleo fondante di principi propri di ogni Stato civile, tanto da trovare riconoscimento nelle Carte internazionali dei diritti. Tra questi vi sono il principio di offensività e il principio di proporzionalità della pena.

«Eguaglianza», «offensività» e «proporzionalità», nella loro valenza di principi<sup>20</sup>, hanno esibito una molteplicità di usi in varie direzioni<sup>21</sup>: in senso «meta-normativo», cioè come norme relative ad altre norme, ossia come «criterio di produzione» cui il legislatore dovrebbe attenersi nell'ambito delle scelte politiche in materia penale; *de iure condito*, come «criterio di controllo»

---

<sup>20</sup> «Eguaglianza», «offensività» e «proporzionalità» vengono solitamente considerati rappresentativi di «norme–principio», da intendersi, secondo l'accezione che qui si privilegia, come norme espressive di valori che entrano in giudizi di bilanciamento con altri valori, in contrapposizione alle «norme–regola», descrittive di fattispecie, in cui sussumere fatti, cui sono collegati determinati effetti giuridici. Normalmente si distingue tra bilanciamento di interessi e bilanciamento di valori, talvolta differenziando l'oggetto del bilanciamento a seconda dell'ambito istituzionale: politico, giurisdizionale di costituzionalità, giurisdizionale comune, cfr. A. MORRONE, voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, 2008, 185. Tra i costituzionalisti spesso i principi vengono ricostruiti come *medium* tra valori e regole, G. AZZARITI, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, 241; G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009, 100. Sul generale tema del bilanciamento e sul ruolo della Corte costituzionale, L.A. MAZZAROLLI, *Il Giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, Padova, 2000, 211.

<sup>21</sup> Cfr. T.E. EPIDENDIO, *Eguaglianza, offensività e proporzione della pena*, in R. GAROFOLI, T. TREU (diretto da), *Il libro dell'anno del diritto 2015 Treccani*, Roma, 2015, [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

del diritto già prodotto, cioè come criterio per la valutazione della sua legittimità operata dalla Corte costituzionale, «organo di chiusura» del sistema. Nell'ambito di questa valenza di controllo è, poi, emersa la possibilità di usare i principi in parola anche in chiave interpretativa, cioè come strumento di selezione, o addirittura di integrazione, dei significati attribuibili agli «enunciati» normativi<sup>22</sup>.

Ciò premesso in via generale, si procederà, ora, all'analisi dei principi menzionati, ancorché limitatamente alla loro rilevanza ai fini della presente ricerca. Si specifica subito che il fatto di trattarli in paragrafi separati non assume il significato di una mancanza di legame e connessione tra essi. Anzi, si vedrà come tra eguaglianza, offensività e proporzionalità emerga costantemente una profonda sinergia<sup>23</sup>.

### 3. IL PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA E RAGIONEVOLEZZA

Il principio di uguaglianza, enunciato nell'art. 3 Cost., offre la prima direttrice di indagine nella ricerca sul fondamento costituzionale della discrezionalità del giudice nell'irrogazione della pena<sup>24</sup>.

Dall'art. 3 Cost. si ricava, com'è noto, il basilare enunciato secondo il quale «tutti i cittadini sono uguali davanti alla legge». Enunciato che viene costantemente tradotto in un imperativo di «trattamento eguale degli eguali» e di «trattamento differenziato dei diversi»<sup>25</sup>.

Sebbene autorevole dottrina ritenga che l'art. 3 Cost. non abbia alcun rilievo sotto il profilo della misura della pena, si può constatare come in realtà il giudizio sul *quantum* della pena sia quasi necessariamente comparativo<sup>26</sup>. Il giudice, nella sua ordinaria attività, si trova, infatti, a raffrontare i singoli casi riconducibili alla medesima fattispecie di reato. Basti pensare, in questo

---

<sup>22</sup> Per questa plurima funzione, detti principi hanno una natura ambivalente, giacché indicano, al tempo stesso, un metodo e un fine. Essi, infatti, riaffermano l'emancipazione del momento applicativo da quello normativo formale, così rievocando la figura del «giudice tessitore» e della «proceduralità argomentativa». Contestualmente, essi incanalano nell'alveo della ragione il percorso che l'interprete è tenuto a seguire quando pretenda di ingerirsi legittimamente nella sfera dell'individuo. Cfr. M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3-4, 143.

<sup>23</sup> Cfr. T.E. EPIDENDIO, *Eguaglianza, offensività e proporzione della pena*, cit.

<sup>24</sup> In argomento, A.S. AGRÒ, *Contributo ad uno studio sui limiti della funzione legislativa in base alla giurisprudenza sul principio costituzionale di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1967, 900; G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, 42; L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, 151; C. ROSSANO, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966, 363.

<sup>25</sup> Un quadro d'insieme sul cotesto penalistico in G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit.; G. FIANDACA, *Uguaglianza e diritto penale*, in AA.VV., *Le ragioni dell'uguaglianza*, Milano, 2009, 116; G. SILVESTRI, *Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale*, *Ibidem*, 7.

<sup>26</sup> Cfr. C. ESPOSITO, *Le pene fisse e i principi di uguaglianza, personalità e rieducazione della pena*, in *Giur. cost.*, 1963, 662. Di contro, T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema delle comminatorie edittali*, cit., 427.

senso, all'esempio dell'appropriazione indebita riportato nel primo paragrafo del presente capitolo.

Eppure, affinché il giudice possa trattare «egualmente gli eguali» e «differentemente i diversi» occorre, alla base, che il dettato normativo si ispiri al principio di uguaglianza. Circostanza, del resto, asserita varie volte dalla Corte costituzionale<sup>27</sup>.

Dalla ricca giurisprudenza costituzionale, si evincono alcuni punti fermi sul ruolo assunto dall'art. 3 Cost. nel sindacato di legittimità delle scelte legislative in punto di determinazione dell'ammontare della pena<sup>28</sup>. È possibile affermare, in particolare, che se è vero che la scelta dei criteri di differenziazione è rimessa al legislatore ordinario, è altrettanto vero che tale opzione è soggetta al limite della ragionevolezza. Ciò in un duplice senso: *in primis*, il legislatore deve ragionevolmente valutare diversità o analogie tra le ipotesi da disciplinare e, poi, egli deve ragionevolmente scegliere il trattamento sanzionatorio conseguente<sup>29</sup>.

Due sono, dunque, le considerazioni da svolgere<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> Cfr. E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1974, 354. Per approfondimenti, AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Roma, 1994; AA.VV., *Il principio di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti europee*, Roma, 2013, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); M. CARTABIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in AA.VV., *Il costituzionalista riluttante*, Torino, 2016, 463.

Circa l'oggetto del giudizio di eguaglianza, in un primo tempo, la Corte si era limitata ad esercitare il proprio sindacato *ex art. 3*, primo comma, Cost. sulle disposizioni che davano rilevanza al sesso, alla razza, alla lingua o ad una condizione personale o sociale. Si vedano, a tal proposito, le sentenze n. 3 e 28 del 1957 (in *Giur. cost.*, 1957, 11 e 398). Successivamente, il giudizio di eguaglianza si è tradotto in un generale sindacato sulla ragionevolezza delle scelte legislative. Si veda, recentemente, Corte cost., sent. 19 – 23 marzo 2012, n. 68 (in *Giur. cost.*, 2012, 2, 892) sulla violazione degli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. della mancata previsione, in rapporto al sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 cod. pen.), di una attenuante per i fatti di lieve entità, analoga a quella applicabile alla fattispecie gemella del sequestro di persona a scopo terroristico o eversivo. Per un commento, C. SOTIS, *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione una diminuzione di pena per i fatti di lieve entità. Il diritto vivente «preso – troppo? – sul serio»*, in *Giur. cost.*, 2012, 2, 906B.

<sup>28</sup> Per approfondimenti, A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene ed il controllo di costituzionalità*, in *Giur. it.*, 1971, IV, 192; T. PADOVANI, *La questione di legittimità costituzionale della pena del furto aggravato*, in AA.VV., *Studi Graziani*, 1974, 489; A. PAGLIARO, *Manifesta irragionevolezza dei livelli di pena e delitti di oltraggio*, in *Giur. cost.*, 1995, 2573; S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il giudizio di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 134; M. PAPA, *Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura edittale delle pene in Italia e USA*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, 726.

Tradizionalmente, la coerenza/ragionevolezza è letta e utilizzata come un canone meramente logico-formale, che opera secondo un modello ternario, assimilabile al sillogismo: confronto tra la disciplina prevista dalla norma sottoposta al giudizio di costituzionalità con quella, differente, prevista da un'altra norma della legislazione ordinaria che funge da *tertium comparationis*, in vista del quale possa dirsi che la differenziazione o la classificazione in esame sia ragionevole oppure arbitraria, provvista o carente di un adeguato fondamento giustificativo, e quindi conforme o difforme rispetto al generale imperativo dell'art. 3 Cost.

<sup>29</sup> Per approfondimenti, A. CERRI, *Nuove note sul principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1971, 981.

<sup>30</sup> Sul principio di ragionevolezza, la dottrina è molto vasta. Si vedano A.M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1975, 561; L. PALADIN, voce *Ragionevolezza*

Innanzitutto, l'art. 3 Cost. impone implicitamente un vincolo di coerenza punitiva infrasistemica tra i reati. Un sistema possibilmente coerente di risposte al reato deve essere costruito in ragione di un rapporto di gravità fra diversi tipi di reato, partendo dai delitti più gravi e scendendo verso il basso. Si tratta, come da taluno ritenuto, di «una condizione minima di razionalità, un criterio ordinatore di valutazioni politiche sulla gravità dei reati e sulla traduzione in tipi e misure di pena»<sup>31</sup>.

In questo senso, l'irragionevolezza viene valorizzata attraverso un sindacato intrinseco all'ordinamento penale, assumendo come *tertium comparationis* una scelta fatta dallo stesso legislatore all'interno del sistema penale. Profili di irragionevolezza possono emergere da un confronto del rango dei beni giuridici protetti dalle diverse norme, ovvero del grado o quantità di offesa arrecata (c.d. profilo oggettivo) o, ancora, della natura e consistenza colposa o dolosa della condotta del soggetto agente (c.d. profilo soggettivo).

Ci si deve, dunque, chiedere, per un verso, se differenti ipotesi di reato, normativamente equiparate sotto il profilo della pena, presentino effettivamente in astratto la stessa gravità offensiva tale da giustificare l'eguale trattamento sanzionatorio. Per altro verso, si deve valutare se fattispecie di reato a *prima facie* identiche quanto ad offensività, ma sottoposte dal legislatore a diverso trattamento sanzionatorio, siano ragionevolmente diversificate<sup>32</sup>.

Nell'effettuare queste verifiche, si constata, come talvolta il legislatore penale – sull'onda di spinte emotive poco consone a tematiche così importanti come quella penale – introduca nuove fattispecie di reato punite con un trattamento sanzionatorio squilibrato in eccesso rispetto a

---

(principio di), in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1997, 899; S. STAIANO, M. SCUDIERO, *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale: 1988-1998*, Napoli, 1999; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2007. Con specifico riferimento al diritto penale, si veda G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, 2006, 313; V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 739.

<sup>31</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 2, 49.

<sup>32</sup> Si veda A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene ed il controllo di costituzionalità*, cit., 194.

Scendendo all'analisi dei casi sottoposti al vaglio di costituzionalità, le sentenze della Corte costituzionale si possono classificare in vari gruppi. Il primo gruppo, quantitativamente più cospicuo, riguarda casi di ingiustificata parificazione sanzionatoria, ove ad essere denunciata è l'incostituzionalità del medesimo trattamento sanzionatorio per fattispecie che si assumono di gravità differente. In queste ipotesi, spesso, il controllo è endonormativo, ossia «interno» alla norma contenente la fattispecie censurata. In questo senso, si vedano, ad esempio, Corte cost., sent. 27 giugno – 9 luglio 1974, n. 218, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); Corte cost., sent. 12 – 14 luglio 1976, n. 176, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). Il secondo gruppo di pronunce concerne casi di ingiustificata discriminazione sanzionatoria, ove ad essere censurata è la cornice edittale prevista da talune fattispecie incriminatrici, ritenuta irragionevolmente elevata rispetto a quella, più mite, comminata per reati astrattamente considerati di maggiore gravità. In questi casi, il *tertium comparationis* viene cercato spesso in una norma diversa da quella censurata: l'esame della ragionevolezza è dunque «esterno» rispetto alla fattispecie impugnata. Il che, peraltro, non implica alcuna diversità circa l'ampiezza o la qualità del controllo di ragionevolezza. Per puntuali riferimenti giurisprudenziali, S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il giudizio di legittimità costituzionale*, cit.

quello previsto da altre norme poste a tutela di beni giuridici individuali o collettivi ancor più importanti<sup>33</sup>.

A ben vedere, il principio di uguaglianza integra considerazioni che coinvolgono anche il principio di offensività, confermando quanto si è anzidetto circa la loro sinergia. Quest'ultimo tipo di sindacato – che potremmo definire di «ragionevolezza–offensività» – ha animato la più recente giurisprudenza costituzionale e ha trovato il suo ultimo epilogo nella sentenza n. 236 del novembre 2016<sup>34</sup>. Da essa è possibile trarre un insegnamento: l'uguaglianza deve essere vista non solo con riguardo all'essenza naturalistica delle fattispecie poste a confronto, ma anche sotto il profilo della loro carica offensiva. In altri termini, l'uguaglianza richiede la parità del trattamento sanzionatorio per fattispecie espressive di un'offesa assimilabile.

La seconda considerazione attiene all'articolazione legale del sistema sanzionatorio. Il principio di uguaglianza esige un assetto legale che renda possibile l'adeguamento della pena alle effettive responsabilità personali<sup>35</sup>. Tale impostazione avviene normalmente attraverso la previsione di pene di tipo diverso e/o la determinazione della distanza tra il minimo e il massimo edittale (c.d. cornice edittale)<sup>36</sup>. Solo così il giudice è messo nelle condizioni di

---

<sup>33</sup> In argomento, T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma. Il problema delle comminatorie edittali*, cit., 438; C. PONGILUPPI, *Le cornici edittali al banco di prova di un sistema sanzionatorio differenziato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 947; L. PRISCOLI, F. FIORENTIN, *Trattamento sanzionatorio eccessivo e principio di ragionevolezza*, in *Cass. pen.*, 2008, 10, 3810B. Di recente la questione si è posta con riguardo al neo introdotto omicidio stradale, per approfondimenti, tra i tanti, si veda A. ROIATI, *L'introduzione dell'omicidio stradale e l'inarrestabile ascesa del diritto penale della differenziazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 1 giugno 2016.

<sup>34</sup> Corte cost., sent. 21 settembre – 10 novembre 2016, n. 236, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 4, 1946, con nota di E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzionalità, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*. Si vedano altresì D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, cit., 48; F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14 novembre 2016. La Corte costituzionale si è occupata, in tale circostanza, dell'art. 567 cod. pen. che punisce l'alterazione di stato e, in particolare, del secondo comma della norma che punisce la condotta di chi altera lo stato civile del neonato mediante certificazioni, false attestazioni e altre falsità. Il legislatore prevede per detta fattispecie un trattamento sanzionatorio molto più severo (dai cinque ai quindici anni di reclusione) rispetto alla fattispecie prevista dal primo comma che incrimina colui che altera lo stato civile mediante la sostituzione di un neonato (dai tre ai dieci anni). La Corte costituzionale ha giudicato irragionevole la previsione legislativa di due fattispecie che sono quantomeno parimenti uguali quanto ad offensività (ed, anzi, è probabile ritenere che la condotta del primo comma sia più grave di quella del secondo comma, poiché coinvolge l'interesse di due neonati e non di uno soltanto). L'incoerenza interna è il limite che consente di distinguere la scelta irragionevole sotto il profilo della offensività–ragionevolezza. Nello specifico il secondo comma della norma è stato giudicato incostituzionale nella parte in cui prevede la reclusione dai cinque ai quindici anni in luogo della reclusione dai tre ai dieci anni prevista dal primo comma.

<sup>35</sup> Corte cost., sent. 2 – 14 aprile 1980, n. 50, § 3 del *Considerato in diritto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 725.

<sup>36</sup> In argomento, M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, 275; A.M. STILE, *Prospettive di riforma della commisurazione della pena*, cit., 326; L. TUMMINELLO, *Il volto del reo: l'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010, 221.



differenziare la pena previo raffronto dei singoli casi riconducibili alla medesima fattispecie di reato.

#### 4. IL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ E IL SUO COROLLARIO DI PROPORZIONE

Come si è appena visto, oltre al principio di uguaglianza–ragionevolezza, nel generale discorso sul potere discrezionale del giudice rileva il principio di offensività.

Espressione del modello di «diritto penale del fatto», esso richiede che una condotta, per essere sanzionata, debba aver concretamente offeso un bene giuridico protetto dall'ordinamento<sup>37</sup>. In assenza di una norma che espressamente lo contempli, il principio di offensività è stato desunto, a seconda delle differenti impostazioni, dagli artt. 13, 25, secondo comma, 21 e 27 Cost.<sup>38</sup>.

Dal suo riconoscimento si possono ricavare diverse considerazioni utili al nostro fine.

Innanzitutto, esso pone alla base della responsabilità penale il fatto e prescrive, pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali<sup>39</sup>. Ne consegue che una disposizione può giustificare un trattamento sanzionatorio severo solo se risulta che la condotta illecita sia in effetti più gravemente offensiva del bene protetto, e non se serve a connotare una generale qualità negativa del suo autore.

---

<sup>37</sup> Sul principio di offensività, la dottrina penalistica ha lungamente dibattuto in assenza, nel nostro ordinamento, di un preciso ancoraggio di diritto positivo. Per approfondimenti, si riportano, in ordine alfabetico, alcuni contributi sul principio di offensività: F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973; M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Foro it.*, 2001, V, 29; ID., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 settembre 2013; G. FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, 2001, V, 6; C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 91; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005; ID., *I recenti traccati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 1, 99; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nella Costituzione*, in F. MANTOVANI, *Umanità e razionalità del diritto penale*, Padova, 2008, 184; G. NEPPI MODONA, *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Scritti giuridici*, 2008, 1870; ID., voce *Reato impossibile*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996, 267; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in G. GIOSTRA, G. INSOLERA (a cura di), *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, Milano, 1998, 43. La pronuncia che chiaramente riconosce il principio di offensività è Corte cost., sent. 6 – 11 luglio 2000, n. 263, in *Giur. cost.*, 2000, 2064. A commento si veda, tra gli altri, G.M. SALERNO, *Il canone di efficienza ed il controllo sulla discrezionalità legislativa in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2000, 2071.

<sup>38</sup> R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma, 2015, 640.

<sup>39</sup> Sulla incostituzionalità per difetto di offensività dell'ubriachezza ex art. 688, secondo comma, cod. pen., cfr. Corte cost., sent. 10 – 17 luglio 2002, n. 354, in *Giur. it.*, 2003, 422; sulla incostituzionalità per violazione del principio di offensività della c.d. mendicizia non invasiva, cfr. Corte cost., sent. 15 – 28 dicembre 1995, n. 519, in *Giur. it.*, 1996, I, 322. Con riguardo ai c.d. reati di sospetto, cfr. Corte cost., sent. 23 giugno – 7 luglio 2005, n. 265, (con riferimento all'art. 707 cod. pen.) in *Giur. cost.*, 2005, 4; Corte cost., sent. 17 ottobre – 2 novembre 1996, n. 370 (con riferimento all'art. 708 cod. pen.) in *Giur. it.*, 1997, I, 444.

In secondo luogo, il principio di offensività richiede che l'offesa arrecata al bene giuridico venga in concreto accertata. Invero, sotto questo profilo, esso non vieta in assoluto le presunzioni. Queste, però, per essere legittime, devono essere ragionevoli, devono cioè trovare riscontro nell'*id quod plerumque accidit* ossia in ciò che «normalmente è». Laddove una presunzione venga sistematicamente smentita dalla prassi, poiché regolarmente non si avvera, allora la stessa non potrà dirsi ragionevole, finendo per diventare occasione per una discriminazione soggettiva<sup>40</sup>.

In terzo luogo, il ruolo di garanzia svolto dal principio di offensività non si esaurisce nella fase ideativa e applicativa del precetto penale, ma va oltre. Detto principio pretende, infatti, che la privazione della libertà personale sia proporzionata all'offesa arrecata. Se è vero, infatti, che non vi può essere pena senza offesa, è altrettanto vero che la pena deve essere equilibrata al grado di incidenza negativa sul bene. La proporzionalità, in questo senso, è corollario dell'offensività<sup>41</sup>.

La determinazione della pena è uno dei terreni nei quali la proporzionalità – quale canone di legittimità dell'uso del potere rispetto al singolo – ha assunto un ruolo fondamentale<sup>42</sup>. Nella giurisprudenza costituzionale è costante l'affermazione che la pena debba essere proporzionata al disvalore del fatto illecito<sup>43</sup>. In questo modo il sistema sanzionatorio può adempiere nel contempo alla funzione di difesa sociale e a quella di tutela delle posizioni individuali.

---

<sup>40</sup> La norma che prevede una presunzione non diventa incostituzionale solo perché in concreto, in presenza di certe circostanze, potrebbe accadere che quella presunzione non operi: l'eventuale, circoscritta, occasionale, discrepanza tra ciò che presume in astratto il legislatore e ciò che si verifica in certe particolari situazioni non incide sulla legittimità delle scelte legislative. In quel caso, la discrepanza va risolta sul piano interpretativo dal giudice (c.d. offensività in concreto). La scelta legislativa fondata sulla presunzione diventa incostituzionale quando risulta che quella presunzione è sistematicamente smentita nella prassi (c.d. offensività in astratto). Ciò accade sovente quando la presunzione ha un'ampiezza tale da comprendere una vasta gamma di episodi possibili, così variegati ed eterogenei tra loro, da smentire la presunzione fatta dal legislatore. Per un recente esame di questa distinzione in materia di compatibilità del reato di coltivazione non autorizzata di piante da stupefacenti con il principio costituzionale di offensività, si veda la Relazione di orientamento n. 36/2016 dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, *La categoria dell'offensività nel reato di coltivazione di piante stupefacenti*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 13 luglio 2016.

<sup>41</sup> Con specifico riguardo al nostro ordinamento, la proporzionalità, benché inserita da oltre vent'anni nel diritto positivo in ambito processuale penale, ha mostrato la maggiore vitalità in tempi recenti, dando origine, negli ultimi anni, ad alcuni interventi di estremo rilievo della Corte costituzionale. Si veda, a questo proposito, la già menzionata Corte cost., sent. n. 236/2016, cit. In argomento, G. LEO, *Politiche sanzionatorie e sindacato di proporzionalità*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 22 dicembre 2017. Secondo l'Autore, il principio di proporzionalità è ricavabile dai principi di uguaglianza e di necessaria finalizzazione rieducativa della pena.

<sup>42</sup> In argomento, D. PULITANÒ, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 650. Si veda altresì A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 1442.

<sup>43</sup> Si ricordano, in questo senso, recentemente, Corte cost., sent. n. 236/2016, cit.; più risalenti, Corte cost., sent. n. 409/1989, cit.; Corte cost., sent. 19 – 25 luglio 1994, n. 341, in *Cass. pen.*, 1995, 25.

Come affermato dalla Corte costituzionale «la tutela del principio di proporzionalità, nel campo del diritto penale, conduce a negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni»<sup>44</sup>.

Sotto questo profilo, la proporzionalità può essere considerata anche un corollario della inviolabilità delle prerogative individuali tutelate dalla Costituzione: nel proclamare una determinata libertà come inviolabile e nel consentirne la restrizione al verificarsi delle condizioni previste dalla legge - e per mezzo di una decisione giudiziale -, la Carta fondamentale non farebbe altro che evocare implicitamente la necessità di una proporzione indefettibile tra gli interessi collettivi coinvolti e la protezione dell'individuo<sup>45</sup>.

Il dovere di non restringere in maniera sproporzionata la prerogativa proclamata inviolabile opera tanto nei confronti del legislatore, obbligandolo a selezionare i valori idonei a interferire nella sfera individuale in maniera ragionevole, quanto nei confronti del giudice, chiamato ad attuare la legge nella specifica materia, scegliendo la soluzione più adeguata e meno afflittiva<sup>46</sup>.

Con riguardo al trattamento sanzionatorio, la Consulta ha, seppur raramente, richiamato in maniera espressa il principio di offensività. Ciò è avvenuto quando si è trattato di negare la legittimità delle disposizioni fondate più sulla qualità soggettiva dell'autore che non sul fatto<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Corte cost., sent. n. 236/2016, cit., § 4.2 del *Considerato in diritto*.

<sup>45</sup> Cfr. M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, cit., 148.

<sup>46</sup> Il riferimento alla proporzione è stato ampiamente sviluppato dalla Corte costituzionale quando si è occupata della legittimità di sanzioni non operanti il «giusto equilibrio» tra le finalità statali di prevenzione e i danni all'individuo e ai suoi diritti fondamentali. Così Corte cost. sent. n. 409/1989, cit. Più recentemente Corte cost. sent. n. 68/2012, cit. In argomento V. MANES, *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in R. GAROFOLI, T. TREU (diretto da), *Il libro dell'anno del diritto 2013 Treccani*, Roma, 2013, [www.treccani.it](http://www.treccani.it); G. FRIGO, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana in materia penale*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>47</sup> In questo senso, ad esempio, Corte cost., sent. 5 - 8 luglio 2010, n. 249, in *Giur. cost.*, 2010, 4, 2996, sulla c.d. aggravante della «clandestinità» (art. 61, numero 11-bis cod. pen.) introdotta dall'art. 1, primo comma, lettera f), del decreto legge 23 maggio 2008, n. 92. Secondo la Corte, il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili «implica l'illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti del tutto estranei al fatto-reato, introducendo così una responsabilità penale d'autore in aperta violazione del principio di offensività» (§ 4.1 del *Considerato in diritto*). Ed ancora «la qualità di immigrato irregolare [...] diventa uno stigma, che funge da premessa ad un trattamento penalistico differenziato del soggetto, i cui comportamenti appaiono, in generale e senza riserve o distinzioni, caratterizzati da un accentuato antagonismo verso la legalità» (§ 9 del *Considerato in diritto*). Per approfondimenti, si vedano, tra i molti, M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, 129; G.L. GATTA, *Aggravante della «clandestinità» (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestata*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 713; L. MASERA, *Profili di costituzionalità della nuova circostanza aggravante comune applicabile allo straniero irregolare*, in *Corr. merito*, 2008, 1180. Per qualche commento della sentenza, si vedano A. MATERIA, *Gli extracomunitari tra discrezionalità penale, diritti fondamentali e principio di offensività*, in *Giur. it.*, 2011, 4;

Più spesso, invece, la Corte costituzionale ha chiamato in causa la proporzionalità<sup>48</sup>. Ciò è avvenuto, ad esempio, quando ha giudicato illegittime quelle norme che prevedevano sanzioni non proporzionate all'intensità dell'offesa. Nel fare ciò, la Corte ha collegato il principio di offensività con quello di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e con il finalismo rieducativo della pena (art. 27, terzo comma, Cost.)<sup>49</sup>. Per giustificare detti riferimenti normativi, si è affermato che laddove la proporzione tra sanzione e offesa difetti manifestamente – perché alla carica offensiva insita nella condotta descritta dalla fattispecie normativa il legislatore ha fatto corrispondere conseguenze punitive di entità spropositata – non ne potrà che discendere una compromissione *ab initio* del processo rieducativo, processo al quale il reo tenderà a non prestare adesione, già solo per la percezione di subire una condanna profondamente ingiusta, del tutto svincolata dalla gravità della propria condotta e dal disvalore da essa espressa. In questo senso, come è stato autorevolmente affermato, nella proporzionalità «sta la forza morale, la giustizia della pena»<sup>50</sup>.

Il principio di proporzionalità si caratterizza – in ragione del modo nel quale risulta passibile di applicazione – per un'elevata flessibilità, tale da esaltare la componente argomentativa e persuasiva del metodo giuridico. Ne consegue che esso si presta ad essere apprezzato e recepito ogniqualvolta si tratta di fornire una risposta adeguata alle caratteristiche del caso concreto.

Si ricordi che anche l'art. 49, § 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, e che ha ora lo stesso valore giuridico dei Trattati, in forza dell'art. 6, comma 1, del Trattato sull'Unione europea (TUE), come modificato dal Trattato

---

F. NUZZO, *Appunti sulla incostituzionalità dell'art. 61, n. 11-bis, c.p.*, in *Cass. pen.*, 2010, 11, 3748; F. VIGANÒ, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Giur. cost.*, 2010, 4, 2996.

<sup>48</sup> In argomento, G. LEO, *Politiche sanzionatorie e sindacato di proporzionalità*, cit. Secondo l'Autore, l'aumento del sindacato della Corte costituzionale si spiega, almeno in parte, con il ritardo del legislatore nell'opera di complessivo adeguamento del sistema penale all'ordinamento di valori e interessi scaturito dalla Costituzione.

<sup>49</sup> Corte cost., sent. 5 – 15 novembre 2012, n. 251, in *Leg. pen.*, 2013, 1: la finalità rieducativa della pena richiede «un costante principio di proporzione tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra». Se la pena non è proporzionata, non viene avvertita come «giusta» dal condannato, così smarrendo la sua funzione rieducativa. E, ancora, Corte cost., sent. n. 341/1994, cit.: la tutela del principio di proporzionalità, nel campo del diritto penale, conduce a «negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni». Ed ancora Corte cost., sent. 20 – 28 luglio 1993, n. 343 (in *Cass. pen.*, 1993, 2474): la palese sproporzione del sacrificio della libertà personale produce «una vanificazione del fine rieducativo della pena prescritto dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione, che di quella libertà costituisce una garanzia istituzionale in relazione allo stato di detenzione». In argomento, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 18 e i riferimenti ivi riportati; T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, Milano, 1981, 262; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 164.

<sup>50</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 734.

di Lisbona - prevede espressamente che «le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato»<sup>51</sup>. Ecco, qui, la consacrazione esplicita del principio in esame.

Si aggiunga, da ultimo, che la proporzione può essere considerata, tra le altre cose, come un implicito corollario del divieto di pene inumani e degradanti (art. 3 Cedu), così interpretato dalla recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. I giudici di Strasburgo hanno, difatti, affermato che «qualsiasi pena nettamente sproporzionata è contraria all'articolo 3 della Convenzione»<sup>52</sup>. Si conferma, dunque, l'inclusione del generale divieto di pene sproporzionate tra le garanzie convenzionali.

## 5. I PROFILI TELEOLOGICI DELLA DISCREZIONALITÀ PENALE: PREMESSE

Quanto finora visto ci consente di affermare che già a livello costituzionale esistono disposizioni dalle quali si evince la necessità di «individualizzare» la pena in relazione al singolo caso e al singolo reo. Da ciò l'esigenza di riconoscere il potere discrezionale al giudice penale.

Nondimeno, questa prima conclusione a cui è possibile giungere - ancorché ponga un importante limite al legislatore (in sede normativa) e al giudice (in sede applicativa) - non ci dice ancora nulla circa il fine di tale necessaria individualizzazione. Esso, in effetti, assume significati e contenuti diversi a seconda della teoria della pena che si predilige<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> La crescente europeizzazione della intera area penale rappresenta un potente motore di espansione del principio di proporzionalità, che costituisce una colonna portante di tutto l'edificio europeo, e in particolare di quello dell'Unione europea. Cfr. M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, cit., 148. In argomento, C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 1, 111; D. VOZZA, *Le tecniche gradate di armonizzazione delle sanzioni penali nei recenti interventi dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 3, 16 e riferimenti, anche giurisprudenziali, ivi richiamati.

<sup>52</sup> Cfr. C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 9 luglio 2013, *Vinter e a. c. Regno Unito*, ric. n. 66069/09, 130/10 e 3896/10, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 26 luglio 2013, § 102: «The Chamber found that a grossly disproportionate sentence would violate Article 3 of the Convention». Nel caso di specie, si affrontava il problema della conformità della disciplina nazionale inglese in materia di ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata con l'art. 3 Cedu. Il diritto inglese prevede un'unica possibilità di cessazione della detenzione: la norma di riferimento è la *Section 30 del Crime (sentence) Act 1997*, che attribuisce al Segretario di Stato il potere di liberazione anticipata dei detenuti a vita nel solo caso in cui si verificano circostanze eccezionali che possano giustificare il rilascio del detenuto «*on compassionate grounds*». Tale disposizione legislativa, poi, è specificata da un atto di natura regolamentare emesso dallo stesso Segretario di Stato (*Indeterminate sentence manual*, c.d. *Lifer manual*). Esso fornisce criteri più precisi per l'individuazione delle «circostanze eccezionali» in cui il rilascio è consentito, in base ai quali, in buona sostanza, i condannati cui è stato imposto un «*whole life order*» possono ottenere la libertà solo se in fin di vita. In argomento, R. NUZZO, *L'ergastolo ostativo: prospettive di riforma e recenti orientamenti della giurisprudenza europea*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 3, 42; F. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 Cedu: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 4 luglio 2012.

<sup>53</sup> Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit. 35; R. SATURNINO, voce *Discrezionalità (Diritto penale)*, cit. In argomento, G. CASAROLI, *Funzione e commisurazione della pena tra «Grundgesetz» e «Strafrechtssystem»*, in A. PIZZORUSSO, V. VARANO (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi*

Diversa può essere, infatti, la misura della pena considerata «adeguata». E così, ad esempio, una pena elevata, se può giustificarsi sulla base di esigenze retributive o general preventive, potrebbe non comprendersi in termini special preventivi qualora non emerga un pericolo di recidiva da parte del reo.

Occorre, pertanto, comprendere a quali risultati il giudice deve guardare quando esercita la sua discrezionalità. Una chiara definizione dei fini della pena, se può non essere sufficiente a garantire la «razionalità» nella commisurazione, è pur sempre il presupposto necessario per stabilire quali dati di fatto rilevino nel caso concreto e come debbano essere valutati<sup>54</sup>.

Lungi dall'affrontare il vastissimo tema degli scopi della pena, ci si limiterà, qui, ad un richiamo, in chiave prettamente funzionale all'obiettivo del presente lavoro, delle finalità tradizionali della pena.

In via generale, queste sono riconducibili a tre macro-categorie: la funzione retributiva, quella general preventiva e quella special preventiva<sup>55</sup>.

Tradizionalmente alla pena viene assegnata una funzione retributiva, in forza della quale la sanzione penale trova la sua ragione in conseguenza del disvalore del fatto compiuto. Essa non è altro che il «corrispettivo» del male commesso con il reato<sup>56</sup>.

---

*giuridici contemporanei*, I, Milano, 1985, 617. Per una sintetica ma efficace analisi degli scopi della pena, si veda M. PAVARINI, *Lo scopo della pena*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, 2006, 356; P.P. EMANUELE, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in E. D'ORLANDO, L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, 73.

<sup>54</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 785.

<sup>55</sup> Il problema della giustificazione della pena conosce una letteratura sterminata e risalente nel tempo. Sul punto esistono concezioni giuridiche, filosofiche, psicologiche, etc. Per puntuali riferimenti si veda G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 695 e 710; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 705 e 785. In argomento, G. GAVAZZI, voce *Sanzione (Teoria generale)*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1992; A. PAGLIARO, voce *Sanzione (Sanzione penale)*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1992; R. SATURNINO, voce *Discrezionalità (Diritto penale)*, cit.; P. TRONCONE, *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2015, 11. Sulle finalità della pena pecuniaria, E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice*, cit., 756 e riferimenti ivi riportati. Si badi, inoltre, che è possibile parlare di «individualizzazione» anche con riferimento alle risposte sanzionatorie definite su basi riparative, ossia sulla valutazione degli effetti che l'illecito penale ha prodotto sulla vittima. Per approfondimenti, G. MANNOZZI, *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, 1140.

<sup>56</sup> Nel contrapporsi alle concezioni preventive o finalistiche del diritto penale, l'idea della pena retributiva intende additare il fondamento del punire in un'esigenza di giustizia «assoluta»: *assoluta*, cioè sciolta da scopi ulteriori. Citatissima è la frase di Kant: «Anche quando la società civile si dissolvesse col consenso di tutti i suoi membri, l'ultimo assassino che si trovasse ancora in prigione dovrebbe prima venire giustiziato, affinché ciascuno porti la pena della sua condotta e il sangue versato non ricada sul popolo che non ha reclamato quella punizione» (cfr. I. KANT, *Metafisica dei costumi*). Nella dottrina penalistica italiana dei primi decenni della Repubblica, l'idea retributiva è stata sostenuta con particolare impegno da Giuseppe Bettiol. La pena «trae la sua forza etica e la sua giustificazione dal fatto di essere espressione di quella esigenza naturale viva nel cuore di ogni uomo e operante in tutti i settori della vita morale, per la quale al bene deve seguire bene e a male deve seguire male». L'idea retributiva non esclude che la pena possa avere ed abbia in concreto un'efficacia di guida del comportamento e di prevenzione di comportamenti indesiderati, ma «della prevenzione generale la concezione retribuzionistica della pena non si occupa direttamente. La prevenzione

Carattere distintivo della pena, secondo la teoria retributiva, è - oltre alla personalità - la proporzionalità. L'individualizzazione della pena, infatti, viene intesa, nel senso di una risposta penale quanto più proporzionata alla gravità del reato e alla colpevolezza del reo<sup>57</sup>.

Detto rapporto, in origine, era soddisfatto dalla regola del taglione («occhio per occhio, dente per dente») che giustificava una reazione materialisticamente identica all'offesa. Nella secolare evoluzione storica, la corrispondenza fra delitto e reazione non concerne più il contenuto materiale, ma sta in rapporto di proporzione o adeguatezza della reazione rispetto al delitto.

In questa prospettiva l'idea retributiva ha un'indubbia valenza di garanzia per il reo contro i possibili deterioramenti e degenerazioni dell'autoritarismo penale<sup>58</sup>. Essa sconta però un limite: sembra dare per scontato ciò che non è, ossia che possa sussistere un rapporto di «necessaria implicazione» tra il fatto commesso e la pena comminata. Lo schema retributivo, nella sua astrattezza formale, non dice che cosa sia delitto e quale sia la pena giusta per esso. In altri termini, la retribuzione non risolve in assoluto il problema di quantificare il disvalore sociale di un determinato comportamento<sup>59</sup>. Questa valutazione dovrà essere compiuta, prima, da chi pone la norma penale e, poi, in relazione al singolo caso, dal giudice: ciò implica sempre un certo margine di discrezionalità in quanto non è possibile affermare che una determinata pena sia matematicamente rispondente al reato e alla pericolosità del suo autore.

Nella seconda concezione che si esamina - quella general preventiva - la pena ha, nei confronti di tutti i consociati, uno scopo deterrente e intimidatorio. Essa è volta a dissuadere, grazie alla minaccia della sua inflizione, coloro che intendono delinquere dal porre in essere comportamenti delittuosi<sup>60</sup>. Secondo questa teoria, una pena troppo mite sarebbe criminogena; altrettanto lo sarebbe una pena connotata da una bassa probabilità di applicazione: «una minaccia può essere efficace soltanto se il male in essa contenuto viene rappresentato come un male che si verificherà effettivamente»<sup>61</sup>.

---

generale potrà risultare una conseguenza del modo di essere della pena; ma non un fine, o il fine principale, della pena retributiva» (cfr. G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1986, 782 e 800).

<sup>57</sup> Sul punto G. BETTIOL, *Colpevolezza normativa e pena retributiva*, in *Scritti giuridici*, II, Padova, 1966, 617.

<sup>58</sup> G. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 797: «la pena retributiva salva il diritto penale da ogni eccesso e garantisce i diritti fondamentali dell'uomo. Essa ha per eccellenza una funzione garantistica».

<sup>59</sup> Che la sanzione penale rappresenti l'espressione del disvalore del reato è concetto espresso in tempi lontani da Cesare Beccaria quando affermava che «l'unica vera misura dei delitti è il danno fatto alla nazione». Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, ed. a cura di F. VENTURI, Torino, 1994, 22.

<sup>60</sup> In argomento, V. MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, cit.; A. PAGLIARO, *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1979, 1189; ID., *Verifica empirica sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 447; M. ROMANO, F. STELLA (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980.

<sup>61</sup> Cfr. A. FEUERBACH, *Anti-Hobbes ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, trad. it. a cura di M.A. CATTANEO, Milano, 1972, 108: la minaccia di pena, che collega alla possibile commissione di un atto antiggiuridico la prospettiva di un male sensibile, può funzionare a condizione «che il male minacciato sia così grande, che il timore di esso superi il desiderio di quell'atto, che la rappresentazione del male superi quella del bene da ottenere».

Anche questo approccio, al pari dell'idea retributiva, ha radici antiche<sup>62</sup>. Non si tratta semplicemente di rispondere con la pena a reati già commessi, ma di assicurare, nella misura più ampia possibile, l'osservanza dei precetti da parte della generalità dei destinatari. L'applicazione rigorosa ed utilitaristica di questa teoria rischia di rendere il reo un vero e proprio «strumento» per il perseguimento di finalità estranee all'effettiva gravità del reato commesso e alla sua colpevolezza.

Ora, non si nega che la pena, nello stadio dell'irrogazione, sia finalizzata anche e soprattutto alla prevenzione generale: la pena – *rectius*, la sua severità – rafforza l'efficacia motivante del precetto. Si dubita, invece, che possa essere affidato al giudice il compito di perseguire – per esigenze di prevenzione generale legate all'andamento complessivo della criminalità – detta finalità, attraverso un incremento della sanzione non corrispondente al grado di colpevolezza individuale<sup>63</sup>.

Da ultimo, l'individualizzazione della pena può essere associata alla prevenzione speciale: lo scopo della pena sarebbe, qui, la rieducazione del condannato; essa mira a minimizzare la possibilità che il reo sanzionato ricada nel delitto<sup>64</sup>. Secondo questa impostazione, la sanzione penale (specie, misura, durata) deve essere proporzionata alle esigenze della personalità del soggetto (e alla sua evoluzione) e non alla gravità del reato<sup>65</sup>. L'esigenza di differenziazione delle risposte sanzionatorie è, quindi, più marcata.

Nondimeno, si osserva che il giudice non è normalmente in grado di predeterminare, *a priori* e una volta e per tutte, l'entità della pena necessaria a «rieducare» il condannato<sup>66</sup>. Ecco perché,

---

<sup>62</sup> Si rammentano le parole di PLATONE, *Protagora*, 324: «Chi cerca di punire secondo ragione, non punisce a motivo del delitto trascorso – infatti non potrebbe certo ottenere che ciò che è stato fatto non sia avvenuto – ma in considerazione del futuro, affinché non commetta ingiustizia né quello stesso che viene punito, né altri che veda costui punito».

<sup>63</sup> Cfr. E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice*, cit., 754; A. PAGLIARO, *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, cit., 25. Si veda altresì M. ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, Milano, 1979, 179: «la prevenzione generale, insomma, indiscutibile quale teoria della pena in quanto istituzione», sarebbe, invece, «inaccettabile se intesa come criterio di commisurazione».

<sup>64</sup> L'idea che la pena possa essere strumento di emenda morale del condannato è risalente nel tempo: l'idea del Purgatorio ne è espressione a livello religioso. Sul concetto di rieducazione come «reinsediamento» del soggetto nella società e non come «emenda morale», E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, cit., 361. La finalità in parola sarà perseguita se si metterà il reo in condizione, una volta liberato, di «poter vivere secondo la legge». Rieducare il condannato significa «aumentare per lui le chances di vivere nella società libera rispettandone le regole». Cfr. E. DOLCINI, *La «questione penitenziaria», nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 4, 1655.

Anche il concetto di «rieducazione» è stato variamente interpretato, poiché esprime significati che rimandando soprattutto alla dimensione intersoggettiva dell'esperienza umana: la rieducazione dice di più dell'emenda ed inclina verso il concetto di «risocializzazione». Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 701.

<sup>65</sup> In argomento, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 153; L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello «scopo» nella teoria della pena*, Napoli, 1984.

<sup>66</sup> Cfr. E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice*, cit., 756; E. DOLCINI, *La disciplina della commisurazione della pena*, cit., 51; E. DOLCINI, *Appunti sui limiti della colpevolezza nella determinazione*



l'applicazione rigorosa di questa teoria, dovrebbe comportare una continua rivisitazione del giudicato, con evidenti ripercussioni in punto di certezza e preordinazione della sanzione. Non si trascuri, infine, di considerare il dato empirico inconfutabile dell'inefficacia del trattamento rieducativo per i c.d. delinquenti incorreggibili.

Il rapido esame delle tre teorie dimostra come le stesse, isolatamente considerate, rischiano di rivelarsi insufficienti; non che la loro combinazione escluda tutti i margini di problematicità.

Ciò che interessa, qui, osservare è l'esigenza di prescegliere e definire quale, o quali, siano le finalità della sanzione penale. Così facendo, la commisurazione della pena potrà svolgersi nel rispetto e all'interno della prescritta funzione, con un evidente significato di garanzia, consentendo il controllo sull'esercizio stesso della discrezionalità e, altresì, evitando l'arbitrio giudiziale.

Avendo chiara la finalità della pena, è possibile verificare la rigerosità logica del processo attraverso il quale, dal caso concreto, il giudice ha desunto un certo significato positivo o negativo. Tale controllo avviene sulla motivazione che rappresenta il «guardiano logico» della certezza: la motivazione serve a determinare il grado di osservanza della decisione del giudice, nel senso che, date certe premesse, se esse sono esatte e il giudice si attiene ai parametri-limite che regolano il suo potere discrezionale, la sua argomentazione non può che portare ad una certa decisione<sup>67</sup>. Tramite la motivazione si dovrebbe, insomma, riuscire a constatare che si è giunti alla pena irrogata in concreto attraverso un *iter* logico e un quadro teleologico rispettoso dei principi, vincoli e limiti che - *in primis*, a livello costituzionale - orientano e regolano l'attività giudiziale di quantificazione della sanzione<sup>68</sup>.

---

della pena, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1975, 1156; M. ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, cit., 180.

<sup>67</sup> Cfr. T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice e certezza del diritto*, cit., 393. L'Autore ricorda le parole di Vincenzo Manzini: «la motivazione non costituisce soltanto una garanzia per l'individuo, ma altresì per lo Stato, in quanto a questo interessa che la sua volontà superiore sia esattamente applicata e che la giustizia sia correttamente amministrata. Il giudice stesso viene assicurato, mediante l'adempimento dell'obbligo della motivazione, contro il sospetto d'arbitrio, di parzialità o d'altra ingiustizia», cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, 1972, IV, 545. In argomento, E. AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 181; A. ALIBRANDI, *Sulla commisurazione e motivazione della pena*, in *Riv. pen.*, 1993, 537; D. SIRACUSANO, *Problemi attuali della discrezionalità in diritto penale*, in *Ind. pen.*, 1976, 437.

<sup>68</sup> Cfr. G. VASSALLI, *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, cit., 742. Per ulteriori riferimenti, si vedano F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 783; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 753. In giurisprudenza non mancano prese di posizione volte ad attribuire alla motivazione il ruolo di «controllo della ragione sull'intuizione» che la dottrina ha assegnato all'art. 132 cod. pen. consentendo alle parti una lettura critica del suo operato. Così T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice e certezza del diritto*, cit., 394.

## 6. SEGUE. LA FUNZIONE DELLA PENA NEL NOSTRO ORDINAMENTO

In assenza di un'univoca e chiara indicazione legislativa in proposito, il nostro ordinamento non pare accogliere *a priori* una sola delle teorie richiamate<sup>69</sup>. Vi sono, infatti, elementi utilmente riconducibili alle varie funzioni della pena sopra elencate.

Già a livello costituzionale, il legislatore combina connotati della sanzione che sono propri di varie teorie, stabilendo, ad esempio, i principi di legalità della pena e di personalità della stessa – propri dell'idea retributiva – con quelli di rieducazione e umanizzazione del trattamento punitivo – propri della teoria special preventiva –.

Dall'art. 27, terzo comma, Cost. secondo il quale «(l)e pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato» si possono desumere due considerazioni: la scelta a favore della prevenzione speciale e la rinuncia a considerare la retribuzione quale finalità autonoma della pena<sup>70</sup>. Quest'ultima è però in parte recuperata nel primo comma del medesimo articolo: dall'affermazione che «(l)a responsabilità penale è personale» si ricava, infatti, l'assunzione della colpevolezza quale limite massimo per la misura della pena<sup>71</sup>. Ciò consente di assolvere, come già visto, alle fondamentali istanze di

---

<sup>69</sup> Per un quadro ricostruttivo, G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 131; G. FRIGO, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); C.E. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 147. Si veda altresì F. MANTOVANI, *La «perenne crisi» e la «perenne vitalità» della pena. E la «crisi di solitudine» del diritto penale*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, 1179. L'Autore parla di «*mixtum compositum*» in cui l'idea centrale retributiva e intimidativa si combina e si contempera con le istanze preventivo-rieducative.

In dottrina non è mancato chi ha sottolineato come l'attribuzione alla pena di un'unica funzione definita *a priori*, per tutti i tipi di reato e per tutti i tipi di reo, sia un'opzione che mortifica fin dall'inizio la capacità «selettiva» della sanzione penale. Così L. TUMMINELLO, *Il volto del reo: l'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, cit., 13.

<sup>70</sup> In argomento, M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, 156; G. BETTIOL, *Il mito della rieducazione*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, 15; G. FIANDACA, *Commento all'art. 27, comma 3, Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1991, 222; P. NUVOLONE, *Il problema della rieducazione del condannato*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, 1969, 393; B. PETROCELLI, *La pena come emenda del reo*, in AA.VV., *Studi in memoria di Arturo Rocco*, II, Milano, 1952, 342; G. VASSALLI, *Funzioni ed insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, 325; G. ZUCALÀ, *Della rieducazione del condannato nell'ordinamento positivo italiano*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, 68.

<sup>71</sup> Sul principio di colpevolezza si veda G. FIANDACA, *Considerazioni sulla colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1987, 836; W. FRISCH, *Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3-4, 164; C.F. GROSSO, *Principio di colpevolezza e personalità della responsabilità penale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Cinquanta anni della Corte Costituzionale della Repubblica italiana. Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 9; T. PADOVANI, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, cit.

garanzia sottostanti alla teoria della retribuzione<sup>72</sup>. La funzione rieducativa rappresenta il raccordo tra pena e colpevolezza: è in funzione della rieducazione che si effettua il rimprovero<sup>73</sup>. Al tempo stesso, la rieducazione richiede che la pena rispetti la dignità umana<sup>74</sup>.

Nondimeno, la dottrina imperante nei primi anni di avvento della Costituzione nonché la giurisprudenza, finanche costituzionale<sup>75</sup>, hanno, per lungo tempo, ritenuto che detto finalismo rieducativo riguardasse il solo trattamento penitenziario che concreta l'esecuzione della pena, e ad esso fosse perciò limitato<sup>76</sup>.

A tale risultato si era pervenuti valutando separatamente il valore del momento umanitario rispetto a quello rieducativo e deducendo, dall'imposizione del principio di umanizzazione, la conferma del carattere afflittivo e retributivo della pena.

Così facendo, si negava assolutezza al principio rieducativo - che doveva essere inteso esclusivamente quale «tendenza» del trattamento - e si continuava a ribadire la tradizionale concezione polifunzionale della pena<sup>77</sup>.

Si osservava che la pena, incidendo sui diritti di chi vi è sottoposto, non poteva non avere caratteri afflittivi e retributivi. Al tempo stesso, essa, per sua natura, possedeva caratteri di

---

<sup>72</sup> Nella dottrina italiana si registra un consenso generale sul riferimento alla «colpevolezza per il fatto» quale limite garantista invalicabile nella commisurazione della pena: A. PAGLIARO, voce *Sanzione (Sanzione penale)*, cit. e riferimenti ivi richiamati. Si veda altresì E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 93; E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice*, cit., 751. Prescindere dalla colpevolezza per il fatto conduce al rischio di approdare verso una «colpa d'autore» che degrada il reato a «sintomo di colpevolezza», riducendolo a semplice condizione del giudizio di responsabilità: cfr. E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, cit., 360. Si veda anche G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, 481: «la funzione risocializzatrice primaria per rango costituzionale (art. 27 co. 3 Cost.) esige [...] che la risposta penale non superi mai, nell'*an* e nel *quantum*, la misura della colpevolezza individuale».

<sup>73</sup> Tra le sanzioni previste dal legislatore vi è anche la pena pecuniaria. Sulla funzione rieducativa della pena pecuniaria, cfr. Corte cost., sent. 4 - 12 febbraio 1966, n. 12, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1966, 999, con nota di C.F. GROSSO, *Le pene pecuniarie di fronte all'art. 27 Cost.*

<sup>74</sup> R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., 1479.

<sup>75</sup> Tra le varie, Corte cost., sent. 11 giugno - 8 luglio 1993, n. 306, in *Cass. Pen.*, 1994, 837: afferma che «tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena non può stabilirsi *a priori* una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione».

<sup>76</sup> Quale esempio del lungo percorso di questo *leit motiv* si vedano le sentenze della Corte costituzionale n. 48 del 1962; n. 12 del 1966; n. 21 del 1971; n. 167 del 1973; nn. 143 e 264 del 1974; 119 del 1975; 25 del 1979; 104 del 1982; 137 del 1983; 237 del 1984; 23, 102 e 169 del 1985; 1023 del 1988.

Si veda, *ex plurimis*, Corte cost., sent. 8 - 15 maggio 1963, n. 67, in § 2 del *Considerato in diritto*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). Con riferimento alla finalità di cui all'art. 27, terzo comma, Cost., la Corte afferma «l'emenda del condannato, che questo pone quale una delle finalità della pena, è affidata piuttosto ai modi della sua esecuzione».

<sup>77</sup> In argomento, G. BETTIOL, *Sulla rieducazione del condannato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, 369; ID., *Il mito della rieducazione*, cit., 15; E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1979, 469; B. PETROCELLI, *Retribuzione e difesa nel Progetto di codice penale del 1949*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, 593; M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, cit., 156; C.F. GROSSO, voce *Responsabilità penale*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, 719. Si veda altresì F. BALDASSARELLI, *Funzione rieducativa della pena e nuovo processo penale*, in *Riv. pen.*, 1990, 409.

difesa sociale e di prevenzione generale, quantomeno in termini di calcolo utilitaristico di colui che delinque.

L'esperienza successiva ha dimostrato che la necessità costituzionale che la pena debba «tendere» a rieducare, «lunghi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»<sup>78</sup>. Se fosse davvero limitata alla fase esecutiva, la finalità rieducativa rischierebbe una «grave compromissione»<sup>79</sup> ogniqualvolta la specie e la durata della sanzione non fossero state calibrate, né in sede normativa né in quella applicativa, alle necessità rieducative del soggetto.

La rieducazione è, pertanto, componente essenziale della commisurazione della pena.

La Corte costituzionale ha, successivamente, riconosciuto che «tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena – da un lato, quella di prevenzione generale e difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retributività, e, dall'altro, quelle di prevenzione speciale e di

---

<sup>78</sup> Corte cost., sent. 26 giugno – 2 luglio 1990, n. 313, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 1588, con nota di G. LOZZI, *La legittimità del c.d. patteggiamento*. Si veda in particolare il § 8 del *Considerato in diritto*. Si veda altresì G. FIANDACA, *Pena «patteggiata» e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro it.*, 1990, I, 2385. Sul significato della sentenza in merito al ruolo della finalità rieducativa nel sistema penale, E. DOLCINI, *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale?*, cit.; L. MONACO, C.E. PALIERO, *Variazioni in tema di «crisi della sanzione»: la diaspora del sistema commisurativo*, cit., 440; G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, cit., 137; A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10 giugno 2014; D. PULITANÒ, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, cit., 648.

Con questa pronuncia la Consulta ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 444, secondo comma, cod. proc. pen., nella parte in cui non prevedeva la possibilità per il giudice di valutare la «congruità» della pena patteggiata dalle parti e, quindi, la connessa possibilità, da parte del primo, di rigettare tale schema negoziale. Parametro di tale giudizio di incostituzionalità è l'art. 27, terzo comma, Cost. dal momento che, senza alcun controllo giudiziale, si corre il serio rischio che la pena che l'imputato dovrà scontare risulti troppo esigua e quindi insufficiente a rieducarlo. Per un ampio commento a detta pronuncia, si vedano, tra gli altri, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, cit., 61; G. FIANDACA, *Scopi della pena tra commisurazione edittale e commisurazione giudiziale*, cit., 137. Questa sentenza rappresenta, a detta di taluno, un «taglio netto» rispetto al passato: P.P. EMANUELE, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 102.

Sul principio della rieducazione anche al di là della fase esecutiva, si veda anche C.E. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, cit., 148.

Sulla persistente validità dell'opzione risocializzativa proprio alla luce dei ripetuti interventi del giudice costituzionale, A. MARGARA, *La pena perduta e il carcere ritrovato: riflessione sulla crisi di una delle tante riforme incompiute*, in *Quest. giust.*, 1993, 381.

Non mancano, in dottrina, voci dissonanti che ritengono che la rieducazione, se ben può assumere un ruolo primario nelle due fasi dell'esecuzione e della commisurazione giudiziale, altrettanto non può dirsi nella fase della minaccia dove l'obiettivo perseguito è quello della prevenzione generale, proprio perché la minaccia della pena serve a distogliere la generalità dei consociati dalla commissione di fatti penalmente illeciti. Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 702.

<sup>79</sup> Cfr. Corte cost. sent. n. 313/1990, cit., § 8 del *Considerato in diritto*.

rieducazione, che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo - non può stabilirsi *a priori* una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione»<sup>80</sup>.

Il legislatore può, nei limiti della ragionevolezza, far «tendenzialmente» prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, ma «a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata»<sup>81</sup>.

Per un verso, infatti, il perseguimento della finalità rieducativa non può condurre a superare l'afflittività comunque insita nella pena comminata dalla sentenza di condanna. Parimenti, il privilegio di obiettivi di prevenzione generale e di difesa sociale non può spingersi fino al punto di autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione nel contesto dell'istituto della pena<sup>82</sup>.

Il giudice, pertanto, deve acquisire margini di discrezionalità nella commisurazione della pena per poter conformare la sanzione al reo alla luce degli obiettivi di difesa sociale, di rieducazione del riformabile o neutralizzazione dell'individuo pericoloso.

Queste osservazioni non smentiscono ma rafforzano l'idea della necessità che il legislatore individui le finalità della pena e ne definisca i rapporti reciproci.

Non persuade, infatti, la tesi che vorrebbe «le finalità generali della commisurazione della pena immanenti alla coscienza di ogni giudice»<sup>83</sup>. Le disparità di vedute esistenti in dottrina - circa l'ammissibilità di considerazioni di prevenzione generale o circa il ruolo da attribuirsi alla retribuzione o, ancora, circa la possibilità di tener conto di considerazioni di prevenzione speciale - molto probabilmente esistono anche in giurisprudenza. Ne consegue il rischio reale di un'applicazione differenziata della pena, condizionata dalla personale concezione che il singolo giudice possiede circa la finalità ultima della sanzione.

Occorre, perciò, individuare un «principio d'ordine» tra le predette finalità sì da riportare le valutazioni puramente soggettive in una sfera dominata da criteri oggettivi e giuridicamente certi<sup>84</sup>. Da ciò, la necessità di una presa di posizione chiara, a livello legislativo, circa lo scopo della pena.

---

<sup>80</sup> Corte cost., sent. n. 306/1993, cit. Si veda anche Corte cost., sent. 21 giugno - 4 luglio 2006, n. 257, in *Giust. civ.*, 2006, 11, I, 2289.

<sup>81</sup> Corte cost., sent. 5-16 marzo 2007, n. 78, § 4 del *Considerato in diritto*, in *Giur. cost.*, 2007, 2, 745. Sulla coesistenza di dette finalità, si veda R. BARTOLI, *Le circostanze «al bivio» tra legalità e discrezionalità*, in *Cass. pen.*, 2016, 5, 2254B.

<sup>82</sup> Corte cost., sent. n. 306/1993, cit. e n. 257/2006, cit.

<sup>83</sup> Cfr. A. PAGLIARO, *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, cit., 31.

<sup>84</sup> E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, cit., 356.

## 7. L'ARTICOLO 27 DELLA COSTITUZIONE QUALE ULTERIORE FONDAMENTO DELLA DISCREZIONALITÀ GIUDIZIALE

La riflessione sulla funzione della pena non è estranea al discorso sul fondamento costituzionale della discrezionalità giudiziale. Stante le considerazioni appena esaminate, difatti, è possibile affermare che anche l'art. 27 Cost. rappresenta un'ulteriore presupposto del potere discrezionale del giudice penale.

Innanzitutto, l'adeguamento delle risposte punitive ai casi concreti contribuisce a rendere quanto più possibile «personale» la responsabilità penale, nella prospettiva segnata dall'art. 27, primo comma, Cost. La responsabilità penale sancita da tale norma va intesa, come visto, oltre che come riconducibilità del fatto-reato al suo autore, altresì come affermazione del principio dell'individualizzazione della pena, ossia del suo adattamento all'entità del fatto e alla personalità del colpevole. L'uguaglianza di fronte alla pena viene a significare proporzione della pena rispetto alle personali responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguono, svolgendo una funzione che è essenzialmente di giustizia, di tutela delle posizioni individuali e di limite alla potestà punitiva statale<sup>85</sup>.

Allo stesso tempo, la discrezionalità giudiziale contribuisce alla determinazione della pena quanto più possibile «finalizzata» all'emenda e alla rieducazione, nella prospettiva dell'art. 27, terzo comma, Cost.<sup>86</sup>. Il profilo della rieducazione del condannato dovrebbe rappresentare la funzione dell'esecuzione della pena, ovvero – utilizzando la terminologia della Corte europea di Strasburgo – il più importante tra i «*legitimate penological grounds*»<sup>87</sup>, il cui peso relativo aumenta con il trascorrere del tempo e la prosecuzione della pena.

Sulla base di questa premessa, l'esecuzione della sanzione penale dovrebbe perdurare sinché persistono le ragioni della stessa. Parallelamente, quando queste vengono meno, dovrebbero esistere nell'ordinamento i necessari meccanismi per impedire la continuazione della pena non più sorretta da alcun legittimo presupposto funzionale. Da ciò la necessità di eseguire una periodica revisione di tale profilo, in base a procedure e criteri chiaramente definiti dal legislatore<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> Corte cost., sent. n. 50/1980, cit., § 3 del *Considerato in diritto*.

<sup>86</sup> Il controllo sulla quantità di pena non può prescindere dal perseguimento dello scopo (o degli scopi) che il legislatore deve perseguire con la minaccia della pena. L'art. 27, terzo comma, Cost. può fungere da parametro nel controllo della dosimetria edittale, ponendo uno sbarramento a quelle sanzioni che appaiono in palese contrasto con il perseguimento di quella finalità. Cfr. S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, cit.

<sup>87</sup> Cfr. C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 9 luglio 2013, *Vinter e a. c. Regno Unito*, cit. Valorizzando la funzione rieducativa della pena anche nei confronti dei detenuti a vita, i giudici di Strasburgo hanno affermato che il Regno Unito, nell'imporre pene detentive perpetue ed irriducibili, violava l'art. 3 Cedu.

<sup>88</sup> In tal modo risulterebbero garantiti il «*prospect of release*» e la «*possibility to review*» richiesti dall'art. 3 Cedu nella lettura fornita dalla C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 9 luglio 2013, *Vinter e a. c. Regno*

Dalla lettura congiunta del primo e del terzo comma dell'art. 27 Cost. deriva, in primo luogo, l'esigenza di un'articolazione legale del sistema sanzionatorio, in modo da rendere possibile l'adeguamento individualizzato e proporzionale delle pene inflitte con la sentenza di condanna. In secondo luogo, occorre riconoscere appropriati ambiti di svolgimento della discrezionalità giudiziale e adeguati criteri per il suo esercizio. L'affermazione della rieducazione quale finalità primaria - ancorché non unica - della pena determina, sebbene sempre sotto il controllo dell'autorità giudiziaria, la modificabilità della medesima.

## 8. DISCREZIONALITÀ E LEGALITÀ: ESIGENZE DI DIFFERENZIAZIONE E VINCOLI DI SISTEMA

Individuati il significato del potere discrezionale del giudice penale e il suo fondamento costituzionale, si tratta ora di capire come questa discrezionalità si contemperì con un altro

---

*Unito*, cit. Come principale ragione a sostegno della decisione, i giudici di Strasburgo hanno sostenuto che la possibilità di cessazione anticipata della pena solamente in *circostanze eccezionali* e «*on compassionate grounds*» negava agli individui sottoposti all'ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata tanto una «prospettiva di liberazione» fondata su presupposti sufficientemente chiari e certi, quanto la «possibilità di revisione» del loro caso. Secondo i giudici la disciplina inglese non garantiva i necessari meccanismi per evitare la prosecuzione della pena perpetua quando questa non era più sorretta da «alcun legittimo presupposto funzionale»; ne impediva, insomma, la riducibilità *de iure* o *de facto*. Il principio espresso dalla Grande Camera in *Vinter* è stato poi ripreso e specificato in una serie di altre sentenze, che ne hanno approfondito alcuni aspetti. In particolare, si può ricordare la sentenza della Grande Camera *Murray c. Paesi Bassi* (C. eur. dir. uomo, Grande camera, sent. 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*, ric. n. 10511/10), che compendia e chiarisce i principi enunciati dalla giurisprudenza *Vinter* e *post-Vinter*, ma non mancano sentenze di singole sezioni della Corte che applicano i medesimi principi. Ad esempio, senza pretesa di completezza, C. eur. dir. uomo, sez. V, sent. 13 novembre 2014, *Bodein c. Francia*, ric. n. 40014/10; C. eur. dir. uomo, sez. IV, sent. 4 settembre 2014, *Trabelsi c. Belgio*, ric. n. 140/10; C. eur. dir. uomo, sez. II, sent. 20 maggio 2014, *Lázló Magyar c. Ungheria*, ric. n. 73593/10; C. eur. dir. uomo, sez. IV, sent. 4 ottobre 2016, *T.P. e A.T. c. Ungheria*, ric. nn. 37871/14 e 73986/14, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 28 novembre 2016. Dopo la sentenza della Grande Camera in *Vinter*, gli stessi giudici inglesi hanno affrontato il problema della conformità della disciplina nazionale in materia di ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata con l'art. 3 Cedu: *Court of Appeal (Criminal Division), R. v. Ian McLoughlin e R. v. Lee William Newell*, 18 febbraio 2014, ric. nn. 2013/5646/A7 e 2013/5317/A5. In quell'occasione, i giudici nazionali hanno affermato che il Segretario di Stato, nell'esercizio di ogni sua funzione, è tenuto a rispettare la Cedu come interpretata dalla Corte di Strasburgo. Ne consegue che egli sarebbe chiamato ad applicare il suo potere di concessione eccezionale della liberazione anticipata ogniqualvolta ciò si renda necessario per garantire che la detenzione non si protragga oltre la cessazione del legittimo fondamento funzionale della stessa. Detta decisione deve essere sempre motivata con riferimento alle circostanze del caso concreto, sì da garantire chiarezza e prevedibilità della normativa. La sentenza *McLoughlin* della *Court of Appeal*, a detta di una recentissima pronuncia della Grande Camera, avrebbe superato il contrasto tra l'obbligo di applicazione convenzionalmente orientata della liberazione anticipata «*on compassionate grounds*» e le restrittive disposizioni del *Lifer Manual*: C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 17 gennaio 2017, *Hutchinson c. Regno Unito*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 11 aprile 2017, con nota di P. BERNARDONI, *I molteplici volti della compassione: la Grande Camera della Corte di Strasburgo accetta le spiegazioni dei giudici inglesi in materia di ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata*.

principio di sicura e pacifica rilevanza super primaria, vale a dire con il principio di legalità e di certezza del diritto<sup>89</sup>.

Il rapporto di tensione che si instaura tra le due menzionate istanze – discrezionalità e legalità – si inserisce, come si vedrà di seguito, nel quadro della più ampia tematica dei limiti all'esercizio del potere punitivo statale<sup>90</sup>.

Segnatamente, la legalità e la certezza del diritto non sono gli unici valori che il potere discrezionale del giudice chiama in causa. Accanto alla certezza, vengono alla ribalta altri due elementi imprescindibili di ogni ordinamento giuridico: l'interesse generale e la giustizia<sup>91</sup>.

Ora, si comprende immediatamente qual è l'importanza dei valori posti in discussione. E, ci si rende subito conto che detti valori richiederebbero una più compiuta trattazione che, in questa limitata sede, non è possibile affrontare<sup>92</sup>. Si cercherà, pertanto, di richiamare le principali questioni che il menzionato rapporto di tensione pone. Ciò nella consapevolezza dell'enorme rilievo che un retto esercizio del potere discrezionale assume ai fini del fisiologico funzionamento del sistema penale e, più in generale, dell'intero ordinamento giuridico<sup>93</sup>.

---

<sup>89</sup> Non si intende, in questa sede, affrontare la diversa e più generale questione della crisi della legalità e dell'espansione degli spazi di discrezionalità giurisdizionale. Tematica, quest'ultima, particolarmente dibattuta anche recentemente. Per approfondimenti, si rimanda, tra gli altri, a L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. giust.*, 2016, 4 (l'intero numero è dedicato a *Il giudice e la legge*), reperibile su [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it); V. MANES, *Il ruolo «poliedrico» del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, in *Cass. pen.*, 2014, 5, 1918. Si vedano ancora, sul punto, le considerazioni di G. INSOLERA, *Dogmatica e orientamento della giurisprudenza*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 18 novembre 2013. Anche tra i costituzionalisti il problema è particolarmente avvertito, così, ad esempio, R. BIN, *A discrezione del giudice*, Milano, 2013.

<sup>90</sup> Di recente è proprio la Corte costituzionale a richiamare la «tensione» esistente tra i due poli. Corte cost., sent. 7 giugno – 13 luglio 2017, n. 179, in *Cass. pen.*, 2017, 11, 3981, con nota di E. APRILE, § 4.1. del *Considerato in diritto*: «la traiettoria della giurisprudenza costituzionale in materia di pena, pertanto, si dispiega tra due poli, in costante tensione fra loro: da un lato, il dovuto riguardo alle scelte politiche, quale componente necessaria del principio di legalità; dall'altro, la indefettibile tutela degli ulteriori principi e diritti costituzionali, a cui deve conformarsi anche il legislatore della punizione. Preservare l'armonia tra i due livelli di legalità – ordinaria e costituzionale – è compito del giudice delle leggi in ogni settore dell'ordinamento e nei confronti di qualsiasi illegittimo esercizio del potere legislativo». In quell'occasione, la Consulta, nel dichiarare inammissibili – per il rispetto della priorità di valutazione da parte del legislatore sulla congruità dei mezzi per raggiungere un fine costituzionalmente necessario – le questioni di legittimità costituzionale, sollevate in riferimento agli artt. 3, 11, 25 e 27 Cost., dell'art. 73, comma 1, del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, nella parte in cui prevede un minimo edittale di anni otto di reclusione ed euro 25.822 di multa, anziché di anni quattro di reclusione ed euro 10.329 di multa, formula comunque un pressante auspicio affinché il legislatore proceda rapidamente a soddisfare il principio di necessaria proporzionalità del trattamento sanzionatorio, risanando la frattura che separa le pene previste per i fatti lievi e per i fatti non lievi dai commi 5 e 1 dell'art. 73, del d.P.R. n. 309 del 1990.

<sup>91</sup> T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, cit., 369.

<sup>92</sup> Per una compiuta disamina del rapporto tra discrezionalità e principio di legalità, si veda F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, cit.

<sup>93</sup> T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, cit., 369. L'Autore richiama, come esempio, le ripercussioni che un uso incerto del potere discrezionale del giudice ha avuto nelle vicende storiche moderne del magistero penale nella Repubblica tedesca.



Come autorevole dottrina ha osservato, il potere discrezionale di commisurazione della sanzione – momento centrale dell'intero sistema penale – segna il punto di «massima tensione» tra l'esigenza di legalità della pena e le istanze di spazi di discrezionalità applicativa, che tengano conto di aspetti particolari e individualizzanti del caso concreto<sup>94</sup>.

La natura «speciale» del diritto penale, così chiara e cara già ad Arturo Rocco, con i suoi vincoli di sistema ed argini garantistici, non può essere travolta dal riconoscimento di un incontrollato potere discrezionale al giudice penale. Ciò andrebbe, altrimenti, a tutto scapito della possibilità di «calcolare» e «prevedere» la decisione del giudice<sup>95</sup>.

Quest'ultimo, nello scegliere la soluzione sanzionatoria ritenuta più «congrua ed opportuna», non esercita una libertà di opzione o di orientamento secondo il suo personale o intimo sentimento di giustizia, ma ha un «potere-dovere» di ricercare e trovare, rimanendo all'intero dell'ordinamento, la pena più «giusta»<sup>96</sup>.

Si osserva, del resto, che il concetto di potere non può non richiamare l'idea del limite<sup>97</sup>.

È l'art. 25, secondo comma, Cost., nell'affermare che «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso», a rimarcare la stretta correlazione tra il *nullum crimen sine lege* e il *nulla poena sine lege*<sup>98</sup>. Con qualche difformità

---

<sup>94</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2015, 528.

<sup>95</sup> Cfr. T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, cit., 374.

<sup>96</sup> Cfr. G. GRASSO, *Art. 132 - Potere discrezionale e commisurazione della pena*, in M. ROMANO, G. GRASSO (a cura di), *Commentario sistematico del codice penale*, II, Milano, 2012, 344.

<sup>97</sup> T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, cit., 372.

<sup>98</sup> Sul principio *nulla poena sine lege*, cfr. F. BRICOLA, *Commento all'art. 25, commi 2 e 3, Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1991, 294.

Sebbene la norma non menzioni espressamente le sanzioni, si ritiene, che il principio di legalità non si limiti solo alla formulazione del precetto, ma si estenda anche alla previsione delle pene cui assoggettare il reo. La soppressione dell'inciso «e con le pene con essa stabilite» in origine previsto, come risulta dai lavori preparatori dell'art. 25 Cost., si giustifica unicamente per il timore che, nel caso di successione di leggi penali, potesse essere pregiudicato il principio dell'applicazione della disposizione più favorevole al reo. Per una ricostruzione dell'*iter* che condusse a non «costituzionalizzare» il principio del *nulla poena sine lege*, cfr. P.G. LUCIFREDI, *Note sulla rilevanza costituzionale del principio «nulla poena sine lege»*, in *Giur. cost.*, 1962, 1632.

Del resto, se si riferisse solo al precetto e non anche alla sanzione, il principio di legalità risulterebbe svuotato nella sua portata garantistica. B. PETROCELLI, *Appunti sul principio di legalità nel diritto penale*, in AA.VV., *Saggi di diritto penale*, Napoli, 1965, 188, i principi del *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege* «sono così strettamente collegati tra loro da fondersi in un principio unico, essendo la qualità e la misura della pena non già un dato esterno ma un elemento in un certo senso intrinseco alla previsione dell'illecito penale, e dal quale il fatto incriminato ripete, di fronte alla coscienza del cittadino, non soltanto la sua gravità, ma la sua stessa natura».

Circa la possibilità, in astratto, di scindere la legalità del reato dalla legalità della pena e circa le diverse soluzioni che in proposito sono state adottate nei sistemi punitivi, G. VASSALLI, voce *Nullum crimen sine lege*, in *Noviss. Dig. it.*, 1968, 496.

testuale, la medesima previsione è contenuta nell'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>99</sup>.

Tale correlazione si traduce nel riconoscimento in capo al potere legislativo di una posizione monopolistica nel predeterminare non solo le condotte penalmente rilevanti, ma anche le sanzioni che alla commissione delle predette condotte devono seguire. Il legislatore è l'unica autorità che, nel nostro ordinamento, può vantare una piena legittimazione democratica. Per cui ogni esercizio di potere pubblico che non si leghi saldamente alle sue indicazioni appare arbitrario e inaccettabile<sup>100</sup>.

La «legalità della pena» allude alla predeterminazione *ex lege* sia della specie, sia dell'ammontare della sanzione da applicarsi per ciascuna figura astratta di reato<sup>101</sup>. In questo senso, più la pena è predeterminata e fissa, meglio è.

Gravosa sarebbe, però, la contropartita, rappresentata dal trattamento uniforme di episodi criminosi che, pur riconducibili alla stessa norma incriminatrice, presentano inevitabilmente molteplici, e forse rilevanti, elementi di differenziazione.

Ed, infatti, la legalità, in quest'ottica, si scontra con i principi prima visti, in forza dei quali se la commisurazione si riducesse alla mera applicazione automatica della pena decisa dal legislatore, la sanzione finirebbe per risultare inadeguata alla gravità del fatto.

Anche la Corte costituzionale, in un'ormai risalente pronuncia, se, da un lato, afferma la costituzionalizzazione del principio di legalità della pena, attraverso l'art. 25, secondo comma, Cost., dall'altro nega che la norma costituzionale opponga un qualsiasi ostacolo all'attribuzione al giudice di un'adeguata sfera di discrezionalità<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> Per un'analisi del principio di legalità nella giurisprudenza di Strasburgo, si veda FR. MAZZACUVA, *La legalità come «diritto fondamentale». Ragioni e implicazioni del nullum crimen nella giurisprudenza evolutiva della Corte europea*, Doctoral Thesis, Università degli Studi di Parma, 2012, in *dSPACE-unipr.cineca.it*. Si vedano altresì A. BERNARDI, *Art. 7 - Nessuna pena senza legge*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 259; V. MANES, *Commento all'art. 7*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commento breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 17; G. DE VERO, G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino, 2007.

<sup>100</sup> Cfr. R. BIN, *A discrezione del giudice*, cit., 7: «Questo è il punto: ogni sistema giuridico ha il suo metodo per scegliere e istituire i giudici, ma in nessun sistema essi godono di una piena legittimazione democratica; né d'altra parte vi sono sistemi in cui è ammesso che i giudici operino in piena libertà, liberi di creare diritto a loro piacimento. Il principio universalmente accettato è che sia la loro soggezione alla legge a legittimarne l'operato».

<sup>101</sup> E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, cit., 338.

<sup>102</sup> Corte cost., sent. 7 - 12 marzo 1962, n. 15, in *www.giurcost.org*. Medesime conclusioni riprese anche da Corte cost., sent. 23 marzo 1966 n. 26, in *www.giurcost.org*; Corte cost., sent. 24 giugno - 13 luglio 1970 n. 131, § 2 del *Considerato in diritto*, in *www.giurcost.org*: «È ben vero che questo precetto costituzionale, affermando che nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso, non stabilisce soltanto la irretroattività della norma penale, ma dà, altresì, fondamento legale alla potestà punitiva del giudice; epperò è altrettanto vero che il principio di legalità della pena non può prescindere dalla individualizzazione di questa, ossia dal suo adeguamento alle singole fattispecie. È,

Ciò non significa, come osservato in dottrina, che la Consulta si sia spinta nell'«improbabile tentativo» di individuare proprio nell'art. 25, secondo comma, Cost. il «positivo fondamento costituzionale della discrezionalità»<sup>103</sup>. Sono i principi sopra esaminati ad attribuire una copertura super primaria al potere discrezionale del giudice. In altri termini, il principio di legalità della pena costituisce presupposto ineludibile perché possano operare concretamente altri principi costituzionali concernenti la pena, in specie quelli di rieducazione e colpevolezza.

Superati, da un lato, la concezione della discrezionalità giudiziale quale potere di scelta sovrana dell'autorità giudiziaria e, dall'altro lato, i sistemi meccanicistici della pena fissa, si è affermato l'orientamento che intende la discrezionalità come «potere regolamentato di scelta»<sup>104</sup>. In altri termini, il margine di discrezionalità riconosciuto al giudice deve essere tale da assicurare gli scopi della legge penale, senza lasciare il cittadino in balia del giudice sovrano.

Per ovviare alle opposte ingiustizie, sia della rigidità sia della indeterminatezza giudiziale della pena, la legge, per un verso, predetermina la pena nella specie e nella misura tra un minimo e un massimo edittali e, contestualmente, lascia al giudice la scelta della pena concreta tra tali limiti edittali (e talora anche tra specie di pena diverse alternativamente predeterminate). Enuncia, altresì, i criteri che devono guidare l'autorità giudiziaria nella scelta stessa e che permettono, *ex post*, un controllo sull'uso che la stessa abbia fatto del potere.

Il principio di legalità, in questo senso, impone che sia la legge a prevedere l'intero trattamento sanzionatorio, dalle pene principali alle pene accessorie, agli effetti penali, così come spetta alla legge disciplinare gli istituti implicanti un'attenuazione della punibilità o, addirittura, un suo superamento. Può, anzi, sostenersi che la materia della pena sia assistita da una riserva di legge ben più stringente ed assoluta rispetto al precetto<sup>105</sup>.

Si è soliti parlare, a questo proposito, di «discrezionalità vincolata» quale paradigma di riferimento per la commisurazione della pena in concreto e, più in generale, per la determinazione dell'intero «trattamento» dell'autore del reato<sup>106</sup>.

---

così, perfettamente conforme al disposto costituzionale che la norma penale sia prefissata dalla legge in modo da consentire che la sanzione corrisponda alla specifica violazione concreta (sentenza n. 15 del 1962); e che la legge rimetta, con una certa ampiezza, al giudice la valutazione di situazioni e circostanze, lasciandogli un congruo ambito di discrezionalità per l'applicazione della pena (sentenza n. 26 del 1966)».

<sup>103</sup> Cfr. E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, cit., 344.

<sup>104</sup> F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, cit., 4. Per approfondimenti, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 782.

<sup>105</sup> Cfr. R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., 10.

<sup>106</sup> Sulle teorie della commisurazione della pena riconducibili ai paradigmi di «legalità», «discrezionalità vincolata» e «discrezionalità libera», F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 782. Proprio la sottoposizione a vincoli giuridici rappresenterebbe la nota caratteristica della discrezionalità penale rispetto a quella amministrativa: mentre «l'autorità amministrativa può scegliere liberamente, secondo criteri di opportunità, fra più comportamenti giuridicamente equivalenti [...] la discrezionalità penale si indirizza verso un'unica scelta come la sola esatta». Così E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice*, cit., 749.

Ciò sta a significare che il giudice penale, nell'esercizio del potere discrezionale a lui riconosciuto, deve rispettare regole, limiti e criteri posti dal legislatore. In questo risiedono i profili metodologici della discrezionalità giudiziale. Sicché, anche in materia di pena, la vera garanzia resta la legalità formale e la subordinazione del giudice alla legge.

Conferma di questo è l'art. 132 cod. pen., disposizione che inaugura il Capo I del Titolo V, *Della modificazione e applicazione della pena*. La norma si apre con l'*incipit* «nei limiti fissati dalla legge», salvo, poi, continuare affermando che «il giudice applica la pena discrezionalmente».

La discrezionalità penale è, pertanto, una discrezionalità che il legislatore non subisce, ma cerca di controllare e vincolare attraverso la predisposizione di criteri per il suo esercizio, garantendo così un punto di equilibrio tra l'esigenza di legalità e quella di individualizzazione della sanzione<sup>107</sup>.

Dubbi circa l'effettivo rispetto del principio di legalità della pena sorgono quando l'inserimento di componenti valutative discrezionali non risulti accompagnato da precisi criteri di giudizio, determinati *ex ante* dal legislatore<sup>108</sup>.

È possibile classificare i limiti all'esercizio del potere discrezionale in tre categorie: i limiti «esterni», costituiti dai limiti minimi e massimi di pena (artt. 132, secondo comma, 22 e ss., 66 e 67 cod. pen.); quelli «interni», delineati dai criteri individuati dall'art. 133 cod. pen.; quelli di natura processuale, come l'obbligo di motivazione (di cui all'art. 132 cod. pen.)<sup>109</sup>. Si tratta di termini che operano simultaneamente, in un complicato gioco di complementarietà, di condizionamento o talora di conflitto<sup>110</sup>. La predeterminazione legale di tali confini rappresenta una risposta alle esigenze di certezza ed eguaglianza giuridica e scongiura il pericolo che essi finiscano per essere affidati alla prassi giudiziaria.

I criteri normativi non devono essere percepiti soltanto come un limite alla discrezionalità giudiziale, ma costituiscono un indispensabile parametro legislativo per l'esercizio di essa. E così, ad esempio, mediante la determinazione legislativa del minimo e del massimo di pena, il giudice è chiamato a «proporzionare»<sup>111</sup> la sanzione concreta non già al proprio giudizio di

---

<sup>107</sup> In argomento, S. LARIZZA, *Il principio di legalità della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 133.

<sup>108</sup> Perplexità di tale tenore sono state espresse nei riguardi dell'istituto della irrilevanza del fatto nel diritto minorile, da chi osserva che la scarsa precisione, se non l'indeterminatezza, dei parametri valutativi mette a repentaglio il principio di legalità della pena, stante la rilevante difformità della prassi applicativa. In argomento, S. LARIZZA, *L'irrilevanza del fatto*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, V, Milano, 2011, 211.

<sup>109</sup> Sulla distinzione tra limiti di tenore istituzionale e limiti di tenore normativo, T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, cit., 372. In argomento si veda altresì R. SATURNINO, voce *Discrezionalità (Diritto penale)*, cit., 4.

<sup>110</sup> T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, cit., 378.

<sup>111</sup> Corte cost., sent. 15 - 24 giugno 1992, n. 299, in *Giur. cost.* 1992, 2257. Si veda in particolare § 4 del *Considerato in diritto*.

disvalore sul fatto previsto dalla legge come reato, ma alla scala di graduazione individuata dal minimo e dal massimo edittali. Nel fare ciò, il giudice deve tenere conto della volontà del legislatore di comminare il minimo ai casi, sì riconducibili alla fattispecie astratta, ma connotati da minor gravità o da minori indici di capacità a delinquere; e, di contro, deve comminare il massimo edittale ai casi che rivestono maggior gravità ed in cui siano ravvisabili indici di maggiore pericolosità personale.

Certamente ci si avvede della congenita imperfettibilità delle regole normative: ci troviamo sempre al cospetto di una «giustizia umana». Ciò non toglie che le risposte sanzionatorie debbano raggiungere un margine di «accettabilità», tenuto conto di quanto l'ordinamento giuridico si attenda dal giudice<sup>112</sup>.

Il problema di fondo è, perciò, quello di determinare i criteri legali di valutazione, con cui «vincolare» la discrezionalità del giudice<sup>113</sup>. Stante la difficoltà di contemperare l'esigenza di individualizzazione della pena con quella di prevedibilità e certezza della pena, c'è chi in passato ha parlato di «formula magica» che venga incontro al giudice e che sia in grado di «neutralizzare, almeno entro limiti tollerabili, il fardello della sua umanità»<sup>114</sup>.

## 9. IL PRIMO ÀMBITO DELLA DISCREZIONALITÀ GIUDIZIALE: LA COMMISURAZIONE DELLA PENA

Il tema della determinazione della pena in fase giudiziale coinvolge la complessa operazione valutativa di commisurazione della sanzione in termini adeguati, coerenti e proporzionati alla particolarità e all'individualità del caso concreto. Esso segna il passaggio dal piano astratto della comminatoria edittale a quello concreto della pena inflitta al reo.

Questo passaggio non avviene in modo automatico ma si realizza attraverso l'attività che compete al giudice della cognizione al momento della condanna.

Il dato da cui prendere le mosse è rappresentato dalle clausole generali di cui agli artt. 132 e 133 cod. pen. che, della commisurazione della pena, contengono la disciplina sostanziale e processuale<sup>115</sup>. Si tratta di due disposizioni logicamente complementari e funzionalmente

---

<sup>112</sup> T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, cit., 378.

<sup>113</sup> Si tratta di un problema comune a tutte le moderne legislazioni. Così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 784.

<sup>114</sup> Sui possibili sistemi per vincolare l'attività del giudice (sistema «armonico», «geometrico», «matematico»), ci veda T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, cit., 384. L'Autore ricorda che con la «formalizzazione» e la «matematicizzazione» non si risolve il problema: «nessun caso della pratica giudiziaria può essere risolto in modo convincente attraverso un modello decisionale, sì che la complessità della teoria è inversamente proporzionale alla sua utilità». Della questione si era occupata anche dottrina molto risalente. Si ricordano, già a fine Ottocento, le opere di Francesco Carrara, *Lineamenti di pratica legislativa penale*, 1874, 344 e *Programma del corso di diritto penale. Parte generale*, II, 1897, § 659.

<sup>115</sup> F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, cit., 73. La forza espansiva e sistematica degli artt. 132 e 133 cod. pen. è tale da trascendere il tema dell'applicazione della pena per il quale la disposizione è stata concepita: da questo punto di vista, l'art. 133 cod. pen. assume nel

interdipendenti. Se la prima prevede il dovere di motivazione a garanzia della congruità dell'accertamento discrezionale<sup>116</sup>, la seconda rappresenta l'unico strumento per la scelta e la graduazione della pena, enucleando una serie di criteri legali che si polarizzano intorno alla gravità del reato e alla capacità a delinquere del reo<sup>117</sup>.

Le norme evidenziano una continuità di sviluppo tra i momenti della determinazione legale e della commisurazione giudiziale della pena: non già contingente manipolazione della prima ad opera del giudice, ma coerente affermazione, attraverso la seconda, di un processo di individuazione della responsabilità penale non ulteriormente praticabile nella sede legale necessariamente governata dall'astrattezza e dalla generalità<sup>118</sup>.

Per la commisurazione della pena, l'art. 133 cod. pen. indica una serie di criteri fattuali ma non dice alcunché quanto ai parametri finalistici, suscitando così un interrogativo che rinvia, evidentemente, alle funzioni della pena<sup>119</sup>. Questo limite insito nell'art. 133 cod. pen. solleva

---

sistema il significato di vero e proprio paradigma della discrezionalità penale, di «fulcro intorno al quale ruotano tutte le disposizioni penali di natura discrezionale». Così F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, cit., 26 e 73.

<sup>116</sup> Nella misura in cui il giudice deve dar conto nella motivazione della sentenza dei criteri, degli indici e dei giudizi di valore, la discrezionalità penale è, altresì, «controllata»: è, infatti, proprio attraverso la motivazione che si esercita quel controllo che è indissolubile dal potere di commisurazione della pena. Così P. NUVOLONE, *Il ruolo del giudice nell'applicazione della pena*, cit., 1563. Negli stessi termini, T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice e certezza del diritto*, cit., 400: il giudice «deve dimostrare di aver ragionato e come ha ragionato», consentendo alle parti una lettura critica del suo operato. Il controllo si realizza attraverso l'obbligo della motivazione sancito in generale dal codice di procedura penale e specificato dall'art. 132 cod. pen.: il senso di quest'ultima autonoma previsione è sia quello di ribadire in forma particolare il più generico dettato costituzionale che vuole motivati tutti i provvedimenti giurisdizionali (art. 111 Cost.), sia quello di indicare la necessità che dalla motivazione emerga oltre che lo scopo, il progressivo sviluppo dell'indagine, dal fatto alla personalità dell'agente. Così, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, cit., 105. In argomento, E. AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, cit.; A. ALIBRANDI, *Sulla commisurazione e motivazione della pena*, cit.; D. SIRACUSANO, *Problemi attuali della discrezionalità in diritto penale*, cit.

<sup>117</sup> F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, cit., 105 e 144. Non vi è dubbio, infatti, che l'obbligo di motivazione sia inscindibile dal potere-dovere del giudice – ex art. 133 cod. pen. – di fare tutto il possibile per adeguare la pena al fatto e alla personalità dell'agente, in conformità allo scopo attribuito alla sanzione dalla Carta fondamentale.

Sugli indici di commisurazione, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 788; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 757; M.G. TASCONE, voce *Applicazione della pena*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988. In argomento, E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, cit., 357.

<sup>118</sup> In argomento, G. DE VERO, *Le circostanze del reato tra determinazione legale e commisurazione giudiziale delle pene*, in AA.VV., *Attualità e storia delle circostanze del reato. Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità*, Milano, 2016, 213.

<sup>119</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 789. In argomento, P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975, 332: l'art. 133 cod. pen. «non brilla per cristallina chiarezza». Per l'esigenza di una rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 133 cod. pen., G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 764. Sull'analisi e sulla graduazione degli indici commisurativi indicati nell'art. 133 cod. pen., G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 757; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 790.

Sul carattere tassativo o esemplificativo o onnicomprensivo dell'elenco di criteri dell'art. 133 cod. pen., F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, cit., 24; A.M. STILE, *Il giudizio di*

qualche critica sulla stessa qualificazione della discrezionalità in esame come «discrezionalità vincolata». Si osserva, infatti, che per dar vita ad un sistema di discrezionalità vincolata non basta che il legislatore individui, in forma più o meno tassativa, il substrato di fatto su cui dovrà appuntarsi la valutazione del giudice. Poco importa che la legge determini ciò che il giudice deve prendere in considerazione, se non precisa altresì come - *rectius*, in vista cioè di quale finalità - dovranno essere valutati quei dati di fatto. Spesso, un medesimo criterio fattuale, infatti, può assumere un significato aggravante o attenuante a seconda del criterio finalistico con cui viene correlato<sup>120</sup>.

Soltanto una normativa che definisca con chiarezza la funzione della misura presa in considerazione riesce ad orientare realmente le scelte del giudice. Nel caso di più finalità concorrenti, si dovrà delineare una gerarchia fra tali finalità, così da risolvere, su un piano generale ed astratto, le antinomie degli scopi<sup>121</sup>.

Certo, i criteri di commisurazione possono valere - se riescono a funzionare - a collocare il fatto concreto entro una scala di gravità fra le diverse possibili modalità di realizzazione di un dato tipo di reato e a collegarlo, con una misura di pena corrispondente, alla sua posizione nella scala di gravità<sup>122</sup>.

Quando si affronta il tema della commisurazione della pena, si è soliti distinguere tra «commisurazione in senso stretto» e «commisurazione in senso lato»<sup>123</sup>.

La prima concerne la quantificazione della pena base all'interno dei limiti edittali e la scelta della specie di pena in caso di comminatoria alternativa (individuazione della c.d. pena base).

---

*prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, cit., 174; M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959, 70; F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, Milano, 1950, 204; A.R. LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, cit.

<sup>120</sup> E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice*, cit., 751.

<sup>121</sup> Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, cit., 18. L'individuazione dello scopo della pena diventa una questione ineludibile nell'ambito del discorso sulla commisurazione della pena. Anzi, essa precede la redazione delle specifiche regole sanzionatorie che devono guidare l'attività del giudice. Un utile contributo alla riflessione può essere tratto dall'esperienza statunitense. In quel contesto, negli anni Ottanta, la *Sentencing Commission* - incaricata dal Congresso statunitense di elaborare le *guidelines* che avrebbero di lì a poco vincolato l'attività commisurativa dei giudici comuni -, ancorché inizialmente intenzionata a non affrontare (o quantomeno a rimandare il più a lungo possibile) il problema dello scopo della pena attraverso la previsione di due diversi schemi di *guidelines* (uno ispirato al *crime control* mediante la *deterrence* e l'altro alla *just desert theory*), si rese ben presto conto di come la presa di posizione sullo scopo della pena fosse indispensabile per poter procedere alla definizione del trattamento sanzionatorio corrispondente al singolo reato. In quell'occasione, la scelta ricadde sull'ideologia retributiva, ancorché stemperata dai suoi estremismi. Sul punto, S. BREYER, *The Federal Sentencing Guidelines and the Key Compromises upon which they rest*, Hofstra Law Review, 1988. Per approfondimenti, si rinvia alle note 204-209 e ai richiami bibliografici ivi riportati.

<sup>122</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 536.

<sup>123</sup> Così, ad esempio, D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 539. In prospettiva comparata, il concetto di «commisurazione in senso lato» è tradotto, negli ordinamenti anglosassoni, con il termine «*sentencing*». Cfr. G. MANNOZZI, voce *Sentencing*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, Torino, 1991, 152.

La seconda, invece, ricomprende tutte le ulteriori e diverse ipotesi di discrezionalità relative alla sfera sanzionatoria. Tra queste: la sussistenza di circostanze, anche indeterminate; il giudizio di comparazione di esse in caso di concorso omogeneo ed eterogeneo; l'individuazione della misura degli aumenti o diminuzioni di pena in caso di reato continuato o di concorso formale di reati ovvero in caso di ricorso ai riti alternativi; la meritevolezza della sospensione condizionale della pena, del perdono giudiziale, della rateizzazione del pagamento della pena pecuniaria, del beneficio della non menzione della condanna, della liberazione condizionale, della riabilitazione; l'ammissione o meno all'oblazione facoltativa; la sostituzione della pena detentiva breve; la valutazione della pericolosità sociale e il giudizio sulla dichiarazione di abitudine, professionalità o di tendenza a delinquere. Al fine di orientare il potere discrezionale del giudice, in tutti questi casi, c'è la tendenza ad applicare i criteri di cui all'art. 133 cod. pen. che finiscono così per assumere una valenza generale<sup>124</sup>.

Ciò detto in via di massima, si tenga poi conto che l'ordinamento italiano prevede una disciplina in parte differenziata per il reato commesso dal minore di anni diciotto. Questo avviene, ovviamente, non tanto nella parte precettiva – anche i minori sono tenuti a rispettare i precetti penalmente sanzionati – ma proprio in punto di risposte al reato commesso. In linea generale, le pene sono le medesime previste per gli adulti, salvo per la diminuzione dell'età *ex art. 98 cod. pen.* Nondimeno, la peculiare condizione del minore richiede una particolare considerazione che non può esaurirsi nella previsione della mera circostanza attenuante menzionata. Per i minori, si pone un'esigenza non di «ri-educazione» ma, più radicalmente, di «educazione» di persone ancora in formazione, rispetto alle quali un impegno educativo è doveroso – e non soltanto tendenziale – anche indipendentemente dalla commissione del reato<sup>125</sup>.

---

<sup>124</sup> Un espresso rinvio all'art. 133 cod. pen. è effettuato negli artt. 164 (sospensione condizionale della pena), 175 (non menzione della condanna nel certificato del casellario), 203 (giudizio di pericolosità) cod. pen., ed inoltre nell'art. 58 della legge n. 689 del 1981 (sanzioni sostitutive). Ulteriori indicazioni specifiche per le valutazioni e decisioni del giudice, relative a singoli istituti, si trovano (non sempre) nelle rispettive discipline.

<sup>125</sup> Si veda, ad esempio, Corte cost., sent. 27 – 28 aprile 1994, n. 168, in *Giur. it.*, 1995, I, 357, con cui è stata dichiarata l'illegittimità dell'ergastolo per gli infradiciottenni in quanto incompatibile con i principi espressi dall'art. 31 Cost. che sono ispirati ad una speciale protezione per l'infanzia e la gioventù e favoriscono gli istituti necessari a tale scopo.

Per approfondimenti, S. LARIZZA, *Il contributo della Corte costituzionale all'evoluzione del sistema giustizia minorile*, in P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, V, Milano, 2011, 141; ID., *La risposta istituzionale «classica» alla criminalità minorile*, *Idibem*, 159; ID., *Criminalità minorile e ruolo residuale del diritto penale*, Pavia, 1992; G. PANEBIANCO, *Il minore reo*, in A. PENNISI (a cura di), *La giustizia penale minorile*, Milano, 2004, 117.

Già prima della svolta costituzionale, il diritto penale minorile si era sviluppato come sottosistema differenziato. Sul piano sostanziale il codice Rocco, oltre a prevedere per i minori una speciale attenuante e una disciplina più favorevole in materia di sospensione condizionale, contiene un istituto specifico, ossia il perdono giudiziale (art. 169 cod. pen.) che, in via eccezionale, apre la strada a una risposta in chiave di



Infine, un sistema sanzionatorio differenziato è stato introdotto anche per i reati assegnati alla competenza del giudice di pace come prevede il decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274. Per questi reati non è prevista la pena della reclusione, bensì la pena pecuniaria e nuove forme di pene principali quali la permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità<sup>126</sup>.

#### 10. IL SECONDO ÀMBITO DELLA DISCREZIONALITÀ GIUDIZIALE: L'ESECUZIONE DELLA PENA

Che la pena inflitta con la sentenza di condanna debba essere eseguita rappresenta un «passaggio» additato come «normale» dal principio di legalità, ovvero, se si vuole, la «logica prosecuzione» del provvedimento giudiziale e la concreta attuazione della norma sostanziale. All'interno di questa fase, infatti, si compiono tutte le attività necessarie a consentire che il comando contenente la sanzione divenga operativo e possa essere eseguito in concreto.

Proprio perché considerata attività di completamento del comando, questa fase veniva in passato fortemente sottovalutata. Al suo interno si recuperava, sia pure in via del tutto incidentale e limitata, l'opera e la figura del giudice. Ad egli veniva affidata la cognizione delle eventuali controversie circa l'esatta interpretazione del contenuto del comando o circa l'esatta capacità dello stesso di essere eseguito, nei termini e limiti in esso originariamente delineati<sup>127</sup>.

Tale impostazione può considerarsi superata.

L'esecuzione penale, lungi dall'essere considerata solo un'appendice del processo di cognizione, assume oggi un rilievo determinate sotto plurimi profili<sup>128</sup>.

Innanzitutto, vi possono essere casi in cui, pur essendo stata pronunciata in sentenza una pena coerente con i criteri legali di commisurazione, sembra più giusto e preferibile rinunciare

---

perdono a fronte di reati di gravità non particolarmente elevata. Sul piano processuale, vi è poi la competenza del Tribunale per i minorenni. Una riorganizzazione del diritto penale minorile, sia sostanziale che processuale, è stata attuata dal decreto legislativo n. 448 del 1988. Per approfondimenti sugli istituti menzionati, D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 592.

<sup>126</sup> Per approfondimenti, cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 597; L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale «conciliativa», il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Milano, 2002.

<sup>127</sup> Cfr. G. CANZIO, *La giurisdizione e la esecuzione della pena*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 aprile 2016, 2.

<sup>128</sup> In argomento, T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *La resistibile ascesa della sospensione condizionata nel panorama dei benefici penitenziari*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 4, 1618. L'Autrice scrive «Gli affanni legati all'ultimo anello della catena punitiva non sono, tuttavia, marginali o peregrini: qui giungono e da qui ripartono arterie che, secondo un flusso costante e onnipresente, penetrano negli snodi critici del sistema penale, svelandone fatalmente i troppi nervi scoperti. (In)effettività e flessibilità della sanzione criminale, allarme sociale e necessità di sicurezza collettiva, collasso dell'apparato sanzionatorio, carenze organizzative ed incapacità di fornire risposte decisive costituiscono le multiformi e preoccupanti sfaccettature di uno scenario che non appare eccessivo definire inquietante e fanno del sistema sanzionatorio-penitenziario l'autentico banco di prova della tenuta complessiva dell'intero assetto penale».

ad eseguirla, in tutto o in parte<sup>129</sup>. Ciò in quanto la funzione rieducativa assegnata alla pena si realizza soprattutto – ma non solo – attraverso le sue modalità di esecuzione. Si è soliti, a tal proposito, affermare che «la pena è nella sua esecuzione»<sup>130</sup>: a nulla vale assegnare ad essa determinati compiti e concepirla in un determinato modo se poi, attraverso l'esecuzione, il suo fine viene disatteso.

L'art. 1 della legge n. 354 del 1975, conformemente a quanto sancito negli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., statuisce espressamente che il trattamento richiede di essere «improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni». Lo stesso deve essere attuato, nei confronti di condannati e internati, «secondo un criterio di individualizzazione» in rapporto alle specifiche condizioni e ai bisogni dei soggetti e deve tendere al «reinserimento sociale» degli stessi<sup>131</sup>.

Ai detenuti, quindi, devono essere offerte, *in primis*, uguali possibilità di rieducazione e quindi di reinserimento, senza alcuna discriminazione<sup>132</sup>. Con questo, tuttavia, non si vuole affermare che il trattamento debba essere indifferenziato. Occorre, anzi, una diversificazione dei programmi risocializzanti e l'adozione di strumenti vari correlati alle singole situazioni e all'impegno manifestato dal condannato durante l'esecuzione.

Il momento di risocializzazione – ponendosi come fattore di rottura nei confronti della logica meramente retribuzionistica – esige «flessibilità» nell'attuazione del contenuto della condanna, postulando, di conseguenza, una pluralità di garanzie sconosciute ad un assetto improntato all'applicazione del *dicutm* giudiziale nella sua rigida immutabilità<sup>133</sup>.

---

<sup>129</sup> Sulla crisi della pena detentiva e sui «sistemi sanzionatori differenziati», si veda F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 746. In argomento, E. DOLCINI, C.E. PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, Milano, 1989; G.D. PISAPIA, *Una strategia differenziata per la difesa sociale dal delitto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1975, 209.

<sup>130</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 795. In argomento, V. BAROSIO, voce *Esecuzione penale*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 490; F. CORBI, voce *Esecuzione penale*, in *Dig. pen.*, IV, Torino, 1990, 286.

<sup>131</sup> In argomento, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 797; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 707. In argomento F. BRICOLA (a cura di), *Il carcere riformato*, Bologna, 1977; V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981; ID. (a cura di), *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, Bologna, 1982; P. COMUCCI, *Lo sviluppo delle politiche penitenziario dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in A. PRESUTTI (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, 3.

<sup>132</sup> La Costituzione non preclude a nessuno una possibile risocializzazione, così A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 marzo 2013. Sul punto, G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *www.dirittopenitenziarioecostituzione.it*, M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002.

<sup>133</sup> G. GIOSTRA, *Tre settori da differenziare nei rapporti tra giurisdizione ed esecuzione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 1348: «Il provvedimento giurisdizionale sull'applicabilità di una misura rieducativa non può che dar luogo ad un «giudicato aperto», *rebus sic stantibus*, e per ciò stesso suscettibile di modificazioni fin quando la pena non sia estinta o la misura di sicurezza revocata».

A. MARGARA, *Il problema della discrezionalità nelle decisioni della magistratura di sorveglianza*, in *Quaderno n. 46. La magistratura di sorveglianza e il nuovo codice di procedura penale*, Roma, 1989, *www.csm.it*, 211: «Esiste la possibilità astratta di un altro sistema: quello di una pena rigida. Vi sono pro e contro. Si può rilevare soltanto che quel sistema è stato nostro fino al Nuovo ordinamento penitenziario del 1975 e che questa nuova legislazione è nata dal rifiuto, consapevole e meditato, del sistema di pena rigida, sistema

Se la gestione della individualizzazione della pena significa applicazione degli strumenti di flessibilità ai casi concreti, è inevitabile l'attribuzione al giudice di un certo margine di discrezionalità<sup>134</sup>. Nello specifico, è compito della magistratura di sorveglianza verificare che i programmi risocializzanti, oltre a non comportare lesioni ai diritti della persona, siano adeguati alla realizzazione della funzione rieducativa<sup>135</sup>. Evidentemente, si è dinanzi a un giudizio in prevalenza prognostico. Quest'ultimo non solo tollera, bensì richiede una continua verifica che, avvalendosi di nuovi elementi di valutazione, adegui costantemente la situazione giuridica all'evoluzione del soggetto<sup>136</sup>.

---

ingiusto e ceco, temperato soltanto da strumenti altrettanto ingiusti e cechi quali i ricorrenti provvedimenti generali di clemenza». Secondo l'Autore «il sistema di pena flessibile è voluto dalla Costituzione, il legislatore può solo scegliere il quadro di condizioni in cui il sistema deve operare».

<sup>134</sup> G. MOSCONI, M. PAVARINI, *Discrezionalità e sentencing penitenziario. La flessibilità della pena nella fase esecutiva nell'attività dei tribunali di sorveglianza (1987-1990)*, in *Dei delitti e delle pene*, 1993, 149. In argomento R. ZANNOTTI, *Le misure alternative alla detenzione (in particolare l'affidamento in prova al servizio sociale) e la crisi del sistema sanzionatorio*, in *Ind. pen.*, 2000, 707.

Sull'attività giurisdizionale esecutiva in generale, G. GIOSTRA, *Tre settori da differenziare nei rapporti tra giurisdizione ed esecuzione penale*, cit. L'Autore ritiene che l'esecuzione della pena comprenda: la giurisdizione esecutiva in senso stretto (procedimento per gli incidenti di esecuzione), la giurisdizione di sicurezza (processo di sicurezza) e la giurisdizione rieducativa (procedimento di sorveglianza). Egli scrive che era inevitabile che l'esecuzione della pena in funzione rieducativa portasse ad una complicazione del quadro delle attività di esecuzione, dei rispettivi organi competenti e delle relative procedure. L'Autore sottolinea, inoltre, il collegamento tra contenuti e modalità di perseguimento del fine rieducativo, da un lato, e l'intervento giurisdizionale, dall'altro.

In argomento, si veda altresì F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, in *Ind. pen.*, 1969, 267.

A. MARGARA, *Il problema della discrezionalità nelle decisioni della magistratura di sorveglianza*, cit. L'Autore ricorda che, in astratto, esiste la possibilità di attribuire la gestione della flessibilità ad organi non giurisdizionali, come avviene in altri Paesi. Ciò era previsto originariamente dal Codice penale Rocco per la liberazione condizionale della pena e la revoca anticipata delle misure di sicurezza, attribuite al Ministro della giustizia. E così anche negli ordinamenti di *common law*, dove la possibilità di incidere sulla pena in concreto scontata dal condannato spetta al c.d. «*Parole Board*», un organo avente una composizione mista. Attualmente negli Stati Uniti non esiste un unico modello di «*parole*», ma ogni giurisdizione ne ha uno proprio che differisce dagli altri per: requisiti di accesso all'istituto, condizioni imposte, composizione e discrezionalità del «*Parole Board*». Il modello «istituzionale», usato prevalentemente nel settore della giustizia minorile, prevede, ad esempio, che a decidere del rilascio del detenuto sia lo «*staff* correzionale» ossia l'istituzione carceraria che, avendo il più stretto contatto con il detenuto, si trova nella posizione più favorevole per decidere. In altri casi, invece, il «*Parole Board*» è un organo dipendente dal potere esecutivo, i cui membri sono scelti dal Governatore. Per approfondimenti, S. CIAPPI, A. COLUCCIA, *Giustizia criminale. Retribuzione, riabilitazione e riparazione: modelli e strategie di intervento penale a confronto*, Milano, 2003, 91.

<sup>135</sup> L. CESARIS, *Un ulteriore passo verso l'eliminazione dei divieti aprioristici di concessione di benefici penitenziari*, in *Giur. Cost.*, 3, 2010, 2250.

<sup>136</sup> Quanto appena detto si coglie in alcuni passaggi della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 1974, § 2 del *Considerato in diritto*: «sulla base del precetto costituzionale, sorge, di conseguenza, il diritto per il condannato a che [...] il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo». Cfr. Corte cost., sent. 27 giugno - 4 luglio 1974, n. 204, in *Giur. cost.*, 1974, 1707, con nota di G. VASSALLI, *La liberazione condizionale dalla amministrazione alla giurisdizione*, ivi, 3523. La sentenza ha

Per armonizzare l'esecuzione all'evoluzione della pena e per sottrarla all'arbitrio dell'amministrazione, il legislatore provvede a fissare ed aggiornare le regole di diritto che devono essere osservate in materia. Anche qui, in altri termini, la discrezionalità del giudice è di natura vincolata.

Lo stesso codice penale prevede disposizioni dirette in tal senso, concedibili già dal giudice della cognizione con la sentenza di condanna. Così è, ad esempio, per la sospensione condizionale della pena<sup>137</sup>. Altri strumenti previsti dall'ordinamento sono le sanzioni sostitutive di pene detentive brevi (legge n. 689 del 1981). Queste ultime si presentano come temperamento di diverse esigenze: da un lato, esprimono, nella pena inflitta, il peso assegnato al reato dalla «bilancia della giustizia» nell'ottica della prevenzione o della retribuzione; dall'altro lato, vanno incontro ad esigenze che possono far ritenere preferibile la non esecuzione della pena detentiva, avuto riguardo ai suoi costi e alle possibili alternative<sup>138</sup>.

Nondimeno, gli istituti di maggior rilievo sono, senz'altro, le misure alternative alla detenzione, introdotte nel 1975 e potenziate da leggi successive<sup>139</sup>. La loro concessione è in vario modo legata al comportamento del condannato: ancorché tutte presuppongano una prognosi favorevole sul comportamento futuro, dette misure hanno natura di premio per un comportamento positivo già tenuto (meccanismo della «prezialità progressiva»). Viceversa, la condotta inadempiente tenuta dal condannato durante l'esecuzione comporta, di regola, la

---

«invertito la rotta» con il configurare il diritto del detenuto a vedere riesaminata la propria posizione. G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, cit. L'Autore parla di «valore positivamente dirompente» assunto dal diritto individuale di ciascun detenuto al percorso rieducativo.

<sup>137</sup> Per approfondimenti, A.L. VERGINE, voce *Sospensione condizionale della pena*, in *Dig. pen.*, XIII, Torino, 1997, 442; F. GIUNTA, voce *Sospensione condizionale della pena*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 87. Sulla disciplina si veda anche D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 557.

<sup>138</sup> Le sanzioni sostitutive sono applicate dal giudice con la sentenza di condanna (art. 53, legge n. 689/1981) come le tradizionali pene principali e rientrano, sotto questo aspetto, nella definizione delle pene principali di cui all'art. 20 cod. pen. A differenza, però, delle classiche pene principali, le sanzioni sostitutive non sono previste come pene edittali in norme di parte speciale, né sono oggetto di un autonomo giudizio di commisurazione. La loro applicazione è in sostituzione della pena detentiva che sarebbe stata teoricamente ritenuta applicabile nel caso concreto. La decisione sulla sostituzione della pena è lasciata, secondo le regole generali, alla discrezionalità del giudice, guidata dagli indici fattuali espressi nell'art. 133 cod. pen., secondo quanto dispone l'art. 58 della legge n. 689/1981. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 583.

<sup>139</sup> Le misure alternative hanno profondamente cambiato «il volto del sistema penale italiano» mediante l'apertura dell'esecuzione della pena al mondo esterno al carcere. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 571. Tale apertura, avviata dalla riforma del 1975, ha poi trovato ulteriori sviluppi nella legge n. 689 del 1981 e nelle successive modifiche dell'ordinamento penitenziario: la c.d. legge Gozzini del 1986, la legge n. 296 del 1993 e la c.d. legge Simeone del 1998. Con esse, il legislatore ha preso atto che gli strumenti, fino a quel momento, offerti al giudice per soddisfare esigenze di rieducazione – la pena pecuniaria, non diseducativa, ma nemmeno idonea a risocializzare, e la pena detentiva, in concreto quasi sempre diseducativa – erano inadeguati. Per un quadro d'insieme, di poco successivo all'entrata in vigore della riforma penitenziaria, AA.VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1977. Secondo E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, cit., 363, ci troviamo davanti a una «palese contraddizione» tra il principio costituzionale sancito dall'art. 27, terzo comma, Cost. e la realtà di una pena che sortisce effetti opposti. Da ciò l'importanza della riforma dell'ordinamento penitenziario.

revoca delle misure concesse (meccanismo della «punitività regressiva»)<sup>140</sup>. Il tutto nell'ottica di porre il condannato nella condizione di poter influire, con il suo comportamento, sulle modalità di esecuzione della pena e finanche sulla durata della vicenda sanzionatoria, potendone determinare un'anticipata conclusione rispetto al tempo di espiazione stabilito in sentenza<sup>141</sup>.

Il trattamento individualizzante varia, dunque, a seconda del comportamento del condannato e può concretizzarsi in termini di terapia (per malati psichici), di rieducazione sociale (per soggetti emarginati, incapaci di frenare gli impulsi antisociali o con acquisita abitudine al delitto, ma che riconoscono la validità delle regole dell'ordinamento), di afflizione con funzione intimidatrice e neutralizzatrice (per delinquenti che continuano a non riconoscere la validità dei precetti legislativi e non ne temono la sanzione; si pensi a certi contesti mafiosi o terroristici)<sup>142</sup>.

A titolo di chiosa, si segnala che il processo evolutivo che ha interessato la fase dell'esecuzione penale è stato notevolmente inciso dalla tematica della «cedevolezza del giudicato»<sup>143</sup>. Con questa espressione ci si riferisce alla questione della rideterminazione, in fase esecutiva e pertanto *post iudicato*, della pena, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità di norme incidenti sul trattamento sanzionatorio. Non potendo affrontare diffusamente la tematica, è utile soltanto segnalare come essa sia strettamente collegata al potere del giudice dell'esecuzione. Quest'ultimo, oggi, sembra avvicinarsi sempre di più al giudice della cognizione, proprio sotto il profilo della determinazione della sanzione<sup>144</sup>.

---

<sup>140</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 745. Con le misure extra murarie, lo Stato pone in essere una sorta di «patto sociale» o «sinallagma rieducativo», così P. COMUCCI, *Lo sviluppo delle politiche penitenziario dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, cit. 5. In argomento, A. MARGARA, *La pena perduta e il carcere ritrovato: riflessione sulla crisi di una delle tante riforme incompiute*, cit., 382.

<sup>141</sup> Ciò rappresenta, a detta di taluno, un primo colpo al principio di intangibilità del giudicato penale. Così P.P. EMANUELE, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 86.

<sup>142</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 745. Si consideri che la Corte costituzionale, nell'ambito di giudizi aventi ad oggetto le disposizioni contenute nella legge n. 354 del 1975, ha costantemente ribadito la necessità che la finalità rieducativa della pena si contemperì con le altre funzioni prima viste, e cioè con quelle della prevenzione generale, della retribuzione e, infine, con la difesa sociale. Ciò in quanto le ragioni che possono opporsi all'esecuzione di una pena «giusta» – da intendersi come quella comminata secondo le regole e a seguito di un regolare processo – acquistano consistenza solo là dove siano consistenti i costi della pena e rilevanti i vantaggi dell'evitarli.

<sup>143</sup> Cfr. G. CANZIO, *La giurisdizione e la esecuzione della pena*, cit., 3. L'Autore scrive «l'orizzonte, insomma, è quello dove la *certezza dei diritti* sembra invadere prepotentemente la scena, ponendosi in posizione di assoluta centralità, anche a costo di mettere in secondo piano la *certezza del diritto*».

<sup>144</sup> Cfr. G. CANZIO, *La giurisdizione e la esecuzione della pena*, cit., 12. In argomento, F. CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in M. BARGIS (a cura di), *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Milano, 2013, 263; S. FURFARO, *Il mito del giudicato e il dogma della legge: la precarietà della certezza giuridica (a margine di Corte cost., sent. n. 230 del 2012)*, in *Arch. pen.*, 2013, 2; F. GAITO, *L'immutabilità della res iudicata: un attributo (non più) imprescindibile?*, in *Arch. pen.*, 2013, 3; G. RICCARDI, *Giudicato penale e incostituzionalità della pena*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 gennaio 2015. Quanto alla giurisprudenza costituzionale, si veda Corte cost., sent. 3 – 18 luglio 2013, n. 210 (in *Giur. cost.*, 2013, 4, 2915) resa nell'ambito del caso *Scoppola*. La Corte ha ivi affermato che «in base all'art. 30 comma 4 della legge n. 87 del 1953, il giudicato penale non

In conclusione, stante le riflessioni condotte, si può affermare che la pena, in presenza di determinate condizioni ovvero della presa d'atto del processo di recupero dell'interessato, è suscettibile di essere modificata durante la sua esecuzione<sup>145</sup>.

## 11. DALLA «TEORIA» ALLA «PRASSI»: CONSIDERAZIONI SPARSE SUI LIMITI DELLA CONFIGURAZIONE LEGISLATIVA DELLA DISCREZIONALITÀ

Se dal piano teorico si passa a considerare il piano della prassi applicativa, ci si accorge che, spesso, l'esercizio del potere discrezionale conduce ad esiti non del tutto in linea con quanto finora detto<sup>146</sup>.

Come è stato da più parti rilevato, i giudici nella determinazione della pena in concreto e nella concessione dei benefici connessi alla condanna esercitano una discrezionalità quasi incontrollata<sup>147</sup>.

L'esistenza di un divario tra un modello teorico di discrezionalità vincolata e una prassi nella quale la discrezionalità si sottrae da qualsiasi vincolo normativo è evidente già alla luce del dato legislativo<sup>148</sup>. Vi sono disposizioni in cui, in effetti, il legislatore non è stato sufficientemente

---

impedisce al giudice di intervenire sul titolo esecutivo per modificare la pena, quando la misura di questa è prevista da una norma di cui è stata riconosciuta l'illegittimità convenzionale, e quando tale riconoscimento sorregge un giudizio altamente probabile di illegittimità costituzionale della norma per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.» (§ 7.3 del *Considerato in diritto*). Le Sezioni Unite, nel caso *Gatto* (Cass. pen., Sez. Un., 29 maggio – 14 ottobre 2014, n. 42858, in *Cass. pen.*, 2015, 1, 41), espressamente affermano che «nel bilanciamento tra il valore costituzionale della intangibilità del giudicato e il divieto fondamentale e inviolabile alla libertà personale, va data prevalenza a quest'ultimo, giacché il divieto di dare esecuzione ad una pena prevista da una norma dichiarata illegittima dal Giudice delle leggi è esso stesso principio di rango sovraordinato – sotto il profilo della gerarchia delle fonti – rispetto agli interessi sottesi all'intangibilità del giudicato» (§ 8 del *Considerato in diritto*). Sul punto, D. VICOLI, *L'illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 2, 1006; G. ROMEO, *Le Sezioni unite sui poteri del giudice di fronte all'esecuzione di pena «incostituzionale»*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 ottobre 2014.

<sup>145</sup> Cfr. A. MARGARA, *Il problema della discrezionalità nelle decisioni della magistratura di sorveglianza*, cit., 213: ciò che deve essere perseguito è «la trasparenza e la validità di questi successivi interventi», operati nella fase dell'esecuzione penale.

<sup>146</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 722. Gli Autori parlano di distanza tra «pena teorica» e «pena reale». In argomento, T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, cit., 419; C.E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 510.

<sup>147</sup> In dottrina, c'è chi parla di «disintegrazione», «collasso» ovvero «diaspora» del sistema commisurativo. Così, rispettivamente, T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma. Il problema delle comminatorie edittali*, cit.; G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 160; L. MONACO, C.E. PALIERO, *Variazioni in tema di «crisi della sanzione»: la diaspora dei sistemi commisurativi*, cit.

<sup>148</sup> E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice*, cit., 767.

attento all'esigenza di predeterminare direttive chiare ed effettivamente orientative per il giudice.

Sotto questo profilo, si è già ampiamente detto del carattere onnicomprensivo, e perciò poco utile, dei criteri fattuali enunciati dall'art. 133 cod. pen., nonché dalla mancata indicazione dei parametri finalistici<sup>149</sup>. Detta norma non è, però, l'unica a presentare incertezze.

Diverse sono le disposizioni che sollevano, ed hanno sollevato, dubbi sotto il profilo dell'eccessiva ampiezza della cornice edittale fissata dal legislatore. Questa, per guidare di fatto l'attività del giudice, non deve eccedere il «margine di elasticità» necessario a consentire la commisurazione della pena secondo i criteri di individualizzazione. Quando la cornice edittale è eccessivamente dilatata, «la predeterminazione legislativa della misura della pena diviene soltanto apparente e il potere conferito al giudice si trasforma da potere discrezionale in potere arbitrario»<sup>150</sup>.

---

<sup>149</sup> Nel senso che il concetto di «gravità del reato» non sia veramente univoco rispetto alle differenti finalità della pena cui la valutazione della gravità può essere correlata, si veda E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, cit., 42 e letteratura tedesca ivi citata. Dubbi sussistono anche con riferimento alla «capacità a delinquere», tra i tanti, si vedano, tra gli altri, E. MORSELLI, *Il significato della capacità a delinquere nell'applicazione della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977, 1342; M. SPASARI, *Capacità a delinquere e pena*, ivi, 1978, 3; O. CUSTODERO, *Capacità a delinquere e commisurazione della pena: problemi e orientamenti*, ivi, 1998, 78.

<sup>150</sup> Corte cost., sent. n. 299/1992, cit., § 4 del *Considerato in diritto*. La Corte, in tale occasione, si è occupata dell'art. 122 cod. pen. mil. di pace che puniva, per il solo fatto della violata consegna, il militare che, in vario modo, sottraeva, deteriorava o distruggeva in tutto o in parte la cosa a lui affidata in guardia. La norma indicava solo il minimo edittale della pena (due anni); sicché, ai sensi dell'art. 24 dello stesso codice, la pena poteva arrivare sino a ventiquattro anni di reclusione militare. L'analisi della norma impugnata induce la Corte a ritenere che la predeterminazione del massimo di pena ad opera della norma stessa (per effetto del rinvio implicito alla durata massima della reclusione militare stabilita in ventiquattro anni dall'art. 26 del cod. pen. mil. di pace) sia soltanto apparente e quindi non idonea a funzionare effettivamente quale parametro e criterio direttivo per l'esercizio del potere discrezionale del giudice. Non appare ipotizzabile alcuna fattispecie concreta di reato ex art. 122 cod. pen. mil. di pace alla quale sia ragionevole ritenere che il legislatore abbia davvero inteso collegare una sanzione di tale misura. E poiché le norme penali debbono invece far riferimento a fenomeni che appaiano concretamente verificabili (sentenza n. 96 del 1981), ne deriva il carattere meramente apparente della predeterminazione legislativa del massimo di pena. La Corte considera, poi, che tra il minimo e il massimo della pena comminata dall'art. 122 vi è una divaricazione di ampiezza tale da non avere quasi alcun riscontro nel nostro ordinamento penale. Né può ritenersi che l'abnorme estensione dell'ambito di determinazione così lasciato alla discrezionalità del giudice corrisponda alla variabilità - in termini di gravità del reato - delle fattispecie concrete sussumibili nella norma incriminatrice e trovi quindi in tale variabilità la sua giustificazione. «Al riguardo, va qui ribadito, in primo luogo, che non deve esservi sovvertimento del rapporto tra il principio della riserva alla legge del trattamento sanzionatorio e quello dell'individualizzazione della pena. In linea di principio, infatti, l'individuazione del disvalore oggettivo dei fatti-reato tipici, e quindi del loro diverso grado di offensività, spetta al legislatore; mentre al giudice compete di valutare le particolarità del caso singolo onde individualizzare la pena, stabilendo in base ad esse, nella cornice posta dai limiti edittali, quella adeguata in concreto. Poiché gli ambiti delle due sfere non vanno confusi, è compito del legislatore di rispettare quel rapporto attraverso un'adeguata articolazione dei trattamenti sanzionatori». La Corte conclude affermando che la norma in esame rappresenta in definitiva «l'attribuzione al giudice di un potere di determinazione svincolato da effettivi criteri normativi di quantificazione». È quindi violato il principio di legalità della pena -

Una corretta politica delle comminatorie edittali si pone come presupposto imprescindibile per un'efficace regolamentazione degli spazi di discrezionalità da lasciare al giudice per la determinazione della risposta punitiva concreta.

Ulteriori vistose carenze nella disciplina normativa della discrezionalità si riscontrano, altresì, nel settore delle circostanze del reato: un settore particolarmente vasto nel nostro ordinamento, che fa spazio alla discrezionalità del giudice ora per l'individuazione del dato aggravante o attenuante<sup>151</sup>, ora in relazione agli effetti modificativi del trattamento sanzionatorio<sup>152</sup>, ora con riguardo al concorso di circostanze. Qui, la situazione si è aggravata a seguito delle riforme degli anni Settanta che hanno dilatato al massimo gli spazi di discrezionalità del giudice<sup>153</sup>.

---

senza necessità di un *tertium comparationis* richiesto normalmente nel giudizio di ragionevolezza –, posto che tale principio, è sì compatibile con una regolata discrezionalità giudiziale, ma non con l'arbitrio del giudice. Sul punto, S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, cit.

<sup>151</sup> Il legislatore, per un verso, pare tipizzarle (artt. 61, 62 cod. pen.), per altro verso, non mancano ipotesi in cui la loro individuazione è affidata alla discrezionalità del giudice. Così E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice*, cit., 764. Si pensi, a questo proposito alle attenuanti generiche (art. 62-bis cod. pen.) e alle circostanze configurate genericamente per i «casi più gravi» o per i «fatti di lieve entità». Si veda, ancora, la vicenda della circostanza aggravante della «ingente quantità» in materia di stupefacenti: cfr. A. CHIBELLI, *La «ingente quantità» di stupefacenti: la «storia senza fine» di un'aggravante al bivio tra legalità in the books e legalità in action*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 3 febbraio 2017. Per ulteriori approfondimenti, si veda F. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite. Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1964, 1051.

<sup>152</sup> Non è chiaro come debba essere esercitato il potere di decidere la variazione in concreto ascrivibile alla circostanza. A proposito dell'incidenza delle circostanze sul trattamento sanzionatorio del reato, il nostro ordinamento conosce fondamentalmente due modelli. L'uno ricollega alla circostanza una modificazione, predeterminata dalla legge, della misura o del tipo della pena astratta (es: artt. 576, 577, 625 cod. pen.); l'altro modello fa invece reagire la circostanza sulla pena concreta (artt. 63, 64, 64 cod. pen.). Mentre la prima soluzione individua un unico momento di discrezionalità, da esercitare secondo i criteri generali di commisurazione della pena, la seconda prospetta l'ulteriore problema della individuazione di un criterio in base al quale determinare l'aumento o la diminuzione di pena. A tale scopo, parrebbe necessario scomporre la fattispecie astratta della circostanza – così come la fattispecie di reato, per la commisurazione della pena in senso stretto – in una «scala continua di sottofattispecie», all'interno della quale collocare la circostanza concreta, per stabilire il suo intrinseco «grado di intensità». In argomento, G. CONTENUTO, *Note sulla discrezionalità del giudice penale, con particolare riguardo al giudizio di comparazione fra le circostanze*, cit., 673.

La Corte di Cassazione non si accontenta della mera indicazione della pena finale, esigendo un'autonoma quantificazione della pena per il reato semplice e della variazione ascrivibile alla circostanza. A.M. STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, cit., 88–93. L'Autore osserva come questa «immagine di facciata» sia smentita dall'esperienza giudiziaria, la quale «dimostra che il giudice [...] si preoccupa innanzi tutto di stabilire la misura definitiva e complessiva della pena nell'ambito concesso dalla legge, e solo in un secondo momento (a volte addirittura dopo la lettura del dispositivo in udienza) assegna alla pena-base ed alla variazione il relativo coefficiente in funzione della necessaria motivazione».

<sup>153</sup> Una recente ricognizione ha rilevato l'enorme potere delle circostanze sul reato e l'enorme potere (l'enorme discrezionalità) dei giudici sulle circostanze: fattori, entrambi, di indebolimento della legalità, luogo particolarmente marcato di emersione dell'enorme potere del giudice nella gestione complessiva degli istituti del sistema sanzionatorio: F. BASILE, *L'enorme potere delle circostanze sul reato e l'enorme potere dei giudici sulle circostanze*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 1743.



Si veda, a tal proposito, l'attuale disciplina dell'art. 69 cod. pen.<sup>154</sup> e, in particolare, la vastità dell'oggetto del giudizio di bilanciamento: l'eterogeneità dei termini da porre a raffronto contribuisce all'ingresso di valutazioni del giudice fondate su criteri soggettivi e arbitrari<sup>155</sup>. I poteri del giudice risultano ulteriormente accentuati per effetto della scelta legislativa di non tener conto delle circostanze soccombenti nel computo della pena<sup>156</sup>.

L'affastellarsi di circostanze, specie in relazione a taluni reati – si pensi all'omicidio (artt. 575 e ss. cod. pen.) –, disciplinate in modo diverso (con aumenti di diversa misura, con previsione o meno di un aumento minimo, bilanciabili e non bilanciabili), ha reso complicata e mal decifrabile la struttura del sistema, tanto che, sovente, gli esiti della commisurazione della pena risultano poco prevedibili, aleatori, rimessi a sentimenti soggettivi di giustizia più che a criteri di legalità della pena<sup>157</sup>. Se a ciò si aggiunge l'effetto prodotto da scelte processuali attinenti ai riti alternativi, il quadro si complica ulteriormente<sup>158</sup>.

Per meglio comprendere tale complessità, si riporta, di seguito, un esempio.

Il caso – modellato su un fatto realmente accaduto e che ha riscosso notevole risonanza mediatica<sup>159</sup> – è quello dell'omicidio volontario aggravato *ex art.* 577, n. 4, cod. pen. (crudeltà verso la vittima), commesso da soggetto seminfermo di mente (art. 89 cod. pen.).

La cornice edittale di cui all'art. 575 cod. pen. di per sé è abbastanza ristretta (da 21 a 24 anni); eppure, circostanze aggravanti e attenuanti possono comportare una forte dilatazione verso l'alto (fino all'ergastolo) e verso il basso. Il bilanciamento *ex art.* 69 cod. pen. apre, difatti, uno scenario variegato. In caso di condanna pronunciata in esito al rito ordinario la pena sarebbe, secondo l'esito del bilanciamento: ergastolo in caso di prevalenza dell'aggravante speciale; in caso di giudizio di equivalenza, una pena compresa entro la cornice edittale prevista per l'omicidio comune (da 21 a 24 anni); in caso di prevalenza dell'attenuante, una pena compresa fra un minimo di anni 14 e un massimo di poco inferiore ai 24 anni di reclusione. In nessun caso potrebbe essere applicata una pena nell'intervallo fra i 24 e i 30 anni.

---

<sup>154</sup> E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice*, cit., 768: «la novella del 1974 ha esplicitamente conferito al giudice il potere di correggere, in sede di applicazione del nuovo art. 69 cod. pen., valutazioni di prevenzione generale espresse dal legislatore nella configurazione di circostanze ad efficacia speciale».

<sup>155</sup> A.M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi Urbinati*, 1976–1977, 300.

L'eccessivo ampliamento dei contorni del giudizio di bilanciamento ha dato nuovo impulso a discussioni tradizionali circa la natura – circostanziale o meno – di alcune cause di modificazione della pena, dagli eventi aggravanti alla recidiva, alle circostanze attinenti all'imputabilità. In argomento, E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice*, cit., 766 e riferimenti ivi riportati.

<sup>156</sup> E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice*, cit., 766.

<sup>157</sup> Cfr. D. PULITANO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Torino, 2014, 62.

<sup>158</sup> Si badi che la diminuzione del rito alternativo (per esempio il rito abbreviato) non rientra nel bilanciamento *ex art.* 69 cod. pen.

<sup>159</sup> Per approfondimenti, M. BERTOLINO, *Dall'infermità di mente ai disturbi della personalità: evoluzione e/o involuzione della prassi giurisprudenziale in tema di vizio di mente*, in *Riv. it. med. leg.*, 2004, 2, 508. La sentenza del GUP di Milano aveva condannato l'imputato a 30 anni di reclusione; in appello, la sentenza è stata riformata quanto a misura della pena in 16 anni.

Nel caso in cui si proceda con rito abbreviato: se è riconosciuta la prevalenza dell'aggravante, la pena sarà di 30 anni (in luogo dell'ergastolo); se il giudizio è di equivalenza, la diminuzione secca di un terzo per il rito abbreviato, applicata su una pena commisurata entro la cornice edittale, porterà a una pena compresa fra i 14 e i 16 anni; se, viceversa, viene ritenuta prevalente l'attenuante della seminfermità, anche a contenere al minimo la diminuzione, la pena non potrà essere superiore a 14 anni, a causa della diminuzione per il rito abbreviato. Riassumendo: scelto il rito abbreviato, la pena potrà essere o di 30 anni, o inferiore a 16; in nessun caso potrebbe essere applicata una pena nell'intervallo fra i 16 e i 30 anni.

L'esempio riportato è interessante non soltanto per comprendere la varietà di epiloghi possibili ma anche perché rappresenta un caso emblematico di «discrezionalità discontinua»<sup>160</sup>. Con questa espressione ci si riferisce al caso in cui la pena, all'esito del bilanciamento, può essere commisurata al di sopra o al di sotto di certe soglie, con esclusione di soluzioni intermedie. Una simile discontinuità nelle possibilità di commisurazione della pena spezza la corrispondenza fra la scala delle possibili valutazioni di gravità e la scala delle possibili sanzioni<sup>161</sup>.

Da ultimo, tra i limiti della configurazione legislativa della discrezionalità, si ricordano anche le problematiche originate dall'istituto della recidiva. Rinviando al prossimo capitolo una considerazione più ampia delle questioni da esso sollevate, ci si limita, ora, solo a segnalare che, nel silenzio del legislatore, è stata la prassi giurisprudenziale a enucleare gli «indici sintomatici» dai quali desumere un elemento di maggior colpevolezza o di maggiore rimproverabilità, tale da giustificare l'aggravamento sanzionatorio<sup>162</sup>.

---

<sup>160</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, cit., 56.

<sup>161</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, cit., 56. L'Autore prospetta, a questo proposito, un dubbio di illegittimità costituzionale per violazione dei principi di uguaglianza e rieducazione della pena. La censura riguarderebbe i possibili effetti della disciplina del bilanciamento, applicata a circostanze che spostano i limiti edittali in modo da aprire un buco nero nella scala delle possibili scelte sanzionatorie. L'Autore parla di «frattura negli spazi edittali» anche a proposito della normativa in materia di stupefacenti: rapporta, in particolare, la sanzione prevista dal primo comma dell'art. 73, d.P.R. 309/1990 (pena minima di otto anni di reclusione e multa di euro 25.822) con quella prevista dal quinto comma della medesima disposizione per gli stessi fatti ancorché di lieve entità (pena massima di quattro anni di reclusione e multa di euro 10.329). Si tratterebbe di una «discontinuità irrazionale fra le cornici edittali previste per fattispecie relative a fatti che presentano un *continuum* di possibili graduazioni di disvalore»: una valutazione di gravità immediatamente al di sopra della soglia della lieve entità comporta un salto di pena di quattro anni. Tale discontinuità ha indotto il Tribunale di Perugia a sollevare questione di legittimità costituzionale; questione dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale con sentenza n. 148/2016 (Corte cost., sent. 1 – 16 giugno 2016, n. 148, in *Giur. cost.*, 2016, 3, 1101). Attualmente pendono davanti alla Corte costituzionale tre nuove questioni di legittimità riguardanti la medesima norma. Per un commento, si veda C. BRAY, *Illegittima la pena minima per il traffico di droghe pesanti? Tre questioni all'esame della Consulta*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 2, 67.

<sup>162</sup> E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice*, cit., 763.

## 12. DALLA «TEORIA» ALLA «PRASSI»: «POLITICA PENALE GIUDIZIARIA» E CRITICHE

La preoccupazione circa il «protagonismo» che sembra oggi aver assunto la dimensione giudiziale del diritto e il ruolo sempre più «poliedrico» del giudice in materia penale sono alla base di innumerevoli critiche alla discrezionalità giudiziale<sup>163</sup>.

La prima critica che spesso si muove ai sistemi attuali è quella della apparente disparità fra sentenze formulate da giudici diversi – intesi come persone fisiche, quindi anche nell'ambito di uno stesso Tribunale – ma per casi che a prima vista non sembrano tra loro sostanzialmente dissimili<sup>164</sup>. Anche a voler obiettare che nessuna situazione concreta può dirsi propriamente identica ad un'altra, bisogna riconoscere che quello appena menzionato è un inconveniente che si deve tendere a ridurre al minimo.

Nel fare questo occorre partire da una duplice constatazione: colui che esercita il potere discrezionale è un essere umano; in ogni operazione valutativa che questi effettua vi è una «componente irrazionale» ineliminabile, propria di tutti procedimenti di applicazione delle norme<sup>165</sup>.

---

<sup>163</sup> In argomento, V. MANES, *Il ruolo «poliedrico» del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, cit.

<sup>164</sup> T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, cit., 381. L'Autore ricorda che questa è una critica ampiamente studiata dalla dottrina non soltanto nostrana. Menziona, in particolare, gli studi di Sellin, McGuire, Holzoff, Gaudet che avevano confrontato un certo numero di sentenze emesse dai giudici statunitensi negli anni Trenta del Novecento.

<sup>165</sup> In argomento, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 787.

Non si può sottovalutare l'eventualità che il giudice sia condizionato nelle sue decisioni da personali vedute di politica criminale ovvero dal peso delle spinte emotive della pubblica opinione. In argomento, T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, cit., 383. L'Autore ricorda le parole di Shoham che nel 1966, dopo aver confrontato un certo numero di sentenze di giudici israeliani, scriveva: «esistono grandi variazioni fra un giudice e l'altro circa i metodi del *sentencing* ed il grado di severità; e queste variazioni non possono essere imputate ai primi due fattori, quelli relativi al reo ed al reato, ma devono essere messe in conto ad un terzo fattore, quello relativo all'atteggiamento nel *sentencing* o alla disposizione del singolo giudice». Con riferimento alle decisioni della magistratura di sorveglianza, A. MARGARA, *Il problema della discrezionalità nelle decisioni della magistratura di sorveglianza*, cit., 214, ammette «nella nostra materia c'è un forte rischio di approccio ideologico, in qualsiasi direzione esso sia».

Tale componente irrazionale è particolarmente evidente quando si tratta di dare un contenuto a generiche espressioni quali «capacità a delinquere». F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, cit., 116. L'Autore parla, in questo senso, di un «regno di intuizioni e impressioni».

A questo proposito, ci si lamenta dell'inadeguatezza della strumentazione processuale a supportare l'indagine giudiziale; inadeguatezza che conduce a un deficit di verificabilità che accentua il rischio di un ineffabile intuizionismo giudiziario. In argomento, G. CARUSO, *La discrezionalità penale. Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Padova, 2009, 244.

Si veda altresì J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel modello di individuazione del diritto*, Napoli, 1983. In forza della c.d. pre-comprensione di Esser, il giudice è inevitabilmente condizionato dalla propria «concezione del mondo» che a sua volta è inevitabilmente influenzata anche dalla pressione derivante dal mondo esterno, dalle emozioni e dai sentimenti. In argomento, G. FIANDACA, *Sul ruolo delle emozioni e dei sentimenti religiosi nella genesi e nelle applicazioni delle leggi penali*, in O. DI GIOVINE (a cura di), *Diritto penale e neuroetica*, Padova, 2013, 205; G. FIANDACA, *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, in G.

Nella prassi, in particolare, si denuncia il ricorso a criteri extralegali di commisurazione, estranei all'art. 133 cod. pen. Tra i più comuni, si rammentano: il confronto che il giudice opera con giudizi precedenti e con le proprie esperienze professionali; il ricorso a usi giudiziali, ossia consuetudini sanzionatorie invalse nelle varie circoscrizioni giudiziarie e inevitabilmente influenzate dal contesto di riferimento<sup>166</sup>.

Questi molteplici fattori, più o meno ineliminabili perché connaturati all'essenza umana, spesso finiscono per diventare i veri e propri «protagonisti della commisurazione»<sup>167</sup>. Quando ciò avviene, in effetti, vi è il concreto pericolo di creare irragionevoli disparità di trattamento e incertezze in sede applicativa.

Occorre, pertanto, «fare i conti razionalmente con l'irrazionale»<sup>168</sup>.

Un modo per fare questo è valorizzare l'obbligo di motivazione (art. 111 Cost., art. 132 cod. pen., art. 544 cod. proc. pen.): un giudice obbligato a fornire una spiegazione argomentata dell'applicazione, nel caso concreto, dei criteri di legge, difficilmente potrà dar seguito agli «impulsi emotivi» e alle «folgorazioni intuitive» che rivelerebbero, di contro, l'aperta violazione di detti parametri<sup>169</sup>. L'esplicitazione trasparente del ragionamento svolto dal giudice consente di attutire il limite dell'impossibilità di garantire una matematica proporzione tra *quantum* del reato e *quantum* della pena.

Diviene necessario analizzare in che modo la prassi applicativa assolva detto obbligo di specifica motivazione. Ebbene, anche sotto questo profilo non sono mancate le critiche ad una giurisprudenza troppo «sbrigativa» che appiattisce sul piano processuale il significato e la rilevanza dell'obbligo di motivazione, svuotandolo di contenuti sostanziali e della sua valenza di garanzia<sup>170</sup>.

---

FIANDACA, G. FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale*, Torino, 2008, 153; G. FIANDACA, *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*, Milano, 2010, 207; O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico?*, Torino, 2009, 151; V. VIGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, Torino, 2011, 29-149.

<sup>166</sup> T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, cit., 383.

<sup>167</sup> E. DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, cit., 68.

<sup>168</sup> Cfr. C. FIORE, *Presentazione degli studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2007, 30, che richiama il noto adagio di W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, 244.

<sup>169</sup> Sulla difficoltà di conciliare fattori emozionali con la predeterminazione di vincoli giuridici, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, cit., 111.

<sup>170</sup> All'affermazione dell'ammissibilità del ricorso per Cassazione in ordine alla motivazione del procedimento logico che ha portato il giudice alla determinazione della pena in concreto, fa, infatti, da contraltare la tendenza a ritenere che la commisurazione della pena, in sede di controllo di legittimità, sia censurabile soltanto per vizio processuale (mancanza o illogicità della motivazione, ex art. 606, lett. e), cod. proc. pen.) e non per erronea applicazione delle norme penali sui criteri commisurativi, ossia per violazione di legge. P. NUVOLONE, *Il ruolo del giudice nell'applicazione della pena*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, cit., 1563. L'impossibilità di far valere un'erronea applicazione dei criteri sostanziali di commisurazione finisce per sottrarre l'art. 133 cod. pen. al vaglio della giurisprudenza, creando una sorta di incompatibilità tra potere discrezionale e applicazione del diritto.

Il dato emergente dall'elaborazione giurisprudenziale, infatti, è quello della persistente tendenza a minimizzare il significato e l'importanza dell'obbligo di motivazione, mediante la «riduzione all'osso» del grado di analiticità e di specificità di quest'ultima, nella convinzione della superfluità di una puntuale valutazione di tutti i criteri dell'art. 133 cod. pen. Attraverso generiche formule orbitanti intorno alla «congruità», «adeguatezza» ed «equità» della pena («si stima equa la pena» o «adeguata al fatto e alla personalità» o «tenuto conto degli elementi di cui all'art. 133 cod. pen.»), si verifica un'evidente elusione e neutralizzazione della disciplina positiva<sup>171</sup>. Gli artt. 132 e 133 cod. pen. finiscono per risultare così inidonei ad imporre qualsiasi vincolo sostanziale alle scelte del giudice.

La stessa giurisprudenza di legittimità alimenta tra i giudici di merito un'interpretazione riduttiva dell'obbligo di motivazione. Per un verso, la Corte di Cassazione considera spesso questo tipo di motivazioni sufficienti a soddisfare l'obbligo posto dall'art. 132 cod. pen. Ciò accade, ad esempio, quando la pena applicata si aggira in misura prossima al minimo ovvero quando è irrogata una pena intermedia tra minimo e massimo<sup>172</sup>. Per altro verso, afferma sovente che la valutazione giudiziale sul *quantum* della pena da irrogare, in quanto frutto di una valutazione globale dei fatti accertati e della personalità del reo, costituisce «un apprezzamento di fatto non censurabile in sede di legittimità»<sup>173</sup>. La Suprema Corte limita il controllo in sede di

---

<sup>171</sup> Si sarebbero costruite «tre o quattro generiche frasi-tipo» che sarebbero servite per ogni caso. In argomento, G. BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, cit., 99. L'Autore parla di «formulette pigre» dietro cui i giudici trincerano le proprie scelte *ex art.* 133 cod. pen. Per la motivazione implicita nelle suddette formule generiche, Cass. pen., 8 dicembre 1979, in *Cass. pen.*, 1980, 849; Cass. pen., 26 giugno 1980, in *Cass. pen.*, 1982, 272.

<sup>172</sup> Cass. pen., sez. VI, 18 novembre 1999, n. 2925, in *CED Cassazione* n. 217333: «in tema di determinazione della pena, quanto più il giudice intenda discostarsi dal minimo edittale, tanto più ha il dovere di dare ragione del corretto esercizio del proprio potere discrezionale». Negli stessi termini, più recentemente, Cass. pen., sez. VI, 12 giugno 2008, n. 35346, in *CED Cassazione* n. 241189. Per la non necessaria motivazione espressa nei casi di pena in misura minima o inferiore alla media: Cass. pen., 1 marzo 1980, in *Cass. pen.*, 1981, 273; Cass. pen., 10 ottobre 1980, in *Cass. pen.*, 1982, 272; Cass. pen., 16 febbraio 1984, in *Cass. pen.*, 1985, 890. Per le prassi applicative, S. LARIZZA, *La commisurazione della pena. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, cit., 596; P.A. SIRENA, *Contenuti e linee evolutive della giurisprudenza in materia di sanzioni*, in G. VASSALLI (a cura di), *Problemi generali di diritto penale*, Milano, 1982, 415.

<sup>173</sup> Cass. pen., sez. V, 18 febbraio 1987, in *Riv. pen.*, 1987, 856; Cass. pen., sez. VI, 6 marzo 1980, in *CED Cass.* 1980/145815]. Emblematica, in questo senso, l'affermazione secondo cui, sul presupposto che il potere discrezionale del giudice non deve soffrire di vincoli troppo stretti, il giudizio di commisurazione della pena in concreto costituirebbe «più il risultato di un'intuizione che di un processo logico di natura analitica»: Cass. pen., sez. II, 8 luglio 1992, in *Riv. pen.*, 1993, 294; ancor prima, Cass. pen., sez. V, 16 febbraio 1968, in *Giust. pen.*, 1969, III, 70; Cass. pen., sez. II, 23 gennaio 1980, in *Riv. pen.*, 1980, 886. Lo svuotamento del precetto dell'obbligo di adeguata motivazione delle scelte di commisurazione è indotto dall'enfatizzazione delle componenti intuitivo-emotive del giudizio; l'occasionale affermazione della necessità che il giudice dimostri di aver fatto buon uso del proprio potere discrezionale, affinché esso non degeneri in arbitrio (*ex plurimis*, Cass. pen., sez. II, 2 febbraio 1978, in *Cass. pen.*, 1979, 1140), non sembra valere in realtà più di una mera enunciazione di principio, di carattere ornamentale, puntualmente contraddetta nella prassi, con l'impossibilità di verificare a posteriori il percorso logico che il giudice ha seguito per quantificare concretamente in questo o in quel modo la sanzione.

legittimità alla motivazione quando questa presenta un vizio processuale e non in caso di erronea applicazione delle norme penali sui criteri commisurativi.

In questo modo, si finisce, a ben vedere, per attribuire al giudice di merito una sorta di «zona franca», ossia di una sfera di «sovranità intangibile», cosicché il binomio di cui agli artt. 132 e 133 cod. pen. si risolve in una «copertura di comodo» per qualsiasi arbitraria scelta del giudice<sup>174</sup>.

La commisurazione della pena si trasforma da «occasione applicativa di norme giuridiche» in un «terreno soggetto al sovrano apprezzamento del giudice», ispirato a criteri meramente equitativi, con il rischio di motivazioni artificiali costruite a posteriori per dare un'apparenza di legittimità a scelte del giudice in realtà svincolate dal diritto positivo. La tendenza a impostare la scelta commisurativa su basi irrazionali e intuitive, a eludere l'obbligo di dar conto dell'*iter* logico che ha portato il giudice a trarre la regola dal caso concreto, sottraendolo a qualsiasi vaglio o verificabilità, fa sì che la «discrezionalità vincolata» diventi una vera e propria «discrezionalità libera».

Il piano fenomenologico presenta altri profili di criticità che trascendono i confini del residuo irrazionale insito in ogni operazione valutativa.

Tra questi, assume rilievo una denunciata supplenza del potere legislativo: il difetto di criteri legislativi di commisurazione viene, infatti, sfruttato per correggere verso il basso le spesso anacronistiche valutazioni legislative espresse negli spazi edittali<sup>175</sup>.

A questo proposito, si critica la tendenza dei giudici a irrogare la pena sempre in prossimità del minimo edittale, la larga utilizzazione delle attenuanti generiche e la concessione pressoché automatica della sospensione condizionale<sup>176</sup>: tendenza che si spiega probabilmente proprio in ragione dell'immobilismo che il legislatore manifesta nel rivedere oggetti e modalità di tutela penale<sup>177</sup>. Altre volte, il giudice, partendo proprio dalla considerazione del *quantum* di pena

---

Per una presa di posizione giurisprudenziale in senso critico verso l'orientamento dominante nella prassi, Cass. pen., sez. I, 28 aprile 1987, in *Riv. pen.*, 1988, 631, che condanna il riferimento a folgorazioni intuitive, troppo affini a pulsioni psichiche sottratte per loro natura ad ogni regolamentazione normativa e d'indiscutibile natura irrazionale, dovendo invece configurarsi come una pura essenziale operazione intellettuale, disciplinata dai canoni della logica e della razionalità, i soli praticabili nei comportamenti applicativi delle prescrizioni normative. In senso analogo, si veda altresì Cass. pen., sez. I, 14 settembre 1990, in *Riv. pen.*, 1991, 666.

<sup>174</sup> E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, cit., 371.

<sup>175</sup> A.M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, cit., 283. Quest'ultimo ricorda come le scelte dei giudici si ispirino, nel nostro ordinamento, a una logica unitaria, nel senso che la prassi rivela una modesta applicazione dei criteri legislativi talora precisi ed univoci, in favore in una valutazione complessiva del fatto.

<sup>176</sup> Sulla discrezionalità come generico potere di indulgenza (*benignitas*) e la conseguente tendenza a convertire il «discrezionale» in «obbligatorio», se favorevole al reo, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 789.

<sup>177</sup> A.M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, cit., 283; E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice*, cit., 768: «(a)nche ai fini di un corretto esercizio della discrezionalità, la riforma della parte speciale del codice si conferma dunque quale problema nodale della politica legislativa penale». G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., 483: solo nell'ambito di un codice penale, nel quale «il contenuto

astrattamente applicabile al caso concreto, finisce per dare una lettura in un senso piuttosto che nell'altro ad istituti di diritto sostanziale, così da arrivare ad infliggere la pena che egli ritiene più rispondente ai bisogni di rassicurazione dell'opinione pubblica<sup>178</sup>.

In questo modo, lo «svuotamento» dell'obbligo di motivazione e il consolidarsi di una «politica penale giudiziaria» rischiano di aprire la porta al «convitato di pietra» della prevenzione

---

dei precetti e il dosaggio delle sanzioni minacciate siano il più possibile in armonia con la scala dei giudizi di valore dominanti fra i consociati», non sarà mera utopia concepire la discrezionalità penale come giuridicamente vincolata: pretendere che il giudice non alteri, bensì, prosegua nel caso concreto le valutazioni legislative. M. ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, cit., 174, parla di esigenze di giustizia sostanziale e di «ricomposizione dell'ordinamento penale in conformità della Costituzione»: esigenze il giudice penale tiene in considerazione nell'esercizio della sua discrezionalità. V. MANES, *Il ruolo «poliedrico» del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, cit.: «l'accresciuta dimensione giudiziale del diritto penale può avere diversi vettori di senso, e non può essere – anche per questo – liquidata con connotazioni squisitamente negative. In altri termini, se talune interpretazioni o *flessibilizzazioni* dogmatiche calpestano la *natura speciale del diritto penale* – che era così chiara e cara già ad Arturo Rocco –, travolgendo vincoli di sistema ed argini garantistici che dovrebbero presidiarla, altre percorrono una diversa direttrice»; «istanze di *esegesi mitigatrice*» hanno «condotto certa giurisprudenza a maturare significativi risultati anche in ambiti dove la gravità della crisi economica ha messo a nudo i ritardi del legislatore e l'eccessiva rigidità delle risposte penali, sino al *revirement* di orientamenti che apparivano tanto severi quanto consolidati». Sul punto, cfr. M. VIETTI, *Crisi economica e diritto penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 1, 7.

<sup>178</sup> E così, ad esempio, il giudice finisce per qualificare come dolosa (con dolo eventuale) una condotta che è colposa (colpa cosciente) solo per arrivare all'inflizione di una pena più grave che dia nell'immediato una risposta alle esigenze dell'opinione pubblica ma che finisce per scardinare il sistema. In tale senso, tra gli altri, V. MANES, *Il ruolo «poliedrico» del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, cit.: «si assiste ad una progressiva (ed ormai esasperata) *flessibilizzazione* di categorie dogmatiche fortemente permeate dalla ricostruzione (interpretativa) del giudice, se non la loro dissoluzione in esperimenti di *politica criminale quotidiana* (*Kriminalpolitik im kleinen*) troppo spesso ratificati anche in sede di legittimità. A testimone della crescente perdita di *potere definitorio* della dogmatica (*Definitions-macht*), basti qui rammentare le recenti ricostruzioni in tema di causalità ed aumento del rischio, ben esemplificate dalla *famigerata* sentenza sul terremoto dell'Aquila. Ovvero le periodiche fluttuazioni del confine tra dolo eventuale e colpa cosciente (dai diversi casi in tema di circolazione stradale sino al caso *Thyssen*), dove sulle *ambigue intuizioni eticizzanti* che periodicamente condizionano il *discrimen* sembra far premio, appunto, l'istanza di deterrenza volta a volta *à la page*; così come le innumerevoli ipotesi in cui si contesta la *colpa senza* (alcun accertamento in punto di) *prevedibilità*. Tutti casi che dimostrano come la colpevolezza possa diventare un vero derivato della prevenzione generale; un derivato, cioè, di istanze il cui ultimo recettore e decisivo catalizzatore è appunto – ancora una volta – il giudice, il quale può darvi corpo a seconda della propria *animadversio* e della propria – come usava dire – *Weltanschauung*, essendosi ormai liberato dai vincoli di sistema ed apparendo sempre meno incline ad osservare i dettami di una dogmatica peraltro sempre più contaminata dalla stessa giurisprudenza». Sul punto, altresì, S. CANESTRARI, *Dolus eventualis in re licita: limiti e prospettive*, in *Ind. pen.*, 2013, pp. 23, 27 e 31; D. PULITANÒ, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 22; ma cfr. anche, in punto di elemento soggettivo del reato di riciclaggio, M. RONCO, *Dolo, colpa, responsabilità oggettiva per il delitto di riciclaggio*, in *Ind. pen.*, 2013, 11 e 16 (e riferimenti bibliografici ivi citati in nota 12), secondo il quale «L'attivismo *contra legem* del formante giurisprudenziale ha introdotto invero una distonia nel rapporto tra i poteri dello Stato, in particolare tra l'organo democratico di formazione delle leggi e l'autorità giudiziaria, con una innaturale tendenziale dislocazione su quest'ultima del potere legislativo».

generale<sup>179</sup>. E, così, specialmente di fronte a casi che destano particolare allarme sociale, il reo finisce per subire aumenti di pena per fattori estranei al suo agire, quali sono appunto certe istanze di «pene esemplari»<sup>180</sup>.

Se, queste, sono le principali critiche che vengono mosse al riconoscimento di poteri discrezionali al giudice penale della cognizione, non meno contestata è la discrezionalità esercitabile in sede di esecuzione penale<sup>181</sup>.

La possibilità offerta al giudice dell'esecuzione e alla magistratura di sorveglianza di modificare in varia guisa e misura le pene stabilite dal giudice della cognizione fa sì che la pena stessa si trasformi in un'entità sempre più teorica, incerta e flessibile, con conseguente indebolimento – se non fallimento – della sua funzione preventivo-orientativa.

Questa perdita di certezza della pena inflitta si traduce nella mancanza di fiducia, da parte dei consociati, nell'intero sistema penale e in una rinnovata sfiducia nella magistratura e nel ruolo del giudicante<sup>182</sup>.

---

<sup>179</sup> A.M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, cit., 279. Alla «politica penale giudiziaria» fa riferimento, tra gli altri, L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, 2009.

<sup>180</sup> La scelta del carico sanzionatorio, espressione di esigenze general preventive, dimostra la concezione «termica» del diritto penale, nel senso che laddove il processo è ancora «caldo», cioè influenzato fortemente dalla pubblica opinione, il giudice tende maggiormente alla soluzione più gravosa, mentre laddove il processo penale, soprattutto nei successivi gradi di giudizio, si raffredda sussiste una maggior apertura da parte dell'organo giudicante verso soluzioni meno gravide di effetti stigmatizzanti. In argomento, M. BERTOLINO, *Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato*, in G. FORTI, M. BERTOLINO (a cura di), *La televisione del crimine*, Milano, 2005, 191; W. HASSEMER, *Metodologia giuridica e paradigmatica giudiziaria*, in *Criminalia*, 2007, 73.

<sup>181</sup> Cfr. V. MANES, *Il ruolo «poliedrico» del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, cit.: «interi plessi disciplinari sembrano oggi affidati ad una totale definizione giurisprudenziale, e fra questi campeggia il settore dell'esecuzione penale, che appare sempre più un autentico *rechtsfreier Raum*, per lo più affidato a “poteri atipici” riconosciuti al giudice, e da questi via via sensibilizzati e potenziati per cercare una qualche soluzione che in sede di cognizione non si è riusciti a raggiungere».

<sup>182</sup> Contribuisce ad incrementare tale sfiducia anche l'ampio ricorso ai «riti alternativi» (rito abbreviato e patteggiamento sulla pena: artt. 442 e 444 cod. proc. pen.): non è chiaro fino a che punto essi siano compatibili con gli scopi che la pena dovrebbe in teoria perseguire. Ancorché giustificata dalle ben note motivazioni di efficienza processuale, questa inedita forma di premialità è stata vissuta come una rinuncia, non indolore, alla proporzionalità tra il reato commesso e la sanzione inflitta. Se, a tale consistente premialità in fase di commisurazione, si sommano le ulteriori forme di premialità operanti in fase esecutiva, l'insofferenza anzidetta finisce per diventare difficilmente contestabile, rafforzando l'idea di concedere ai condannati qualcosa di «troppo». Così F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della «scommessa» anticustodialistica agli insidiosi programmi del «doppio binario»*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, 80.

D'altro canto si osserva come l'effetto della prevenzione generale dipenda, oltre che dalla severità della pena, anche dalla certezza e dalla prontezza di applicazione della sanzione penale. In questo senso, possono essere giustificati i riti alternativi. Così A. PAGLIARO, voce *Sanzione (Sanzione penale)*, cit., 6.

G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 725. Gli Autori ricordano anche, sotto il profilo della connessione tra dimensione sostanziale e dimensione processuale, un ulteriore fenomeno patologico: l'impropria funzione di «pena anticipata» che in non pochi casi è andata assumendo la custodia cautelare.

Sul ruolo del diritto processuale penale, T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, cit.



Più nello specifico, ci si lamenta principalmente dell'uso distorto e acritico della rieducazione ad opera della prassi giudiziaria – e spesso, prima ancora, anche della prassi legislativa –. Si denuncia, in particolare, quell'atteggiamento applicativo che sostituisce, al merito sostanziale (vale a dire ai risultati del trattamento in istituto), l'accertamento di un requisito solo formale, coincidente, il più delle volte, con la mera adesione alle regole della disciplina carceraria<sup>183</sup>.

Ciò si spiega, talvolta, con la considerazione che il carcere è un ambiente che accentua gli atteggiamenti antisociali del condannato e, per questo, da evitare ove possibile. L'abuso della pena detentiva finisce per «imporre», quasi, al giudice di utilizzare in senso indiscriminatamente clemenziale gli spazi discrezionali a sua disposizione<sup>184</sup>.

Il quadro di inadeguatezza è ulteriormente complicato dall'accentuazione dell'ormai endemica situazione di sovraffollamento degli istituti penitenziari<sup>185</sup>. Sotto questo profilo, l'impiego del trattamento extramurario finisce, sovente, per servire fini di sfoltimento della popolazione detenuta. Questo provoca un'aggiuntiva stortura non di poco conto: il pericolo è quello di configurare le misure alternative alla stregua di misure deflattive piuttosto che risocializzative. Il risultato di un utilizzo prettamente «clemenziale» delle misure alternative alla detenzione è lo svilimento della stessa idea rieducativa, che finisce per diventare strumento di mera amministrazione della congestione carceraria e di «fuga» dalla sanzione<sup>186</sup>.

---

<sup>183</sup> F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della «scommessa» anticustodialistica agli insidiosi programmi del «doppio binario»*, cit., 80. L'Autore parla di una «repentinità» con cui si è materializzato il tracollo di consensi intorno alla riforma penitenziaria.

<sup>184</sup> Cfr. E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice*, cit., 763.

<sup>185</sup> La situazione di «endemico sovraffollamento» carcerario è stata denunciata anche in sede internazionale; si ricorda, a tal proposito, la sentenza della Corte di Strasburgo che ha condannato l'Italia, oltre che al risarcimento dei danni subiti dei ricorrenti, all'adozione di misure strutturali di miglioramento di tale patologia: C. eur. dir. uomo, Sez. II, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e a. c. Italia*, ric. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, in *Giur. it.*, 2013, 5, 1187 con nota di F. ROMOLI, *Il sovraffollamento carcerario come trattamento inumano o degradante*. Per ulteriori commenti, si vedano, altresì, A. MASCIA, *Violazione dell'art. 3 della Convenzione per sovraffollamento carcerario*, in *Corriere Giur.*, 2013, 3, 419; M. PACINI, *Condizioni delle carceri italiane*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, 3, 291; F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 gennaio 2013. Si rammenta anche il precedente C. eur. dir. uomo, Sez. II, 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, ric. n. 22635/03, in *Dir. pen. e processo*, 2009, 9, 1175, con nota di G. GARUTI, *La situazione carceraria in Italia*. In risposta a tali condanne, il legislatore ha adottato una serie di interventi normativi che hanno consentito l'uscita dal carcere di un numero rilevante di detenuti; ciò è avvenuto talvolta snaturando istituti pensati in chiave esclusivamente rieducativa. Per approfondimenti, M.L. AVERSA, *Il sovraffollamento carcerario (art. 3 CEDU)*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, 2016, 228.

<sup>186</sup> Sulla «fuga dalla sanzione», cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 723; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 748. Gli Autori evidenziano come i clemenzialismi legislativi, gli indulgenzialismi giudiziari e i lunghi tempi della giustizia abbiano portato il sistema ad autocorreggersi in modo «abnorme», trasformando la carcerazione preventiva in strumento di punizione anticipata e di diretto ed autonomo controllo sociale. L'espedito della carcerazione preventiva genera, a sua volta, ulteriore «abnormità» in termini di sovraffollamento e tensione in carcere.

Si badi che l'attuazione del principio costituzionale della rieducazione si realizza a tutto scapito delle esigenze di certezza. Queste ultime, ancorché proprie di ogni ramo del diritto, risultano ancora più avvertite in ambito penale: la pena ha senso proprio in quanto effettiva<sup>187</sup>.

Invero, le critiche all'eccessivo potere della magistratura di sorveglianza nascono ancor prima, ossia dalla constatazione che, quasi sempre, tra i presupposti legislativi previsti per la concessione di un beneficio penitenziario, si fa riferimento a requisiti legali di natura soggettiva. Si pensi, in questo senso, all'utilizzo di espressioni quali «sicuro ravvedimento» o «grado di rieducazione raggiunto», senza ulteriori specificazioni, intorno al cui accertamento ruotano tutti gli istituti dell'esecuzione penale<sup>188</sup>. La valorizzazione di elementi di tipo psicologico dal contenuto fluido e opinabile, di difficile prova oggettiva, rende, a ben vedere, ampia la discrezionalità della magistratura di sorveglianza.

Senza, poi, considerare che la discrezionalità, in questo ambito, è strettamente correlata ai processi conoscitivi su cui si fonda: acquisizioni di informazioni attraverso l'organizzazione penitenziaria o da organi diversi come i servizi sociali. I «punti deboli» rappresentati da conoscenze spesso evanescenti innescano, inevitabilmente, processi decisionali diversi e decisioni diverse<sup>189</sup>.

---

<sup>187</sup> Sulla pena in concreto percepita come incerta e ineffettiva, P.P. EMANUELE, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 108.

L'«ineffettività del sistema punitivo» è stata individuata come uno dei tre «mali della giustizia» italiana, insieme alla «durata irragionevole dei processi», e alla «illegalità e disumanità del sistema carcerario», da T. PADOVANI, *Promemoria sulla questione giustizia*, in *Cass. pen.*, 2007, 4023. L'Autore avverte che «l'intreccio dei singoli fattori di crisi è simile al groviglio di una foresta tropicale; le sinergie che si sprigionano dalla loro interazione sono tali da rendere l'opera stessa di decifrazione analitica sterile e, in qualche misura, persino fuorviante. Distinguere, isolare, selezionare alimenta l'illusione che siano possibili e praticabili soluzioni settoriali, rimedi urgenti, interventi parziali; mentre, alla fine, si tratta di toppe che finiscono presto con l'indebolire ulteriormente la trama». Nonostante ciò l'Autore invita ad «interrogarsi sulle cause, riflettere sulle conseguenze, elaborare rimedi: continuare a coltivare la virtù, sempre più ardua, sempre più penosa, della speranza nutrita di ragione».

<sup>188</sup> P. COMUCCI, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, cit., 25. L'Autrice scrive questi orientamenti della giurisprudenza hanno consentito all'amministrazione di gestire le opportunità trattamentali in funzione di sfrontamento e di controllo della popolazione carceraria: espressioni come «regolare condotta», «partecipazione all'opera di rieducazione», usate dal legislatore per individuare i presupposti soggettivi necessari per l'ottenimento di alcuni benefici penitenziari, solo raramente sono state intese nel loro significato promozionale di attivazione del soggetto verso obiettivi di segno positivo, mentre più frequentemente sono scadute a significare soltanto conformità alle regole disciplinari imposte. Si vedano altresì L. DAGA, *Prime osservazioni sulla applicazione della legge n. 663/1986*, in *Quest. giust.*, 1987, 637; M. PAVARINI, *Riflessioni in merito alle modifiche sull'ordinamento penitenziario (legge 10 ottobre 1986, n. 663)*, in *Marginalità e società*, 1987, 1/2, 119; A. PRESUTTI, «Alternative» al carcere e regime delle preclusioni, in ID. (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, 76.

<sup>189</sup> Cfr. A. MARGARA, *Il problema della discrezionalità nelle decisioni della magistratura di sorveglianza*, cit., 216. L'Autore ricorda che i condizionamenti ideologici che riguardano i magistrati di sorveglianza, non risparmiano neppure gli operatori penitenziari. Dove, poi, gli operatori penitenziari mancano o sono insufficienti, non si può neppure parlare di un'organizzazione penitenziaria in grado di effettuare la

Per queste ragioni, il sistema penitenziario è stato posto sotto accusa per aver sostituito alle garanzie di legalità, certezza e uguaglianza della pena, una discrezionalità incontrollata e incontrollabile, con il concreto pericolo che le maglie troppo larghe dell'una o dell'altra norma finiscano per consentire, anche agli autori di gravissime tipologie di reato, il godimento di benefici penitenziari<sup>190</sup>.

Eventualità, quest'ultima, che diventa ancora più inaccettabile se si tratta di soggetti del tutto refrattari al trattamento riabilitativo e spiccatamente pericolosi per aver elaborato un sistema di valori antagonisti a quelli statuali al quale non rinunciano<sup>191</sup>. Per essi, si osserva, la disciplina improntata al recupero sociale risulta totalmente inadeguata: nei loro confronti la prevenzione può esprimersi solo - o comunque prevalentemente - in termini di neutralizzazione<sup>192</sup>.

A queste considerazioni, si associa l'allarme dell'opinione pubblica, la quale, di fronte a episodi - ancorché sporadici - di insuccesso applicativo delle misure alternative, non ha mancato di condannarne l'eccessivo «permessismo», reclamando maggiore afflittività nel momento esecutivo<sup>193</sup>.

Per cercare di rispondere alle critiche evidenziate, è necessario, ancora una volta, partire dal dato legislativo, definendo con maggiore chiarezza e precisione i criteri-guida per l'ammissione agli istituti dell'esecuzione penale<sup>194</sup>. La concessione e la conservazione di ogni beneficio special preventivo deve fondarsi non su pseudo scientifici o pseudo umanitari «indulgenzialismi» giudiziari - aperti a tutti i più discriminatori soggettivismi, ideologici e caratteriali, del magistrato - ma su accertati presupposti di merito<sup>195</sup>.

---

necessaria osservazione sulla persona detenuta. La «eterogeneità delle risposte sconta anche la eterogeneità delle risorse dei vari ambienti e territori». Con riguardo alle informazioni provenienti dall'esterno (per esempio, dagli operatori di polizia), queste sono, sovente «generiche e non molto utili».

<sup>190</sup> F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della «scommessa» anticustodialistica agli insidiosi programmi del «doppio binario»*, cit., 80.

<sup>191</sup> Per approfondimenti, si veda la Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1990 svolta dal Procuratore generale della Repubblica presso la Corte di Cassazione, in *Documenti giustizia*, n. 1-2, 1991, 83.

<sup>192</sup> P. COMUCCI, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, cit., 34; T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, 151.

<sup>193</sup> A. PRESUTTI, «Alternative» al carcere e regime delle preclusioni, cit., 70. L'Autrice parla di un percepito senso di «diffidenza circa le attitudini valutative del giudice di sorveglianza».

<sup>194</sup> Giusto quanto reiteratamente richiesto nelle raccomandazioni elaborate in seno al Consiglio d'Europa. In dettaglio, cfr. C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*, ric. n. 21906/04, §§ 68-73. In argomento, A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, cit., 22.

<sup>195</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 750.

### 13. UNA RISPOSTA ALLE CRITICHE: GLI AUTOMATISMI SANZIONATORI

La situazione appena descritta, fortemente critica, ha riportato al centro del dibattito penalistico il problema del potere del giudice penale; ciò al fine di riconvertire l'attuale discrezionalità, percepita come «libera», in una discrezionalità «vincolata».

Ci si domanda se la possibilità di imprimere una svolta alla giurisprudenza attraverso la riformulazione dell'art. 133 cod. pen. possa rappresentare una valida soluzione.

La dottrina ha manifestato riserve a tal proposito<sup>196</sup>. Si osserva, peraltro, che il carattere sostanzialmente libero e intuitivo dell'apprezzamento del giudice non discenderebbe da carenze dell'attuale normativa, bensì dalla stessa eterogeneità fra reato e pena: «due entità [...] tra le quali nessuna considerazione di intelletto astratto può istituire una relazione di identità qualitativa»<sup>197</sup>.

Questa impostazione lascia intravedere due possibili sbocchi: o affidarsi alla «saggezza pratica del giudice»<sup>198</sup>, ovvero adottare soluzioni più radicalmente innovative rispetto ad una mera revisione della disciplina attualmente in vigore<sup>199</sup>, sino ad arrivare ad una integrale «automatizzazione» della commisurazione della pena.

Posto che, in uno Stato di diritto, risulta difficile che si possa optare per la prima soluzione senza scardinare i principi fondamentali dello stesso, vi è la tendenza a ricorrere alla seconda soluzione prospettata.

L'aspirazione a sottoporre la discrezionalità a una direttiva vincolante approderebbe, in definitiva, all'eliminazione della discrezionalità stessa e alla negazione di qualsiasi ruolo del giudice nell'atto finale della commisurazione della pena<sup>200</sup>.

La ricerca di un punto di equilibrio tra legalità e difesa sociale, tra certezza e giustizia sostanziale, è tra i problemi centrali dell'esperienza penalistica contemporanea, comune a tutti gli ordinamenti.

---

<sup>196</sup> A. PAGLIARO, *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, cit., 1207. Secondo l'Autore ogni eventuale modifica del dettato normativo «sarebbe destinata a rimanere sulla carta». La pratica del diritto «non [...] ne trarrebbe giovamento alcuno». Cfr. A. PAGLIARO, *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, cit., 31.

<sup>197</sup> Cfr. A. PAGLIARO, *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, cit., 32.

<sup>198</sup> Cfr. A. PAGLIARO, *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, cit., 1207.

<sup>199</sup> In quest'ultimo senso, si potrebbe pensare ad una formalizzazione della commisurazione della pena, con l'adozione di modelli derivati dalle scienze matematiche o economiche. E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice*, cit., 753. L'Autore rimanda, per una rassegna delle principali proposte di questo tenore avanzate nella letteratura tedesca, ad W. HASSEMER, *Die Formalisierung der Strafzumessungsentscheidung*, in *ZStW*, 1978, XC, 65.

<sup>200</sup> E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice*, cit., 753. L'Autore rimanda, ancora una volta, ad W. HASSEMER, *Automatisierte und rationale Strafzumessung*, in *AA.VV., Gesetzesplanung. Beiträge der Rechtsinformatik*, Berlin, 1972, 95.

Si pensi, ad esempio, all'ordinamento tedesco nel quale solo da qualche decennio si è proceduto a una razionalizzazione della materia: l'assenza di una norma simile al nostro art. 133 cod. pen. aveva reso evidente e non più rinviabile il bisogno di ricondurre a criteri giuridici le valutazioni tradizionalmente affidate a criteri soggettivi, ed in particolare alla morale e al comune sentire<sup>201</sup>.

La medesima esigenza è stata avvertita negli ordinamenti austriaco, portoghese, spagnolo, francese, greco, sloveno, croato, nonché nei Paesi socialisti: tutti hanno visto la comparsa, nei loro codici, di norme sulla commisurazione della pena<sup>202</sup>.

Perfino negli ordinamenti di tipo anglosassone, tradizionalmente restii a dettare direttive circa la misura della pena, si è manifestata una tendenza del tutto nuova<sup>203</sup>. L'esempio più emblematico è offerto dagli Stati Uniti<sup>204</sup>, ove si è passati da un sistema a discrezionalità libera

---

<sup>201</sup> R. SATURNINO, voce *Discrezionalità (Diritto penale)*, cit., 5. L'Autore guarda con favore la soluzione adottata dal legislatore tedesco che, nella norma sulla commisurazione della pena (§ 46 StGB), nella seconda parte del primo comma, indica con chiarezza la finalità special preventiva della pena, cui deve essere orientata, nei limiti del rispetto del principio di colpevolezza, l'inflizione della pena. Questo è il testo della norma: «La colpevolezza dell'autore è il fondamento per la commisurazione della pena. Devono tenersi in considerazione gli effetti che ci si può attendere dalla pena sulla vita sociale dell'autore».

<sup>202</sup> Così, il § 32.1 del codice austriaco afferma: «Fondamento per la commisurazione della pena è la colpevolezza del reo». L'art. 71.1 del codice portoghese prescrive che «la pena è commisurata, nei limiti stabiliti dalla legge, in funzione della colpevolezza dell'agente e delle esigenze di prevenzione». L'art. 66 del codice spagnolo stabilisce al n. 1 che il giudice procede alla individualizzazione della pena «nella misura adeguata alle circostanze personali del reo e alla maggiore o minore gravità del fatto». L'art. 13224 del codice francese sancisce: «All'interno dei limiti fissati dalla legge, il giudice dichiara le pene e fissa il loro regime in funzione delle circostanze dell'infrazione e della personalità del suo autore». Per un'analisi delle regole di commisurazione della pena nei Paesi dell'Europa dell'Est (con particolare riferimento a Albania, Russia, Slovenia, Croazia), M. BERTOLI, *La discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena nei Paesi dell'Europa dell'Est*, Doctoral Thesis, Università degli Studi di Trieste, 2008, in [www.openstarts.units.it](http://www.openstarts.units.it).

<sup>203</sup> Se negli ordinamenti di *civil law*, si è deciso di inserire nel corpo dei codici penali una o più norme volte a vincolare l'esercizio del potere discrezionale del giudice penale in punto di determinazione della sanzione, negli ordinamenti si *common law* - dove manca un *corpus* normativo unitario della legislazione penale - si è optato per una diversa soluzione. T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, cit., 372. L'Autore parla dell'«ansia» che gli ordinamenti anglosassoni hanno di trovare limiti al potere discrezionale del giudice. Per approfondimenti, si vedano i riferimenti ivi indicati.

<sup>204</sup> Si ricorda che il sistema processuale nordamericano riposa su una struttura bifasica: (a) la prima fase del processo è improntata alla decisione delle questioni di diritto e di fatto da parte del giudice e della giuria, qualora il processo si svolga *by jury* e si concluda con la deliberazione del verdetto; si badi che l'accusato può anche rinunciare alla giuria e scegliere la via del *guilty plea*, ammettendo cioè, all'inizio del dibattimento, la propria responsabilità di fronte al fatto contestato; (b) la seconda fase del processo è destinata alla commisurazione della pena (*sentencing*): per commisurare la pena, il giudice fissa una specifica udienza nella quale viene presentato il *pre-sentencing report*, relazione - eventualmente corredata da perizie psicologiche e/o psichiatriche sul condannato - che riassume le caratteristiche del reato, ricostruisce le vicende individuali del reo, nonché il contesto socio-ambientali al quale egli appartiene. Sul ruolo delle dichiarazioni del reo in questa udienza, si veda M.W. BENNET, I.P. ROBBINS, *Last Words: a Survey and Analysis of Federal Judges' Views on Allocution in Sentencing*, in *The Social Science Research Network Electronic Paper Collection*, Washington College of Law Research Paper n. 9, 2014, vol. 65, 735. Le informazioni su carattere, personalità, precedenti penali del reo vengono acquisite dal giudice solo in sede di commisurazione della pena, in modo che queste non alterino la capacità del collegio giudicante di valutare

(c.d. *indeterminate sentencing*), orientato dall'idea rieducativa e caratterizzato da un amplissimo potere discrezionale del giudice<sup>205</sup>, ad un sistema antitetico di legalità assoluta (il c.d. *Federal determinate sentencing* introdotto dal *Sentencing Reform Act* del 1984), fondato sul rigido accoglimento del principio di proporzionalità e su un forte contenimento della discrezionalità giudiziale<sup>206</sup>. Con tale riforma è stata introdotta la *United States Sentencing Commission*<sup>207</sup>, una

---

obiettivamente il fatto. Ulteriore ragione dello sdoppiamento istituzionale del processo in due fasi strutturalmente autonome e governate da autonomi principi va cercata, altresì, nella volontà di assicurare al massimo il diritto di riservatezza del cittadino, limitando l'ingerenza da parte dell'autorità nella sfera privata dell'individuo ai soli casi in cui il soggetto venga riconosciuto colpevole. Cfr. G. MANNOZZI, voce *Sentencing*, cit., 152. Si vedano altresì S. CANNATA, *La commisurazione della pena nel sistema federale statunitense*, in *www.altrodiritto.unifi.it*, 2002; A. GASPARINI, *Dall'Indeterminate Sentence alle Sentencing Guidelines: una riforma rivoluzionaria negli USA*, in *Ind. pen.*, 1994, 37; F. MANFREDI, *La recidiva nel quadro della commisurazione della pena. Orientamenti recenti negli USA e in Europa*, in *www.altrodiritto.unifi.it*, 2015. In argomento, E. AMODIO, M.C. BASSIUNI (a cura di), *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988, 65 ss.; V. FANCHIOTTI, *Lineamenti del processo penale statunitense. Corso di lezioni*, Torino, 1987; R. GAMBINI MUSSO (a cura di), *Il processo penale statunitense*, Torino, 2009. Sulle ragioni che giustificano lo «sdoppiamento» della commisurazione in due distinte fasi, si veda L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello «scopo» nella teoria della pena*, Napoli, 1984, 182. Auspica l'introduzione del modello bifasico anche negli ordinamenti continentali, M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle (1954)*, Parigi, 1966, 251.

<sup>205</sup> Le caratteristiche fondamentali del c.d. «*indeterminate sentencing system*» sono: (a) la contemporanea presenza di una pluralità di soggetti che affiancano, fino ad esautorarlo, il giudice in sede di procedimento commisurativo; (b) un'estrema ampiezza della cornice edittale applicabile al caso concreto, ossia una vaghezza di fondo nel procedimento commisurativo; (c) un'insussistenza dell'obbligo di motivazione della sentenza penale di condanna per la parte che riguarda la misura della pena e quindi un'inappellabilità del contenuto sanzionatorio; (d) una non preventiva determinazione da parte del giudice della pena da scontare in concreto nel dispositivo di condanna e la rimessione della sua definizione all'intervento di un organo diverso dal giudice (c.d. «*Parole Board*» o «*Correctional Authority*») – si veda quanto detto in nota 134 – che, in assenza di precostituiti parametri legislativi volti a limitare la discrezionalità di tale organo, può acconsentire al rilascio preventivo del detenuto, sulla base del grado di risocializzazione raggiunto dello stesso. Cfr. F. MANFREDI, *La recidiva nel quadro della commisurazione della pena. Orientamenti recenti negli USA e in Europa*, cit.

La legittimazione teorica del *sentencing* indeterminato risiede nell'assunzione dell'idea rieducativa come criterio di commisurazione e, più in generale, nell'approccio di tipo «clinico» («*medical model*») al problema della devianza, proprio della «*new penology*» americana. Cfr. G. MANNOZZI, voce *Sentencing*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, Torino, 1991, 152.

<sup>206</sup> Il progressivo aumento della popolazione carceraria – indotto in buona parte dalla politica sanzionatoria orientata alla prevenzione speciale – e il verificarsi di profonde disparità di trattamento – generate da una dosimetria sanzionatoria fondata sui mutevoli e difficilmente accertabili *bisogni di risocializzazione* del reo – hanno rappresentato gli effetti indesiderati più eclatanti dell'«*indeterminate sentencing system*»; effetti neppure controbilanciati dal raggiungimento dello scopo – consistente nel contenimento della recidiva – per cui tale modello sanzionatorio era stato predisposto. Il modello commisurativo emerso dalle macerie del sistema precedente prende il nome di «*determinate sentencing system*» e si caratterizza, a livello teorico, per l'adesione ad un orientamento teleologico di tipo «neoretributivo» (c.d. «*just desert theory*» o teoria del «giusto merito») e, a livello prasseologico, per l'adozione di uno schema commisurativo a struttura «rigida», governato da linee-guida aventi forza di legge (c.d. «*sentencing guidelines*»). Si badi che il procedimento di determinazione della pena varia da Stato a Stato, secondo modelli più o meno rigidi di «*determinate sentencing*». Cfr. G. MANNOZZI, voce *Sentencing*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, Torino, 1991, 152; F. MANFREDI, *La recidiva nel quadro della commisurazione della pena. Orientamenti recenti negli USA e in Europa*, cit. Sulla «*just desert theory*», si vedano, tra gli altri, J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Harvard, 1971; G.P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, Oxford, 1978; R. SINGER, *Just Desert: Sentencing based on Equality and Desert*,

commissione indipendente, a cui è stato attribuito il compito di redigere le c.d. *Guidelines*, direttive federali approvate dal Congresso e compilate in base all'analisi della giurisprudenza, nella pionieristica impresa di «razionalizzare» la prassi del *sentencing*<sup>208</sup>. Attraverso l'adozione di una dosimetria sanzionatoria caratterizzata da componenti di tipo «matematico», le *Guidelines* determinano la natura e il *quantum* delle pene applicabili a più di duemila reati, specificamente circostanziati sotto il profilo soggettivo e oggettivo<sup>209</sup>.

---

Cambridge, 1979; N. MORRIS, *The Future of Imprisonment*, Chicago, 1974; A. VON HIRSCH, *Commensurability and Crime Prevention: Evaluating Formal Sentencing Structures and Their Rationale*, in *Journ. Crim. Law and Criminol.*, 1983, 236; Id., *Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals*, in *Crim. Law Rev.*, 1986, 83; H. MORRIS, *Persons and Punishment*, in *The Monist*, 4, 1968, 475; D.J. GALLIGAN, *Guidelines and Just Desert: a Critique to Recent Trends in Sentencing Reform*, in *Crim. Law Rev.*, 1981, 298. Si veda altresì AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Task force on Sentencing Alternatives and Procedures*, 1979.

<sup>207</sup> La *Sentencing Commission* e l'impianto tracciato dal *Sentencing Reform Act* sono stati oggetto di innumerevoli questioni di costituzionalità. In particolare, ci si lamentava dell'ampiezza del potere conferito alla Commissione, tale da ledere lo stesso principio della separazione dei poteri. Chiamata a pronunciarsi sul punto, nel caso *Mistretta v. United States*, la Corte ha salvato detta legge ritenendo, da un lato, chiari ed intellegibili i principi posti alla base della delega, e, dall'altro, escludendo una lesione del principio di separazione dei poteri: la *Commission* era sì speciale, innovativa, formalmente incastonata nell'ordinamento giudiziario, concretamente affiliata al potere esecutivo, un'*agency* anomala nel panorama istituzionale statunitense, ma non era di per sé lesiva del principio di separazione dei poteri. Cfr. *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 109 S.Ct. 647, (1989). In argomento, F. MANFREDI, *La recidiva nel quadro della commisurazione della pena. Orientamenti recenti negli USA e in Europa*, cit.; S. CANNATA, *La commisurazione della pena nel sistema federale statunitense*, cit.

<sup>208</sup> Sul *sentencing* in generale, G. MANNOZZI, voce *Sentencing*, cit., 150 ss.; G. MANNOZZI, *Razionalità e «giustizia» nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del sentencing nordamericano*, Padova, 1996. Per approfondimenti, K. STITH, J.A. CABRANES, *Fear of judging: sentencing guidelines in the Federal Courts*, Chicago, 1998; J. WHEELER, *Compare federal sentencing before and after the Sentencing Reform Act of 1984*, in *www.enotes.com*, 8 febbraio 2014. Si veda altresì United States Sentencing Commission, *An Overview of the United States Sentencing Commission*, 9 August 2011, *www.ussc.gov*.

La riforma della commisurazione nordamericana non può dirsi un fenomeno isolato: essa ha infatti suggestionato anche il legislatore inglese e quello scandinavo. Cfr. G. MANNOZZI, voce *Sentencing*, cit. Sul *sentencing* inglese, A. ASHWORTH, E. GENDERS, G. MANSFIELD, J. PEAY, E. PLAYER, *Sentencing in the Crown Court*, Oxford, 1984; M. WASIK, A. VON HIRSCH, *Statutory Sentencing Principles: the 1990 Whe Paper*, in *Modern Law Rev.*, 1993, 508; A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge, 2010. Sul modello svedese, A. VON HIRSCH, N. JAREBORG, *Sweden's Sentencing Statute Enacted*, in *Crim. Law Rev.*, 1989, 275. Il tratto che contraddistingue la riforma dei sistemi sanzionatori svedese e inglese rispetto alla riforma nordamericana consiste sostanzialmente nella scelta di affidare la regolamentazione della commisurazione della pena, anziché a griglie numeriche contenenti i valori sanzionatori per ciascuna ipotesi di reato, ad una serie di principi guida di tipo «narrativo» (c.d. «*narrative sentencing guidelines*»).

<sup>209</sup> Le linee-guida per il *sentencing* sono essenzialmente un «listino» molto formalizzato di sanzioni poste in corrispondenza «biunivoca» con una scala, altrettanto dettagliata, dei reati (c.d. «*sentencing table*»). Tale gerarchia di valori viene, poi, di norma, trasferita in un diagramma cartesiano in cui, sull'asse delle ordinate, viene segnato il «livello di gravità» dei reati – che muta a seconda che la fattispecie si sia concretamente verificata nella sua forma base (c.d. «*base offense level*») oppure in forma circostanziata nel caso in cui si siano realizzati i c.d. «*specific offense characteristics*» oppure i c.d. «*adjustments*» – e, su quello delle ascisse, viene fissato, in base ai precedenti penali, il «punteggio criminale» del reo. Per ogni livello di gravità del reato e in corrispondenza di ciascun valore del punteggio criminale del reo viene quindi stabilito un ammontare di pena, espresso nei termini di una cornice editale (c.d. «*guideline range*»), contenuto entro il limite della c.d. «*25 Percent Rule*». Il risultato finale è costituito da una tabella a doppia entrata utilizzando la

Anche nel nostro ordinamento, caratterizzato dall'aumento della flessibilità della pena e della discrezionalità del giudice nell'applicazione della stessa, si è cercato di intervenire per riportare l'impianto sanzionatorio al piano dell'effettività<sup>210</sup>.

Non è questa una novità dell'ultimo periodo. Da anni, ormai, si è preso coscienza della necessità di fornire garanzie contro il pericolo di scelte irragionevoli del giudice. Nondimeno, se in passato nessuno aveva proposto un ritorno al sistema delle pene fisse e degli automatismi sanzionatori<sup>211</sup>, nell'ultimo periodo si assiste ad una tendenza che va proprio in tal senso.

Ciò è avvenuto, in un contesto complessivo turbato dall'emergere e dall'aggravarsi di fenomeni di pericolosità sociale particolarmente temuti – a torto o a ragione – dalla collettività, attraverso una strategia legislativa che si è risolta, sovente, nella mera e caotica riduzione degli spazi di discrezionalità giudiziale, in una logica pressoché completamente «reattiva»<sup>212</sup>.

---

quale, dall'intersezione tra i due valori detti, emerge la pena «giusta», cioè proporzionata alla gravità del fatto e non disegualmente afflittiva rispetto alla pena che verrebbe irrogata per casi analoghi. La rigidità del modello risulta attenuata dal fatto che al giudice è di norma consentito disconstarsi dalle pene presuntive in circostanze inusuali ed eccezionali. Cfr. G. MANNOZZI, voce *Sentencing*, cit., 157.

Si consideri, infine, che, a dispetto del sistema precedente, nel sistema di sentenze determinate, la discrezionalità del «*Parole Board*» nel decidere il termine oltre il quale il detenuto può essere ammesso a beneficiare della liberazione è molto limitata, essendo tale termine stabilito per legge o determinato tramite un sistema di «*parole-guidelines*». Si parla in questo caso di «*mandatory release*» (rilascio obbligatorio), contrapposto al tradizionale «*discretionary release*» (rilascio discrezionale) tipico delle giurisdizioni in cui la sentenza di condanna ha natura indeterminata. Per approfondimenti, S. CIAPPI, A. COLUCCIA, *Giustizia criminale. Retribuzione, riabilitazione e riparazione: modelli e strategie di intervento penale a confronto*, cit., 91 ss.

<sup>210</sup> In argomento, E. DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, 1073; F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 414; F. MANTOVANI, *La «perenne crisi» e la «perenne vitalità» della pena. E la «crisi di solitudine» del diritto penale*, cit., 1171.

<sup>211</sup> E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, cit., 343.

<sup>212</sup> Sul punto si riscontra una tipica oscillazione «pendolare» che caratterizza la politica criminale italiana degli ultimi decenni, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 708. Sulla rinnovata tendenza al massiccio ricorso al carcere, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 723. In argomento, D. GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, trad. it., Milano, 2004; A. CERETTI (a cura di), *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland*, Milano, 2005. In argomento, G.L. GATTA, *Il diritto di fronte all'emergenza. Tra terrorismo e rifugiati, ricordando Guido Dall'i*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 marzo 2016. L'Autore definisce questo *modus operandi* del legislatore come un «italico vizio». Principi e garanzie fondamentali vanno difesi anche quando è forte la tentazione di abbandonarli e di seguire politiche indiscriminatamente repressive, che secondo logiche spesso populistiche suonano come risposte tranquillizzanti alle orecchie dei cittadini, e consentono di raccogliere un facile consenso elettorale. Tentazioni simili sono presenti nel nostro Paese, come lo sono in Europa (ad esempio in Francia, a seguito degli attacchi di Parigi, o in Germania, dopo i fatti accaduti a Colonia e Berlino) e negli Stati Uniti (come testimonia la nuova politica di Trump).

Di leggi «emotive» si parlava già negli anni Settanta, in occasione dell'introduzione di leggi volte ad inasprire cornici edittali per taluni reati (rapina, sequestro, estorsione e in materia di armi) con l'intento di sedare il turbamento della collettività. Così F. MANTOVANI, *Pene e misure alternative nel sistema vigente*, in AA.VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico. Atti dell'XI Convegno E. De Nicola*, Milano, 1977, 34.



Emblematico, a far corso dagli anni Novanta, l'insieme dei provvedimenti legislativi in tema di lotta alla criminalità mafiosa. Più recentemente, nella stessa direzione, si rammenta la legge n. 251 del 2005, in materia di recidiva, a cui si sono succeduti i «Pacchetti sicurezza» del 2008 e del 2009.

In una tensione irrisolta tra «rigorismo» e «garantismo», la soluzione è stata cercata e trovata non nella precisazione normativa di criteri o, più in generale, nella riscrittura delle regole, quanto piuttosto nella creazione di «statuti differenziali» per talune categorie di rei, tanto che, da più parti, si parla di «diritto penale del nemico» e di «diritto d'autore»<sup>213</sup>.

Elemento comune ai vari interventi legislativi è l'acquisita convinzione di una rieducazione impossibile – più nei fini che nei mezzi – per alcune categorie di condannati. Per questi soggetti, si rafforza, in termini di maggiore rigore, tanto la fase della commisurazione della pena, quanto quella dell'esecuzione<sup>214</sup>.

---

In argomento si veda il compendio di interventi formulati nel dibattito sviluppatosi in sedo all'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale, sul tema dell'uso simbolico del diritto penale, intitolato «La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista», reperibile in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 21 dicembre 2016.

<sup>213</sup> L'espressione «diritto penale del nemico» è stata utilizzata ampiamente da G. Jakobs e R. Zaffaroni. Sul tema del «diritto penale del nemico», si vedano M. DONINI, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007; L. FERRAJOLI, *Il «diritto penale del nemico» e la dissoluzione del diritto penale*, in [www.panoptica.org](http://www.panoptica.org); A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007; E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale del nemico*, in E. D'ORLANDO, L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, 110. Sul diritto penale fondato sulla colpa d'autore, per il quale il reo è punibile non tanto per il fatto compiuto, quanto per la pericolosità manifestata dalla sua condotta di vita, in generale, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1998, 317; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 1982, 280.

Non v'è dubbio che il recidivo, così come il condannato per reati stigmatizzati dal legislatore, abbiano rappresentato, negli ultimi anni, l'epicentro di un fenomeno di rigorismo sanzionatorio. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 710. In argomento, A. PAGLIARO, *Correlazioni tra il livello delle sanzioni penali, la struttura del processo e gli atteggiamenti della prassi*, in *Ind. pen.*, 1981, 219; ID., *Le indagini empiriche sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati*, cit. Per una presa di posizione critica sull'inasprimento del trattamento sanzionatorio per i recidivi, M.M. FEELEY, *Le origini e le conseguenze del panico morale: gli effetti sulle corti americane delle leggi «tre volte e sei eliminato»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 417. Per un approfondimento dei nessi tra allarme sociale e sistema penale, si veda S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997.

<sup>214</sup> Si tratta di una tendenza non nuova anche in prospettiva comparata. E così, ad esempio, negli Stati Uniti già degli anni Ottanta: a seguito del cambiamento nella politica criminale americana dovuto al crollo dell'«*indeterminate sentencing system*», sorsero molte riforme ispirate ad un intento maggiormente repressivo o preventivo della criminalità. La filosofia che si rafforzò in quel periodo – c.d. «*truth in sentencing*», figlia della tempesta che si abbatté su un'arcaica visione del carcere *too soft*, colpevole quasi di «favorire» il condannato, piuttosto che la vittima del reato – fu quella che ritenne la detenzione la risposta migliore che una società civile e democratica potesse offrire a chi violasse le leggi. Il progetto della «verità nel condannare» fu quello di imporre dei vincoli ancora più stretti all'attività dei giudici. Liberali e conservatori, uniti dalla volontà di riforma, propagandarono una maggiore «verità» nel *sentencing*, dove il giudice avrebbe condannato il reo a un ammontare preciso di pena in mesi o anni di reclusione e questo termine sarebbe stato quello effettivamente scontato dal reo. Negli stessi anni venne adottata una severa legislazione nella lotta al traffico di stupefacenti; si giunse, infine, all'avvento della c.d. «*three strikes*

Con questi interventi normativi, il legislatore ha disseminato l'ordinamento di «automatismi sanzionatori» dei più diversi tipi: dalla previsione di circostanze obbligatorie al divieto di bilanciamento tra circostanze eterogenee, dall'esclusione all'accesso ai benefici penitenziari al differimento del momento di fruibilità degli stessi<sup>215</sup>.

Essi rientrano nel più generale fenomeno degli «automatismi legislativi». Con questa espressione si fa riferimento a quelle previsioni di legge che, nel descrivere con precisione o nel fare rinvio ad una fattispecie, statuiscono una conseguenza doverosa, da esse stesse precisamente definita: «se è *a*, allora deve essere *b*»<sup>216</sup>. In altri termini, al verificarsi di una data evenienza legislativamente stabilita, diventa «obbligatoria ed automatica» una determinata conseguenza giuridica, «indipendentemente da qualsiasi altra considerazione e da eventuali ulteriori accertamenti»<sup>217</sup>.

E così, l'accesso ai tipici strumenti rieducativi (si pensi alle misure alternative e ai benefici penitenziari), in taluni casi, è stato *in toto* precluso da sbarramenti oggettivi fondati sul solo tipo di reato commesso; in altri casi, tali istituti, pur potendo in astratto essere concessi, sono utilizzati in chiave strumentale, in ragione degli specifici intenti della nuova politica criminale improntata alla collaborazione con la giustizia<sup>218</sup>.

Il legislatore ha, così, individuato le «fasce di devianza» a suo giudizio meritevoli del proprio intervento rigoristico e le ha sottratte, in misura maggiore o minore, alla discrezionalità del giudice<sup>219</sup>. A detta del legislatore queste nuove preclusioni troverebbero una propria giustificazione razionale in presunzioni di pericolosità. Presunzioni che servono, per loro stessa natura, proprio a condizionare i processi cognitivi e valutativi del giudice, imponendogli l'adozione di una conseguenza doverosa.

---

*legislation»* contro i recidivi. Per approfondimenti, si veda F. MANFREDI, *La recidiva nel quadro della commisurazione della pena. Orientamenti recenti negli USA e in Europa*, cit.; M.M. FEELEY, *Le origini e le conseguenze del panico morale: gli effetti sulle corti americane delle leggi "tre volte e sei eliminato"*, cit. In argomento, anche L. RE, *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Roma-Bari, 2006.

<sup>215</sup> La politica emergenziale sottesa ai provvedimenti richiamati, nell'intento di soddisfare pressanti esigenze di ordine pubblico, ha prodotto modifiche nel sistema penale-penitenziario al punto da «inquinare» decisamente e irrimediabilmente il quadro delle misure alternative. Così P. COMUCCI, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, cit., 14; A. PRESUTTI, «Alternative» al carcere e regime delle preclusioni, cit., 71.

<sup>216</sup> G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 210.

<sup>217</sup> Corte cost., sent. 8 – 27 luglio 1982, n. 139, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, 1585.

<sup>218</sup> A. PRESUTTI, «Alternative» al carcere e regime delle preclusioni, cit., 93.

<sup>219</sup> G. LEO, *Sul riconoscimento di attenuanti generiche a recidivo reiterato (nota a Corte cost., 10 giugno 2011, n. 183)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 giugno 2011. Già cinquant'anni fa A. PACE, *Misure di sicurezza e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1966, 193, argomentava che «sotto il manto delle presunzioni legali si nascondono non già comuni esperienze, ma astratte scelte di politica legislativa».

La compressione di un interesse di rango costituzionale come quello della discrezionalità giudiziale pone immediatamente il dubbio della legittimità di detti interventi<sup>220</sup>.

Ci si domanda, in particolare, se, per restituire effettività al sistema penale, sia possibile – *rectius*, legittimo – limitare la flessibilità della risposta sanzionatoria, attraverso l'introduzione dei menzionati automatismi<sup>221</sup>. Non sempre, infatti, la risposta più immediata corrisponde alla strada più corretta.

Il tema degli automatismi normativi, proprio negli ultimi anni, ha conosciuto un dibattito senza precedenti ed è diventato l'occasione per l'avvio di una inedita stagione di giudizi di costituzionalità sulle scelte sanzionatorie<sup>222</sup>.

---

<sup>220</sup> In argomento G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, cit., 210.

<sup>221</sup> A. PUGIOTTO, C. MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016, 89. Nella seconda parte della monografia, Andrea Pugiotto segnala come gli automatismi sanzionatori abbiano vita difficile anche oltreoceano e proprio con riferimento

<sup>222</sup> Per una carrellata delle pronunce costituzionali sui recenti automatismi, si veda: G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in R. GAROFOLI, T. TREU (diretto da), *Il libro dell'anno del diritto 2014 Treccani*, Roma, 2014, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 7 gennaio 2014. Per una ancor più generale panoramica sugli automatismi normativi, E. CRIVELLI, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in D. BUTTURINI, M. NICOLINI (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, Napoli, 2014, 85; L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it); G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, cit., 2010; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 194. In argomento, altresì, A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: giocando con le regole a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e diritto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.*, 2012, 4909.

Si tratta di una nuova «stagione» di pronunce di incostituzionalità. Già in passato automatismi e presunzioni sono stati oggetto di plurime sentenze della Corte costituzionale. Ciò è accaduto, sin dagli anni Ottanta, con riguardo alle misure di sicurezza. Cfr. Corte cost., sent. 12 – 20 gennaio 1971, n. 1, in *Giur. cost.*, 1971, 1, con nota di G. VASSALLI, *La pericolosità presunta del minore non imputabile*; Corte cost., sent. 8 – 27 luglio 1982, n. 139, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, 1585, con nota di E. MUSCO, *Variazioni minime in tema di pericolosità presunta*; Corte cost., sent. 15 – 28 luglio 1983, n. 249, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, 460, con nota di D. GIURI, *Infermità psichica e presunzione di pericolosità nel giudizio della Corte costituzionale*. Più di recente, Corte cost., sent. 2 – 18 luglio 2003, n. 253, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 297, con nota di M.T. COLLICA, *Ospedale psichiatrico giudiziario: non più misura unica per l'infermo di mente adulto e pericoloso*; Corte cost. 17 – 29 novembre 2004, n. 367, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 2, 153, con nota di G. DI CHIARA, *Infermo di mente, ospedale psichiatrico giudiziario e misure di sicurezza non detentive: incostituzionale il «rigido automatismo» dell'art. 206 c.p.* Per approfondimenti sui richiami giurisprudenziali, A. CALABRIA, *Le presunzioni di pericolosità nella giurisprudenza della Corte costituzionale prima e dopo la legge abrogatrice del 1986*, in *Giur. cost.*, 1989, 377; L. FURNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, 569; G. LEO, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 15 settembre 2011; E. GALLUCCI, *Delle misure amministrative di sicurezza*, in G. LATTANZI, E. LUPO (a cura di), *Codice penale. Rassegna di dottrina e di giurisprudenza*, V, Milano, 2010, 1071; T. PADOVANI, *Profili di incostituzionalità nell'applicazione e nell'esecuzione di misure di sicurezza*, in *Indice pen.*, 1976, 243; G.L. PONTI, *Corte costituzionale e presunzioni di pericolosità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1986, 467; D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 1013; F. URBAN, *Discrezionalità del giudice e automatismi: profili problematici nel sistema delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 2, 89.

L'analisi che si farà, nei prossimi capitoli, avrà ad oggetto proprio queste pronunce della Corte costituzionale. Dall'indagine si cercherà di fornire una risposta all'interrogativo posto e, altresì, acquisire una più precisa consapevolezza dell'articolazione dei principi di eguaglianza, offensività e proporzionalità e delle interconnessioni manifestate da un loro uso contestuale nell'ambito del trattamento sanzionatorio.

---

Nella più recente giurisprudenza costituzionale, la cartina di tornasole per valutare la ragionevolezza delle presunzioni assolute di adeguatezza è rappresentata dalle numerose sentenze che hanno interessato la custodia cautelare in carcere (art. 275, terzo comma, cod. proc. pen.). Così, Corte cost., sent. 7 – 21 luglio 2010, n. 265, in *Giur. cost.*, 2010, 4, 3169; sent. 9 – 12 maggio 2011, n. 164, in *Giur. cost.*, 2011, 5, 3721; sent. 19 – 22 luglio 2011, n. 231, in *Giur. cost.*, 2011, 5, 3729; sent. 12 – 16 dicembre 2011, n. 331, in *Giur. cost.*, 2011, 6, 4554; sent. 18 aprile – 3 maggio 2012, n. 110, in *Giur. cost.*, 2013, 1, 483; sent. 25 – 29 marzo 2013, n. 57, in *Giur. cost.*, 2013, 2, 863; sent. 3 – 18 luglio 2013, n. 213, in *Giur. cost.*, 2013, 4, 2970; sent. 25 febbraio – 26 marzo 2015, n. 48, in *Giur. cost.*, 2014, 2, 1166. In questi casi, la Corte non ha eliminato radicalmente la norma presuntiva, ma l'ha resa superabile in presenza di caratteristiche del caso concreto difformi, quanto agli elementi giustificativi del trattamento, dal modello astratto posto ad oggetto della generalizzazione. Per approfondimenti sulla giurisprudenza richiamata, si veda V. MANES, *Lo «sciame di precedenti» della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Dir. pen. e processo*, 2014, 4, 457. Al fine di evitare ulteriori pronunce di incostituzionalità, il legislatore è da ultimo intervenuto, con legge 16 aprile 2015, n. 47, adeguandosi alle pronunce della Corte costituzionale. Per approfondimenti, G. ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 3, 1130.

## CAPITOLO SECONDO

### LA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DEGLI AUTOMATISMI SANZIONATORI PREVISTI AL MOMENTO DELLA COMMISURAZIONE DELLA PENA

1. PREMESSA: CONTESTO E AVVIO DELLA RIFLESSIONE. - 2. LE PENE FISSE COME PARADIGMA DEGLI AUTOMATISMI SANZIONATORI. - 3. SEGUE: ALCUNE RIFLESSIONI SULL'ERGASTOLO QUALE PENA FISSA. - 4. PENE ACCESSORIE FISSE ED AUTOMATICHE: PRIME PRONUNCE DI INCOSTITUZIONALITÀ. - 5. LE CIRCOSTANZE DEL REATO NELLA COMMISURAZIONE DELLA PENA. CONSIDERAZIONI GENERALI. - 6. IL DIVIETO DELLE ATTENUANTI GENERICHE AL RECIDIVO REITERATO. - 7. DIVIETI AUTOMATICI DI SUBVALENZA NEL BILANCIAMENTO DELLE CIRCOSTANZE PER IL RECIDIVO REITERATO. LE BASI DEL PROBLEMA. - 8. SEGUE. LE PRONUNCE DI ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DEL DIVIETO DI SUBVALENZA DELLA RECIDIVA REITERATA. - 9. CONSIDERAZIONI SULL'ATTUALE ESTENSIONE DEL DIVIETO DI SUBVALENZA DELLA RECIDIVA REITERATA. - 10. LA RECIDIVA OBBLIGATORIA DI CUI ALL'ART. 99, QUINTO COMMA, COD. PEN. - 11. CONCLUSIONI INTERMEDIE ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA ESAMINATA.

#### 1. PREMESSA: CONTESTO E AVVIO DELLA RIFLESSIONE

Con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, la scienza penalistica italiana ha dovuto confrontarsi con lo spirito e con i precetti contenuti nella Legge fondamentale e ha cercato di rimodellare i caratteri della pena - e quelli dell'illecito penale in generale - alla stregua dei principi costituzionali.

Nondimeno, per lungo tempo, è rimasta sullo sfondo la problematica relativa alla corrispondenza dei limiti edittali della sanzione ai principi ricavabili dalla Costituzione.

È certo innegabile che la misura della pena è manifestazione per eccellenza di quelle scelte di natura politica proprie della discrezionalità legislativa. Ed è parimenti innegabile che, nel dosare la pena, il legislatore spesso dà voce a vicende storiche (contingenti o di lungo corso), nelle quali hanno un peso tutt'altro che marginale «fattori irrazionali» come la paura del rafforzarsi della criminalità, il bisogno collettivo di essere assicurati, l'esplosione improvvisa di patologie sociali

a lungo sommerso<sup>223</sup> ovvero il timore di un'eccessiva incongruenza tra la risposta sanzionatoria offerta in astratto dalle leggi penali e quella in concreto comminata, il clima di sfiducia nei confronti della magistratura.

Il legislatore nel Duemila, spinto proprio da istanze securitarie, nonché dalla diffidenza verso l'autorità giurisdizionale, ha puntato l'attenzione nei confronti della criminalità recidivante e del fenomeno immigratorio. Attraverso, l'introduzione di una serie di automatismi sanzionatori fondati su presunzioni assolute, ha, al contempo, realizzato, da un lato, l'obiettivo d'inasprire il trattamento sanzionatorio per i reati commessi da detti soggetti (recidivi e immigrati), e, dall'altro, quello di limitare il potere discrezionale del giudice.

La legge 5 dicembre 2005, n. 251 («Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione») ha profondamente irrigidito *contra reum* gli strumenti a disposizione del giudice penale nei confronti del recidivo<sup>224</sup>.

Si possono individuare tre direttrici fondamentali della riforma<sup>225</sup>:

α) la previsione, con la sola eccezione della recidiva aggravata *ex art.* 99, secondo comma, cod. pen., di misure fisse degli aumenti di pena per la recidiva;

β) l'introduzione di un'ipotesi di recidiva obbligatoria (art. 99, quinto comma, cod. pen.) che ricorre allorché il recidivo sia autore di reati di particolare gravità e allarme sociale;

γ) la configurazione di una serie di conseguenze sanzionatorie ulteriori rispetto all'aumento di pena (c.d. effetti «indiretti» della recidiva), particolarmente ampia in ipotesi di recidiva reiterata (art. 99, quarto comma, cod. pen.), che spaziano dal diritto penale sostanziale, al diritto processuale penale, al diritto penitenziario. Tra gli effetti di natura sostanziale si annovera la limitazione alla concessione delle attenuanti generiche di cui all'art. 62-*bis*, secondo comma, cod. pen. Ulteriori esempi sono rappresentati, in ipotesi di concorso eterogeneo di circostanze,

---

<sup>223</sup> Cfr. S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 1, 134. Sull'analisi dei fattori non razionali nel «bisogno di pena» e anche per altre indicazioni, D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 45.

<sup>224</sup> Per un commento alla legge, si vedano, tra i vari, L. BISORI, *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative*, in F. GIUNTA (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, Milano, 2006, 40; E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 515; ID., *Le due anime della legge «ex Cirielli»*, in *Corriere merito*, 2006, 55; T. PADOVANI, *Commento all'art. 4 (l. 5 dicembre 2005, n. 251: circostanze, recidiva, prescrizione)*, in *Leg. pen.*, 2006, 443; ID., *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, Dossier, 2006, 1, 32.

È noto come la recidiva sia per lo più considerata dalla dottrina penalistica come un residuo nel sistema della logica del «diritto penale d'autore». Si veda, tra i tanti, G. FLORA, *Verso un diritto penale del tipo d'autore?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 565; F. VIGANÒ, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Giur. cost.*, 2010, 3017.

<sup>225</sup> Cfr. G.L. GATTA, *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irrazionale divieto*, in *Giur. cost.*, 2011, 2359.

dal divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata (art. 69, quarto comma, cod. pen.), ovvero, nel caso di concorso formale di reati o di reato continuato (art. 81, quarto comma, cod. pen.), dalla previsione di una misura minima dell'aumento di pena per il concorso o la continuazione.

Le modifiche, come si diceva, hanno ridimensionato la discrezionalità del giudice penale, secondo una linea di tendenza opposta a quella che diede origine alla novella introdotta con decreto legge 11 aprile 1974, n. 99 (convertito in legge 7 giugno 1974, n. 220).

Quest'ultima, per mitigare il rigore del sistema penale scaturito dal codice degli anni Trenta, aveva limitato gli automatismi che impedivano l'adeguamento della pena al caso concreto, in tema di concorso formale di reati e continuazione, sospensione condizionale della pena, circostanze, e soprattutto in materia di recidiva<sup>226</sup>.

Viceversa, la riforma del 2005 disvela il preponderante rilievo attribuito alle ragioni di difesa sociale e di prevenzione generale, chiaramente espresse attraverso il riferimento alla recidiva reiterata quale elemento ostativo ad una valutazione complessiva del fatto<sup>227</sup>.

Ed è sempre nel quadro delle circostanze che il legislatore va ad incidere con il decreto legge 23 maggio 2008, n. 92 (convertito in legge 24 luglio 2008, n. 125), meglio noto come «Pacchetto sicurezza» del 2008, attraverso l'introduzione della tanto discussa aggravante della c.d. «clandestinità»<sup>228</sup>. Anche in questo caso, nella commistione tra parametri personologici e

---

<sup>226</sup> Ciò dimostra come la ricostruzione del rapporto delle circostanze con il binomio «legalità-discrezionalità», declinato in prospettiva politico-criminale, rispecchi fedelmente le vicende legislative che hanno interessato il nostro sistema penale. Non è un caso, per l'appunto, che due tra le più significative riforme «di sistema» degli ultimi decenni hanno riguardato proprio le circostanze, in termini perfettamente speculari tra loro sul piano finalistico: la prima (ossia la riforma del 1974) diretta a mitigare; l'altra (la riforma del 2005 e i «Pacchetti sicurezza» del biennio 2008-2009), invece, al fine di affliggere. Cfr. R. BARTOLI, *Le circostanze «al bivio» tra legalità e discrezionalità*, in *Cass. pen.*, 2016, 5, 2254B.

<sup>227</sup> Per approfondimenti sul rapporto «legalità-discrezionalità» in materia di recidiva, si veda G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983, 2. Più di recente M. BERTOLINO, *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva: dal Codice Rocco alla riforma del 2005*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 1129; G. FLORA, *Le nuove frontiere della politica criminale: le inquietanti modifiche in tema di circostanze e prescrizione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 1325; A. MELCHIONDA, *Le modifiche in materia di circostanze*, in F. GIUNTA (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale: apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, Milano, 2006, 181 e 206.

<sup>228</sup> Per approfondimenti, E. ANTONINI, *Le novità del «pacchetto sicurezza» (prima parte)*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 1366; G. AMATO, *Più grave il reato commesso dal clandestino*, in *Guida dir.*, 2008, n. 32, 88; E. APRILE, *Trattamento penale aggravato per lo straniero*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il decreto sicurezza (d.l. n. 92 del 2008 convertito con modifiche in legge n. 125 del 2008)*, Torino, 2008, 17; S. ARDITA, *Il nesso tra immigrazione e criminalità nel dibattito su immigrazione e sicurezza*, in *Cass. pen.*, 2008, 1729; A. DELLA BELLA, *L'aggravante della clandestinità e il diritto di soggiorno del minore straniero*, in *Cass. pen.*, 2008, 4795; G. DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 1634; M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3562; ID., *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, 129; L. MASERA, *Immigrazione*, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125)*, Torino, 2008, 16; A. MEREU, R. ZANNOTTI, *Il cd. «decreto sicurezza»: profili di diritto sostanziale*, in *Giur. merito*, 2009,

profili afferenti alla gravità del fatto, il legislatore attribuisce rilievo decisivo ai primi, sulla base di valutazioni predeterminate e astratte.

La nuova disciplina scaturita dalle leggi menzionate ha, fin da subito, indotto la dottrina a formulare preoccupati interrogativi in ordine agli effetti delle modifiche sul modello di diritto penale scaturito dalla Costituzione.

Il potere legislativo, infatti, non sfugge ai vincoli che la Costituzione pone all'esercizio della potestà punitiva statale. Si tratta, come si è visto nel capitolo precedente, di vincoli di portata generale (come il rispetto del principio di uguaglianza) e vincoli propri della materia penale (tra cui il principio di offensività e il finalismo rieducativo della pena).

Nulla, dunque, si oppone ad un controllo di costituzionalità delle norme penali anche sotto il profilo della pena minacciata dal legislatore.

Si tratta, naturalmente, di un controllo esercitabile, e da esercitare, con «oculata pacatezza»<sup>229</sup>: il che spiega – anche se non giustifica appieno – la lunga astinenza di interventi ablativi da parte della Corte costituzionale.

Da qualche tempo, peraltro, si lascia registrare una progressiva apertura della Corte ai diversi profili di conformità alla Costituzione, sotto i quali il dosaggio sanzionatorio del legislatore è stato sottoposto da un crescente numero di ordinanze dei giudici di merito.

Oggetto delle osservazioni che seguono è, per l'appunto, l'esame del «nuovo corso» della Corte, che si chiuderà con qualche conclusione provvisoria sulla conferma del ruolo svolto dal potere discrezionale del giudice.

Le sentenze con le quali la Consulta ha negato la validità degli automatismi introdotti nel Duemila risentono l'eco della più risalente giurisprudenza costituzionale sulla legittimità delle *pene fisse*. Una corretta politica delle comminatorie edittali, infatti, si pone, come presupposto imprescindibile per un'efficace regolamentazione degli spazi di discrezionalità da lasciare al giudice per la determinazione della risposta sanzionatoria.

Si profila, dunque, opportuno ripercorrere brevemente l'evoluzione giurisprudenziale sul tema – richiamando, per collegamento logico, anche la disciplina delle pene accessorie fisse ed automatiche –, per poi passare all'esame delle più recenti sentenze che hanno riguardato gli automatismi introdotti nel 2005.

---

26; D. PETRINI, *Il d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (conv. in l. 24 luglio 2008, n. 125): c.d. «Pacchetto sicurezza»*, in *Studium iuris*, 2009, 121; D. PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 1079; C. RENOLDI, G. SAVIO, *Legge 125/2008: ricadute delle misure a tutela della sicurezza pubblica sulla condizione giuridica dei migranti*, in *Dir., imm., citt.*, 2008, 3-4, 27.

<sup>229</sup> Cfr. S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, cit.



## 2. LE PENE FISSE COME PARADIGMA DEGLI AUTOMATISMI SANZIONATORI

Come visto nel capitolo precedente, il principio di legalità della pena è costituzionalmente garantito dall'art. 25, secondo comma, Cost. Quest'ultima disposizione parrebbe, nell'apparente rigidità del suo tenore letterale, imporre un'assoluta esigenza di tassatività quanto al precetto e alla parte sanzionatoria della norma incriminatrice, precludendo così al giudice penale ogni potere discrezionale nella determinazione sia del tipo che del *quantum* di pena.

Interpretare la norma costituzionale in questo modo, sì da vincolare il legislatore ordinario alla pena fissa, significherebbe imporre una sostanziale revisione di tutto l'impianto sanzionatorio caratterizzato dal sistema delle «cornici edittali».

Si è ampiamente osservato che l'esistenza dei principi di uguaglianza, offensività, proporzione, nonché la finalità rieducativa a cui la pena deve tendere, fanno sì che non solo sia tollerabile, ma sia addirittura imposto sul piano costituzionale, un certo margine di elasticità quanto alla determinazione della sanzione da irrogare in concreto<sup>230</sup>.

Lo strumento più idoneo al conseguimento delle finalità della pena e più congruo rispetto al principio di uguaglianza è la predeterminazione della medesima da parte del legislatore tra un massimo e un minimo<sup>231</sup>. Si conferisce al giudice il potere discrezionale di determinare in

---

<sup>230</sup> F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, comma 2 e 3, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. giust.*, 1980, 222. In prospettiva comparata, si consideri che l'esigenza di differenziazione del trattamento sanzionatorio è presa in considerazione anche in quegli ordinamenti che patrocinano l'idea di una rigida predeterminazione legislativa della pena. Si veda, a tal proposito, quanto previsto dalle «*sentencing guidelines*» statunitensi: ad ogni data combinazione tra «*offense level*» e «*criminal history category*» viene fatta corrispondere una pena detentiva espressa nelle forme flessibili del «*guideline range*», cioè nei termini di una cornice edittale variabile a seconda dei profili commisurativi del caso concreto, ma entro il limite della c.d. «*25 Percent Rule*». Non, dunque, una pena fissa ma una pena compresa entro una cornice edittale. Si badi inoltre che, nel delegare la *Sentencing Commission* alla creazione delle future *guidelines*, il Congresso precisò che il singolo giudice avrebbe comunque potuto discostarsi dalle *guidelines* ove necessario, a patto che vi fosse un'adeguata motivazione e fatta salva la possibilità di appellare la sentenza nella parte sanzionatoria. Ed, in effetti, quanto entrarono in vigore nel 1987, le *guidelines* contenevano una disposizione in forza della quale ogni qualvolta il giudice avesse ritenuto che «*an aggravating or mitigating circumstance of a kind or to a degree not adequately taken into consideration by the Sentencing Commission*» avrebbe potuto discostarsi da esse. Si tratta dell'istituto della c.d. «*departure*» («*from the guideline range*»). Cfr. F. MANFREDI, *La recidiva nel quadro della commisurazione della pena. Orientamenti recenti negli USA e in Europa*, in *www.altrodiritto.unifi.it*, 2015; S. CANNATA, *La commisurazione della pena nel sistema federale statunitense*, in *www.altrodiritto.unifi.it*, 2002.

<sup>231</sup> Il minimo edittale costituisce la garanzia del bene tutelato, ovvero la misura di sanzione necessaria e proporzionata alla sua protezione; il minimo edittale incarna in definitiva la dialettica tra *favor libertatis* e istanza di tutela. Il massimo edittale, invece, costituisce la garanzia della colpevolezza, ovvero la misura estrema del sacrificio che si può infliggere all'autore del reato affinché altri non seguano l'esempio negativo del reato; il massimo edittale incarna cioè la dialettica tra istanza di stabilizzazione e principio di colpevolezza. Cfr. F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 2, 414. Com'è noto, inoltre, ai massimi edittali sono assegnate funzioni che vanno oltre la commisurazione della pena: sono presupposti di applicazione di istituti processuali e del sistema sanzionatorio. Il massimo edittale, ad esempio, è un limite di applicazione di istituti di recente

concreto, entro tali limiti, la sanzione da irrogare, al fine di adeguare quest'ultima alle specifiche caratteristiche del singolo caso<sup>232</sup>.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, una disposizione di legge ordinaria che predetermini la pena in un ammontare fisso sembra porsi in contrasto con i principi costituzionali visti. Ciò in quanto essa impedisce che, attraverso un giudizio discrezionale, acquistino rilevanza specifici elementi di gravità o tenuità del fatto ed elementi attinenti alla capacità a delinquere del reo.

Ignorando rilevanti elementi di differenziazione fra episodi riconducibili alla stessa fattispecie incriminatrice, i reati sanzionati con pena fissa danno adito al fondato sospetto di integrare altrettante ipotesi di arbitrio legislativo *ex art. 3*, primo comma, Cost.<sup>233</sup>. La pena, così, non sarebbe nemmeno percepita come giusta e, quindi, non assolverebbe ad una finalità rieducativa (art. 27, terzo comma, Cost.).

L'espressione più eclatante della logica dell'automatismo sanzionatorio è proprio quella delle pene fisse, vale a dire sanzioni non modulabili per quantità in relazione alla gravità del fatto e alla personalità dell'autore<sup>234</sup>.

Con riferimento a questo fenomeno, la dottrina ha sollevato più di un dubbio sulla loro legittimità costituzionale. Il problema si è posto, soprattutto, con riguardo alle pene

---

introduzione che costituiscono alternative alla condanna: sospensione del processo con messa alla prova e non punibilità per particolare tenuità del fatto.

<sup>232</sup> Corte cost., sent. 7 – 12 marzo 1962, n. 15, in *Giur. cost.*, 1962, 161; Corte cost., sent. 17 – 23 marzo 1966, n. 26, in *Giur. cost.*, 1966, 255.

Si badi, come si è già avuto modo di precisare nel Capitolo precedente, che l'equilibrio più aderente al dettato costituzionale tra principio di legalità delle pene e personalizzazione della sanzione richiede una cornice edittale «congrua». Ciò significa che l'ampiezza del divario tra il minimo e il massimo della pena fissati dal legislatore non deve eccedere il «margine di elasticità» necessario a consentire l'individualizzazione della pena in base ai criteri di cui all'art. 133 cod. pen. Tale ampiezza deve risultare correlata alla variabilità delle fattispecie concrete rapportabili alla previsione astratta. Assicurare detta congruità significa scongiurare il rischio di trasformare il potere conferito al giudice da potere «discrezionale» in potere «arbitrario». In argomento, S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, cit.

Si è significativamente rilevato che «il livello quantitativo della comminatoria edittale assume uno specifico interesse nell'analisi della parte speciale, perché esso fonda e costituisce, da un lato, la gerarchia materiale dei valori penalmente protetti e, dall'altro lato, la gerarchia delle forme di tutela di uno stesso interesse, in rapporto alle diverse modalità di aggressione». Così T. PADOVANI, L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Bologna, 2006, 115.

<sup>233</sup> In argomento, O. DI GIOVINE, *Sul c.d. principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia penale. «A proposito del rifiuto totale di prestare il servizio militare»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 159; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in G. GIOSTRA, G. INSOLERA (a cura di), *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, Milano, 1998, 41.

<sup>234</sup> Cfr. V. MANES, *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in R. GAROFOLI, T. TREU (diretto da), *Il libro dell'anno del diritto 2013 Treccani*, Roma, 2013, [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

pecuniarie<sup>235</sup>. Anche se, come si vedrà, non vanno esenti da considerazioni sotto questo profilo talune pene detentive.

Accanto alle pene pecuniarie fisse, è frequente il ricorso - nella legislazione speciale, soprattutto nei settori doganale, tributario e in materia di lavoro<sup>236</sup> - alle pene pecuniarie proporzionali. Esse possono essere «a proporzionalità costante» - quando il legislatore non indica alcun dato monetario, ma un coefficiente da moltiplicare per un «valore base» desumibile dalla situazione concreta (ad esempio, pena pecuniaria proporzionale all'entità delle somme esportate o non rimpatriate) o articolato fra un minimo ed un massimo («il doppio» o «dal triplo al quintuplo» del danno cagionato) - ovvero «a proporzionalità progressiva» quando la norma stabilisce una base monetaria da moltiplicare per un coefficiente determinato dalla fattispecie concreta (ad esempio, pena pecuniaria di 15.000 euro per ciascun clandestino trasportato). In questa seconda ipotesi la pena è sì proporzionale, ma sostanzialmente parificabile ad una fissa, laddove la base montaria è fissa e non variabile<sup>237</sup>.

---

<sup>235</sup> In argomento, F. BRICOLA, *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Milano, 1964, 204; E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1974, 338; G. FIANDACA, *Commento all'art. 27, comma 3, Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1991, 313; C.E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 726; G. TURNATURI, *Aspetti problematici della costituzionalità delle pene pecuniarie fisse e proporzionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977, 1458.

<sup>236</sup> Per le pene proporzionali non è previsto un limite massimo (art. 27 cod. pen.). Queste sono tuttora previste in materia di contrabbando dal d.P.R. n. 43 del 1973, in proporzione all'imposta evasa, e per numerose contravvenzioni nel diritto penale del lavoro, commisurate a un dato ammontare per ogni lavoratore occupato e/o per ogni giornata di occupazione (ad esempio, art. 18 del D.Lgs. n. 276 del 2003). Tale tecnica sanzionatoria dà luogo a un modello rigido di determinazione della pena in concreto, che può condurre a livelli esorbitanti. Nondimeno, la Corte costituzionale, nell'ordinanza n. 475 del 2002 (Corte cost., ord. 22 novembre 2002, n. 475, in *Cass. pen.*, 2003, 506), ha evidenziato che i limiti costituzionali alla previsione di risposte punitive rigide di cui alla sentenza n. 50 del 1980 (v. *infra*), non vengono in rilievo nell'ipotesi della sanzione comminata per il reato di contrabbando di tabacchi lavorati esteri, pari ad una pena pecuniaria fissa per ogni grammo convenzionale di prodotto. Ciò in quanto la possibilità di comminare, nel caso in cui il quantitativo ecceda i dieci kilogrammi convenzionali, detta pena pecuniaria congiuntamente ad una pena detentiva, con una forbice edittale di ampiezza significativa (reclusione da due a cinque anni), offrirebbe al giudice, a parere della Corte, un consistente margine di adeguamento della sanzione alle particolarità del caso concreto, cosicché deve escludersi che, nella specie, la pena edittale possa, nel suo complesso, considerarsi fissa.

<sup>237</sup> Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 1987, 209. Allontanandosi nella sostanza dall'orientamento dottrinale patrocinato da questo Autore - che ritiene che i principi delle pene pecuniarie fisse valgano anche per le pene pecuniarie proporzionali con base monetaria fissa - la Corte costituzionale, anche di recente, pur non escludendo che la disciplina delle pene proporzionali possa essere sottoposta a positivo sindacato di legittimità, ha ribadito che l'eventuale illegittimità non deriverebbe «dalla lamentata, ma insussistente, loro fissità strutturale; né si ricollegerebbe alla mancata previsione di un valore massimo; essa, semmai, potrebbe derivare dalla irragionevolezza o dalla sproporzione dei fattori da considerare nel computo della pena; del valore-base o dell'elemento moltiplicatore prescelti dal legislatore in relazione alla fattispecie di reato alla quale si devono applicare». Cfr. Corte cost., sent. 5 aprile - 21 giugno 2017, n. 142, in *Cass. pen.*, 2017, 10, 3617, con nota di E. APRILE. Nell'occasione la Consulta ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale, sollevate in riferimento agli artt. 3 e 27

In ambo i casi, comunque, la rigidità della sanzione proporzionale è determinata dall'automatico aggancio della sua misura al danno obiettivo, mentre restano esclusi dalla considerazione del giudice i criteri finalistici e ogni altro indice relativo al disvalore soggettivo del fatto e alla personalità dell'autore. Siccome sono strutturate facendo riferimento ad un elemento della fattispecie, che varia di caso in caso, si è posto l'ulteriore dubbio di possibile illegittimità per indeterminatezza *sub art. 25*, secondo comma, Cost.<sup>238</sup>.

La Corte costituzionale ha tradizionalmente respinto questo genere di censure<sup>239</sup>.

Pur ammettendo, in motivazione, che lo strumento più idoneo al conseguimento delle finalità della pena e più congruo rispetto al principio di uguaglianza fosse la «mobilità della pena», cioè la predeterminazione della medesima da parte del legislatore in modo da contenerla fra un

---

Cost., dell'art. 12, commi 3 e 3-ter, D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, nella parte in cui commina, per il delitto di procurato ingresso illegale di cittadini stranieri nel territorio dello Stato, la multa nella misura di una somma per ogni persona trasportata pari a euro 15.000, nell'ipotesi base di cui al comma 3, e a euro 25.000, nell'ipotesi aggravata di cui al comma 3-ter. Per ulteriori commenti, G. MARINO, *Procurato ingresso illegale di cittadini stranieri nel territorio dello Stato: le sanzioni pecuniarie sono incostituzionali?*, in *Dir. e giust.*, 2017, 108, 16; C. BRIGNONE, *Questioni di costituzionalità delle pene pecuniarie per il delitto di procurato ingresso illegale di stranieri nello Stato*, in *www.ilpenalista.it*, 14 novembre 2017.

<sup>238</sup> Sulla costituzionalità di questo tipo di sanzioni, la Corte costituzionale si è più volte espressa, ammettendone sempre la legittimità. Si veda Corte cost., sent. 7 – 12 marzo 1962, n. 15, in *Giur. cost.*, 1962, 161, con nota di A. CRISTIANI, *Sulla legittimità costituzionale della pena pecuniaria proporzionale*. In particolare nel § 2 del *Considerato in diritto* si legge che non deve «ritenersi illegittima la norma denunciata che prevede una pena pecuniaria commisurata al valore del bene che è oggetto della tutela penale e, quindi, all'ammontare del danno arrecato; essa vuole rapportare la pena alla gravità del reato di cui quel valore è un serio indice. La pena pecuniaria proporzionale è ritenuta compatibile con il principio di legalità (artt. 1 e 27, cod. pen.), e la Costituzione non ha regole che contrastano con tale sistema». Sulla stessa scia si collocano Corte cost., sent. 12 – 23 marzo 1970, n. 45 (in *Giur. cost.*, 1970, 523) e Corte cost., sent. 5 – 8 luglio 1971, n. 167 (in *Giur. cost.*, 1971, 1770). In quest'ultima, la Corte, dopo aver rilevato che nella fattispecie – si trattava della pena pecuniaria proporzionata alla quantità di tabacco oggetto di contrabbando (art. 1, legge n. 27 del 1951) in relazione alla quale il giudice *a quo* aveva dichiarato non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale con riferimento alla rigidità della pena ed alla mancanza di un limite massimo – la modalità della pena consentiva al giudice un certo adeguamento alle circostanze oggettive e soggettive del reato, soggiungeva che, in ogni caso, «l'emenda del reo non può riuscire compromessa per la sola circostanza del carattere di rigidità della pena [...]: la misura della quale è rimessa, comunque, alla valutazione discrezionale del legislatore, per cui sotto questo profilo, sfugge al controllo di legittimità l'indagine sulla sua efficacia rieducativa».

<sup>239</sup> Con riguardo allo scrutinio circa la ragionevolezza del *quantum* di pena va rilevata una certa «oculata pacatezza» della Corte costituzionale. Così S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, cit. Si veda altresì D. BRUNELLI, *La Corte costituzionale «vorrebbe ma non può» sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, in *Giur. cost.*, 2007, 181. Parte della dottrina penalistica ha salutato con una certa diffidenza l'intromissione della Corte costituzionale in questo spazio di discrezionalità legislativa, così F. CURI, *L'attività «paralegislativa» della Corte costituzionale in ambito penale: cambia la pena dell'oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giur. cost.*, 1995, 1096; A. PAGLIARO, *Sproporzione «irragionevole» dei livelli sanzionatori o «sproporzione» irrazionale*, in *Giur. cost.*, 1997, 774.

minimo ed un massimo, ha per lungo tempo ritenuto non fondate le questioni di costituzionalità sollevate<sup>240</sup>.

Ciò è avvenuto, da un lato, affermando come non fosse possibile controllare la discrezionalità delle scelte politico-criminali espresse dal legislatore attraverso le comminatorie edittali. Al tempo stesso, la Corte era solita rilevare, da una valutazione infra sistematica, l'esistenza di strumenti idonei a surrogare la discrezionalità del giudice nella graduazione della pena. Questi sarebbero offerti dal sistema delle circostanze, in particolare dalle attenuanti generiche e dagli artt. 24, terzo comma e 26, secondo comma, cod. pen.<sup>241</sup>. Così facendo, si negava che le pene «fisse» fossero realmente tali nel nostro ordinamento<sup>242</sup>.

All'iniziale atteggiamento di *self restraint*, è seguita una prima apertura della Consulta.

Decisiva, in questa evoluzione, è la sentenza n. 26 del 1979 che, per la prima volta, ha giudicato «irragionevole» la pena fissa<sup>243</sup>.

A differenza dei casi fin a quel momento affrontati - che riguardavano fattispecie contravvenzionali -, veniva, qui, in rilievo un'ipotesi delittuosa: l'originaria versione dell'art. 186 cod. pen. mil. di pace, nel configurare il delitto di «insubordinazione con violenza» puniva *con l'ergastolo* il militare che, usando violenza contro il superiore, cagionava un'offesa alla vita o all'integrità fisica di quest'ultimo. La norma ricomprendeva, così, un coacervo di condotte tipiche ancorché differenti per elemento oggettivo e soggettivo (*i.e.* omicidio volontario, tentato omicidio, omicidio preterintenzionale, lesioni gravi o gravissime) che, però, venivano tutte accumulate sul piano sanzionatorio. Ciò in quanto si assumeva che la violenza contro il superiore comportasse un'eguale lesione del rapporto di subordinazione gerarchica, a prescindere dall'offesa in concreto cagionata (offesa alla vita o all'integrità fisica)<sup>244</sup>.

---

<sup>240</sup> Per una documentazione sul *self restraint* della Corte in questo ambito, A.S. AGRÒ, C. LAVAGNA, F.G. SCOCA, P. VITUCCI, *La Costituzione italiana annotata con la giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 1979, 65.

<sup>241</sup> Corte cost., sent. 8 - 15 maggio 1963, n. 67, in *Giur. cost.*, 1963, 575, con nota di C. ESPOSITO, *Le pene fisse e i principi costituzionali di eguaglianza, personalità e rieducatività della pena*. La Corte costituzionale ha, in tale occasione, altresì negato che l'art. 27, primo comma, Cost., imponesse al legislatore di determinare la pena in misura variabile tra un minimo ed un massimo, così da consentire al giudice di adeguarla alle condizioni personali del colpevole, in quanto la formula adoperata della «responsabilità personale» «vuole affermare il legame esclusivo ed indissolubile fra le conseguenze penali che l'ordinamento giuridico fa derivare dal reato e la persona che quel reato ha posto in essere, e non investe, quindi, il rapporto di adeguazione del trattamento penale inflitto alle condizioni proprie del soggetto».

<sup>242</sup> In altri casi è stata valorizzata la previsione di pene variabili concorrenti con quella fissa (Corte cost., sent. 8 - 17 novembre 1982 n. 188, in *Foro it.*, 1983, I, 576; Corte cost., 20 - 22 novembre 2002, n. 475, in *Cass. pen.*, 2003, 506), oppure la natura variabile del risultato di aumenti in percentuale fissa applicati su valori fissati discrezionalmente (Corte cost., sent. 01 - 04 aprile 1998 n. 91, in *Cass. pen.*, 1999, 14, a proposito della quota *fissa* di aumento stabilita per alcune ipotesi di recidiva).

<sup>243</sup> Corte cost., sent. 5 - 24 maggio 1979, n. 26, in *Giur. cost.*, 1979, 288.

<sup>244</sup> È evidente lo «stravolgimento dell'ordine dei valori messi in gioco» operato dal legislatore. Come evidenziato dalla Corte costituzionale, la norma anteponeva la disciplina militare (e, nello specifico, l'obbedienza e il rispetto dell'inferiore verso il superiore), al bene supremo della vita. Stravolgimento che,

L'elemento di novità di questa pronuncia non risiede tanto nel fatto che, per la prima volta, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della misura della pena prevista dal legislatore per un'ipotesi delittuosa, quanto la valutazione di merito in chiave costituzionale del rango dei beni penalmente protetti, sulla scia di quell'indirizzo giurisprudenziale, delineatosi su terreni diversi da quello del diritto penale, che ha allargato la base del sindacato della ragionevolezza, richiedendo anche un bilanciamento e una valutazione complessiva degli interessi contrapposti<sup>245</sup>.

Ancora più interessanti sono le motivazioni della sentenza n. 50 del 1980<sup>246</sup>: motivazioni che rappresentano una «costante» di ogni discorso in tema di determinazione della pena. Oggetto dello scrutinio di costituzionalità era una contravvenzione – in materia di circolazione di veicoli industriali con carico superiore a quello consentito – punita in misura fissa (ammenda di lire 800.000 e 15 giorni di arresto).

La pronuncia, come detto, è rilevante più per la parte motivazionale che per le conclusioni a cui giunge.

Per la prima volta, la Corte costituzionale esplicita l'importanza di un'adeguata articolazione legale del sistema sanzionatorio e la necessità di riconoscere al giudice «appropriati ambiti e criteri» di discrezionalità. Sono gli artt. 3 e 27 Cost. ad esigere siffatto sistema, tanto per le pene detentive quanto per quelle pecuniarie.

La Consulta afferma a chiare lettere che «in linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono in armonia con il *volto costituzionale* del sistema penale»<sup>247</sup>.

Se la regola è la discrezionalità, ogni fattispecie sanzionata con pena fissa (qualunque ne sia la specie) è perciò solo indiziata di illegittimità. Tale indizio potrà trovare conferma o smentita soltanto in seguito ad un controllo strutturale della fattispecie incriminata.

---

viceversa, non era previsto nella norma parallela che puniva la violenza esercitata dal superiore contro l'inferiore: lì la pena era predeterminata attraverso il rinvio alle differenziate sanzioni previste dalle norme comuni in tema di omicidio (volontario o preterintenzionale) e lesioni. Per questo complesso di ragioni, la norma impugnata rappresentava «una deroga così ingiustificata rispetto ai principi del diritto penale vigente, da ledere l'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge» (Cfr. Corte cost., sent. n. 26/1979, cit., § 1 del *Considerato in diritto*). La Corte costituzionale, ritenendo sufficiente tale profilo di illegittimità, non ha esaminato, in tale occasione, l'ulteriore censura sollevata sub art. 27, terzo comma, Cost.

<sup>245</sup> S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, cit.

Con questa decisione, la Consulta sembra privilegiare una valutazione in chiave costituzionale degli interessi protetti. Nell'ambito di questa orbita interpretativa, sembrano da collocare anche la sentenza n. 519 del 1995 che ha espunto dall'ordinamento la figura criminosa della mendicizia non invasiva (art. 670 cod. pen.) «non potendosi in alcun modo ritenere necessitato il ricorso alla regola penale» (Corte cost., sent. 15 – 28 dicembre 1995, n. 519, in *Giur. cost.*, 1995, 4354) e la sentenza 25 luglio 1994, n. 341 che ha inciso sul minimo edittale del reato di oltraggio, in cui il riferimento «triadico» all'ingiuria viene compiuto solo al termine della motivazione (Corte cost., sent. 19 – 25 luglio 1994, n. 341, in *Cass. pen.*, 1995, 25).

<sup>246</sup> Corte cost., sent. 2 – 14 aprile 1980, n. 50, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 725, con nota di C.E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*. Si veda altresì E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, cit., 356.

<sup>247</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 50/1980, cit., § 4 del *Considerato in diritto*.

L'art. 3, primo comma, Cost. infatti, non vieta qualsiasi discriminazione fra situazioni eguali, né qualsiasi equiparazione di situazioni diverse, ma vieta soltanto quelle scelte legislative nelle quali, alla luce del sistema, possono ravvisarsi gli estremi dell'arbitrio. L'imperativo costituzionale non è assoluto, ma relativo; di conseguenza, non si potrà ricavare in termini generali e categorici l'illegittimità costituzionale delle pene fisse<sup>248</sup>.

Abbandonando definitivamente il *self restraint* iniziale, la Consulta ammette, conseguentemente, la possibilità di sindacare le previsioni sanzionatorie introdotte dal legislatore.

Impostato così, correttamente, il problema, spetta alla Corte il compito di verificare se, nel caso di specie, la pena possa risultare congrua ancorché priva di elasticità. Il prospettato dubbio di illegittimità costituzionale potrà, infatti, essere superato «a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, questa appaia ragionevolmente proporzionata rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato»<sup>249</sup>. In altri termini, qualora l'illecito, per sua stessa conformazione, non sia graduabile, allora la pena fissa risulterà «proporzionata».

Nel caso in esame, la Corte ritiene - non senza qualche critica<sup>250</sup> - che la misura della sanzione sia, nel quadro delle scelte complessive, «ragionevolmente rapportabile al tipo di illecito»<sup>251</sup>.

Una volta riconosciuto che la generale valutazione legislativa, incorporata nel livello sanzionatorio, non è sproporzionata rispetto alla figura di reato, la Consulta conclude sostenendo che «le differenze, che pure si ravvisano fra i casi rientranti nella previsione normativa, non appaiono nella specie di tale rilievo da imporre formali diversificazioni nella sanzione»<sup>252</sup>.

---

<sup>248</sup> E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, cit., 354.

<sup>249</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 50/1980, cit., § 4 del *Considerato in diritto*.

<sup>250</sup> C.E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, cit., 742. L'Autore ritiene che probabilmente la Corte costituzionale non ha voluto dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma per il timore di eventuali «effetti a catena» che tale declaratoria avrebbe potuto provocare rispetto alle numerose comminatorie fisse previste nella legislazione speciale.

<sup>251</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 50/1980, cit., § 5 del *Considerato in diritto*: «la violazione sanzionata (circolazione di veicolo industriale con carico notevolmente eccedente il consentito) è un illecito di pericolo, posto a prevenzione di sinistri stradali, la cui realizzazione presuppone lo svolgimento di un'attività notevolmente lucrativa (e il fine di lucro è perseguito a costo d'aumentare il pericolo inerenti alla circolazione). La pena pecuniaria (lire ottocentomila di ammenda) non appare sproporzionata in relazione al contenuto (oggettivo e soggettivo) tipico dell'illecito sanzionato; la pena detentiva è fissata ai livelli inferiori della specie di pena in questione (quindici giorni d'arresto), di per sé non incompatibile con illeciti come quello considerato».

<sup>252</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 50/1980, cit., § 5 del *Considerato in diritto*: non è decisiva la differenza tra fatti dolosi e colposi in quanto in materia di contravvenzioni è indifferente l'elemento soggettivo dell'autore, né è decisiva la differenza quantitativa fra carichi eccedenti posto che la consistenza del pericolo è sufficientemente definita dal legislatore (eccedenza di oltre 30 quintali rispetto al carico consentito).

All'intero dell'inedito *iter* argomentativo, fa ancora la sua comparsa, sia pure in chiusura, la vecchia tesi che fa leva sull'argomento *infra* sistematico, ossia sulla possibilità di applicare le circostanze, in particolare le attenuanti generiche, per «surrogare» i meccanismi di cui all'art. 133 cod. pen.<sup>253</sup>. In altri termini, quando la norma prevede la pena in un ammontare fisso, l'applicazione delle attenuanti generiche diventa uno strumento per adeguare la sanzione ai dati favorevoli al reo. Così facendo, con una tecnica inconsueta, si finisce per ampliare la sfera di operatività dell'art. 133 cod. pen., consentendo al giudice di scendere al di sotto dei minimi di pena fissati dalla fattispecie incriminatrice<sup>254</sup>. Sembra, dunque, che le pene fisse siano legittime proprio perché, di fatto, così «fisse» non sono, poiché, attraverso il ricorso alle circostanze, si consente al giudice di adeguare la pena al caso concreto.

Questa via di fuga suggerita dalla Corte, secondo cui la diversificazione delle condotte può emergere in sede giudiziale, attraverso la disciplina della commisurazione in senso ampio, è criticabile anche per un'altra ragione. Il problema che viene sottoposto dai giudici ordinari alla Corte concerne il trattamento sanzionatorio «astratto». È, dunque, a tale livello che deve essere effettuata la verifica, a nulla rilevando se «in concreto» il giudice possa differenziare il diverso disvalore di condotte che, nella previsione legislativa, sono invece parificate. Senza dire che, affidando quest'opera di diversificazione al giudice, si apre costantemente la strada alla violazione del principio di eguaglianza: si rischia, infatti, il proliferare di una molteplicità di indirizzi interpretativi, attesa la diversità di orientamenti che possono condurre a delineare diversissime scale di (dis)valori rispetto ad una pluralità di condotte ricomprese in un'unica norma<sup>255</sup>.

### 3. SEGUE. ALCUNE RIFLESSIONI SULL'ERGASTOLO QUALE PENA FISSA

La questione delle pene fisse si è posta soprattutto a proposito delle pene pecuniarie<sup>256</sup>.

Nondimeno, la dottrina non ha tardato a rilevare come il medesimo problema si ponga oggi – ed anche con maggiore preoccupazione – con riferimento alle pene detentive e, in particolare, in relazione alla massima pena prevista dall'ordinamento: l'ergastolo<sup>257</sup>.

---

<sup>253</sup> Corte cost., sent. n. 50/1980, cit., § 5 del *Considerato in diritto*.

<sup>254</sup> Cfr. E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, cit., 350.

<sup>255</sup> Cfr. S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il giudizio di legittimità costituzionale*, cit.

<sup>256</sup> Del resto, è lo stesso art. 27 cod. pen. ad ammettere la possibilità che la legge determini «i casi nei quali le pene pecuniarie sono fisse e quelli in cui sono proporzionali». Norma che deve fare i conti, ora, con i principi affermati in Costituzione. In argomento, G. TURNATURI, *Aspetti problematici della costituzionalità delle pene pecuniarie fisse e proporzionali*, cit.

<sup>257</sup> La previsione della pena dell'ergastolo nel nostro ordinamento è stata oggetto di una lunga e complessa evoluzione nella giurisprudenza costituzionale. Già all'indomani dell'entrata in vigore della Carta costituzionale, ha subito suscitato dubbi circa la sua compatibilità con i mutati valori dell'ordinamento e con i principi previsti dall'art. 27, primo e terzo comma, Cost. Nonostante la legge vigente (legge n. 1634 del



Comminato per le tipologie di delitto (autonome o circostanziate) ritenute più gravi, l'ergastolo è di per sé una scelta non insostenibile in relazione a fattispecie fortemente selettive, che selezionano fatti equiparati al massimo livello di disvalore, per i quali la pena a vita può ritenersi in via di principio una risposta non sproporzionata<sup>258</sup>.

---

1962) contemplasse già la possibilità di ammettere gli ergastolani al beneficio della liberazione condizionale, e nonostante una di poco precedente sentenza della Corte medesima (Corte cost. n. 204 del 1974) avesse, di fatto, per il tramite della richiesta di «giurisdizionalizzazione» dell'istituto *de quo*, trasformato detta ultima possibilità in un vero e proprio diritto soggettivo del condannato alla pena perpetua, nel 1974 la Corte cost., sent. 7 - 22 novembre 1974, n. 264 (in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, con nota di M. PAVARINI), ha ritenuto l'ergastolo costituzionalmente legittimo sulla scorta di una lettura polifunzionale della pena in senso debole, poiché finalizzata a segnalare che la rieducazione non rilevasse in alcun modo nella fase edittale della pena medesima, di tal che la scelta se continuare (o meno) a offrire ingresso nel nostro sistema sanzionatorio a una prevenzione generale massima, quale è quella incarnata da una pena di natura perpetua, si sarebbe dovuta ritenere unicamente di competenza legislativa. Il mutamento della concezione delle funzioni della pena da parte della Corte Costituzionale, è evidenziato proprio con riferimento alla pena massima, dalla sentenza costituzionale n. 161 del 1997 (Corte cost., sent. 2 - 4 giugno 1997 n. 161, in *Cass. pen.*, 1997, 2062), a mezzo della quale la Corte ridisegna il volto costituzionalmente compatibile dell'ergastolo, orientando quest'ultimo - già sul versante edittale - alla rieducazione. In effetti, sancendo l'illegittimità costituzionale del meccanismo legale di preclusione automatica al beneficio della liberazione condizionale per l'ergastolano, la Consulta finisce per svincolare in via definitiva l'ergastolo dalla nota della perpetuità. In altri termini, secondo la Corte costituzionale, l'ergastolo potrà continuare a figurare nel sistema sanzionatorio solo se ed in quanto, in ossequio al principio costituzionale della rieducazione, detenga una durata comunque limitata nel tempo. Il predetto intervento della Corte costituzionale riguarda, dunque, il momento esecutivo della pena perpetua, ma si riflette immancabilmente sul momento legislativo edittale di essa, dal momento che l'ergastolo continuerà a far parte dell'arsenale sanzionatorio vigente, ma come pena (necessariamente) orientata alla rieducazione. Sulla compatibilità dell'ergastolo con il principio rieducativo della pena, cfr. S. SARTARELLI, *La Corte costituzionale tra valorizzazione della finalità rieducativa della pena nella disciplina della liberazione condizionale e mantenimento dell'ergastolo: una contradictio in termini ancora irrisolta (in particolare, riflessioni sulla sentenza 161/97)*, in *Cass. pen.*, 2001, 684.

<sup>258</sup> Cfr. D. PULITANO, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 2, 54. Per una ricostruzione, anche storica, dell'istituto e della sua conformità con l'assetto costituzionale, M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 2, 575. In argomento, di recente, M. BIANCHI, *Poenae sine fine. Sulla legittimità etica e costituzionale dell'ergastolo*, in *Cass. pen.*, 2015, 10, 3822B; D. PULITANO, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 2, 559B; L. RISICATO, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 3, 1238. Per la dottrina più tradizionale, F. CARNELUTTI, *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, I, 1; G. BETTIOL, *Sulle massime pene: morte ed ergastolo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1956, 555; F. CIGOLINI, *Sull'abolizione della pena dell'ergastolo*, in *Riv. pen.*, 1958, I, 299; P. NUVOLONE, *Norma penale e principi costituzionali*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Padova, 1979, 681; L. GULLO, *Il problema dell'ergastolo è sempre attuale*, in *Dem. dir.*, 1960, 2, 56; T. PEDIO, voce *Ergastolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 225; P. FIORELLI, voce *Ergastolo (storia)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 223; V. GREVI, *Riduzione di pena e liberazione condizionale per i condannati all'ergastolo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1978, 60; E. DOLCINI, sub *Art. 20*, in A. CRESPI, F. STELLA, G. ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 1984; E. BERNARDI, *Ergastolo, semilibertà e liberazione anticipata*, in *Leg. pen.*, 1984, 126; E. FASSONE, *Riduzione di pena ed ergastolo: un contributo all'individuazione della pena incostituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, 799.

È però una scelta che pone problemi di compatibilità con l'idea rieducativa e con l'esigenza di differenziazione della risposta sanzionatoria, in violazione dunque degli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.<sup>259</sup>.

Nell'ergastolo, difatti, la durata minima e la durata massima della reclusione coincidono, configurando così una pena fissa<sup>260</sup>.

I dubbi di legittimità costituzionale non svaniscono neppure invocando la possibilità per il giudice di calibrare la risposta punitiva attraverso il «gioco incrociato» delle circostanze del reato<sup>261</sup>. Sono, queste, elementi esterni alla dosimetria sanzionatoria strettamente intesa, meramente eventuali e, talvolta, addirittura paralizzanti per legge – come si avrà modo di vedere in seguito –, la cui efficacia sulla determinazione della pena risponde a rigidi meccanismi di calcolo. Invocando il ricorso all'equivalenza o prevalenza delle attenuanti sulle aggravanti, si tenta impropriamente di trasferire sul giudice il compito di rimediare indirettamente – e in modo non soddisfacente – alla riconosciuta rigidità della pena astratta dell'ergastolo, viziata dunque *ab origine*<sup>262</sup>.

Eppure, nell'ampio dibattito sulla costituzionalità dell'ergastolo, l'accento è quasi sempre caduto sulla natura di pena «perpetua» e non su quello di pena «fissa»<sup>263</sup>.

---

<sup>259</sup> Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 marzo 2013. L'Autore osserva che la perpetuità dell'ergastolo genera una peculiare disparità di trattamento, dal momento che l'effettiva lunghezza della pena inflitta finisce per dipendere dalla concreta durata della vita del condannato e non dalla gravità del reato commesso.

<sup>260</sup> F. BRICOLA, *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa*, cit., 202, secondo cui «può sembrare singolare» che il problema di costituzionalità dell'ergastolo «si sia posto solamente con riguardo al rapporto tra la perpetuità della sua durata e l'impossibilità di un teleologismo rieducativo dello stesso in sede esecutiva, senza fare riferimento alla sua fissità astratta». In argomento, U. GUERINI, *La pena dell'ergastolo tra Costituzione e riforma del codice penale*, in *Giur. it.*, 1972, II, 586.

<sup>261</sup> È di tale avviso invece D. PULITANO, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, cit., 54, secondo il quale «condizione di legittimità» dell'ergastolo «sarebbe anche l'applicabilità di eventuali attenuanti: che cioè la pena sia non del tutto fissa, ma possa essere adattata a peculiarità dei casi concreti».

<sup>262</sup> Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, cit. Secondo l'Autore «pena dalla durata temporale smisurata, proprio per la sua eccessività editale, è di per se stessa crudele, inumana e degradante». «Indipendentemente dal trattamento concretamente riservato ai condannati, l'ergastolo viola il divieto costituzionale collocandosi tra quelle pene che ripugnano alla coscienza democratica e al senso di umanità di ogni persona e comunque non costituiscono neppure un ragionevole deterrente al crimine, essendo invece un esemplare manifestazione di brutalità dello Stato (X Legislatura, Mozione parlamentare 1-00310 approvata il 3 agosto 1989 alla Camera dei Deputati). La smisurata retribuzione della colpevolezza si traduce, con la condanna all'ergastolo, in feroce esemplarità. Ciò vale ora più di allora. Se nel 1930, all'entrata in vigore dell'art. 22 cod. pen., l'attesa di vita media corrispondeva a circa cinquant'anni, questa è oggi proiettata verso gli ottant'anni». Ed ancora «l'art. 27, comma 3, Cost. vieta quel trattamento contrario al senso di umanità che è consustanziale a una pena a vita che non conosce fine se non con la fine della vita».

<sup>263</sup> C.E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, cit., 730: il riferimento al carattere «fisso» dell'ergastolo è apparso come un argomento troppo «tecnico e neutrale» di fronte ad una pena «eliminatrice» che con la sua perpetuità coinvolge così drammaticamente il destino sociale e l'essenza stessa della persona umana. Ed, infatti, il dibattito si è placato dopo che l'istituto della liberazione condizionale è stato reso applicabile anche agli ergastolani (legge 25 novembre 1962, n. 1634). L'Autore ricorda questo

Non è, certamente, questa la sede per un'ampia considerazione della legittimità della pena *de qua*<sup>264</sup>. Si mira soltanto a riflettere, seppur brevemente, sull'aspetto accennato.

Si osserva che, pur essendo cessata in concreto la «perpetuità» dell'ergastolo, attraverso la possibilità di ottenere il provvedimento di liberazione condizionale, continua, a ben vedere, a sussistere il carattere della «fissità». Ciò, in quanto, prima della concessione del predetto beneficio, devono obbligatoriamente trascorrere ventisei anni di pena<sup>265</sup>.

Così come oggi strutturato, l'ergastolo sottende, per tutta la durata della sua esecuzione, una presunzione assoluta di pericolosità che non è possibile vincere se non dopo aver scontato ventisei anni di carcerazione.

Sotto questo profilo, l'ergastolo, oggi, ancorché possa ritenersi, se vogliamo, conforme alla finalità rieducativa della pena (stante l'ammissibilità della liberazione condizionale), si pone, come qualsiasi altra pena fissa, in contrasto con i principi visti.

Necessario, dunque, sarebbe l'introduzione di un elemento di flessibilità sì da consentire al giudice di adeguare la pena al caso concreto.

Una soluzione prospettabile in questo senso potrebbe essere quella di prevedere che il tempo occorrente per poter ritornare in libertà non coincida con una misura fissa ed uguale per tutti - i menzionati ventisei anni -, ma oscilli entro un determinato spazio edittale, che si estenda da un

---

profilo non sia sfuggito, invece, alla dottrina tedesca che censura da tempo le comminatorie «assolute». Si vedano i riferimenti ivi richiamati.

La questione della legittimità dell'ergastolo è stata affrontata anche dalla giurisprudenza di Strasburgo. Si rammenta, in particolare, la pronuncia C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 9 luglio 2013, *Vinter e a. c. Regno Unito*, ric. nn. 66069/09, 130/10 e 3896/10, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 26 luglio 2013. Pur non essendosi mai spinta fino a negare in radice la legittimità della detenzione perpetua, riconoscendo un «diritto al fine-pena» in capo ad ogni detenuto, a partire da detta pronuncia i giudici di Strasburgo hanno sviluppato l'idea che vi sia almeno un diritto al riesame del proprio caso e, in una certa misura, il diritto ad essere messi alla prova dall'ordinamento, una volta che la pena abbia esaurito la sua funzione retributiva, puramente sanzionatoria (§ 111).

A. PUGIOTTO, C. MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016, 89. Nella seconda parte della monografia, A. Pugiotto segnala come gli automatismi sanzionatori abbiano vita difficile anche oltreoceano e proprio con riferimento alle pene massime: nel 1976, nel caso *Robert v. Louisiana* 428 U.S. 325, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha dichiarato «*cruel and unusual*» (dunque contraria all'VIII emendamento) la pena di morte prevista come unica pena obbligatoria; più recentemente nel 2012, caso *Miller v. Alabama* 576 U.S., la stessa Corte ha accertato la medesima violazione costituzionale, questa volta in riferimento al *Life Imprisonment Without Parole* nei confronti dei minori di diciotto anni al momento del reato.

<sup>264</sup> Per un approfondito esame dei diversi profili di incostituzionalità, si rinvia a A. PUGIOTTO, *Una questione sulla pena dell'ergastolo*, cit. Si veda altresì Cfr. M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 1162.

<sup>265</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, 728; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2011, 762.

minimo ad un massimo, graduabile in base alla situazione individuale (colpevolezza e pericolosità)<sup>266</sup>.

È, questa, una soluzione simile a quella esistente nell'ordinamento inglese. Qui, difatti, il giudice che decide per l'ergastolo (c.d. *life imprisonment*) deve stabilire anche il periodo di tempo trascorso il quale il reo può domandare la liberazione condizionale. Secondo la gravità dei reati, questo lasso temporale (c.d. *tariff*) potrà essere più o meno lungo: la legislazione prevede tutta una serie di reati e di attenuanti e aggravanti valutate le quali il giudice compie la scelta, che rimane comunque discrezionale. In determinati casi, vale a dire rispetto ai reati più gravi, in presenza di particolari aggravanti, il giudice può anche decidere di non fissare alcuna tariffa: ecco il *whole life sentence*, poiché il reo non potrà, in linea di massima, mai domandare la liberazione condizionale. L'unica possibilità che gli rimane è rappresentata dal potere del Segretario di Stato – un organo politico – di decidere la *early release* di ogni detenuto, quindi anche degli «ergastolani senza speranza», nel caso in cui la detenzione non sia più compatibile con lo stato di salute della persona. Si tratta, anche questo, di un potere discrezionale: la normativa prevede unicamente la possibilità di concedere la *early release per compassionate grounds*, elencando alcuni indicatori ai quali il Ministro potrebbe ispirarsi, ad esempio una malattia terminale con certo esito infausto (a tre mesi) ovvero l'impossibilità di deambulare o, ancora, la completa assenza di recidiva<sup>267</sup>.

Una seconda soluzione proposta è quella di prevedere, per i reati più gravi, una pena detentiva sufficientemente lunga, al cui termine vada eventualmente a sommarsi, se del caso, una misura di sicurezza parimenti detentiva. Quest'ultima, obbligando il magistrato a formulare un giudizio, attuale e concreto, di perdurante pericolosità sociale della persona sottopostavi, dovrebbe consentire una sufficiente differenziazione di trattamento<sup>268</sup>.

---

<sup>266</sup> Si dovrebbe, inoltre, probabilmente prevedere che il periodo di detenzione successivo all'appagamento dell'esigenza retributiva si fondi su ragioni diverse da quelle *strictu sensu* punitive, dovendo quindi far perno, essenzialmente, sull'esigenza di proteggere la comunità dal pericolo di recidiva del reo. La Corte europea dei diritti dell'uomo, fra l'altro, tiene oggi a sottolineare che deve trattarsi di un pericolo di recidiva specifica, perché l'individuo non può essere mantenuto in carcere per evitare che commetta una qualsiasi altra infrazione, ma solo se consta un pericolo specifico di ricaduta nella violazione di cui è stato già dichiarato colpevole con sentenza definitiva: C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 28 maggio 2002, *Stafford c. Regno Unito*, ric. n. 46295/99. Così M. BIANCHI, Poena sine fine. *Sulla legittimità etica e costituzionale dell'ergastolo*, cit.

<sup>267</sup> Per approfondimenti sul modello inglese, si veda D. GALLIANI, *Il diritto di sperare. La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 19 febbraio 2014.

<sup>268</sup> Così M. BIANCHI, Poena sine fine. *Sulla legittimità etica e costituzionale dell'ergastolo*, cit.

#### 4. PENE ACCESSORIE FISSE ED AUTOMATICHE: PRIME PRONUNCE DI INCOSTITUZIONALITÀ

Accanto alle pene principali, commisurate dal giudice entro l'ambito di discrezionalità normalmente assegnato dalla legge, l'ordinamento italiano prevede pene accessorie che «conseguono di diritto alla condanna, come effetti penali di essa» (art. 20 cod. pen.)<sup>269</sup>.

Siccome derivano automaticamente dalla condanna, per esse manca *tout court* il momento della commisurazione discrezionale del giudice che, invece, caratterizza le pene principali<sup>270</sup>.

Tale automaticità riguarda sia l'*an* sia il *quantum* della pena accessoria. Sotto il primo profilo, infatti, la pena accessoria è una pena che «accede» e si aggiunge, *ope legis*, alla pena principale. Con riferimento al *quantum*, la durata delle pene accessorie temporanee, qualora non sia specificamente determinata dalla legge, è pari a quella della pena temporanea inflitta (c.d. principio di equivalenza *ex art. 37 cod. pen.*). In nessun caso la durata della pena accessoria può superare i limiti, minimo e massimo, stabiliti dalla legge per ciascun tipo di pena<sup>271</sup>.

---

<sup>269</sup> Nel disegno originario del codice Rocco le pene accessorie sono considerate sanzioni che, «per il loro intrinseco carattere mancano di un'efficienza tale, per cui possano riuscire, per sé medesime, sufficienti a realizzare gli scopi intimidativi ed afflittivi della repressione. Di qui l'evidente necessità di comminarle sempre congiuntamente ad altre pene, rispetto alle quali esse sono complementari e accessorie». Cfr. *Relazione al progetto definitivo*, in *Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale*, V, Roma, 1930, 64. In argomento, in ordine alfabetico, S. ARDIZZONE, *Illegittimità costituzionale dell'applicazione provvisoria di pene accessorie ex art. 140 c.p.*, in *Il Tommaso Natale*, 1976, 603; G. CERQUETTI, voce *Pene accessorie*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 819; P. DE FELICE, *Natura e funzione delle pene accessorie*, Milano, 1988; R.A. FROSALI, voce *Pena accessoria*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, Torino, 1965, 836; A. GAITO, *In tema di provvisoria applicazione di pene accessorie*, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1976, 1218; S. LARIZZA, *Le pene accessorie*, Padova, 1986; ID., *Sulla provvisoria applicazione di pene accessorie*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, 872; A. MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo*, Torino, 2008; F. PALAZZO, *Le pene accessorie nella riforma della parte generale e della parte speciale del codice*, in *Studi Musotto*, IV, Palermo, 1981, 36; ID., *Le interdizioni nella prospettiva delle misure alternative alla pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977, 190; P. PISA, *Le pene accessorie. Problemi e prospettive*, Milano, 1984; ID., *Pene accessorie e principio di tassatività*, Milano, 1979; V. SCORDAMIGLIA, *L'applicazione provvisoria di pene accessorie*, Napoli, 1980; L. VIOLANTE, *Contenuto e funzioni delle pene accessorie: conseguenze in tema di applicabilità al concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1969, 263; A. VIRGILIO, *Le pene accessorie nel momento attuale*, Napoli, 1991. Si vedano altresì F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 777; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 734; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2015, 588.

<sup>270</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 777 ss. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 735. Questi ultimi ritengono che l'opinione della automaticità di applicazione sia smentita dall'esistenza di casi in cui l'applicazione delle pene accessorie è rimessa alla discrezionalità del giudice della cognizione. In questo senso, ad esempio, le ipotesi previste dall'art. 32, terzo comma, cod. pen. o dell'art. 229, secondo comma, della legge fallimentare (r.d. n. 267 del 1942). Più corretto sembra allora riconoscere che l'unica caratteristica comune delle pene accessorie è la loro «complementarità astratta», l'essere cioè accessorie rispetto ad altre sanzioni nella fase della loro comminazione. Per approfondimenti, P. PISA, *Le pene accessorie. Problemi e prospettive*, cit., 8; G. CERQUETTI, voce *Pene accessorie*, cit., 819.

<sup>271</sup> Si segnala che la c.d. legge Orlando, approvata il 14 giugno 2017, delega il Governo a riformare il sistema delle pene accessorie, definendo, all'art. 1, comma 85, lett. u), quale unico (e generico) criterio direttivo, che la revisione deve improntarsi «al principio della rimozione degli ostacoli al reinserimento sociale del condannato ed esclusione di una loro durata superiore alla durata della pena principale». Il testo della legge è reperibile su [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), dove si possono consultare anche le prime note di commento.

A ben vedere, qui, alla problematica che coinvolge gli automatismi si somma la questione della «fissità» che connota l'applicazione della pena accessoria, con conseguente tensione rispetto alle esigenze di personalizzazione del trattamento sanzionatorio e della sua necessaria finalizzazione rieducativa.

Sono proprio i caratteri di automaticità e fissità delle pene accessorie a sollevare perplessità in relazione ai principi costituzionali visti. La questione è stata affrontata più volte tanto dalla Corte di Cassazione, quanto dalla Corte costituzionale.

Qualche apertura alla discrezionalità delle pene accessorie si è ottenuta con riguardo alla pena accessoria della perdita della potestà genitoriale prevista nell'art. 569 cod. pen.<sup>272</sup> come conseguenza automatica della condanna per uno dei delitti contro lo stato di famiglia puniti agli articoli precedenti<sup>273</sup>. Per come formulata, la norma introduce un automatismo *de iure* che non consente al giudice alcuno spazio di discrezionalità nell'applicare la citata pena accessoria.

Nel rimettere la questione alla Corte costituzionale, il giudice *a quo* osserva come, con riguardo alla specifica pena accessoria in parola, all'interesse dello Stato all'esercizio della potestà punitiva – nonché all'interesse dell'imputato alla celebrazione del giusto processo –, rileva anche l'interesse del figlio minore a vivere nell'ambito della propria famiglia. Anzi, proprio quest'ultimo interesse assume rilievo primario. Se è vero che il reato è posto a protezione dell'interesse di questi – interesse alla verità dell'attestazione ufficiale circa la propria ascendenza –, è altrettanto vero che la pena accessoria della perdita della potestà genitoriale incide direttamente sul suo diritto a crescere ed essere educato all'interno della famiglia naturale.

Stante l'applicazione automatica della pena accessoria, al giudice verrebbe totalmente impedita la possibilità di bilanciare i diversi interessi implicati nel processo e, in particolare, proprio l'interesse del minore. È, quest'ultimo, «un interesse complesso, articolato in diverse

---

<sup>272</sup> La pena accessoria della decadenza o sospensione dall'esercizio della potestà dei genitori è disciplinata, in via generale, nell'art. 34 cod. pen. Sulle modifiche introdotte con l'art. 122 e con l'art. 146 della legge 24 novembre 1981, n. 689, si veda, per tutti, S. VINCIGUERRA, *La riforma del sistema punitivo nella L. 24 novembre 1981, n. 689: infrazione amministrativa e reato*, Padova, 1983, 410.

<sup>273</sup> Corte cost., sent. 15 – 23 febbraio 2012, n. 31, in *Foro It.*, 2012, 7–8, 1, 1992. Per un commento, cfr. M. MANTOVANI, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.*, in *Giur. cost.*, 2012, 377; G. LEO, *Illegittimo l'automatismo nell'applicazione della sanzione accessoria della perdita della potestà del genitore per il delitto di alterazione di stato*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27 febbraio 2012; A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: «giocando con le regole» a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, *ivi*, 2012, 4909; R. GIOVAGNOLI, *I c.d. automatismi sanzionatori al vaglio del principio di ragionevolezza in materia penale: le sentenze della Corte costituzionale n. 31 del 2012; 251 del 2012; 183 del 2011 e 68 del 2012*, in *Giurisprudenza penale 2014*, Milano, 2014, 61.

situazione giuridiche, che hanno trovato riconoscimento e tutela sia nell'ordinamento internazionale sia in quello interno»<sup>274</sup>.

La Consulta afferma che è ben possibile che il legislatore disponga interventi sostitutivi nel caso in cui uno o entrambi i genitori si rivelino incapaci di assolvere i loro compiti. Parimenti, è altrettanto possibile che il legislatore, nel ragionevole esercizio della sua discrezionalità, ritenga che, in caso di condanna di uno o entrambi i genitori, si debba rendere applicabile la pena accessoria della perdita della potestà.

Nondimeno, proprio perché la pronunzia di decadenza va ad incidere sull'interesse del minore, «non è conforme al principio di ragionevolezza, e contrasta quindi con il dettato dell'art. 3 Cost., il disposto della norma censurata»<sup>275</sup>. Quest'ultimo, ignorando il detto interesse, statuisce la perdita della potestà sulla base di un «mero automatismo». Automatismo che preclude al giudice ogni possibilità di valutazione e di bilanciamento, nel caso concreto, tra l'interesse stesso e la necessità di applicare comunque la pena accessoria in ragione della natura e delle caratteristiche dell'episodio criminoso<sup>276</sup>.

Il giudizio viene, quindi, condotto non dall'angolazione di chi subisce effettivamente la pena accessoria, ma da quella di coloro sui quali si irradiano le conseguenze delle restrizioni imposte.

La Corte si sofferma, a questo punto, sulla specificità della situazione concreta, osservando che la violazione del principio di ragionevolezza deve essere affermata anche alla luce dei caratteri propri del delitto per il quale si stava procedendo.

Il caso sotteso concerneva un processo a carico di una donna, imputata del reato previsto e punito dall'art. 567, secondo comma, cod. pen., dichiarata colpevole di aver alterato lo stato civile della figlia al momento della formazione dell'atto di nascita, mediante false attestazioni: la donna, coniugata con marito detenuto, aveva dichiarato la neonata come figlia naturale, ancorché fosse ben consapevole che la piccola era stata concepita in costanza di matrimonio e quindi era legittima.

Diversamente da altre ipotesi criminose in danno di minori, il reato appena menzionato non reca in sé una «presunzione assoluta di pregiudizio per gli interessi morali e materiali del minore», tale da indurre a ravvisare sempre l'inidoneità del genitore all'esercizio della potestà genitoriale. Anzi, vi possono essere casi in cui la falsità dell'attestazione sia motivata da esigenze volte a preservare il neonato da pregiudizi che potrebbero derivargli dall'altro genitore.

---

<sup>274</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 31/2012, cit., § 3 del *Considerato in diritto*. La questione rileva anche sul versante della necessaria conformazione del quadro normativo agli impegni internazionali assunti dal nostro Paese sul versante specifico della protezione dei minori. La Corte richiama la Convenzione su diritti del fanciullo fatta a New York il 20 novembre 1989 (art. 3), la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996 (art. 6), la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000.

<sup>275</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 31/2012, cit., § 3.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>276</sup> *Ibidem*.

In siffatte ipotesi, nel caso in cui il genitore penalmente responsabile abbia sempre adempiuto ai suoi doveri, il minore non potrà che subire nocimento dall'applicazione della sanzione di cui si tratta.

Pertanto, è ragionevole «affermare che il giudice possa valutare, nel caso concreto, la sussistenza di detta idoneità in funzione della tutela dell'interesse del minore»<sup>277</sup>. Ne consegue, la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 569 cod. pen., nella parte in cui prevede che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di alterazione di stato di cui all'art. 567, secondo comma, cod. pen., debba conseguire automaticamente la perdita della potestà genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto<sup>278</sup>.

Nella decisione ora analizzata, il giudizio è condotto tutto all'interno del principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.). I parametri formali presenti nella decisione, vale a dire gli artt. 2, 30 e 31 Cost., infatti, sono funzionali solo a far emergere quel preminente interesse del minore che va a premere sulla formulazione legislativa, al fine di determinarne la sua flessibilizzazione. Nel caso in cui siano coinvolti interessi ritenuti dall'ordinamento prevalenti, quale quello del minore, è necessario che le regole diventino elastiche ed adattabili alla situazione concreta che sono chiamate a disciplinare.

È il giudice il soggetto che deve valutare quale soluzione corrisponda all'interesse del minore, una volta che l'automatismo è venuto meno.

Sulla scia di questa pronuncia, la Corte di Cassazione ha sollevato – in riferimento agli artt. 2, 3, 29, 30 e 117 Cost. – questione di legittimità costituzionale del medesimo art. 569 cod. pen. stavolta in relazione al delitto di soppressione di stato di cui all'art. 566, secondo comma, cod. pen.<sup>279</sup>.

Il caso sotteso riguardava la condanna per il delitto menzionato pronunciata nei confronti dei genitori di una bambina della quale era stata dichiarata la nascita oltre il termine di legge e nei confronti dei quali era stata disposta l'applicazione, a norma dell'art. 569 cod. pen., della pena accessoria della perdita della potestà genitoriale sulla minore.

La Corte costituzionale ribadisce qui la *ratio decidendi* della sentenza appena esaminata: «l'automatismo che caratterizza l'applicazione della pena accessoria risulta compromettere gli stessi interessi del minore che la richiamata sentenza della Corte ha inteso salvaguardare»<sup>280</sup>.

---

<sup>277</sup> *Ibidem*.

<sup>278</sup> *Ibidem*.

<sup>279</sup> Corte cost., sent. 16 – 23 gennaio 2013, n. 7, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 4, 419. Per un commento, cfr. S. LARIZZA, *Interesse del minore e decadenza dalla potestà dei genitori*, *ivi*, 554; V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la «dottrina» del «parametro interposto» (art. 117, comma primo, Cost.)*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 1, 299.

<sup>280</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 7/2013, cit., § 4 del *Considerato in diritto*.



Anche per la soppressione di stato valgono le stesse considerazioni di non necessaria «indegnità» del genitore che sono state evocate per l'alterazione di stato.

Nella specie, una dichiarazione di nascita, seppure tardiva di oltre quattro anni, vi è stata; quanto agli interessi del minore e alla condotta serbata dai genitori, si osserva, poi, che, pur dovendosi stigmatizzare il fatto addebitato, «non fu presente negli imputati la volontà di privare la nuova nata delle attenzioni materiali e anche dell'affetto e dell'assistenza che certamente non le sono mancate»<sup>281</sup>.

La problematica che affligge i classici caratteri dell'automatismo assume, qui, una dimensione di particolare acutezza, perché rileva, come necessario termine di raffronto - e, dunque, quale limite costituzionale di operatività della sanzione -, la salvaguardia delle esigenze educative ed affettive del minore: «esigenze che finirebbero per essere inaccettabilmente compromesse, ove si facesse luogo ad una non necessaria interruzione del rapporto tra il minore ed i propri genitori in virtù di quell'automatismo e di quella fissità»<sup>282</sup>. In sostanza, incidendo la pena accessoria su una potestà che coinvolge non soltanto il suo titolare ma anche, necessariamente, il figlio minore, è evidente che, in tanto può ritenersi giustificabile l'interruzione di quella *relatio* giuridico-naturalistica, in quanto essa si giustifichi proprio in funzione di tutela degli interessi del minore.

All'irragionevole automatismo legale occorre dunque sostituire - quale soluzione costituzionalmente più congrua - una valutazione concreta del giudice, così da assegnare all'accertamento giurisdizionale del reato null'altro che il valore di indice per misurare l'idoneità o meno del genitore ad esercitare le proprie potestà: vale a dire il fascio di doveri e poteri sulla cui falsariga realizzare in concreto gli interessi del figlio minore<sup>283</sup>.

Per queste ragioni si arriva alla medesima conclusione di incostituzionalità dell'art. 569 cod. pen.

La particolarità dei casi visti esclude la possibilità di estendere, quale effetto generale d'impulso, le medesime conclusioni all'intero ambito delle pene accessorie.

È significativo che analoghi attacchi mossi riguardo a pene accessorie diverse da quella concernente la potestà genitoriale siano per ora falliti.

Uno di questi ha riguardato il tema della legittimità della quantificazione fissa delle pene accessorie previste per i reati di bancarotta dall'art. 216, ultimo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267.

Nello specifico, la questione di legittimità costituzionale ha investito detta norma nella parte in cui si prevede che, per ogni ipotesi di condanna per i fatti di bancarotta previsti nei commi

---

<sup>281</sup> *Ibidem*.

<sup>282</sup> *Ibidem*.

<sup>283</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 7/2013, cit., § 5 del *Considerato in diritto*.

precedenti del medesimo articolo, si applichino le pene accessorie dell'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e dell'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa per la durata di dieci anni<sup>284</sup>.

La norma oggetto di censura, nel predeterminare in misura fissa la durata delle pene accessorie (dieci anni), non terrebbe conto del fatto che tali pene accessorie conseguono a comportamenti di gravità assolutamente diversa, essendo profondamente differenziate le varie condotte sussunte nella norma incriminatrice – bancarotta distrattiva, dissipativa, documentale, preferenziale – difforni fra loro sul piano oggettivo e che consentono al giudice di determinare la pena principale in un ampio ambito che va da tre a dieci anni di reclusione, riconoscendosi in tal modo implicitamente che la fattispecie astratta trova applicazione rispetto a condotte di gravità molto diversa tra loro.

La norma, a detta dei giudici rimettenti, non sarebbe conforme a molteplici principi costituzionali: da quello di eguaglianza (art. 3 Cost.), a quelli che riconoscono il diritto al lavoro e che permettono ad ogni cittadino di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società (art. 4 Cost.), dal principio della finalità rieducativa della pena (art. 27, terzo comma, Cost.), a quelli che indirizzano a fini sociali l'iniziativa economica privata e che ne riconoscono la libertà (art. 41 Cost.).

Le sanzioni accessorie in questione non solo sono particolarmente afflittive e incisive nell'ottica della libertà di iniziativa economica del condannato che abbia già eseguito la pena principale, ma la loro applicazione automatica – indipendentemente dalla misura della pena principale irrogata – può generare una frizione con l'obiettivo di rieducazione della pena e con l'esigenza di reinserimento sociale del condannato. In aggiunta a ciò, anche il principio di uguaglianza viene posto sotto *stress*, dato che gli stessi dieci anni di inabilitazione e incapacità possono essere irrogati a seguito della commissione di condotte connotate da diverso disvalore, come testimonia l'ampia forbice sanzionatoria prevista per la bancarotta patrimoniale o documentale (da tre a dieci anni) o, addirittura, una cornice edittale sensibilmente minore nel caso della bancarotta preferenziale (da uno a cinque anni).

La Consulta dà conto del contrasto esistente, in seno alla quinta sezione della Corte di Cassazione, nell'interpretazione dell'art. 216, ultimo comma, del r.d. n. 267 del 1942 e, segnatamente, nella determinazione della durata della sanzione dell'inabilitazione ivi prevista<sup>285</sup>.

---

<sup>284</sup> Corte cost., sent. 21 – 31 maggio 2012, n. 134, in *Cass. pen.*, 2012, 9, 2931. Per un commento, cfr. E. AMATI, *Bancarotta fraudolenta e durata delle pene accessorie: un dibattito ormai superato?*, in *Filo Diritto*, 15 settembre 2014; V. MANES, *L'intervento richiesto eccede i poteri della Consulta e implica scelte discrezionali riservate al legislatore*, in *Guida dir.*, 2012, 27, 68; L. VARRONE, *Sui limiti del sindacato di costituzionalità delle previsioni sanzionatorie, in un caso concernente le pene accessorie interdittive per il reato di bancarotta fraudolenta*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 1 giugno 2012.

<sup>285</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 134/2012, cit., § 3 del *Ritenuto in fatto*.

A fronte di un primo orientamento che ritiene non possibile una rimodulazione della pena accessoria in relazione alla maggiore o minore gravità del fatto – e quindi pari alla durata della pena principale –, esiste un orientamento opposto che ne fornisce un'interpretazione costituzionalmente orientata. A detta del secondo, la fissità della sanzione accessoria contrasterebbe con il «volto costituzionale» dell'illecito penale, giacché il sistema normativo dovrebbe lasciare adeguati spazi alla discrezionalità del giudice, al fine di permettere l'adeguamento della risposta punitiva alle singole fattispecie concrete. La norma andrebbe quindi letta nel senso che essa stabilisce solo la durata massima delle pene accessorie (dieci anni), con la conseguenza che esse, di regola, dovrebbero avere una durata identica alla pena principale inflitta.

Sebbene ben motivate, la Consulta, nel caso di specie, si trova costretta a dichiarare inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate, in quanto il *petutim* formulato dai rimettenti non consente un intervento della Corte «a rime obbligate».

I giudici rimettenti chiedono, infatti, alla Corte di aggiungere le parole «fino a» all'ultimo comma dell'art. 216 del r.d. n. 267 del 1942. Ciò allo scopo di rendere possibile l'applicazione dell'art. 37 cod. pen. che, come noto, stabilisce l'equivalenza temporale fra pene accessorie temporanee, nel caso in cui la legge non ne preveda espressamente la durata, e pene principali concretamente irrogate. Tale soluzione, però, come osserva la Corte, è solo una tra quelle astrattamente ipotizzabili in caso di accoglimento della questione: «sarebbe anche possibile prevedere una pena accessoria predeterminata ma non in misura fissa (ad esempio da cinque a dieci anni) o una diversa articolazione delle pene accessorie in rapporto all'entità della pena detentiva»<sup>286</sup>. Una siffatta scelta compete, dunque, esclusivamente al legislatore.

In questo modo, implicitamente, la Consulta si allinea all'orientamento giurisprudenziale che considera la pena accessoria *de qua* in misura fissa. Se avesse ritenuto percorribile

---

Secondo l'orientamento più risalente la pena accessoria prevista dall'ultimo comma dell'art. 216 l. fall. non è indeterminata, essendo stabilita in misura fissa e inderogabile nella durata di dieci anni, e, di conseguenza, si sottrae alla disciplina di cui all'art. 37 cod. pen. (Cass. pen., sez. V, 20 settembre 2007, n. 39337, in *CED Cassazione* 238211). Un più recente orientamento, invece, ha ritenuto che la pena accessoria in esame sia determinata solo nel massimo, sicché, ai sensi dell'art. 37 cod. pen., deve avere durata uguale a quella della pena principale irrogata (Cass. pen., sez. V, 22 gennaio 2010, n. 9672, *CED Cassazione* 246891; nello stesso senso Cass. pen., sez. V, 21 marzo 2010, n. 23720, in *Cass. pen.*, 2011, 3983). L'orientamento secondo cui la durata della pena accessoria *ex art.* 216, comma ult., l. fall. è stabilito in misura predeterminata e fissa è stato, tuttavia, ribadito da Cass. pen., sez. V, 18 febbraio 2010, n. 17690 (*CED Cassazione* 4422) e, più di recente da Cass. pen., sez. V, 10 novembre 2010, n. 269, in *CED Cassazione* 249500.

Le ordinanze di rimessione che hanno sollevato le questioni esaminate dalla sent. n. 134/2012 aderiscono a quest'ultimo indirizzo, ritenendo insuperabile il dato testuale.

Per approfondimenti, cfr. P. CHIARAVIGLIO, *Quale durata delle pene accessorie per il bancarottiere fraudolento?*, nota a Cass. pen., sez. V, 19 settembre 2014 – 9 dicembre 2014, n. 51095, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 febbraio 2015.

<sup>286</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 134/2012, cit., § 2 del *Considerato in diritto*.

l'interpretazione conforme a Costituzione, la Corte avrebbe, infatti, potuto pronunciare l'inammissibilità della questione proprio su tale profilo<sup>287</sup>.

Nonostante, la conclusione a cui perviene nel caso di specie, la Corte costituzionale segnala «l'opportunità che il legislatore ponga mano ad una riforma del sistema delle pene accessorie, che lo renda pienamente compatibile con i principi della Costituzione, ed in particolare con l'art. 27, terzo comma»<sup>288</sup>.

La pronuncia appena vista rappresenta una significativa manifestazione di crescente insofferenza verso questo tipo di automatismi sanzionatori. Si aggiunga che, con riferimento proprio a quest'ultimo caso, le perplessità sono maggiori dal momento che, in attesa dell'auspicato intervento legislativo, continua ad essere applicata una norma «indiziata» di incostituzionalità da parte della Consulta.

Per questa ragione, non è possibile escludere l'eventualità che si richieda nuovamente l'intervento della Corte costituzionale. Stavolta, in luogo di una pronuncia additiva, potrebbe essere accertata la non conformità costituzionale dell'ultimo comma dell'art. 216 del r.d. n. 267 del 1942, con conseguente dichiarazione di illegittimità costituzionale. Detta caducazione non creerebbe un vuoto normativo in relazione alla pena accessoria dell'incapacità di esercitare uffici direttivi presso qualunque impresa. In assenza di tale disposizione, sarebbe applicabile la sanzione prevista nell'art. 32-*bis* cod. pen. la cui quantificazione è governata dall'art. 37 cod. pen. Maggiormente problematica, invece, risulterebbe la sorte della pena accessoria dell'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale posto che l'art. 32-*bis* cod. pen. non disciplina l'ipotesi di interdizione dall'esercizio di attività d'impresa<sup>289</sup>.

La soluzione appena prospettata non è di certo scontata. Non bisogna dimenticare quanto detto con riferimento alle pene fisse. In quell'occasione, come si è visto, la Corte costituzionale ha affermato che la contrarietà delle pene fisse alla Costituzione deve intendersi riferita alle pene nel loro complesso. Sicché si potrebbe dire che, qui, il trattamento sanzionatorio, siccome coniuga articolazioni rigide ed elastiche, lascia comunque adeguati spazi alla discrezionalità del giudice ai fini dell'adeguamento della risposta punitiva alle singole fattispecie concrete<sup>290</sup>.

---

<sup>287</sup> Ed infatti una successiva pronuncia della Cassazione precisa come la Corte Costituzionale abbia «implicitamente confermato» l'interpretazione secondo cui la pena accessoria è prevista in misura fissa. La *ratio* della scelta legislativa, prosegue la Suprema Corte, «è evidentemente special-preventiva»: nella bancarotta fraudolenta «si è voluto che, quale che sia la pena principale, il soggetto fosse posto in condizioni di non operare nel campo imprenditoriale dove ha danno e «disordine» per il (considerevole) lasso di tempo di due lustri»; diversamente, nella bancarotta semplice, «l'inabilitazione e l'incapacità hanno un tetto molto meno elevato e la loro effettiva durata è rimessa all'apprezzamento del giudice». Cfr. Cass. pen., sez. V, 18 ottobre 2013 – 10 gennaio 2014, n. 628, in *Quotidiano del diritto*, 20 agosto 2014.

<sup>288</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 134/2012, cit., § 2 del *Considerato in diritto*.

<sup>289</sup> Cfr. P. CHIARAVIGLIO, *Quale durata delle pene accessorie per il bancarottiere fraudolento?*, cit.

<sup>290</sup> Cfr. L. VARRONE, *Sui limiti del sindacato di costituzionalità delle previsioni sanzionatorie, in un caso concernente le pene accessorie interdittive per il reato di bancarotta fraudolenta*, cit.

Ancorché non costituiscano pene accessorie, bensì autonome e indipendenti sanzioni amministrative e disciplinari, il medesimo interrogativo si è posto con riferimento alla destituzione di pubblici impiegati, quale conseguenza automatica della condanna per taluni delitti.

La questione è stata affrontata dalla Corte costituzionale nell'ormai risalente sentenza n. 971 del 1988<sup>291</sup>. La Corte ha rilevato l'illegittimità costituzionale dell'automatica applicazione della sanzione della destituzione che colpisce, senza distinzioni, la molteplicità di comportamenti possibili nell'area dello stesso illecito penale<sup>292</sup>. L'automatismo offende il principio di proporzionalità che è alla base della razionalità che domina il principio di eguaglianza e che postula l'adeguatezza della sanzione al caso concreto. Adeguatezza che non può raggiungersi senza la valutazione degli specifici comportamenti messi in atto commettendo l'illecito, che solo un procedimento di deliberazione, disciplinare o giurisdizionale, può assicurare.

Anche in questa decisione può rintracciarsi quella regola che si è cercato di identificare: è necessario che la conseguenza sanzionatoria segua alla condanna per il reato presupposto non automaticamente, ma previa specifica valutazione volta a verificare che la condanna per quel reato produca - con riferimento alla *ratio* della norma che prevede la sanzione e con riguardo al bene tutelato dalla stessa - una coerente conseguenza sanzionatoria. E ciò, soprattutto, in ragione della decisa afflittività della conseguenza<sup>293</sup>.

## 5. LE CIRCOSTANZE DEL REATO NELLA COMMISURAZIONE DELLA PENA.

### CONSIDERAZIONI GENERALI.

Nel modello di commisurazione della pena delineato dal codice penale, un ruolo significativo è ricoperto dalle circostanze del reato<sup>294</sup>. Come è stato rilevato, esse rappresentano il «punto cruciale» della commisurazione della pena<sup>295</sup>.

---

<sup>291</sup> Corte cost., sent. 12 - 14 ottobre 1988, n. 971, in *Giur. cost.*, 1988, I, 4571. I ragionamenti contenuti in quella sentenza sono stati ripresi successivamente in altre pronunce. Si vedano Corte cost., sent. 31 gennaio - 2 febbraio 1990, n. 40 (in *Giur. cost.*, 1990, 142), Corte cost., sent. 11 - 18 gennaio 1991, n. 16 (in *Giur. cost.*, 1991, 102), Corte cost., sent. 5 - 23 novembre 1993, n. 408 (in *Giur. cost.*, 1993, 6) e Corte cost., sent. 17 - 30 ottobre 1996, n. 363 (in *Giur. cost.*, 1996, 3175). In tema di reati militari, laddove viene necessariamente scontata una maggiore discrezionalità del legislatore, si vedano comunque le significative Corte cost., sent. 25 ottobre - 7 novembre 1989, n. 490 (in *Cass. pen.*, 1990, 803) e Corte cost., sent. 27 novembre - 11 dicembre 1997, n. 383 (in *Cass. pen.*, 1998, 1059).

<sup>292</sup> Il che vale ancora di più quando i reati presupposti sono una molteplicità non omogenea, come nel caso del classico richiamo ai reati di cui agli artt. 380 e 381 cod. proc. pen.

<sup>293</sup> Per approfondimenti, M. CENTINI, *Automatismi sanzionatori tra principio di non colpevolezza e principio di ragionevolezza*, in *Giur. cost.*, 2006, 3, 2649.

<sup>294</sup> In argomento, in ordine alfabetico, G. CONTENUTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, 1963; G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit.; A. GARGANI, *Commisurazione della pena*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (diretto da), *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, III, Torino, 2011, 2; R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, I, Milano, 1989; A.R. LATAGLIATA,

La disciplina delle circostanze è attuazione dei principi di offensività e di proporzionalità-ragionevolezza che impongono, già al legislatore, di considerare e dare rilievo, in astratto, alle circostanze più ricorrenti.

La presenza di queste, in concreto, manifesta, seppur a fronte di condotte riconducibili alla medesima fattispecie penale, un diverso valore o disvalore del fatto, in termini di minore o maggiore carica offensiva, e, pertanto, giustificano un diverso trattamento sanzionatorio.

La modifica del trattamento sanzionatorio può avvenire in due modi: in termini quantitativi, sotto forma di modifica proporzionale della pena edittale, ovvero in senso qualitativo, prevedendo, ad esempio, la reclusione in luogo della multa, o viceversa.

L'incidenza delle circostanze sulla commisurazione della pena è oggetto di una disciplina alquanto complessa (artt. 63-69 cod. pen.), di cui non è possibile dar conto dettagliatamente in questa limitata sede<sup>296</sup>.

---

*Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Napoli, 1967; A. MANNA, voce *Circostanze del reato*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1994; ID., voce *Circostanze del reato*, in *Diz. dir. pubbl.*, Milano, 2006, 893; A. MALINVERNI, voce *Circostanze del reato*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1961, 966; G. MARINI, *Le circostanze del reato. Parte generale*, Milano, 1965; ID., voce *Circostanze del reato*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, Torino, 1980, 1254; A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze aggravanti*, Milano, 1993; ID., *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000; T. PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 188; S. PROSDOCIMI, *Note su alcuni criteri di classificazione delle circostanze del reato*, in *Indice pen.*, 269; A. SANTORO, *Teoria delle circostanze del reato*, Torino, 1933; ID., voce *Circostanze del reato*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1959, 264; A.M. STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1971. Si veda altresì, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 417.

<sup>295</sup> R. BARTOLI, *Le circostanze «al bivio» tra legalità e discrezionalità*, cit. «Le circostanze proprie nascono dalla commisurazione: è come se il legislatore le estrapolasse dagli indici commisurativi, appropriandosene per dare loro una rilevanza e una valenza peculiari». Nel momento in cui le *circostanze proprie* vengono collocate fuori dalla commisurazione, esse sono destinate ad essere assoggettate alla disciplina peculiare che le rende «legali»: mentre gli indici commisurativi sono indeterminati e generici, le circostanze sono determinate, tipizzate, e capaci di esprimere una scelta valoriale più compiuta. Ecco perché le circostanze indefinite, soprattutto se speciali, pongono maggiori problemi, coincidendo nella sostanza con gli indici di cui all'art. 133 cod. pen.

<sup>296</sup> Nel reato circostanziato, la commisurazione della pena in concreto è articolata in una sequenza di attività che vede impegnato il giudice, in un primo momento, nella commisurazione della pena base – ossia quella che il giudice applicherebbe al colpevole, qualora non concorresse la circostanza che la fa aumentare o diminuire – e, successivamente, nella determinazione della misura concreta degli aumenti o delle diminuzioni corrispondenti alle circostanze, entro i limiti massimi previsti dal legislatore. L'art. 132, secondo comma, cod. pen. prevede che «nell'aumento o nella diminuzione della pena non si possono oltrepassare i limiti stabiliti per ciascuna specie di pena». La norma è stata, in passato, oggetto di una questione di costituzionalità *sub* art. 3 Cost. La Corte costituzionale ha ritenuto infondata detta censura, pur riconoscendo che la fissazione di tali limiti pregiudica in qualche misura la graduazione del trattamento sanzionatorio (Corte cost., sent. 27 giugno – 10 luglio 1973, n. 118, in *Giust. pen.*, 1973, I, 367). La sentenza è stata oggetto di critiche in dottrina, così E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, cit., 355.

La previsione di un meccanismo come quello del codice Rocco vorrebbe produrre, nelle intenzioni del legislatore, un vincolo al potere del giudice. Invero, il codice non detta criteri espliciti per la definizione dell'aumento o della diminuzione di pena. Di una «poco sensata aritmetica sanzionatoria» parla D. PULITANO,

Al di là del dato normativo – che induce a ritenere le circostanze come elementi «accessori» e, per certi aspetti, secondari, capaci di incidere soltanto sul *quantum* della pena –, esse giocano un ruolo decisivo sul piano della reale ed effettiva operatività del sistema complessivamente inteso. Ciò può avvenire in due opposte direzioni.

Da un lato, le circostanze possono contribuire a determinare una «flessibilizzazione» della pena – sovente nel senso di una mitigazione della severità del codice del Trenta –, attribuendo maggiore discrezionalità al giudice. In direzione opposta, esse, viceversa, possono concorrere ad irrigidire ulteriormente la determinazione della sanzione. Cosa che avviene mediante la previsione di automatismi applicativi ovvero di esclusioni e blindature nel bilanciamento delle circostanze<sup>297</sup>. Così facendo si controlla la discrezionalità giudiziale, dal momento che il giudice è obbligato a considerare, ovvero ignorare la sussistenza delle circostanze, per definire il trattamento sanzionatorio<sup>298</sup>. Si è parlato, a tal proposito, di «commisurazione legale» della pena, che si realizza attraverso l'«ingerenza» diretta del legislatore nell'attività commisurativa del giudice<sup>299</sup>.

La dottrina osserva come le circostanze si trovino al bivio tra «legalità», intesa come «tipicità della comminatoria edittale» che vede protagonista l'operato del legislatore, e «discrezionalità», intesa come «commisurazione o concretizzazione/applicazione» della pena, che pone, invece, in primo piano il giudice<sup>300</sup>.

---

*Diritto penale*, cit., 542. L'Autore sottolinea come, di fatto, il giudice ricostruisca «a ritroso» la pena base e le successive variazioni in più o in meno, corrispondenti alle circostanze, partendo da una previa valutazione del livello di pena ritenuto «di giustizia».

Si pone, poi, un problema di non poco momento, vale a dire l'individuazione di quali elementi possono e debbono essere presi in considerazione, rispettivamente, nella commisurazione della pena base e nelle variazioni corrispondenti alle circostanze. Il criterio teorico coerente con il sistema e concordemente affermato in dottrina è il divieto di doppia valutazione: gli elementi valutati ai fini della commisurazione della pena base non possono comprendere quelli che vengono in rilievo ai fini della valutazione delle circostanze. Cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 542. In argomento anche F. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite. Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1964, 1013.

<sup>297</sup> Cfr. R. BARTOLI, *Le circostanze «al bivio» tra legalità e discrezionalità*, cit.

<sup>298</sup> R. BARTOLI, *Le circostanze «al bivio» tra legalità e discrezionalità*, cit. L'Autore afferma che là dove c'è un rispetto della discrezionalità giudiziale in ambito commisurativo, magari dovuto anche a una cultura e a un buon esercizio della stessa da parte del giudice (si pensi al problema della motivazione), lo spazio riservato alle circostanze tende inevitabilmente a ridursi. Al contrario, dove si nutre una certa diffidenza verso la discrezionalità giudiziale, anche in ragione della mancata esplicitazione ed esplicazione del procedimento che porta a determinati esiti, le circostanze sono lo strumento per uscire dall'arbitrio ed entrare nella discrezionalità vincolata.

<sup>299</sup> Le scelte dei vari codici in tema di circostanze, quelli che attribuiscono ampi poteri valutativi al giudice o quelli (come il codice Rocco) che vincolano le scelte del giudice nelle fattispecie ritenute politicamente strategiche per l'assetto complessivo del sistema punitivo, riflettono le posizioni sui limiti al potere giudiziale nella scelta della sanzione, interferendo con i fondamentali problemi costituzionali della separazione dei poteri, della giurisdizionalità della pena, del principio di legalità. Per approfondimenti cfr. L. PELLEGRINI, *Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma*, Firenze, 2014, 191.

<sup>300</sup> Cfr. R. BARTOLI, *Le circostanze «al bivio» tra legalità e discrezionalità*, cit.

L'alternativa tra legalità e discrezionalità si evidenzia anzitutto nella previsione dei mutamenti di pena, rispettivamente, fissi o variabili, e, all'interno di questi ultimi, nella distinzione tra un modello «forte» di variazione («da...a...») e uno «debole» («fino a...»).

In secondo luogo, si constata l'esistenza di circostanze indefinite che impongono valutazioni nella selezione dei fattori a cui dare rilevanza (si pensi alle circostanze attenuanti generiche), a cui può seguire un automatismo ovvero una facoltà di applicazione da parte del giudice.

In terzo luogo, fondamentale è la disciplina del concorso eterogeneo di circostanze. In generale, la possibilità di procedere ad un giudizio di prevalenza o equivalenza tra le circostanze eterogenee è espressione di flessibilità. Detto sistema è motivato dalla ritenuta necessità che il giudice abbia una visione organica e completa del colpevole e del reato commesso<sup>301</sup>. Esso, dunque, attribuisce ampi margini di discrezionalità al giudice. Dove non è previsto il predetto meccanismo, la valutazione delle circostanze avviene, in ottica matematica, attraverso una «somma algebrica», probabilmente più rispondente al canone di legalità.

Se quanto appena detto vale in linea generale, è opportuno considerare che anche la tecnica del bilanciamento può essere fortemente vincolata. Possono esistere, come si vedrà in seguito, norme che escludono, in tutto o in parte, dalla valutazione del giudice alcune circostanze ovvero che precludono di considerare prevalenti alcune di esse.

Tra le circostanze che hanno suscitato più dibattito in dottrina, c'è sicuramente la recidiva<sup>302</sup>. Configurata dal legislatore italiano quale circostanza aggravante inerente alla persona del

---

<sup>301</sup> La pena da applicare in concreto deve essere per quanto possibile «il risultato di un giudizio complessivo e sintetico sulla pericolosità del reo e sulla gravità del reato, anziché l'arido risultato di successive operazioni aritmetiche». Cfr. *Relazione al progetto definitivo*, in *Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale*, V, Roma, 1930, 123.

<sup>302</sup> In argomento, in ordine alfabetico, E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997; R. BARTOLI, voce *Recidiva*, in *Enc. dir. Annali*, VII, Milano, 2014, 892; R. BERTONI, *La riforma penale dell'aprile 1974 nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, 1399; G. CARUSO, voce *Recidiva*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IV, II, Torino, 2008, 1045-1046; C. CUPELLI, *Recidiva*, in G. LATTANZI, E. LUPO (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, I, Milano, 2015, 115; L. DE MATTEIS, *Recidiva*, in G. LATTANZI, E. LUPO (a cura di), *Codice penale. Rassegna di dottrina e di giurisprudenza*, Milano, 2010, 101; R. DELL'ANDRO, *La recidiva nella teoria della norma penale*, Palermo, 1950; E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, cit.; A.R. LATAGLIATA, *Contributo allo studio della recidiva*, Napoli, 1958; T. MARTINA, voce *Recidiva*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991; L. MAZZA, voce *Recidiva*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 68; V. MUSCATIELLO, *La recidiva*, Torino, 2008; G. PIFFER, *I nuovi vincoli alla discrezionalità giudiziale: la disciplina della recidiva*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 dicembre 2010; G.D. PISAPIA, *Riflessioni in tema di recidiva*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, 967; P. PITTARO, voce *Recidiva*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996, 359; S. RICCIO, voce *Recidiva*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1964, 1050; M. ROMANO, sub *Art. 99*, in M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, II, Milano, 2005, 90; G. VASSALLI, *La riforma penale del 1974: lezioni integrative del corso di diritto penale. Precedenti e contesto*, I, Milano, 1975, 65.



colpevole (art. 70 cod. pen.)<sup>303</sup>, la recidiva incide sul rapporto tra misura della pena e colpevolezza per il singolo fatto, andando a conferire uno spazio decisivo all'autore del reato<sup>304</sup>.

L'istituto della recidiva è stato oggetto di penetranti modifiche ad opera della citata legge di riforma n. 251 del 2005<sup>305</sup>. Come emerge dall'esame dei lavori preparatori, l'intenzione

---

<sup>303</sup> A detta di molti, sarebbe preferibile considerare le precedenti condanne non quali circostanze del reato, ma quali elementi espressivi della capacità a delinquere del reo (art. 133, secondo comma, cod. pen.) da esaminare al momento della commisurazione della pena in senso stretto. Di questo avviso: F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 657. In questo senso si è orientato il legislatore tedesco che nel 1986 ha abrogato l'istituto della recidiva: E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, cit.

Sulla natura giuridica della recidiva si registrano due contrapposti orientamenti in dottrina. Il primo ritiene che la recidiva sia un elemento di commisurazione della pena ex art. 133 cod. pen. Il secondo, invece, considera la recidiva come una circostanza del reato ad effetto speciale (in quanto comporta un aumento di pena superiore a un terzo). Per approfondimenti, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 656-657.

Ne è sorto un contrasto giurisprudenziale risolto dalle Sezioni Unite che hanno confermato la piena adesione alla concezione della recidiva quale circostanza aggravante in senso tecnico: Cass. pen., Sez. Un., 24 febbraio - 24 maggio 2011, n. 20798, in *Dir. pen. e processo*, 2011, 11, 1366. Osservano le Sezioni Unite che tale qualificazione non è logicamente incompatibile con l'indubbia natura di circostanza soggettiva, inerente alla persona del colpevole, assegnata alla recidiva dall'art. 70 cod. pen. I criteri di classificazione delle circostanze, infatti, sono plurimi a seconda che si abbia riguardo ai contenuti (circostanze oggettive/soggettive), alla modalità di previsione legislativa (circostanze definite/indefinite; circostanze discrezionali/obbligatorie) e agli effetti applicativi (ad effetto comune/speciale).

La recidiva, quale circostanza del reato, presenta, tuttavia, alcuni profili peculiari, tanto che si parla comunemente di aggravante *sui generis*: così è da escludere che essa possa incidere sul regime di procedibilità. Problema questo che si è posto in giurisprudenza in relazione all'art. 640, terzo comma, cod. pen., che prevede per il delitto di truffa la procedibilità d'ufficio qualora «ricorra taluna delle circostanze previste dal capoverso precedente o un'altra circostanza aggravante» (Cass. pen., Sez. Un., 31 gennaio 1987, n. 3152, in *CED Cassazione* 175354). Per approfondimenti, G. PIFFER, *I nuovi vincoli alla discrezionalità giudiziale: la disciplina della recidiva*, cit.

<sup>304</sup> M. ROMANO, sub *Art. 99*, cit., 85: «L'opzione legislativa posta alla base (della recidiva) appare all'epoca attuale poco plausibile. In linea del tutto generale, infatti, l'accentuazione del ruolo delle qualificazioni soggettive di pericolosità sociale rischia di conferire uno spazio eccessivo all'autore del reato, a scapito del fatto di reato e della sua doverosa centralità in un diritto penale moderno, secondo un'istanza oggi ribadita anche dalla nostra Costituzione».

La dottrina ha spesso guardato con diffidenza all'istituto della recidiva che mal si concilierebbe con l'idea di «diritto penale del fatto», avvicinandosi, viceversa, al «diritto penale dell'autore». E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, cit. La diffidenza verso la recidiva si giustifica, a detta dell'Autore, dai portati della criminologia che mostrano gli scarsi risultati politico-criminali conseguiti nei vari ordinamenti attraverso questo strumento, nonché dalla prassi che tende ad applicare questo istituto quasi esclusivamente agli autori di reati contro il patrimonio (soggetti «socialmente deboli» che, stante l'ambiente problematico in cui vivono, «inciampano ripetutamente»).

<sup>305</sup> La riforma della recidiva si avvicina alle leggi americane dei «*three strikes and you are out*». Per approfondimenti, F. MANFREDI, *La recidiva nel quadro della commisurazione della pena. Orientamenti recenti negli USA e in Europa*, in [www.altrodiritto.unifi.it](http://www.altrodiritto.unifi.it), 2015. L'Autore scrive: «(l)a riforma delle *guidelines* aprì ad una nuova stagione della politica criminale statunitense [...] Questi provvedimenti anti-crimine si rincorsero vicendevolmente nell'innalzamento delle pene o nell'aspirazione della loro applicazione *automatica* [...] Se la riforma del 1984 poggiò su un solido dibattito scientifico, sul criterio e sulla razionalità, le riforme negli anni novanta e duemila, 'nave senza nocchiere', affondarono nell'irrazionale e nell'assoluta assenza di riflessioni dottrinali». In prospettiva comparata, sulla possibilità di individuare convergenze e divergenze tra le politiche criminali dei vari ordinamenti, partendo proprio dal confronto delle leggi sulla recidiva negli Stati Uniti e in Gran Bretagna, T. JONES, T. NEWBURN, *Three Strikes and You're Out. Exploring Symbol and Substance*

manifestamente perseguita dal legislatore della suddetta riforma è stata quella di reagire al rischio di una eccessiva svalutazione applicativa della recidiva, con conseguente attenuazione della risposta punitiva, quale effetto di un ritenuto eccessivo «clemenzialismo» dovuto, a sua volta, alla discrezionalità giudiziale nell'applicazione dell'istituto<sup>306</sup>.

Si andranno, di seguito, ad evidenziare i principali profili problematici che la riforma ha prodotto nell'ambito della commisurazione della pena, attraverso nuove limitazioni al potere discrezionale del giudice penale.

## 6. IL DIVIETO DELLE ATTENUANTI GENERICHE AL RECIDIVO REITERATO

Tra le circostanze attenuanti, un ruolo chiave nel bilanciamento è assunto dalle circostanze generiche previste dall'art. 62-*bis* cod. pen.<sup>307</sup>.

Nate come correttivo alle rigorose comminatorie edittali, hanno svolto ben presto un «ruolo chiave» nel bilanciamento delle circostanze, al fine di neutralizzare circostanze aggravanti

---

*in American and British Crime Control Politics*, in *British Journal of Criminology*, 2006, 46, 781, e bibliografia ivi richiamata. Più in generale sulla circolazione dei modelli giuridici tra Stati Uniti ed Europa, E. GRANDE, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000; F. MANFREDI, *La recidiva nel quadro della commisurazione della pena. Orientamenti recenti negli USA e in Europa*, in [www.altrodiritto.unifi.it](http://www.altrodiritto.unifi.it), 2015.

Certo è che, prima della riforma del 2005, la dottrina italiana non reclamava affatto una rivalutazione di tale istituto. Semmai auspicava – in linea con l'orientamento prevalente nella legislazione europea – un ripensamento dei caratteri di «genericità» e di «perpetuità» della recidiva, onde evitare che qualsiasi precedente condanna continui a pesare sul soggetto potenzialmente per tutta la vita. In argomento, E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, cit. Su questa linea si era orientato il Progetto preliminare di riforma del Codice penale del 2001 (c.d. Progetto Grosso) che, nel restaurare i connotati di obbligatorietà che la recidiva presentava nel codice Rocco, aveva sottoposto l'istituto a stringenti limiti sia temporali sia qualitativi. La recidiva si riduceva alla sola ipotesi della recidiva specifica infra-quinquennale, per la quale si prevedeva un aumento della pena da un sesto a un quarto.

<sup>306</sup> Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 454. Gli Autori ricordano che questa scelta innovativa-delimitativa non risulta abbia alla base un retroterra di rinnovate riflessioni sui rapporti tra recidiva e tipologie di reati e, dunque, la sua ragionevolezza politico-criminale è tutt'altro che dimostrata. In sede di lavori preparatori si è fatto ricorso ad una motivazione di tipo empirico, giustificandola con l'esigenza «di introdurre un temperamento al maggior rigore della nuova disciplina, nell'ottica di un migliore equilibrio».

<sup>307</sup> Per approfondimenti, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 449; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 423. Si vedano altresì, in ordine alfabetico, M. CAPUTO, *Le circostanze attenuanti generiche tra declino e camoufflage*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, 182; G.L. GATTA, sub *Art. 62-bis*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2011, 1187; N. MADIA, *Circostanze attenuanti generiche*, in G. LATTANZI, E. LUPO (a cura di), *Codice penale. Rassegna di dottrina e di giurisprudenza*, Milano, 2010, 147; M. MANGIABENE, *Attenuanti generiche e potere discrezionale del giudice*, in *Cass. pen.*, 1988, 2059; M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959; F. TAGLIARINI, *Attenuanti generiche e comportamento processuale del reo*, in *Scuola pos.*, 1968, 143; A. VALLINI, *Le circostanze del reato*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (diretto da), *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, Torino, 2011, 58.

Le circostanze attenuanti generiche rappresentino uno degli strumenti più «duttili» per consentire al giudice di adeguare la pena alle peculiarità del caso concreto al di sotto dei limiti edittali. In argomento, E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, cit., 351; ID., voce *Potere discrezionale del giudice*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 744.

particolarmente afflittive. Per questa ragione, esse assolvono ad una funzione «equitativa» o di «temperamento» della comminatoria in sede di determinazione della pena<sup>308</sup>.

In coerenza con la loro funzione, esse hanno una fisionomia pressoché indeterminata<sup>309</sup>. L'art. 62-bis cod. pen., infatti, non descrive le situazioni in relazione alle quali è prevista la diminuzione di pena, ma si riferisce genericamente a tutte quelle contingenze non prevedibili dal legislatore ma ugualmente rilevanti, la cui individuazione è affidata al giudice. Quest'ultimo ha il potere di prendere in considerazione circostanze diverse da quelle tipizzate, qualora le ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena.

A tal fine deve avere riguardo - secondo l'orientamento prevalente, ancorché non senza qualche diversità di accento - agli indici di cui all'art. 133 cod. pen.<sup>310</sup>. Tra gli elementi che vengono normalmente valorizzati vi sono, ad esempio, l'esistenza di precedenti condanne, la condotta del reo susseguente al reato, l'atteggiamento processuale e la confessione spontanea<sup>311</sup>. È stata, invece, espressamente preclusa, dal decreto legge n. 92 del 2008, la possibilità di porre a fondamento della attenuante *de qua* la mera assenza di precedenti condanne per altri reati, ponendo così fine a una dilagante prassi applicativa che andava in tal senso.

Nell'intento di far fronte al denunciato «indulgenzialismo» nell'applicazione dell'istituto anche agli autori di gravi reati, il legislatore, nel 2005, ha limitato il potere discrezionale del giudice<sup>312</sup>. Ciò è avvenuto con l'inserimento di un nuovo comma nell'art. 62-bis cod. pen. Quest'ultimo prevede che, in presenza di un recidivo reiterato, chiamato a rispondere di taluno

---

<sup>308</sup> Cfr. G. LEO, *Sul riconoscimento di attenuanti generiche a recidivo reiterato (nota a Corte cost., 10 giugno 2011, n. 183)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 giugno 2011. L'Autore parla di «delega di fatto» nei confronti del corpo giudiziario del «compito di governare l'evoluzione del sistema».

<sup>309</sup> Cfr. DE GENNARO, *Determinazione della pena e circostanze discrezionali*, in *Giust. pen.*, 1955, II, 548.

<sup>310</sup> Dibattuto è il problema della «doppia valutazione» dello stesso elemento ai fini della determinazione della pena e della concessione delle circostanze generiche. Parte della dottrina, non condividendo l'ampia discrezionalità riconosciuta al giudice in tale sede, auspica l'abrogazione della norma in esame e una sua sostituzione con un rinnovato sistema di circostanze attenuanti generiche, maggiormente fedele al principio di tassatività. Non manca, poi, chi si domanda se, ai fini indicati, il riferimento agli indici dell'art. 133 cod. pen., attesa la loro «onnicomprendività», possa esaurire l'ambito dell'apprezzamento rimesso al giudice ovvero se la decisione possa essere fondata anche su altri elementi. Da tempo si riconosce che nell'individuazione delle circostanze attenuanti generiche la discrezionalità del giudice non è libera, bensì vincolata ai criteri desumibili dall'ordinamento e, *in primis*, a quelli elencati nell'art. 133 cod. pen. Per l'approfondimento di queste questioni, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2009, 498; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 423.

<sup>311</sup> Così, ad esempio, Cass., sez. V, 14 maggio 2009, n. 33690, *CED Cassazione* 244912. Per una rassegna delle posizioni giurisprudenziali in materia, P.A. SIRENA, *Contenuti e linee evolutive della giurisprudenza in materia di sanzioni*, in G. VASSALLI (a cura di), *Problemi generali di diritto penale*, Milano, 1982, 403.

<sup>312</sup> G.L. GATTA, *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irrazionale divieto*, cit. L'Autore ricorda che la relazione al disegno di legge sfociato nella legge n. 251 del 2005 punta espressamente il dito contro un diffuso indulgenzialismo nell'applicazione dell'istituto, che consente di infliggere «lievi condanne» a «delinquenti incalliti autori di gravi reati».

dei delitti di cui all'art. 407, secondo comma, lettera a), cod. proc. pen. punito con la reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni, il giudice non possa tener conto dell'elemento soggettivo (art. 133, primo comma, n. 3, cod. pen.) né di tutti i criteri afferenti alla capacità a delinquere del reo (art. 133, secondo comma, cod. pen.)<sup>313</sup>.

In altri termini, per tale categoria di soggetti, la norma non consente al giudice di fondare la concessione delle attenuanti generiche su taluni parametri richiamati per rinvio all'art. 133 cod. pen. Sicché, per esclusione, la circostanza in esame può fondarsi unicamente sugli elementi oggettivi dell'azione e dell'evento (art. 133, primo comma, nn. 1 e 2 cod. pen.) ma non anche su quelli di carattere soggettivo, tra cui la condotta susseguente al reato, nel cui ambito può farsi rientrare la collaborazione prestata dal reo.

In questo senso, pertanto, la norma introduce una deroga al principio generale che governa la complessa attività commisurativa della pena da parte del giudice e che attribuisce a quest'ultimo – secondo un processo finalisticamente indirizzato dall'art. 27, terzo comma, Cost. alla rieducazione del condannato – il potere di adeguare la pena al caso di specie, anche per mezzo dell'applicazione delle circostanze.

Si evidenzia, come, a ben vedere, il secondo comma dell'art. 62–*bis* cod. pen. dia luogo a un «duplice automatismo», fondato su presunzioni<sup>314</sup>.

Il primo automatismo risiede nell'*obbligatorio* riconoscimento della recidiva reiterata al soggetto che, già recidivo, commette uno dei reati elencati nell'art. 407, secondo comma, lettera a), cod. proc. pen., punito con almeno cinque anni di reclusione<sup>315</sup>. Così facendo, si esclude l'ordinaria facoltatività attribuita al giudice di valutare, in concreto, se riconoscere o meno la recidiva sulla base di considerazioni attinenti alla maggiore colpevolezza o pericolosità sociale del reo<sup>316</sup>.

Il secondo automatismo concerne la prevalenza della recidiva rispetto agli elementi di cui all'art. 133, primo comma, n. 3, e secondo comma, cod. pen. Sottesa è la presunzione assoluta

---

<sup>313</sup> La norma è stata analizzata, tra gli altri, da A. MELCHIONDA, *Le modifiche in materia di circostanze*, cit., 181; T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, cit., 32; E. ROSI, *Effetti della recidiva reiterata su attenuanti generiche e comparazione*, in A. SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Padova, 2006, 5.

<sup>314</sup> L'esistenza del duplice automatismo è confermata anche dalla Corte cost., sent. 7 – 10 giugno 2011, n. 183, in *Giur. cost.*, 2011, 3, 2359. Si veda, in particolare, il § 6 del *Considerato in diritto*.

<sup>315</sup> Che la disposizione in esame si riferisca ad ipotesi di recidiva obbligatoria si ricava dalla lettura congiunta all'art. 99, quinto comma, cod. pen., che circoscrive le ipotesi di recidiva obbligatoria proprio ai delitti di cui all'art. 407, secondo comma, lettera a), cod. proc. pen. Se il giudice fosse stato libero di riconoscere o meno la recidiva reiterata, il problema non si sarebbe probabilmente posto: il giudice, ritenuto «incongruo» il risultato sanzionatorio finale del processo di quantificazione della pena, avrebbe potuto – non senza improprie commistioni di criteri applicativi – escludere la recidiva proprio al fine di evitare che si attivasse il divieto di riconoscimento delle attenuanti generiche. Così G. LEO, *Sul riconoscimento di attenuanti generiche a recidivo reiterato (nota a Corte cost., 10 giugno 2011, n. 183)*, cit.

<sup>316</sup> Sulla regola della facoltatività della recidiva, si veda diffusamente *infra*.

di maggiore pericolosità del recidivo, autore di taluno dei reati considerati; presunzione non vincibile dalla valutazione della condotta positiva del reo, susseguente al reato<sup>317</sup>.

Stante la *ratio* e l'importanza delle attenuanti generiche, si è sin da subito osservato come la scelta del legislatore del 2005 di precludere *in toto* la valorizzazione di taluni elementi – e, quindi, il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche – a un'intera categoria di soggetti, appaia in contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost.

La rigida preclusione introdotta dalla novella del 2005 «espropria il giudice del potere di valutare adeguatamente le peculiarità del caso concreto e pervenire così alla definizione del trattamento sanzionatorio più conforme alle esigenze di risocializzazione e di rieducazione del reo (il che, come nel caso di specie, finisce per dare luogo alla predeterminazione della pena *ex lege*, in assenza di altre ragioni di attenuazione)»<sup>318</sup>.

Sarebbe incongruo rispetto all'art. 27, terzo comma, Cost. precludere al reo il riconoscimento delle attenuanti in esame nel caso in cui egli abbia tenuto una condotta susseguente al reato particolarmente significativa e tale da far presumere l'avvio di un percorso di riconsiderazione della condotta anteatta e da far apparire poco significativo il dato personologico relativo alle precedenti condanne.

Basata solo su esigenze di difesa sociale, la presunzione risulterebbe così in contrasto con il menzionato principio costituzionale, perché «irrigidisce il trattamento sanzionatorio, fino ad allontanarlo dal concreto perseguimento delle esigenze di risocializzazione e di rieducazione, che postulano (non solo l'esecuzione, ma anche) l'irrogazione di una pena adeguata al loro soddisfacimento. In altre parole sembra incongruo privilegiare in astratto solo uno dei parametri valutativi della capacità a delinquere, disconoscendo *a priori* la possibilità di individuare parametri ugualmente o maggiormente idonei a lumeggiare quella capacità ed a fondare una diminuzione di pena, in termini conformi al dettato costituzionale»<sup>319</sup>.

L'incongruenza è ancora più evidente se si considera l'irrazionalità della scelta, operata dal legislatore, di attribuire rilievo alla recidiva reiterata solo nel caso dei reati di cui all'art. 407, secondo comma, lettera a), cod. proc. pen. per i quali sia prevista una pena non inferiore nel minimo a cinque anni. Il significato personologico di un elemento di valutazione, come la recidiva reiterata, non può essere diversamente considerato a seconda del tipo di delitto

---

<sup>317</sup> La dottrina aveva da subito notato che la disposizione in esame si fondava su una presunzione normativa di carattere assoluto. Così, tra gli altri, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 499; A. MELCHIONDA, *Le modifiche in materia di circostanze*, cit., 203; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 452.

<sup>318</sup> Così si esprime il Tribunale di Perugia nel rimettere la questione alla Corte costituzionale. Cfr. Corte cost., sent. n. 183/2011, cit., § 1 del *Ritenuto in fatto*. L'ordinanza che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale decisa dalla Corte è pubblicata in *Giur. merito*, 2010, 1906, con nota di T. QUERO, *La recidiva reiterata obbligatoria al vaglio della Corte costituzionale. La difficile giustificabilità di un giudizio di inammissibilità*.

<sup>319</sup> Così si esprime il Tribunale di Perugia nel rimettere la questione alla Corte costituzionale. Cfr. Corte cost., sent. n. 183/2011, cit., § 1 del *Ritenuto in fatto*.

commesso e del minimo della pena edittale per esso prevista<sup>320</sup>. In questo senso, la norma violerebbe l'art. 3 Cost.

Come osservato in dottrina, la norma combina due strumenti ricorrenti nella politica degli ultimi anni: l'irrigidimento dei meccanismi punitivi per i recidivi (in particolare per i recidivi reiterati) e la riduzione di efficienza del più tradizionale tra gli strumenti di mitigazione del rigore sanzionatorio e cioè, appunto, le attenuanti generiche<sup>321</sup>. Dall'effetto congiunto di questi elementi discende l'introduzione di una presunzione normativa a carattere assoluto, circa l'elevata intensità del dolo e l'elevata capacità a delinquere di questo «tipo di autore».

A fronte dei dubbi analizzati, la Corte costituzionale<sup>322</sup>, ancorché con le precisazioni che si faranno di seguito, dichiara fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata.

In motivazione, la Consulta parte dalla constatazione che «se è vero che il potere discrezionale del giudice nella determinazione della pena forma oggetto, nell'ambito del sistema penale, di un principio di livello costituzionale, è anche vero che il meccanismo preclusivo realizzato attraverso la norma in questione limita solo parzialmente tale potere»<sup>323</sup>.

La norma, infatti, non preclude al giudice di spaziare tra il minimo e il massimo edittali, così come non preclude il riconoscimento di altre circostanze tipiche. Anche l'applicazione delle stesse attenuanti generiche non è del tutto esclusa. La preclusione introdotta dalla norma, infatti, si limita agli elementi di cui all'art. 133, primo comma, n. 3, e secondo comma, cod. pen. Essa non vieta, invece, il riconoscimento delle attenuanti generiche se il giudice reputa

---

<sup>320</sup> La preclusione delle attenuanti generiche, dunque, «viene fatta discendere da una circostanza inerente alla persona del colpevole associata ad un coacervo disomogeneo di titoli di reati, delineati dall'art. 407, secondo comma, lettera a), cod. proc. pen., ulteriormente qualificato dal minimo della pena edittale, peraltro non sempre indicativo neppure della gravità del reato (la rapina aggravata con pena massima di anni venti infatti finisce per essere trattata come l'estorsione non aggravata con pena massima di anni dieci, senza alcuna razionalità delle scelte neppure in termini di prevenzione generale). Correlativamente si produce l'anomalo effetto di condurre all'irrogazione di pene identiche in presenza di situazioni che possono considerarsi assolutamente diverse». Cfr. Corte cost., sent. n. 183/2011, n. 183, cit., § 1 del *Ritenuto in fatto*.

<sup>321</sup> G. LEO, *Sul riconoscimento di attenuanti generiche a recidivo reiterato (nota a Corte cost., 10 giugno 2011, n. 183)*, cit.

<sup>322</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 183/2011, cit. Per commenti alla sentenza, si vedano G. AMATO, *La recidiva obbligatoria: illegittimità per i limiti automatici alle attenuanti generiche. Irragionevole neutralizzare la valenza positiva del comportamento successivo al reato*, in *Guida dir.*, 2011, 27, 57; G. CARUSO, *Recidiva riformata, attenuanti generiche e discrezionalità. A proposito di Corte cost., sent. n. 183 del 7 giugno 2011*, in *Arch. pen.*, 2011, 961; G. DI CHIARA, *Attenuanti generiche, condotta susseguente al reato e rigidi automatismi*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 7, 811; G.L. GATTA, *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irragionevole divieto*, cit.; G. LEO, *Un primo caso accertato di irragionevolezza nella disciplina degli effetti 'indiretti' della recidiva*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 1773; G. MANTOVANI, M. RIVERDITI, L. AMBROSINO, M. BERTUCCI, N. BUSSOLATI, M. GILARDI, V. MEZZOLLA, A. MIGLIO, P. SPAGNOLO, D. TONI, *Per i recidivi reiterati cade un limite alla concessione delle attenuanti generiche*, in *Leg. pen.*, 2011, 3-4. In argomento, altresì R. BARTOLI, *La recidiva davanti allo specchio della Costituzione*, in *Arch. pen., Gli Speciali. La recidiva tra prassi e Costituzione*, 2011, 2, 17.

<sup>323</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 183/2011, cit., § 5 del *Considerato in diritto*.

significativo uno degli elementi di cui all'art. 133, primo comma, nn. 1 e 2, cod. pen. (vale a dire, la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo, il luogo e ogni altra modalità dell'azione, ovvero il riferimento alla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato)<sup>324</sup>.

Per questa ragione, la norma non si pone di per sé in contrasto con i principi costituzionali che fondano il potere discrezionale del giudice penale.

Parimenti, la disposizione censurata non sembra dare luogo a una disparità di trattamento *sub art. 3 Cost.* Non è, infatti, in sé irragionevole «prevedere un regime di maggior rigore nei confronti di una persona che ha commesso un grave reato trovandosi in una situazione di recidiva reiterata»<sup>325</sup>. Ciò rientra nelle scelte di politica criminale del legislatore.

Per queste ragioni, la Corte costituzionale non dichiara l'illegittimità della norma *tout court*.

Quest'ultima, nondimeno, presenta dei profili di incostituzionalità riconducibili alla specifica questione sollevata, vale a dire il divieto di riconoscere all'imputato le attenuanti generiche sulla base della condotta, positivamente apprezzabile, tenuta dal reo dopo la commissione del reato.

A questo proposito, la Consulta applica due principi di diritto ricorrenti nella sua giurisprudenza. Il primo afferisce al limite di ragionevolezza delle presunzioni assolute che limitano un diritto fondamentale della persona; il secondo attiene al limite di compatibilità con il finalismo rieducativo delle scelte politico-criminali che privilegiano obiettivi di prevenzione generale e di difesa sociale.

Sotto il primo profilo, la Corte osserva come la disposizione, precludendo al giudice di fondare il riconoscimento delle attenuanti generiche sulla condotta successiva al reato, privilegia uno dei parametri indicati dal secondo comma dell'art. 133 cod. pen., vale a dire la precedente attività delittuosa del reo. Questo indice è considerato, in base a una «valutazione preventiva, predeterminata e astratta» come «sintomatico della capacità a delinquere» ed è, per questo, preferito rispetto ad altri, *in primis*, rispetto alla condotta successiva alla commissione del reato.

Si tratta di capire se la rigida presunzione di capacità a delinquere, presupposta dalla norma censurata, risponda a un «dato di esperienza generalizzabile»<sup>326</sup>.

La risposta non può che essere negativa. La Corte costituzionale, infatti, osserva come la condotta susseguente può ben essere in concreto ugualmente, o addirittura prevalentemente, indicativa dell'attuale capacità criminale del reo e della sua complessiva personalità.

Ciò sulla base di una duplice considerazione. Da un lato, la recidiva può anche basarsi su fatti remoti e privi di rilevante gravità e, dunque, non necessariamente sintomatici di una maggiore colpevolezza o pericolosità attuale del soggetto. Dall'altro lato, la condanna può intervenire - e normalmente interviene - anche a distanza di anni dalla commissione del fatto per cui si

---

<sup>324</sup> Non rileva, dunque, la tematica delle «pene fisse», così osserva G. LEO, *Sul riconoscimento di attenuanti generiche a recidivo reiterato (nota a Corte cost., 10 giugno 2011, n. 183)*, cit.

<sup>325</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 183/2011, cit., § 5 del *Considerato in diritto*.

<sup>326</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 183/2011, cit., § 6 del *Considerato in diritto*.

procede, sicché l'imputato ben potrebbe aver tenuto, successivamente al fatto contestato, comportamenti indicativi di una risocializzazione in corso, se non addirittura interamente realizzata.

Per questi motivi, non corrisponde all'*id quod plerumque accidit* che il reo, gravato da determinati precedenti, sia necessariamente portatore di una capacità delinquenziale tale da rendere insignificante il comportamento successivo al reato. Anzi, è agevole immaginare situazioni concrete in cui lo scarto dal modello presuntivo sotteso alla preclusione sia tale da rendere irragionevole, nella prospettiva dell'art. 3 Cost., la parificazione nel trattamento di maggior rigore.

La recidiva costituisce lecito strumento di adeguamento sanzionatorio per i casi di relazione qualificata tra i precedenti del reo ed il fatto per il quale infliggere una punizione, nei suoi profili oggettivi e soggettivi di gravità. A queste condizioni la recidiva si armonizza con i criteri di ragionevolezza, proporzionalità, finalizzazione rieducativa della pena<sup>327</sup>.

La disposizione impugnata, secondo la Corte, è d'altra parte illegittima anche con riguardo all'art. 27, terzo comma, Cost. Afferma, infatti, che «l'obiettivo della rieducazione del condannato, posto da questa norma costituzionale, non può essere efficacemente perseguito negando valore a quei comportamenti che manifestano una riconsiderazione critica del proprio operato e l'accettazione di quei valori di ordinata e pacifica convivenza, nella quale si esprime l'oggetto della rieducazione»<sup>328</sup>.

Di qui il dispositivo della sentenza che dichiara illegittimo l'art. 62-bis, secondo comma, cod. pen. «nella parte in cui stabilisce che, ai fini dell'applicazione del primo comma dello stesso articolo, non si possa tenere conto della condotta del reo susseguente al reato»<sup>329</sup>.

L'effetto ablatorio della sentenza non coglie, invece, le ulteriori preclusioni poste dalla norma censurata, nella parte in cui comprende il riferimento all'art. 133, primo comma, n. 3, cod. pen. (intensità del dolo e grado della colpa) e agli altri indici riconducibili all'art. 133, secondo comma, cod. pen. (motivi a delinquere, carattere del reo, condotta contemporanea al reato, condizioni di vita individuale, familiare, sociale del reo). Si ritiene, pertanto, che sia ancora inibita la concessione delle attenuanti generiche, in favore del recidivo reiterato incolpato di gravi delitti, in base a dette considerazioni.

Che queste preclusioni siano compatibili con il dettato costituzionale è questione che, per qualche aspetto almeno, non sembra «pregiudicata» dal ragionamento seguito dalla Corte, se

---

<sup>327</sup> G. LEO, *Sul riconoscimento di attenuanti generiche a recidivo reiterato (nota a Corte cost., 10 giugno 2011, n. 183)*, cit.

<sup>328</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 183/2011, cit., § 7 del *Considerato in diritto*.

<sup>329</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 183/2011, cit.



non sotto il profilo – niente affatto trascurabile – della regola presuntiva che sottende ai divieti, e della conseguente necessità di misurarne l'attendibilità alla luce dei criteri indicati<sup>330</sup>.

La pronuncia è stata salutata con favore in dottrina. Con la dichiarazione di incostituzionalità, è venuto meno uno degli automatismi sanzionatori introdotti nel 2005 a danno dei recidivi: un meccanismo – incentrato sulla figura del «tipo di autore» – caratterizzato da una visione «strabica» della personalità del reo, volta solo al passato senza alcun riguardo all'evoluzione della personalità successiva al delitto stigmatizzante<sup>331</sup>.

## 7. DIVIETI AUTOMATICI DI SUBVALENZA NEL BILANCIAMENTO DELLE CIRCOSTANZE PER IL RECIDIVO REITERATO. LE BASI DEL PROBLEMA

Com'è noto, il nostro ordinamento opta per il bilanciamento delle circostanze eterogenee (art. 69 cod. pen.), attraverso l'attribuzione al giudice di un potere discrezionale che non lo costringe a compiere una sorta di «calcolo aritmetico» – di somme e sottrazioni – predefinito dal legislatore, ma gli consente di valutare complessivamente il fatto e il suo autore<sup>332</sup>.

All'interno di questo giudizio sul «valore globale del fatto», il giudice ha un amplissimo potere discrezionale. Egli è libero di valutare il fatto in tutta la sua ampiezza circostanziale, sia eliminando dagli effetti sanzionatori tutte le circostanze (equivalenza), sia tenendo conto di quelle che aggravano la *quantitas delicti*, oppure soltanto di quelle che la diminuiscono (prevalenza o soccombenza).

L'attuale formulazione dell'art. 69, quarto comma, cod. pen. costituisce il punto di arrivo di un'evoluzione legislativa dei criteri di bilanciamento iniziata con l'art. 6 del decreto legge 11 aprile 1974, n. 99 (convertito, con modificazioni, nella legge 7 giugno 1974, n. 220) che ha esteso il giudizio di comparazione alle circostanze autonome o indipendenti e a quelle inerenti alla persona del colpevole, in primo luogo la recidiva<sup>333</sup>.

---

<sup>330</sup> Cfr. G. LEO, *Sul riconoscimento di attenuanti generiche a recidivo reiterato (nota a Corte cost., 10 giugno 2011, n. 183)*, cit.; G.L. GATTA, *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irrazionale divieto*, cit.

<sup>331</sup> G. LEO, *Sul riconoscimento di attenuanti generiche a recidivo reiterato (nota a Corte cost., 10 giugno 2011, n. 183)*, cit.; G.L. GATTA, *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irrazionale divieto*, cit.

<sup>332</sup> In argomento, G. CONTENUTO, *Note sulla discrezionalità del giudice penale, con particolare riguardo al giudizio di comparazione fra le circostanze*, in *Il Tommaso Natale*, 1978, 657; G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 199; T. PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, cit., 215; A.M. STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, cit., 200. Si vedano altresì G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 429; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 428.

<sup>333</sup> R. BERTONI, *La riforma penale dell'aprile 1974 nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, cit., 1365; V. VALIGNANI, *Sui limiti di efficacia dell'art. 69 c.p. alla luce del D.L. 11 aprile 74, n. 99*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, 1112; G. VASSALLI, *La riforma penale del 1974: lezioni integrative del corso di diritto penale. Precedenti e contesto*, cit., 50.

L'effetto è stato quello di consentire il riequilibrio di alcuni eccessi di penalizzazione, ma anche quello di rendere modificabili, attraverso il giudizio di comparazione, le cornici edittali. Si sono notevolmente ampliati i margini della discrezionalità giudiziale, in vista dell'irrogazione di pene proporzionate – ancorché, a volte, anche senza un vero e proprio legame con la finalità rieducativa –.

A fronte di una simile apertura nei confronti del giudice penale, è sorto il delicato problema della scelta dei criteri che dovrebbero guidarlo. Si sottolineava, da un lato, come fosse difficile prevedere criteri generali ed astratti a fronte di un bilanciamento che deve necessariamente avvenire in concreto. Al tempo stesso, si osservava come la prassi successiva al 1974 avesse mostrato, in questo ambito, l'affermarsi di una discrezionalità giudiziale sostanzialmente incontrollata – specialmente in relazione alle circostanze comportanti autonomi limiti di pena – che doveva essere, pertanto, in qualche modo orientata<sup>334</sup>. Dal punto di vista del principio di legalità, la disciplina in esame era – ed è tuttora –, infatti, tutt'altro che soddisfacente.

Preso atto dell'eccessivo spazio di discrezionalità offerto al giudice dall'art. 69 cod. pen., il legislatore è intervenuto, con legge n. 251 del 2005, inserendo, al comma quarto, un inedito

---

Il *casus belli* della novella citata fu rappresentato da alcune pronunce di merito in cui, dovendosi applicare l'aggravante dell'art. 625 cod. pen. a furti pluriaggravati, ma in concreto «bagatellari», e non potendosi bilanciare tale aggravante con le eventuali circostanze generiche (art. 62-bis c.p.) o del danno patrimoniale di speciale tenuità (art. 62, n. 4, cod. pen.), si era giunti all'irrogazione di «pene draconiane» manifestamente sproporzionate e ingiuste. A fronte di tale puntuale distonia del sistema, tuttavia, il legislatore, invece di mitigare puntualmente le eccessive pene detentive previste dall'art. 625 cod. pen., ritenne di modificare il generale regime di bilanciamento di cui all'art. 69 cod. pen., sottoponendo ad esso, *inter alia*, anche le circostanze ad effetto speciale. Proprio la riforma del 1974, nel risolvere, almeno in parte, le incongruenze di un'applicazione irragionevole dell'art. 625 cod. pen., aprì al contempo uno sconfinato fronte teorico-applicativo: si pensi solo, a titolo meramente esemplificativo, alla possibilità che l'aggravante del patricidio (art. 577, primo comma, n. 1, cod. pen.), comportante l'applicazione dell'ergastolo, soccomba rispetto alle prevalenti circostanze attenuanti generiche *ex art. 62-bis* cod. pen., con la conseguente possibilità di applicare una pena minima di anni quattordici di reclusione. In altri termini, l'estensione del bilanciamento alle circostanze indipendenti e ad effetto speciale ha comportato la devoluzione al giudice penale di un potere ai limiti dell'arbitrio, talvolta scardinando le scelte di politica criminale impresse dal legislatore all'atto della definizione della cornice edittale. Cfr. G. CIVELLO, *Recidiva reiterata e limiti al bilanciamento ex art. 69 c.p.: due nuove conquiste nella battaglia contro «il divieto di prevalenza»*, in *Arch. pen.*, 2014, 2, 12.

<sup>334</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 546. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 431. Sull'impossibilità di rinvenire criteri vincolanti da utilizzare nel giudizio di comparazione, M. BOSCARRELLI, *La disciplina del concorso complesso di circostanze nel quadro dei «vizi tecnici» del codice penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977, 1258. Sulla possibilità di usare gli stessi parametri forniti dall'art. 133 cod. pen., A. SANTORO, voce *Circostanze del reato*, cit., 72; G. VASSALLI, *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, in AA.VV., *Conferenze – Primo corso di perfezionamento per uditori giudiziari*, II, Milano, 1958, 736. Sul confronto reciproco delle circostanze secondo la loro specifica intensità accertata in concreto, G. CONTENTO, *Note sulla discrezionalità del giudice penale, con particolare riguardo al giudizio di comparazione fra le circostanze*, cit., 667; R. PASELLA, *Appunti in tema di giudizio di bilanciamento fra circostanze*, in *Riv. pen.*, 1977, 247.

divieto di prevalenza delle attenuanti sull'aggravante della recidiva reiterata prevista dall'art. 99, quarto comma, cod. pen.<sup>335</sup>.

Invero, già prima del 2005, il legislatore dell'emergenza, per non indebolire la risposta repressiva nei confronti di gravi fatti (*in primis*, quelli di terrorismo ed eversione), aveva escluso espressamente dal giudizio di bilanciamento alcune circostanze aggravanti<sup>336</sup>. Erano così comparse le prime deroghe alla libertà di bilanciamento delle circostanze, ancorché esse non escludevano *in toto* l'applicazione delle attenuanti<sup>337</sup>.

---

<sup>335</sup> Le innovazioni introdotte sul terreno del giudizio di bilanciamento della c.d. legge ex Cirielli - in parallelo con le modifiche, dello stesso segno, alla disciplina della recidiva - erano state criticate da più parti in dottrina: S. CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: «tre colpi e sei fuori»?*, in A. SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005 n. 251 («ex Cirielli»)*, Padova, 2006, 64; E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, cit., 545; A. MAMBRIANI, *La nuova disciplina della recidiva e della prescrizione: contraddizioni sistematiche e problemi applicativi*, in *Giur. merito*, 2006, 837; A. MELCHIONDA, *Art. 3 legge 5 dicembre 2005 n. 251*, in *Leg. pen.*, 2006, 436; D. POTETTI, *Osservazioni in tema di recidiva, alla luce della l. n. 251 del 2005 (c.d. «ex Cirielli»)*, in *Cass. pen.*, 2006, 2467; F. PULEIO, *Tanto tuonò che piovve. La legge 5 dicembre 2005 n. 251*, in *Cass. pen.*, 2005, 3697; E. ROSI, *Effetti della recidiva reiterata su attenuanti generiche e comparazione*, cit., 5.

<sup>336</sup> Così non sono, ad esempio, bilanciabili né l'aggravante della finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico (art. 1, co. 3, d.l. 15 dicembre 1979, n. 625, conv. in l. 6 febbraio 1980, n. 15; art. 280, co. 5, cod. pen.) né l'aggravante della finalità di discriminazione o di odio razziale (art. 3, d.l. 26 aprile 1993, n. 122, conv. in l. 25 giugno 1993, n. 205) né l'aggravante delle modalità o delle finalità mafiose (art. 7, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. in l. 12 luglio 1991, n. 203), sebbene sia fatta salva talora l'attenuante della minore età. A. NAPPI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2010, 853.

<sup>337</sup> Invero, come confermato anche dalla Corte costituzionale (Corte cost., sent. 7 - 13 febbraio 1985, n. 38, in *Giur. cost.*, 1985, I,152) a proposito dell'aggravante di terrorismo o eversione (art. 1, co. 3, d.l. 15 dicembre 1979, n. 625, conv. in l. 6 febbraio 1980, n. 15), il legislatore non ha, con tale norma, inteso escludere in assoluto il rilievo di circostanze attenuanti, ma ha soltanto sostituito l'ordinario meccanismo di cui all'art. 69 cod. pen. con altro meccanismo. In forza della norma speciale il giudice ha due strade: (a) adottare il giudizio di bilanciamento (*ex art. 69 cod. pen.*) ma allora può solo applicare gli aumenti dipendenti dalle aggravanti, oppure (b) applicare la regola dell'art. 63, terzo comma, cod. pen. (valevole per le c.d. circostanze autonome e, ora, anche per le aggravanti introdotte dal legislatore dell'emergenza). Nel primo caso, il giudice optando per il giudizio di bilanciamento, si trova, in effetti, di fronte alla regola della prevalenza assoluta delle aggravanti. Nel secondo caso, invece, non gli è preclusa in alcun modo la possibilità di applicare le attenuanti: le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante, secondo la regola dell'art. 63, terzo comma, cod. pen. La nuova norma, quindi, non esclude radicalmente le circostanze attenuanti. Ed, infatti, secondo la Corte costituzionale «(l)'autentica preoccupazione del legislatore» era di non consentire che l'aggravante di terrorismo o eversione «potesse essere posta nel nulla dal potere discrezionale del giudice mediante il suo dissolvimento nel giudizio di equivalenza o addirittura di prevalenza delle attenuanti»: ed è questo appunto ciò che si è inteso evitare. La Corte osserva che la nuova regola rappresenta già di per sé una «grave limitazione, che non avrebbe potuto sopportarne una ancora più ampia senza alterare in modo irragionevole l'integrità del giudizio di valore dell'illecito nei suoi criteri e nella sua globalità» (§ 2 del *Considerato in diritto*). Il giudice rimettente, infatti, aveva sostenuto che la nuova norma avesse *in toto* escluso la possibilità di tener conto delle attenuanti. Se ciò fosse stato vero, la norma sarebbe risultata incostituzionale. Ma così non è, secondo la Corte. Ne consegue la dichiarazione di non infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma terzo, d.l. 15 dicembre 1979 n. 625, così come convertito nell'art. 1 della l. 6 febbraio 1980 n. 15, in riferimento all'art. 3, primo comma, Cost.: «(u)na corretta interpretazione della norma consente, infatti, l'applicazione delle circostanze attenuanti qualora il giudice non intenda esercitare quel giudizio di bilanciamento che la legge consente solo a favore dell'aggravante *de qua*. In tal caso, le

Limitazioni a siffatto potere discrezionale del giudice penale non sono di per sé illegittime: spetta al legislatore ampia discrezionalità nella commisurazione della misura delle pene e dei loro aggravamenti. Eppure, tali scelte possono essere sindacate ove trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio, giungendo a determinare un'alterazione degli equilibri costituzionalmente imposti nella strutturazione della responsabilità penale.

Si osserva che, se le deroghe antecedenti al 2005 possono giustificarsi in quanto legate ad elementi del fatto e non totalmente preclusive dell'applicazione delle attenuanti<sup>338</sup>, più problematico è il generalizzato divieto di subvalenza di cui all'art. 69, quarto comma, cod. pen., inserito nella parte generale del codice ed avente ad oggetto non una specifica fattispecie di reato, bensì una particolare tipologia soggettiva<sup>339</sup>.

Innanzitutto, si evidenzia, come mediante il rigido meccanismo della norma in esame, il giudice si trova, di fatto, a non poter distinguere, sul piano sanzionatorio, la posizione di chi meriti le circostanze attenuanti da quella di chi ne è immeritevole. Il fenomeno della recidiva reiterata verrebbe sanzionato in sé, a prescindere dalla gravità dei fatti commessi e dalla personalità dell'autore.

Alla base di questo automatismo sanzionatorio vi è una presunzione di assoluta pericolosità. Presunzione che prescinde tanto dalla natura dei delitti cui si riferiscono le precedenti condanne, quanto dall'epoca della loro commissione e dall'identità di indole rispetto al nuovo reato. Proprio per questo, l'automatismo andrebbe a riguardare situazioni tra loro profondamente diverse e difficilmente riconducibili all'*id quod plerumque accidit*.

Si consideri, altresì, che il divieto di subvalenza della recidiva reiterata è previsto in rapporto a tutte le attenuanti e, dunque, anche a quelle a carattere oggettivo, non omogenee rispetto alla recidiva, in quanto non riferite alla personalità dell'autore, ma espressive del minor disvalore del fatto.

Da qui le plurime perplessità sollevate con riguardo alla nuova «blindatura».

Le conseguenze in punto di sanzione che un simile divieto produce risultano evidenti specialmente quando le circostanze attenuanti «neutralizzate» dalla preclusione legislativa hanno natura autonoma o indipendente. Il divieto di subvalenza, per come formulato, vale, infatti, con riferimento a tutte le circostanze attenuanti: siano esse proporzionali (ad efficacia comune), ossia comportanti una variazione frazionaria (fino a un terzo) della pena prevista per il reato semplice, o non proporzionali (autonome e indipendenti), il cui peso finale sul *quantum* della pena irrogata può essere ben più sostanzioso.

---

diminuzioni saranno apportate sulla pena risultante dagli aumenti indotti dalle aggravanti, secondo la regola generale». Conclusioni confermate da Corte cost., sent. 28 giugno - 3 luglio 1985, n. 194, in *Giur. cost.*, 1985, I, 1513.

<sup>338</sup> Per approfondimenti, si veda la nota precedente.

<sup>339</sup> A. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010, 69.

In certi casi, come si vedrà di seguito, riconoscere la prevalenza di talune attenuanti può comportare una riduzione della sanzione fino a quarantotto volte rispetto alla pena base: qui, a creare problemi non è tanto l'automatismo quando la misura finale della pena. Infatti, in presenza di fatti ugualmente offensivi, vietare la prevalenza delle attenuanti solo per la mera qualità di recidivo reiterato dell'autore, finisce per attribuire più peso al soggetto che non al fatto. E ciò, in palese violazione dei principi di colpevolezza ed offensività.

È proprio rispetto a quest'ultimo tipo di circostanze che il divieto generalizzato, introdotto con la modificazione dell'art. 69, quarto comma, cod. pen., ha mostrato le maggiori incongruenze. Ed è, proprio in questi casi, che la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della norma.

La deroga al giudizio di bilanciamento, quando rivela il carattere palesemente sproporzionato del trattamento sanzionatorio rispetto all'entità dell'offesa arrecata, è un esempio paradigmatico di illegittimità.

Invero, anziché passare attraverso una pronuncia di incostituzionalità, si era, inizialmente, proposta un'interpretazione adeguatrice della disposizione in esame<sup>340</sup>. Si diceva, infatti, che il giudice avrebbe potuto eludere il rigido divieto, escludendo *tout court* la recidiva reiterata nel caso concreto. Ciò era consentito dalla natura facoltativa che si riteneva avesse la recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen.<sup>341</sup>. Sicché, in quanto facoltativa, il giudice ben poteva

---

<sup>340</sup> È bene precisare che, proprio con riferimento all'art. 69, quarto comma, cod. pen., l'insofferenza manifestata, sin da subito, dal diritto vivente nei confronti del divieto ivi previsto, ha indotto la giurisprudenza di merito e di legittimità a fornire, della norma, una interpretazione che ne attenuasse il rigore. E così, ferma restando la permanenza del suddetto divieto astratto, le Sezioni Unite della Suprema Corte (Cass., Sez. Un., 27 maggio - 5 giugno 2010, n. 35738, in *Giur. cost.*, 2011, 2103, con nota di F. ROCCHI, *Il patteggiamento dei recidivi reiterati: un problema di «discrezionalità bifasica» o di politica legislativa?*) hanno avuto modo di precisare come il giudice penale, pur a fronte della rituale contestazione della recidiva reiterata, potesse in ogni caso escluderne in concreto l'applicazione. In questo modo, non si evitava l'applicazione del severo aumento di pena di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen., ma si «neutralizzava» la recidiva ad ogni altro effetto, compreso il divieto di prevalenza *ex art.* 69, quarto comma, cod. pen. Pur nel lodevole intento di temperare le incongruenze di una novella quanto mai problematica, tale soluzione avevano un evidente e inevitabile limite: infatti, al fine di escludere il divieto di prevalenza *ex art.* 69, quarto comma, cod. pen., il giudice avrebbe dovuto comunque rinvenire, nel caso concreto, elementi o circostanze tali da giustificare la «disapplicazione» della recidiva reiterata, pur regolarmente contestata dall'accusa. Qualora, invece, tali circostanze non fossero emerse dal caso concreto, la «scure» del divieto di prevalenza si sarebbe inesorabilmente abbattuta sulla commisurazione sanzionatoria, impedendo la completa neutralizzazione della recidiva reiterata e del suo regime sostanziale e processuale. Si veda altresì Corte cost., sent. 5 - 14 giugno 2007, n. 192, in Cass. pen., 2007, 4037, e *Cass. pen.*, 2008, 531, con nota di R. VINCENTI, *La sentenza della C. cost. n. 192 del 2007: facoltatività della recidiva reiterata e interpretatio abrogans del nuovo art. 69, comma 4, c.p.* Per approfondimenti sulla regola della facoltatività della recidiva, si veda *infra*.

<sup>341</sup> Si diceva che la norma, sotto questo profilo, non prevedeva alcun automatismo sanzionatorio correlato ad una presunzione *iuris et de iure* di pericolosità sociale del recidivo reiterato. Il giudice avrebbe potuto ritenere sussistente o meno la recidiva. Nel primo caso, la recidiva non rilevava in alcun modo: oltre a non produrre l'aggravamento della pena (effetto diretto della recidiva), non entrava neppure a comporre la materia del giudizio di comparazione di cui all'art. 69 cod. pen. (effetto indiretto della recidiva), né

escludere la recidiva reiterata quando il nuovo episodio delittuoso non appariva concretamente significativo, in rapporto alla natura e al tempo di commissione dei precedenti. Unico caso di recidiva reiterata obbligatoria era previsto dall'art. 99, quinto comma, cod. pen.: solo nei casi ivi previsti, il giudice non avrebbe potuto eludere il divieto di subvalenza della recidiva reiterata.

Questa tesi è stata sostenuta, in un primo tempo, tanto dalla giurisprudenza costituzionale, quanto dalla giurisprudenza di legittimità<sup>342</sup>. Ciò è avvenuto non senza qualche perplessità.

Detta proposta interpretativa, infatti, ha aperto la strada a decisioni di merito tra loro diverse ancorché per casi sostanzialmente analoghi. In ipotesi di evidente recidivanza ma riguardanti condotte lievemente offensive, si apriva un vero e proprio dilemma per il giudice: egli avrebbe potuto riconoscere la recidiva reiterata, con la conseguenza, però, di trovarsi vincolato dal divieto in esame e di dover comminare una pena sicuramente sproporzionata rispetto alla gravità del fatto, ovvero avrebbe dovuto cercare veri e propri «equilibrismi dialettici»<sup>343</sup> per giustificare l'esclusione di una recidiva (evidente), all'unico fine di comminare una pena effettivamente proporzionata alla lieve offensività della condotta.

Ecco perché la soluzione proposta dalla giurisprudenza costituzionale non appariva totalmente soddisfacente.

Il riconoscere o escludere la recidiva reiterata (facoltativa) resta un'operazione valutativa diversa dal bilanciamento di detta aggravante con le concorrenti circostanze attenuanti. Esistono situazioni in cui, giudicando con onestà intellettuale, la recidiva non può essere esclusa e, tuttavia, viene sentito come ingiusto negare la prevalenza di determinate attenuanti.

È proprio il giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee a consentire al giudice di valutare il fatto in tutta la sua ampiezza circostanziale, eliminando dagli effetti sanzionatori tutte le circostanze (equivalenza) ovvero tenendo conto di quelle che aggravano o diminuiscono la *quantitas delicti*. Precludere la possibilità di adeguare la pena attraverso il bilanciamento è

---

operavano gli ulteriori effetti costituiti dal limite minimo di aumento della pena per il cumulo formale (art. 81, quarto comma, cod. pen.), dall'inibizione all'accesso al cosiddetto «patteggiamento allargato» e alla relativa riduzione premiale (art. 444, comma 1-bis, cod. proc. pen.). Nel secondo caso, il giudice ritenuta sussistente la recidiva reiterata, doveva «dichiararla» ed «applicarla» essendo esclusa la possibilità di esercitare la discrezionalità «bifasica». Ecco perché, sotto questo profilo, si affermava che tutte le forme di recidiva erano «obbligatorie»: così F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit., 404 e 655. La «facoltatività» della recidiva, infatti, non può atteggiarsi come parziale o «bifasica» (così Cass. pen., sez. IV, 11 aprile 2007, n. 16750, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 2, 870), nel senso che, consentito al giudice di elidere l'effetto primario dell'aggravamento della pena, l'ordinamento renda viceversa obbligatori gli ulteriori effetti penali della circostanza. In questo senso, Cass. pen., Sez. Un., 27 maggio 2010, n. 35738, cit. Di contro, per un recupero del sistema sanzionatorio a struttura «bifasica» soprattutto in sede di esecuzione: R. BARTOLI, *Lettura funzionale e costituzionale della recidiva e problemi di razionalità del sistema*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 1706.

<sup>342</sup> Si vedano i riferimenti della nota 377.

<sup>343</sup> Queste le considerazioni del giudice rimettente riportate da Corte cost., sent. 5 – 15 novembre 2012, n. 251, in *Giur. cost.*, 2012, 4057. Si veda, in particolare, il § 1 del *Ritenuto in fatto*.

ammesso in linea generale, ma ciò a patto di non arrivare ad effetti di manifesta irragionevolezza, come quelli prospettati.

#### 8. SEGUE. LE PRONUNCE DI ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DEL DIVIETO DI SUBVALENZA DELLA RECIDIVA REITERATA

La prima sentenza che si è occupata della legittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, cod. pen. ha avuto ad oggetto l'attenuante prevista dall'art. 73, quinto comma, d.P.R. 309 del 1990 («Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope»)<sup>344</sup>.

Nella formulazione anteriore alla modifica del 2013 - modifica che ha trasformando la circostanza in una fattispecie autonoma di reato<sup>345</sup> -, la norma menzionata prevedeva la circostanza attenuante della «lieve entità» nei reati in materia di stupefacenti, applicabile essenzialmente alla condotta del piccolo spacciatore.

Il riconoscimento di detta attenuante consentiva una riduzione di pena di sei volte rispetto alla pena base (considerata nel suo minimo edittale). La pena, infatti, passava dalla reclusione «da sei a venti anni e multa da euro 26.000 a euro 260.000» (prevista al primo comma) alla cornice ben più lieve della reclusione «da uno a sei anni e multa da euro 3.000 a euro 26.000» (prevista al quinto comma). Nel caso di recidiva reiterata equivalente all'attenuante, il massimo edittale previsto dal quinto comma per il fatto di «lieve entità» (sei anni di reclusione) diventava il minimo della pena da irrogare.

Ciò significava che il minimo della pena detentiva previsto per il fatto di «lieve entità» (un anno di reclusione) veniva moltiplicato per sei nei confronti del recidivo reiterato, che subiva così di fatto un aumento incomparabilmente superiore a quello specificamente previsto dall'art. 99,

---

<sup>344</sup> Corte cost., sent. 5 - 15 novembre 2012, n. 251, in *Giur. cost.*, 2012, 4057, con nota di C. BERNASCONI, *Giudizio di bilanciamento, circostanze c.d. privilegiate e principio di proporzionalità: il caso della recidiva reiterata*. Altri commenti alla sentenza, G. DI CHIARA, *Legge «Ex Cirielli», disciplina degli stupefacenti e divieto di prevalenza dell'attenuante della lieve entità sulla recidiva reiterata: incostituzionale la rigidità del meccanismo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 2, 168; G. MANTOVANI, M. RIVERDITI, M. BERTUCCI, B. GIORI, C. MACCARI, F. PAIOLA, *Disciplina delle attenuanti generiche in materia di stupefacenti*, in *Leg. pen.*, 2013, 1; D. NOTARO, *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta «lima» il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*, in *Cass. pen.*, 2013, 1755.

<sup>345</sup> D.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito nella legge 21 febbraio 2014, n. 10 («Modifiche al testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza. Delitto di condotte illecite in tema di sostanze stupefacenti o psicotrope di lieve entità»). Per la conferma della natura di fattispecie autonoma, si veda Cass. pen., sez. VI, 8 gennaio - 26 marzo 2014, n. 14288 (in *Cass. pen.*, 2014, 12, 4170): la nuova «ipotesi lieve» di condotta illecita in tema di sostanze stupefacenti (art. 73, quinto comma 5, d.P.R. n. 309/1990, come modificato dall'art. 2 del d.l. 23 dicembre 2013 n. 146, convertito nella legge 21 febbraio 2014, n. 10) dev'essere configurata come figura di reato autonoma rispetto a quella delineata dal comma primo dell'art. 73 d.P.R. cit., in base al criterio testuale, a quello sistematico e all'*intentio legis*, non contrastati da decisivi argomenti di segno opposto.

quarto comma, cod. pen. per la recidiva reiterata, che, a seconda dei casi, è della metà o di due terzi.

Stante il divieto di riconoscere la prevalenza dell'attenuante in parola, il piccolo spacciatore «di strada», per lo più straniero e disoccupato, recidivo reiterato, si vedeva applicare la stessa pena prevista per il grande trafficante dotato di risorse economiche significative e gestore di un traffico quantitativamente più rilevante di sostanze.

In questo modo, una componente soggettiva, quale la recidiva reiterata – non necessariamente significativa di spiccata capacità criminale, per l'aspecificità dei precedenti e per l'irrilevanza dell'epoca di relativa commissione – finiva per essere eccessivamente enfatizzata a detrimento delle componenti oggettive del reato, ossia la lieve entità dell'offesa<sup>346</sup>.

La preclusione introdotta nel 2005 si poneva, per questo motivo, in contrasto con svariati principi costituzionali.

Nello specifico, si affermava, innanzitutto che ad essere violato era il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.): il divieto in parola conduceva, infatti, ad applicare pene identiche a violazioni di rilievo penale enormemente diverso.

In secondo luogo, vi sarebbe stato un contrasto con l'art. 25, secondo comma, Cost. che, con il suo espresso richiamo al «fatto commesso», riconosce rilievo fondamentale all'azione delittuosa per il suo obiettivo disvalore – e non soltanto quale manifestazione sintomatologica di pericolosità sociale –. La costituzionalizzazione del principio di offensività implica, come ampiamente rilevato nel capitolo precedente, la necessità di un trattamento penale differenziato per fatti diversi, senza che la considerazione della mera pericolosità dell'agente possa legittimamente avere rilievo esclusivo<sup>347</sup>.

Veniva in rilievo, infine, attraverso l'art. 27, terzo comma, Cost., il principio di proporzionalità della pena, nelle sue due funzioni retributiva e rieducativa: «una pena sproporzionata alla gravità del reato commesso da un lato non può correttamente assolvere alla funzione di ristabilimento della legalità violata, dall'altro non potrà mai essere sentita dal condannato come rieducatrice: essa gli apparirà solo come brutale e irragionevole vendetta dello Stato, suscitatrice di ulteriori istinti antisociali»<sup>348</sup>.

---

<sup>346</sup> C. cost., sent. n. 251/2012, cit., § 1 del *Ritenuto in fatto*: «l'enorme differenza oggettiva, naturalistica, criminologica delle due condotte viene completamente obliterata in virtù di una esclusiva considerazione dei precedenti penali del loro autore».

<sup>347</sup> L'efficacia determinante attribuita, ai fini della commisurazione del trattamento sanzionatorio, ai precedenti penali del reo, e dunque al «tipo di autore», farebbe sì che la pena acquisti caratteri di «esemplarità», incompatibili con i principi di offensività del reato e della finalità rieducativa della pena.

<sup>348</sup> C. cost., sent. n. 251/2012, cit., § 1 del *Ritenuto in fatto*. Queste sono i dubbi di legittimità costituzionale sollevati dal Tribunale di Torino e ripresi dalla Corte costituzionale.

Osserva ancora il giudice *a quo* che la pena edittale minima per il piccolo spaccio del recidivo reiterato è più grave di quella prevista, ad esempio, per la partecipazione ad associazioni terroristiche o mafiose (artt. 270-bis e 416-bis cod. pen.), per la concussione (art. 317 cod. pen.), per le lesioni dolose con pericolo di vita



Detti profili di incostituzionalità sono stati tutti accolti dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 251 del 2012. Un meccanismo capace di moltiplicare per sei il trattamento sanzionatorio minimo, ben oltre le percentuali di incremento tipiche della stessa recidiva, restando del tutto indifferente ai profili materiali del fatto, elimina ogni possibilità di seria individualizzazione della pena, di proporzionalità della risposta punitiva, di misurata sua differenziazione rispetto all'identico fatto commesso dal non recidivo.

Le conclusioni della Corte, nel caso *de quo*, hanno trovato il loro fondamento su due solidi argomenti: il principio di offensività, da un lato, e il principio di ragionevolezza-proporzione, dall'altro lato.

Il primo è stato ritenuto incompatibile con una fattispecie nella quale tutto il carico sanzionatorio risultava incentrato su condizioni e/o qualità individuali dell'agente. Il principio di proporzionalità, d'altro canto, è stato inteso come limite logico-giuridico del potere punitivo dello Stato di diritto, posto che la minaccia di una pena troppo severa corre il rischio di suscitare sentimenti di insofferenza nel potenziale trasgressore e di alterare nei consociati la percezione della corretta scala di valori.

Si osservi che la dichiarazione di illegittimità costituzionale riguarda soltanto l'art. 69, quarto comma, cod. pen., nella parte in cui esclude che la circostanza attenuante di cui all'art. 73, quinto comma, del d.P.R. n. 309 del 1990 possa essere dichiarata prevalente sulla recidiva reiterata. L'incostituzionalità, pertanto, non ha «carattere di generalità».

A porsi in contrasto con i principi costituzionali non è il disposto dell'art. 69, quarto comma, cod. pen. in quanto tale, bensì unicamente taluni possibili esiti della sua applicazione in concreto.

Ciò che contraddistingue l'irrazionalità del divieto nel caso di specie è la significativa variazione sanzionatoria derivante dal riconoscimento della recidiva reiterata. In altri casi (specialmente al cospetto di attenuanti ad efficacia comune), i risultati sanzionatori sono assai meno stridenti con il principio di proporzionalità e possono trovare giustificazione in altri valori costituzionalmente protetti<sup>349</sup>. La Corte costituzionale, pur senza smentire la propria precedente posizione, parrebbe, nondimeno, riconoscere implicitamente l'esigenza di valutare caso per caso la ragionevolezza degli esiti che l'applicazione della disciplina scrutinata può comportare.

Sulla stessa scia di questa prima pronuncia di incostituzionalità, si collocano altre due sentenze – tra loro «gemelle», perché pronunciate nello stesso contesto temporale e identiche in

---

della vittima (art. 583, primo comma, cod. pen.), per la rapina aggravata e l'estorsione (artt. 628 e 629 cod. pen.), per la violenza sessuale (art. 609-bis cod. pen.) e per l'introduzione illegale di armi da guerra nel territorio dello Stato (art. 1, legge 2 ottobre 1967, n. 895).

<sup>349</sup> C. cost., sent. n. 251/2012, cit., § 1 del *Ritenuto in fatto*.

punto di motivazione – concernenti le attenuanti relative ai fatti di «particolare tenuità» di cui agli artt. 648, secondo comma, e 609–*bis*, terzo comma, cod. pen.<sup>350</sup>.

Oggetto delle due questioni è, ancora una volta, l'art. 69, quarto comma, cod. pen. nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti menzionate sulla recidiva reiterata.

Con riferimento all'attenuante della ricettazione, il divario edittale tra fattispecie circostanziata e fattispecie base è ancora più marcato del caso prima esaminato. Le ricettazioni «di particolare tenuità», infatti, sono punite, a norma dell'art. 648, secondo comma, cod. pen., con la pena della reclusione da quindici giorni a sei anni e la multa sino a 516 euro; la fattispecie base, invece, è punita con la reclusione da due ad otto anni e con la multa da 516 a 10.329 euro.

Balza immediatamente agli occhi l'enorme divaricazione tra i livelli minimi di pena: «per effetto della recidiva reiterata, il minimo della pena detentiva previsto per il fatto di particolare tenuità (15 giorni di reclusione) viene moltiplicato per 48, determinando un aumento incomparabilmente superiore a quello specificamente previsto per tale recidiva dall'art. 99, quarto comma, cod. pen., che, a seconda dei casi, è della metà o di due terzi»<sup>351</sup>.

Le differenti comminatorie edittali previste rispettivamente per la fattispecie base e per quella attenuata rispecchiano le diverse caratteristiche oggettive dei fatti ad esse sottostanti, in termini di diversa offensività. L'effetto indiretto della recidiva determina un risultato imparagonabile anche rispetto all'effetto diretto della recidiva.

Questa differenza è disconosciuta dalla norma censurata che indirizza l'individuazione della pena concreta verso un'abnorme enfaticizzazione delle componenti soggettive riconducibili alla recidiva reiterata, cosicché due fatti, quelli previsti dal primo e dal secondo comma dell'art. 648 cod. pen. – che lo stesso assetto legislativo riconosce come profondamente diversi sul piano dell'offesa – finiscono per essere ricondotti alla medesima cornice edittale, con violazione dell'art. 25, secondo comma, Cost., che pone il fatto alla base della responsabilità penale.

La Corte giunge alle stesse conclusioni della pronuncia prima esaminata anche con riferimento agli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. Il divieto legislativo di soccombenza della recidiva reiterata rispetto all'attenuante dell'art. 648, secondo comma, cod. pen., impedisce il

---

<sup>350</sup> Corte cost., sent. 14 – 18 aprile 2014, nn. 105 e 106, in *Giur. cost.*, 2014, 2, 1849, con nota di C. BERNASCONI, *L'ennesimo colpo inferto dalla Corte costituzionale alle scelte legislative in tema di comparazione di circostanze*. Per ulteriori commenti, G. CIVELLO, *Recidiva reiterata e limiti al bilanciamento ex art. 69 c.p.: due nuove conquiste nella battaglia contro «il divieto di prevalenza»*, cit.; G. MILIZIA, *Le attenuanti prevalgono sulla recidiva: il divieto è incostituzionale*, in *Dir. e giust.*, 2014, 239; E. APRILE, *Osservazioni a Corte cost., 14 aprile 2014, n. 106*, in *Cass. pen.*, 2014, 7–8, 2438.

<sup>351</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 105/2014, cit., § 4 del *Considerato in diritto*.

necessario adeguamento, che dovrebbe avvenire attraverso l'applicazione della pena stabilita dal legislatore per il fatto di «particolare tenuità»<sup>352</sup>.

Con argomentazioni sostanzialmente sovrapponibili, la Corte, nella sentenza «gemella» n. 106 del 2014, giunge alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, cod. pen. nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata dell'attenuante della minore gravità nel reato di violenza sessuale *ex art. 609-bis*, terzo comma, cod. pen.<sup>353</sup>.

Anche in questo caso, come nei precedenti, rileva l'evidente «pregnanza» o «significatività» della variazione sanzionatoria della fattispecie attenuata rispetto alla fattispecie semplice<sup>354</sup>. L'applicazione dell'attenuante comporta, infatti, una riduzione della pena base «in misura non eccedente i due terzi». Sicché è possibile passare dalla reclusione «da cinque a dieci anni» prevista per la fattispecie semplice (di cui al primo comma) alla reclusione «da un anno e otto mesi a tre anni e quattro mesi» per la fattispecie attenuata (di cui al comma terzo).

Il giudice *a quo* ricorda che la legge n. 66 del 1996 («Norme contro la violenza sessuale»), unificando, in una sola ipotesi criminosa, ogni attentato alla sfera sessuale, ha indotto il legislatore, per differenziare sul piano sanzionatorio le ipotesi meno gravi (rientranti nella previgente disciplina degli «atti di libidine»), a configurare una circostanza attenuante. In altri termini, l'introduzione dell'attenuante dei casi di minore gravità si giustifica «quale temperamento degli effetti della concentrazione in un unico reato di comportamenti, tra loro assai differenziati, che comunque incidono sulla libertà sessuale della persona offesa, e della conseguente diversa intensità della lesione dell'oggettività giuridica del reato»<sup>355</sup>.

L'art. 69, quarto comma, cod. pen., nel precludere la prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata, verrebbe a realizzare una «deroga rispetto a un principio generale che governa la complessa attività commisurativa della pena da parte del giudice, saldando i criteri di determinazione della pena base con quelli mediante i quali essa, secondo un processo finalisticamente indirizzato dall'art. 27, comma 3, Cost., diviene adeguata al caso di specie anche per mezzo dell'applicazione delle circostanze»<sup>356</sup>.

L'incidenza della predetta regola preclusiva sancita dall'art. 69, quarto comma, cod. pen. verrebbe ad annullare la diversità delle due cornici edittali prefigurate dal primo e dal terzo comma dell'art. 609-*bis* cod. pen., attribuendo in tal modo «alla risposta punitiva i connotati di

---

<sup>352</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 105/2014, cit., § 5 del *Considerato in diritto*.

<sup>353</sup> Corte cost., sent. n. 106/2014, cit. Per un commento, si veda E. APRILE, *Osservazioni a C. cost., 14 aprile 2014, n. 106*, cit.

<sup>354</sup> E. APRILE, *Osservazioni a C. cost., 14 aprile 2014, n. 106*, cit.

<sup>355</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 106/2014, cit., § 5 del *Considerato in diritto*, che rinvia alla precedente Corte cost., sent. 26 luglio 2005, n. 325, in *Cass. pen.*, 2005, 11, 3336. Per un commento, si veda D. COLASANTI, *Nessuna attenuante ai reati del branco*, in *Dir. e giust.*, 2005, 34, 72.

<sup>356</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 106/2014, cit., § 6 del *Considerato in diritto*.

una pena palesemente sproporzionata e, dunque, inevitabilmente avvertita come ingiusta dal condannato»<sup>357</sup>.

La Corte ribadisce che il giudizio di bilanciamento tra circostanze costituisce uno strumento che consente al giudice il perfetto adeguamento della pena al caso concreto, tramite la valorizzazione degli elementi positivi o negativi più significativi ai fini della qualificazione del fatto e del suo autore. Precludendo in assoluto la dichiarazione di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata, la norma censurata determinerebbe, viceversa, un «appiattimento» del trattamento sanzionatorio, in rapporto a situazioni che potrebbero risultare assai diverse; e rischierebbe, al tempo stesso, di imporre l'applicazione di pene manifestamente sproporzionate all'entità del fatto, la cui espiazione non consentirebbe la rieducazione del condannato.

La sequenza degli interventi della Corte sul quarto comma dell'art. 69 cod. pen. è proseguita anche in tempi recenti.

Nel 2016 la Consulta si è nuovamente occupata della legittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, cod. pen. stavolta in relazione alla circostanza di cui all'art. 73, settimo comma, d.P.R. n. 309 del 1990<sup>358</sup>. Quest'ultima disposizione prevede una circostanza attenuante ad effetto speciale che comporta una diminuzione delle pene previste dai commi da 1 a 6 del medesimo articolo «dalla metà a due terzi per chi si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella sottrazione di risorse rilevanti per la commissione dei delitti».

La parziale originalità del percorso seguito dalla Corte risiede, a ben vedere, nel fatto che il meccanismo di comparazione tra circostanze non risultava alterato con riguardo ad un profilo del fatto delittuoso, ma relativamente ad un comportamento successivo al reato da parte del recidivo. Come osserva la Corte, l'attenuante in esame è espressione di una «scelta di politica criminale di tipo premiale, volta a incentivare, mediante una sensibile diminuzione di pena, il ravvedimento post-delittuoso del reo, rispondendo, sia all'esigenza di tutela del bene giuridico, sia a quella di prevenzione e repressione dei reati in materia di stupefacenti»<sup>359</sup>. Si tratta di un rafforzamento di quanto previsto all'art. 133, secondo comma, cod. pen., norma che, in tema di determinazione della pena, attribuisce un certo peso alla condotta del reo susseguente al reato.

---

<sup>357</sup> *Ibidem*.

<sup>358</sup> Corte cost., sent. 24 febbraio – 7 aprile 2016, n. 74, in *Cass. pen.*, 2016, 6, 2344, con nota di E. APRILE, *Osservazioni a C. cost., 24 febbraio 2016, n. 74*. Per ulteriori commenti alla sentenza, si vedano S. CLINCA, *La progressiva erosione di un vincolo irragionevole: illegittimo il divieto di prevalenza dell'attenuante della collaborazione per i reati di narcotraffico sulla recidiva reiterata*, in [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu), 28 luglio 2016; G. LEO, *Un nuovo colpo agli automatismi fondati sulla recidiva: illegittimo il divieto di prevalenza dell'attenuante della collaborazione per i reati di narcotraffico*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 11 aprile 2016; G. MARINO, *La prevalenza della recidiva reiterata sul ravvedimento post-delittuoso è irragionevole*, in *Dir. e giust.*, 2016, 18, 49.

<sup>359</sup> Cfr. Corte cost. sent. n. 74/2016, cit., § 5 del *Considerato in diritto*.

La scelta collaborativa rappresenta, in questo senso, una forma qualificata di condotta susseguente al reato, il cui peso non può essere presuntivamente svilito.

Il divieto di cui all'art. 69, quarto comma, cod. pen. finisce per svalutare totalmente tale aspetto: impedire alla disposizione premiale di produrre pienamente i suoi effetti fa venire meno l'incentivo all'attività collaborativa e ne tradisce la *ratio*. Così facendo, infatti, si finisce per attribuire una rilevanza insuperabile alla precedente attività delittuosa del reo rispetto alla condotta di collaborazione successiva alla commissione del reato, benché quest'ultima possa essere in concreto ugualmente, o addirittura prevalentemente, indicativa dell'attuale capacità criminale del reo e della sua complessiva personalità. Stesso ragionamento di quello seguito nella sentenza n. 183 del 2011, con riguardo all'art. 62-*bis* cod. pen.

La Corte costituzionale giunge, dunque, a dichiarare l'incostituzionalità del divieto censurato per contrasto con l'art. 3 Cost., mentre dichiara assorbita la questione *sub* art. 27, terzo comma, Cost.

In questo quadro, complesso ma piuttosto univoco, è maturata quella che, ad oggi, è l'ultima decisione della Corte costituzionale, ossia la sentenza n. 205 del 2017<sup>360</sup>. Ancora una volta ad essere censurato è l'art. 69, quarto comma, cod. pen. questa volta nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 219, terzo comma, della c.d. legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 567), per effetto della quale sono ridotte fino ad un terzo le pene previste per la bancarotta (semplice o fraudolenta) e per il ricorso abusivo al credito, quando le relative condotte abbiano «cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità».

Anche qui, l'approdo della Corte appare frutto di un percorso logico e consolidato. Come nei casi precedenti, infatti, il vaglio della Consulta ha condotto ad un esito di incompatibilità con i principi di ragionevolezza, uguaglianza e proporzionalità (artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.). E, come nei casi precedenti, l'analisi è stata prevalentemente incentrata sulle peculiari caratteristiche della circostanza chiamata in comparazione con la recidiva.

La Corte ha osservato preliminarmente come si tratti di una ipotesi ad effetto speciale, dovendo la formula della legge (pena ridotta «fino al terzo») essere intesa nel senso che i valori edittali sono potenzialmente ridotti di due terzi rispetto a quelli delle fattispecie incriminatrici interessate<sup>361</sup>. Dunque, un fenomeno di forte divaricazione tra le cornici edittali, già riscontrato rispetto ad altre delle attenuanti sottratte alla regola del quarto comma dell'art. 69 cod. pen., ed in particolare segnato da sostanziale coincidenza tra massimo della pena prevista per l'ipotesi attenuata e minimo della pena applicabile nel caso di neutralizzazione della diminvente. In

---

<sup>360</sup> Cfr. Corte cost., sent. 21 giugno – 17 luglio 2017, n. 205, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con nota di G. LEO, *Un nuovo profilo di illegittimità nella disciplina della recidiva e dei suoi effetti indiretti*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 13 settembre 2017.

<sup>361</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 205/2017, n. 205, cit., § 5 del *Considerato in diritto*.

sostanza, un aumento di pena inevitabilmente ed irrazionalmente superiore finanche rispetto a quello che la recidiva reiterata imporrebbe una volta applicata ai valori di un'autonoma fattispecie di minor gravità<sup>362</sup>.

Citando se stessa e valorizzando la pertinenza dell'attenuante ad un forte scarto nell'offensività della condotta criminale, la Corte costituzionale ha sanzionato l'«abnorme enfaticizzazione delle componenti soggettive riconducibili alla recidiva reiterata, a detrimento delle componenti oggettive del reato», così da sfigurare quel «diritto penale del fatto» che l'art. 25, secondo comma, Cost. incardina quale modello essenziale del sistema criminale<sup>363</sup>.

Ancora una volta, poi, la Consulta ha voluto espressamente riconoscere anche la violazione del principio di proporzionalità, ancorato, secondo tradizione, al terzo comma dell'art. 27 Cost.: «la norma censurata è in contrasto anche con la finalità rieducativa della pena, che implica un costante *principio di proporzione* tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra»<sup>364</sup>.

#### 9. CONSIDERAZIONI SULL'ATTUALE ESTENSIONE DEL DIVIETO DI SUBVALENZA DELLA RECIDIVA REITERATA

All'esito di queste plurime sentenze che hanno riguardato l'art. 69, quarto comma, cod. pen. si possono trarre alcune conclusioni.

Innanzitutto, la Consulta non ha finora negato la compatibilità costituzionale dell'intera disposizione ma ha verificato, caso per caso, se la presunzione assoluta sottesa al divieto di prevalenza delle attenuanti fosse giustificata. Ha, così, affermato l'illegittimità di singoli e specifici «combinati disposti» dell'art. 69, quarto comma, cod. pen. con l'art. 73, quinto e settimo comma, d.P.R. n. 309 del 1990, con gli artt. 648, secondo comma, e 609-*bis*, terzo comma, cod. pen. e, da ultimo, con l'art. 219, terzo comma, r.d. n. 267 del 1942.

---

<sup>362</sup> Cfr. G. LEO, *Un nuovo profilo di illegittimità nella disciplina della recidiva e dei suoi effetti indiretti*, cit.

<sup>363</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 205/2017, n. 205, cit., § 5 del *Considerato in diritto*. Restano fondamentali le notazioni compiute nella già richiamata sentenza n. 251 del 2012 e nei seguiti pure già illustrati: «la recidiva reiterata riflette i due aspetti della colpevolezza e della pericolosità, ed è da ritenere che questi, pur essendo pertinenti al reato, non possano assumere, nel processo di individualizzazione della pena, una rilevanza tale da renderli comparativamente prevalenti rispetto al fatto oggettivo: il principio di offensività è chiamato ad operare non solo rispetto alla fattispecie base e alle circostanze, ma anche rispetto a tutti gli istituti che incidono sulla individualizzazione della pena e sulla sua determinazione finale. Se così non fosse, la rilevanza dell'offensività della fattispecie base potrebbe risultare neutralizzata da un processo di individualizzazione prevalentemente orientato sulla colpevolezza e sulla pericolosità». E si protrarrebbe, dunque, uno strappo palese rispetto ai criteri dell'uguaglianza e della offensività. Cfr. G. LEO, *Un nuovo profilo di illegittimità nella disciplina della recidiva e dei suoi effetti indiretti*, cit.

<sup>364</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 205/2017, n. 205, cit., § 6 del *Considerato in diritto*.

La conclusione a cui arriva la Corte costituzionale, nei quattro casi appena esaminati, si basa più sul «significativo e pregnante» ruolo attenuante svolto dalle circostanze considerate, che non sulla scelta di vietare il bilanciamento a favore della recidiva reiterata<sup>365</sup>.

Nello specifico, la Consulta ha vagliato se la condizione di recidiva reiterata, nell'economia complessiva di ciascun concreto episodio di reato, rivestiva un peso così rilevante da giustificare l'eliminazione degli effetti diminuenti dell'attenuante di volta in volta considerata.

Attraverso il sopra descritto percorso motivazionale, dunque, la Corte ha progressivamente delimitato la compatibilità costituzionale della disciplina contenuta nell'art. 69, quarto comma, cod. pen, alla sussistenza di talune implicite condizioni: (a) in primo luogo, occorre considerare la recidiva reiterata come facoltativa (salvo, come si vedrà, l'eccezione di cui all'art. 99, quinto comma, cod. pen.); (b) in secondo luogo, si deve ritenere che anche gli effetti «indiretti» ad essa connessi (tra i quali quello delineato dall'art. 69, quarto comma, cod. pen.) possano esplicarsi solo nell'ipotesi in cui il giudice ritenga discrezionalmente di dover applicare l'aumento di pena connesso alla recidiva medesima; (c) in terzo luogo, si tratta, di verificare se, riconosciuta la necessaria applicabilità della recidiva, gli esiti commisurativi derivanti dall'applicazione del criterio generalizzato previsto dall'art. 69, quarto comma, cod. pen. non si pongano nei singoli casi – in relazione, cioè, alle innumerevoli fattispecie di reato con le quali potrebbe trovarsi ad interagire – in tensione con i principi costituzionali.

La strada intrapresa dalla Consulta con riguardo alla norma in esame mostra la volontà di prevenire una caduta radicale della scelta legislativa di vincolare, pur parzialmente, il giudizio di comparazione che coinvolga la recidiva reiterata. A detta di taluno, ha probabilmente prevalso qualche preoccupazione per la possibile prevalenza di attenuanti poco significative (o troppo discrezionali), a cominciare dalle attenuanti generiche<sup>366</sup>.

Non v'è dubbio comunque che, rispetto ad attenuanti ad effetto speciale, con funzioni precise ed essenziali – contenere gli scarti edittali, e mitigare i livelli di pena, per fattispecie di grande ampiezza, oppure incentivare comportamenti virtuosi dopo il reato –, il giudizio della Consulta sia risultato fino ad oggi sempre negativo.

È difficile immaginare se l'opera della Corte costituzionale di «demolizione» della disposizione dettata dall'art. 69, quarto comma, cod. pen. proseguirà e verso quale direzione.

L'applicazione dei criteri di irragionevolezza «quantitativa» (circostanze attenuanti la cui cornice edittale comporti «una riduzione di pena particolarmente significativa») e «qualitativa» (attenuanti che comportino «una riduzione di pena drastica rispetto all'ipotesi-base» e, al contempo, sottendano, per volontà dello stesso legislatore, «un nucleo criminologico e di tipicità

---

<sup>365</sup> Cfr. R. BARTOLI, *Le circostanze «al bivio» tra legalità e discrezionalità*, cit.

<sup>366</sup> Cfr. G. LEO, *Un nuovo profilo di illegittimità nella disciplina della recidiva e dei suoi effetti indiretti*, cit.

fortemente eterogeneo rispetto a quello del reato semplice») indicati dalla Consulta soffre di evidenti margini di discrezionalità<sup>367</sup>.

Ci si chiede, ad esempio, se si imponga ancora un metodo casistico per valutare automatismi specifici o se, invece, non sia il caso di dichiarare l'incostituzionalità dell'intero divieto, a prescindere dalla natura e dal tipo di circostanza attenuante in ipotesi ricorrente<sup>368</sup>.

Si consideri che, procedendo sulla strada intrapresa, il rischio è quello di creare una distinzione tra circostanze attenuanti.

Non a caso, non è mancato chi ha sostenuto che la disposizione in esame, in tema di divieto di prevalenza al cospetto della recidiva reiterata, risulta intrinsecamente illegittima e deve essere caducata *in toto*, senza alcuna distinzione tra circostanze attenuanti «di serie A», ossia particolarmente «forti e pregnanti», e circostanze attenuanti «di serie B». Ciò in quanto, *in subiecta materia*, ogni automatismo legale, che non consenta al giudice di raccordare il *quantum* di pena agli effettivi profili di disvalore oggettivo e soggettivo del fatto concreto, appare incostituzionale, a prescindere dalla natura e dal tipo di circostanza attenuante in ipotesi ricorrente<sup>369</sup>.

Come è stato osservato, in luogo dell'introduzione del divieto in discorso, il legislatore avrebbe forse potuto rivedere l'intera regola del bilanciamento delle circostanze, escludendo, ad esempio, la «bilanciabilità» delle circostanze indipendenti e ad effetto speciale (siano esse aggravanti o attenuanti), espressive di un disvalore del tutto particolare rispetto al reato base<sup>370</sup>. Così facendo, avrebbe ottenuto sì l'obiettivo di ridurre l'estensione del regime che, dal 1974, caratterizza l'art. 69 cod. pen., ma, al tempo stesso, avrebbe evitato di ricorrere ad un rimedio estemporaneo ed affrettato, quale l'automatismo esaminato, che si espone ad agevoli censure di incostituzionalità, come dimostrato dalle pronunce quivi riportate.

C'è chi si chiede, infine, quale senso abbia un sistema che miri a vincolare la comparazione *contra reum* in un quadro ove il giudice – come si vedrà nel prossimo paragrafo – può eludere il vincolo medesimo, attraverso la recuperata e piena discrezionalità in punto di applicazione della recidiva (e dunque riguardo alla condizione che impone la valutazione comparativa ad esito parzialmente vincolato)<sup>371</sup>.

---

<sup>367</sup> Cfr. E. APRILE, *Osservazioni a C. cost.*, 14 aprile 2014, n. 106, cit.

<sup>368</sup> Così E. APRILE, *Osservazioni a C. cost.*, 14 aprile 2014, n. 106, cit.; G. LEO, *Un nuovo colpo agli automatismi fondati sulla recidiva: illegittimo il divieto di prevalenza dell'attenuante della collaborazione per i reati di narcotraffico*, cit.

<sup>369</sup> Cfr. G. CIVELLO, *Recidiva reiterata e limiti al bilanciamento ex art. 69 c.p.: due nuove conquiste nella battaglia contro «il divieto di prevalenza»*, cit., 17.

<sup>370</sup> G. CIVELLO, *Recidiva reiterata e limiti al bilanciamento ex art. 69 c.p.: due nuove conquiste nella battaglia contro «il divieto di prevalenza»*, cit., 19.

<sup>371</sup> Cfr. G. LEO, *Un nuovo profilo di illegittimità nella disciplina della recidiva e dei suoi effetti indiretti*, cit.



## 10. LA RECIDIVA OBBLIGATORIA DI CUI ALL'ART. 99, QUINTO COMMA, COD. PEN.

Altra discussa novità della legge n. 251 del 2005 è l'inserimento all'art. 99, quinto comma, cod. pen. della previsione di un'ipotesi di recidiva obbligatoria.

Nello specifico, quando il nuovo delitto doloso rientra nel novero dei delitti previsti dall'art. 407, secondo comma, lettera a), cod. proc. pen. l'aumento della pena per la recidiva è obbligatorio e, nei casi di recidiva aggravata, non può essere inferiore ad un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto<sup>372</sup>.

È, questa, un'eccezione alla regola che sancisce, in via generale, il carattere facoltativo della recidiva, dovendo il giudice accertare in concreto se la commissione di un nuovo illecito sia effettivamente espressione – in rapporto alla natura e al tempo di commissione dei fatti pregressi – della maggior capacità a delinquere del soggetto<sup>373</sup>.

A differenza dei primi quattro commi dell'art. 99 cod. pen., il legislatore qui ha reso palese la sua intenzione di elidere gli spazi di discrezionalità giudiziale a favore di un vero e proprio ritorno alla inderogabilità della recidiva.

Sicché il giudice non dovrà, né potrà, accertare in concreto se il nuovo episodio delittuoso sia indicativo di una maggiore capacità a delinquere del reo nei termini anzidetti<sup>374</sup>. Egli,

---

<sup>372</sup> A tale disposizione faceva da *pendant* quella del nuovo art. 81, quarto comma, cod. pen., il quale, in tema di reato continuato, introduceva l'obbligo, per il giudice, di applicare un aumento minimo di pena, pari ad un terzo, nei confronti dei soggetti recidivi reiterati; ciò al deliberato fine di fronteggiare diffuse prassi applicative eccessivamente indulgenti, nell'ambito delle quali gli aumenti di pena *ex art. 81*, secondo comma, cod. pen., risultavano, in effetti, eccessivamente modesti se non irrisori rispetto all'effettivo disvalore del fatto «continuato».

<sup>373</sup> Nella versione originaria del codice penale, la recidiva aveva essenzialmente carattere obbligatorio, essendo del tutto marginali i casi di recidiva facoltativa. Con la riforma del 1974, nell'ambito di un ampio intervento del legislatore finalizzato ad ampliare il potere discrezionale del giudice negli istituti che in senso ampio incidono sulla commisurazione della pena, la recidiva diventa sempre facoltativa, sebbene la giurisprudenza ne avesse dato una interpretazione restrittiva che aveva finito per svuotare di molto il significato della riforma: ossia, la facoltatività andrebbe limitata al potere discrezionale del giudice di procedere all'aumento della pena nei limiti fissati dall'art. 99 cod. pen., mentre alla contestazione dei presupposti formali della recidiva in ragione delle precedenti sentenze di condanna ne dovrebbero seguire sempre gli effetti «indiretti» (procedibilità, limiti di applicazione delle cause di estinzione del reato e della pena, misure alternative alla detenzione). Con l'inasprimento della disciplina, per effetto della legge n. 251 del 2005, la giurisprudenza muta orientamento e riconosce la discrezionalità della recidiva e l'unità di effetti diretti ed indiretti della stessa. In tal modo la giurisprudenza salda il fondamento della recidiva con la sua dichiarazione, produttiva di effetti unitari, evitando quella scissione che, dopo la riforma del 1974, aveva consolidato nella prassi una figura ibrida di recidiva, facoltativa nell'aumento di pena, ma obbligatoria rispetto agli altri effetti. Per approfondimenti, si rinvia alle note 340 e 341.

<sup>374</sup> Si specifica, in ogni caso, che la recidiva va obbligatoriamente (e specificamente) contestata dal pubblico ministero, in ossequio al principio del contraddittorio e al diritto di difesa. Si ritiene che l'obbligo del pubblico ministero di contestare la recidiva sorga sulla base del solo presupposto formale. Spetterà poi al giudice valutare la sussistenza del presupposto della maggiore colpevolezza e pericolosità del reo, valutazione che sarebbe ingiustificatamente preclusa in mancanza di formale contestazione.

nell'applicare la pena prevista per il reato commesso, dovrà aumentarla, anche se l'aumento è privo di una reale giustificazione, oggettiva o soggettiva.

La recidiva qualificata di cui all'art. 99, quinto comma, cod. pen. non costituisce una forma autonoma di recidiva, ma solo una «particolare manifestazione» delle fattispecie di cui ai commi precedenti<sup>375</sup>. La sua funzione, infatti, è quella di prefigurare, in rapporto a ciascuna delle forme di recidiva facoltativa di cui ai commi precedenti, altrettante ipotesi di recidiva obbligatoria, rispetto alle quali l'aggravamento di pena non può essere inferiore a un terzo<sup>376</sup>.

Le ipotesi di recidiva contemplate dai primi quattro commi sono facoltative, in ossequio alla, già menzionata, lettura fornita dalla conforme giurisprudenza costituzionale e di legittimità<sup>377</sup>.

---

<sup>375</sup> L'art. 99 cod. pen. struttura la disciplina della recidiva – il cui ambito di operatività concerne i soli delitti non colposi – attraverso la previsione di una sequenza di forme di recidiva in ordine crescente di gravità: recidiva semplice (primo comma), recidiva aggravata (secondo comma), recidiva pluriaggravata (terzo comma), recidiva reiterata (quarto comma). In argomento, S. CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: «tre colpi e sei fuori»?*, cit., 53; E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, cit.; G. MARINUCCI, *La legge «ex Cirielli»: certezza di impunità per i reati gravi e «mano dura» per i tossicodipendenti in carcere*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 170; T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, cit., 32; M. PAVARINI, *The spaghetti incapacitation. La nuova disciplina della recidiva*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, 15. Per una lettura aggiornata dell'istituto si veda: E. DOLCINI, G. MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, cit., 573.

<sup>376</sup> Per tutti i casi di recidiva testé menzionati vale il limite – previsto già nella formulazione antecedente al 2005 – dell'aumento della pena indicato all'ultimo comma dell'art. 99 cod. pen. («In nessun caso l'aumento di pena per effetto della recidiva può superare il cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo delitto non colposo»). Come osservato dalla dottrina, la scelta, giudicata ragionevole, di conservare questa disposizione, quale norma di chiusura dell'intera disciplina della recidiva (riferibile anche alle ipotesi di recidiva obbligatoria), fa sì che essa assuma un rilevantissimo argine contro taluni degli eccessi ai quali, sul piano della misura della pena, potrebbe portare il disposto dell'attuale art. 99 cod. pen. In argomento, E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, cit. L'Autore denuncia il rischio, oggi più consistente rispetto al passato, che la misura dell'aumento di pena, a norma dell'art. 99, commi 1–5, cod. pen., possa eccedere il cumulo delle pene inflitte con le precedenti condanne. Soprattutto attraverso la recidiva reiterata obbligatoria, di cui all'art. 99, commi 4 e 5, cod. pen., la carriera criminale del soggetto porta, automaticamente, a pene tanto severe quanto irragionevoli, del tutto sproporzionate rispetto alla gravità del fatto.

<sup>377</sup> Quanto alla giurisprudenza costituzionale, Corte cost., sent. 5 – 14 giugno 2007, n. 192, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 8, 997, con nota di G. DI CHIARA, «Legge Ex Cirielli», *recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento tra circostanze: questioni inammissibili di costituzionalità in attesa di consolidamenti interpretativi*. Si vedano altresì Corte cost., ord. 21 febbraio 2008, n. 33, in *Giur. cost.*, 2008, 363; Corte cost., ord. 4 aprile 2008, n. 90, in *Giur. cost.*, 2008, 1100; Corte cost., ord. 6 giugno 2008, n. 193, in *Giur. cost.*, 2008, 2223; Corte cost., ord. 10 luglio 2008, n. 257, in *Giur. cost.*, 2008, 2975; Corte cost., ord. 29 maggio 2009, n. 171, in *Giur. cost.*, 2009, 1906. In relazione alla misura minima dell'aumento di pena per il concorso formale e il reato continuato, in caso di recidiva reiterata, Corte cost., ord. 6 giugno 2008, n. 193, cit.; Corte cost., ord. 29 maggio 2009, n. 171, cit.

Quanto alla giurisprudenza di legittimità, Cass. pen., Sez. Un., 27 maggio – 5 ottobre 2010, n. 35738, cit. Per un commento A. MONTAGNA, *Patteggiamento e recidiva*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, 11, 1288; A. TRUCANO, *Sull'obbligatorietà della recidiva*, in *Giur. it.*, 2011, 7, 1630. Conforme, Cass. pen., Sez. Un., 24 febbraio – 24 maggio 2011, n. 20798, cit.; M. PANZARASA, *Dalle Sezioni Unite alcuni punti fermi in tema di recidiva reiterata*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 novembre 2010; L. PELLEGRINI, *Recidiva e concorso omogeneo di circostanze ad effetto speciale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 11, 1366; M. MARINI, *Alcune annotazioni a*

È, infatti, oramai assodato che l'avvenuta utilizzazione nei commi terzo e quarto, con riferimento al previsto aumento di pena, del verbo essere all'indicativo presente «è», in luogo della voce verbale «può» (tuttora prevista dai commi primo e secondo), si riferisce, nella sua imperatività, esclusivamente alla misura dell'aumento di pena (*quantum*) conseguente alla recidiva pluriaggravata e reiterata, lasciando viceversa inalterato il potere discrezionale del giudice di applicare o meno l'aumento stesso (*an*)<sup>378</sup>. In altri termini, le suddette ipotesi di recidiva sono state sottratte a una graduazione discrezionale della pena: il giudice potrà o meno applicare l'aumento di pena, ma, laddove decida di applicare la recidiva, lo dovrà fare nella misura predeterminata dal legislatore<sup>379</sup>.

---

*margine della sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione penale 24 febbraio 2011, n. 20798, in tema di recidiva, in Giur. it., 2012, 3.*

Si vedano altresì le note 340 e 341.

È compito del giudice verificare in concreto l'esistenza dei presupposti *formali* e *sostanziali* della recidiva. Il presupposto formale è dato dall'esistenza di una precedente condanna come risulta dell'esame del certificato del casellario, mentre quello sostanziale risponde all'interrogativo se la reiterazione dell'illecito sia effettivo sintomo di più accentuata capacità a delinquere dell'autore. Così F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit., 651.

Il recidivo è un soggetto che delinque volontariamente, pur dopo aver subito un processo e una condanna per un delitto non colposo, manifestando l'insufficienza, in chiave dissuasiva, dell'esperienza diretta e concreta del sistema sanzionatorio penale. Non si tratta di un mero *status* soggettivo, come invece era l'aggravante della clandestinità (art. 61, n. 11-*bis*, cod. pen.). La Corte costituzionale, in quella circostanza, ha avuto modo di ribadire che l'istituto della recidiva non è incostituzionale avendo come presupposto una sentenza definitiva di condanna riguardante solo delitti non colposi ed essendo fondato su una relazione qualificata tra i precedenti del reo e il nuovo reato da questi commesso. Corte cost., sent. 5 - 8 luglio 2010, n. 249, in *Giur. it.*, 2011, 4. Per più ampi approfondimenti, si veda *infra*.

<sup>378</sup> La praticabilità di un'opzione ermeneutica nel senso dell'avvenuta reintroduzione legislativa di rigidi meccanismi presuntivi (con ricadute non solo sull'aumento della pena ma su vari altri effetti penali riconnessi alla recidiva), con la conseguente elisione del potere discrezionale del giudice di apprezzare, in termini di maggiore capacità a delinquere, il reale significato del dato meramente oggettivo costituito dalla ripetizione dei delitti, è stata esclusa dalla prevalente giurisprudenza di legittimità fin dalle prime pronunce in argomento: Cass. pen., sez. IV, 11 aprile 2007, n. 16750; Cass. pen., sez. IV, 19 aprile 2007, n. 26412; Cass. pen., sez. IV, 28 giugno 2007, n. 39134; Cass. pen., sez. IV, 2 luglio 2007, n. 29228. Nonché dalle decisioni della Corte costituzionale, davanti alla quale la normativa in questione era stata denunciata per la violazione degli artt. 3, 25 e 27 Cost.: ord. nn. 198 e 409 del 2007; nn. 33, 90, 91, 193 e 257 del 2008; n. 171 del 2009 (ordinanze che dichiarano l'inammissibilità delle questioni): si veda nota precedente.

<sup>379</sup> Corte cost., ord. 31 marzo - 4 aprile 2008, n. 91, in *Giur. cost.*, 2008, 2, 1107: ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 99, quarto comma, cod. pen., censurato in riferimento agli artt. 3, 25 e 27 Cost., nella parte in cui stabilisce che, nei casi di recidiva reiterata, la pena può essere aumentata nella misura fissa indicata, anziché «fino alla» misura stessa. La tendenziale contrarietà delle pene fisse al «volto costituzionale» dell'illecito penale deve intendersi riferita alle pene fisse nel loro complesso e non anche ai trattamenti sanzionatori che coniughino articolazioni rigide e articolazioni elastiche, ai fini dell'adeguamento della risposta punitiva alle singole fattispecie concrete, tanto più che, nell'ipotesi considerata, il giudice può a monte decidere discrezionalmente se applicare o meno l'aumento di pena per l'aggravante in questione. Si consideri, inoltre, che l'aumento di pena risulta fisso nella misura frazionaria, la quale si correla a un dato variabile, quale la pena base che il giudice può discrezionalmente determinare alla luce dei criteri stabilisti dall'art. 133 cod. pen. incidendo di riflesso anche sull'incremento connesso alla recidiva. Sulla questione, si veda il dibattito riportato da G. CARUSO, voce *Recidiva*, cit.

Come osservato in dottrina, il regime di facoltatività della recidiva corrisponde all'interpretazione maggiormente conforme al principio di personalizzazione e necessaria finalizzazione della risposta sanzionatoria ex art. 27, primo e terzo comma, Cost.<sup>380</sup>.

In assenza di una elencazione normativa, la giurisprudenza ha individuato una serie di criteri (o indici sintomatici) che possono essere utilizzati dal giudice nel decidere se applicare, o meno, la recidiva facoltativa<sup>381</sup>. Essi hanno riguardo: alla natura dei reati, al tipo di devianza di cui sono segno, alla qualità e al grado di offensività dei comportamenti, alla distanza temporale tra i fatti, al livello di omogeneità esistente tra loro, all'eventuale occasionalità della ricaduta e a ogni altro parametro significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza (espressione, questa, che rimanda evidentemente all'art. 133 cod. pen.).

Nel caso di recidiva ex art. 99, quinto comma, cod. pen., l'anzidetta verifica da parte del giudice è preclusa<sup>382</sup>. L'aumento di pena consegue «obbligatoriamente» e «automaticamente» al

---

<sup>380</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 27 maggio – 5 ottobre 2010, n. 35738, cit. In argomento C. PEDRAZZI, *La nuova facoltatività della recidiva*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, 303.

<sup>381</sup> La dottrina, pur denunciando l'eccessiva discrezionalità riconosciuta dalla norma alla valutazione del giudice, si da ritenere per questo profilo la disposizione in contrasto con il principio di legalità (così G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 449; F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit., 654), ha comunque cercato di valorizzare, quale parametro guida, la maggiore pericolosità che il soggetto già condannato ha manifestato con la realizzazione del nuovo delitto. Nella valutazione di tale profilo, il giudice dovrebbe verificare se, in concreto, la condanna precedente e la fase successiva dell'esecuzione abbiano offerto al condannato stimoli e opportunità a non delinquere in futuro, nonché le ragioni occasionanti il nuovo reato (così P. PITTARO, voce *Recidiva*, cit.).

<sup>382</sup> Non è chiara la *ratio* sottesa alla recidiva obbligatoria: se di maggiore colpevolezza per il fatto ovvero di maggiore pericolosità sociale dell'autore. A prescindere dalla soluzione che si intende accogliere, si riscontra comunque un profilo di irragionevolezza. Da un lato, infatti, si finirebbe per agganciare la maggiore colpevolezza alla constatazione della «mera gravità oggettiva» del reato commesso (senza che rilevi la ricostruzione, tipica nella recidiva facoltativa, del procedimento motivazionale del reo sul quale ha inciso il contro-motivo a non delinquere rappresentato dalla precedente condanna). Viceversa, se si muove da una *ratio* di maggiore capacità a delinquere, ci si trova in presenza di un'inammissibile «presunzione di pericolosità sociale», priva di fondamento empirico. R. BARTOLI, *Lettura funzionale e costituzionale della recidiva e problemi di razionalità del sistema*, cit.

La giurisprudenza evita di prendere posizione a favore dell'una o dell'altra ricostruzione, preferendo accogliere un approccio sincretico che considera rilevanti entrambe le prospettive. A detta della giurisprudenza, infatti, il nuovo delitto deve denotare, in chiave ambivalente, una *maggiore colpevolezza* (il soggetto deve cioè apparire particolarmente riprovevole per essersi dimostrato insensibile all'ammonimento derivante dalla precedente condanna) e una *accentuata capacità a delinquere* (in quanto la ricaduta nel delitto è indice della sua permanente inclinazione a delinquere). In questo senso si parla, tradizionalmente, di natura *bidimensionale* della recidiva. Ciò non può che incidere sulla risposta punitiva sia in termini retributivi-proporzionali che in termini di prevenzione speciale. Così G. PIFFER, *I nuovi vincoli alla discrezionalità giudiziale: la disciplina della recidiva*, cit.

La lettura in chiave retributiva o preventiva della recidiva è stata sinora del tutto irrilevante nelle argomentazioni che hanno condotto a superare i profili di illegittimità costituzionale; sarebbe, invece, opportuna una più attenta riflessione sul legame che intercorre tra un istituto ed i suoi effetti sul piano della disciplina, il che consentirebbe anche una più attenta riflessione sul significato che, in prospettiva *de iure condendo*, potrebbe rivestire la recidiva sia nella commisurazione della pena sia come presupposto per la

mero riscontro formale della precedente condanna (c.d. delitto fondante) e dell'essere il reato oggetto della nuova condanna (c.d. delitto espressivo) compreso nell'elenco dell'art. 407, secondo comma, lettera a), cod. proc. pen.; è, invece, del tutto indifferente che vi rientri anche il delitto oggetto della precedente condanna<sup>383</sup>.

Si osserva, anzitutto, che imporre incondizionatamente un aumento di pena esclusivamente in ragione dell'appartenenza del delitto a un elenco di carattere processuale appare irragionevole nell'ipotesi in cui il primo delitto commesso sia di modesta entità, oltretutto lontano nel tempo.

In secondo luogo, il rinvio che la norma in esame fa all'art. 407, secondo comma, lettera a), cod. proc. pen. non pare del tutto coerente con lo scopo che con tutta evidenza il legislatore si proponeva, vale a dire di selezionare una gamma di reati particolarmente gravi. Siffatta disposizione, infatti, è pensata a fini processuali (durata delle indagini preliminari e sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare). Essa, individua un gruppo disomogeneo di reati caratterizzati da un accertamento investigativo particolarmente complesso (di qui il prolungamento a due anni dei termini per le indagini preliminari)<sup>384</sup>. Si tratta certamente di reati gravi, ma non di tutti i più gravi reati contemplati nel nostro ordinamento<sup>385</sup>. Rispetto ad essi, inoltre, possono corrispondere situazioni connotate da profonda diversità.

Di qui il *deficit* di ragionevolezza, rilevante *ex art.* 3 Cost., della disciplina esaminata.

Si osserva, poi, che la preclusione dell'accertamento giurisdizionale circa la sussistenza, nel caso concreto, delle condizioni sostanziali legittimanti l'applicazione della recidiva, renderebbe la pena «sproporzionata». Pena che, in quanto tale, finirebbe per essere avvertita dal condannato

---

differenziazione dei percorsi penitenziari. Cfr. M. PELISSERO, *L'incostituzionalità della recidiva obbligatoria. Una riflessione sui vincoli legislativi alla discrezionalità giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 2015, 4, 1412D.

<sup>383</sup> Così secondo la giurisprudenza maggioritaria. Si veda, *ex plurimis*: Cass. pen., Sez. Un., 24 febbraio 2011, n. 20798, cit., che ha optato, ancorché in un *obiter*, per l'orientamento che riconosce rilevanza al nuovo delitto. Conclusione che trova fondamento in vari argomenti: (a) l'interpretazione sistematica del quinto comma alla luce dei commi precedenti, i quali fondano la sussistenza della recidiva sulla commissione del «nuovo» o di «altro» delitto; (b) solo nel caso di recidiva specifica il legislatore ha espressamente attribuito rilievo anche alla omogeneità tra il reato oggetto della previa condanna e quello successivamente posto in essere.

<sup>384</sup> A detta della dottrina sarebbe possibile muovere un'ulteriore censura alla tecnica del rinvio sotto il profilo della chiarezza e della intelligibilità della legge penale (*ex art.* 25, secondo comma, Cost.), osservando come sia preferibile collegare il regime di obbligatorietà della recidiva alla pena edittale prevista per i reati in questione. Così E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, cit.

<sup>385</sup> L'elencazione di cui all'art. 407, secondo comma, lettera a), cod. proc. pen. comprende, tra gli altri, i delitti di devastazione, saccheggio, strage (art. 285 cod. pen.), guerra civile (art. 286 cod. pen.), associazione di tipo mafioso e, in generale, i delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* cod. pen. o per finalità di terrorismo o eversione, di contrabbando (d.P.R. n. 43/1973), omicidio (art. 575 cod. pen.), rapina (art. 628, secondo comma, cod. pen.), estorsione (art. 629, secondo comma, cod. pen.), sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 cod. pen.), i delitti relativi agli stupefacenti nelle ipotesi aggravate, i delitti di riduzione in schiavitù, prostituzione e pornografia minorile (artt. 600, 600-bis, 600-*ter* cod. pen.), violenza sessuale aggravata e di gruppo (artt. 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*octies* cod. pen.).

come ingiusta, con ciò vanificando, già a livello di comminatoria legislativa astratta, la sua finalità rieducativa (art. 27, terzo comma, Cost.).

I problemi di compatibilità appena denunciati non potevano essere risolti mediante un'interpretazione costituzionalmente conforme di tale norma, volta, ad esempio, ad estendere il principio di facoltatività della recidiva anche all'ipotesi ivi prevista. Il testo dell'art. 99, quinto comma, infatti, risulta inequivoco nel pretendere l'obbligatorietà dell'applicazione di detta circostanza aggravante e una diversa ipotesi ricostruttiva del suo significato si sarebbe risolta in un'interpretazione *contra legem*<sup>386</sup>.

Eppure, solo nel 2015 la norma è giunta al vaglio della Corte costituzionale<sup>387</sup>.

La decisione della Corte costituzionale n. 185 del 2015<sup>388</sup> si muove attraverso due percorsi argomentativi: da un lato, la discrezionalità della recidiva, come presupposto di legittimità della stessa, dall'altro, la tendenziale incostituzionalità delle presunzioni assolute in materia penale.

Sotto il primo profilo, la Consulta muove dalla premessa della identità di fondamento della recidiva facoltativa e di quella obbligatoria. Fondamento ravvisato, in accordo con l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, nella più accentuata colpevolezza e nella maggiore pericolosità dell'autore: il giudizio sulla recidiva non riguarda l'astratta pericolosità del soggetto o un suo *status* personale svincolato dal fatto-reato. Ne consegue che solo il regime di facoltatività consente al giudice di assicurare, nel caso concreto, che l'applicazione della recidiva sia coerente con il suo fondamento.

---

<sup>386</sup> M. PANZARASA, *Dalle Sezioni Unite alcuni punti fermi in tema di recidiva reiterata*, cit. La formulazione della norma («...l'aumento della pena per la recidiva è obbligatorio...») rende impraticabili letture della stessa orientate a escludere il carattere obbligatorio della figura di recidiva in esame, posto che, secondo costante insegnamento della giurisprudenza costituzionale, «l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale».

<sup>387</sup> La Corte di cassazione, in passato, aveva dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 99, quinto comma, cod. pen., proposta con riferimento agli artt. 3, 25 e 27 Cost. per la maggiore severità della disciplina della recidiva reiterata nel caso di realizzazione di un delitto di cui all'art. 407, secondo comma, lettera a), cod. proc. pen. In quell'occasione, a differenza della presente, i giudici di legittimità avevano ritenuto non irragionevole la previsione normativa, in quanto limitata a fattispecie specifiche, caratterizzate da notevole allarme sociale, e indicative del perdurare della capacità a delinquere del reo, secondo una scelta legislativa non in contrasto con i principi costituzionali, essendo finalizzata a sanzionare più severamente, sia pure comprimendo gli spazi di discrezionalità del giudice, chi abbia continuato a commettere reati nonostante l'irrogazione di precedenti condanne. Così: Cass. pen., sez. II, 23 febbraio 2011, n. 6950, *CED Cassazione* 249458; Cass. pen., sez. II, 22 febbraio 2013, n. 8076, *CED Cassazione* 254535.

<sup>388</sup> Corte cost., sent. 8 - 23 luglio 2015, n. 185, in *Giur. cost.*, 2015, 4, 1400, con nota di M. PELISSERO, *L'incostituzionalità della recidiva obbligatoria. Una riflessione sui vincoli legislativi alla discrezionalità giudiziaria*. Per un commento alla sentenza, D. BIANCHI, *Cade l'ipotesi speciali di obbligatorietà: la Consulta prosegue nell'opera di disinnescamento degli automatismi della recidiva*, in *Cass. pen.*, 2016, 1, 30; P. GRILLO, *Recidiva obbligatoria: cala la scura della Consulta*, in *Dir. e giust.*, 2015, 30, 73; F. URBAN, *Sulla illegittimità costituzionale dell'applicazione obbligatoria della recidiva anche ai reati di particolare gravità e allarme sociale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4 febbraio 2016.

Proprio a questo proposito, c'è un elemento che accomuna la dichiarazione di illegittimità costituzionale della recidiva obbligatoria prevista dall'ultimo comma dell'art. 99 cod. pen. con le sentenze, prima esaminate, che hanno dichiarato illegittimi i limiti imposti dall'art. 69, quarto comma, cod. pen. al bilanciamento della recidiva reiterata con specifiche circostanze attenuanti concorrenti. In entrambi i casi ad essere irragionevole è la limitazione del potere discrezionale del giudice, costretto a far soccombere il peso del disvalore oggettivo del fatto rispetto ai profili della colpevolezza e della pericolosità dell'autore, che stanno a fondamento della recidiva nella lettura eclettica proposta dalla Consulta.

Quanto al secondo profilo, la Corte rimarca che, secondo la costante giurisprudenza costituzionale<sup>389</sup>, l'individuazione delle condotte punibili e la configurazione del relativo trattamento sanzionatorio rientrano nella discrezionalità legislativa, il cui esercizio non può formare oggetto di sindacato sul piano della legittimità costituzionale, salvo che si traduca in scelte manifestamente irragionevoli o arbitrarie<sup>390</sup>.

---

<sup>389</sup> Corte cost., sent. 19 - 23 marzo 2012 n. 68 (in *Giur. cost.*, 2012, 2, 892), sent. 8 - 12 febbraio 2010, n. 47 (in *Giur. cost.*, 2010, 1, 565), sent. 18 - 22 maggio 2009, n. 161 (in *Giur. cost.*, 2009, 3, 1813), sent. 22 gennaio - 2 febbraio 2007, n. 22 (in *Giur. cost.*, 2007, 1, 151), sent. 8 - 23 novembre 2006, n. 394 (in *Giur. it.*, 2007, 11, 2421).

<sup>390</sup> L'ordinanza di remissione della Corte di cassazione (Cass. pen., sez. V, ord. 3 luglio 2014, n. 37443, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29 settembre 2014, con nota di G.L. GATTA, *Recidiva obbligatoria: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 27, co. 3, Cost.*) ricorda - al fine di escluderne la rilevanza - un remoto precedente (Corte cost. 4 gennaio 1977, n. 5) con cui la Consulta aveva dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale di una norma che, analogamente a quella qui in esame, disponeva - *rectius*, dispone tuttora - un aggravamento sanzionatorio automatico per il recidivo. Si tratta dell'art. 296 del d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43 (T.U. delle disposizioni legislative in materia doganale) che punisce più severamente chi si rende nuovamente autore di un ulteriore delitto di contrabbando. Invero, la questione sollevata in quella sede si appuntava unicamente sull'art. 3 Cost., assumendo quale termine di comparazione il regime di discrezionalità della recidiva introdotto dalla citata riforma del 1974. In altri termini, non ci si poneva il problema della ragionevolezza dell'automatismo ivi contenuto, bensì della disparità di trattamento in relazione al regime di facoltatività/obbligatorietà della recidiva, rispettivamente, nella disciplina codicistica e in quella *ex art. 296 cit.* Osserva condivisibilmente la Cassazione che, al di là del diverso *thema decidendum* di quella questione rispetto a quella qui annotata, si può cogliere una profonda diversità strutturale tra l'art. 296 cit. e l'art. 99, quinto comma, cod. pen.: il primo disciplina, infatti, una figura di recidiva specifica, relativa al reato di contrabbando, caratterizzato da peculiari caratteristiche collegate alla lesione di primari interessi finanziari dello Stato; diversamente, l'art. 99, quinto comma, cod. pen. rinvia all'eterogeneo catalogo di cui all'art. 407, secondo comma, lettera a), cod. proc. pen. e non si preoccupa di sottolineare l'omogeneità tra reato espressivo e reato fondante. Queste osservazioni giustificano i diversi esiti a cui è arrivata la Consulta. Infatti, come ben osserva la Corte «mentre è evidente che la disciplina della recidiva censurata dal giudice *a quo* attiene alla determinazione della misura della sanzione penale per il reato di contrabbando, e rientra quindi nella sfera di discrezionalità del legislatore, è altresì chiaro che la sussistenza delle particolari caratteristiche del reato stesso, che postulano logicamente, per la delicatezza degli interessi protetti, una tutela particolarmente efficace, esclude quegli elementi di irragionevolezza o illogicità che soli potrebbero, come si è detto, legittimare un sindacato della Corte ai fini della osservanza del principio di uguaglianza». Si tratta, pertanto, di un precedente non confacente alla disamina della questione sottesa alla pronuncia qui annotata, ma resta un utile momento di confronto sulla ragionevolezza-irragionevolezza di due automatismi sanzionatori in tema di recidiva.

Nel caso di specie, «il rigido automatismo sanzionatorio cui dà luogo la norma censurata – collegando l'automatico e obbligatorio aumento di pena esclusivamente al dato formale del titolo di reato commesso – è del tutto privo di ragionevolezza, perché inadeguato a neutralizzare gli elementi eventualmente desumibili dalla natura e dal tempo di commissione dei precedenti reati e dagli altri parametri che dovrebbero formare oggetto di valutazione del giudice»<sup>391</sup>.

La Consulta nota, inoltre, come «mentre nei primi quattro commi dell'art. 99 cod. pen. sono previste ipotesi di diversa gravità della recidiva, con il passaggio da quella semplice (primo comma) a quella aggravata (secondo comma), a quella pluriaggravata (terzo comma) e a quella reiterata (quarto comma), che possono avere un significato assai diverso ai fini della valutazione della colpevolezza e della pericolosità del reo, nel quinto comma tutte queste diverse ipotesi vengono irragionevolmente parificate in una previsione di obbligatorietà, che comporta un aumento di pena solo in ragione del titolo del reato che è stato commesso»<sup>392</sup>. L'ampiezza del campo applicativo della norma censurata, riferita a tutte le ipotesi di recidiva previste dai commi precedenti, è tale da smentire la presunzione legislativa.

L'irragionevolezza della disposizione censurata trova ulteriore conferma nel criterio legislativo di individuazione dei reati espressivi della recidiva obbligatoria.

L'art. 407, secondo comma, lettera a), cod. proc. pen., concerne reati eterogenei dal punto di vista dei beni giuridici tutelati e, sotto il profilo sanzionatorio, collegati dal legislatore solo in funzione di esigenze processuali. Essi sono, quindi, inadatti ad esprimere un comune dato significativo ai fini dell'applicazione della recidiva. Non pare potersi sostenere che la maggiore capacità a delinquere dell'agente si fondi sulla particolare gravità del nuovo delitto commesso (uno tra quelli previsti nell'art. 407, secondo comma, lettera a), cod. proc. pen.), senza necessità di un accertamento in concreto da parte del giudice.

La Consulta si sofferma sulla presunzione assoluta, sottesa all'automatismo censurato, di più accentuata colpevolezza e di maggiore pericolosità del reo autore di tali gravi delitti.

Richiamando la giurisprudenza costituzionale in tema di presunzioni legali, si ricorda come l'irragionevolezza di una presunzione assoluta si coglie evidentemente tutte le volte in cui è agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa. Il grado di tollerabilità delle presunzioni legali è tradizionalmente declinato sulla necessità che il pre-giudizio legislativo risponda a dati di esperienza generalizzati.

Un dato del genere non esiste nel caso in esame: mancano dati di esperienza generalizzati che dimostrino che il nuovo episodio delittuoso (rientrante nell'elenco di reati menzionato) sia

---

<sup>391</sup> Corte cost., sent. 185/2015, § 9.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>392</sup> *Ibidem*.



espressivo di maggiore capacità a delinquere. In assenza di tali dati, non è possibile formulare una presunzione *iuris et de iure* che possa dirsi ragionevole.

È, di contro, «agevole» ipotizzare situazioni in cui la commissione di un delitto compreso nell'art. 407, secondo comma, lettera a), cod. proc. pen., da parte di chi abbia riportato una precedente condanna per un qualsiasi delitto non colposo, non sia espressione di una particolare colpevolezza. Ciò avviene, ad esempio, in tutti i casi in cui il giudice, impiegando i criteri di giudizio propri della recidiva facoltativa (tempo trascorso dalla precedente condanna, grado di omogeneità dei delitti), non riterrebbe sussistente l'aggravante.

La presunzione, data l'eterogeneità e la varietà delle fattispecie in essa sussumibili, ha un campo applicativo irragionevole: tratta nello stesso modo situazioni anche molto diverse tra loro. Ancora una volta, dunque, il confronto è tra la presunzione e ciò che si verifica in concreto.

La Corte costituzionale accoglie anche le osservazioni *sub* art. 27, terzo comma, Cost. La previsione di un obbligatorio aumento di pena, legato solamente al dato formale del titolo di reato, senza alcun accertamento della concreta significatività del nuovo episodio delittuoso, può rendere la pena palesemente sproporzionata alla gravità del fatto commesso e, dunque, avvertita come ingiusta dal condannato, vanificandone *a priori* la finalità rieducativa.

A seguito di questa pronuncia, non vi sono più eccezioni alla regola della facoltatività dell'applicazione della recidiva, secondo l'unica interpretazione compatibile con i principi costituzionali in materia di pena<sup>393</sup>. Tutte le ipotesi di disciplina, compresa quella di cui al quinto comma dell'art. 99 cod. pen., operano quali circostanze aggravanti inerenti alla persona del colpevole di natura facoltativa, nel senso che è consentito al giudice, all'esito delle valutazioni di cui si è detto, motivatamente escluderle ai fini sanzionatori, non potendo dirsi sufficiente che dal certificato penale emerga una precedente condanna e che il delitto per cui si procede appartenga all'elenco di cui all'art. 407, secondo comma, lettera a), cod. proc. pen.

L'art. 99, quinto comma, cod. pen., pertanto, si limita, oggi, a prevedere, per i delitti ivi indicati, un'ipotesi speciale di recidiva aggravata che rimane facoltativa, ma con il limite minimo di aumento che è invece vincolate, una volta che il giudice abbia dichiarato la recidiva.

La disposizione, così ridimensionata, non presenta profili di illegittimità costituzionale. Permangono, piuttosto, due perplessità.

---

<sup>393</sup> D. BIANCHI, *Cade l'ipotesi speciali di obbligatorietà: la Consulta prosegue nell'opera di disinnesco degli automatismi della recidiva*, cit. definisce la sentenza in commento come la «prosecuzione naturale» dell'«opera di demolizione degli automatismi sanzionatori innervanti la disciplina della recidiva per come riformata dalla legge c.d. ex Cirielli». L'Autore evidenzia il collegamento di questa sentenza con la declaratoria di parziale incostituzionalità dell'art. 62-bis, secondo comma, cod. pen. (Corte cost., sent. n. 183/2011, cit.), sia per il fatto che il presupposto basilare della limitazione ivi contemplata al riconoscimento delle attenuanti indefinite è costituito proprio da un'ipotesi speciale di recidiva obbligatoria ex art. 99, quinto comma, cod. pen., sia perché l'apparato argomentativo allora elaborato dalla Consulta è stato in buona parte reimpiegato nell'odierna pronuncia (d'altronde l'autorevole redattore delle due sentenze è il medesimo: Giorgio Lattanzi).

La prima è data dalla irragionevolezza di identificare, attraverso il rinvio ad una norma sulla durata dei termini delle indagini preliminari, i reati per i quali si giustifica la maggiore severità della risposta sanzionatoria. Infatti, sebbene la sentenza in commento abbia evidenziato l'eterogeneità tra l'art. 407, secondo comma, lettera a), cod. proc. pen. e il fondamento della recidiva, tale rilievo costituisce solo un passo argomentativo *ad adiuvandum* che è servito alla Consulta nell'evidenziare la violazione dell'art. 3 Cost.<sup>394</sup>. Si auspica, in tal senso, un intervento legislativo che individui i reati espressivi di maggiore gravità in maniera diversa da un generico richiamo ad una norma processuale ideata per altri scopi e in coerenza con la gerarchia dei beni-oggetto di tutela ricavabile dalla Costituzione.

La seconda perplessità risiede nell'assenza di un'elencazione dei criteri che il giudice deve prendere in considerazione ai fini del riconoscimento, o meno, della recidiva. Come prima menzionato, infatti, è la giurisprudenza ad aver enucleato indici sintomatici dai quali desumere una maggiore colpevolezza del fatto o pericolosità del reo<sup>395</sup>. Anche, sotto questo profilo, è, dunque, auspicabile un intervento legislativo in grado di indirizzare il potere del giudice tramite l'individuazione chiara dello scopo dell'istituto e, appunto, mediante l'elencazione dei criteri da valutare, sui quali si ancorerà, poi, la motivazione del provvedimento del giudice.

## 11. CONCLUSIONI INTERMEDIE ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA ESAMINATA

Le sentenze esaminate si segnalano per il definitivo superamento di quell'iniziale *self restraint* della Corte costituzionale nei confronti delle scelte politico criminali del legislatore nella configurazione del trattamento sanzionatorio delle condotte punibili. Ma non solo.

Dette pronunce rappresentano la piena ricezione, da parte della Corte, dei principi fondamentali del diritto penale<sup>396</sup>. Evidenti sono, in questo senso, i riferimenti al principio di proporzione tra gravità del fatto e misura della pena, al principio di offensività come unico legittimo fondamento della reazione punitiva, allo *standard* del giudizio di ragionevolezza.

---

<sup>394</sup> Cfr. M. PELISSERO, *L'incostituzionalità della recidiva obbligatoria. Una riflessione sui vincoli legislativi alla discrezionalità giudiziaria*, cit.

<sup>395</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 655, osserva che la mancata indicazione dei criteri di valutazione porta con sé il rischio di instaurare un sistema di «sovranità giurisdizionale» difficilmente conciliabile con il principio di legalità e utilizzabile negli opposti sensi – come la prassi insegna – della clemenza o del rigorismo, secondo le spinte emozionali del momento e le convinzioni personali.

Circa il ruolo della discrezionalità penale nella disciplina della recidiva e delle possibili conseguenze applicative, si veda G. CARUSO, *La discrezionalità penale: tra tipicità classificatoria e tipologia ordinale*, Padova, 2009, 208.

<sup>396</sup> F. VIGANÒ, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, cit. L'Autore scrive che i passaggi motivazionali delle sentenze della Corte costituzionale sono «musica per le orecchie del penalista» proprio perché recepiscono «i principi che si insegnano oggi correntemente in qualunque manuale di diritto penale».

In questa prospettiva, come si è visto, paradigmatica è la questione della recidiva, là dove sia interpretata come espressiva di una maggiore pericolosità sociale. Se, infatti, è vero che la misura della pena corrispondente alla gravità del reato costituisce un limite invalicabile, allora l'aumento di pena per la recidiva non può avvenire al di sopra dei limiti segnati dalla colpevolezza per il fatto, se non con violazione degli artt. 25, secondo comma, e 27, primo comma, Cost.<sup>397</sup>.

Eppure, come si è visto, il legislatore con la legge n. 251 del 2005 ha tracciato, rispetto al recidivo, soprattutto se reiterato, uno «statuto differenziato» determinante una discriminazione repressiva in una prospettiva carcerocentrica neutralizzante e segregazionista.

Lo sviluppo della giurisprudenza costituzionale e di legittimità sulla disciplina della recidiva dopo la riforma del 2005 segnala una chiara linea di tendenza verso il recupero dei principi dello Stato di diritto sulle politiche securitarie animate da quella riforma<sup>398</sup>.

In questo senso, la Corte costituzionale e la Corte di Cassazione hanno, dapprima, consolidato la discrezionalità delle ipotesi di recidiva previste nei primi quattro commi dell'art. 99, cod. pen. È stata, così, accreditata una possibile interpretazione conforme a Costituzione, che considera quella circostanza non automatica, ma subordinata all'eventualità che il giudice, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, la ritenga sussistente.

Poi è stata la volta delle sentenze di incostituzionalità. Tra queste, prima quelle che hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale dei limiti imposti al giudizio di bilanciamento della recidiva reiterata (art. 69, quarto comma, cod. pen.) rispetto a specifiche circostanze attenuanti. Pur non incidendo direttamente sull'art. 99 cod. pen., siffatte pronunce hanno evidenziato l'irragionevolezza dell'irrigidimento degli effetti indiretti della recidiva. I principi costituzionali sulla commisurazione in senso ampio della pena hanno, dunque, preso il sopravvento sulle scelte di politica criminale che avevano irragionevolmente irrigidito il potere discrezionale del giudice. La sentenza della Corte costituzionale, che da ultimo ha dichiarato l'illegittimità dell'unica ipotesi di recidiva obbligatoria prevista dall'art. 99, quinto comma, cod. pen., costituisce un ulteriore tassello della politica di smantellamento progressivo della rigidità dello «statuto penale» del recidivo.

---

<sup>397</sup> Cfr. R. BARTOLI, *Le circostanze «al bivio» tra legalità e discrezionalità*, cit. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, Torino, 2008, 360. Altresì, F. VIGANÒ, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, Quest'ultimo, facendo leva sulle argomentazioni espresse con riferimento all'aggravante della clandestinità, in particolare sotto il profilo del principio di offensività, ritiene che si possano affacciare prospettive ablatorie sul sistema vigente, proprio con riguardo all'istituto della recidiva, giudicato un residuo del diritto penale d'autore.

<sup>398</sup> Si allenta così il «cappio sanzionatorio» stretto intorno al collo di quei «tipi d'autore», destinatari di un regime penale differenziato, all'insegna del rigore punitivo. Cfr. T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, cit., 32.

Che il recidivo reiterato meriti un trattamento sanzionatorio deteriore rispetto agli altri potrebbe essere, in linea generale, giustificato: il recidivo reiterato, proprio perché continua a commettere reati, potrebbe denotare in effetti una particolare pericolosità e maggiore colpevolezza individuale.

Questo giudizio investe il rapporto tra le precedenti condanne e il reato oggi commesso ed è attualmente demandato *in toto* al giudice. Il giudice, infatti, deve valutare se le precedenti condanne sono tali da rendere il fatto per il quale si sta procedendo più grave, sotto il profilo della pericolosità o della colpevolezza.

Solo quando il giudice applica la recidiva, si producono gli effetti indiretti della recidiva, incluso il divieto di prevalenza delle attenuanti di cui all'art. 69, quarto comma, cod. pen. Quest'ultimo divieto è, secondo la Corte, in sé ragionevole: rappresenta un ulteriore incremento sanzionatorio collegato alla ritenuta maggiore pericolosità o colpevolezza.

Eppure, questo meccanismo non funziona più nei casi in cui l'attenuante di cui si esclude la prevalenza è una circostanza ad effetto speciale, tale da determinare uno sconto di pena significativamente superiore al terzo. Nella commisurazione della pena, infatti, il legislatore può attribuire un peso alla qualifica soggettiva dell'agente, qualora ciò denoti una maggiore carica offensiva, ma tale rilievo non può finire con il produrre un effetto così rilevante rispetto al peso dato al profilo oggettivo. In altri termini, non è possibile invertire il rapporto tra la qualifica soggettiva e il fatto, pena altrimenti la punizione del soggetto per ciò che è e non per la condotta commessa.

Nell'argomentazione della Corte si risentono gli echi della pronuncia – che, qui, non si ha modo di analizzare – sull'aggravante della clandestinità<sup>399</sup>. Anche in quella occasione la Consulta ha respinto con fermezza il modello del «diritto penale d'autore», nel quale la pena è concepita come una risposta alla pericolosità sociale dell'autore e non già come una reazione proporzionata alla gravità del singolo fatto commesso<sup>400</sup>.

---

<sup>399</sup> Si tratta della già menzionata sentenza Corte cost., sent. n. 249/2010, cit. Per commenti alla sentenza, si vedano A. MATERIA, *Gli extracomunitari tra discrezionalità penale, diritti fondamentali e principio di offensività*, in *Giur. it.*, 2011, 4; F. NUZZO, *Appunti sulla incostituzionalità dell'art. 61, n. 11-bis, c.p.*, in *Cass. pen.*, 2010, 11, 3748; F. VIGANÒ, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, cit.

<sup>400</sup> Si segnala che un problema simile si è posto recentemente negli Stati Uniti. La Suprema Corte nel caso *Buck v. Davis*, con sentenza del 22 febbraio 2017, ha messo a freno all'ingresso di discriminazioni razziali nel *sentencing*. Il caso riguardava un afroamericano condannato per duplice omicidio alla pena di morte. Nell'irrogare la sanzione, la giuria aveva ritenuto decisiva la valutazione circa la futura pericolosità (*future dangerousness*) del condannato ed aveva quindi optato per la pena di morte anziché per la pena dell'ergastolo. Tra i fattori statistici di cui il consulente della giuria aveva tenuto conto nel giudizio di pericolosità vi era quello relativo alla razza: «*Black: increased probability. There is an over-representation of Blacks among the violent offender*». Nella conclusione della Corte Suprema – al di là del dato formale e sostanziale della violazione del diritto di difesa, funzionale a riaprire la fase del *sentencing* – si legge «*Buck may have been sentenced to death in part because of his race*». Ed è questa una deviazione da una fondamentale premessa del sistema della giustizia penale statunitense («*a basic premise of our justice*

Costante, nel ragionamento della Consulta, è l'utilizzo di quella regola di giudizio secondo la quale le presunzioni assolute hanno diritto di cittadinanza se e in quanto rispondono all'*id quod plerumque accidit*. Dette presunzioni, proprio perché servono ad imporre un determinato trattamento per tutte le situazioni riferibili alla fattispecie che le presuppone, a prescindere da eventuali scarti tra modello astratto e fattispecie concreta, generano «naturalmente» una tensione con i principi di uguaglianza e ragionevolezza. Pertanto, la «legge di copertura» in base alla quale una presunzione viene costruita deve essere molto attendibile, specialmente quando si discute di presunzioni *iuris et de iure*. L'automatismo deve, dunque, essere costruito in modo da ridurre grandemente, se non eliminare, il rischio della sua applicazione ad ipotesi concrete prive della connotazione che giustifica razionalmente la disciplina considerata<sup>401</sup>.

Attraverso le sentenze esaminate si consolida ulteriormente un principio di carattere generale che spesso il legislatore trascura quando, nel perseguire esigenze preventive, mette in secondo piano i principi di proporzione e di sussidiarietà. Questo principio è quello della tendenziale necessità costituzionale della flessibilità del potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena.

Principio bene esplicitato dalla Corte costituzionale già nella «storica» sentenza che ha fissato la regola di tendenziale incostituzionalità delle pene fisse: «l'adeguamento delle risposte punitive ai casi concreti – in termini di uguaglianza e/o differenziazione di trattamento – contribuisce da un lato, a rendere quanto più possibile *personale* la responsabilità penale, nella prospettiva segnata dall'art. 27, primo comma; e nello stesso tempo è strumento per una determinazione della pena quanto più possibile *finalizzata*, nella prospettiva dell'art. 27, terzo comma, Cost.»<sup>402</sup>.

I principi costituzionali di uguaglianza e della funzione rieducativa della pena condizionano non solo le scelte del legislatore sulla determinazione in astratto della pena, ma anche la disciplina sulla c.d. commisurazione in senso ampio della pena, comprensiva di tutti i meccanismi che ne definiscono in concreto la quantificazione, circostanze e pene accessorie comprese. Limitazioni al potere discrezionale del giudice non sono di per sé illegittime, purché siano ragionevolmente giustificabili alla luce di obiettivi di politica criminale di prevenzione

---

*system*»): si puniscono le persone per quel che fanno, non per quel che sono («*our law punishes people for what they do, not who they are*»). Irrogare la pena sulla base di una caratteristica immutabile, come il colore della pelle, viola immancabilmente questo principio giuda. Il testo della sentenza è reperibile in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con nota di G.L. GATTA, *Omicida condannato a morte, anziché all'ergastolo, perché nero quindi «pericoloso»*. La Corte Suprema U.S.A. mette un freno all'ingresso di stereotipi razziali nel sentencing, 28 febbraio 2017.

<sup>401</sup> G. LEO, *Sul riconoscimento di attenuanti generiche a recidivo reiterato (nota a Corte cost., 10 giugno 2011, n. 183)*, cit.

<sup>402</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 50/1980, cit., § 3 del *Considerato in diritto*.

generale o speciale e non determinino il sacrificio di interessi costituzionalmente rilevanti e non sopprimibili.

Le sentenze annotate si inseriscono, dunque, nel solco di una serie di pronunce della Corte costituzionale che, a fronte del quadro normativo ora delineato, hanno in vario modo tracciato la via per restituire al giudice gli spazi di discrezionalità compressi o sottratti *tout court* dal legislatore.

## CAPITOLO TERZO

### LA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DEGLI AUTOMATISMI SANZIONATORI PREVISTI DURANTE L'ESECUZIONE DELLA PENA

1. PREMESSA: L'INDIVIDUALIZZAZIONE DEL TRATTAMENTO PENITENZIARIO E GLI OSTACOLI ALLA SUA REALIZZAZIONE. - 2. L'ART. 4-BIS DELL'ORDINAMENTO PENITENZIARIO E LE PRESUNZIONI DI PERICOLOSITÀ. - 3. CONSIDERAZIONI SULLA LEGITTIMITÀ DELLE PRESUNZIONI POSTE ALLA BASE DELL'ART. 4-BIS DELL'ORDINAMENTO PENITENZIARIO. - 3.1. LA LOGICA DEL «TIPO DI REATO» E DEL «TIPO DI AUTORE». - 3.2. LA CONDOTTA COLLABORANTE ELEVATA A UNICO INDIZIO DI ROTTURA DEL VINCOLO ASSOCIATIVO. - 4. I PERSISTENTI DUBBI DI LEGITTIMITÀ DELL'ART. 4-BIS DELL'ORDINAMENTO PENITENZIARIO. - 5. SEGUE: L'ERGASTOLO OSTATIVO. - 6. ULTERIORI AUTOMATISMI SANZIONATORI NELL'ORDINAMENTO PENITENZIARIO. - 7. SEGUE: I PRINCIPI DI DIRITTO ESPRESSI DALLA CORTE COSTITUZIONALE. - 8. PROFILI DI DIRITTO INTERTEMPORALE DEL REGIME PRECLUSIVO DI ACCESSO AI BENEFICI PENITENZIARI. - 8.1. L'ESTENSIONE DELLE NUOVE NORME AI CONDANNATI IN CORSO DI ESECUZIONE: L'INCOSTITUZIONALITÀ DI REVOCA E DINIEGO AUTOMATICI DI BENEFICI PENITENZIARI. - 8.2. L'ESTENSIONE DELLE NUOVE NORME AI CONDANNATI PRIVI DI UN PERCORSO RIEDUCATIVO IN ATTO: IL PRINCIPIO DEL *TEMPUS REGIT ACTUM*. - 9. AUTOMATISMI IN MATERIA DI LIBERAZIONE CONDIZIONALE. - 10. LA PRECLUSIONE ASSOLUTA DELLE MISURE ALTERNATIVE PER IL CITTADINO EXTRACOMUNITARIO IRREGOLARE. - 11. LA SOSPENSIONE CONDIZIONATA DELL'ESECUZIONE DELLA PENA DETENTIVA AI SENSI DELLA LEGGE N. 207 DEL 2003 (C.D. «INDULTINO»). - 12. GLI AUTOMATISMI E LE PRECLUSIONI NELL'ESECUZIONE PENALE MINORILE. - 13. CONCLUSIONI INTERMEDIE ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA ESAMINATA.

#### 1. PREMESSA: L'INDIVIDUALIZZAZIONE DEL TRATTAMENTO PENITENZIARIO E GLI OSTACOLI ALLA SUA REALIZZAZIONE

La legge sull'ordinamento penitenziario (legge 26 luglio 1975, n. 354) si apre con l'art. 1 che bene riassume i principi direttivi che informano il trattamento penitenziario. In particolare, si legge all'ultimo comma della citata disposizione che «nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti

con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi. Il trattamento è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti»<sup>403</sup>.

Sullo sfondo di tali affermazioni campeggia il precetto dell'art. 27, terzo comma, Cost., che attraverso il suo duplice livello di previsione, in negativo («le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità») e in positivo («devono tendere alla rieducazione del condannato»), definisce l'area di incidenza del vincolo costituzionale sulle scelte della legislazione penale e penitenziaria.

La legge sull'ordinamento penitenziario attua altresì gli impegni assunti dall'Italia negli accordi internazionali – sottoscritti dall'Italia in ambito tanto europeo quanto mondiale – diretti a stabilire le c.d. «Regole minime per il trattamento dei detenuti»<sup>404</sup>.

L'idea di fondo è che il carcere non debba conservare la centralità di un tempo ma, piuttosto, debba segnare l'inizio di un percorso rieducativo che si compone di aperture all'esterno e di sempre più ampi spazi di libertà che favoriscano contatti sociali, strumentali al futuro pieno reinserimento<sup>405</sup>.

---

<sup>403</sup> Per approfondimenti, V. GREVI, F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Sub Art. 1*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, 3. A detta degli Autori, l'art. 1 ord. penit. è la «norma più emblematica» della svolta ideologica del legislatore del 1975.

<sup>404</sup> Si vedano, in questo senso, le «Regole minime per il trattamento dei detenuti» e le «Regole delle Nazioni Unite relative al trattamento delle donne detenute e alle misure non detentive per le donne autrici di reato» adottate nell'ambito dell'O.N.U. con risoluzione, rispettivamente, del 30 agosto 1955 e del 21 dicembre 2010; le «Regole minime per il trattamento dei detenuti» le «Regole penitenziarie europee» adottate dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, rispettivamente, con risoluzione del 19 gennaio 1973 e con raccomandazione prima del 12 febbraio 1987 e poi dell'11 gennaio 2006. Si segnalano altresì le «Regole europee sulle sanzioni e misure alternative alla detenzione» e le «Regole europee sulla messa alla prova» adottate dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa con raccomandazione, rispettivamente, del 19 ottobre 1992 e del 20 gennaio 2010. Tra gli strumenti internazionali più significativi vi è anche la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani e degradanti del 1987 (recepita con legge 2 gennaio 1989, n. 7). In argomento, P. COMUCCI, A. PRESUTTI (a cura di), *Le regole penitenziarie europee*, Milano, 1989. Alcuni dei testi menzionati sono rinvenibili in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015.

<sup>405</sup> L'ambizioso programma di decarcerizzazione, già delineato dalla legge del 1975, è stato in seguito arricchito dalla legge n. 663 del 1986 (c.d. legge Gozzini) e articolato su una pluralità di strumenti, alcuni volti all'ampliamento delle ipotesi di uscita temporanea dal carcere secondo la logica del «meno carcere», altri diretti al potenziamento delle opportunità di evitare l'ingresso in istituto secondo la logica del «non ingresso» o della «uscita anticipata». Per approfondimenti, P. COMUCCI, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in A. PRESUTTI (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, 16; V. MAFFEO, *Il trattamento penitenziario della criminalità organizzata*, in V. MAIELLO (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione e armi*, Torino, 2015, 241. Si veda altresì F. DELLA CASA, *Quarant'anni dopo la riforma del 1975 (ovvero: il continuo divenire della «questione penitenziaria»)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 1163. L'Autore ritiene che la legge Gozzini del 1986 rappresenti il punto più alto della «scommessa anticustodialistica». A proposito di un altro momento di rilievo nell'evoluzione del sistema penitenziario italiano, segnato dalla legge 27 maggio 1998, n. 165 (c.d. legge Simeone), si veda F. DELLA CASA, «Democratizzazione» dell'accesso alle misure alternative e contenimento della popolazione carceraria: le due linee-guida della nuova legge sull'esecuzione della pena detentiva (Commento alla legge



Ecco perché, accanto agli strumenti tradizionali di recupero del detenuto – che si sostanziano nell'accesso al lavoro, nella possibilità di istruzione e nel diritto a professare la propria religione –, sono contemplate misure più specificamente risocializzanti che possono essere distinte in: misure sostitutive della pena detentiva (ad esempio le pene pecuniarie, le pene paradetentive come la semidetenzione o la detenzione domiciliare o l'esecuzione della pena presso il domicilio di cui alla legge n. 199 del 2010, il lavoro di pubblica utilità), misure sospensive in prova (ad esempio l'affidamento in prova al servizio sociale), misure preparatorie alla liberazione (ad esempio l'ammissione al lavoro all'esterno, la semilibertà, le licenze premio, la liberazione anticipata) e premi in senso stretto (permessi premio)<sup>406</sup>.

La previsione delle misure alternative postula, così, una pena modulabile, qualitativamente e quantitativamente, in relazione al grado di rispondenza del singolo condannato al trattamento penitenziario intrapreso<sup>407</sup>. Il processo di modificazione degli atteggiamenti antisociali è rimesso alla «partecipazione attiva e consapevole» del condannato<sup>408</sup>. In quest'ottica, la condotta penitenziaria dovrebbe essere l'unico parametro per accedere ai benefici penitenziari e alle misure alternative<sup>409</sup>. Su tale scorta non potrebbero trovare spazio criteri presuntivi, dovendosi viceversa osservare la singola e concreta situazione.

---

27 maggio 1998, n. 165. Modifiche all'art. 656 del codice di procedura penale ed alla legge 26 luglio 1975, n. 354 e successive modificazioni. Premessa), in *Leg. pen.*, 1998, 755; A. PRESUTTI, *Legge 27 maggio 1998, n. 165 e alternative penitenziarie: la pena rinnegata*, in A. PRESUTTI (a cura di), *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, Padova, 1999, 63. In nome del rispetto del principio di umanità e della tutela di altri diritti garantiti dalla Costituzione, quali il lavoro, la salute, la famiglia, la maternità, trovano giustificazione aperture verso la società in precedenza mai consentite. In argomento, E. FASSONE, *Luci e ombre della «legge Gozzini»*, in *Quest. giust.*, 1987, 3, 658. Sul versante del processo, un significativo contributo alla vasta applicazione delle misure alternative viene dall'istituto della sospensione obbligatoria dell'esecuzione della pena detentiva (art. 656 cod. proc. pen.), la cui area applicativa è stata ridefinita ad opera del decreto legge 1 luglio 2013, n. 78. Per un commento, si veda A. DELLA BELLA, *Convertito in legge il «decreto carceri» 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 15 settembre 2013.

<sup>406</sup> Per approfondimenti si veda F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2011, 751, e riferimenti ivi richiamati; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, 743, e riferimenti ivi richiamati. Sulle diverse anime delle misure alternative, si veda V. GREVI, *Esigenze di sicurezza e prospettive premiali nel quadro della legge penitenziaria*, in V. GREVI (a cura di), *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, Bologna, 1982, 8.

<sup>407</sup> Corte cost., sent. 16 – 30 dicembre, 1997, n. 445, in *Cass. pen.* 1998, 1310. Si veda § 2 del *Considerato in diritto*: «ogni misura si caratterizza per essere parte di un percorso nel quale i diversi interventi si sviluppano secondo un ordito unitario e finalisticamente orientato al fondo del quale sta il necessario plasmarsi in funzione dello specifico comportamento serbato dal condannato».

L'art. 1 del Reg. esec. ord. penit. parla di «offerta di interventi». Per approfondimenti, G. DI GENNARO, *Il trattamento penitenziario*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, 113; G. MAROTTA, F. BUENO ARUS, *Le basi giuridiche del trattamento penitenziario*, in F. FERRACUTI (a cura di), *Carcere e trattamento*, Milano, 1989, 79.

<sup>408</sup> Cfr. A. PRESUTTI, *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 1986, 29.

<sup>409</sup> G. GIOSTRA, *Tre settori da differenziare nei rapporti tra giurisdizione ed esecuzione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 1348.

Eppure le scelte compiute dal legislatore, a partire dagli anni Novanta, si sono rivelate antitetiche rispetto alle affermazioni appena fatte<sup>410</sup>.

I provvedimenti legislativi di quel periodo, diretti *in primis* al contrasto alla criminalità mafiosa – particolarmente allarmante in quegli anni –, hanno introdotto un diverso criterio per la concessione delle misure alternative, fondato su condotte del condannato tenute in ambito extrapenitenziario: le condotte collaborative prestate in sede processuale.

Queste sono state elevate, in taluni casi, ad esclusivo indice valutativo della personalità del condannato, in sostituzione dei precedenti criteri fondati sui risultati dell'osservazione penitenziaria e del trattamento in istituto.

L'esperata valorizzazione di un dato estraneo al trattamento penitenziario ha finito, inevitabilmente, per incrinare il rapporto di stretta correlazione, sino ad allora sussistente, tra percorso rieducativo svolto e trattamento alternativo<sup>411</sup>.

Non solo. Per effetto di ripetuti interventi «securitari» che si sono succeduti nel tempo, il nostro ordinamento penitenziario è oggi fortemente segnato da preclusioni assolute e presunzioni sfavorevoli, secondo una trama fondata essenzialmente sugli artt. 4-*bis* e 58-*quater* ord. penit.<sup>412</sup>. La struttura portante delle misure alternative è stata manipolata e piegata alla cura delle emergenze via via manifestatesi, che avrebbero, eventualmente, meritato una risposta in una sede diversa da quella dell'esecuzione penale<sup>413</sup>.

---

<sup>410</sup> In realtà l'irrigidimento del trattamento penitenziario era già avvenuto a fronte dell'ondata del terrorismo politico: nel 1977 è stato introdotto il carcere di massima sicurezza per i delinquenti più pericolosi, cui la legge penitenziaria del 1975 dedicava il solo art. 90, che, in via eccezionale, consentiva l'esclusione del detenuto dai benefici in seguito a un espresso provvedimento del Ministro di grazia e giustizia. Una più articolata disciplina del regime carcerario speciale è stata poi introdotta dalla pur liberale legge Gozzini, con l'art. 41-*bis* ord. penit., inizialmente previsto come soluzione temporanea e, poi, via via modificato fino a che è stato acquisito stabilmente al sistema con la legge 23 dicembre 2002, n. 279. Cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2010, 576.

<sup>411</sup> Cfr. A. PRESUTTI, «Alternative» al carcere e regime delle preclusioni, in A. PRESUTTI (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, cit., 65.

<sup>412</sup> Per approfondimenti, P. COMUCCI, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, cit., 1.

<sup>413</sup> Cfr. T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *La resistibile ascesa della sospensione condizionata nel panorama dei benefici penitenziari*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 4, 1618. La collaborazione con la giustizia produce effetti anche in punto di commisurazione della pena: talvolta essa è prevista espressamente come circostanza attenuante, altre volte è valutata ai fini della concessione delle circostanze attenuanti generiche. Con riferimento alla commisurazione, infatti, si osserva, per un verso, che la collaborazione consente un più efficace smantellamento delle organizzazioni criminali e, dunque, in chiave general preventiva, assicura la prevenzione di altri reati; per altro verso, nell'ottica special preventiva, la condotta collaborativa lascia intendere una rottura del vincolo associativo, che, ancorché irrilevante sotto il profilo del ravvedimento del reo, ne dimostra l'uscita dal circuito criminale. Per approfondimenti, D. PULITANÒ, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in AA. VV., *La legislazione premiale*, Milano, 1987, 85; A. SCANDELLARI, *La «prezialità» nel diritto penale sostanziale e nel nuovo processo penale*, in *Giust. pen.*, 1993, III, 218.

I nuovi obiettivi di politica criminale hanno assorbito così le precedenti istanze di politica penitenziaria, trasformando istituti orientati in chiave special preventiva in strumenti di prevenzione generale.

Valutare la compatibilità di questo risultato con il sistema costituzionale della pena è impegno a cui non si può sottrarre nemmeno chi condivide la scelta verso una più efficiente politica di controllo penale di talune forme di criminalità.

Anche a voler ammettere che il trattamento penitenziario possa subire una serie di limitazioni in ragione di esigenze di sicurezza e legalità<sup>414</sup>, ciò non può andare a totale detrimento dei principi direttivi che informano l'esecuzione della pena.

Per un verso, non è completamente preclusa al legislatore una disciplina che - fissate le condizioni sostanziali di accesso ad un beneficio - tenda a «governare» anche la relativa verifica giudiziale per il caso concreto. Ciò può avvenire attraverso meccanismi presuntivi che precludono l'applicazione di un beneficio in determinati casi oppure mediante l'introduzione di elementi tipizzati di apprezzamento negativo o positivo della meritevolezza.

Il fatto che simili previsioni non siano precluse al legislatore, non significa, per altro verso, che esse siano sempre compatibili con la Costituzione. Ogni preclusione, assoluta o relativa che sia, difatti, deve essere valutata in base alla ragionevolezza della presunzione che la sostiene. In altri termini, la «legge di copertura», per la quale, data una certa premessa, ne consegue inevitabilmente una determinata conclusione, deve essere affidabile. La preclusione deve, inoltre, essere proporzionata quanto agli effetti prodotti sul terreno dell'azione risocializzatrice, in modo che la stessa non venga compromessa, attraverso un'estesa riduzione dei tempi e delle tipologie di intervento<sup>415</sup>.

Ecco perché risulta necessario appurare se la disciplina dell'esecuzione penale risultante a seguito degli interventi legislativi - di cui si darà conto - rifletta un adeguato bilanciamento tra le diverse funzioni della pena e sia idonea a garantire il raggiungimento degli obiettivi perseguiti.

La giurisprudenza della Corte costituzionale ha man mano precisato la portata che il principio rieducativo assume in fase di esecuzione della pena.

In questo capitolo verranno analizzate proprio le pronunce con cui la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità di previsioni normative rigide, volte ad escludere il potere, in capo al giudice

---

<sup>414</sup> E. DOLCINI, *La «questione penitenziaria», nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 4, 1655. Secondo l'Autore «Nessuno scandalo, a mio avviso, se la rieducazione cede il passo alla neutralizzazione del condannato, qualora questi non appaia suscettibile di essere reinserito nella società attraverso l'esecuzione della pena, né appaia sensibile agli effetti di ammonimento perseguiti della pena stessa».

<sup>415</sup> Cfr. G. LEO, *Prime valutazioni della Corte costituzionale sulla liberazione anticipata speciale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21 marzo 2016, 10.

di sorveglianza, di effettuare una valutazione comparativa degli interessi rilevanti nel caso concreto.

Si prenderà in considerazione la complessiva disciplina che ruota intorno all'art. 4-*bis* ord. penit., per poi passare all'esame di alcune disposizioni che prevedono la revoca automatica di benefici e misure (artt. 58-*quater*, 30-*ter*, 47-*ter* ord. penit. e art. 177 cod. pen.) ovvero la preclusione assoluta dell'accesso alle stesse per intere categorie di soggetti (artt. 47, 48, 50 ord. penit. in relazione all'extracomunitario irregolare).

## 2. L'ART. 4-BIS DELL'ORDINAMENTO PENITENZIARIO E LE PRESUNZIONI DI PERICOLOSITÀ

Com'è già anticipato, nei primi anni Novanta, la legislazione dell'«emergenza» ha introdotto una serie di provvedimenti, il cui effetto è stato quello di comprimere l'ideale rieducativo in ragione di esigenze di difesa sociale e di prevenzione speciale negativa, nella convinzione che per il contenimento del crimine organizzato fosse necessaria una decisa inversione di tendenza rispetto agli indirizzi della legge n. 663 del 1986<sup>416</sup>.

Espressione paradigmatica di questa linea legislativa è il decreto legge 13 maggio 1991, n. 152 (conv. legge 12 luglio 1991, n. 203), con il quale è stata introdotta nell'ordinamento penitenziario una nuova norma, divenuta ben presto il «simbolo» del c.d. regime penitenziario differenziato<sup>417</sup>. Si tratta dell'art. 4-*bis* ord. penit.

La norma, tuttora vigente ancorché modificata diverse volte e operativamente ampliata sulla base di «contingenti emergenze», è divenuta ben presto «norma cardine» del sistema, emblema del «rigore penitenziario»<sup>418</sup>. Essa è frutto di scelte di «politica criminale» che si muovono in una duplice direzione:

---

<sup>416</sup> In argomento, R. MINNA, *Crimini associati, norme penali e politica del diritto. Aspetti storici, culturali, evoluzione normativa*, Milano, 2007.

<sup>417</sup> Sull'art. 4-*bis* ord. penit. quale «norma simbolo» della legislazione penitenziaria, B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Delitti e pene*, 1992, 3, 132. Secondo M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010, 485, con tali norme «l'ordinamento italiano inaugurò la tendenza, via via consolidatasi, a derogare al principio dell'eguaglianza di tutti i condannati nella fase dell'esecuzione della pena», principio enunciato dalla legge 26 luglio 1975, n. 354 e compiutamente realizzato dalla legge 10 ottobre 1986, n. 663. A parere di B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, cit., 130, in capo ai condannati per determinati delitti sorge una «presunzione pressoché assoluta di pericolosità sociale». Con termini diversi ma nello stesso senso, si veda A. PRESUTTI, «Alternative» al carcere e regime delle preclusioni, cit., 63, che parla di rinuncia all'«impiego degli strumenti tipici della pena risocializzativa» per una categoria di reati.

<sup>418</sup> La rilevanza della norma in esame è sottolineata anche dalla sua collocazione sistematica, nel Capo dedicato ai «principi direttivi» con il proposito di «controbilanciare» l'impostazione risultante dalle altre disposizioni programmatiche contenute nello stesso Capo. Cfr. F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, Torino, 1994; P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010, 39. Si veda altresì, C. BRUNETTI, M. ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, Piacenza, 2004, 447; G. DI GENNARO, R. BREDI, G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997, 56; B.

α) la prima - evidente già dal decreto legge n. 152 del 1991 e in seguito riconfermata - è quella di enucleare una serie di figure delittuose che, per se stesse o per le modalità della condotta, siano espressive del fenomeno della «criminalità organizzata» e di statuire, in via generale, che ai condannati per tali reati non siano concedibili - e, se già concessi, vadano revocati - i benefici che comportano un distacco, totale o parziale, dal carcere (c.d. misure extramurarie)<sup>419</sup>.

---

SPRICIGO, *La «riflessione critica sul reato» e l'automatismo ostativo dell'art. 4-bis ord. penit.*, in *Criminalia*, 2014, 619.

<sup>419</sup> Quanto all'area dei benefici penitenziari interessati dai presupposti di concedibilità di cui all'art. 4-bis ord. penit., sono assoggettati alla disciplina sopradescritta: l'assegnazione al lavoro all'esterno (art. 21 ord. penit.), i permessi premio (art. 30-ter ord. penit.) e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI (artt. 47 e seguenti ord. penit.), ad esclusione della liberazione anticipata. Tra le misure alternative, sono comprese l'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 ord. penit.) e la semilibertà (art. 48 ord. penit.). Quanto alle licenze (art. 53 ord. penit.), si ritiene che anch'esse siano comprese nel regime dell'art. 4-bis ord. penit. sia per la loro collocazione sistematica (all'interno del capo VI) sia per le loro caratteristiche intrinseche rivelatrici di una natura comune alle altre misure. Il bagaglio funzionale dell'art. 4-bis ord. penit. è arricchito dal richiamo che altre norme fanno espressamente alla disposizione in esame: art. 1, secondo comma, lettera a), della legge 26 novembre 2010, n. 199, con riguardo all'esecuzione domiciliare delle pene detentive brevi; art. 656 cod. proc. pen. con riferimento alla sospensione dell'esecuzione della pena detentiva di durata non superiore a tre (o sei) anni di reclusione; art. 47-ter ord. penit. in relazione alla detenzione domiciliare prevista dai commi 01 (detenzione domiciliare del condannato ultrasettantenne) e 1-bis (detenzione domiciliare generica per pene detentive infrabiennali); art. 2 del decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, quanto alla liberazione condizionale. Vanno, invece, esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 4-bis ord. penit.: la liberazione anticipata, i permessi *ex* art. 30 ord. penit., il rinvio dell'esecuzione a norma degli artt. 146 e 147 cod. pen. e la detenzione domiciliare «in alternativa» a detto rinvio, prevista all'art. 47-ter, co. 1-ter, ord. penit., l'affidamento in prova *ex* art. 47-bis ord. penit., la cui attuale collocazione nell'art. 94 del d.P.R. n. 309 del 1990 ne comporta la fuoriuscita dal capo VI ord. penit.; le misure alternative per i soggetti affetti da Aids conclamata o da grave deficienza immunitaria *ex* all'art. 47-quater, comma 9, ord. penit.. Per approfondimenti, si vedano L. CARACENI, C. CESARI, *Sub Art. 4-bis*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, 12 ss.

Recentemente si è posto il problema della compatibilità delle preclusioni di cui all'art. 4-bis ord. penit. con alcune specifiche misure. Si tratta della detenzione domiciliare speciale a tutela del rapporto tra detenute e figli minori (introdotta con legge 8 marzo 2001, n. 40) e della liberazione anticipata speciale (introdotta con decreto legge 23 dicembre 2013, n. 146, conv. legge 21 febbraio 2014, n. 10).

Con riferimento alla detenzione domiciliare speciale, si veda Corte cost., sent. 22 ottobre 2014, n. 239 in *Cass. pen.*, 2015, 1, 131, con nota di E. APRILE, *Osservazioni a C. cost. 22 ottobre 2014, n. 239, ivi*, 141. Per ulteriori commenti, A.M. CAPITTA, *Detenzione domiciliare per le madri e tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. ma impone la regola di giudizio*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it); F. FIORENTIN, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4 bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 27 ottobre 2014; G. MARINO, *Illegittima l'esclusione del beneficio alle detenute madri*, in *Dir. e giust.*, 2014, 1, 19; L. PACE, *La «scure della flessibilità» colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Giur. cost.*, 2014, 5, 3948; D.M. SCHIRÒ, *La «carcerazione degli infanti» nella lettura della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2015, 3, 1067; F. SIRACUSANO, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, in *Giur. cost.*,

Sottesa alla norma vi è la presunzione di permanenza (anche dopo la condanna) dei legami con l'associazione criminale di appartenenza<sup>420</sup>. La *ratio* della presunzione risiede nella particolare struttura dell'associazione a delinquere di stampo mafioso: quest'ultima mostra una peculiare connotazione criminologica rappresentata, essenzialmente, dall'adesione permanente ad un sodalizio criminoso-familiare fortemente radicato nel territorio. Stante la forza di tale legame, si suppone, *secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa*, che la condanna non sia in grado di recidere i legami del reo con l'organizzazione criminale. Ecco perché i condannati per reati di matrice mafiosa si presumono socialmente pericolosi anche nel corso dell'esecuzione della pena. Ed ecco perché la nuova norma preclude agli stessi benefici e misure extramurarie, secondo la particolare logica del «tipo di autore»<sup>421</sup>: rispetto ad essi, sembra acquisita la convinzione di una rieducazione impossibile. Di qui l'abbandono degli strumenti tipici della risocializzazione<sup>422</sup>.

---

2014, 5, 3940B; G. TABASCO, *La detenzione domiciliare speciale in favore delle detenute madri dopo gli interventi della Corte costituzionale*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 2015, 3.

Con riguardo alla liberazione anticipata speciale, si veda Corte cost., sent. 27 gennaio – 17 febbraio 2016, n. 32, in *Cass. pen.*, 2016, 5, 1976. Per approfondimenti, P. BRONZO, *Problemi «della liberazioni anticipata speciale»*, in *Arch. pen.*, 2014, 2, 619; L. CARACENI, *Liberazione anticipata speciale e condannato minorenni per reati ostativi: l'irragionevole divieto di concedere lo sconto di pena più ampio supera un primo scrutinio di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2016, 1, 197D; F. CECCHINI, *«Svuota-carceri» e liberazione anticipata speciale: decreto legge non convertito e successione di leggi penali nel tempo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 16 settembre 2014; M.G. COPPETTA, *Sub Art. 4 d.l. 23 dicembre 2013 n. 146, conv. l. 21 febbraio 2014 n. 10*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, 1221; F. FIORENTIN, *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, Milano, 2014, 73; G. GIOSTRA, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale)*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3-4, 322; C. MINNELLA, *Il «bonus» della liberazione anticipata speciale si estende anche ai condannati sottoposti al regime ex art. 4-bis ord. penit.?*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 2014, 3; ID., *Liberazione anticipata speciale «integrativa»: è concedibile il beneficio ai condannati 4-bis?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 15 gennaio 2015; E. MONTANI, *Ancora sull'applicabilità della liberazione anticipata speciale «integrativa» destinata ai condannati per i delitti di cui all'art. 4-bis o.p. al vaglio della Cassazione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 4 marzo 2015; G. LEO, *Prime valutazioni della Corte costituzionale sulla liberazione anticipata speciale*, cit.; A. PUGIOTTO, *Liberazione anticipata speciale e reati ostativi: problemi e soluzioni costituzionalmente orientate*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 30 gennaio 2015; M.V. VALENTINO, *Esclusioni «eccellenti» in tema di liberazione anticipata speciale tra problemi di diritto intertemporale e dubbi di incostituzionalità*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 14 maggio 2015.

<sup>420</sup> Presunzioni di pericolosità e automatismi legislativi viaggiano sempre in coppia. Cfr. A. PUGIOTTO, C. MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016, 91. Sul concetto di «collegamenti» con il crimine organizzato, si veda L. CARACENI, C. CESARI, *Sub Art. 4-bis*, cit., 74.

<sup>421</sup> Cfr. L. CARACENI, C. CESARI, *Sub Art. 4-bis*, cit., 52; B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, cit., 130. Negli stessi termini, M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 486; C. FIORIO, *La stabilizzazione delle «carceri-fortezza»: modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di), *Il «pacchetto sicurezza» 2009*, Torino, 2009, 396.

<sup>422</sup> Cfr. A. PRESUTTI, *«Alternative» al carcere e regime delle preclusioni*, cit., 81. Mentre i divieti sanciti dall'art. 4-bis ord. penit. riguardano la concedibilità di misure da usufruirsi all'esterno delle mura carcerarie, un'altra

β) la seconda scelta legislativa innestata dal decreto legge 6 giugno 1992 n. 306 consiste nello stabilire che benefici penitenziari e misure alternative siano concedibili anche ai sopramenzionati detenuti a patto che questi collaborino con la giustizia.

Il legislatore, all'art. 58-*ter* ord. penit., precisa cosa si intende per «persone che collaborano con la giustizia». Si tratta di «coloro che, anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati». Come si è soliti dire, quella appena descritta è una collaborazione «piena»<sup>423</sup>.

Dalla disposizione in esame sono ricavabili due considerazioni.

Innanzitutto, anche questa scelta legislativa sottende, come quella sopra ricordata, una presunzione. Si ritiene, ancora una volta *in forza di una regola di esperienza sufficientemente condivisa*, che la volontà di collaborare con la giustizia dimostri la recisione dei collegamenti con il crimine organizzato. In altri termini, attraverso la collaborazione con la giustizia, si presume che il soggetto si sia distaccato dal contesto mafioso di riferimento, venendo così meno la presunzione di pericolosità sociale prima menzionata<sup>424</sup>.

---

disposizione incide pesantemente sulla vita interna al carcere: si tratta dell'art. 41-*bis* ord. penit. - meglio noto con l'espressione «carcere duro» - applicabile quando ricorrono «gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica». A quest'ultimo proposito, si veda, tra i tanti, C. DEFILIPPI, D. BOSI, *L'articolo 41-bis ord. penit. e le garanzie del detenuto*, Torino, 2007.

<sup>423</sup> Per approfondimenti, si veda L. CARACENI, C. CESARI, *Sub Art. 4-bis*, cit., 68; si veda altresì A. MARCHESELLI, *La disciplina restrittiva e il diritto penitenziario premiale per i delitti di particolare allarme sociale*, in F. FIORENTIN, A. MARCHESELLI, *L'ordinamento penitenziario*, Torino, 2005, 462. Per completezza, si specifica che qualora si accerti che il collaboratore ha fornito dati fuorvianti, si determina *ex post* una situazione di inammissibilità alla misura. Il che comporta, come ricavabile dall'art. 51-*bis* ord. penit., l'interruzione dell'esecuzione di detta misura. Cfr. F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della «scommessa» anticustodialistica agli insidiosi programmi del «doppio binario»*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, 131. Tale indirizzo di favore per i collaboratori si era già concretizzato, nella legislazione più recente, con l'introduzione di specifiche attenuanti (art. 8, legge n. 203 del 1991); si veda anche l'art. 630, comma 7, cod. pen.; l'ammissione a speciali programmi di protezione (Capo II della legge n. 82 del 1991, di conversione del decreto legge n. 8 del 1991); l'esenzione dagli inasprimenti della quota di pena necessaria per l'ammissione a taluni benefici penitenziari (art. 58-*ter*, introdotto con l'art. 1 della citata legge n. 203). Ma con il decreto legge n. 306 del 1992 l'indirizzo è stato significativamente rafforzato, eccettuando i collaboratori dalla generalizzata esclusione dai benefici penitenziari prevista per gli altri detenuti per gli stessi reati (art. 15) e stabilendo, tra l'altro, che per coloro che sono stati ammessi a speciale programma di protezione i benefici penitenziari siano concedibili «anche in deroga alle vigenti disposizioni» (art. 13).

<sup>424</sup> Siamo in presenza di un sistema fondato su una «presunzione legale al quadrato» (cfr. L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2015, 2, 3-4) se non «al cubo» (cfr. A. PUGIOTTO, C. MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., 90).

In secondo luogo, dalla norma traspare l'idea che la condotta collaborativa sia l'unica in grado di manifestare detta volontà di allontanarsi dal sodalizio criminoso e, parallelamente, l'unica in grado di far venir meno la presunzione di persistente pericolosità<sup>425</sup>. Sicché l'elemento della utile e rilevante collaborazione con la giustizia rappresenta l'*unica* chiave di accesso e l'*unico* requisito per il mantenimento dei benefici penitenziari già ottenuti<sup>426</sup>.

Si badi, come ricordato, che la norma ha cura di specificare qual è il tipo di collaborazione richiesto. Ne consegue che una condotta collaborativa che non sia anche oggettivamente «utile e rilevante» non è sufficiente a vincere la presunzione di pericolosità.

Con la legge 7 agosto 1992, n. 356 (di conversione del decreto legge n. 306 del 1992) si è in parte temperato il rigore di questo indirizzo, ammettendo ai benefici penitenziari anche chi offre una «collaborazione oggettivamente irrilevante» nei risultati. Ciò è, però, subordinato a due condizioni: *in primis*, alla prova dell'inesistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata e, contestualmente, alla concessione di alcune specifiche circostanze attenuanti legate alla minima importanza della condotta partecipativa ovvero alla condotta riparativa (artt. 114, 116, 62, n. 6, cod. pen.)<sup>427</sup>.

---

<sup>425</sup> Relazione al Disegno di legge n. S/328 presentato al Senato in data 8 giugno 1992 di conversione del decreto legge 8 giugno 1992, n. 306, in *Doc. giust.*, 1992, c. 752: «attraverso la collaborazione, chi si è posto nel circuito della criminalità organizzata può dimostrare per *facta concludentia* di esserne uscito».

<sup>426</sup> L. CARACENI, C. CESARI, *Sub Art. 4-bis*, cit., 50, osservano che la collaborazione rimane l'unica soluzione aperta ai condannati per i delitti di cui al primo comma dell'art. 4-*bis* ord. penit., affinché le preclusioni per essi stabilite da tale norma possano essere rimosse. Del pari, F.P.C. IOVINO, *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1993, 1262, rileva che, in relazione ai detenuti per i reati di cui all'4-*bis*, primo comma, ord. penit., si presume che soltanto la collaborazione oggettivamente e concretamente utile possa far ritenere spezzati, come «dato presuntivo di esperienza», i collegamenti del reo con l'organizzazione criminale.

<sup>427</sup> Per precisione si riporta il testo esatto della disposizione nella parte qui richiamata: «Quando si tratta di detenuti o internati per uno dei predetti delitti, ai quali sia stata applicata una delle circostanze attenuanti previste dagli articoli 62, numero 6, anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, o 114 del codice penale, ovvero la disposizione dell'articolo 116, secondo comma, dello stesso codice, i benefici suddetti possono essere concessi anche se la collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata». La formulazione di un onere probatorio in termini negativi ha suscitato, sin dalla sua introduzione, non poche perplessità. Cfr. M. PAVARINI, *Sub Art. 4-bis ord. penit.*, in B. GUAZZALOCA (a cura di), *Codice commentato dell'esecuzione penale*, I, Torino, 2002, 9. Diversi autori considerano la «prova negativa» di cui al primo comma dell'art. 4-*bis* una sorta di *probatio diabolica*, essendo pacifico che fornire la prova dell'inesistenza di un fatto costituisce «operazione gnoseologica estremamente problematica», specie se si considera che la non attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, non essendo un qualcosa di ben definito e circoscritto, difficilmente si presta ad essere dimostrata fornendo la prova positiva di fatti non compatibili. Si è anche parlato, in proposito, di inversione dell'onere della prova dal momento che l'obbligo di dimostrare l'inesistenza di collegamenti in atto con la criminalità organizzata finisce per gravare sul condannato che aspira al beneficio, al quale spetta dimostrare che i collegamenti con la criminalità organizzata «certi al momento della commissione del reato, sono frattanto venuti meno». Sul punto, per tutti, F. ESPOSITO, *Le nuove norme in materia penitenziaria*, in *Arch. pen.*, 1992, 3, 490; B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, cit., 133; F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni all'ordinamento penitenziario: dagli ideali*



Dalla lettura complessiva della regolamentazione messa a punto dalla riforma degli anni Novanta è possibile trarre una considerazione immediata: in essa non sono, a ben vedere, rintracciabili ostacoli totalmente preclusivi della concessione dei benefici penitenziari, dal momento che la forza ostativa delle nuove disposizioni discende dal mancato apporto informativo offerto dal condannato. Così che, al riguardo, risulta configurabile una «fattispecie preclusiva complessa» che si sostanzia nella previsione di una serie di impedimenti ritenuti utili ad incentivare la collaborazione investigativa del condannato a sua volta assunta a condizione necessaria per il loro superamento.

Certo è che, almeno nell'impianto originario, l'oggettiva mancanza di un contributo processuale da parte del condannato «chiudeva» il discorso sulla concessione dei benefici per l'operatività di un divieto espresso (art. 4-*bis*, primo comma, primo periodo, ord. penit.) e non consentiva alcuna ulteriore valutazione da parte della magistratura di sorveglianza circa l'eventuale impossibilità da parte del soggetto di fornire un contributo «utile e rilevante».

Il sistema appena descritto creava, sotto questo profilo, forti vincoli al tradizionale potere della magistratura di sorveglianza. Quest'ultima, infatti, in mancanza di un apporto collaborativo «utile e rilevante» non aveva scelta, non potendo tener conto di altri elementi indicativi del percorso rieducativo intrapreso dal condannato, né esaminare la ragione sottostante alla mancata collaborazione<sup>428</sup>.

---

*smarriti della «scommessa» anticustodialistica agli insidiosi programmi del «doppio binario», cit., 102. Si veda altresì A. PRESUTTI, «Alternative» al carcere e regime delle preclusioni, cit., 84. L'Autrice rileva una certa incoerenza nella previsione introdotta: se la collaborazione è considerata unica condotta dimostrativa dell'avvenuta emenda, non ha senso, in presenza di una collaborazione oggettivamente irrilevante nei risultati, pretendere anche la prova negativa circa l'attualità di legami con la criminalità organizzata. Richiedere questo significa smentire l'equazione collaborazione-recupero sociale del condannato.*

<sup>428</sup> Ulteriori limitazioni al potere della magistratura di sorveglianza sembravano derivare, per un verso, dal ruolo svolto dal Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica e, per altro verso, dagli effetti della comunicazione fornita dal Procuratore antimafia. Per approfondimenti, in merito alla struttura e alle funzioni del Comitato provinciale, si veda C. FIORIO, *Una nuova ingerenza dell'esecutivo nell'esecuzione penale: il caso dei Comitati provinciali per l'ordine e la sicurezza pubblica*, in *Il giusto processo*, 1992, 14-15, 169. Quanto alla vincolatività o meno del parere obbligatorio resto dallo stesso Comitato, si vedano, per tutte: Cass. pen., sez. I, 13 aprile 1992, in *Cass. pen.*, 1993, 1227; Corte cost., ord. 3 - 12 giugno 1992, n. 271, in *Giur. cost.*, 1992, 2072. In dottrina, si veda F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della «scommessa» anticustodialistica agli insidiosi programmi del «doppio binario», cit., 105. Con riferimento al ruolo delle Procure antimafia, si veda L. CARACENI, C. CESARI, *Sub Art. 4-bis*, cit., 97 ss. In argomento, altresì, E. BERTOLOTTI, *Le competenze penitenziarie della procura antimafia introdotte dal d.l. 306/92: configurabilità di un potere di veto o di una mera collaborazione a fini probatori?*, in *Cass. pen.*, 1993, 2390; F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni all'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della «scommessa» anticustodialistica agli insidiosi programmi del «doppio binario», cit., 135; F. ESPOSITO, *Le nuove norme in materia penitenziaria*, cit., 491; V. GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, 12; M. PAVARINI, *Sub Art. 4-bis ord. penit.*, cit., 15; ID., *L'esecuzione della pena*, in F. BRICOLA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Codice penale. Parte***

L'eliminazione della discrezionalità giudiziale è facilmente riconducibile alla *ratio* della riforma, diretta ad incentivare la collaborazione con la giustizia per ragioni investigative e di politica criminale. In questo quadro, consentire al giudice di sorveglianza di concedere benefici e misure alternative sulla base di elementi diversi dalla collaborazione prestata (valorizzando, ad esempio, la condotta intramuraria o l'esito positivo del percorso intrapreso) avrebbe finito per compromettere inevitabilmente l'obiettivo della riforma<sup>429</sup>. Se, infatti, il condannato avesse avuto la possibilità di accedere al trattamento rieducativo, anche senza collaborazione, non sarebbe stato «indotto» a fornire informazioni utili all'autorità giudiziaria.

Il sistema appena descritto, nato nell'ambito della lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso, è stato via via esteso a numerosi altri delitti di eterogenea natura<sup>430</sup>.

---

*generale*, I, Torino, 1996, 270; A.A. SAMMARCO, *La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, II, 906. Per completezza, si segnala che riflessioni sul ruolo delle Procure antimafia nella concessione delle misure alternative sono state svolte di recente, in occasione degli Stati generali dell'esecuzione penale nell'ambito del Tavolo tematico n. 16 dedicato al trattamento e agli ostacoli normativi all'individualizzazione del trattamento rieducativo. Tra le proposte di modifica, si segnala quella dell'abrogazione del comma 3-*bis* dell'art. 4-*bis* ord. penit. nell'ottica della valorizzazione del ruolo e della funzione della magistratura di sorveglianza. Cfr. Relazione del Tavolo tematico n. 16, Stati generali dell'esecuzione penale 2015-2016, reperibile su [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it), 12.

<sup>429</sup> L. CARACENI, C. CESARI, *Sub Art. 4-bis*, cit., 53-70; P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., 57; R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2013, 181; F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della «scommessa» anticustodialistica agli insidiosi programmi del «doppio binario»*, cit., 73; F.P.C. IOVINO, *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, cit., 1264; A. PRESUTTI, *«Alternative» al carcere, regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale*, cit., 93.

A scanso di equivoci, è opportuno sottolineare che la sussistenza del requisito della collaborazione non è di per sé sufficiente a determinare l'applicazione di una misura rieducativa. Indipendentemente dagli intuibili condizionamenti che possono verificarsi nella prassi, la magistratura di sorveglianza è, comunque, tenuta a verificare la presenza di tutti gli altri presupposti, formali e di merito, prescritti dal legislatore in relazione alla specifica misura richiesta.

<sup>430</sup> Anche in considerazione della scarsa intellegibilità che la norma aveva assunto a causa dal progressivo ampliarsi dell'elencazione di reati cui riferire i percorsi differenziati, l'art. 4-*bis* si struttura in diversi commi, ognuno corrispondente a un differente modo di accesso alle misure alternative in ragione del grado di gravità degli illeciti indicati. La legge 23 aprile 2009, n. 38 (in sede di conversione del decreto legge 23 febbraio 2009, n. 11) ha operato una vera e propria opera di riordino dell'art. 4-*bis* ord. penit. In una sequenza di sbarramenti ad intensità decrescente – che va dal regime più severo del comma 1, a quello più blando del comma 1-*quater* –, oggi il ventaglio dei percorsi che conducono gli autori dei reati di particolare allarme sociale a godere dei benefici penitenziari, occupa i primi quattro commi di esordio dell'art. 4-*bis*. Il comma 1 contiene i reati di più elevata gravità, per i quali l'accesso ai benefici è ancora condizionato alla collaborazione piena ed effettiva *ex art.* 58-*ter* ord. penit. Il comma 1-*bis* identifica le condizioni alle quali gli autori dei reati elencati nel comma precedente possono accedere ai benefici quando la collaborazione sia impossibile o irrilevante, purché siano acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. Il comma 1-*ter* corrisponde alle fattispecie di reato originariamente definite di «seconda categoria», per le quali condizione di fruibilità dei benefici è che non vi siano elementi che provino il sussistere o il permanere di collegamenti tra il condannato e il crimine organizzato. Il comma 1-*quater*, infine, si riferisce ai reati di natura sessuale, per i quali inaugura un nuovo percorso esecutivo: quivi, indipendentemente da qualsivoglia forma di collaborazione (fatta eccezione per il

Con l'intento di fornire una risposta severa a «contingenti allarmi sociali», il legislatore ha, difatti, ampliato il catalogo dell'art. 4-*bis*, primo comma, ord. penit. Quest'ultimo ha finito per diventare una sorta di «insalatiera» in grado di ricomprendere una miscellanea di reati ostativi che, seppur gravi, sono estranei al fenomeno mafioso. Tra questi si rammentano alcuni delitti contro la personalità individuale e di matrice sessuale, il sequestro di persona a scopo di estorsione, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, l'associazione finalizzata al contrabbando di tabacchi e quella finalizzata al traffico di stupefacenti<sup>431</sup>.

Come si avrà modo di vedere, tale estensione ha messo in crisi la base logica ed empirica delle presunzioni prima menzionate.

Si è, così, instaurato e consolidato un vero e proprio «doppio binario»<sup>432</sup> nell'ordinamento penitenziario, in rapporto al tipo di reato commesso<sup>433</sup>. Pur nella identità della tipologia di sanzione (reclusione) si è affermata la differenza tra le pene per i reati «ordinari» e quelle per i

---

delitto di violenza sessuale di gruppo di cui all'art. 609-*octies* c.p.), l'accesso alle misure è condizionato all'osservazione scientifica della personalità per almeno un anno. Più diffusamente, L. CARACENI, C. CESARI, *Sub Art. 4-bis*, cit., 49 e 76; A. DELLA BELLA, *Accesso ai benefici penitenziari per gli autori di reati sessuali*, in S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G.L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e «sicurezza pubblica»: le riforme del 2009*, Trento, 2009, 437.

<sup>431</sup> Per questi reati il legislatore si è mostrato sensibile ad istanze di allarme sociale, rinunciando all'aspirazione rieducativa della pena a vantaggio di scopi di prevenzione speciale e tutela della «sicurezza pubblica». Cfr. L. CARACENI, C. CESARI, *Sub Art. 4-bis*, cit., 47 e 52. Si vedano anche C. FIORIO, *La stabilizzazione delle «carceri-fortezza»: modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, cit., 396; R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, cit., 181. Di qui l'etichetta di «norma contenitore» affibbiato all'attuale art. 4-*bis* ord. penit.

<sup>432</sup> Si parla di «doppio binario» per alludere all'esistenza di un binario ispirato alla prevenzione speciale positiva mediante rieducazione nei confronti di detenuti dichiarati responsabili di reati comuni (anche gravi) e di un binario opposto caratterizzato dalla prevenzione generale e speciale negativa nei confronti dei detenuti condannati per reati di stampo eversivo o mafioso. Cfr. P.P. EMANUELE, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in E. D'ORLANDO, L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, 89. Si veda altresì G.D. PISAPIA, *Una strategia differenziata per la difesa sociale dal delitto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1975, 209.

<sup>433</sup> Cfr. L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, cit. M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 486: gli Autori ritengono che la strategia legislativa del «doppio binario» costituisca l'idea portante della normativa contenuta nell'art. 4-*bis* ord. penit. Si vedano altresì G. CASAROLI, voce *Misure alternative alla detenzione*, in *Dig. pen.*, VIII, Torino, 1994, 15; F. DELLA CASA, voce *Misure alternative alla detenzione*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 2010, 844; ID., *Le recenti modificazioni all'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della «scommessa» anticustodialistica agli insidiosi programmi del «doppio binario»*, cit., 118, a parere del quale detta strategia trova una netta radicalizzazione negli interventi legislativi del 1992 ed una chiara conferma in quelli del 2000. In argomento, altresì, L. FILIPPI, G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2011, 228; B. GUAZZALOCA, *Criterio del «doppio binario», utilizzo della «prezialità» e «degiurisdizionalizzazione» del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell'emergenza*, in G. GIOSTRA, G. INSOLERA (a cura di), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, Milano, 1995, 141, per il quale può parlarsi anche di un «terzo binario», con riferimento ai collaboratori di giustizia sottoposti a programma di protezione; E. DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 867; V. GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, cit.

delitti «ostativi»: differenza che si coglie tanto per quel che attiene l'accesso ai benefici penitenziari, quanto per ciò che riguarda il regime penitenziario<sup>434</sup>.

### 3. CONSIDERAZIONI SULLA LEGITTIMITÀ DELLE PRESUNZIONI POSTE ALLA BASE DELL'ART. 4-BIS DELL'ORDINAMENTO PENITENZIARIO

Guardando con la necessaria attenzione la meccanica del regime ostativo appena descritto, emergono dubbi di legittimità costituzionale delle due presunzioni poste alla base del sistema delineato dall'art. 4-bis ord. penit. Come affermato in dottrina, «non diversamente da tutti gli altri automatismi normativi, anche in questo caso, sotto il manto delle presunzioni legali si nascondono non già comuni esperienze, ma astratte scelte di politica legislativa»<sup>435</sup>.

Più nello specifico, si osserva che, in almeno due dei suoi ingranaggi, il meccanismo descritto rivela un automatismo non necessario. Il primo riguarda la presunzione di pericolosità derivante dal «tipo di reato» commesso e, conseguentemente, l'assorbimento della riserva di giurisdizione, che impedisce alla magistratura di sorveglianza di accertare l'effettivo mantenimento del sodalizio con l'organizzazione mafiosa. Il secondo ingranaggio coinvolge la legittimità del requisito della collaborazione con la giustizia nei termini di cui all'art. 58-ter ord. penit. quale unica presunzione idonea a dimostrare la cessata pericolosità sociale dell'autore di un reato ostativo<sup>436</sup>.

La Corte costituzionale si è occupata negli anni di ambo gli aspetti evidenziati, dei quali si darà ora immediatamente conto.

#### 3.1. LA LOGICA DEL «TIPO DI REATO» E DEL «TIPO DI AUTORE»

La scelta legislativa di selezionare i destinatari di regole penitenziarie «speciali» sulla base del «tipo di reato» commesso ha, sin da subito, destato dubbi di legittimità costituzionale. Dubbi che non hanno fatto altro che incrementarsi a seguito dell'accennata estensione dell'elenco di reati ostativi di cui all'art. 4-bis ord. penit.<sup>437</sup>.

---

<sup>434</sup> Così A. MARCHESELLI, *La disciplina restrittiva e il diritto penitenziario premiale per i delitti di particolare allarme sociale*, cit., 421. Secondo V. MAFFEO, *Il trattamento penitenziario della criminalità organizzata*, cit., 242-243, l'intervento normativo istitutivo del regime penitenziario differenziato ha dato luogo alla combinazione di un reticolo di «preclusioni e premi» volti ad incentivare la collaborazione con la giustizia.

<sup>435</sup> Cfr. A. PUGIOTTO, C. MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., 92. È quanto argomentava, già cinquant'anni fa, A. PACE, *Misure di sicurezza e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1966, 193.

<sup>436</sup> Cfr. A. PUGIOTTO, C. MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., 93.

<sup>437</sup> L. CARACENI, C. CESARI, *Sub Art. 4-bis*, cit.; F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, Milano, 2013, 193. Le norme che limitano o escludono l'accesso ai benefici penitenziari sono di

Due, in particolare, sono gli aspetti da considerare:

α) la validità del sistema presuntivo con riguardo ai reati di stampo mafioso;

β) la validità del medesimo sistema per altri reati, del tutto scollegati dal contesto mafioso (si pensi, tra i vari, ai delitti a sfondo sessuale o al sequestro di persona a scopo di estorsione).

Come già accennato, il presupposto su cui poggiavano in origine le preclusioni dell'art. 4-bis ord. penit. era dato dalle particolari caratteristiche dell'associazione di stampo mafioso: associazione di tipo para familiare, dotata di una rilevante forza di intimidazione, al punto da rendere sostanzialmente permanente e indissolubile l'appartenenza all'associazione stessa<sup>438</sup>. In altre parole, quel che rendeva «speciale» il legame tra il reo e l'associazione era la presunzione di «stabilità» del vincolo<sup>439</sup>. Da ciò la ragionevolezza, in linea teorica, della presunzione di pericolosità sociale del condannato per delitti di mafia: è, infatti, ragionevole prevedere che, una volta condannato, il soggetto non per questo interromperà la sua partecipazione al sodalizio criminale. Non solo. Una volta scontata la pena, egli è destinato, con tutta probabilità, a tornare nel medesimo contesto criminale-familiare di partenza<sup>440</sup>.

Ne consegue, in parallelo, la ragionevolezza della sua esclusione dai tradizionali strumenti rieducativi, quali le misure alternative e i benefici penitenziari - che presuppongono, viceversa, l'assenza di detta pericolosità sociale - <sup>441</sup>.

Ebbene, quanto finora detto, non esclude che, in concreto, tale presunzione non funzioni. Può capitare, difatti, che il condannato per un reato di mafia rivesta un ruolo del tutto secondario nel contesto associativo oppure che non sia legato da rapporti familiari con altri membri dell'associazione, al punto da rendere ben possibile il distacco dall'ambiente criminale considerato. In questi casi, la presunzione appena vista non è valida.

---

stretta interpretazione e tale regola ermeneutica va applicata anche con riguardo alle fattispecie di reato contemplate dalla normativa in esame.

<sup>438</sup> B. ROMANO, G. TINEBRA, *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, 2013, 67. La storia ha dimostrato che la minaccia della pena detentiva non ha mai scoraggiato l'evoluzione e la crescita delle organizzazioni criminali; inoltre, il detenuto mafioso in carcere continua a mantenere rapporti con la sua famiglia criminale e spesso viene in contatto con nuovi affari criminosi. Da qui la scelta di un trattamento differenziato che nega i benefici penitenziari a questo tipo di detenuti. Così anche nella Relazione della Commissione Antimafia nella V legislatura, Roma, 75, in [www.parlamento.it](http://www.parlamento.it).

<sup>439</sup> Cfr. A. PULVIRENTI, *Una visione d'insieme della normativa penitenziaria in tema di criminalità organizzata: dalla legislazione d'emergenza alla legislazione di settore*, in B. ROMANO, G. TINEBRA (a cura di), *Il diritto penale della criminalità organizzata*, cit., 333.

<sup>440</sup> Si badi che gli automatismi del regime ostativo non riposano su presunzioni di pericolosità penitenziaria - pure contemplate dalla legge n. 354 del 1975, laddove prevede opportune misure disciplinari in caso di comportamenti capaci di provocare insicurezza per l'ordine e la sicurezza intramuraria -, ma su una presunzione di pericolosità sociale, presupposta sulla base dei comportamenti tenuti precedentemente all'esterno e che si intende interrompere una volta che il soggetto è detenuto. Cfr. A. PUGIOTTO, C. MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., 90.

<sup>441</sup> Si tratta di una strategia argomentativa così radicata da essere presente anche nella giurisprudenza costituzionale sviluppatasi in riferimento all'obbligo di custodia cautelare in carcere ex art. 275, comma 3, cod. prod. pen. Si veda, a tal proposito, Corte cost., ord. 18 - 24 ottobre 1995, n. 450, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

È certamente vero che una presunzione non può dirsi incostituzionale solo perché in una determinata circostanza viene smentita: essa è, infatti, irragionevole quando viene sistematicamente sconfessata da dati di esperienza generalizzati riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*.

Nondimeno, l'eventuale, circoscritta e occasionale discrepanza tra ciò che il legislatore presume in astratto e ciò che si verifica in certe particolari situazioni se, da un lato, non è capace di incidere sulla legittimità della presunzione normativa, è, dall'altro lato, sufficiente a imporre una rivisitazione in chiave relativa. L'eventuale discrepanza che può emergere in concreto deve, difatti, poter essere risolta sul piano applicativo dal giudice<sup>442</sup>.

Ecco perché si ritiene che le presunzioni, specialmente in campo penale, debbano essere relative e non assolute: devono, cioè, consentire all'autorità giurisdizionale di valutare il singolo caso ed eventualmente escludere l'applicazione della norma. Non sarebbero ammissibili automatismi operanti in via assoluta<sup>443</sup>.

Ma l'elemento che desta maggiore perplessità attiene all'elenco dei reati ostativi di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. È noto che più la presunzione è ampia, più aumenta la possibilità di trovare smentita nella prassi. Quando, infatti, la presunzione corrisponde a una varia e vasta gamma di episodi criminosi (dall'omicidio, all'associazione finalizzata alla commissione di delitti a sfondo sessuale, passando per la rapina aggravata e per il sequestro di persona a scopo di estorsione), così variegati ed eterogenei tra loro per struttura e sanzione, diventa arduo individuare una comune matrice logico-empirica legittimante la presunzione di pericolosità in esame.

Se il presupposto su cui poggia l'art. 4-*bis* ord. penit. – dato dalla considerazione che i delitti elencati siano commessi da soggetti strettamente inseriti in organizzazioni criminali dalle quali è impossibile, o improbabile, il distacco – può valere con riguardo ai circoscritti reati di stampo mafioso, non si può dire lo stesso se si considerano i reati via via ricompresi in tale disposizione<sup>444</sup>. Per quanto odiosi e riprovevoli siano, l'impossibilità per essi di suffragare siffatta presunzione, rende dubbia, già in astratto, la validità della norma<sup>445</sup>.

---

<sup>442</sup> A. PUGIOTTO, C. MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., 93: «quanto più è alta la probabilità che il condannato mantenga il sodalizio con l'organizzazione criminale di provenienza, tanto più facilmente ciò potrà essere accertato dalla magistratura di sorveglianza: averla relegata ai margini, dunque, non dipende da una necessità logica ma da un'opzione di politica criminale».

<sup>443</sup> A. PUGIOTTO, C. MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., 94.

<sup>444</sup> A. PUGIOTTO, C. MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., 93.

<sup>445</sup> L. CARACENI, C. CESARI, *Sub Art. 4-bis*, cit., 62: la selezione che il legislatore propone ha perduto coerenza.

Non solo. Trattandosi di reati eterogenei – anche sotto il profilo criminologico – ma costretti normativamente entro un identico regime assolutamente preclusivo, ad essere violato pare che sia altresì il principio di uguaglianza<sup>446</sup>.

Il *vulnus* ai precetti costituzionali risiede nella preclusione ad un esame nel merito di tali casi che consenta di distinguerli da quelli che sono realmente espressione di permanente pericolosità<sup>447</sup>.

Il rischio era – ed è – quello di fondare un trattamento penitenziario più rigido sull'assunto di misurare la pericolosità del reo in base alla natura astratta del reato e non in base alla concreta gravità del fatto commesso e, soprattutto, alla personalità del suo autore. In altri termini, il carattere eccessivamente rigido dell'automatismo normativo cela una presunzione assoluta di non rieducabilità tarata su «tipi di autore» – dove la classificazione per tipo di autore si basa sull'individuazione del reato commesso (e così, avremo il mafioso, il rapinatore, il pedofilo, etc.) –, incompatibile con i principi costituzionali di risocializzazione, proporzionalità e individualizzazione della pena<sup>448</sup>.

---

<sup>446</sup> L. CARACENI, C. CESARI, Sub Art. 4-bis, cit., 62: taluni reati associativi, pure inclusi nel catalogo del comma 1 dell'art. 4-bis ord. penit., non presentano un tasso di pericolosità tale da giustificare l'equiparazione del regime pensato originariamente solo per i reati di mafia e terrorismo. È il caso, ad esempio, dei reati associativi in materia di contraffazione, prostituzione, pornografia. La casistica, inoltre, rivela che sussiste la concreta eventualità che manchi tale collegamento tanto all'epoca dei fatti, quanto in fase esecutiva. Così è a dire, ad esempio, dei sequestri di persona, talvolta frutto di aggregazioni estemporanee e occasionali; o dell'associazione finalizzata allo spaccio di sostanze stupefacenti, a volte riconosciuta nei confronti di tossicodipendenti che gestivano in comune l'approvvigionamento ma non erano inseriti nelle organizzazioni criminali fornitrici.

<sup>447</sup> Si auspica, a proposito del catalogo contenuto nell'art. 4-bis ord. penit., un'«opera di chirurgia legislativa» volta a limitare il regime preclusivo ai soli delitti di mafia. Così, in occasione degli Stati generali dell'esecuzione penale nell'ambito del Tavolo tematico n. 16 che propone l'abrogazione della seconda categoria di reati ostativi di cui al comma 1-ter dell'art. 4-bis ord. penit. L'esigenza è quella di una maggiore coerenza e razionalizzazione dell'esecuzione penale che difficilmente riesce a giustificare la persistenza di un regime differenziato, in termini di maggiore severità, per una miscelanea di delitti difficilmente accomunabili tra loro. Si prevede, invece, il mantenimento del vigente regime speciale previsto per i reati sessuali (comma 1-quater), anche quando a danno di minori (comma 1-quinquies). Cfr. Relazione del Tavolo tematico n. 16, Stati generali dell'esecuzione penale 2015-2016, reperibile su [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it), 12. Simile opera è auspicata anche con riguardo ad altri eterogenei cataloghi di delitti disseminati ora nell'ordinamento penitenziario ora nel codice penale ora nelle leggi speciali. In questo senso, si vedano gli art. 47-ter, comma 01, ord. penit. sulla detenzione domiciliare a favore degli ultrasessantenni, art. 656, comma 9, lettera a, cod. proc. pen. in relazione al divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione, art. 94, comma 1, t.u. stupefacenti sull'affidamento in prova terapeutico.

<sup>448</sup> A. PUGIOTTO, C. MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., 95. Il rilievo critico è largamente condiviso in dottrina: tra i tanti, L. CARACENI, C. CESARI, Sub Art. 4-bis, cit., 62; ; B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, cit. 132; G. VARRASO, *Ergastolo, liberazione condizionale ed art. 4-bis ord. penit.: la parola di nuovo alla Consulta*, in *Giust. pen.*, 2004, 86.

Interrogata specificamente sul punto, la Corte costituzionale nella sentenza n. 306 del 1993<sup>449</sup> ha, in via generale, manifestato preoccupazione per «la tendenza alla configurazione normativa di *tipi di autore*, per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita»<sup>450</sup>. Con specifico riguardo alla fase dell'esecuzione della pena, ha puntualizzato che «la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario»<sup>451</sup>. Nondimeno, la Consulta ha reputato comprensibile e ragionevole che nei confronti degli autori di delitti di particolare gravità e allarme sociale il legislatore stabilisca regole di accesso ai benefici penitenziari più severe di quelle vevoli per la generalità degli altri condannati<sup>452</sup>.

Eppure, permangono le perplessità menzionate. Predisporre un trattamento penitenziario differenziato sulla sola base del «tipo di reato» commesso è una scelta totalmente antitetica rispetto a quella che si fonda sulla rieducazione, che guarda necessariamente al singolo. L'una si orienta al passato e all'errore commesso, l'altra è diretta al futuro e alla prospettiva del reinserimento sociale. La prima considera uguali tutti coloro che sono stati condannati per un certo reato, la seconda consente invece una individualizzazione continua del trattamento.

Per questo motivo la tipizzazione operata dal legislatore non può tradursi in una preclusione assoluta di accesso agli strumenti di rieducazione, ma deve consentire sempre e comunque una valutazione in concreto.

### 3.2.LA CONDOTTA COLLABORANTE ELEVATA A UNICO INDIZIO DI ROTTURA DEL VINCOLO ASSOCIATIVO

La disciplina in esame solleva ulteriori considerazioni in relazione al requisito della collaborazione. Come più volte visto, dalla mancata collaborazione *ex art. 58-ter* ord. penit. discende il diniego o la revoca delle misure alternative.

E ciò sulla base di una serie di inferenze: (a) i condannati per determinati delitti ricollegabili all'area della delinquenza organizzata, individuati nell'art. 4-*bis*, primo comma, ord. penit., non possono ottenere i benefici penitenziari se non è raggiunta la prova certa della rottura dei collegamenti tra essi e l'ambiente criminale di cui facevano parte; (b) tale prova non può considerarsi raggiunta se l'interessato non collabora efficacemente con la giustizia a norma

---

<sup>449</sup> Corte cost., sent. 11 giugno – 8 luglio 1993, n. 306, in *Cass. pen.*, 1994, 837, con nota di A. ACCONCI, *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*.

<sup>450</sup> Corte cost., sent. 306/1993, cit., § 11 del *Considerato in diritto*.

<sup>451</sup> *Ibidem*.

<sup>452</sup> Corte cost., sent. 7 – 17 febbraio 1994, n. 39, in *Cass. pen.*, 1994, 1448: ha ritenuto, a tal proposito, che la condizione di condannato per delitti di criminalità organizzata non sia comparabile con quella del comune cittadino.



dell'art. 58-ter ord. penit.; (c) la collaborazione è considerata una dimostrazione del distacco del condannato dal mondo della criminalità organizzata; (d) essa può valere ai fini della concessione dei benefici anche se oggettivamente irrilevante, qualora ciò trovi giustificazione o nella marginalità della partecipazione criminosa (artt. 114 e 116, secondo comma, cod. pen.) o in altri indici legali (art. 62, n. 6, cod. pen.), sempre che siano acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata; (e) fuori da questi casi, la mancata collaborazione costituisce indice della persistenza dei collegamenti con la criminalità organizzata e, quindi, della pericolosità sociale: da ciò deriva il diniego o la revoca dei benefici carcerari e delle misure alternative<sup>453</sup>.

Il principio di uguaglianza di per sé non si oppone all'adozione di tecniche premiali di incentivazione alla collaborazione processuale, dal momento che il fatto di collaborare introduce una differenza non irragionevole tra chi collabora e chi non collabora.

Il percorso argomentativo appena illustrato può funzionare a patto che l'eventuale mancata collaborazione sia frutto di una scelta consapevole del condannato e, quindi, sia a lui addebitabile<sup>454</sup>. A queste condizioni essa può essere utilizzata come testimonianza di un'effettiva carenza del processo di risocializzazione<sup>455</sup>.

Eppure, non sempre la mancata collaborazione è conseguenza di una scelta volontaria del detenuto, il quale, pur dimostrando *aliunde* la rottura con l'organizzazione criminale, potrebbe non essere in grado di fornire un utile e rilevante contributo all'autorità giudiziaria a norma dell'art. 58-ter ord. penit.<sup>456</sup>.

Ciò può avvenire per svariate ragioni. Talvolta, ad esempio, la mancata collaborazione può essere frutto della limitata partecipazione al fatto criminoso e, pertanto, al limitato patrimonio di conoscenze di fatti o persone, tale da rendere inutile o irrilevante la collaborazione stessa (collaborazione oggettivamente irrilevante). Parimenti, essa può risultare impossibile perché fatti e responsabilità sono già stati completamente acclarati con sentenza irrevocabile (collaborazione oggettivamente impossibile). Infine, ci possono essere casi in cui la mancata collaborazione è conseguenza di valutazioni che non sono ragionevolmente rimproverabili, quali, ad esempio, il

---

<sup>453</sup> L. CARACENI, C. CESARI, Sub Art. 4-bis, cit., 68.

<sup>454</sup> A. PUGIOTTO, C. MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., 67.

<sup>455</sup> In altri termini, la vanificazione dei percorsi rieducativi, perlomeno nella mente del legislatore, non è conseguenza che discende automaticamente dalla norma censurata, ma deriva dalla scelta del condannato di non collaborare. La preclusione prevista dall'art. 4-bis ord. penit. è dunque rimessa alla volontà del condannato e, per questa ragione, non precluderebbe in modo assoluto e definitivo l'accesso al beneficio. Cfr. Relazione al Disegno di legge n. S/328 presentato al Senato in data 8 giugno 1992 di conversione del decreto legge 8 giugno 1992, n. 306, in *Doc. giust.*, 1992, c. 752: la «via del ravvedimento operoso [...] è aperta a tutti», purché si tratti di scelta inequivoca: «o continuare a percorrere le vie della criminalità organizzata o scegliere la strada della società civile».

<sup>456</sup> L. CARACENI, C. CESARI, Sub Art. 4-bis, cit., 69.

serio e fondato timore di esporre se stesso o i propri familiari a gravi pericoli a causa della collaborazione<sup>457</sup>.

Quando, per una o più di queste ragioni, il contributo del reo si rende irrilevante o impossibile, l'inutilità del suo apporto si traduce, in assenza di correttivi, in un ostacolo insormontabile all'accesso ai benefici; e questo senza che gli sia addebitabile una mancanza di volontà collaborativa<sup>458</sup>. La norma in esame finisce, in questi casi, per introdurre una presunzione *iuris et de iure*, senza possibilità di indagini sull'attuale appartenenza alla criminalità organizzata o sull'effettiva pericolosità sociale (intesa come probabilità di commissione di altri reati).

La preclusione alle misure alternative finisce, così, per comportare un'ingiustificabile assimilazione nel trattamento penitenziario tra chi non può prestare alcuna collaborazione e chi assume, invece, un atteggiamento di perdurante solidarietà con i correi. Evidente è, quindi, la violazione dell'art. 3 Cost., specialmente se si considera che la preclusione in esame concerne l'intera gamma delle misure alternative.

Non solo. La disciplina in esame desta qualche perplessità anche con riguardo alla finalità rieducativa della pena *ex art. 27*, terzo comma, Cost. Essendo la funzione rieducativa della pena valore insopprimibile che permea l'intero trattamento penitenziario, in tanto è possibile subordinare ad una determinata condotta l'applicazione di istituti che di quel trattamento sono parte integrante, in quanto la condotta che si individua come presupposto normativo risulti oggettivamente esigibile.

Introdurre come presupposto per la applicazione di istituti funzionali alla rieducazione del condannato, un comportamento che obiettivamente non può essere prestato perché nulla aggiungerebbe a quanto è stato già accertato, equivale evidentemente ad escludere in via arbitraria una serie importante di opportunità trattamentali, senza alcuna contropartita sul piano delle esigenze di prevenzione generale.

Ecco, dunque, la necessità di procedere ad una preventiva valutazione che, caso per caso, stabilisca se quel soggetto sia concretamente pericoloso<sup>459</sup>.

---

<sup>457</sup> M.G. COPPETTA, *Il permesso premio come strumento di rieducazione: ancora una declaratoria di illegittimità dell'art. 4-bis ord. penit.*, in *Cass. pen.*, 1997, 1255.

<sup>458</sup> M.G. COPPETTA, *Il permesso premio come strumento di rieducazione: ancora una declaratoria di illegittimità dell'art. 4-bis ord. penit.*, cit.

<sup>459</sup> Cfr. *Cass. pen.*, sez. I, 22 ottobre 2013, n. 48890, in *Dir. e giust. on-line*, 2013, 1651, con nota di A.J. DICANDIA, *L'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata non può essere presunta*. A detta della Corte di Cassazione, neanche le valutazioni espresse dal procuratore distrettuale (o nazionale) antimafia in merito alla suddetta attualità di collegamenti possiedono efficacia vincolante per la decisione del giudice (magistrato o tribunale) di sorveglianza, necessitando anche queste un riscontro oggettivo nei fatti. Altresì *Cass. pen.*, sez. I, 15 novembre 2011 n. 45945, in *Dir. e giust. online*, 2011, 418, con nota di A. LEVOLELLA, *Associazione terroristica ed eversiva, atti violenti non connaturati*. Si veda altresì C. FIORIO, *Sempre nuove*

Di siffatti dubbi di legittimità costituzionale, si è occupata la Consulta in varie occasioni.

Nel giudizio di costituzionalità definito con la sentenza n. 306 del 1993, la Corte costituzionale – pur dichiarando l'inammissibilità della questione – ha osservato che i casi di irrilevanza della collaborazione delineati dal legislatore (casi in cui sono applicate le circostanze di cui agli artt. 62, n. 6, 114 e 116, cod. pen.) definiscono un campo di applicazione eccessivamente ristretto, dal momento che esistono «ipotesi ad essi così prossime sul piano fattuale, da poterne sostenere ragionevolmente l'assimilazione»<sup>460</sup>.

Questa affermazione è stata, poi, ripresa e sviluppata in altre pronunce della Corte costituzionale, nelle quali ci si interrogava della legittimità dell'art. 4-*bis* ord. penit., primo comma, secondo periodo, che, in presenza di una collaborazione oggettivamente irrilevante, subordinava comunque la concedibilità dei benefici carcerari all'applicazione di una delle tre circostanze menzionate.

In quelle pronunce, la Consulta è pervenuta, di volta in volta, alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione menzionata, nella parte in cui non prevedeva che i benefici di cui al primo periodo del medesimo comma potessero essere concessi anche nel caso in cui le specificità del caso concreto dimostrassero l'impossibilità, per quel condannato, di fornire un'utile e rilevante collaborazione con la giustizia. Ciò a dire che il riconoscimento delle specifiche attenuanti considerate dalla norma non esauriva l'area delle situazioni di impossibilità di collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. penit.

In questo senso, si ricorda la sentenza n. 357 del 1994<sup>461</sup> in relazione al caso di un condannato che non era stato in grado di fornire una collaborazione rilevante *ex art.* 58-*ter* ord. penit. stante la partecipazione al fatto secondaria, o comunque limitata, ma non tale da corrispondere a quella («minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato») considerata dall'art. 114 cod. pen.<sup>462</sup>. La Corte, nell'affrontare la questione, ha affermato l'irragionevolezza di una previsione che determinava effetti discriminatori nei confronti del condannato che, per il suo limitato patrimonio di conoscenze di fatti o persone, non fosse in grado di prestare un'utile collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* ord. penit. A

---

*questioni di diritto penitenziario: la «collaborazione» come presupposto per i benefici*, in *Giur. cost.*, 1993, 2505.

<sup>460</sup> Corte cost., sent. 306/1993, § 11 del *Considerato in diritto*.

<sup>461</sup> Corte cost., sent. 19 – 27 luglio 1994 n. 357, in *Cass. pen.*, 1995, 496. In particolare § 3 del *Considerato in diritto*.

<sup>462</sup> Resta fermo che, trattandosi di apprezzamento che attiene all'accertamento della responsabilità definita con la sentenza di condanna, è solo a questa che occorre fare riferimento per valutare se ricorrano le condizioni sopra indicate, essendo inevitabilmente preclusa, per l'intangibilità del giudicato, ogni diversa valutazione degli organi che presiedono alla fase esecutiva. Cfr. *Cass. pen.*, sez. I, 15 maggio 1995, n. 2952, in *Giust. pen.*, 1996, II, 250. Per approfondimenti, L. CARACENI, C. CESARI, Sub *Art. 4-bis*, cit., 72. Sull'onere di allegazione delle circostanze idonee a dimostrare l'impossibilità di un'utile collaborazione e sull'accertamento da parte del giudice, si veda L. CARACENI, C. CESARI, Sub *Art. 4-bis*, cit., 72.

costui doveva, dunque, essere data la possibilità di accedere a detti benefici, e ciò anche a prescindere dai casi di applicazione degli artt. 62 n. 6, 114 e 116, secondo comma, cod. pen.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 68 del 1995, ha ritenuto «doveroso» pervenire alle medesime conclusioni, per identità di *ratio*, anche nel caso in cui la collaborazione sia impossibile perché i fatti e le responsabilità risultano ormai integralmente accertati nella sentenza irrevocabile<sup>463</sup>. In quell'occasione, la Corte ha esplicitamente affermato che «collaborazione irrilevante e collaborazione impossibile [...] finiscono per saldarsi all'interno di un quadro unitario di collaborazione oggettivamente inesigibile, che permette di infrangere lo sbarramento preclusivo previsto dalla norma»<sup>464</sup>.

Sulla scia di queste pronunce, il legislatore, con legge 23 dicembre 2002 n. 279, ha modificato la norma in esame, uniformandosi *in toto* alle statuizioni della Corte costituzionale. La norma oggi prevede che le ipotesi di collaborazione irrilevante o impossibile non sono impeditive dei benefici<sup>465</sup>. Per essere ammessi ai benefici penitenziari altrimenti preclusi, occorre, qui, che il condannato produca «elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva» (art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, ord. penit.).

La previsione legislativa ha una sua *ratio* precisa. Mentre nel caso del collaborante in senso proprio il venir meno del collegamento con il sodalizio criminale è *in re ipsa*, nella diversa ipotesi del non-collaborante è necessaria una prova circa l'avvenuta rescissione, non deducibile dall'inesigibilità di un'utile collaborazione con la giustizia<sup>466</sup>. Prodotta tale prova, la posizione di quest'ultimo è legislativamente equiparata a quella del primo.

La dottrina osserva come la normativa – ancorché soddisfi le esigenze già accolte dalla Consulta nelle pronunce viste – non sia totalmente soddisfattiva, dal momento che introduce una

---

<sup>463</sup> Corte cost., sent. 22 febbraio – 1 marzo 1995 n. 68, in *Cass. pen.*, 1995, 1777, con nota di A. MACCHIA, *Liberazione condizionale e art. 4 bis ord. penit.: rinvio formale o recettizio?*

<sup>464</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 68/1995, cit., § 6 del *Considerato in diritto*.

<sup>465</sup> Per approfondimenti sulle caratteristiche della collaborazione oggettivamente irrilevante o impossibile, si veda L. CARACENI, C. CESARI, *Sub Art. 4-bis*, cit., 69. In ogni caso, la collaborazione «attenuata», a differenza di quella «piena», vale a superare la preclusione assoluta all'accesso ai benefici, ma non i più alti tetti di pena contemplati per le singole misure a carico dei condannati per i reati preclusivi. L'irrilevanza (o impossibilità) della collaborazione impone l'acquisizione di elementi ulteriori, tali da corroborare l'ipotesi di un'effettiva scelta di distacco dall'organizzazione criminale. Sui caratteri di quest'ultima prova, si veda L. CARACENI, C. CESARI, *Sub Art. 4-bis*, cit., 74. C'è chi parla di «prova diabolica» o «prova negativa» che impone di dare dimostrazione dell'inesistenza di un fatto: F. ESPOSITO, *Le nuove norme in materia penitenziaria*, cit., 490; B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, cit. 133; F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della «scommessa» anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del «doppio binario»*, cit., 102; R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, cit., 187; P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, cit., 58; F.P.C. IOVINO, *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1992, 440.

<sup>466</sup> Cfr. A. PUGIOTTO, C. MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., 100.

vera e propria *probatio diabolica* che mostra molteplici criticità sotto il profilo del diritto alla difesa<sup>467</sup>.

#### 4. I PERSISTENTI DUBBI DI LEGITTIMITÀ DELL'ART. 4-BIS DELL'ORDINAMENTO PENITENZIARIO

La creazione di un meccanismo normativo che, nei confronti dei condannati per talune tipologie di reato, irrigidisce il regime penale e penitenziario può apparire a prima vista una normale applicazione del principio della differenziazione dell'intervento penale.

In realtà, siamo qui di fronte a un modo di intendere la differenziazione diverso rispetto a quello introdotto dalla riforma del 1975. E, infatti, in questo caso, la differenziazione non è fondata sulla valutazione della persona e del suo modo di porsi di fronte al proprio comportamento e alla collettività, ma riguarda una categoria di reati e l'utilità materiale che si può trarre, in relazione ad essi, da attività di delazione<sup>468</sup>.

---

<sup>467</sup> Cfr. A. PUGIOTTO, C. MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., 100: si tratta di «una prova negativa, quindi di ardua produzione come sempre accade quando si tratta di dimostrare l'inesistenza di un fatto che si presume tutt'ora esistente, costringendo il soggetto gravato dall'onere probatorio a una *operazione gneseologica estremamente problematica, ai limiti, per l'appunto, dell'impossibilità*». Cfr. F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della «scommessa» anticustodialistica agli insidiosi programmi del «doppio binario»*, cit., 102. Sul punto anche F.P.C. IOVINO, *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, cit., 1246. La norma configura, inoltre, un'inversione dell'onere probatorio, gravante sul condannato, cfr. M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 498.

Il problema è reale e impone la ricerca di una soluzione interpretativa ragionevole. In questo senso, alcuni pronunciamenti giurisprudenziali, per riconoscere l'assenza del legame tra il reo e il sodalizio criminale, ritengono sufficiente un apprezzabile grado di attendibilità fondato sulla «prova positiva contraria». Così Cass., sez. fer. pen., 15 settembre 2011, n. 34746, citata da A. RICCI, *«Collaborazione impossibile» e sistema penitenziario. L'ammissibilità di misure premiali ed alternative per i non collaboranti condannati per delitto ostativo*, Padova, 2013, 74. Allo stato, però, non sembra trattarsi di un orientamento qualificabile come un vero e proprio diritto vivente giurisprudenziale. Cfr. A. PUGIOTTO, C. MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., 102.

<sup>468</sup> Si è osservato, in dottrina, che l'esecuzione della pena finisce per essere usata come strumento di pressione diretto all'ottenimento della collaborazione, trasformando, in tal modo, l'apparato carcerario in «ingranaggio attivo dell'azione investigativa». Cfr. L. CARACENI, C. CESARI, *Sub Art. 4-bis*, cit., 53; F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della «scommessa» anticustodialistica agli insidiosi programmi del «doppio binario»*, cit., 117. In termini analoghi, A. BERNASCONI, *Le immunità occulte. Fase dell'esecuzione penale ed ideologia premiale tra razionalizzazione e garantismo*, in *Politica del diritto*, 1997, 2, 194; V. GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, cit., 14; G. INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna, 1996, 35; M. PAVARINI, *Lo scambio penitenziario*, Bologna, 1996, 253; A. PRESUTTI, *«Alternative» al carcere, regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale*, cit., 91; L. FILIPPI, *La «novella» penitenziaria del 2002: la proposta dell'Unione delle Camere penali e una «controriforma» che urta con la Costituzione e con la Convenzione europea*, in *Cass. pen.*, 2003, 30; C.A. ESPOSITO, *Aspetti problematici delle misure alternative alla detenzione*, in A. SCALFATI (a cura di), *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Padova, 2004, 35; L. DEGL'INNOCENTI, F. FALDI, *I benefici penitenziari*, Milano, 2014, 381; L. FILIPPI, G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 237.

La disciplina in esame non intacca il sistema della pena flessibile ma lo sgancia dal suo naturale referente costituzionale (art. 27, terzo comma, Cost.): la concessione di forme attenuate rispetto alla detenzione piena discende da un comportamento valutato positivamente ai fini della lotta investigativa alla criminalità organizzata<sup>469</sup>.

La centralità dell'apporto collaborativo del detenuto costituisce di per sé uno «scompenso»<sup>470</sup> rispetto ad un sistema ispirato alla funzione rieducativa della pena<sup>471</sup>. In fase esecutiva, la valutazione degli atteggiamenti collaborativi può ben costituire uno degli elementi di valutazione per la concessione di benefici. Nondimeno, una iper-valutazione di tale elemento non può finire per svalutare *in toto* le condotte rilevanti sul piano della risocializzazione del condannato. Benché sintomatica della frattura con un passato criminoso, la collaborazione non si rivela da sola idonea a garantire, anche per il futuro, l'astensione del condannato da ulteriori comportamenti delittuosi<sup>472</sup>.

---

<sup>469</sup> L. CARACENI, C. CESARI, *Sub Art. 4-bis*, cit., 69; M. PAVARINI, B. GUAZZALOCA, *Corso di diritto penitenziario*, cit., 185; L. DEGL'INNOCENTI, F. FALDI, *I benefici penitenziari*, cit., 382; L. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immodificabile e senza prospettabilità di un fine?*, in *Cass. pen.*, 2012, 4, 1222; L. FILIPPI, G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 238.

<sup>470</sup> Cfr. M. PAVARINI, B. GUAZZALOCA, *Corso di diritto penitenziario*, cit., 182.

<sup>471</sup> «Collaborazione» e «rieducazione» non si implicano vicendevolmente, per la chiara caratterizzazione fenomenica della prima, a fronte della dimensione squisitamente interiore che connota la seconda. Cfr. L. CARACENI, C. CESARI, *Sub Art. 4-bis*, cit., 53; F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della «scommessa» anticustodialistica agli insidiosi programmi del «doppio binario»*, cit., 124; M. PAVARINI, B. GUAZZALOCA, *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, 2004, 182; C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002, 348.

<sup>472</sup> Come osservato in dottrina, la loro rifunzionalizzazione in chiave di strumento di pressione verso la scelta collaborativa porta alla luce una configurazione impropria del trattamento alternativo propiziandone una gestione indulgenziale. Misure alternative e benefici penitenziari diventano da strumenti utili alla risocializzazione del condannato, tarati sulle sue esigenze di personalità, a rimedi per le inadempienze dello Stato sul fronte del controllo delle più gravi manifestazioni del fenomeno criminoso, applicabili quale pretesto per il conseguimento di finalità estrinseche al soggetto, ma proprie degli apparati investigativi. Cfr. A. PRESUTTI, *«Alternative» al carcere e regime delle preclusioni*, cit., 94.

L'obiettivo perseguito dal *favor* per la collaborazione processuale può essere identificato, in ultima analisi, nella prevenzione di futuri delitti, resa possibile da informazioni fornite dal collaboratore, e in via immediata in una maggiore produttività del sistema processuale, in termini di accertamento di reati e di affermazioni di responsabilità degli autori di reati. Si tratta di obiettivi di sicura rilevanza, anche costituzionale. Sullo sfondo c'è un problema di tutela dei beni giuridici aggrediti dalle forme di criminalità in relazione alle quali viene sollecitata la collaborazione, nonché l'efficienza nell'accertamento e nella repressione di dati delitti. Cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 551. Se siffatto *favor* per il pentitismo, sul piano dei principi del diritto sostanziale, produce un «paradossale capovolgimento di un classico principio garantista: quello della proporzionalità della pena alla gravità del reato e al grado di colpevolezza», nell'ottica tendenzialmente special preventiva, la collaborazione processuale può essere apprezzata come sintomo – uno tra i tanti – di minore bisogno di pena, nella misura in cui possa in concreto considerarsi indice di ravvedimento soggettivo, o comunque base di una prognosi positiva sul futuro comportamento del condannato. Eppure, a ben vedere, la giustificazione di tecniche premiali «spinte» va ricercata nella prevenzione generale: *in primis*, nel funzionamento della giustizia penale e, mediatamente, nel raggiungimento di obiettivi di prevenzione di futuri delitti. In argomento, L. FERRAJOLI, *Ravvedimento processuale e inquisizione penale*, in *Quest. giust.*,

E ciò a maggior ragione se si considera che non esiste una presunzione assoluta in forza della quale la collaborazione processuale esprimerebbe con certezza il distacco del condannato dal circuito della criminalità organizzata e la sua disponibilità alla prospettiva di risocializzazione. Anzi, la condotta collaborativa ben può essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche e, perciò, non significativa di un'avvenuta rieducazione. D'altro canto, non è nemmeno certo che l'assenza di una collaborazione utile e rilevante ai sensi dell'art. 58-ter ord. penit. sia per forza espressione di rifiuto al percorso rieducativo.

Il trattamento penitenziario dei soggetti condannati per gravi delitti collegati alle organizzazioni criminali rischia, così, di acquisire una valenza ambigua, diventando un sistema funzionale a ottenere collaborazioni con la giustizia, o, nel caso opposto, un sistema di neutralizzazione dei detenuti non collaboranti, ritenuti inidonei - appunto perché non collaboranti - all'applicazione di misure orientate al loro reinserimento nella società.

Malgrado ciò, in nome dell'asserita polifunzionalità della pena, la Corte costituzionale ha affermato la piena legittimità della scelta normativa di privilegiare finalità di prevenzione generale e di sicurezza della collettività, attribuendo determinati vantaggi ai detenuti che collaborano con la giustizia, anche se ciò può comportare l'affievolirsi della finalità rieducativa della pena<sup>473</sup>. Ciò spiega perché la Consulta non si sia spinta a pronunciare l'illegittimità di tutto il sistema di preclusioni di cui all'art. 4-bis ord. penit.<sup>474</sup>, limitandosi soltanto «ridimensionare» l'attuale formulazione della norma. Si è visto, in questo senso, la giurisprudenza costituzionale in tema di collaborazione impossibile, irrilevante o comunque oggettivamente inesigibile<sup>475</sup>.

Eppure, quegli argomenti e quelle ragioni di comprensibile perplessità rilevati dalla dottrina e, in parte, riconosciuti dalla Corte costituzionale avrebbero potuto colpire l'impianto dell'intera riforma introdotta dall'art. 4-bis ord. penit.<sup>476</sup>: l'accesso ad un trattamento penitenziario viene a dipendere dalla sussistenza di un dato, come la collaborazione processuale, che non è indicativo, in sé e per sé, di un'avviata risocializzazione, denotando piuttosto una situazione di

---

1982, 217. Si veda altresì, A. BERNASCONI, *La collaborazione processuale*, Milano, 1995, 102; ID., *I sistemi di protezione per i collaboratori della giustizia nella prospettiva premiale dell'ordinamento italiano e nell'esperienza statunitense*, in A. PRESUTTI, *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, 139.

<sup>473</sup> Corte cost., sent. 306/1993, cit., § 10 del *Considerato in diritto*.

<sup>474</sup> Cfr. C. CESARI, G. GIOSTRA, Sub *Art. 4-bis*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova, 2011, 103.

<sup>475</sup> La Corte ha chiarito che, ancorare alla collaborazione la stessa astratta possibilità di fruire di fondamentali strumenti rieducativi, ha un senso solo ove si versi in ipotesi di «collaborazione oggettivamente esigibile», giacché un comportamento che il legislatore presupponga come condizionante l'applicazione di istituti costituzionalmente rilevanti, non può che essere frutto di una libera scelta dell'interessato e, quindi, essere in sé naturalisticamente e giuridicamente «possibile». Si è così distinto la «volontà» di collaborare dalla «possibilità» di collaborare, riconoscendo la necessità di valutare il requisito della collaborazione in termini più realistici e non soltanto nell'ottica di una sua effettiva utilità per lo sviluppo delle indagini.

<sup>476</sup> Cfr. C. CESARI, G. GIOSTRA, Sub *Art. 4-bis*, cit., 103.

cessata pericolosità sociale. Un meccanismo premiale – il c.d. pentitismo – che, nella logica del legislatore penitenziario della «seconda emergenza» torna a costituire la soluzione principale per fronteggiare il crimine organizzato, diviene l'elemento chiave per accedere a un trattamento penitenziario ispirato alla rieducazione. In altre parole, un dato che costituisce unicamente il riflesso di un'istanza di tipo general preventivo – e che, nei fatti, finisce spesso per figurare come il portato di una scelta puramente utilitaristica – diviene viceversa la chiave di volta per poter beneficiare di un trattamento penitenziario rieducativo.

E così, osserva ancora la dottrina, la funzione rieducativa della pena ne esce ampiamente svalutata, dal momento che l'applicazione di misure risocializzanti – quali sono le misure alternative alla detenzione –, anziché rapportarsi all'osservazione e alla partecipazione del detenuto all'opera di rieducazione, va ad agganciarsi ad un elemento estrinseco all'idea rieducativa<sup>477</sup>.

Si ritiene che sia certamente possibile attribuire un qualche significato alla collaborazione prestata. Nondimeno, un conto è far dipendere dalla collaborazione la stessa astratta possibilità di fruire di fondamentali strumenti rieducativi, altra cosa è la previsione di una diversa modalità di accesso – quale, ad esempio, uno specifico aggravamento del periodo di espiazione richiesto per l'accesso<sup>478</sup> – in caso di rifiuto espresso e consapevole della collaborazione. In questo secondo caso, ci si imbatte in una precisa scelta di inasprimento del regime penitenziario – al quale può ben corrispondere, come fenomeno inverso di «attenuazione sterilizzatrice», la condotta collaborativa –, frutto di un non arbitrario impiego della discrezionalità legislativa e, in quanto tale, non censurabile. È evidente che, anche in questo caso, in forza del principio di ragionevolezza, la collaborazione può assumere rilievo solo se naturalisticamente e giuridicamente possibile.

Ma non è soltanto l'art. 27, terzo comma, Cost. a venire in rilievo quale parametro costituzionale che rischia di essere violato dalla disciplina esaminata.

---

<sup>477</sup> Cfr. P.P. EMANUELE, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 89.

<sup>478</sup> Nell'attuale XVII Legislatura sono stati presentati in Parlamento tre disegni di legge modificativi del regime speciale dell'art. 4-*bis* ord. penit. Cfr. A.S. n. 299, *Compagna*, 26 marzo 2013 («Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di divieto di concessione di benefici penitenziari e di regime penitenziario»); A.S. n. 389, *Barani*, 4 aprile 2013 («Modifiche agli articoli 4-*bis*, 14-*bis*, 14-*ter*, 14-*quater* e 41-*bis* della legge 26 luglio 1975, 354, in materia di divieto di concessione di benefici penitenziari, di regime di sorveglianza particolare e di soppressione del regime restrittivo con sospensione delle regole ordinarie di trattamento penitenziario per gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica»); A.C. n. 3091, *Bruno Bossio e altri*, 4 maggio 2015 («Modifiche agli articoli 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, e 2 del decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, in materia di revisione delle norme sul divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia»). In questo senso va anche la recentissima legge 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando), come si vedrà tra le riflessioni conclusive nel prossimo capitolo.



Ulteriore profilo di contrasto della normativa *de qua* concerne, difatti, l'art. 24, secondo comma, Cost. Il diritto di libera scelta di una linea difensiva, infatti, potrebbe risultare compresso dai calcoli sugli effetti che il comportamento processuale dell'imputato è suscettibile di produrre in sede esecutiva<sup>479</sup>. Costretto nell'alternativa se rendere o meno confessione, l'imputato per uno dei reati di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. subirebbe una riduzione del diritto alla difesa che, declinandosi innanzitutto nel diritto a non fornire elementi a proprio danno, include anche il rifiuto di rispondere o il ricorso alla menzogna<sup>480</sup>.

Eppure, sinora, la Consulta ha affermato la compatibilità della normativa con il dettato costituzionale sul rilievo che il diritto di difesa sarebbe esercitabile solo entro il perimetro tracciato dalla legge, «sicché se essa vi appone limiti o condizioni è gioco forza che sia solo in quest'ambito che le ragioni difensive abbiano modo di esplicarsi»<sup>481</sup>.

Per quanto detto, l'odierno sistema delineato dall'art. 4-*bis* ord. penit. lascia aperte delicatissime questioni e stride in più punti con il dettato costituzionale. Così per l'offuscarsi della tensione rieducativa della pena, per il profilo del pieno esercizio del diritto di difesa, per il problema della c.d. prova negativa dell'insussistenza di collegamenti, per i complessi rapporti tra i differenti «binari trattamentali», per l'implicita sfiducia del legislatore nel ruolo della magistratura di sorveglianza, per la correlata introduzione nel sistema di prove legali legate alla prestata, o mancata, collaborazione.

## 5. SEGUE. L'ERGASTOLO OSTATIVO

Una delle lacune più vistose della disciplina in esame, sotto il profilo del rispetto dei principi costituzionali, è l'eventualità che possano concretizzarsi condanne all'ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale<sup>482</sup>.

---

<sup>479</sup> L. CARACENI, C. CESARI, *Sub Art. 4-bis*, cit., 69.

<sup>480</sup> Cfr. A. PUGIOTTO, C. MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., 98: «diventa allora lecito leggere nell'ostatività una sorta di sanzione per la condotta processuale pregressa, ancorché legittima e garantita».

<sup>481</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 306/1993, cit., § 11 del *Considerato in diritto*. Sul punto A. PUGIOTTO, C. MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., 98: ivi si rileva che così argomentando «il diritto costituzionale alla difesa è subordinato alla sua traduzione legislativa, quando invece il principio di legalità costituzionale impone un rapporto gerarchico esattamente capovolto». Se l'opzione politica di affermare la necessità di una collaborazione nella fase dell'esecuzione della pena si traduce in una norma che pregiudica - già in sede processuale - il pieno rispetto del diritto al silenzio dell'imputato, è la regola (legislativa) a dover cedere il passo al principio (costituzionale).

<sup>482</sup> E. DOLCINI, *La «questione penitenziaria», nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, cit., 1655; L. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante» ai sensi dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immutabile e senza prospettività di un fine?*, cit. In generale sull'ergastolo ostativo, anche per un ampio panorama bibliografico, si vedano S. FUNGARDI, «*Fine pena mai*»: il c.d. ergastolo ostativo tra diritto interno e giurisprudenza della Corte Edu, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 17 aprile 2015; A. PUGIOTTO, C. MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo*.

Com'è noto, la pena dell'ergastolo, nel nostro ordinamento, consente al condannato, secondo precise modalità, di godere di una serie di benefici (come il regime di semilibertà e la libertà condizionale), di fruire di determinati tipi di permessi e, soprattutto, di accedere, dopo ventisei anni di reclusione, alla liberazione condizionale. Ciò rende la pena dell'ergastolo compatibile con la finalità rieducativa e con il reinserimento sociale del condannato (art. 27, terzo comma, Cost.)<sup>483</sup>. In altri termini, è proprio la proiezione dinamica dell'ergastolo che consente di salvarne la legittimità costituzionale<sup>484</sup>. Come acutamente osservato in dottrina, il Giudice delle leggi afferma che l'ergastolo non viola la Costituzione proprio perché, grazie alla liberazione condizionale, esso non è più una pena perpetua<sup>485</sup>. Ciò posto, si dovrebbe desumere, a contrario, l'incostituzionalità della reclusione a vita.

Si parla di «ergastolo ostativo» quando l'accesso ai menzionati benefici e misure alternative è precluso. Eventualità, questa, che può accadere, proprio in virtù del regime delineato dall'art. 4-*bis* ord. penit., nei casi in cui il condannato per uno dei delitti ivi elencati non collabori con la giustizia. Stante quanto appena detto, a suscitare maggiore perplessità è la preclusione, per questi soggetti, dell'accesso alla liberazione condizionale<sup>486</sup>. Detta esclusione, difatti, finisce per rendere l'ergastolo una vera e propria pena *usque ad mortem*, espressione di un estremismo punitivo che esclude *a priori* la possibilità stessa della risocializzazione<sup>487</sup>. Precludere questa misura al condannato non collaborante, significa escluderlo in via permanente ed assoluta dal processo rieducativo e configurare una pena segregante, non più conforme a Costituzione<sup>488</sup>.

---

*Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit. Per una critica più radicale, rivolta alla pena dell'ergastolo in tutte le sue forme, si veda di recente L. RISICATO, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 1238.

<sup>483</sup> La liberazione condizionale rappresenta l'unica «valvola di sfogo» idonea a rendere la pena dell'ergastolo conforme a Costituzione: essa rappresenta la porta che consente l'effettivo reinserimento anche dell'ergastolano nel consorzio civile (art. 27, terzo comma, Cost.).

<sup>484</sup> Corte cost., sent. 7 – 22 novembre 1974, n. 264, in *www.giurcost.org*.

<sup>485</sup> Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 marzo 2013. L'Autore osserva che la *ratio decidendi* dei giudici costituzionali presenta una qualche ambiguità processuale, dal momento che la Corte costituzionale è un giudice di norme, che pronuncia su disposizioni, mentre in questo caso, ha espresso un giudizio su un fatto (l'eventuale accesso dell'ergastolano alla liberazione condizionale), evitando così di pronunciarsi sulla relativa disposizione che parla, testualmente, di «pena perpetua» (art. 22 cod. pen.).

<sup>486</sup> La questione è stata in passato respinta come infondata dalla Corte costituzionale (cfr. sent. n. 264/1974 e, implicitamente, sent. nn. 115/1964, 168/1994) e ripetutamente delibata come manifestamente infondata dalla Corte di Cassazione (a far data almeno da Cass. pen., Sez. un., 16 giugno 1956; vedi, da ultima, Cass. pen., sez. I, 22 agosto 2012, n. 33018).

<sup>487</sup> Cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, cit.

<sup>488</sup> La pena cui sono condannati gli «ergastolani senza scampo» si rivela perpetua, sia nella sua dimensione statica (in quanto ergastolo) sia nella sua proiezione dinamica (in quanto ostativa all'ammissione alla liberazione condizionale). Così A. PUGIOTTO, *Come e perché eccipire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 luglio 2016. In argomento, si veda anche E. FASSONE, *Fine pena: ora*, Palermo, 2015.

Da ciò, la questione se sia legittimo o meno l'art. 4-*bis* ord. penit. nella parte in cui, in assenza della collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* ord. penit., non consente al condannato alla pena dell'ergastolo per uno dei delitti indicati nella disposizione censurata di essere ammesso alla liberazione condizionale<sup>489</sup>.

La Corte costituzionale si è pronunciata sul punto in diverse occasioni, da ultimo con sentenza n. 135 del 2003, con cui, in conformità ai suoi precedenti, ha giudicato la norma compatibile con la Costituzione<sup>490</sup>.

A detta della Consulta la preclusione derivante dall'art. 4-*bis* ord. penit. per l'ergastolano non sarebbe una «conseguenza che discende automaticamente dalla norma censurata»<sup>491</sup>, bensì un'esclusione derivante dalla sua libera scelta di non collaborare con la giustizia. La disciplina non precluderebbe in maniera assoluta e definitiva l'ammissione al beneficio in esame, giacché «al condannato è comunque data la possibilità di cambiare la propria scelta»<sup>492</sup>. Si badi che tale scelta è un elemento che concorre insieme ad altri, al fine di accertare il sicuro ravvedimento del condannato - condizione, questa, per l'accesso alla liberazione condizionale - <sup>493</sup>.

La Consulta ha, in ogni caso, specificato che la preclusione deve essere conseguenza di una libera e perdurante scelta del soggetto di non collaborare con la giustizia. Pertanto, l'effetto preclusivo sarà escluso quando la collaborazione non sia naturalisticamente e giuridicamente possibile (collaborazione irrilevante, impossibile o inesigibile)<sup>494</sup>.

Pur coerente con un sistema penitenziario fondato sullo «scambio tra determinati comportamenti e la modifica della pena»<sup>495</sup>, la conclusione a cui arriva la Consulta è considerata, dalla dottrina, eccessivamente rigida<sup>496</sup>. Ciò in quanto, essa finisce per subordinare la verifica concreta e individualizzata di avvenuta rieducazione del reo alla cooperazione con la giustizia, nonché per assimilare nel medesimo divieto situazioni concrete tra loro diverse<sup>497</sup>. Essa, inoltre,

---

<sup>489</sup> A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, cit.

<sup>490</sup> Corte cost., sent. 9 - 24 aprile 2003, n. 135, in *Dir. e giust.*, 2003, 19, 16, con nota di L. CREMONESI, *La Consulta «stoppa» la rieducazione. Impedito all'ergastolano qualsiasi percorso riabilitativo*, ivi, 14.

<sup>491</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 135/2003, § 4 del *Considerato in diritto*.

<sup>492</sup> *Ibidem*.

<sup>493</sup> *Ibidem*.

<sup>494</sup> *Ibidem*.

<sup>495</sup> Cfr. L. CARACENI, C. CESARI, *Sub Art. 4-bis*, cit., 59; A. MORRONE, *Liberazione condizionale e limiti posti dall'art. 4-bis ord. penit.*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 1356.

<sup>496</sup> Così, tra i tanti, A. PUGIOTTO, C. MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit.; N. VALENTINO, *L'ergastolo. Dall'inizio alla fine*, Roma, 2012; M. PALMA, «*Fine pena mai*». *Ancora l'ergastolo nel nostro ordinamento?*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, 2, 109; G. VARRASO, *Ergastolo, liberazione condizionale ed art. 4-bis ord. penit.: la parola di nuovo alla Consulta*, cit.

<sup>497</sup> A. PUGIOTTO, C. MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit. Nella Parte II della monografia, Andrea Pugiotto rileva che le criticità costituzionali dell'ergastolo risiedono in plurimi argomenti: quello dell'errore giudiziario, quello dell'irrilevanza del percorso rieducativo, quello dell'automatismo normativo, quello della non riducibilità della pena, quello della

fa prevalere esigenze di sicurezza collettiva, prevenzione generale e neutralizzazione sulla funzione rieducativa della pena<sup>498</sup>.

Stante dette criticità, sono state proposte in dottrina diverse soluzioni<sup>499</sup>.

Tra queste si rammentano: quella che suggerisce la sostituzione dell'elemento della collaborazione, quale condizione di accesso ai benefici penitenziari, con il mero accertamento della mancanza di legami con la criminalità organizzata, ossia la prova positiva di una reale dissociazione; ovvero quella che prospetta la trasformazione delle attuali presunzioni legali da assolute a relative; o ancora quella che propone di escludere dalle preclusioni penitenziarie l'istituto della liberazione condizionale, quale misura estintiva dell'ergastolo<sup>500</sup>.

Simili modifiche, ridefinendo nel complesso il regime ostativo di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., avrebbero conseguenze dirette anche sotto il profilo della neutralizzazione dell'ergastolo ostativo, che non sarebbe più «senza scampo» per il condannato<sup>501</sup>.

Recenti prese di posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo rimettono in discussione gli approdi raggiunti dalla Corte costituzionale<sup>502</sup>. I giudici di Strasburgo, investiti di una pluralità di questioni riguardanti, tra le altre, la compatibilità con i principi espressi nell'art. 3 Cedu (recante il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti) della pena perpetua senza possibilità di liberazione condizionale – dopo alcuni sofferti pronunciamenti che hanno ritenuto, comunque, rispettata la norma convenzionale anche per tali condanne<sup>503</sup> – sono giunti ad affermare il principio secondo cui, sulla base del diritto europeo e di quello internazionale, «a

---

pena contraria al senso di umanità e del divieto di tortura, quello della violazione della libertà morale, della rigidità normativa irragionevole, quello dell'applicazione retroattiva.

<sup>498</sup> Cfr. L. CARACENI, C. CESARI, *Sub Art. 4-bis*, cit., 59.

<sup>499</sup> A. PUGIOTTO, C. MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., 170.

<sup>500</sup> L'operazione intesa a introdurre nel tessuto legislativo, quanto alla materia disciplinata dall'art. 4-*bis* ord. penit., presunzioni relative, superabili con adeguata motivazione giudiziale (a sua volta sorretta dall'acquisizione di «elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva»), è stata oggetto di svariate proposte legislative. Si rammenta, ad esempio, la proposta, intitolata «Revisione delle norme che vietano la concessione di benefici nei confronti di detenuti o internati *non collaboranti*», della Commissione istituita il 10 giugno 2013 e presieduta da Francesco Palazzo. Il testo della relativa Relazione è reperibile in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>501</sup> A. PUGIOTTO, C. MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., 171: se oggi la pena dell'ergastolo ostativo «non finisce mai, salvo che...», domani si vorrebbe che quella pena «finisse sempre, salvo che...».

<sup>502</sup> Cfr. L. CARACENI, C. CESARI, *Sub Art. 4-bis*, cit., 60.

<sup>503</sup> C. eur. dir. uomo, sez. IV, *Vinter e a. c. Regno Unito*, sent. 17 gennaio 2012, ric. n. 66069/09; 130/10; 3896/10 e sez. IV, *Harkins e Edwards c. Regno Unito*, sent. 17 gennaio 2012, ric. n. 9146/07 e 32650/07, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 4 luglio 2012, con nota di F. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 Cedu: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*.

tutti i detenuti, compresi gli ergastolani, deve essere offerta la possibilità di riabilitarsi e la prospettiva della rimessione in libertà, ove la riabilitazione venisse realizzata»<sup>504</sup>.

Secondo l'interpretazione della giurisprudenza di Strasburgo, l'art. 3 Cedu, pur non precludendo in assoluto l'ergastolo, imporrebbe ai singoli ordinamenti di prevedere, decorso un certo lasso di tempo, meccanismi di revisione delle pene perpetue: in questo modo le autorità nazionali potrebbero verificare se, nel corso dell'esecuzione della pena, il detenuto sia così cambiato e progredito nel cammino di riabilitazione che nessun legittimo motivo d'ordine «penologico» (retribuzione, prevenzione generale, difesa sociale) appaia idoneo a giustificare la protrazione della detenzione<sup>505</sup>.

In questa prospettiva, le sorti «costituzionali» del nostro ergastolo ostativo tornano in gioco: la disciplina dell'art. 4-*bis* ord. penit., nella parte in cui impedisce alla magistratura di sorveglianza di valutare in concreto i progressi nel trattamento dell'ergastolano, a causa di una presunzione assoluta di non rieducabilità dipendente da una indisponibilità alla collaborazione, mostra profili di incostituzionalità per contrasto con l'art. 117 Cost., in relazione al parametro interposto rappresentato dall'art. 3 Cedu, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo<sup>506</sup>.

## 6. ULTERIORI AUTOMATISMI SANZIONATORI NELL'ORDINAMENTO PENITENZIARIO

Finora si è dedicata l'attenzione alla disciplina contenuta nell'art. 4-*bis* ord. penit., nondimeno, l'ordinamento penitenziario è disseminato di norme che sottraggono alla

---

<sup>504</sup> Cfr. C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 9 luglio 2013, *Vinter c. Regno Unito*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 26 luglio 2013. Il caso è stato oggetto di due sentenze emesse rispettivamente dalla quarta sezione nel 2012 (si veda la nota precedente) e dalla Grande Camera nel 2013. Nel primo giudizio, la quarta sezione aveva respinto il ricorso dei tre detenuti, in quanto i ricorrenti non erano stati in grado di dimostrare che nei loro confronti la pena fosse già priva di fondamento giustificativo al momento della decisione. Nel giudizio di impugnazione, però, la Grande Camera ha ribaltato la decisione: valorizzando la funzione rieducativa della pena anche nei confronti dei detenuti a vita, e spostando l'attenzione dalla situazione concreta dei ricorrenti della Corte alla normativa applicabile, i giudici di Strasburgo hanno affermato che il Regno Unito, nell'imporre pene detentive perpetue ed irriducibili, violava l'art. 3 Cedu. La Corte scrive che una persona condannata all'ergastolo senza alcuna prospettiva di liberazione, né possibilità di far riesaminare la sua pena perpetua rischia di non potersi mai riscattare: una conseguenza che la Corte di Strasburgo giudica gravemente lesiva della dignità umana. Per un commento, si veda A. BALSAMO, *La Corte europea, l'ergastolo e il «diritto alla speranza»*, in *Cass. pen.*, 2013, 12, 4672. Più recentemente, C. eur. dir. uomo, sent. 15 dicembre 2015, *Gurban c. Turchia*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 15 marzo 2016.

<sup>505</sup> Cfr. C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 9 luglio 2013, *Vinter c. Regno Unito*, cit., § 119: «For the foregoing reasons, the Court considers that, in the context of a life sentence, Article 3 must be interpreted as requiring reducibility of the sentence, in the sense of a review which allows the domestic authorities to consider whether any changes in the life prisoner are so significant, and such progress towards rehabilitation has been made in the course of the sentence, as to mean that continued detention can no longer be justified on legitimate penological grounds».

<sup>506</sup> Cfr. L. CARACENI, C. CESARI, *Sub Art. 4-bis*, cit., 60. Ivi si riportano gli sforzi esegetici della dottrina volti a comprimere gli effetti deteriori dell'ergastolo ostativo.

magistratura di sorveglianza il compito di verificare, caso per caso, l'idoneità di un dato beneficio penitenziario o di una determinata misura alternativa a realizzare la funzione rieducativa della pena.

Come si è osservato, l'automaticità delle conseguenze che tali norme comporta suona come un «atto di esagerata sfiducia nei confronti degli organi preposti al giudizio»<sup>507</sup> sulla concessione e sulla revoca delle misure alternative<sup>508</sup>.

In virtù delle loro caratteristiche di automaticità, durata fissa e predeterminata, indipendenza da un concreto giudizio di pericolosità, insensibilità agli eventuali progressi trattamentali, tali norme producono effetti di evidente natura sanzionatoria; dunque, ben lontani dalla funzione rieducativa che connota l'intera esecuzione penale<sup>509</sup>. Detti divieti o preclusioni suonano come «insuperabili» a prescindere dall'eventuale condotta collaborativa del condannato.

Di seguito si riportano i principali automatismi, oggetto di censura da parte della Corte costituzionale:

- Art. 58-*quater* ord. penit.

La norma - che, come si vedrà in seguito, solleva interrogativi anche sotto il profilo della sua applicazione retroattiva - ha posto dubbi di legittimità costituzionale quanto al contenuto<sup>510</sup>.

Introdotta con decreto legge n. 152 del 1991 e successivamente modificata dalla legge n. 251 del 2005, essa è diretta a prevedere una serie di divieti di concessione di benefici penitenziari ivi tassativamente elencati per una serie di soggetti, al verificarsi di certe situazioni<sup>511</sup>. Nello specifico, il divieto opera, per un periodo di tre anni, per i condannati resisi

---

<sup>507</sup> Cfr. A. MARTINI, *Commento artt. 14, 14-bis, 15, D.L. 306/1992*, in *Leg. pen.*, 1993, 177.

<sup>508</sup> Cfr. C. CESARI, *Sub Art. 58-quater ord. penit.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, 734. Con specifico riguardo alla legge «ex-Cirielli», la manifestazione di sfiducia nei confronti della magistratura di sorveglianza, filtrata attraverso le dichiarazioni pubbliche dei promotori della citata legge ed enfatizzate dai *media*, pare tuttavia priva di fondamento alla luce dei rilevamenti statistici, dai quali emerge che la percentuale di condannati ammessi ai benefici penitenziari che delinque nuovamente nel corso di tali misure premiali si attesta su percentuali statisticamente non certo allarmanti (a titolo esemplificativo, si tratta dello 0,17% del totale, alla luce dei dati statistici relativi al primo semestre dell'anno 2003 pubblicati dal Ministero della giustizia - DAP). Così F. FIORENTIN, *Legge «Ex-Cirielli» e ordinamento penitenziario riformato al vaglio di costituzionalità: la Consulta riafferma il valore della funzione rieducativa della pena*, cit.

<sup>509</sup> Cfr. C. CESARI, *Sub Art. 58-quater ord. penit.*, cit., 734.

<sup>510</sup> Per un commento organico della norma vigente si rinvia a C. CESARI, *Sub Art. 58-quater ord. penit.*, cit., 733; A. MARCHESELLI, *La disciplina restrittiva e il diritto penitenziario premiale per i delitti di particolare allarme sociale*, cit., 466; C. FIORIO, *Inasprimenti al divieto di concedere benefici penitenziari*, cit., 225; B. GUAZZALOCA, *Profili penitenziari dei decreti-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modifiche nella l. 17 luglio 1992, n. 203, e 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella l. 7 agosto 1992, n. 356*, in P. CORSO, G. INSOLERA, L. STORTONI (a cura di), *Mafia e criminalità organizzata*, II, Torino, 1995, 768; M. PAVARINI, *L'esecuzione della pena*, cit., 273.

<sup>511</sup> Per approfondimenti, C. CESARI, *Sub Art. 58-quater ord. penit.*, cit., 732.

colpevoli di una condotta punibile a titolo di evasione (primo comma) e per i condannati ai quali sia stata revocata una misura alternativa (secondo comma)<sup>512</sup>.

In questi casi, l'art. 58-*quater* ord. penit. vieta, *ope legis*, in modo automatico, ancorché temporaneo, l'accesso agli strumenti tipici della rieducazione.

La disposizione in esame manifesta, a ben vedere, l'intento del legislatore di «sanzionare la scarsa affidabilità di un condannato responsabile di condotte negative emblematiche»<sup>513</sup>, quali l'evasione o i comportamenti che abbiano condotto alla revoca di alcuni benefici precedentemente concessigli<sup>514</sup>. Essa introduce una presunzione di «inidoneità temporanea del soggetto, evaso o inadempiente alle prescrizioni, a quelle forme di attenuazione della pena detentiva che sono proprie dei permessi premio o delle misure alternative»<sup>515</sup>.

La rigidità dell'art. 58-*quater* ord. penit. è evidente, in quanto, occorsa la ragione ostativa alla concessione di ulteriori benefici, il «*black out*» triennale o quinquennale che investe la detenzione non trova affievolimenti<sup>516</sup>. I tempi delle preclusioni non sono modulabili né sui progressi personali dei singoli, né sull'entità delle condotte che hanno portato ad applicare il divieto temporaneo sancito dalla norma, sicché la pena che i destinatari della norma debbono espiare è, per una porzione predeterminata dalla legge, rigida e fissa<sup>517</sup>.

---

<sup>512</sup> Il periodo di interdizione sale a cinque anni per i condannati per taluno dei reati ostativi di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. nei cui confronti si procede o è pronunciata condanna per un delitto doloso punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, commesso a seguito di un'evasione ovvero durante il lavoro all'esterno o la fruizione di un permesso premio o di una misura alternativa (quinto comma). Per approfondimenti, C. CESARI, Sub Art. 58-*quater* ord. penit., cit., 734.

<sup>513</sup> Cfr. F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della «scommessa» anticustodialistica agli insidiosi programmi del «doppio binario»*, cit., 112. Si veda altresì M. PAVARINI, B. GUAZZALOCA, *Corso di diritto penitenziario*, cit., 193. La disposizione di cui al secondo comma, in particolare, manifesta «severità nei confronti di quei condannati che dopo aver illuso su una loro presunta capacità di percorrenza del cammino rieducativo», rivelino successivamente la propria inadeguatezza. Cfr. C. CESARI, Sub Art. 58-*quater* ord. penit., cit., 734; B. GUAZZALOCA, *Profili penitenziari dei decreti-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modifiche nella l. 17 luglio 1992, n. 203, e 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella l. 7 agosto 1992, n. 356*, cit., 767.

<sup>514</sup> Cfr. C. CESARI, Sub Art. 58-*quater* ord. penit., cit., 734.

<sup>515</sup> Cfr. F.P.C. IOVINO, *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, cit., 441. Si veda altresì M. PAVARINI, B. GUAZZALOCA, *Corso di diritto penitenziario*, cit., 193.

<sup>516</sup> C. CESARI, *Flessibilità della pena e condannati minorenni: l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-*quater* ord. pen.*, in *Cass. pen.*, 2000, 10, 2557. L'automaticità delle preclusioni suona come atto di sfiducia nei confronti degli organi preposti al giudizio su concessione e revoca dei benefici, per A. MARTINI, *Commento all'art. 15, D.L. 8 giugno 92 n. 306 (antimafia)*, in *Leg. pen.*, 1993, 177 (con specifico riguardo agli ultimi tre commi della previsione in esame).

<sup>517</sup> Cfr. C. CESARI, *Flessibilità della pena e condannati minorenni: l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-*quater* ord. pen.*, cit. Non a caso, l'inflessibilità della norma, aprendosi ad applicazioni talora «odiose», si è prestata sempre a forzature ed aggiramenti esegetici. Per approfondimenti, C. CESARI, Sub Art. 58-*quater* ord. penit., cit., 739.

Ecco perché il meccanismo delineato nella norma in esame, con il suo divieto automatico e generalizzato, ha suscitato non poche perplessità, poiché sottrae ogni margine di valutazione alla magistratura di sorveglianza<sup>518</sup>.

- Art. 30-*ter* ord. penit.

La norma contempla - similmente a quella appena vista - un divieto di concessione di permessi premio, per un periodo predeterminato di tempo, nei confronti dei soggetti che, durante l'espiazione della pena o delle misure restrittive, abbiano riportato una condanna o siano anche soltanto imputati per un delitto doloso commesso durante l'espiazione della pena o l'esecuzione di una misura restrittiva della libertà personale<sup>519</sup>. Detti comportamenti del detenuto costituiscono causa di esclusione oggettiva, automaticamente operante, dalla fruizione di benefici penitenziari per i due anni seguenti dalla commissione del fatto.

- Art. 47-*ter* ord. penit.

Nella sua formulazione originaria, anteriore alla modifica intervenuta con decreto legge n. 78 del 2013 (conv. con legge n. 94 del 2013), l'art. 47-*ter*, comma 9, ord. penit., faceva derivare automaticamente la sospensione della detenzione domiciliare dalla presentazione di una

---

<sup>518</sup> Ciò appare ancora più evidente se si considera, ad esempio, che, attraverso il riferimento ad una «condotta punibile a norma dell'art. 385 cod. pen.», si colpisce non solo l'evasione vera e propria, ma anche le condotte ad essa equiparate dalla legge penitenziaria (come il caso di chi tarda a rientrare in istituto dopo la concessione di un permesso *ex artt.* 30 e 30-*ter* o in caso di semilibertà *ex art.* 51, ovvero chi si allontana dal domicilio in caso di detenzione domiciliare *ex art.* 47-*ter*). Ecco, dunque, che il divieto triennale di concessione di benefici penitenziari opera indifferentemente sia per coloro che sono evasi da un istituto penitenziario sia per coloro che si sono allontanati dal domicilio indicato per l'esecuzione degli arresti domiciliari (o di una misura alternativa alla detenzione). L'ambito di operatività della preclusione è, quindi, più ampio di quello che appare ad una prima lettura. Da questo sorge l'interrogativo se sia ragionevole *ex art.* 3 Cost. accomunare una varietà di condotte tra loro profondamente diverse quanto a gravità oggettiva e soggettiva o a pericolosità sintomatica, che hanno come denominatore comune la sola riconducibilità sotto l'etichetta incriminatrice dell'evasione. Per approfondimenti, C. CESARI, *Sub Art. 58-quater ord. penit.*, cit., 738.

<sup>519</sup> Per approfondimenti, F. FIORENTIN, *Sub Art. 30-ter*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, 358; M. PAVARINI, *Sub Art. 30-ter ord. penit.*, in B. GUAZZALOCA (a cura di), *Codice commentato dell'esecuzione penale*, I, Torino, 2002, 76. Quanto alla funzione risocializzatrice del permesso premio, già con sent. 4 - 12 aprile 1990, n. 188, in *Cass. pen.*, 1991, I, 371, la Corte costituzionale ha definito il permesso premio come «strumento esso stesso di rieducazione, in quanto consente un iniziale reinserimento del condannato nella società», così da costituire «parte integrante del trattamento rieducativo». In generale sui permessi premio, si veda Corte cost., sent. 26 giugno - 4 luglio 1996, n. 235, in *Giur. cost.*, 1996, 2128; F. CHERUBINI, *Appunti sul permesso premio nell'innovata normativa penitenziaria*, in *Giur. it.*, 1994, II, 301; A. PRESUTTI, *I permessi premio come strumento di rieducazione: i corollari di una svolta*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, 1302; G. LA GRECA, *Il permesso premio quale strumento della progressione nel trattamento rieducativo*, cit.; C. CESARI, *Permessi premio: qualche riflessione sul «caso Al Molqui»*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, 870.



denuncia per il reato previsto dal comma 8 dello stesso articolo, vale a dire per il delitto di evasione ex art. 385 cod. pen. Dalla successiva condanna per detto reato derivava, inoltre, la revoca del beneficio<sup>520</sup>.

La specifica considerazione che la norma riservava all'evasione - tanto come causa di sospensione automatica, quanto come causa di revoca della misura - si spiega, con tutta probabilità, nella forte valenza rivestita dal reato di evasione (e delle infrazioni ad esso assimilate) rispetto al mantenimento delle misure alternative<sup>521</sup>.

Eppure, la previsione di effetti automatici, incidenti così significativamente sul mantenimento del percorso rieducativo già in atto, non ha mancato di sollevare qualche dubbio di legittimità con riferimento agli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., nonché con riguardo all'art. 32 Cost. posto che la detenzione domiciliare persegue essenzialmente finalità di tipo umanitario ed assistenziale, legate alla tutela della salute<sup>522</sup>.

Com'è facilmente intuibile, a destare maggiore perplessità è il primo dei due automatismi richiamati, vale a dire la sospensione automatica della detenzione domiciliare quale conseguenza della mera «denuncia» per il reato di evasione, senza spazio per un accertamento anche solo incidentale. In questo caso, oltre ai parametri costituzionali già richiamati, a venire in rilievo è anche l'art. 27, secondo comma, Cost., ossia il principio secondo cui l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. Ciò in quanto, qui, il condannato si ritrova a subire immediatamente una restrizione nella libertà personale - data dalla sospensione della detenzione domiciliare con contestuale ingresso in carcere - per il solo fatto di essere

---

<sup>520</sup> Per approfondimenti sulla misura della detenzione domiciliare ex art. 47-ter ord. penit. si vedano L. CESARIS, Sub Art. 47-ter, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, 551; G. DI GENNARO, R. BREDI, G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, cit., 248; A. MAMBRIANI, *La detenzione domiciliare: primi spunti sistematici*, in *Giust. pen.*, 1988, III, 385; A. MARCHESELLI, *Le misure alternative alla detenzione*, in F. FIORENTIN, A. MARCHESELLI, *L'ordinamento penitenziario*, Torino, 2005, 214; M. PAVARINI, Sub Art. 47-ter ord. penit., in B. GUAZZALOCA (a cura di), *Codice commentato dell'esecuzione penale*, I, Torino, 2002.

<sup>521</sup> L'evasione rappresenta, infatti, una specifica rottura con il regime penitenziario e, in particolare, con i presupposti delle misure alternative, così da assumere il carattere di violazione qualificata. Si consideri che, a differenza di quanto previsto dall'art. 51-ter ord. penit. in relazione a cause di sospensione cautelare diverse dalla denuncia per evasione, l'art. 47-ter, comma 9, ord. penit. non prevede un termine finale di efficacia del provvedimento sospensivo. Si rammenti poi che l'art. 51-ter ord. penit. rimette la decisione sull'adozione del provvedimento cautelativo - che dovrà essere necessariamente motivato - alla discrezionalità del giudice di sorveglianza, a differenza dell'automatismo che invece caratterizza la norma in esame. Per un confronto tra la disciplina della revoca prevista per la detenzione domiciliare (art. 47-ter ord. penit.) e quella prevista per la semilibertà (art. 51 ord. penit.) si veda V. GREVI, *Magistratura di sorveglianza e misure alternative alla detenzione nell'ordinamento penitenziario: profili processuali*, in AA.VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Atti dell'XI convegno De Nicola, Milano, 1977, 150; G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza*, Milano, 1983, 167.

<sup>522</sup> La detenzione domiciliare non è una misura alternativa ma una modalità alternativa di espiatione della pena che persegue finalità di natura essenzialmente umanitaria ed assistenziale. Ne consegue l'assenza in essa di qualunque contenuto risocializzante e di qualunque momento rieducativo. Cfr. L. CESARIS, Sub Art. 47-ter, cit., 583.

denunciato, senza alcuna previa possibilità di verifica giudiziale circa la fondatezza della notizia o l'esistenza di giustificati motivi di allontanamento dalla propria abitazione.

– Art. 54 ord. penit.

Un altro caso di revoca automatica era previsto dall'art. 54, comma 3, ord. penit. a proposito della liberazione anticipata<sup>523</sup>. La norma prevedeva, in particolare, la revoca di tale misura nel caso di condanna per delitto non colposo commesso nel corso dell'esecuzione successivamente alla concessione del beneficio<sup>524</sup>.

La rigidità della norma, denunciata dalla dottrina sin dal 1975<sup>525</sup>, imponendo la revoca delle riduzioni concesse indipendentemente dalla gravità del reato commesso e dalla pena inflitta, poteva condurre «a conseguenze sfavorevoli per il condannato del tutto sproporzionate rispetto al fatto di reato»<sup>526</sup>. L'indifferenza normativa per qualsiasi tipo di apprezzamento in ordine alla compatibilità o meno della liberazione anticipata rispetto al valore sintomatico che in concreto poteva assumere l'intervenuta condanna per un «qualsiasi delitto non colposo», relegava nell'ombra l'essenza rieducativa dell'istituto. La norma, così formulata, non consentiva alla magistratura di sorveglianza di valutare se il soggetto, malgrado il reato commesso, potesse

---

<sup>523</sup> Sulla misura della liberazione anticipata, si vedano M.G. COPPETTA, Sub *Art. 54 ord. penit.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, 659; M. PAVARINI, Sub *Art. 54 ord. penit.*, in B. GUZZALOCA (a cura di), *Codice commentato dell'esecuzione penale*, I, Torino, 2002; F. FIORENTIN, *La modificazione quantitativa del titolo esecutivo: la liberazione anticipata*, in F. FIORENTIN, A. MARCHESELLI, *L'ordinamento penitenziario*, Torino, 2005, 333; G. CECANESE, *Pena (profili reali della) e benefici penitenziari*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, II, Torino, 2005, 1026; G. DI GENNARO, R. BREDA, G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, cit., 265.

<sup>524</sup> Quanto poi all'annoso interrogativo se la revoca comportasse la perdita di tutte le riduzioni di pena precedentemente ottenute dal condannato o soltanto di quella relativa al semestre nel corso del quale era stato commesso il delitto non colposo che ne è causa, la Suprema Corte ha espresso un indirizzo unanime (*ex plurimis*, v. Cass. pen., sez. I, 15 ottobre 2009, n. 41347, in *CED Cassazione* 2009) nel senso che la revoca non va limitata ad una sola frazione della complessiva riduzione di pena precedentemente accordata, con uno o più provvedimenti, bensì riguarda l'intero arco temporale di espiazione di pena già effettuato poiché dimostrerebbe «il fallimento complessivo del tentativo di reinserimento sociale del condannato». Cfr. G. CASAROLI, voce *Misure alternative alla detenzione*, cit., 48; M. MARGARITELLI, *I limiti applicativi della liberazione anticipata all'esame della Corte costituzionale*, cit.; M.G. COPPETTA, Sub *Art. 54 ord. penit.*, cit., 804 ss. Sul rapporto tra revoca e sentenza di patteggiamento, si veda F. FIORENTIN, *La modificazione quantitativa del titolo esecutivo: la liberazione anticipata*, cit., 352.

<sup>525</sup> Sul punto, V. GREVI, in F. BRICOLA (a cura di), *Il carcere riformato*, Bologna, 1977, 317 e 328.

<sup>526</sup> Cfr. G. GRASSO, *Misure alternative alla detenzione*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diz. dir. e proc. pen.*, Milano, 1986, 705; M.G. COPPETTA, Sub *Art. 54 ord. penit.*, cit., 683. Ciò che si criticava della norma in esame era, appunto, l'automaticità della revoca di tutte le riduzioni di pena concesse con la liberazione anticipata, rispetto alla varietà delle cause giustificanti la revoca stessa, vale a dire ogni condanna per un qualsiasi «delitto non colposo commesso nel corso dell'esecuzione». Si trattava di una sproporzione addirittura macroscopica nelle ipotesi in cui per il nuovo delitto non colposo fosse stata inflitta la sola pena pecuniaria.

continuare a partecipazione all'opera di rieducazione. Anzi, tale revoca finiva per danneggiare o ritardare lo sviluppo e la prosecuzione del percorso rieducativo (art. 27, terzo comma, Cost.)<sup>527</sup>.

L'automatismo era finito al centro del dibattito soprattutto a seguito delle modifiche apportate con legge n. 663 del 1986, stante il considerevole incremento dell'entità di riduzione di pena (da venti a quarantacinque giorni per ogni semestre di pena espiata) da esso derivante<sup>528</sup>.

Proprio l'enorme incidenza che la revoca della liberazione anticipata produce sulla sorte del condannato, induce a ritenere che essa possa essere disposta solo dopo un attento vaglio da parte della magistratura di sorveglianza e non in seguito all'automatica applicazione di un astratto e asettico meccanismo.

Gli automatismi ora visti, oltre ad essere stati oggetto di ampie critiche da parte della dottrina, hanno altresì dato luogo a questioni di legittimità costituzionale dagli esiti in parte differenti. Ciò che preme ora evidenziare - al di là per l'appunto dell'esito a cui la Consulta è giunta nei vari casi - sono i principi di diritto espressi dalla Corte costituzionale. A seguito di dette pronunce, tali norme devono ora essere lette proprio alla luce di siffatti principi.

---

<sup>527</sup> Senza considerare, poi, che la disposizione determinava un'irragionevole disparità di trattamento (art. 3 Cost.) tra colui che subiva la nuova condanna mentre si trovava ancora in esecuzione della precedente pena (costui si vedeva revocare la misura) e chi, invece, pur avendo commesso un delitto non colposo nello stesso frangente temporale, non veniva condannato tempestivamente (costui non subiva alcuna revoca).

<sup>528</sup> L'importanza della liberazione anticipata nel perseguimento della finalità rieducativa traspare dal suo funzionamento: il riconoscimento di vantaggi tangibili e immediati, in termini di riduzione della pena, offre al beneficiario un positivo stimolo all'adesione al trattamento, al mantenimento di una corretta condotta disciplinare all'interno dell'istituto e alla fattiva e responsabile partecipazione all'opera di rieducazione. Attraverso la liberazione anticipata, il sistema favorisce la collaborazione dell'interessato e ne promuove il processo di modificazione degli atteggiamenti, a cui l'intero trattamento penitenziario è diretto. Pur rientrando nel novero delle «misure alternative», questo beneficio non può essere, tuttavia, considerato una misura alternativa. Queste ultime, infatti, si inseriscono nel rapporto sanzionatorio, modificandone il contenuto previo reinserimento del condannato nella società attraverso la predisposizione di controlli e prescrizioni da fargli osservare; la liberazione anticipata, viceversa, si inserisce sull'esistenza e sulla durata del rapporto sanzionatorio, anticipando il termine finale della detenzione. Pertanto, sul piano degli effetti, si traduce in una causa di estinzione parziale della pena. Cfr. M.G. COPPETTA, *Sub Art. 54 ord. penit.*, cit., 662; P. DI RONZA, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, Padova, 2003, 391; F.P.C. IOVINO, *La liberazione anticipata*, Padova, 2006, 28. Si veda altresì G. CASAROLI, voce *Misure alternative alla detenzione*, cit., 16 ss. La misura in esame si traduce, nell'ottica «collaborazione-premio», in un premio concesso al condannato che dimostri di partecipare attivamente all'opera di rieducazione. Per inciso, la misura è funzionale anche allo sfoltimento della popolazione carceraria, come è stato di recente dimostrato con l'introduzione dell'art. 4 del decreto legge 23 dicembre 2013, n. 146 (conv. in legge 21 febbraio 2014, n. 10), che ha dettato nuovi e più favorevoli criteri di computo della detrazione di pena concedibile ai fini della liberazione anticipata, prevedendone però l'applicazione per un periodo di tempo circoscritto. Per approfondimenti si veda M.G. COPPETTA, *Sub Art. 54 ord. penit.*, cit., 661.

## 7. SEGUE. I PRINCIPI DI DIRITTO ESPRESSI DALLA CORTE COSTITUZIONALE

Si può, sin da ora, anticipare che la Corte costituzionale ha, in linea di massima, censurato l'utilizzazione da parte del legislatore tutti i meccanismi che sottraggono *tout court* alla magistratura di sorveglianza la verifica dell'effettiva incidenza di un determinato fattore sul trattamento penitenziario.

La Consulta, meditando sull'eccessivo rigore delle norme, ha reso gli istituti sopra visti più aderenti ai principi informativi dell'ordinamento penitenziario e ha, di conseguenza, restituito ai benefici di volta in volta considerati la funzione di incentivo ad un'efficace contributo nel trattamento rieducativo, compromesso da meccanismi – quale la revoca o la sospensione automatica – meramente sanzionatori<sup>529</sup>.

Ciò è avvenuto essenzialmente in due modi: attraverso la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'automatismo ovvero mediante un'interpretazione adeguatrice della norma oggetto di censura. La prima soluzione – quella della dichiarazione di incostituzionalità – è stata adottata con riguardo agli automatismi previsti negli artt. 47-*ter* e 54 ord. penit.<sup>530</sup>. Viceversa, con riferimento all'art. 58-*quater* ord. penit. la Corte ha preferito – non senza qualche perplessità – la soluzione dell'interpretazione conforme<sup>531</sup>.

---

<sup>529</sup> Cfr. M.G. COPPETTA, Sub Art. 54 ord. penit., in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, 683.

<sup>530</sup> Corte cost., sent. 5 – 13 giugno 1997, n. 173, in *Giur. cost.*, 1997, 1758: «dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*ter*, ultimo comma, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui fa derivare automaticamente la sospensione della detenzione domiciliare dalla presentazione di una denuncia per il reato previsto del comma 8 dello stesso articolo». Per commenti, L. CESARIS, *Sull'illegittimità costituzionale della sospensione «obbligatoria» della detenzione domiciliare*, in *Cass. pen.*, 1998, 5, 1295; G. FORTI, *Detenzione domiciliare e arresti domiciliari: presupposti e conseguenze della violazione dell'obbligo di non allontanarsi dalla propria abitazione. Una implicita presa di posizione della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1997, 1758; B. MAGLIONA, *Un ulteriore passo verso un'autonoma considerazione del diritto alla salute del soggetto condannato a pena detentiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 1999, 1, 302; G. PIGHI, *Non più automatica la sospensione della detenzione domiciliare in caso di allontanamento*, in *Dir. pen. e proc.*, 1998, 4, 448.

Corte cost., sent. 17 – 23 maggio 1995, n. 186, in *Cass. pen.*, 1995, 2771, con nota di N. MAIORANO: «dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 54, terzo comma, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui prevede la revoca della liberazione anticipata nel caso di condanna per delitto non colposo commesso nel corso dell'esecuzione successivamente alla concessione del beneficio anziché stabilire che la liberazione anticipata è revocata se la condotta del soggetto, in relazione alla condanna subita, appare incompatibile con il mantenimento del beneficio».

<sup>531</sup> Corte cost., sent. 26 – 28 maggio 2010, n. 189, in *Giur. cost.* 2010, 3, 2242. Si veda in particolare il § 3 del *Considerato in diritto*: «(u)n'eventuale interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione oggetto del presente giudizio potrebbe condurre ad escludere la fondatezza delle censure proposte dal rimettente, in relazione a tutti i parametri evocati. Infatti, la possibilità di valutare, caso per caso, con motivazione approfondita e rigorosa, la personalità e le condotte concrete del condannato responsabile del reato di cui all'art. 385 cod. pen. consentirebbe di evitare al contempo la lesione di diritti inviolabili della persona, il trattamento uguale di situazioni diverse, la vanificazione della funzione rieducativa della pena e la compromissione degli interessi della famiglia e dei figli minorenni, costituzionalmente protetti».

Il Giudice delle leggi riconosce, in tutti i casi, che la finalità di reinserimento sociale del condannato costituisce l'obiettivo a cui guardare tanto nel momento della concessione del beneficio, quanto nel momento in cui si debba procedere alla sospensione o alla revoca del trattamento.

Con riferimento al momento della sospensione e della revoca della misura, la Corte afferma che «una brusca ed automatica sospensione di tale trattamento può interrompere senza sufficiente ragione un percorso risocializzativo e riabilitativo»<sup>532</sup>. La previsione della sospensione o della revoca automatica, senza contestuale valutazione delle circostanze caratterizzanti la specifica e concreta condotta tenuta dal condannato (si pensi alla condotta di evasione), «confligge con la finalità rieducativa assegnata dalla Costituzione ad ogni pena, e dunque anche alle misure alternative previste in seno all'ordinamento penitenziario»<sup>533</sup>.

Spetta, dunque, al magistrato di sorveglianza verificare, caso per caso, se la condotta di evasione posta in essere dal condannato «presenti le caratteristiche, soggettive ed oggettive, di una non giustificabile sottrazione all'obbligo di non allontanarsi dalla propria abitazione o dal luogo altrimenti indicato ai sensi di detto art. 47-ter», tale da giustificare la sospensione della misura alternativa<sup>534</sup>. Decisione, quest'ultima, che, proprio perché derivante da un apprezzamento di merito della situazione di specie, necessariamente dovrà essere adottata con le forme del provvedimento motivato. Non ogni allontanamento, difatti, ha rilevanza ed incide

---

Per commenti, L. CESARIS, *Un ulteriore passo verso l'eliminazione dei divieti aprioristici di concessione di benefici penitenziari*, in *Giur. cost.* 2010, 3, 2242; G. DI CHIARA, *Divieto di concessione di benefici, rigidi automatismi e discrezionalità del giudice*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, 7, 799.

<sup>532</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 173/1997, cit., § 5 del *Considerato in diritto*; Corte cost., sent. n. 186/1995, cit., § 2 del *Considerato in diritto*.

<sup>533</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 173/1997, cit., § 5 del *Considerato in diritto*. Con specifico riguardo alla sospensione della detenzione domiciliare, a tali considerazioni si sommano quelle *sub* art. 32 Cost. La Corte, infatti, osserva che «l'istituto della detenzione domiciliare risponde indubbiamente – e in modo primario nella maggior parte delle ipotesi previste dalla legge come presupposti della concessione – anche ad una finalità volta alla protezione della salute del condannato». L'interruzione di tale regime, sulla base di una semplice denuncia, «senza che il magistrato di sorveglianza possa vagliare la compatibilità della traduzione in carcere con le condizioni di salute del condannato stesso, e senza dare il tempo al competente tribunale di sorveglianza di valutare l'esperibilità di altre misure in quei casi in cui queste siano ammesse o imposte dalla legge, rappresenta indubbiamente una lesione, o quanto meno un grave rischio di lesione, di un bene tutelato come fondamentale dalla Costituzione». Si veda il § 6 del *Considerato in diritto*. Come osservato in dottrina, la sospensione automatica della detenzione domiciliare con conseguente accompagnamento in carcere del condannato non rappresentano soltanto un rischio di lesione del bene salute, ma si traducono anche in un trattamento contrario al senso di umanità, in aperta violazione del principio sancito dall'art. 27, terzo comma, Cost. In questo senso, B. MAGLIONA, *Un ulteriore passo verso un'autonoma considerazione del diritto alla salute del soggetto condannato a pena detentiva*, cit.; G. PIGHI, *Non più automatica la sospensione della detenzione domiciliare in caso di allontanamento*, cit.

<sup>534</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 173/1997, cit., § 7 del *Considerato in diritto*.

sulla prosecuzione della misura, ma solo quello che, per modalità, circostanze, frequenza, sia sintomatico dell'insofferenza o dell'incapacità del soggetto di rispettare la prescrizione<sup>535</sup>.

Parimenti, anche la revoca della liberazione anticipata conseguente alla condanna per un qualsiasi reato non colposo richiede un previo pieno e integrale accertamento del fatto-reato e della riferibilità oggettiva e soggettiva dello stesso all'interessato. Tale valutazione, autonoma rispetto alle risultanze del procedimento penale, deve abbracciare l'intera condotta del condannato e non può limitarsi al solo vaglio delle sentenze e dei provvedimenti che lo riguardano<sup>536</sup>.

Da queste affermazioni, è enucleabile il principio di diritto in forza del quale non sarebbe possibile disporre automaticamente la sospensione o la revoca di una misura alternativa senza una previa analisi, da parte del giudice, dell'incidenza di un dato comportamento del soggetto sull'opera di rieducazione dallo stesso intrapresa, dell'ascrivibilità del fatto commesso al fallimento dell'opera rieducativa, del grado di recupero fino a quel momento manifestato e della perdurante pericolosità sociale del condannato<sup>537</sup>. Nella «materia dei benefici penitenziari, è criterio *costituzionalmente vincolante* quello che esclude rigidi automatismi e richiede sia resa possibile invece una valutazione individualizzata caso per caso»<sup>538</sup>.

Tali assiomi – «ormai organicamente compenetrati con le norme legislative che compongono l'ordinamento penitenziario» – forniscono «linee guida» per l'interpretazione delle singole disposizioni<sup>539</sup>. Ciò non soltanto con riferimento al momento della revoca di una misura in atto, ma anche al momento della sua concessione.

Ecco perché, quando si è occupata delle censure sollevate in relazione all'art. 58-*quater* ord. penit., la Corte costituzionale ha ritenuto di poter fornire alla norma un'interpretazione

---

<sup>535</sup> L. CESARIS, *Sull'illegittimità costituzionale della sospensione «obbligatoria» della detenzione domiciliare*, cit. L'Aurice ricorda che in dottrina si era già arrivati, attraverso un'interpretazione adeguatrice della norma, alla soluzione prospettata dalla Corte. Ritiene, inoltre, che l'*iter* argomentativo seguito dalla Consulta suscitò perplessità in quanto la detenzione domiciliare risponderebbe a finalità assistenziali-umanitarie, prescindendo da ogni contenuto risocializzante e da ogni altra considerazione sulla meritevolezza del destinatario.

<sup>536</sup> Corte cost., sent. n. 186/1995, cit.

<sup>537</sup> Cfr. M.G. COPPETTA, *Sub Art. 54 ord. penit.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, 683.

<sup>538</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 189/2010, cit., § 2.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>539</sup> Di ciò, come ricorda la Corte costituzionale, si è mostrata consapevole la giurisprudenza di legittimità, che ha dato dell'art. 58-*quater*, primo comma, ord. penit. una lettura costituzionalmente orientata, che non preclude automaticamente l'ammissione ad una misura alternativa alla detenzione in carcere a causa dell'intervenuta condanna per il reato previsto dall'art. 385 cod. pen., ma «impone al giudice, in presenza di una condanna per questo titolo di reato, un'analisi particolarmente approfondita sulla personalità del condannato, sulla sua effettiva, perdurante pericolosità sociale alla luce delle condotte rilevanti ai sensi dell'art. 385 cod. pen., oggetto di accertamento definitivo, sui progressi trattamentali compiuti e il grado di rieducazione compiuto prima dell'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005». Cfr. Cass. pen., sez. I, 6 maggio 2009, n. 22368, in *CED Cassazione* 2009. Conformi, Cass. pen., sez. I, 22 ottobre 2009, n. 41956, in *CED Cassazione* 2009; Cass. pen., sez. I, 10 novembre 2009, n. 44669 in *CED Cassazione* 2009.

adeguatrice, escludendo che quello censurato costituisca un divieto assoluto ed automatico di ammissione ai benefici penitenziari<sup>540</sup>.

Anche qui, dunque - lungi dalla formulazione letterale della norma che sembra in effetti prevedere un automatismo assoluto -, il giudice è chiamato ad effettuare una rigorosa verifica della condotta tenuta dal soggetto (evasione, trasgressione di precedenti prescrizioni, compimento di un nuovo delitto): ove questa sia indicativa di scarso impegno e di immeritevolezza, egli deve negare il beneficio<sup>541</sup>.

La possibilità di valutare, caso per caso, con motivazione approfondita e rigorosa, la personalità e le condotte concrete del condannato responsabile consente «di evitare al contempo la lesione di diritti inviolabili della persona, il trattamento uguale di situazioni diverse, la vanificazione della funzione rieducativa della pena» e la compromissione di altri interessi costituzionalmente protetti<sup>542</sup>.

Degli automatismi sopra illustrati, l'unico ad essere risparmiato dalla censura della Corte costituzionale è quello di cui all'art. 30-*ter* ord. penit. La Consulta, nel dichiarare infondata la questione di costituzionalità, ha riconosciuto di trovarsi, «indubbiamente, in presenza di un effetto preclusivo rispetto al quale al magistrato di sorveglianza non resta alcuna possibilità di sindacato»<sup>543</sup>. Eppure, a detta della Corte «l'incentivazione alla regolare condotta carceraria attraverso la promessa del permesso premio» può giustificare la preclusione temporanea di una nuova misura, in presenza di comportamenti particolarmente qualificati come la commissione di un delitto doloso durante l'esecuzione della pena<sup>544</sup>. Dal momento che la preclusione si inquadra nel presupposto della regolare condotta del condannato - requisito essenziale per la

---

<sup>540</sup> Secondo la Consulta, «(a) fronte di una interpretazione letterale della disposizione impugnata, che genera i dubbi di legittimità costituzionale prospettati dal giudice *a quo*, è possibile invece una sua lettura costituzionalmente orientata, basata sull'ineliminabile funzione rieducativa della pena, sancita dall'art. 27, terzo comma, Cost. e confermata dalla giurisprudenza di questa Corte, che ha escluso l'ammissibilità, nel nostro ordinamento penitenziario, della prevalenza assoluta delle esigenze di prevenzione sociale su quelle di recupero dei condannati». Cfr. Corte cost., sent. n. 189/2010, cit., § 2.1 del *Considerato in diritto*. L'interpretazione proposta se, da un lato, conduce a dichiarare l'inammissibilità della questione proposta, dall'altro lato, fa sorgere l'interrogativo circa l'ampiezza del potere di interpretazione e adeguamento che spetta al giudice comune. Nel caso di specie, infatti, l'interpretazione costituzionalmente orientata richiesta al giudice rimettente finisce per prescindere *in toto* dal dato letterale che sembra univoco nel prevedere una preclusione assoluta. L. CESARIS, *Un ulteriore passo verso l'eliminazione dei divieti aprioristici di concessione di benefici penitenziari*, cit. L'Autrice esprime perplessità circa la scelta della Corte costituzionale di avvalersi di una declaratoria di inammissibilità piuttosto che una sentenza interpretativa di rigetto. Riguardo all'esigenza di un'interpretazione costituzionalmente conforme delle norme, anche con riferimento ai rapporti tra interpretazione adeguatrice e diritto vivente, cfr. Corte cost. sent. n. 263 del 2009; poi, cfr. sent. nn. 286, 287, 310 e 329 del 2009; 3, 49, 51, 55 e 143 del 2010.

<sup>541</sup> Cfr. L. CESARIS, *Un ulteriore passo verso l'eliminazione dei divieti aprioristici di concessione di benefici penitenziari*, cit.

<sup>542</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 189/2010, cit., § 3 del *Considerato in diritto*.

<sup>543</sup> Cfr. Corte cost., sent. 18 - 30 luglio 1997, n. 296, in *Cass. pen.* 1998, 17, § 4 del *Considerato in diritto*.

<sup>544</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 296/1997, cit., § 7 del *Considerato in diritto*.

concedibilità di permessi premio (art. 30-*ter*, comma 8, ord. penit.) –, la Consulta ritiene che la funzione rieducativa non sia compromessa<sup>545</sup>. La Corte specifica però che ci si deve trovare di fronte ad un procedimento penale che, per quanto non ancora pervenuto alla pronuncia giudiziale definitiva, implichi la presa di contatto del pubblico ministero con il giudice.

Nondimeno, anche qui, il Giudice delle leggi manifesta «l'opportunità che il legislatore riveda l'impiego dell'assoluto automatismo» previsto dalla norma in esame, «non tanto in relazione al momento processuale che determina l'effetto preclusivo, quanto in relazione alle tipologie di delitti dolosi la cui commissione effettivamente comprometta il giudizio sulla regolarità della condotta e, conseguentemente, faccia presumere la pericolosità del condannato, nonché in relazione alla indifferenziata durata del periodo di esclusione dal beneficio»<sup>546</sup>.

Ad oggi, il legislatore non ha ritenuto di dover accogliere l'autorevole suggerimento della Corte, di tal che la preclusione di cui all'art. 30-*ter*, quinto comma, ord. penit. mantiene ancora il suo carattere di preclusione assoluta e insuperabile in relazione alla concessione dei permessi premio<sup>547</sup>.

Il legislatore ha invece accolto le osservazioni espresse dalla Corte costituzionale con riferimento all'art. 47-*ter*, comma 9, ord. penit. e, con il decreto legge 1 luglio 2013, n. 78 (conv. con legge 9 agosto 2013, n. 94), ha riformulato la disposizione censurata. L'attuale formulazione dell'art. 47-*ter*, comma 9, ord. penit., difatti, non prevede più alcunché con riferimento alla «sospensione» della misura in caso di denuncia per il reato di evasione. Ne consegue che, in questa ipotesi, troverà applicazione l'art. 51-*ter* ord. penit. che rimette la decisione sulla sospensione cautelativa della misura alla prudente valutazione del magistrato di sorveglianza che verifica la compatibilità o meno della condotta con la prosecuzione della prova. Sempre a detta dell'art. 51-*ter* ord. penit., l'eventuale sospensione deve poi essere confermata dal tribunale di sorveglianza entro trenta giorni, perdendo altrimenti efficacia. L'art. 47-*ter* ord. penit., inoltre, oggi esclude anche il secondo automatismo contenuto nell'originaria versione, consentendo alla magistratura di sorveglianza di revocare il beneficio della detenzione

---

<sup>545</sup> *Ibidem*.

<sup>546</sup> *Ibidem*.

<sup>547</sup> La norma è stata oggetto di discussione nell'ambito degli Stati generali dell'esecuzione penale dagli esperti che hanno composto il Tavolo tematico n. 16 dedicato al trattamento e agli ostacoli normativi all'individualizzazione del trattamento rieducativo. All'esito dei lavori, tra le proposte di modifica, si segnala quella dell'abrogazione del comma 5 dell'art. 30-*ter* ord. penit. Cfr. Relazione del Tavolo tematico n. 16, Stati generali dell'esecuzione penale 2015-2016, reperibile su [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it), 7. Si veda anche l'Allegato 3 alla Relazione, *ivi*. Nello stesso senso, anche G. GIOSTRA, P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 14 luglio 2017, 164. C'è anche chi propone di mantenere la norma ancorché con l'aggiunta di una clausola di salvaguardia del seguente tenore: «salvo che il fatto non sia di lieve entità, anche tenuto conto della personalità del condannato e dei progressi trattamentali compiuti». Così F. GIANFILIPPI, *Più facile l'accesso ai permessi premio con pene brevi*, in G. GIOSTRA, P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 14 luglio 2017, 184.



domiciliare in caso di condanna per il delitto di evasione, a patto che il fatto non sia di «lieve entità». Si specifica, nondimeno, che la revoca impedisce al giudice di sostituire la pena residua con altra misura, sicché egli dovrà ben valutare le conseguenze della propria decisione sul trattamento penitenziario<sup>548</sup>.

## 8. PROFILI DI DIRITTO INTERTEMPORALE DEL REGIME PRECLUSIVO DI ACCESSO AI BENEFICI PENITENZIARI

Le innovazioni legislative che sono state via via apportate all'ordinamento penitenziario hanno posto il problema della loro applicabilità ai condannati che, al momento dell'introduzione delle modifiche *in peius* al regime penitenziario, si trovavano già in esecuzione della pena.

La questione si è posta, *in primis*, con riguardo all'art. 4-*bis* ord. penit., la cui «travagliata storia legislativa» ha visto una serie di ripetute interpolazioni che hanno progressivamente ampliato la gamma dei delitti ostativi e irrigidito i meccanismi in grado di superare l'effetto preclusivo alla fruizione dei benefici penitenziari<sup>549</sup>.

Il medesimo problema si è riproposto, poi, in occasione delle modifiche apportate con legge n. 251 del 2005, nell'ambito della più ampia operazione di inasprimento del regime sanzionatorio previsto per i recidivi reiterati<sup>550</sup>. Si veda, a questo riguardo, l'innovazione che ha interessato gli artt. 58-*quater* e 30-*quater* ord. penit.

Come sopra visto, l'art. 58-*quater* ord. penit. aveva introdotto una serie di divieti di concessione dei benefici ivi tassativamente elencati per una serie di soggetti, tra cui i recidivi reiterati<sup>551</sup>. Per ciò che qui interessa, le nuove preclusioni erano dirette anche nei confronti del

---

<sup>548</sup> La norma è stata oggetto di discussione nell'ambito degli Stati generali dell'esecuzione penale dagli esperti che hanno composto il Tavolo tematico n. 16 dedicato al trattamento e agli ostacoli normativi all'individualizzazione del trattamento rieducativo. All'esito dei lavori, tra le proposte di modifica, si segnala quella dell'abrogazione del comma 9-*bis* dell'art. 47-*ter* ord. penit. Cfr. Relazione del Tavolo tematico n. 16, Stati generali dell'esecuzione penale 2015-2016, reperibile su [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it), 7. Si veda anche l'Allegato 3 alla Relazione, *ivi*. Nello stesso senso, si veda anche G. GIOSTRA, P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 14 luglio 2017, 173.

<sup>549</sup> Cfr. L. CARACENI, C. CESARI, *Sub Art. 4-bis*, cit., 90; C. CESARI, G. GIOSTRA, *Sub Art. 4-bis*, 102.

<sup>550</sup> Si osserva in dottrina che le preclusioni introdotte per il recidivo reiterato appaiono più rigide di quelle dell'art. 4-*bis* ord. penit. Queste ultime sono, infatti, limitate a reati gravissimi e passibili, a determinate condizioni, di superamento; inoltre, le prime sono fondate su un indicatore (quale la recidiva, riferibile a condotte anche molto distanti nel tempo e legata a tutti i delitti dolosi) sintomatico dei livelli più diversi di pericolosità. Elementi, questi, che fanno dubitare della razionalità della norma ponendola in diretto conflitto con l'art. 3 Cost. Pesanti sono, poi, le critiche dottrinali all'opzione di fondo della novella del 2005, tacciata di attuare irrazionali «rappresaglie» a danno di predefinite categorie di condannati, ai quali si rende «quasi impossibile qualsivoglia tentativo di recupero», in palese contrasto con l'art. 27, terzo comma, Cost. Cfr. C. CESARI, *Sub Art. 58-quater ord. penit.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, 735. Per approfondimenti, si vedano i richiami dottrinali *ivi* menzionati.

<sup>551</sup> Per approfondimenti, C. CESARI, *Sub Art. 58-quater ord. penit.*, cit., 732.

condannato (recidivo reiterato) che già si trovava in esecuzione della pena al momento della novella, indipendentemente dal grado di rieducazione dallo stesso raggiunto<sup>552</sup>.

L'altra disposizione menzionata (art. 30-*quater* ord. penit.)<sup>553</sup> introduceva, invece, consistenti protrazioni nei limiti di tempo necessari per l'ammissibilità al permesso premio in capo al recidivo reiterato, senza al contempo contemplare un regime transitorio per colui che avesse raggiunto, al momento dell'entrata in vigore della citata legge, un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto, possedendo tutte le condizioni per usufruirne<sup>554</sup>.

---

<sup>552</sup> Per un commento all'ordinanza di remissione, si veda A. NATALINI, *Quei recidivi reiterati della ex Cirielli. Dubbi di legittimità sui benefici negati*, in *Dir. e giust.*, 2006, 45, 63.

La norma è stata oggetto di discussione nell'ambito degli Stati generali dell'esecuzione penale dagli esperti che hanno composto il Tavolo tematico n. 16 dedicato al trattamento e agli ostacoli normativi all'individualizzazione del trattamento rieducativo. All'esito dei lavori, tra le proposte di modifica, si segnala quella dell'abrogazione dell'intero art. 58-*quater* ord. penit. Cfr. Relazione del Tavolo tematico n. 16, Stati generali dell'esecuzione penale 2015-2016, reperibile su [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it), 7. Si veda anche l'Allegato 3 alla Relazione, ivi. Nello stesso senso, si veda anche G. GIOSTRA, P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 14 luglio 2017, 168. C'è anche chi propone di mantenere la norma ancorché con l'aggiunta di una clausola di salvaguardia del seguente tenore: «salvo che il fatto non sia di lieve entità, anche tenuto conto della personalità del condannato e dei progressi trattamentali compiuti». Si provvede, così, ad ampliare gli spazi di discrezionalità necessari a valutare in modo individualizzato la portata della condotta di evasione. Così F. GIANFILIPPI, *Eliminazione o razionalizzazione delle ostatività previste nell'art. 58-*quater* ord. penit.*, in G. GIOSTRA, P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, cit., 186.

<sup>553</sup> Per approfondimenti, F. FIORENTIN, *Sub Art. 30-*quater**, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, 370.

<sup>554</sup> Sulla disciplina censurata, si vedano N. D'ANGELO, *La legge (ex) Cirielli*, Rimini, 2006, 172; A. DE NICOLA, *Primi problemi applicativi della legge ex Cirielli*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 510; C. FIORIO, *Le disposizioni esecutive e penitenziarie*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 315; ID., *Inasprimenti al divieto di concedere benefici penitenziari*, in A. SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Padova, 2006, 225; A. MARCHESSELLI, *Permesso premio con il contagocce ai recidivi*, in *Guida dir.*, 2006, 1, 79; G. MARRA, *Le modifiche apportate all'ordinamento penitenziario. Uno sguardo d'insieme*, in A. SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Padova, 2006, 287; T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 2006, 34.

Il decreto legge 1 luglio 2013, n. 78, ha eliminato alcune restrizioni a cui era sottoposto il recidivo reiterato in relazione alle singole misure alternative. Permane, tuttavia, un regime speciale, meno favorevole, proprio in relazione ai permessi premio (art. 30-*quater* ord. penit.) nonché con riguardo al divieto di usufruire più di una volta delle misure alternative (art. 58-*quater*, comma 7-*bis*, ord. penit.). Si specifica, invero, che la disciplina speciale di cui all'art. 30-*quater* ord. penit. era stata soppressa dal decreto legge n. 78 del 2013 ma è stata poi ripristinata in sede di conversione dalla legge n. 94 del 2013.

L'art. 30-*quater* ord. penit. è stata oggetto di discussione nell'ambito degli Stati generali dell'esecuzione penale dagli esperti che hanno composto il Tavolo tematico n. 16 dedicato al trattamento e agli ostacoli normativi all'individualizzazione del trattamento rieducativo. All'esito dei lavori, tra le proposte di modifica, si segnala quella dell'abrogazione dell'art. 30-*quater* ord. penit. La disciplina attuale è stata ritenuta incoerente perché in violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost. «in quanto rendendo difficoltoso per il recidivo reiterato il percorso di reinserimento – del quale il permesso premio è un prezioso strumento trattamentale – viene sacrificata la finalità rieducativa della pena a vantaggio di una neutralizzazione del condannato». Cfr. Relazione del Tavolo tematico n. 16, Stati generali dell'esecuzione penale 2015-2016, reperibile su [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it), 6. Si veda anche l'Allegato 3 alla Relazione, ivi. Sul tema anche G. GIOSTRA, P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, cit., 165.

Ciò precisato, si può osservare che, in termini generali, l'istituzione di un nuovo regime più severo per determinati reati (artt. 4-*bis* e 58-*quater* ord. penit.) ovvero l'innalzamento dei requisiti temporali previsti per l'accesso alle misure extra murarie per coloro che hanno reiterato nel crimine (art. 30-*quater* ord. penit.) non sembra di per sé irrazionale. Essa rientra in pieno nella discrezionalità legislativa. Nondimeno, ove tali norme incidano sulle esecuzioni in corso, la nuova scelta legislativa deve essere giustificata sul piano della ragionevolezza, non potendosi porsi in contrasto con valori costituzionalmente protetti, tra cui gli artt. 3 e 27 Cost.<sup>555</sup>, giacché, se così non fosse, ciò che si è detto essere razionale, diventerebbe ben presto irrazionale, stante la generalizzazione delle nuove preclusioni che impedirebbero in assoluto la valorizzazione del percorso di emenda intrapreso<sup>556</sup>.

Da ciò i dubbi sulla legittimità sul regime intertemporale delle nuove discipline. Problemi di legittimità costituzionale si sono posti, in particolare, tanto in presenza di una norma transitoria volta ad estendere espressamente l'applicazione dei nuovi e più rigidi requisiti ai condannati già in corso di esecuzione - si vedrà, in questo senso, l'art. 15, comma 2, del decreto legge n. 306 del 1992<sup>557</sup> -, quanto in assenza di norme di diritto transitorio.

I problemi di diritto intertemporale involgono due categorie di condannati.

Un primo gruppo comprende i condannati che, al momento della novella legislativa, stavano già usufruendo di misure alternative in base alla vecchia normativa (si pensi a chi si trova in regime di semilibertà o in affidamento in prova al servizio sociale). Rispetto a questi, si pone l'interrogativo se tali misure vadano revocate qualora, in forza della nuova normativa, risulti

---

<sup>555</sup> F. FIORENTIN, *Legge «Ex-Cirielli» e ordinamento penitenziario riformato al vaglio di costituzionalità: la Consulta riafferma il valore della funzione rieducativa della pena*, in *Cass. pen.*, 2007, 3576.

<sup>556</sup> Si è osservato in dottrina che l'opzione repressiva non può finire per prevalere sul profilo rieducativo, al di fuori di una concreta ponderazione dei valori coinvolti, senza alcun contemperamento «individualizzante», violando così il valore della «ragionevole aspettativa» del condannato sottoposto al trattamento penitenziario a vedersi riconosciuto l'esito positivo di tale percorso. Cfr. F. FIORENTIN, *Legge «Ex-Cirielli» e ordinamento penitenziario riformato al vaglio di costituzionalità: la Consulta riafferma il valore della funzione rieducativa della pena*, cit.

<sup>557</sup> L'art. 15, comma 2, decreto legge n. 306/1992 dispone, con riferimento al testo allora vigente dell'art. 4-*bis* ord. penit. - che, «nei confronti delle persone detenute o internate per taluno dei delitti indicati nel primo periodo del comma 1 che fruiscano, alla data di entrata in vigore del presente decreto, delle misure alternative alla detenzione o di permessi premio, o siano assegnate al lavoro all'esterno, l'autorità di polizia comunica al giudice di sorveglianza competente che le persone medesime non si trovano nella condizione per l'applicazione dell'art. 58-*ter* della legge 26 luglio 1975, n. 354»; «accertata l'insussistenza della suddetta condizione, il tribunale di sorveglianza dispone la revoca della misura alternativa alla detenzione o del permesso premio» «analogo provvedimento è adottato dalla competente autorità in riferimento all'assegnazione al lavoro all'esterno». L. CARACENI, C. CESARI, *Sub Art. 4-bis*, cit., 89; C. CESARI, G. GIOSTRA, *Sub Art. 4-bis*, 102. Questa previsione costituisce, anche a detta della dottrina del tempo, l'esempio più clamoroso dei riflessi negativi che l'impostazione unilaterale del legislatore del 1992 ha comportato sul versante del finalismo rieducativo della pena. Cfr. F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della «scommessa» anticustodialistica agli insidiosi programmi del «doppio binario»*, cit., 119.

mancante il neo introdotto requisito di accesso. All'interno di questa categoria di soggetti si possono ricondurre anche i detenuti che avevano già intrapreso un percorso rieducativo, attraverso la positiva fruizione di benefici penitenziari (si pensi al detenuto che sta scontando la pena in carcere ma che ha già fruito positivamente di permessi premio). Ci si domanda se costoro possano continuare ad accedere ad ulteriori benefici sulla base dei requisiti in precedenza richiesti ovvero se ad essi si applichi la nuova, più severa, disciplina.

Il secondo gruppo di condannati include coloro che si trovano, come i precedenti, in fase di esecuzione penale al momento della riforma legislativa ma che, a differenza dei primi, non stavano fruendo - né avevano in precedenza fruito - di benefici penitenziari e misure alternative.

In ambo i casi, si pone, a ben vedere, la questione della valenza, o meno, nell'ambito dell'esecuzione penale del principio di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., con la differenza che, rispetto alla prima delle due categorie illustrate, a venire in gioco è altresì l'esigenza di affidamento riposta dal singolo circa il mantenimento del trattamento penitenziario già in atto<sup>558</sup>.

L'indagine si inserisce nella tematica degli automatismi sanzionatori - oggetto della ricerca - in quanto l'applicazione indiscriminata e meccanica delle nuove norme all'intera platea di condannati crea gli attriti costituzionali tipici della mancata individualizzazione del trattamento punitivo.

#### 8.1. L'ESTENSIONE DELLE NUOVE NORME AI CONDANNATI IN CORSO DI ESECUZIONE: L'INCOSTITUZIONALITÀ DI REVOCA E DINIEGO AUTOMATICI DI BENEFICI PENITENZIARI

Si analizza, di seguito, il ragionamento svolto dalla Consulta che, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale degli articoli di volta in volta censurati (artt. 4-*bis*, 58-*quater*, 30-*quater* ord. penit.), ha riproposto il medesimo schema argomentativo<sup>559</sup>.

---

<sup>558</sup> L'equiparazione delle due situazioni è riconosciuta anche da Corte cost., sent. n. 504/1995, *infra*, § 6 del *Considerato in diritto*: privare il condannato di un beneficio, «quando non sia stata accertata la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata e sia stata viceversa appurata l'assenza di pericolosità sociale in conseguenza della regolare condotta in istituto, comprovata dalla concessione di precedenti misure o permessi, è situazione del tutto omologa, per il profilo di progressività del trattamento, alla revoca delle misure alternative alla detenzione».

<sup>559</sup> Si tratta di Corte cost., sent. 306/1993, cit.: «dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 15, secondo comma, del decreto legge 8 giugno 1992, n. 306 (Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa), convertito con la legge 7 agosto 1992, n. 356, nella parte in cui prevede che la revoca delle misure alternative alla detenzione sia disposta, per i condannati per i delitti indicati nel primo periodo del primo comma che non si trovano nella condizione per l'applicazione dell'art. 58-*ter* della legge 26 luglio 1975, n. 354, anche quando non sia stata accertata la sussistenza di collegamenti attuali dei medesimi con la criminalità organizzata».

Sempre con riguardo all'art. 4-*bis* ord. penit., Corte cost., sent. 11 - 14 dicembre 1995, n. 504, in *Foro it.* 1996, 396: «dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354, nel testo sostituito ad opera dell'art. 15, comma 1, del decreto legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito dalla

A detta dei giudici rimettenti, plurimi sono i dubbi di legittimità costituzionale delle norme che prevedono la revoca di precedenti misure e condizionano la concessione di ulteriori benefici

---

legge 7 agosto 1992, n. 356, nella parte in cui prevede che la concessione di ulteriori permessi premio sia negata nei confronti dei condannati per i delitti indicati nel primo periodo del comma 1 dello stesso art. 4-bis, che non si trovino nelle condizioni per l'applicazione dell'art. 58-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354, anche quando essi ne abbiano già fruito in precedenza e non sia accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata». Per commenti, G. LA GRECA, *Il permesso premio quale strumento della progressione nel trattamento rieducativo*, in *Foro it.* 1996, 396; M.G. COPPETTA, *Il permesso premio come strumento di rieducazione: ancora una declaratoria di illegittimità dell'art. 4-bis ord. penit.*, cit.

Ed ancora Corte cost., sent. 445/1997, cit.: «dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui non prevede che il beneficio della semilibertà possa essere concesso nei confronti dei condannati che, prima della data di entrata in vigore dell'art. 15, comma 1, del decreto legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, nella legge 7 agosto 1992, n. 356, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto e per i quali non sia accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata». Per commenti, C. SANTORIELLO, *Sulla natura dei permessi premio e sul carattere del provvedimento che incide sulla libertà personale*, in *Giur. it.*, 1998, 10, 1899; G. LA GRECA, *Epitome di giurisprudenza costituzionale su criminalità organizzata e permessi premio*, in *Foro It.*, 1999, I, 1727.

Con riguardo all'art. 30-quater ord. penit., Corte cost., sent. 21 giugno - 4 luglio 2006, n. 257, in *Giust. civ.*, 2006, 11, I, 2289: «dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 30-quater della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), introdotto dall'art. 7 della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione), nella parte in cui non prevede che il beneficio del permesso premio possa essere concesso sulla base della normativa previgente nei confronti dei condannati che, prima della entrata in vigore della citata legge n. 251 del 2005, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto». Per commenti, R. GRANATA, *Ancora in tema di misure alternative alla detenzione e art. 25, comma 2, Cost.*, in *Giust. civ.*, 2006, 11, I, 2291; G. MANTOVANI, *Permessi premio ai recidivi*, in *Legisl. pen.*, 2007, 1; A. MARCHESELLI, *Permessi premio con il contagocce ai recidivi*, cit., 79; M. PAVARINI, *La ex Cirielli: colpita ma non affondata*, in *Dir. e giust.* 29, 2006, 44. Sulle tematiche affrontate dalla Corte, si vedano F. DELLA CASA, *Successioni di leggi penitenziarie: modifiche «peggiorative» e limiti inerenti allo ius superveniens*, in *Cass. pen.*, 1992, 399; G. MARINUCCI, *Certezza d'impunità per i reati gravi e «mano dura» per i tossicodipendenti in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 170.

Con riguardo all'art. 58-quater ord. penit., Corte cost., sent. 5 - 16 marzo 2007, n. 79, in *Cass. pen.*, 2007, 10, 3573: «dichiara l'illegittimità costituzionale dei commi 1 e 7-bis dell'art. 58-quater della legge 26 luglio 1975 n. 375 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure preventive e limitative della libertà), introdotti dall'art. 7, commi 6 e 7, della legge 5 dicembre 2005 n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975 n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione), nella parte in cui non prevedono che i benefici in essi indicati possano essere concessi, sulla base della normativa previgente, nei confronti dei condannati che, prima della entrata in vigore della citata legge n. 251 del 2005, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti». Per commenti, F. FIORENTIN, *Legge «Ex-Cirielli» e ordinamento penitenziario riformato al vaglio di costituzionalità: la Consulta riafferma il valore della funzione rieducativa della pena*, in *Cass. pen.*, 2007, 10, 3576; ID., *Torna alla discrezionalità del giudice la verifica sul grado di rieducazione*, in *Guida Dir.* 2007, 14, 61; F. FELICETTI, M.R. SAN GIORGIO, *Accesso alla misura dell'affidamento in prova*, in *Corriere Giur.*, 2007, 5, 717; V. MEZZOLLA, V. PORCEDDA, *Benefici penitenziari ai recidivi*, in *Legisl. pen.*, 2007, 2. Quanto alla normativa in questione, si veda A. MARTINI, *Sub art. 7, L. 251/2005*, in *Leg. pen.*, 2006, 478.

alla sussistenza di un nuovo requisito prima non previsto. Dubbi che si incentrano prevalentemente su due parametri costituzionali: artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.<sup>560</sup>.

Si osserva, nello specifico, che il condannato è titolare di un diritto all'esame periodico sul «se» la quantità di pena fino a quel momento espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo. In questo senso, attribuire rilievo alla mancanza di un requisito sopravvenuto, magari nemmeno direttamente rilevante sotto il profilo del percorso rieducativo-riabilitativo compiuto (quale la mancata collaborazione con la giustizia), rischia di introdurre una presunzione di non rieducabilità in contrasto con la norma costituzionale richiamata, stante l'assenza di motivi di demerito diversi da tale carenza.

Una siffatta previsione è, poi, passibile di censura anche in riferimento all'art. 3 Cost. in quanto assoggetta ad identico trattamento i condannati privi del nuovo requisito (quali i detenuti non collaboranti), sia quando essi si siano rivelati particolarmente meritevoli, con la loro condotta, della misura applicata, sia quando, viceversa, si siano resi autori di condotte incompatibili con la prosecuzione della misura alternativa. Con specifico riguardo al regime più severo previsto per i recidivi reiterati, si osserva che la nuova disciplina accomuna, proprio in violazione dell'art. 3 Cost., le situazioni concrete «senza alcuna valutazione della qualità dei comportamenti, del tipo di devianza, della lontananza nel tempo fra le condanne ed altri possibili parametri individualizzanti»<sup>561</sup>.

La Corte costituzionale ha accolto le due censure menzionate. Particolarmente fertile è stata la riflessione che ha interessato il primo dei due parametri costituzionali richiamati: l'art. 27, terzo comma, Cost.

Si anticipa subito che, nell'accogliere la questione, la Consulta, più che esaminare il problema di diritto transitorio, si occupa della «qualità» del nuovo presupposto introdotto dalla sopravvenuta disciplina.

A tal proposito, in primo luogo, la Corte manifesta la contrarietà a soluzioni normative incentrate più sulla valutazione del titolo di reato o sul riconoscimento della recidiva reiterata che sull'effettivo grado di rieducazione conseguito dal condannato. La finalità rieducativa della pena «deve riflettersi in modo adeguato su tutta la legislazione penitenziaria»: quest'ultima

---

<sup>560</sup> Si veda, ad esempio, le censure formulate dalle innumerevoli ordinanze di rimessione della questione di legittimità dell'art. 15, comma 2, decreto legge n. 306/1992, riportate in Corte cost., sent. 306/1993, cit., § 1 del *Ritenuto in fatto*.

<sup>561</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 257/2006, cit., § 3 del *Considerato in diritto*. La presunzione legale di pericolosità sottesa all'art. 30-*quater* ord. penit. si estende indiscriminatamente a tutte le tipologie di condanna, senza alcuna distinzione tra recidive applicate a soggetti condannati per reati di particolare gravità e analoghi aggravamenti di pena stabiliti nei confronti di soggetti portatori di una pericolosità sociale di ben più limitata importanza. Si esprime in questi termini, F. FIORENTIN, Sub *Art. 30-quater*, cit., 372.

«deve prevedere modalità e percorsi idonei a realizzare l'emenda e la risocializzazione del condannato»<sup>562</sup>.

In questo senso, le scelte del legislatore, pur nella loro varietà tipologica e nella loro modificabilità nel tempo, «devono convergere nella valorizzazione di tutti gli sforzi compiuti dal singolo condannato e dalle istituzioni per conseguire il fine costituzionalmente sancito della rieducazione»<sup>563</sup>.

Ne consegue che l'apprezzamento dei percorsi rieducativi compiuti da chi deve espiare una pena mal si concilia con la vanificazione, in tutto o in parte, degli stessi, per effetto di una mera successione delle leggi nel tempo. Le diverse scelte in ordine alla concessione di misure alternative alla detenzione o benefici penitenziari «non possono incidere negativamente sui risultati utilmente raggiunti dal condannato»<sup>564</sup>. Anzi, secondo la Corte, con la concessione delle

---

<sup>562</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 79/2007, cit., § 2.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>563</sup> *Ibidem*.

<sup>564</sup> *Ibidem*. Si pensi al caso in cui il soggetto, avendo maturato i requisiti per l'accesso ai benefici penitenziari in base alla precedente disciplina, si veda negare tale possibilità a causa della neo introdotta preclusione di cui all'art. 4-bis ord. penit. Ciò vale nell'ipotesi in cui il condannato abbia già in precedenza positivamente fruito di tali benefici (si pensi ai permessi premio). Proprio con riguardo ai permessi premio, si veda Corte cost., sent. n. 504/1995, cit. La Corte, pur rimarcando la differenza tra questo strumento (misura ad esecuzione frazionata) e le misure alternative alla detenzione (misure ad esecuzione continuata), riconosce che l'esperienza dei permessi rappresenta parte integrante del programma di trattamento. Dal positivo godimento del permesso premio - inteso quale fondamentale strumento di rieducazione in quanto idoneo a consentire un iniziale reinserimento del condannato nella società - si possono trarre elementi utili per l'eventuale concessione di misure alternative. La funzione pedagogico-propulsiva assolta dal permesso premio consente di individuare una progressione nella premialità, cui fa da contrappunto una regressione nella medesima nei casi di mancato rientro in istituto o di altri gravi comportamenti da cui risulti che il soggetto non si è dimostrato meritevole del beneficio. Così Corte cost., sent. 445/1997, cit., § 2 del *Considerato in diritto*: «È proprio il principio della progressività trattamentale a rappresentare, dunque, il fulcro attorno al quale si è dipanata la giurisprudenza di questa Corte, doverosamente attenta a rimarcare l'esigenza che ciascun istituto si modelli e viva nel concreto come strumento dinamicamente volto ad assecondare la funzione rieducativa, non soltanto nei profili che ne caratterizzano l'essenza, ma anche per i riflessi che dal singolo istituto scaturiscono sul più generale quadro delle varie opportunità trattamentali che l'ordinamento fornisce. Ogni misura si caratterizza, infatti, per essere parte di un percorso nel quale i diversi interventi si sviluppano secondo un ordito unitario e finalisticamente orientato, al fondo del quale sta il necessario plasmarsi in funzione dello specifico comportamento serbato dal condannato. Qualsiasi regresso giustifica, pertanto, un riadeguamento del percorso rieducativo, così come, all'inverso, il maturarsi di positive esperienze non potrà non generare un ulteriore passaggio nella scala degli istituti di risocializzazione. Ebbene, di tale biunivoca correlazione che deve necessariamente stabilirsi tra la progressione del trattamento rieducativo e la risposta che lo stesso ottiene sul piano comportamentale, il caso di specie rappresenta emblematico esempio». Di «stretta relazione» tra l'esperienza dei permessi premio ed il trattamento penitenziario parla F. FIORENTIN, *I permessi e le licenze*, in F. FIORENTIN, A. MARCHESELLI, *L'ordinamento penitenziario*, Torino, 2005, 94. Per approfondimenti, G. LA GRECA, *La disciplina dei permessi premio nel quadro del trattamento penitenziario*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, 243. Non è mancata qualche voce contraria all'assimilazione della revoca di misure ad esecuzione continuata alla concessione di nuove misure ad esecuzione frazionata: si veda M.G. COPPETTA, *Il permesso-premio come strumento di rieducazione: ancora una declaratoria di illegittimità dell'art. 4-bis ord. penit.*, cit., 1265. Secondo l'Autrice l'assimilazione apre

misure alternative, «l'aspettativa del condannato a veder riconosciuto l'esito positivo del percorso di risocializzazione già compiuto si è trasformata nel *diritto* ad espiare la pena con modalità idonee a favorire il completamento di tale processo»<sup>565</sup>.

Eppure, le menzionate innovazioni legislative, con la loro applicazione indiscriminata a tutti i condannati in esecuzione penale, rischiano di interrompere «bruscamente» un percorso di emenda già avviato, al di fuori di qualsiasi concreta ponderazione dei valori coinvolti. Interruzione fondata unicamente sulla previsione dell'esclusione normativa di detto beneficio per una categoria di reati o di soggetti<sup>566</sup>.

Da ciò la dichiarazione di incostituzionalità delle menzionate norme nella parte in cui prevedevano la revoca delle misure in atto ovvero negavano la concessione di ulteriori benefici ai condannati che, prima dell'entrata in vigore la legge restrittiva, avessero raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto<sup>567</sup>.

---

«preoccupanti spazi di discrezionalità del magistrato di sorveglianza sul numero dei permessi fruiti necessario a far cadere la preclusione di cui all'art. 4-*bis*, co. 1».

<sup>565</sup> Trova così tutela l'aspettativa del condannato a vedere riconosciuto l'esito positivo del percorso di risocializzazione: questa si consolida in un nuovo *status* non vanificabile in assenza di motivi di demerito. In questi termini Corte cost., sent. n. 306/1993, cit., § 13 del *Considerato in diritto*. E ciò soprattutto quando dall'introduzione della nuova disciplina discenda la revoca della misura in atto. In questo caso, infatti, alla base della concessione della revocanda misura c'è stato un concreto e puntuale riconoscimento giudiziale della scemata pericolosità sociale del condannato tale da consentire appunto un parziale riacquisto della libertà personale senza apprezzabile pericolo per la sicurezza collettiva. Nello stesso senso, si segnala Corte cost., sent. n. 445/1997, cit., § 2 del *Considerato in diritto*: in virtù dell'adesione e della partecipazione al trattamento penitenziario già manifestata, il condannato si mostra «meritevole di proseguire quel cammino rieducativo che proprio gli istituti previsti dall'ordinamento penitenziario sono chiamati ad assecondare».

<sup>566</sup> In questi termini, Corte cost., sent. n. 445/1997, cit., § 2 del *Considerato in diritto*: a seguito del diniego di nuovi benefici penitenziari, giustificato dalla mancata collaborazione, «il positivo evolversi del trattamento» finisce per subire «una brusca interruzione», senza che a tale diniego corrisponda in alcun modo un comportamento colpevole del condannato. In termini simili, Corte cost., sent. n. 504/1995, cit., § 7 del *Considerato in diritto*: questo tipo di norme volte a negare la concessione di misure alternative determina «un arresto del percorso rieducativo, non giustificato dalla pericolosità sociale o da collegamenti con la criminalità organizzata».

<sup>567</sup> Non si può ostacolare il raggiungimento della finalità rieducativa, prescritta dalla Costituzione nell'art. 27 nei confronti di coloro che, al momento in cui è entrata in vigore la legge restrittiva, abbiano già realizzato tutte le condizioni per usufruire di quei benefici o di quelle misure. In dottrina, in senso favorevole alla giurisprudenza costituzionale riportata, M. MARGARITELLI, *Limitata partecipazione al fatto criminoso ed accesso ai benefici penitenziari*, in *Giur. cost.*, 1994, 3209; ID., *I limiti applicativi della liberazione anticipata*, in *Giur. cost.*, 1993, 2511; ID., «*Considerazioni sulla pena» e benefici penitenziari*, in *Giur. cost.*, 1994, 3214; C. FIORIO, *Sempre nuove questioni di diritto penitenziario: la «collaborazione» come presupposto per i benefici*, cit. Si veda altresì G. BORRÈ, G. PALOMBARINI (a cura di), *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, Milano, 1998. In giurisprudenza, nello stesso senso, Corte cost., sent. 14 - 22 aprile 1999, n. 137, in *Cass. pen.* 1999, 2475.



Alle considerazioni *sub* art. 27, terzo comma, Cost., si aggiungono quelle che concernono il principio di colpevolezza di cui all'art. 27, primo comma, Cost.: «criterio garantistico (non solo) dell'irrogazione (ma anche) dell'esecuzione della pena»<sup>568</sup>.

A tale principio, la legislazione ordinaria in materia di benefici penitenziari si attiene costantemente. Numerose sono, infatti, le norme che ancorano la revoca delle misure alternative ad una condotta addebitabile al condannato e di gravità proporzionale alla revoca stessa. Qualsiasi provvedimento sfavorevole per un soggetto, affinché possa definirsi ragionevole, deve necessariamente derivare da un comportamento colpevole<sup>569</sup>.

E, così, con riguardo ad esempio all'art. 4-*bis* ord. penit., la scelta legislativa di ancorare la revoca della misura in precedenza concessa alla mancata collaborazione con la giustizia introduce un automatismo che si sgancia dalla ricorrenza di un addebito da muovere al beneficiario della misura. L'unico motivo di demerito risiede nella mancata collaborazione *ex* art. 58-*ter* ord. penit., mentre finisce per essere del tutto irrilevante l'eventuale comportamento positivo tenuto nel corso dell'esecuzione e della fruizione dei precedenti benefici carcerari<sup>570</sup>. Oltre al principio di colpevolezza, viene in rilievo quello di proporzionalità: l'effetto della revoca deve essere proporzionato alla gravità oggettiva e soggettiva del sanzionato comportamento<sup>571</sup>.

Certamente, la mancata collaborazione con la giustizia può assumere un valore indiziante circa il mancato reinserimento sociale del condannato, ma quando, dall'analisi del percorso da questi intrapreso, emerga l'assenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata, «stabilire che la misura alternativa già concessa debba essere revocata sulla sola base della mancata collaborazione trasmoda in regolamentazione irragionevole della materia»<sup>572</sup>.

Il legislatore del Novanta e del Duemila, inasprendo i presupposti per la concessione di benefici penitenziari per determinati reati (art. 4-*bis* ord. penit.) o a taluni soggetti (artt. 30-

---

<sup>568</sup> Cfr. Corte cost., sent. 17 - 25 maggio 1989, n. 282, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 500. In particolare § 6 del *Considerato in diritto*.

<sup>569</sup> Si veda Corte cost., sent. n. 257/2006, cit., § 3 del *Considerato in diritto*: «l'introduzione di una sostanziale *regressione* nella fruizione del permesso premio, non collegata ad una corrispondente *regressione comportamentale* da parte del condannato, si pone in evidente frizione rispetto alla stessa logica di progressività che, come si è detto, muove l'intero (e individualizzato) programma trattamentale».

<sup>570</sup> Cfr. Corte cost., sent. 306/1993, cit., § 13 del *Considerato in diritto*.

<sup>571</sup> *Ibidem*.

<sup>572</sup> *Ibidem*: «è ben vero che la collaborazione consente di presumere che chi la presta si sia dissociato dalla criminalità e che ne sia perciò più agevole il reinserimento sociale» - in questo senso, la norma offre un criterio coerente con i canoni di colpevolezza e individualizzazione cui una previsione di revoca deve conformarsi -. Ma è altrettanto vero che «dalla mancata collaborazione non può trarsi una valida presunzione di segno contrario, e cioè che essa sia indice univoco di mantenimento dei legami di solidarietà con l'organizzazione criminale: tanto più, quando l'esistenza di collegamenti con quest'ultima sia stata altrimenti esclusa».

*quater* e *58-quater* ord. penit.), ha evidentemente privilegiato una scelta general preventiva, obliterando l'*iter* di risocializzazione già concretamente perseguito<sup>573</sup>.

Pur escludendo, nei casi in esame, la violazione dell'art. 25, secondo comma, Cost., la Corte costituzionale ha ammesso che la vanificazione, con legge successiva, di un diritto positivamente riconosciuto da una legge precedente non può sottrarsi al necessario scrutinio di ragionevolezza. E questo specialmente alla luce della modificazione sostanziale nel grado di privazione della libertà personale che esso comporta.

Al fine di rendere dette norme compatibili con i principi costituzionali (artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.) occorre aprirle ad un sindacato da parte della magistratura di sorveglianza, di modo che la scelta di negare il beneficio sia condizionata ad una verifica da compiere caso per caso. Osserva la dottrina come esista una «interdipendenza tra la salvaguardia, costituzionalmente fondata, della finalità rieducativa della sanzione penale e l'attribuzione al giudice di sorveglianza», deputato alla gestione dell'esecuzione penale nel suo concreto dispiegarsi, di un «adeguato margine di apprezzamento discrezionale», idoneo a garantire il successo della continua opera di adeguamento della pena cristallizzata nella sentenza del giudice penale all'effettivo grado di rieducazione raggiunto dal condannato<sup>574</sup>.

Nell'espletare siffatta verifica, il giudice di sorveglianza prenderà in considerazione non soltanto il mancato accertamento della sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata, ma anche il percorso rieducativo intrapreso, considerando quindi il numero di benefici positivamente goduti in precedenza, dai quali desumere la regolarità della condotta intramuraria ed extramuraria e, quindi, «la meritevolezza quanto al proseguimento di quella progressività rieducativa irrazionalmente preclusa dalla norma denunciata»<sup>575</sup>.

La Corte costituzionale, in tutti questi casi, ha optato per lo strumento delle pronunce additive, integrando il testo della norma di volta in volta oggetto del vaglio di costituzionalità con una tecnica decisoria di applicazione consolidata. Per risolvere le irrazionalità rilevate, infatti, si è proposto di introdurre, nelle disposizioni censurate, elementi individualizzanti diretti ad evitare l'inesco di automatismi legali dalle maglie così stringenti per il giudice di

---

<sup>573</sup> Con specifico riguardo alla disciplina disegnata dall'art. 4-*bis* ord. penit. ma sempre sotto il profilo dell'art. 27, terzo comma, Cost., Corte cost., sent. n. 306/1993, cit., sottolinea una certa perplessità nell'adozione di una strategia di incentivazione della collaborazione che vanifica i programmi e i percorsi rieducativi già in atto, magari da lungo tempo.

<sup>574</sup> F. FIORENTIN, *Legge «Ex-Cirielli» e ordinamento penitenziario riformato al vaglio di costituzionalità: la Consulta riafferma il valore della funzione rieducativa della pena*, cit.

<sup>575</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 504/1995, cit., § 7 del *Considerato in diritto*. I presupposti della concessione sono quelli prescritti per il beneficio richiesto e tutti devono risultare attuali; come fattore preclusivo, mantiene un ruolo centrale il solo fatto dell'effettivo accertamento di un legame del detenuto con l'ambiente criminale di provenienza, mentre viene drasticamente ridimensionato il peso della mancata collaborazione. Cfr. C. CESARI, G. GIOSTRA, *Sub Art. 4-bis*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2011, 106.

sorveglianza, da risolversi nella totale obliterazione della flessibilità della pena, tratto connaturale alla funzione rieducativa della medesima<sup>576</sup>.

Con le pronunce ora esaminate si sono accentuati due aspetti: da un lato, lo «sgretolamento» della valenza della collaborazione come indice di intercorsa rottura tra il detenuto e l'organizzazione criminale e, dall'altro, il contenimento dell'efficacia retroattiva della norma, ovvero della sua applicazione a detenuti che fruivano di benefici penitenziari già al momento di entrata in vigore della disciplina restrittiva di cui all'art. 4-bis ord. penit.<sup>577</sup>.

## 8.2. L'ESTENSIONE DELLE NUOVE NORME AI CONDANNATI PRIVI DI UN PERCORSO RIEDUCATIVO IN ATTO: IL PRINCIPIO DEL *TEMPUS REGIT ACTUM*

Le conclusioni a cui si è appena giunti valgono solo a consentire il mantenimento del trattamento rieducativo in atto prima dell'entrata in vigore della normativa ostativa. Esse non si estendono, invece, ai casi in cui venga richiesta, per la prima volta, la concessione di un beneficio penitenziario e, dunque, ai casi in cui non si sia ancora intrapreso un percorso rieducativo extramurario. Si tratta del secondo gruppo di condannati menzionati in precedenza.

Si pone, in questi casi, la *vexata quaestio* della compatibilità delle norme dell'ordinamento penitenziario con il principio di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.

Com'è noto, per giurisprudenza costante le disposizioni inerenti all'esecuzione delle pene detentive e alle misure alternative non hanno carattere di norme penali sostanziali<sup>578</sup>. Conseguentemente le disposizioni *de quibus* soggiacciono al principio *tempus regit actum* e non alle regole dettate in materia di successione di norme penali nel tempo. Ne consegue che per tali condannati dovrebbe valere lo *ius superveniens*, ancorché peggiorativo.

Di contrario avviso è la dottrina, in prevalenza orientata a ritenere che la norma dell'art. 2, quarto comma, cod. pen., nel prendere in considerazione il trattamento «più favorevole» al reo, si riferisca tanto alla durata e alla specie della pena, quanto alle pene accessorie, alle circostanze aggravanti e attenuanti, alla qualifica del fatto, alle cause che fanno venir meno il reato e la pena, fino a comprendere anche i benefici penitenziari: in definitiva, tutti gli elementi che in qualche modo influiscono sul trattamento del reo<sup>579</sup>. Le argomentazioni adottate per sostenere

---

<sup>576</sup> F. FIORENTIN, *Legge «Ex-Cirielli» e ordinamento penitenziario riformato al vaglio di costituzionalità: la Consulta riafferma il valore della funzione rieducativa della pena*, cit.

<sup>577</sup> C. CESARI, G. GIOSTRA, *Sub Art. 4-bis*, cit., 104; M.G. COPPETTA, *Il permesso premio come strumento di rieducazione: ancora una declaratoria di illegittimità dell'art. 4-bis ord. penit.*, cit., 1265. Sulla questione relativa all'art. 25 Cost. e sulle questioni di diritto transitorio, si veda C. CESARI, G. GIOSTRA, *Sub Art. 4-bis*, cit., 106.

<sup>578</sup> Cfr. L. CARACENI, C. CESARI, *Sub Art. 4-bis*, cit., 90. Ciò è stato ribadito da Cass. pen., Sez. Un., sent. 30 maggio - 17 luglio 2006, n. 24561, in *Cass. pen.* 2006, 12, 3963.

<sup>579</sup> Per approfondimenti si vedano F. FIORENTIN, *Legge «Ex-Cirielli» e ordinamento penitenziario riformato al vaglio di costituzionalità: la Consulta riafferma il valore della funzione rieducativa della pena*, cit.; L. CESARI,

tale tesi sono legate ad una valutazione dell'assunto costituzionale – «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso» – in cui il verbo «punire» implicherebbe la concreta attuazione della sentenza di condanna che si sostanzia nell'esecuzione della pena, sia nei suoi aspetti strettamente attinenti al regime carcerario, sia per tutto ciò che riguarda l'applicazione degli istituti c.d. «risocializzativi»<sup>580</sup>.

Il Giudice delle leggi, nelle sopra citate sentenze, non ha preso posizione sulla questione della portata applicativa del principio di irretroattività della legge penale, lasciando del tutto irrisolto l'interrogativo circa l'applicazione dello stesso alla normativa penitenziaria, qualora essa sia peggiorativa di una disciplina già vigente<sup>581</sup>. Stante questa mancata presa di posizione, la dottrina ha espresso una certa «delusione» negli interventi della Consulta<sup>582</sup>.

---

*Un ulteriore passo verso l'eliminazione dei divieti aprioristici di concessione di benefici penitenziari*, in *Giur. cost.*, 2010, 3, 2250B. Accanto alla posizione tradizionale secondo cui l'art. 25, secondo comma, Cost. si riferisce soltanto alle norme penali che creano reati e comminano sanzioni (A. PAGLIARO, *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, XXIII, 1973, 1067), si affiancano interpretazioni meno restrittive, favorevoli, anche per la normativa penitenziaria, all'immutabilità del quadro normativo esistente al momento della commissione del fatto (F. BRICOLA, *Commento all'art. 25, comma 2 e 3 Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1981, 298).

Con riferimento alla retroattività delle norme in materia di esecuzione penale e penitenziaria, si rimanda alla copiosa letteratura in tema e, in particolare, a M. CHIAVARIO, *Norma processuale penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, 1978, 474; F. DELLA CASA, *Successione di leggi penitenziarie: modifiche «peggiorative» e limiti inerenti allo ius superveniens*, cit.; C. FIORIO, *Le disposizioni esecutive e penitenziarie*, cit., nonché all'ampia rassegna dottrinale esposta da D. MICHELETTI, *L. 5 dicembre 2005, n. 251. Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione*, in *Leg. pen.*, 2006, 505.

<sup>580</sup> Se la *ratio* dell'operatività del precetto costituzionale sta nel garantire l'affidamento del singolo sulla fissità del dato normativo, l'adattamento alle disposizioni incidenti sulla pena in esecuzione può aversi agganciando il divieto di retroattività al momento in cui il «patto penitenziario» viene proposto al condannato; cosicché da questo momento, coincidente con l'inizio dell'espiazione della pena, sorgono, in capo al soggetto, legittime aspettative in ordine al rispetto di tale patto che, se disattese, potranno anche essere causa di contraccolpi negativi su un processo rieducativo già avviato. Così A. NATALINI, *Trattamento penitenziario, restano i dubbi sull'irretroattività*, in *Dir. e giust.*, 2004, 19, 14.

<sup>581</sup> Invero, nei casi esaminati, il problema della retroattività o meno delle norme in materia di esecuzione penale assume rilievo pregiudiziale, atteso che il dubbio di costituzionalità sul rispetto dell'art. 27, terzo comma, Cost. ha senso solo aderendo al principio *tempus regit actum*. È proprio l'immediata applicazione delle novità introdotte dal decreto legge n. 306 del 1992 e dalla legge n. 251 del 2005 anche alle situazioni pregresse, a rappresentare il presupposto del dubbio di legittimità costituzionale *sub* artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. Se la Consulta avesse incentrato il suo ragionamento sull'art. 25, secondo comma, Cost., la questione di diritto sollevata dai giudici rimettenti avrebbe conosciuto una soluzione più «lineare, limpida e inequivoca». Riconoscere l'applicazione del principio di irretroattività alle disposizioni qui in esame avrebbe, infatti, condotto la Corte allo stesso risultato a cui di fatto è arrivata seppur attraverso un diverso e più tortuoso percorso argomentativo. Di «via tortuosa» parla M. PAVARINI, *La ex Cirielli: colpita ma non affondata*, cit. Ecco perché, proprio qui – più che in altre occasioni – sorprende la mancanza di una presa di posizione espressa da parte della Corte costituzionale sulla natura processuale delle disposizioni che disciplinano le condizioni di accesso ai benefici penitenziari.

<sup>582</sup> In questo senso F. FIORENTIN, *Legge «Ex-Cirielli» e ordinamento penitenziario riformato al vaglio di costituzionalità: la Consulta riafferma il valore della funzione rieducativa della pena*, cit. L'Autore scrive: «la *vexata quaestio*, rappresenta a tutt'oggi, quanto alle posizioni della dottrina e della giurisprudenza,

Il canone della ragionevolezza e le stesse logiche della risocializzazione sembrerebbero imporre, anche in materia di esecuzione penale, una retroattività relativa, così da tutelare, in assenza di interessi contrapposti di rango sovraordinato, l'affidamento del reo nella fissità del quadro normativo penitenziario al momento dell'inizio dell'esecuzione della pena - momento nel quale si stringe il «patto» rieducativo con l'ordinamento - <sup>583</sup>. E così, ove il condannato avesse maturato, prima dell'entrata in vigore della modifica peggiorativa, le condizioni formali e sostanziali per accedere ai benefici in base al previgente e più favorevole regime, dovrebbe essere proprio quest'ultimo a prevalere<sup>584</sup>.

È quanto mai significativo, peraltro, che proprio tale prospettiva sia stata sostanzialmente recepita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Del Rio Prada c. Spagna*, ancorché con riferimento non ad una modifica legislativa bensì ad un *revirement* giurisprudenziale in merito alle modalità di applicazione di un beneficio penitenziario<sup>585</sup>.

---

un'inestricabile matassa, che avrebbe meritato di essere autorevolmente dipanata da un intervento risolutore della Corte». Dello stesso avviso anche M. PAVARINI, *La ex Cirielli: colpita ma non affondata*, cit.; R. GRANATA, *Ancora in tema di misure alternative alla detenzione e art. 25, comma 2, Cost.*, cit.; ID., *Misure alternative alla detenzione e art. 25, comma 2, Cost.: notarelle aggiunte*, in *Giust. civ.*, 2005, I, 2006; ID., *Misure alternative alla detenzione e art. 25, comma 2, Cost.*, in *Giust. civ.*, 2002, I, 296; A. NATALINI, *Ordinamento penitenziario e benefici: la reformatio in peius è ammessa*, in *Dir. e giust.*, 2005, 11, 35; ID., *Trattamento penitenziario, restano i dubbi sull'irretroattività*, cit. Anche A. MARCHESELLI, *Censurati gli inasprimenti della «ex Cirielli» sui permessi premio già maturati dai detenuti*, in *Guida dir.*, 2006, 31, 63, parla a questo proposito di questione «ampia e spinosa».

<sup>583</sup> Cfr. F. DELLA CASA, *Successioni di leggi penitenziarie: modifiche «peggiorative» e limiti inerenti allo ius superveniens*, cit., 402. Posizione condivisa da B. GUAZZALOCA, M. PAVARINI, *L'esecuzione penitenziaria*, in F. BRICOLA, V. ZAGREBELSKY (diretto da), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino, 1995, 322; S. DEL CORSO, voce *Successione di leggi penali*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, 107.

<sup>584</sup> Cfr. L. CARACENI, C. CESARI, *Sub Art. 4-bis*, cit., 90.

<sup>585</sup> C. eur. dir. uomo, sent. 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. n. 42750/09, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 30 ottobre 2013. Il ricorso è stato presentato da Ines Del Rio Prada, esponente del terrorismo separatista basco che veniva arrestata nel 1987 e successivamente condannata, in separati procedimenti, per ventitré omicidi e diversi tentativi di omicidio a pene che, sommate aritmeticamente, ammontavano a più di tremila anni di reclusione. In applicazione dell'art. 70, secondo comma, del codice penale spagnolo del 1973, che stabiliva il limite massimo al cumulo delle pene (applicabile anche in ipotesi di pluralità di procedimenti per reati connessi), l'entità della sanzione complessiva veniva stabilita in quella trent'anni di reclusione. Invocando l'applicazione del beneficio della *redención de penas por trabajo* (che consentiva uno sconto di pena di un giorno ogni due giorni di lavoro intramurario) - abrogato con l'introduzione del nuovo codice penale del 1995 ma mantenuto in via transitoria per i soggetti condannati sulla base del codice previgente -, la ricorrente presentava nel 2008 richiesta di liberazione anticipata, allegando i vari provvedimenti della magistratura di sorveglianza che avevano periodicamente certificato il lavoro svolto ed accordato gli sconti di pena. Tuttavia, in applicazione dell'orientamento interpretativo inaugurato dal *Tribunal Supremo* il 28 febbraio 2006 nei confronti del terrorista Henri Parot, l'*Audiencia Nacional* rigettava la richiesta. Secondo tale nuova interpretazione (denominata appunto *doctrina Parot*), infatti, lo sconto di pena deve essere calcolato su ciascuna delle pene inflitte non, come nella precedente prassi giurisprudenziale, sulla sanzione complessiva determinata all'esito dell'applicazione del limite dei trent'anni di reclusione. La portata pratica di tale *revirement* si può apprezzare proprio considerando che, nel caso della ricorrente, tale modalità di calcolo, in quanto parametrata su di una base di oltre tremila anni di reclusione, conduceva di fatto a vanificare l'applicazione

Invero, nell'occasione, la Grande Camera osserva che, in effetti, la materia dell'esecuzione penale è esclusa in via di principio dal concetto di «*matière pénale*» e, pertanto, non è assoggettata al principio di irretroattività di cui all'art. 7 Cedu<sup>586</sup>. Eppure, enfatizzando soprattutto le difficoltà di tracciare un confine chiaro tra le misure che costituiscono «*penalty*» e quelle che concernono l'«*execution*»<sup>587</sup>, i giudici di Strasburgo osservano come la disciplina spagnola della «*redención de penas*» debba essere considerata parte integrante del «*droit pénal matériel*»<sup>588</sup>. La Corte non esclude che le misure adottate dal legislatore (o dalle autorità amministrative o dai giudici) dopo la pronuncia definitiva e/o durante l'esecuzione della pena possano provocare una ridefinizione della stessa. Ma quando ciò accade, tali misure dovrebbero rientrare nel campo di applicazione dell'art. 7 Cedu. Altrimenti, gli Stati sarebbero liberi – modificando la legge o reinterpretando le norme preesistenti – di adottare misure che riformano retroattivamente l'ambito della sanzione inflitta, a detrimento della persona condannata, quando

---

del beneficio penitenziario ed a riportare la data di effettiva liberazione al 2017. Nel ricorso alla Corte europea, seguito a diverse pronunce del *Tribunal constitucional* in cui era stata costantemente riconosciuta la legittimità costituzionale dell'applicazione del nuovo orientamento giurisprudenziale, si lamentava una violazione del principio di irretroattività della legge penale (art. 7 Cedu) e, di conseguenza, del diritto alla libertà personale (art. 5 Cedu) relativamente al periodo di detenzione successivo al rigetto dell'istanza di liberazione anticipata. Con sentenza del 10 luglio 2012, la terza sezione della Corte europea aveva accolto entrambe le doglianze, sulle quali si è da ultimo pronunciata la Grande Camera su ricorso del governo spagnolo, a detta del quale l'art. 7 Cedu non interesserebbe il piano dell'esecuzione penale. La Grande Camera, confermando la sentenza di primo grado, ha stabilito che la modifica del sistema di imputazione delle riduzioni di pena, a seguito di un *overruling* interpretativo del Tribunale Supremo spagnolo ha avuto l'effetto di modificare, a scapito della ricorrente la portata della pena inflitta, privando di ogni effetto utile il beneficio delle riduzioni di pena già accordate. Per un commento, si veda FR. MAZZACUVA, *La Grande Camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, ivi.

<sup>586</sup> C. eur. dir. uomo, sent. 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, cit., § 83: «Both the European Commission of Human Rights and the Court in their case-law have drawn a distinction between a measure that constitutes in substance a *penalty* and a measure that concerns the *execution or enforcement* of the *penalty*. In consequence, where the nature and purpose of a measure relate to the remission of a sentence or a change in a regime for early release, this does not form part of the *penalty* within the meaning of Article 7».

<sup>587</sup> C. eur. dir. uomo, sent. 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, cit., § 85 e 88: «The Court would emphasise that the term *imposed*, used in the second sentence of Article 7 § 1, cannot be interpreted as excluding from the scope of that provision all measures introduced after the pronouncement of the sentence. It reiterates in this connection that it is of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory».

<sup>588</sup> La decisione è stata presa con larga maggioranza (quindici voti contro due) sul profilo di violazione dell'art. 7 Cedu ed all'unanimità su quello relativo all'art. 5 Cedu. Nella loro opinione dissenziente, i giudici Mahoney e Vehabóvic, illustrano le ragioni del loro voto contrario rispetto alla prima statuizione. In particolare, essi ritengono che il caso non si distingua dai diversi precedenti nei quali la materia dell'esecuzione penale è stata sottratta al divieto di retroattività stabilito dall'art. 7 Cedu; a nulla varrebbe, in questo senso, l'incidenza del beneficio carcerario sulla concreta misura della pena da espiare, così come l'affidamento della ricorrente nella prospettiva di liberazione nel 2008. Cfr. FR. MAZZACUVA, *La Grande Camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, cit.

quest'ultima non avrebbe potuto immaginare un simile sviluppo nel momento in cui il reato è stato commesso o la pena è stata inflitta<sup>589</sup>.

Siffatta conclusione - considerata, in dottrina, «coraggiosa e condivisibile»<sup>590</sup> - si iscrive in quell'indirizzo giurisprudenziale diretto a restituire flessibilità alla disciplina dell'esecuzione penale che, per come rigidamente interpretata, finisce altrimenti per essere del tutto disancorata dal giudizio sul percorso rieducativo intrapreso dal detenuto e sulla sua attuale pericolosità sociale, con conseguente violazione delle garanzie fondamentali del reo.

## 9. AUTOMATISMI IN MATERIA DI LIBERAZIONE CONDIZIONALE

La liberazione condizionale costituisce l'archetipo del benefici penitenziari, essendo antecedente all'introduzione delle misure alternative vere e proprie<sup>591</sup>. L'istituto è disciplinato nel Libro I, Titolo VI, Capo II («*Della estinzione della pena*»), agli artt. 176 e seguenti del codice penale. Stante la sua collocazione, non si tratta di uno strumento dell'ordinamento penitenziario in senso stretto.

Nondimeno, si ritiene di poter svolgere, proprio a questo punto della ricerca, l'analisi sulla legittimità degli automatismi in materia di liberazione condizionale, in quanto è, oggi, condiviso l'assunto che vede nell'istituto in parola «la misura conclusiva del trattamento rieducativo»<sup>592</sup>. Anche la Corte costituzionale ha riconosciuto, del resto, che «l'istituto della liberazione condizionale rappresenta un particolare aspetto della fase esecutiva della pena restrittiva della libertà personale e si inserisce nel fine ultimo e risolutivo della pena stessa, quello, cioè, di tendere al recupero sociale del condannato»<sup>593</sup>.

---

<sup>589</sup> C. eur. dir. uomo, sent. 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, cit., § 89 e 90: «In order to determine whether a measure taken during the execution of a sentence concerns only the manner of execution of the sentence or, on the contrary, affects its scope, the Court must examine in each case what the *penalty* imposed actually entailed under the domestic law in force at the material time or, in other words, what its intrinsic nature was. In doing so it must have regard to the domestic law as a whole and the way it was applied at the material time».

<sup>590</sup> Cfr. FR. MAZZACUVA, *La Grande Camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, cit.

<sup>591</sup> Cfr. F. FIORENTIN *Liberazione condizionale*, in F. FIORENTIN (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Torino, 2012, 1. Come ricorda autorevole dottrina, l'istituto fu introdotto nel nostro ordinamento dal Codice Zanardelli del 1889 e, nelle intenzioni del legislatore, si trattava di una misura utile a contribuire alla gestione degli stabilimenti penitenziari, soprattutto dal punto di vista disciplinare. M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2004, 278.

<sup>592</sup> Cfr. F. FIORENTIN *Liberazione condizionale*, cit., 1 ss., si vedano, in particolare, le diverse ricostruzioni sulla natura giuridica della liberazione condizionale (causa di estinzione della pena o misura alternativa).

<sup>593</sup> Corte cost., sent. 27 giugno - 4 luglio 1974, n. 204, in *www.giurcost.org*: Ad analoghi approdi è pervenuta la giurisprudenza di legittimità, laddove è giunta esplicitamente ad affermare che il periodo trascorso in libertà vigilata del soggetto che fruisce della liberazione condizionale va considerato come «esecuzione della pena a tutti gli effetti». Cass., sez. I, 23 aprile 2009, n. 17343, Cicciù, in CED; conformi: Cass., sez. I, 5 novembre 2009, n. 42468, Gulisano, in CED; Cass., sez. I, 17 luglio 2009, n. 29843, Bologna,

Com'è noto, l'istituto consente l'anticipata cessazione della detenzione carceraria, la sospensione dell'esecuzione delle misure di sicurezza detentive e la sottoposizione del condannato alla misura di sicurezza della libertà vigilata (art. 230, n. 2, cod. pen.).

Lungi dal ripercorrere l'evoluzione (normativa e giurisprudenziale) che ha caratterizzato la disciplina positiva della liberazione condizionale, ci si limiterà ad esaminare gli automatismi che caratterizzavano la revoca della misura in esame<sup>594</sup>.

A questo proposito, tre sono gli automatismi contenuti nell'art. 177, ultima parte, cod. pen. a suscitare perplessità *sub* artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.:

- *in primis*, la previsione, sempre e comunque, della revoca della liberazione condizionale allorché la persona liberata commetta un delitto o una contravvenzione della stessa indole, ovvero trasgredisca agli obblighi inerenti alla libertà vigilata disposta a norma dell'art. 230, n. 2, cod. pen., ciò a prescindere dalla gravità, dalle modalità e dalle cause della condotta sanzionata;
- in secondo luogo, il divieto di computare il tempo trascorso in liberazione condizionale nella residua pena detentiva;
- infine, il divieto di essere riammessi ad una nuova liberazione condizionale.

Anzitutto, si è dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 177 cod. pen. nella parte in cui menzionava le ipotesi di revoca della liberazione condizionale, precludendo alla magistratura di sorveglianza ogni valutazione sulla gravità del fatto-causa della revoca, sulla personalità del soggetto e sulla concreta compatibilità di tale fatto con la prosecuzione della prova in regime di

---

in CED; Cass., sez. I, 16 giugno 2009, n. 24925, Contino, in CED. Per un commento, E. FASSONE, *La liberazione condizionale dalla sentenza costituzionale n. 204 del 1974 alla legge 12 febbraio 1975, n. 6: incertezze risolte e dubbi rimasti*, in *Giur. it.*, 1975, II, 569.

<sup>594</sup> Per approfondimenti, si segnala, in ordine alfabetico, C. AIELLO, voce *Liberazione condizionale*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990; G. BARONE, *La liberazione condizionale tra clemenza e rieducazione*, in *Ind. pen.*, 1977, 571; ID., voce *Liberazione condizionale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 410; G. CAMERINI, *La liberazione condizionale*, in *Quad. giust.*, 1982, 11, 50; L. CESARIS, *Sulla valutazione del «sicuro ravvedimento» ai fini della liberazione condizionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1979, 297; P. CORSO, *Liberazione condizionale e processo*, Padova, 1979; L. DAGA, *La liberazione condizionale in Italia*, in *Doc. giust.*, 1989, 3, 73; M.C. DEL RE, *La disciplina della liberazione condizionale tra logica sanzionatoria e logica del trattamento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1978, 541; G. DELITALA, *Pena relativamente indeterminata e liberazione condizionale*, in *Studi Zanzucchi*, Milano, 1927, 381; G. FLORA, *La liberazione condizionale: quale futuro?*, in *Indice pen.*, 1989, 353; F.P.C. IOVINO, *Sulla diversa natura giuridica della liberazione generale (art. 176 c.p.) e speciale (art. 8, L. 29 maggio 1982, n. 304)*, in *Cass. pen.*, 1991, 2094; A. LONGO, *Brevi osservazioni sul rapporto tra ergastolo e liberazione condizionale suggerite dalla sent. 161/97*, in *Giur. it.*, 1999, 121; M. MAZZANTI, voce *Liberazione condizionale*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1962, 838; M. MENNA, *Sull'esclusione delle pene brevi dalla liberazione condizionale: profili di incostituzionalità*, in *Arch. pen.*, 1986, 21; C. PEYRON, voce *Liberazione condizionale*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 224; G. RODI, *La liberazione condizionale nella legislazione penale vigente*, in *Arch. pen.*, 1966, I, 225; M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI (a cura di), *Commentario sistematico del Codice penale*, Milano, 2011, 273; M. SCHIAVI, *La disciplina della liberazione condizionale tra istanze rieducative ed esigenze di difesa sociale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 669; G. VASSALLI, *La riforma della liberazione condizionale*, in *Rass. studi penit.*, 1951, 997; ID., *Funzione rieducativa della pena e liberazione condizionale*, in *Scuola pos.*, 1964, 403; ID., *La liberazione condizionale: dall'amministrazione alla giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 1974, 3523.



libertà vigilata. Dubbio manifestato con riguardo ad ambo le condotte individuate dal legislatore come motivo di revoca *ope legis*.

La Corte costituzionale, nell'accogliere le censure sollevate<sup>595</sup>, ha essenzialmente ribadito l'argomentazione riportata nel paragrafo precedente, riconoscendo come il carattere automatico della revoca fosse «in contrasto con una ragionevole applicazione del principio rieducativo»<sup>596</sup>. Il parificare, come fa l'art. 177 cod. pen., tutti i delitti «senza operare nel seno di questa vastissima categoria – comprensiva sia di delitti dolosi che di delitti colposi, sia di delitti puniti con pena restrittiva della libertà personale che di delitti puniti con la sola pena della multa, sia di delitti della stessa indole di quello per cui il soggetto stava espiando la pena al momento dell'intervenuta liberazione condizionale che di delitti di natura affatto diversa – alcuna selezione, è criterio che, collegato con l'automatica derivazione della revoca dalla condanna, rende tale disposizione manifestamente illegittima»<sup>597</sup>. In essa erano violati congiuntamente il principio rieducativo e quello di ragionevolezza.

Dopo aver confrontato la norma censurata con altre disposizioni dell'ordinamento penitenziario che, in vario modo, ricollegano le preclusioni, di volta in volta previste, alle esigenze della funzione rieducativa, la Corte ha asserito che il criterio più consono al rispetto dell'art. 27, terzo comma, Cost. è quello che attribuisce alla magistratura di sorveglianza la constatazione della non idoneità del soggetto alla prosecuzione della misura<sup>598</sup>.

---

<sup>595</sup> Corte cost., sent. 23 dicembre 1998 n. 418, in *Giur. cost.*, 1998, 3588: «dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 177, primo comma, del codice penale, nella parte in cui prevede la revoca della liberazione condizionale nel caso di condanna per qualsiasi delitto o contravvenzione della stessa indole, anziché stabilire che la liberazione condizionale è revocata se la condotta del soggetto, in relazione alla condanna subita, appare incompatibile con il mantenimento del beneficio». Per un commento, C. SANTORIELLO, *Un nuovo intervento della Corte costituzionale in tema di revoca alle misure alternative alla detenzione*, in *Giur. cost.*, 1998, 3588.

<sup>596</sup> Se, infatti, «non può dirsi preclusa in senso assoluto al legislatore la potestà di assumere determinate condanne come criterio per escludere l'ammissione del condannato a determinati benefici o per sancire la revoca di benefici già ottenuti, occorre tuttavia che tali criteri siano sufficientemente circoscritti, in modo da non dar luogo a irragionevoli parificazioni e da non precludere, nelle ipotesi meno gravi, la funzione rieducativa della pena». Cfr. Corte cost., sent. n. 418/1998, cit., § 4 del *Considerato in diritto*.

<sup>597</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 418/1998, cit., § 4 del *Considerato in diritto*: altrettanto «deve dirsi per la contestuale parificazione delle contravvenzioni ai delitti, ancorché tale parificazione sia limitata alle contravvenzioni della stessa indole del reato in relazione al quale il detenuto stava scontando la pena».

<sup>598</sup> Con riferimento alla condotta di trasgressione degli obblighi inerenti alla libertà vigilata, la Consulta riconosce che già da tempo la giurisprudenza ordinaria, segnatamente quella di legittimità, ne forniva una lettura costituzionalmente orientata. La Corte di Cassazione già riteneva, infatti, che il giudice dovesse compiere una penetrante indagine sulla condotta tenuta, diretta ad accertare, senza ombra di dubbio, se l'addebito poteva, o meno, concretare una grave trasgressione al regime di vita cui il liberato era sottoposto e se costituiva un sicuro elemento rivelatore della mancanza di ravvedimento e della non meritevolezza dell'anticipato reinserimento nella vita sociale. Così, ad esempio, Cass. pen., sez. I, 31 gennaio 1992, n. 23, in *Foro it.*, 1992, I, 1057, con nota di DI CHIARA.

Si è poi dubitato degli altri due automatismi menzionati che, a ben vedere, si sommano al primo, finendo per aumentare ingiustificatamente l'entità e l'afflittività della pena detentiva comminata con la sentenza di condanna.

Presupposto di partenza è la constatazione che l'istituto della libertà vigilata – che accompagna necessariamente lo stato di libertà condizionale – importa notevoli restrizioni ai fondamentali diritti del condannato. Disconoscerne *in toto* l'afflittività patita nel periodo di libertà vigilata ed imporre al soggetto di scontare in carcere l'intera pena residua, si traduceva in un aggravamento della sanzione originariamente comminata dal giudice della cognizione, in aperta violazione degli artt. 13, secondo comma, e 27, primo comma, Cost.<sup>599</sup>.

A questo proposito, la Corte costituzionale ha riconosciuto che il problema non è quello di non computare *del tutto* – o, viceversa, di computare *tutto*<sup>600</sup> –, il periodo trascorso in libertà vigilata nella durata della pena detentiva originaria, bensì quello di stabilire, in concreto, «quanta afflittività» sia stata sopportata dal condannato nel tempo in cui egli si trovava in libertà vigilata. Si tratta di sottrarre dalla pena detentiva originaria la predetta «entità afflittiva», allo scopo di determinare la pena detentiva residua. Se così non fosse, verrebbero totalmente disconosciute le limitazioni della libertà personale patite durante la libertà vigilata<sup>601</sup>. Ecco, dunque, che, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale del secondo automatismo, la Consulta ha attribuito al tribunale di sorveglianza il potere di determinare la residua pena detentiva da espiare tenendo

---

<sup>599</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 282/1989, cit., § 8 del *Considerato in diritto*: «il divieto, posto dall'art. 177 cod. pen., di sottrarre, anche parzialmente, il tempo trascorso in libertà condizionale dalla normale durata della pena detentiva, rende la minaccia della stessa revoca tanto grave da trascinare l'intero istituto della liberazione condizionale in una logica esclusivamente afflittiva, tanto illegittima, ai sensi della vigente Costituzione, quanto ingiustificata, nella specie, mancando un illecito penale da sanzionare». Se da un lato proprio la liberazione condizionale ha notevolmente ridimensionato i rapporti tra cognizione ed esecuzione – dimostrando che le indagini sui comportamenti del condannato durante l'esecuzione della pena, ove si concludano con il riconoscimento del mutamento *in melius* della sua personalità, ben possono condurre alla riduzione, o mitigazione, della pena detentiva inflitta con la sentenza di condanna –, d'altro lato, resta a tutt'oggi indiscusso che il limite della pena detentiva, determinato in sede di cognizione, non possa, in nessun caso, esser oltrepassato (spostato verso l'alto) per fatti realizzati *ex post*.

<sup>600</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 282/1989, cit., § 9 del *Considerato in diritto*. Si osserva che «va rifiutata anche la rigidità astratta della soluzione opposta (cfr. sentenza n. 343 del 1987) a quella accolta dal codice Rocco (ossia quella dell'integrale scomputo del periodo trascorso, prima della causa di revoca, in libertà condizionale e vigilata, dalla durata dell'originaria pena detentiva) soluzione che parificherebbe arbitrariamente situazioni concretamente diverse, in violazione del disposto di cui all'art. 3 Cost., e che finirebbe col non tenere nel dovuto conto la maggiore afflittività della pena detentiva rispetto a quella della libertà vigilata (cfr. sentenza n. 343 del 1987)».

<sup>601</sup> Si richiama, in questa sede, anche la pronuncia n. 343 del 1987 con cui, in tema di revoca della misura alternativa dell'affidamento in prova per comportamento incompatibile con la prosecuzione della prova, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 47, comma 10, ord. penit. nella parte in cui non consente al Tribunale di sorveglianza di determinare la residua pena detentiva da espiare, tenuto conto della durata delle limitazioni patite dal condannato e del suo comportamento durante il trascorso periodo di affidamento in prova. Cfr. Corte Cost., sent. 29 ottobre 1987, n. 343, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 1670.

conto delle limitazioni patite dal condannato e del suo comportamento durante lo stato di libertà condizionale<sup>602</sup>.

Con riguardo, infine, all'ultimo degli automatismi menzionati, e cioè al divieto di essere riammessi nuovamente alla liberazione condizionale, i dubbi di legittimità costituzionale hanno riguardato in particolare la situazione dell'ergastolano<sup>603</sup>. Tale impedimento, infatti, finiva con il rendere immodificabile la perpetuità della pena all'ergastolo, escludendo in modo permanente ed assoluto questo condannato dal processo rieducativo e di reinserimento sociale, in contrasto con l'art. 27, terzo comma, Cost. - la cui valenza è stata più volte affermata e ribadita anche per i condannati alla massima pena prevista dall'ordinamento vigente -.

Come nei casi precedenti, anche qui, la Corte costituzionale, nel dichiarare incostituzionale detta preclusione, ha attribuito al giudice di sorveglianza il potere di valutare, in concreto, se l'ergastolano sia o meno meritevole della riammissione al beneficio della liberazione condizionale<sup>604</sup>. La stessa autorità giudiziaria ha, inoltre, il compito di graduare in concreto i

---

<sup>602</sup> La revoca rinvia necessariamente ad un nuovo giudizio che, secondo quanto specificato dalla Consulta, deve considerare due profili. Anzitutto, si devono tener conto le limitazioni patite dal condannato in libertà vigilata, e segnatamente «i tipi, la concreta afflittività ed ogni altro elemento, strutturale e contenutistico» delle prescrizioni imposte, «il sostegno offerto, allo stesso condannato, dai competenti organi, durante lo stato di libertà condizionale», nonché il momento in cui è intervenuta la causa di revoca (se poco dopo l'inizio o quasi al termine del prestabilito periodo di libertà condizionale). In secondo luogo, la magistratura di sorveglianza deve formulare un «giudizio prognostico sulla rieducabilità (e, implicitamente, sulla pericolosità) del condannato» desumendo tal giudizio «dall'esame della personalità di quest'ultimo quale risulta dai comportamenti tenuti durante lo stato di libertà condizionale, compreso quello che ha (o quelli che hanno) dato causa alla revoca». Cfr. Corte cost., sent. n. 282/1989, cit., § 10 del *Considerato in diritto*. La giurisprudenza di legittimità, preso atto del nuovo compito spettante al Tribunale di sorveglianza a seguito della suddetta declaratoria di illegittimità costituzionale (si veda Cass. pen., sez. I, 02 aprile 1996) e dei criteri generali in essa stabiliti (Cass. pen., sez. I, 06 novembre 1989; Cass. pen., sez. I, 30 giugno 1989), ha escluso la possibilità di rifiutare al condannato una sia pur minima riduzione della pena detentiva originaria (Cass. pen., sez. I, 13 marzo 1996; Cass. pen., sez. I, 26 giugno 1991). Inoltre, si è puntualizzato che il computo della residua pena va effettuato avendo riguardo al periodo trascorso dall'inizio dell'esperimento alla data della violazione che ha dato causa alla revoca, e non anche all'ulteriore periodo intercorso fra detta data e l'adozione formale del provvedimento di revoca (Cass. pen., sez. I, 15 ottobre 1992). Più diffusamente, G.M. PAVARIN, *I limiti alla discrezionalità nella giurisdizione di cognizione e di sorveglianza* - C.S.M., Incontro di studio *Il giudizio prognostico del giudice penale tra procedimento di cognizione e giurisdizione di sorveglianza*. Roma, 2009, [www.csm.it](http://www.csm.it).

Sull'applicabilità della regola dello «scomputo di pena» ai condannati alla pena dell'ergastolo che fossero stati ammessi al godimento del beneficio, Corte cost., sent. 27 maggio - 4 giugno 1993, n. 270, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>603</sup> Come più volte ricordato, è proprio il riconoscimento dell'ammissibilità all'istituto della liberazione condizionale da parte dell'ergastolano ad aver «salvato» la pena perpetua. Così Corte cost., sent. n. 264/1974, cit. L'ammissibilità dell'ergastolano al beneficio della liberazione condizionale, non prevista nell'originaria formulazione dell'art. 176 cod. pen., è stata introdotta con la legge 25 novembre 1962, n. 1634, successivamente modificata dalla legge 10 ottobre 1986, n. 663. Per approfondimenti, si veda C.E. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 166; A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, cit.

<sup>604</sup> Cfr. Corte cost., sent. 2 - 4 giugno 1997, n. 161, in *Cass. pen.*, 1997, 2062.

tempi della nuova ammissione, tenendo conto del comportamento tenuto dal detenuto durante la detenzione, della prova data durante i precedenti periodi trascorsi in libertà vigilata e della concreta gravità delle violazioni che ebbero a dar luogo alla revoca. Certamente, il giudice potrà ritenere che il condannato all'ergastolo non sia meritevole della riammissione al beneficio della liberazione condizionale, ma questa eventualità non equivale ad una esclusione totale per divieto di legge.

Alla luce delle pronunce esaminate, la fisionomia dell'art. 177 cod. pen. risulta mutata considerevolmente. Accogliendo le critiche avanzate dalla dottrina, la Corte costituzionale ha rimodellato quell'istituto «frutto di una visione ingiustificatamente punitiva», non conforme alla Costituzione. Gli automatismi evidenziati sono venuti meno, lasciando spazio alle valutazioni della magistratura di sorveglianza che, oggi, assume un ruolo di primo piano nel procedimento di revoca della liberazione condizionale.

#### 10. LA PRECLUSIONE ASSOLUTA DELLE MISURE ALTERNATIVE PER IL CITTADINO EXTRACOMUNITARIO IRREGOLARE

Altro regime penitenziario «speciale e di sfavore» che il nostro ordinamento permetteva era quello nei confronti dei cittadini stranieri irregolarmente presenti nel territorio dello Stato, individuati, non già sulla base di indici rivelatori di una particolare pericolosità sociale, quanto sulla scorta di un dato estrinseco e formale, quale il difetto di titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato.

Il dubbio di costituzionalità ha, alla sua radice, il problema ermeneutico legato alla possibile interazione tra le disposizioni della legge n. 354 del 1975, che prevedono le modalità e le condizioni per l'accesso alle misure alternative alla detenzione, e le regole contenute nel decreto legislativo n. 286 del 1998 (c.d. Testo unico sull'immigrazione), che disciplinano l'ingresso e la permanenza nel territorio dello Stato dei cittadini extracomunitari.

Più specificamente, si è posto l'interrogativo se le misure alternative possano, o meno, applicarsi al cittadino extracomunitario entrato illegalmente in Italia o privo di permesso di soggiorno, cioè ad un soggetto che, se non si trovasse a dover espiare una pena, andrebbe espulso dal territorio nazionale<sup>605</sup>.

---

<sup>605</sup> Si sottolinea che, mentre si è messa in discussione la possibilità di concedere al detenuto straniero irregolare le misure alternative alla detenzione, nulla si è mai obiettato circa la concedibilità al medesimo dei permessi premio, sebbene anche questi ultimi, al pari delle prime, legittimino la circolazione nel territorio di soggetti che, in considerazione del loro *status*, non potrebbero godere di una simile opportunità. Si è portati, pertanto, a ritenere che la vera ragione giustificativa dell'orientamento giurisprudenziale restrittivo sia costituita dall'introduzione nel nostro ordinamento di una sanzione alternativa *ad hoc*: l'espulsione. Questa, peraltro, in quanto misura eterogenea rispetto al permesso premio che implica semplicemente una breve interruzione della carcerazione, non si pone in concorrenza con esso e non può quindi essere utilizzata, in chiave argomentativa, per delimitare la sfera di operatività dell'art. 30-*ter* ord. penit.. Così F.

Sulla questione si sono registrate nella giurisprudenza di legittimità linee interpretative nettamente divergenti in ordine ai rapporti tra le norme dell'ordinamento penitenziario e quelle del Testo unico sull'immigrazione.

Un primo indirizzo interpretativo considera la condizione di clandestinità o irregolarità dello straniero assolutamente preclusiva per l'accesso alle misure alternative. A detta di quest'ultima tesi, nel rigore della disciplina dettata dal decreto legislativo n. 286 del 1998, non si potrebbe ammettere un'esecuzione della pena, nei confronti dello straniero presente *contra legem* nel territorio dello Stato, che, per le sue modalità di attuazione, comporti essa stessa la violazione delle regole in materia di immigrazione. Presupponendo qualsiasi misura alternativa una presenza più o meno continuativa del condannato nel territorio, si creerebbe una clamorosa contraddizione rispetto alla *basic rule* che, proprio in considerazione del particolare *status* di chi soggiorna illegittimamente nel nostro Paese, ne prescrive la fuoriuscita dai confini nazionali<sup>606</sup>. Senza considerare, poi, che, con riferimento a certe misure alternative (come l'affidamento in prova), risulterebbe impossibile instaurare, proprio a causa di tale condizione di illegalità, la necessaria interazione tra il condannato e il territorio (segnatamente, il servizio sociale). Da qui,

---

DELLA CASA, *Sconfessata in nome dell'art. 27, comma 3, Cost. una «debordante» interpretazione della normativa sull'espulsione del detenuto straniero*, in *Giur. cost.*, 2, 2007, 756. Sul punto, G. DI ROSA, *Ricade sul magistrato di sorveglianza l'assenza di una carenza sistematica*, in *Guida dir.*, 2006, 22, 55; M. D'ONOFRIO, *Cittadini extracomunitari clandestini e misure alternative alla detenzione*, in *Riv. pen.*, 2005, 1282; M. RUOTOLO, *Può la rieducazione assumere connotati «nazionalistici»? Appunti sulla condizione giuridica del detenuto privo di permesso di soggiorno*, in *www.costituzionalismo.it*, 13 novembre 2006.

<sup>606</sup> Cfr. F. DELLA CASA, *Sconfessata in nome dell'art. 27, comma 3, Cost. una «debordante» interpretazione della normativa sull'espulsione del detenuto straniero*, cit. Per avvalorare la tesi dell'«ontologica incompatibilità», si fa inoltre presente che l'art. 16 del d.lgs. n. 286/1998 contempla una specifica misura, denominata «sanzione alternativa alla detenzione», la quale comporta l'espulsione dei suddetti condannati stranieri ristretti in carcere, che abbiano da espiare una pena detentiva (anche residua) non superiore a due anni. Circa la fisionomia di tale misura, M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 37; L. DEGL'INNOCENTI, F. FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, Milano, 2005, 221; G. PRELATI, *L'espulsione disposta dal magistrato di sorveglianza a titolo di sanzione alternativa alla detenzione*, in *Giur. it.*, 2003, 622. L'esistenza di tale misura starebbe a testimoniare la volontà del legislatore di tracciare per i condannati in questione un percorso differenziato, privo di incroci con le «ordinarie» misure alternative, e destinato a sfociare nell'espulsione introdotta dalla c.d. legge Bossi-Fini del 2002. Sempre a detta dei suoi fautori, questa ricostruzione non sarebbe in contrasto con la Carta costituzionale, in quanto, come sbrigativamente si sostiene, «la disparità di trattamento riservato ai cittadini e agli stranieri regolarmente presenti nel territorio dello Stato [...] trova giustificazione nella differenza delle situazioni giuridiche che ad essi fanno capo». In questi termini, Cass. pen., sez. I, 20 maggio 2003, n. 30130, in *Riv. pen.*, 2003, 697.

Di contro, si registra la perentoria falsificazione dell'assunto secondo cui l'espulsione di cui all'art. 15, d.lgs. n. 286 del 1998 presenterebbe «caratteri generalizzanti ed esclusivi (perciò preclusivi delle misure penitenziarie alternative alla detenzione in carcere)». Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 28 marzo - 27 aprile 2006, n. 14500, in *Cass. pen.*, 2006, 3120, § 5 del *Considerato in diritto*. Vi sono, infatti, svariate ipotesi nelle quali il funzionamento della misura espulsiva è «bloccato», come nel caso in cui lo straniero non sia identificato, o non sia detenuto, o debba scontare una pena detentiva, sia pure residua, superiore a due anni, o ricada in una delle preclusioni stabilite dall'art. 16, comma 3, d.lgs. n. 286 del 1998.

l'automatismo: o lo straniero presente illegalmente sul territorio statale viene espulso, oppure, se condannato non può accedere alle misure alternative alla detenzione.

Per contro, alla stregua di un'altra corrente interpretativa, la presenza illegale nel territorio dello Stato – pur esponendo lo straniero all'espulsione amministrativa da eseguire dopo l'espiazione della pena – non osterebbe alla concessione delle misure alternative, a patto, ovviamente, che il giudice ravvisi, all'esito di un vaglio rigoroso in correlazione alla particolare situazione del richiedente, la sussistenza delle condizioni di accesso alle medesime. Ciò in quanto le misure alternative mirano ad attuare i «preminenti valori costituzionali della eguale dignità delle persone e della funzione rieducativa della pena (artt. 2, 3 e 27, terzo comma, della Costituzione)»<sup>607</sup>.

Il problema non è di poco conto, posto che esso viene a interagire con il dettato costituzionale, segnatamente con l'art. 27, terzo comma, Cost. nonché con i principi direttivi dettati dalla legge n. 354 del 1975 ai quali deve ispirarsi il trattamento penitenziario. L'art. 1 dell'ordinamento penitenziario – come si è già avuto modo di vedere – statuisce, per un verso, che nei confronti dei condannati debba essere attuato un trattamento rieducativo individualizzato che tenda al reinserimento sociale, e, per altro verso, che questo trattamento sia improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a nazionalità, razza e condizioni economiche e sociali, a opinioni politiche e a credenze religiose. Escludere in via assoluta e radicale l'intera gamma delle misure alternative – e dunque un complesso di misure dai connotati profondamente diversificati e dai contenuti estremamente variegati, in quanto espressione dell'esigenza di realizzare una progressione del trattamento – a tutta una categoria di soggetti, individuati sulla base di un solo indice, ossia la qualità di cittadino extracomunitario presente irregolarmente sul territorio dello Stato, pare contrastare apertamente con l'art. 27 Cost.

La questione, non a caso, è stata sottoposta al vaglio di legittimità costituzionale, con riguardo in particolare agli artt. 47, 48 e 50 ord. penit. recanti la disciplina dell'accesso alle misure alternative dell'affidamento in prova al servizio sociale e della semilibertà<sup>608</sup>.

---

<sup>607</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 28 marzo – 27 aprile 2006, n. 14500, in *Cass. pen.*, 2006, 3120.

<sup>608</sup> Corte cost., sent. 5 – 16 marzo 2007, n. 78, in *Giur. cost.*, 2007, 2, 745. Per un commento, si vedano F. DAL CANTO, *Nota a Corte costituzionale, 16 marzo 2007 n. 78*, in *Giur. cost.*, 2007, 2, 754; F. DELLA CASA, *Sconfessata in nome dell'art. 27, comma 3, Cost. una «debordante» interpretazione della normativa sull'espulsione del detenuto straniero*, cit. Si vedano altresì G. DI ROSA, *Ricade sul magistrato di sorveglianza l'assenza di una coerenza sistematica*, cit.; V. MEZZOLLA, V. PORCEDDA, *Misure alternative al carcere anche all'extracomunitario clandestino*, in *Leg. pen.*, 2007, 2; M. MOLINO, *L'espulsione come sanzione alternativa alla detenzione: un'ipotesi di rinuncia alla finalità rieducativa*, in E. D'ORLANDO, L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, 198; L. PAGANO, *Più della deflazione conta il reinserimento*, in *Guida dir.*, 2006, 22, 58; C. RENOLDI, *L'affidamento in prova al servizio sociale è incompatibile con la condizione di clandestinità dello straniero che si trova irregolarmente in Italia?*, in *Dir. imm. citt.*, 2004, 87; E. SANTORO, *L'esecuzione penale nei confronti dei migranti irregolari e il loro «destino» a*

La Corte costituzionale evidenzia il duplice carattere assoluto della preclusione normativa che concerne l'oggetto dell'esclusione - l'intera gamma delle misure alternative alla detenzione - e la condizione soggettiva - il mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato -. Quest'ultima, in particolare, «di per sé, non è univocamente sintomatica di una particolare pericolosità sociale, incompatibile con il perseguimento di un percorso rieducativo attraverso qualsiasi misura alternativa»<sup>609</sup>. Allo stesso tempo, detta condizione soggettiva non è indicativa della sicura assenza di un collegamento dell'immigrato con il territorio, tale da impedire la proficua applicazione della misura medesima<sup>610</sup>.

In altri termini, la presunzione assoluta di inidoneità legata alla condizione di clandestinità o irregolarità non è fondata, dovendosi, per contro, formulare in concreto il richiesto giudizio prognostico attinente alla rieducazione del condannato ed alla prevenzione del pericolo di reiterazione dei reati.

Quanto, poi, all'asserita incompatibilità tra la disciplina del Testo unico in materia di immigrazione e l'applicazione di misure alternative alla detenzione, la Consulta considera che «in realtà, è proprio la condizione di persona soggetta all'esecuzione della pena che abilita *ex lege* - ed anzi costringe - lo straniero a permanere nel territorio dello Stato». E ciò, «tanto se l'esecuzione abbia luogo nella forma intramuraria, quanto se abbia luogo, invece - a seguito della eventuale concessione di misure alternative - in forma extramuraria». Nel momento stesso in cui il legislatore prevede che l'esecuzione della pena «prevalga», sospendendone l'attuazione, sull'espulsione cui il condannato extracomunitario sarebbe soggetto, egli «adotta una soluzione che implica l'accettazione della perdurante presenza dello straniero nel territorio nazionale durante il tempo di espiazione della pena stessa»<sup>611</sup>.

---

*fine pena*, in *Dir. imm. citt.*, 2004, 23; R. SOTTANIS, *Misure alternative e immigrati clandestini: vale per tutti la logica della rieducazione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 2, 195.

<sup>609</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 78/2007, cit., § 4 del *Considerato in diritto*.

<sup>610</sup> A detta della Corte, inoltre, in conseguenza di siffatto automatismo, «vengono ad essere irragionevolmente accomunate situazioni soggettive assai eterogenee: quali, ad esempio, quella dello straniero entrato clandestinamente nel territorio dello Stato in violazione del divieto di reingresso e detenuto proprio per tale causa, e quella dello straniero che abbia semplicemente ommesso di chiedere il rinnovo del permesso di soggiorno e che sia detenuto per un reato non riguardante la disciplina dell'immigrazione». Cfr. Corte cost., sent. n. 78/2007, cit., § 4 del *Considerato in diritto*.

<sup>611</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 78/2007, cit., § 4 del *Considerato in diritto*. Così formulata (nel senso che l'esecuzione deve «prevalere» sull'espulsione), l'argomentazione della Corte costituzionale induce a ritenere che l'incostituzionalità riguardi esclusivamente le situazioni in cui non è consentito procedere all'espulsione introdotta dalla c.d. legge Bossi-Fini. Nelle rimanenti ipotesi è invece l'espulsione che, in base alla scelta del legislatore, prevale sulla pena. Pertanto, capovolgendo il ragionamento della Corte, quando si è di fronte ad uno straniero irregolare nei confronti del quale esistono tutte le premesse per disporre l'espulsione *ex art.* 16, comma 5, d.lgs. n. 286 del 1998, manca il titolo che lo abilita a permanere nel nostro Paese e gli è, di riflesso, preclusa la fruizione delle misure alternative alla detenzione. Il sistema finirebbe così per risultare bipartito, in quanto, in presenza dei presupposti di cui all'art. 16 cit., il magistrato di sorveglianza sarebbe tenuto a disporre l'espulsione, mentre, fuori da quei casi, il tribunale di sorveglianza potrebbe, in presenza delle condizioni soggettive e oggettive, concedere una misura alternativa. Dal punto di vista della

Ne consegue «l'impossibilità di individuare nella esigenza di rispetto delle regole in materia di ingresso e soggiorno in detto territorio una ragione giustificativa della radicale discriminazione dello straniero sul piano dell'accesso al percorso rieducativo, cui la concessione delle misure alternative è funzionale»<sup>612</sup>. Ed ancora, il legislatore «ben può, tenuto conto della particolare situazione del detenuto cittadino extracomunitario che sia entrato illegalmente in Italia o sia privo di permesso di soggiorno, diversificare, in rapporto ad essa, le condizioni di accesso, le modalità esecutive e le categorie di istituti trattamentali fruibili dal condannato o, addirittura, crearne di specifici, senza però potersi spingere fino al punto di sancire un divieto assoluto e generalizzato di accesso alle misure alternative nei termini dinanzi evidenziati»<sup>613</sup>.

Del resto, l'ordinamento penitenziario non opera alcuna discriminazione del trattamento sulla base della liceità, o non, della presenza del soggetto nel territorio dello Stato italiano, e non contiene alcun divieto, esplicito o implicito, di applicazione delle misure alternative alla detenzione a favore del condannato straniero che sia entrato o si tratti illegalmente in Italia.

«L'assoluta preclusione all'accesso alle misure alternative alla detenzione, nei casi in esame, prescinde, peraltro, dalla valutazione prognostica attinente alla rieducazione, al recupero e al reinserimento sociale del condannato e alla prevenzione del pericolo di reiterazione di reati, cosicché la finalità repressiva finisce per annullare quella rieducativa»<sup>614</sup>.

A seguito di questa pronuncia di incostituzionalità, qualora il tribunale di sorveglianza accerti rigorosamente l'oggettiva sussistenza dei presupposti stabiliti per la concessione di una delle misure alternative alla detenzione in carcere previste dagli artt. 47 e seguenti ord. penit., a favore dello straniero condannato che risulti «meritevole», questa deve applicarsi nella sua pienezza ed effettività.

Per completezza, va precisato che la sentenza della Corte costituzionale appena esaminata è stata anticipata da una pronuncia delle Sezioni Unite che, superando le argomentazioni

---

ragionevolezza, il fatto che i detenuti stranieri con condanne più pesanti possano fruire delle misure alternative e, conseguentemente, sfuggire, fino a quando è in atto l'esecuzione della pena, all'espulsione – che è, invece, l'unica forma di «intervento sanzionatorio» prevista per i condannati stranieri oggetto di più miti condanne – suscita qualche perplessità. Così F. DELLA CASA, *Sconfessata in nome dell'art. 27, comma 3, Cost. una «debordante» interpretazione della normativa sull'espulsione del detenuto straniero*, cit.

Per approfondimenti sull'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione, si veda F. CASCINI, *Art. 16, D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, 1147.

<sup>612</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 78/2007, cit., § 4 del *Considerato in diritto*.

<sup>613</sup> *Ibidem*.

<sup>614</sup> *Ibidem*. Tra le situazioni in cui più clamoroso si rivela il contrasto tra il divieto teorizzato dall'orientamento giurisprudenziale restrittivo e la direttiva costituzionale della pena rieducativa, si segnala il caso dello straniero condannato all'ergastolo: egli, una volta privato della possibilità di accedere ad una qualsiasi misura alternativa alla detenzione, sarebbe destinato a non uscire mai dal carcere e non potrebbe quindi, per definizione, aspirare ad un futuro reinserimento sociale, venendo così a mancare quella che da tempo – sent. n. 264/1974 – la Corte costituzionale ha individuato come l'unica condizione in grado di rendere la massima pena detentiva compatibile con l'art. 27, terzo comma, Cost.



contrarie, già si era allineata con quell'orientamento a detta del quale non sussistono ostacoli, né di carattere logico né di carattere giuridico, che impediscano la concessione delle misure alternative allo straniero extracomunitario che sia entrato illegalmente nel territorio dello Stato e sia privo del permesso di soggiorno<sup>615</sup>.

#### 11. LA SOSPENSIONE CONDIZIONATA DELL'ESECUZIONE DELLA PENA DETENTIVA AI SENSI DELLA LEGGE N. 207 DEL 2003 (C.D. «INDULTINO»)

Si sono esaminate, finora, pronunce di incostituzionalità «per difetto», in quanto involgenti automatismi limitativi dell'applicabilità dei benefici penitenziari e, quindi, operanti a sfavore del condannato. Nondimeno, non sono mancati dubbi di incostituzionalità «per eccesso» con riguardo alle condizioni soggettive di fruibilità consistenti nell'ammissione automatica al trattamento alternativo e, dunque, a favore del condannato.

L'introduzione di simili meccanismi asseconda, normalmente, tendenze volte a ridurre il sovraffollamento carcerario e, indi, incentivare l'accesso a percorsi extramurari. Il problema si pone quando ciò avviene in modo del tutto indipendente dai risultati del trattamento in istituto.

Anche questa tendenza, nella misura in cui opera automaticamente, contrasta con i principi di ragionevolezza, proporzionalità e conformità al fine rieducativo, destando le medesime perplessità degli automatismi esaminati.

L'applicazione automatica e indiscriminata di benefici penitenziari, a prescindere dal positivo svolgimento dell'esecuzione in internato delle pene inflitte, confligge con la meditata scelta fatta dalla riforma del 1975 di destinare dette misure solo a coloro che appaiono realmente meritevoli di beneficiare delle stesse<sup>616</sup>.

Tra la funzione promozionale del trattamento alternativo e la funzione rieducativa della pena sussiste un rapporto di reciproca implicazione: la concessione delle singole misure non può prescindere da una seria e fondata verifica del processo risocializzativo intrapreso dal condannato. Laddove questo vaglio si sostituisca al riscontro di comportamenti non indicativi di

---

<sup>615</sup> Cass. pen., Sez. Un., n. 14500/2006, cit. Per commenti, F. CENTOFANTI, *Straniero extracomunitario e misure alternative alla detenzione*, in *Cass. pen.*, 2006, 3123; A. ABUKAR HAYO, *L'affidamento in prova al servizio sociale e il presupposto della regolarità del soggiorno dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Cass. pen.*, 2006, 3127; L. BLASI, *Italiani o stranieri, pena uguale per tutti. Alternative al carcere: sì ai clandestini. Par condicio*, in *Dir. e giust.*, 2006, 21, 38; S. TOVANI, *Misure alternative alla detenzione e status di straniero irregolare al vaglio della Sezioni Unite*, in *Rass. penit. crimin.*, 2006, 1, 175. Per un commento all'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite (Cass. pen., sez. I, 26 ottobre 2005), C. RENOLDI, *Stranieri irregolari e misure alternative alla detenzione*, in *Quest. giust.*, 2006, 209.

<sup>616</sup> Cfr. G. VASSALLI, *Prefazione*, cit., 38: «si intenderebbe a fare ricorso alle misure alternative con la stessa criticabile attitudine con la quale tradizionalmente si è fatto ricorso al carcere».

una concreta maturazione sociale, l'applicazione delle misure alternative costituisce mero atto di clemenza<sup>617</sup>.

Questo è quando è accaduto con l'istituto della sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva, introdotto dalla legge 1 agosto 2003, n. 207 (c.d. indultino)<sup>618</sup>.

L'art. 1 della legge citata prevede, al primo comma, che, nei confronti del condannato che abbia scontato almeno la metà della pena detentiva, questa sia sospesa per la parte residua nel limite massimo di due anni<sup>619</sup>. La norma fa salvo quanto stabilito dai commi 2 e 3, che prevedono, rispettivamente, il divieto di concessione della sospensione per più di una volta e l'elenco dei casi in cui, per la tipologia del reato o per altre condizioni soggettive, essa non è applicabile<sup>620</sup>. La persona ammessa alla misura vede estinguersi la sanzione residua se non

---

<sup>617</sup> Non si può ignorare come negli ultimi anni la fisionomia del trattamento dei condannati sia mutata, soprattutto nel caso di condanne per delitti di non particolare gravità. L'orientamento legislativo si è rivelato proteso a svuotare l'attività trattamentale dei suoi tradizionali contenuti ispirati all'idea della risocializzazione, quasi a voler rassegnarsi a perseguire meno impegnativi traguardi di «non desocializzazione» del condannato. Sotto questo profilo si segnala la tendenza giurisprudenziale a concedere le riduzioni di pena *ex art. 54 ord. penit.* non necessariamente quale riconoscimento di una effettiva «partecipazione all'opera di rieducazione» ma in virtù dell'accertamento dell'assenza di fattori gravemente inquinanti nella regolarità della condotta penitenziaria. Si veda altresì la disciplina in materia di applicazione anticipata delle misure alternative ai sensi dell'art. 656, quinto comma, cod. proc. pen., tesa a favorire l'accesso a tali misure direttamente dallo stato di libertà. V. GREVI, F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Sub Art. 1*, cit., 7. Nel contempo, si assiste all'impiego di misure penitenziarie per finalità più prossime al contenimento quantitativo della popolazione detenuta che non a quella di una concreta attuazione del trattamento rieducativo. Evidente, in questo senso, è la tendenza legislativa diretta ad allargare l'ambito di fruibilità delle misure alternative sulla scorta di una prognosi piuttosto blanda del buon esito delle stesse, in termini di prevenzione del pericolo di recidiva, oppure l'introduzione delle nuove figure di detenzione domiciliare sganciate dai tradizionali presupposti di impronta umanitaria (art. 47-*ter*, commi 01 e 1-*bis*, ord. penit.). V. GREVI, F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Sub Art. 1*, cit., 7.

<sup>618</sup> Sul c.d. «indultino» si vedano, tra gli altri, L.L. COLOGNESE, «*Indultino*»: rilievi critici e primi risvolti applicativi, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 1020; L. DEGL'INNOCENTI, *Revoca dell'indultino, scontro tra giudici. Se la buona condotta non è sufficiente*, in *Dir. e giust.*, 2006, 2, 191; F. FIORENTIN, *La sospensione condizionata della pena (il c.d. «indultino», L. n. 207 del 2003)*, in *Giur. merito*, 2005, 665 e 937; ID., *Questioni aperte in tema di sospensione condizionata della pena*, in *Giust. pen.*, 2004, 104; ID., *La sospensione condizionata della pena*, in F. FIORENTIN, A. MARCHESELLI, *L'ordinamento penitenziario*, Torino, 2005, 265; F.P.C. IOVINO, *Sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva. Prime note alla L. 1 agosto 2003, n. 207*, in *Cass. pen.*, 2003, 3662; P. SPAGNOLO, *Il cosiddetto «indultino» è legge*, in *Leg. pen.*, 2004, 396; R. TURRINI VITA, «*Indultino*»: sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva nel limite massimo di due anni. Rilievi di diritto penitenziario, *Commento a L. 1 agosto 2003, n. 207*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 1476. L'«indultino», appellativo che evoca la misura clemenziale, coniato già al momento dell'iniziativa legislativa, mutua dall'indulto il carattere generalizzato. Così F. PALAZZO, «*Indultino*»: sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva nel limite massimo di due anni. Introduzione, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 1471. Da ciò è emersa la prima ragione di contrasto con la Costituzione che all'art. 79 stabilisce la regola della maggioranza qualificata (dei due terzi dei componenti delle Camere) per l'approvazione del decreto di delega all'emanazione di amnistia ed indulto. Così M.G. COPPETTA, *La Corte costituzionale amplia l'ambito di operatività della sospensione condizionata dell'esecuzione della pena*, in *Giur.cost.*, 2005, 5, 4012.

<sup>619</sup> Per approfondimenti, A. BARBIERI, *Commento art. 1, legge 1 agosto 2003 n. 207*, in *Leg. pen.*, 2004, 400.

<sup>620</sup> L'episodio criminoso, connesso alla pena irrogata, non dovrà rientrare tra quelli indicati dall'art. 4-*bis* ord. penit., così come non dovrà essere stata dichiarata nel processo di cognizione l'abitudine di cui all'art.

commette, nei cinque anni successivi, illeciti penali non colposi puniti con la pena della reclusione di almeno sei mesi<sup>621</sup>.

Diversamente dall'art. 176 cod. pen. - più sopra esaminato - che regola la liberazione condizionale, questo beneficio non individua alcun parametro valutativo, quale ad esempio il ravvedimento del condannato o l'adeguatezza della condotta tenuta in carcere.

Non richiedendosi alcun giudizio sul cammino riabilitativo compiuto, l'istituto in esame non presenta una finalità di reinserimento sociale.

Così formulata, la sospensione condizionata della parte finale della pena detentiva viene concessa a tutti i condannati - purché rispondano ai requisiti previsti dalla norma, quali il non essere recidivi o il non essere stati condannati per determinati reati - a prescindere da un giudizio di meritevolezza del beneficio da parte del magistrato di sorveglianza. In altri termini, la norma impone al giudice un vero e proprio obbligo di ammettere il condannato a un ampio beneficio extramurario (quale la sospensione della pena), previa la mera verifica della sussistenza dei requisiti previsti dalla legge.

Da ciò la connotazione tendenzialmente automatica della concessione della misura *de qua*<sup>622</sup>.

Se, per un verso, l'art. 4 della legge n. 207 del 2003 attribuisce al magistrato di sorveglianza un significativo potere di graduare le prescrizioni cui il condannato deve ottemperare durante il periodo in cui la pena è condizionatamente sospesa, per altro verso, tale potere incide solo sulle modalità di godimento del beneficio in esame e non anche sull'*an* della concessione.

---

102 cod. pen., la tendenza a delinquere o la professionalità nel reato. Potrà, altresì, essere escluso il detenuto che è stato assoggettato alla sorveglianza particolare prevista dall'articolo 14-*bis* ord. penit..

<sup>621</sup> La denominazione dell'istituto (sospensione condizionata della pena) indurrebbe a propendere per un suo posizionamento in linea con la quasi omonima sospensione condizionale della pena. E a ben vedere parecchie sono le assonanze tra le due figure, a partire dal limite di pena richiesto per la loro concessione, passando per la previsione di prescrizioni a favore della persona offesa dal reato e la disciplina della revoca, per giungere alla regola della concedibilità *una tantum* dei benefici. Tuttavia, se queste sono le somiglianze, dal raffronto emergono altrettante e più decisive difformità. La prima linea di frattura va individuata nell'effetto: a differenza della sospensione condizionale, che estingue il reato, la sospensione condizionata estingue la pena. Inoltre, la legge subordina, all'art. 164, primo comma, cod. pen., la concessione della sospensione condizionale ad una prognosi di non recidiva compiuta dal giudice sulla base delle circostanze indicate all'art. 133 cod. pen. Nessuna norma corrispondente si rinviene nelle disposizioni della legge n. 207 del 2003. Nella concessione della sospensione *in executivis* il giudice diventa, invece, un mero *ricognitore*, chiamato a verificare l'esistenza dei presupposti *quantitativi* ed *oggettivi* richiesti dalla legge e ad applicare la misura se la verifica sortisce esito positivo: nessuna indagine sulla persona del reo, nessun potere discrezionale. Sul tema si vedano F. GIUNTA, *I nuovi orizzonti della sospensione condizionale della pena alla luce della legge 11 giugno 2004, n. 145*, in *Studium Iuris*, 2004, 1335; T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *La resistibile ascesa della sospensione condizionata nel panorama dei benefici penitenziari*, cit.

<sup>622</sup> T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *La resistibile ascesa della sospensione condizionata nel panorama dei benefici penitenziari*, cit. L'Autrice ricorda come l'indultino sia figlio del tempo che l'ha generato: «l'ennesimo tentativo di risolvere patologie radicate con rimedi distratti e frettolosi, l'ultima spia di quella *fuga dalla sanzione detentiva carceraria*».

Quest'ultima è obbligatoria anche per soggetti che non abbiano dato prova di meritare un trattamento extramurario.

La dottrina non ha tardato a rilevarne i molteplici contrasti con le disposizioni della Carta fondamentale, trattandosi di un meccanismo automatico svincolato da ogni valutazione sulla personalità del condannato e sulla idoneità rieducativa<sup>623</sup>.

La questione della legittimità di siffatto automatismo è stata posta alla Corte costituzionale<sup>624</sup>.

Come osserva da subito la stessa Consulta, è del tutto evidente che «la generalizzata applicazione del trattamento di favore previsto dalla disposizione censurata, nell'assegnare un identico beneficio a condannati che presentino fra loro differenti stadi di percorso di risocializzazione, compromette, ad un tempo, non soltanto il principio di uguaglianza, finendo per omologare fra loro, senza alcuna plausibile *ratio*, situazioni diverse, ma anche la stessa funzione rieducativa della pena, posto che il riconoscimento di un beneficio penitenziario che non risulti correlato alla positiva evoluzione del trattamento, compromette inevitabilmente l'essenza stessa della progressività, che costituisce il tratto saliente dell'*iter* riabilitativo»<sup>625</sup>.

La Corte, dopo aver ripercorso la propria giurisprudenza in materia di automatismi normativi, ribadendo il principio secondo cui «la tipizzazione per titoli di reato non è lo strumento più idoneo per realizzare appieno i principi di proporzionalità e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario e che a loro volta discendono dagli artt. 27, primo e terzo comma, e 3 della Costituzione», conclude asserendo che l'automatismo che si rinviene nella norma denunciata «è sicuramente in contrasto» con detti principi<sup>626</sup>.

Eguaglianza di fronte alla pena significa proporzione della medesima alle personali responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguono. La scarcerazione per concessione del c.d. indultino potrebbe essere concessa ugualmente tanto al condannato che ha intrapreso con successo il percorso rieducativo intramurario, quanto a colui che non abbia mai ottenuto l'ammissione ad un beneficio premiale o ad una misura alternativa alla detenzione a causa della condotta irregolare ovvero abbia subito la revoca della misura alternativa per aver tenuto un

---

<sup>623</sup> Si vedano, tra gli altri, G. PANSINI, *Sull'«indultino» rilevanti dubbi di legittimità costituzionale*, in *Dir. e giust.*, 2003, 6, 8; L. FILIPPI, *«Indultino»: sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva nel limite massimo di due anni. Rilievi di diritto processuale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 1471. Quest'ultimo, invero, ritiene che il provvedimento, nonostante gli aspetti di automatismo, sia congeniato come una sospensione condizionale della pena. Lo definisce «meccanismo automatico, sganciato da ogni valutazione di meritevolezza e idoneità rieducativa», A. MARCHESELLI, *Possibile ottenere la sospensione condizionata quando si è scontata almeno metà della pena*, in *Guida dir.*, 2003, 33, 20.

<sup>624</sup> Corte cost., sent. 21 giugno – 4 luglio 2006, n. 255, in *Dir. e giust.* 2006, 30, 56, con nota di L. BLASI, *E ora la Consulta disinnesca l'indultino. Il beneficio automatico crea disparità*.

<sup>625</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 255/2006, cit., § 2 del *Considerato in diritto*.

<sup>626</sup> *Ibidem*.

comportamento contrario alle legge o alle prescrizioni. La concessione generalizzata e indiscriminata della misura *de qua* va quindi censurata.

Al fine di attuare i principi costituzionali menzionati, occorre assicurare progressività trattamentale e flessibilità della pena attraverso l'attribuzione di un potere discrezionale al magistrato di sorveglianza nella concessione dei benefici penitenziari<sup>627</sup>.

Già in precedenza la Corte costituzionale era intervenuta sulla disposizione citata, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 1, terzo comma, lettera d), della legge n. 207 del 2003<sup>628</sup>. La norma richiama, tra le cause ostative della sospensione condizionata della pena, il caso in cui il condannato fosse ammesso alle misure alternative alla detenzione<sup>629</sup>.

In forza di tale previsione, alla persona condannata meritevole e beneficiaria di misure alternative era di fatto precluso l'accesso alla sospensione *de qua*. L'indultino poteva, viceversa, essere concesso a coloro che non erano stati ammessi a dette misure<sup>630</sup>.

Evidente è l'irrazionalità della norma *sub* art. 3 Cost.<sup>631</sup>. La Corte costituzionale, nell'occuparsi della questione, ha affermato che la norma, per come formulata, determina «una irragionevole disparità di trattamento» fra il condannato meritevole, ammesso alle misure alternative e il condannato che, o perché immeritevole o perché privo delle condizioni oggettive per avanzare la relativa richiesta, non è stato ammesso al godimento di tali misure<sup>632</sup>. Il primo

---

<sup>627</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 255/2006, cit. In dottrina si osserva che la decisione in esame, seppur condivisibile in linea di principio, svuota di fatto il contenuto della norma dal suo fine principale. L'indultino sottenderebbe, come si evince chiaramente da lavori parlamentari, la chiara intenzione di risolvere il problema del sovraffollamento carcerario per migliorare le condizioni di detenzione. Così L. BLASI, *E ora la Consulta disinnescava l'indultino. Il beneficio automatico crea disparità*, cit.

<sup>628</sup> Corte cost., sent. 7 - 15 luglio 2005, n. 278, in *Dir. e giust.* 2005, 32, 57, con nota di L. CREMONESI, *Va in soffitta l'indultino «irragionevole» che usava i benefici ai più meritevoli*. Si veda altresì M.G. COPPETTA, *La Corte costituzionale amplia l'ambito di operatività della sospensione condizionata dell'esecuzione della pena*, cit.; T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *La resistibile ascesa della sospensione condizionata nel panorama dei benefici penitenziari*, cit.

<sup>629</sup> Circa la portata del divieto e il concetto di «misure alternative», si veda M.G. COPPETTA, *La Corte costituzionale amplia l'ambito di operatività della sospensione condizionata dell'esecuzione della pena*, cit.

<sup>630</sup> Cfr. L. CREMONESI, *Indultino per ora troppo rigore*, in *Dir. e giust.*, 2004, 3, 78. Secondo T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *La resistibile ascesa della sospensione condizionata nel panorama dei benefici penitenziari*, cit., è irragionevole, e perciò costituzionalmente ingiustificabile, che lo Stato rinunci alla pretesa punitiva - attraverso una sostanziale variante dell'indulto - a favore dei meno meritevoli e mantenga, al contrario, ferma l'esecuzione - seppure sotto diversa forma - nei riguardi di chi si sia manifestato idoneo ad un reinserimento in società o, comunque, stia scontando la pena in una forma non troppo differente dalla carcerazione.

<sup>631</sup> L'evidenza della irrazionalità giustifica, probabilmente, la sinteticità della pronuncia, che si è concentrata esclusivamente sulla violazione dell'art. 3 Cost., dichiarando assorbite le censure sollevate con riferimento all'art. 27, terzo comma, Cost. Cfr. M.G. COPPETTA, *La Corte costituzionale amplia l'ambito di operatività della sospensione condizionata dell'esecuzione della pena*, cit., osserva che, evitando di pronunciarsi sull'art. 27, terzo comma, Cost., la Consulta non ha preso posizione sulla natura del beneficio. Per qualche osservazione in proposito, si veda F. CONSULICH, *La difficile appartenenza dogmatica del cd. «indultino»*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 736.

<sup>632</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 278/2005, cit., § 2 del *Considerato in diritto*.

non può godere del beneficio della sospensione condizionata della pena residua, mentre il secondo ottiene, prima, la sospensione della pena, e, poi, a patto di non commettere entro cinque anni altri delitti, l'estinzione della stessa.

Se è vero che rientra nella discrezionalità del legislatore modulare in vario modo i benefici da concedere ai condannati, è altrettanto vero che questa soglia non deve essere superata per manifesta irragionevolezza, non potendo costituire l'ammissione ai meccanismi indicati dal Titolo I, Capo VI dell'ordinamento penitenziario un discrimine per il godimento dell'istituto contenuto nella legge n. 207 del 2003<sup>633</sup>. E ciò soprattutto in considerazione del fatto che di quest'ultimo vengono a goderne condannati ritenuti non meritevoli di misure alternative<sup>634</sup>.

Con queste sentenze, usando parole di altri, il Giudice delle leggi «affonda il bisturi nel cuore della legge n. 207 del 2003, in quegli automatismi che sottraggono alla magistratura di sorveglianza qualsiasi valutazione sulla meritevolezza del beneficio da concedersi»<sup>635</sup>.

Per quanto il principio di diritto non sia nuovo, la Consulta lo utilizza non a favore del condannato – come aveva fatto finora, per limitare gli eccessi repressivi del legislatore che non lasciavano alcuno spazio alla funzione rieducativa della pena –, ma, al contrario, *contra reum*, per limitare le scelte «clemenziali» del legislatore, assolutamente ingiustificate tutte le volte in cui la pena non abbia raggiunto la sua finalità rieducativa.

## 12. GLI AUTOMATISMI E LE PRECLUSIONI NELL'ESECUZIONE PENALE MINORILE

Le rigide preclusioni finora viste alla concessione di benefici carcerari e misure alternative sono dettate dal legislatore in modo indiscriminato ai condannati tanto maggiorenni quanto di minore età. Ciò senza alcun riguardo alle specifiche esigenze dell'esecuzione minorile che

---

<sup>633</sup> Vero è che l'atto normativo censurato nasce per pure esigenze di sgravio carcerario ed umanizzazione della pena e fa presto l'Avvocatura dello Stato, intervenendo nei giudizi di legittimità costituzionale, ad affermare che, tale essendo la *ratio* genetica della legge n. 207, appare di conseguenza «logico» non concedere la sospensione condizionata a chi dentro il carcere non si trova più e pertanto non «preme» sulle collassate strutture penitenziarie. Ciò, però, non vale – né potrebbe mai valere – a giustificare il travolgimento delle minime ed elementari garanzie sottese ai fondamentali principi costituzionali. La scarsa ponderazione che caratterizzò la nascita della legge n. 207 determina adesso una conseguenza comunque imbarazzante: salvarne la compatibilità con gli artt. 3 e 27 Cost. ha significato «snaturare» l'istituto che essa contiene e renderlo parzialmente incongruente rispetto allo scopo. Nessuna obiezione in termini di ragionevolezza poteva essere mossa davanti ad un indulto in piena regola: un provvedimento clemenziale possiede, per sua stessa natura, carattere eccezionale, rispondente ad esigenze generali di politica criminale non calibrate sul singolo destinatario; è fisiologico pertanto il rischio di un risultato potenzialmente discriminatorio. Dal momento che, invece, la strada scelta fu quella interferente con i veri e propri benefici penitenziari, al legislatore non era più consentita licenza alcuna a riguardo. Così T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *La resistibile ascesa della sospensione condizionata nel panorama dei benefici penitenziari*, cit.

<sup>634</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 278/2005, cit., § 2 del *Considerato in diritto*.

<sup>635</sup> Cfr. A. PENNISI, *La Consulta fissa i limiti alle scelte (clemenziali o repressive) del legislatore in materia penitenziaria*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 1231.

risultano costituzionalmente imposte da una lettura unitaria degli artt. 3, 27, terzo comma, 30 e 31 Cost.<sup>636</sup>.

La giurisprudenza costituzionale ha più volte sottolineato il «peculiare interesse-dovere dello Stato al recupero del minore»<sup>637</sup> e il fatto che la funzione rieducativa della pena per i soggetti minori di età sia «da considerarsi, se non esclusiva, certamente preminente»<sup>638</sup>. Tale finalità «caratterizza tutti i momenti e le fasi attraverso le quali la giurisdizione penale si esplica nei confronti dei minori», e in particolare connota «il trattamento del minore anche nella fase esecutiva», così che il ricorso all'istituzione carceraria deve essere considerato, per i minori, come «ultima ratio»<sup>639</sup>.

Costante è altresì, nella giurisprudenza costituzionale, l'affermazione dell'esigenza che il sistema di giustizia minorile sia caratterizzato fra l'altro dalla «necessità di valutazioni, da parte dello stesso giudice, fondate su prognosi individualizzate in funzione del recupero del minore

---

<sup>636</sup> Sui principi che informano il processo penale minorile e l'esecuzione della pena, si veda A. MACRILLÒ, F. FILOCAMO, G. MUSSINI, D. TRIPICIONE, *Il processo penale minorile*, Rimini, 2009, 11 e 257. Sul tema dell'esecuzione penale nei confronti di minori possono vedersi, tra gli altri, P. COMUCCI, *L'esecuzione penale a carico dei minorenni: inerzie legislative e esigenze di riforma*, in *Cass. pen.*, 2007, 4737; M.G. COPPETTA, *L'esecuzione della pena detentiva: il trattamento intra moenia e le misure alternative*, in M.G. COPPETTA (a cura di), *L'esecuzione penitenziaria a carico del minorenne nelle Carte internazionali e nell'ordinamento italiano*, Milano, 2010, 251; G. LA GRECA, *Preclusioni automatiche di alternative alla detenzione: problemi di costituzionalità per adulti e per minorenni*, in *Foro it.*, 1998, I, 981; O. MAZZA, *Le fonti europee del diritto penitenziario minorile*, in M.G. COPPETTA (a cura di), *L'esecuzione penitenziaria*, Milano, 2010, 3; M.G. PINTUS, *L'esecuzione della pena nei confronti dei minorenni tra lacune legislative e interventi della Corte costituzionale*, in *Giust. pen.*, 2010, I, 203; P. PITTARO, *Ordinamento penitenziario e condannati minorenni: inerzie legislative ed interventi della Consulta*, in *Giur. cost.* 2000, 1069; M. RUARO, *I diritti dei detenuti e le misure alternative alla detenzione*, in M.G. COPPETTA (a cura di), *L'esecuzione penitenziaria a carico del minorenne nelle Carte internazionali e nell'ordinamento italiano*, Milano, 2010, 87; S. RUGGERI, *La disciplina penitenziaria*, in E. ZAPPALÀ (a cura di), *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, Torino, 2009, 241; C. SANTORIELLO, *Verso la totale autonomia di un diritto penitenziario per i minorenni*, in *Giur. cost.*, 2000, 547.

<sup>637</sup> Cfr. Corte cost., sent. 16 - 30 aprile 1973, n. 49, in *www.giurcost.org*. La pronuncia è interessante, ancorché non riguarda l'esecuzione penale bensì questioni processuali sulla competenza e cognizione del tribunale dei minorenni.

<sup>638</sup> Cfr. Corte cost., sent. 27 - 28 aprile 1994, n. 168, in *Cass. pen.*, 1994, 2382. La pronuncia riguarda l'esclusione dell'applicabilità ai minori imputabili della pena dell'ergastolo. Per un primo commento, M. RUOTOLO, *L'illegittimità costituzionale della pena dell'ergastolo nei confronti del minore: un segno di civiltà giuridica*, in *Giur. it.*, 1995, I, 357; G. GEMMA, *Pena dell'ergastolo per i minori: davvero incostituzionale?*, in *Giur. cost.*, 1994, 1271.

Ed ancora: «la giustizia minorile deve essere improntata all'essenziale finalità di recupero del minore deviante mediante la sua rieducazione ed il suo reinserimento sociale». Cfr. Corte cost., sent. 16 - 25 marzo 1992, n. 125, in *Giur. cost.*, 1992, 1073. Per un primo commento, F. UCCELLA, *Una decisione di «denegata giustizia» per i minori condannati*, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 558; R. PINARDI, *Discrezionalità legislativa ed efficacia temporale delle dichiarazioni di incostituzionalità: la sentenza n. 125 del 1992 come decisione di «incostituzionalità accertata ma non dichiarata»*, in *Giur. cost.*, 1992, 1083; M. CARDUCCI, *Impostazione del petitum e inammissibilità della questione*, in *Giur. cost.*, 1992, 1090.

<sup>639</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 125/1992, cit., § 3 del *Considerato in diritto*.

deviante»<sup>640</sup>, anzi su «prognosi particolarmente individualizzate»<sup>641</sup>. È questo «l'ambito di quella protezione della gioventù che trova fondamento nell'ultimo comma dell'art. 31 Cost.»<sup>642</sup>, vale a dire della «esigenza di specifica individualizzazione e flessibilità del trattamento che l'evoluitività della personalità del minore e la preminenza della funzione rieducativa richiedono»<sup>643</sup>.

Siffatte esigenze, come è noto, hanno trovato larga espressione, oltre che nella disciplina del processo penale minorile, dettata con il d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, anche a livello internazionale. Così, ad esempio, le regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile (c.d. regole di Pechino) di cui alla Dichiarazione di New York dell'ONU del 29 novembre 1985, che, al n. 8, prevedono «un potere discrezionale appropriato a diversi livelli dell'amministrazione della giustizia minorile», anche «nella fase esecutiva»<sup>644</sup>. Parimenti la Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 20 novembre 1989 (resa esecutiva in Italia con la legge 27 maggio 1991, n. 176) che, non solo riconosce al minore condannato «il diritto ad un trattamento tale da favorire il suo senso della dignità e del valore personale» e che tenga conto fra l'altro «della necessità di facilitare il suo reinserimento nella società e di fargli svolgere un ruolo costruttivo in seno a quest'ultima» (art. 40, comma 1), ma prescrive che la detenzione o l'imprigionamento di un fanciullo devono «costituire un provvedimento di ultima risorsa ed avere la durata più breve possibile» (art. 37, lettera b)<sup>645</sup>.

In breve, le esigenze di trattamento flessibile e individualizzato si fanno ancor più pressanti quando il condannato è un minorente stante la delicatezza di una personalità in via di formazione.

Per tutti questi motivi, nel caso dei minorenni, la valutazione della legittimità costituzionale di presunzioni e preclusioni legislative deve essere condotta con maggiore rigore, assegnando preminenza assoluta all'obiettivo di rieducazione e risocializzazione.

Eppure il sistema ancora si regge sull'art. 79 ord. penit. che estende – ancorché provvisoriamente, in attesa di un intervento legislativo *ad hoc* e non senza perplessità<sup>646</sup> –

---

<sup>640</sup> Cfr. Corte cost., sent. 2 – 7 maggio 1996, n. 143, in *Giur. cost.*, 1996, 1409; Corte cost., sent. 22 – 29 aprile 1991, n. 182, in *Giur. cost.*, 1991, 1491; Corte cost., sent. 8 – 15 aprile 1987, n. 128, in *Giur. cost.*, 1987, I, 898; Corte cost., sent. 15 – 19 luglio 1983, n. 222, in *Giur. cost.*, 1983, I, 1319.

<sup>641</sup> Cfr. Corte cost., sent. 22 febbraio – 3 marzo 1989, n. 78, in *www.giurcost.org*.

<sup>642</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 128/1987, cit., § 3 del *Considerato in diritto*; Corte cost., sent. n. 222/1983, cit., § 7 del *Considerato in diritto*.

<sup>643</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 125/1992, cit., § 4 del *Considerato in diritto*.

<sup>644</sup> Il testo delle c.d. «Regole minime di Pechino», adottate con Risoluzione dell'Assemblea generale dell'ONU n. 40/33 del 29 novembre 1985 è reperibile in A. MACRILLÒ (a cura di), *Appendice normativa*, in A. MACRILLÒ, F. FILOCAMO, G. MUSSINI, D. TRIPICCIÓN, *Il processo penale minorile*, Rimini, 2009, 312.

<sup>645</sup> Il testo della Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 20 novembre 1989 è reperibile come *Allegato* alla legge 27 maggio 1991, n. 176.

<sup>646</sup> La Corte costituzionale ha stigmatizzato, seppur in una decisione di inammissibilità, il ritardo legislativo nella creazione di un ordinamento penitenziario *ad hoc*. Cfr. Corte cost., sent. n. 125/1992, cit., § 4 del *Considerato in diritto* si legge: «L'assoluta parificazione tra adulti e minori che – secondo l'univoco indirizzo



l'ordinamento penitenziario generale ai condannati minori<sup>647</sup>. Da tale norma discende, implicitamente, la constatazione che la normativa penitenziaria debba essere adattata e corretta nel caso di detenuti minorenni<sup>648</sup>.

---

interpretativo della Corte di cassazione – consegue alla mancata introduzione, nella legislazione successiva, degli adattamenti e correttivi richiesti dalla specificità della condizione minorile non è, indubbiamente, in armonia con i suesposti principi. In particolare, per quanto attiene alle misure alternative alla detenzione, la rigida applicazione anche ai minori dei limiti di pena inflitta e, rispettivamente, scontata, previsti per l'affidamento in prova al servizio sociale e per la semilibertà, comporta che il regime di detenzione in carcere non è differenziato rispetto a quello stabilito per gli adulti e che resta perciò compressa quell'esigenza di specifica individualizzazione e flessibilità del trattamento che l'evoluitività della personalità del minore e la preminenza della funzione rieducativa richiedono». Nella stessa direzione, di recente sulla sospensione dell'ordine di carcerazione per i minorenni, si veda Corte cost., sent. 22 febbraio – 28 aprile 2017, n. 90, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con nota di F. MANFREDINI, *Verso l'esecuzione penale minorile: la Consulta dichiara illegittime le ipotesi ostative alla sospensione dell'ordine di carcerazione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 4 luglio 2017.

Differentemente da quanto accade nel segmento dell'esecuzione penale, il legislatore ha, invece, ben regolamentato il processo penale minorile, facendo ivi propri i dettati costituzionali attraverso la creazione di un sistema normativo che ruota attorno ai bisogni e alle esigenze di una personalità in formazione. L'assenza di una normativa dedicata all'esecuzione della pena nei confronti degli infradiciottenni tradisce quella specificità connessa con lo status di minorenne. Cfr. L. CARACENI, *Schema per l'introduzione di norme riguardanti l'adeguamento dell'ordinamento penitenziario alle esigenze educative dei condannati minorenni e giovani adulti*, in G. GIOSTRA, P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 14 luglio 2017, 271.

<sup>647</sup> Per approfondimenti, F. SIRACUSANO, *Sub Art. 79*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, 1036.

La recentissima legge 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando), contiene all'art. 1, comma 85, lettera p), la delega al Governo in merito all'«adeguamento delle norme dell'ordinamento penitenziario alle esigenze educative dei detenuti minori di età» secondo i criteri direttivi ivi specificati. Si tratta, evidentemente, di un adeguamento a lungo atteso, che dovrebbe porre fine all'applicazione «provvisoria» delle norme valevoli per gli adulti. Per approfondimenti sul contenuto della riforma con riguardo all'ordinamento penitenziario, A. DELLA BELLA, *Riforma Orlando: la delega in materia di ordinamento penitenziario*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 20 giugno 2017. Sul tema anche, G. GIOSTRA, P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 14 luglio 2017: si veda, in particolare, la sezione XIV dedicata ai minori, 269 ss.

Anche gli Stati generali dell'esecuzione penale hanno riservato una particolare attenzione riguardo ai minori autori di reati, per i quali sono state ipotizzate «sanzioni di comunità» e misure extracarcerarie specifiche, che involgano anche condotte riparative in favore delle vittime. Il Comitato degli esperti, in tale sede, auspica l'adeguamento della legge di ordinamento penitenziario alle esigenze rieducative dei minorenni. Cfr. Relazione finale (Parte terza). Stati generali dell'esecuzione penale 2015–2016, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

<sup>648</sup> L'art. 79 ord. penit. costituisce una soluzione di compromesso, portatrice di una cospicua dose di ambiguità, sin dalla sua elaborazione. Sul punto, cfr. A. VIRGILIO, *Ordinamento penitenziario e leggi «speciali» per i minori degli anni diciotto*, in F. BRICOLA (a cura di), *Il carcere «riformato»*, Bologna, 1977, 256. Sui termini essenziali del controverso rapporto tra rieducazione e trattamento intramurario del minorenne, si veda L. JOVENE, L. VIGGIANI, *Applicazioni delle misure alternative e minorenni*, in M.P. CUOMO, G. LA GRECA, L. VIGGIANI (a cura di), *Giudici, psicologi e riforma penale minorile*, Milano, 1990, 275. Per una sintesi delle vicende che hanno riguardato la norma e dei problemi prodotti dall'incertezza legislativa, si vedano V. FERRARIS, *Ancora una supplenza della Corte costituzionale a lacune normative della disciplina penitenziaria minore*, in *Leg. pen.*, 2000, 94; G. LA GRECA, *Bisognosa di adeguamento la disciplina penitenziaria minorile dopo più di un ventennio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, 768; P. VENTURA, *Imputato minorenne e sanzioni sostitutive*, in *Giur. cost.*, 1998, 1, 87.

Non è un caso, pertanto, se la Corte costituzionale si sia trovata, in qualche occasione, a dichiarare illegittime, per i condannati di minore età, norme concernenti automatismi considerati invece tollerabili per gli adulti.

Ciò è accaduto, ad esempio, con riguardo all'art. 30-*ter*, quinto comma, ord. penit.

Come si è già avuto modo di vedere in precedenza, la norma prevede un divieto temporaneo nella concessione di nuovi permessi premio in caso di sopravvenuta imputazione per un qualsiasi delitto doloso commesso durante l'espiazione della pena.

Si è visto anche di come la Corte costituzionale – pur manifestando l'opportunità di un intervento legislativo – abbia salvato l'automatismo ritenendolo giustificabile in termini di incentivazione alla regolare condotta carceraria.

Ciò vale con riferimento all'esecuzione penale degli adulti. Con riguardo ai condannati minorenni, infatti, la Consulta è stata di tutt'altro avviso.

Con sentenza n. 403 del 1997, la Corte costituzionale ha enunciato con chiarezza che gli automatismi eventualmente introdotti nel trattamento penitenziario, se sfavorevoli e quand'anche leciti per la generalità dei condannati, non sono tollerabili per i minori, se pregiudicano – per il loro oggetto e per le loro conseguenze – l'interesse specifico alla rieducazione degli interessati<sup>649</sup>.

Se è vero che la commissione di un nuovo delitto doloso rappresenta indice negativo sotto il profilo della regolarità della condotta tenuta dal minore – presupposto, questo, per la concessione del permesso premio (art. 30-*ter*, primo comma, ord. penit.) – e, dunque, può ben essere preso in considerazione dal giudice in sede di concessione del nuovo beneficio; è altrettanto vero che l'effetto discendente dalla preclusione automatica di nuovi permessi premio è quello di compromettere inevitabilmente il progressivo reinserimento armonico del minore

---

<sup>649</sup> Corte cost., sent. 10 – 17 dicembre 1997, n. 403, in *Cass. pen.*, 1998, 1065. Lo stesso è accaduto con riguardo all'art. 58-*quater* ord. penit. già ampiamente visto. Se con riguardo ai condannati maggiorenni, la Consulta – pur fornendone un'interpretazione costituzionalmente orientata – non ne ha ravvisato la illegittimità costituzionale, in relazione ai minorenni è stata dell'avviso opposto. La Corte cost., sent. 22 novembre – 1 dicembre 1999, n. 436, in *Cass. pen.*, 2000, 10, 2557, dopo aver ribadito i concetti esposti nelle pronunce già esaminate, afferma che «un divieto generalizzato e automatico, di durata triennale, di concessione di tutti i benefici penitenziari elencati, in conseguenza della revoca di una qualunque delle misure alternative dell'affidamento in prova, della detenzione domiciliare e della semilibertà, contrasta in effetti con il criterio, costituzionalmente vincolante, che esclude siffatti rigidi automatismi, e richiede sia resa possibile invece una valutazione individualizzata e caso per caso, in presenza delle condizioni generali costituenti i presupposti per l'applicazione della misura, della idoneità di questa a conseguire le preminenti finalità di risocializzazione che debbono presiedere all'esecuzione penale minorile». Può ben accadere, infatti, che, nonostante la revoca della misura alternativa, «la situazione concreta del giovane condannato faccia ritenere utile ed adatta l'applicazione di una od altra delle misure previste dall'ordinamento al fine di favorire il reinserimento sociale dei detenuti, che sarebbero invece precluse, per un lungo periodo, dall'operare della norma censurata in questa sede» (così nel § 4 del *Considerato in diritto*). Per un commento, di C. CESARI, *Flessibilità della pena e condannati minorenni: l'illegittimità costituzionale dell'art. 58- quater ord. pen.*, in *Cass. pen.*, 2000, 10, 2557.

nella società, che costituisce l'essenza della finalità rieducativa, assolutamente preminente nell'esecuzione penale minorile.

Onde scongiurare il rischio di compromette irrimediabilmente «le specifiche esigenze costituzionali che debbono informare il diritto penale minorile»<sup>650</sup>, la Corte costituzionale è pervenuta alla dichiarazione di illegittimità della norma in questione per la sua indifferenziata applicazione ai minori.

L'affermazione non era nuova. La peculiare esigenza di individualizzazione per i condannati minorenni era, difatti, già stata affermata con decisione nella sentenza n. 109 del 1997<sup>651</sup>.

La questione investiva l'art. 67 della legge n. 689 del 1981, che escludeva dalle misure alternative i condannati la cui pena detentiva derivava da conversione di pena sostitutiva per violazione delle relative prescrizioni. Evidente la *ratio* dell'automatismo: poiché la conversione della pena sostitutiva (semidetenzione o libertà controllata) sanziona la violazione delle connesse prescrizioni, essa è indice di immeritevolezza non solo della pena sostitutiva ma, parallelamente, anche di ogni altra modalità di esecuzione, totalmente o parzialmente extracarceraria, propria delle misure alternative.

Siffatta presunzione, e la *ratio* che vi si ricollega, non appaiono di per sé senz'altro irrazionali. Ma l'applicazione indiscriminata della disposizione *de qua* anche ai condannati di età minore al momento del reato o al momento della condanna, per i quali valgono le speciali esigenze e regole proprie del diritto penale minorile, comportando anche in questo caso un rigido automatismo e impedendo una valutazione individualizzata e flessibile in ordine al trattamento del condannato e in rapporto alla finalità di risocializzazione, appare in irrimediabile contrasto con le predette speciali esigenze<sup>652</sup>.

In questo percorso di progressivo smantellamento degli automatismi con riguardo ai detenuti minorenni si inserisce la sentenza n. 450 del 1998<sup>653</sup> avente ad oggetto, ancora una volta, l'art. 30-*ter* ord. penit., stavolta in relazione al quarto comma, lettera c), sui presupposti temporali di concessione dei permessi premio per i minorenni autori dei reati di cui all'art. 4-*bis* ord. penit.<sup>654</sup>.

---

<sup>650</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 403/1997, cit., § 3 del *Considerato in diritto*.

<sup>651</sup> Corte cost., sent. 9 - 22 aprile 1997, n. 109, in *Giur. cost.*, 1997, 1033, 2020. Per un primo commento, I. MASSA PINTO, *Principio di ragionevolezza e bilanciamento degli interessi tra attività legislativa ed attività giurisdizionale nella sent. n. 109 del 1997*, in *Giur. it.*, 1997, I, 490.

<sup>652</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 109/1997, cit., § 3 del *Considerato in diritto*.

<sup>653</sup> Corte cost., sent. 30 dicembre 1998, n. 450, in *Cass. pen.*, 1999, 1376.

<sup>654</sup> La norma impugnata è stata dettata dall'art. 1 del decreto legge n. 152 del 1991 in modo indiscriminato, senza riguardo, ancora una volta, alle specifiche esigenze, costituzionalmente imposte, dell'esecuzione minorile. A mente dell'art. 4, comma 4, decreto legge n. 152 del 1991 «(l)e disposizioni del presente capo non si applicano nei confronti dei condannati per reati commessi durante la minore età, fatta eccezione di quanto previsto dall'articolo 4-*bis*, commi 1 e 2, della legge 26 luglio 1975, n. 354».

La Corte costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità della norma censurata nella parte in cui si riferisce ai minorenni, non manca di sottolineare come la soppressione della preclusione in esame nei confronti dei condannati per delitti commessi in età minore «non significa per ciò stesso mettere in pericolo gli interessi generali, relativi al contrasto della criminalità, che hanno spinto il legislatore ad introdurre siffatta disciplina»<sup>655</sup>. Infatti, la concessione dei permessi premio resta pur sempre condizionata, oltre che agli altri requisiti, non solo alla regolare condotta dei detenuti, ma anche alla circostanza che essi non risultino socialmente pericolosi (art. 30-*ter*, primo comma, ord. penit.), e che non vi siano elementi tali da far ritenere sussistenti collegamenti con la criminalità organizzata od eversiva (art. 4-*bis*, primo comma, ord. penit.). La concessione dei permessi premio resta, dunque, affidata al prudente apprezzamento di tali condizioni da parte del magistrato di sorveglianza.

In conclusione, ciò che pare interessante è l'emersione, ancora una volta, dell'esigenza di differenziazione o individualizzazione del trattamento punitivo. Differenziazione che deve essere assicurata non soltanto in concreto, in relazione alla vicenda del singolo condannato, ma, ancor prima, in astratto, attraverso la previsione di una disciplina normativa diversa a seconda che il condannato sia maggiorenne o minorenne. Ciò giustifica il diverso esito a cui arriva la Corte costituzionale quando si trova a giudicare della legittimità costituzionale della stessa disposizione con riguardo ora ai minori d'età ora agli adulti.

### 13. CONCLUSIONI INTERMEDIE ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA ESAMINATA

Le pronunce qui annotate si inseriscono perfettamente nel percorso tracciato dalla Corte costituzionale in tema di automatismi normativi.

Le ordinanze di remissione di magistrati e tribunali di sorveglianza, nella totalità dei casi, hanno riguardato aspetti già ampiamente criticati dalla dottrina.

Il *leit motiv* di sottofondo nel percorso argomentativo seguito dalla Corte costituzionale è il richiamo al dovere, imposto al legislatore, del rispetto dell'art. 27, terzo comma, Cost., fondamentale canone costituzionale che, qui, diventa «vero motore e canone ispiratore dell'esecuzione penale»<sup>656</sup>.

Su siffatta premessa, il Giudice delle leggi, in forza dei principi di proporzione e individualizzazione della pena propri del trattamento penitenziario, ha ritenuto che contrastassero con la finalità rieducativa della stessa quelle norme che precludevano l'accesso ai benefici penitenziari in ragione del semplice *nomen iuris* del reato per il quale è stata pronunciata la condanna. Le riflessioni teorizzate a proposito dell'art. 4-*bis* ord. penit.

---

<sup>655</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 450/1998, cit., § 3 del *Considerato in diritto*.

<sup>656</sup> Così F. FIORENTIN, *Legge «Ex-Cirielli» e ordinamento penitenziario riformato al vaglio di costituzionalità: la Consulta riafferma il valore della funzione rieducativa della pena*, cit., 3576 ss.

sembrano convergere univocamente nel senso che, nel vigente ordinamento, non esiste una sorta di regime penitenziario «speciale» che, restando impermeabile ai principi costituzionali di uguaglianza e di finalità rieducativa della pena, comporti il divieto di applicazione delle misure alternative alla detenzione in carcere nei confronti di talune categorie di soggetti. La funzione rieducativa può essere talora retrocessa ma non annientata.

La giurisprudenza analizzata rivela la posizione di contrarietà della Consulta a soluzioni legislative che, nella materia dell'esecuzione penale, subordinano l'operatività degli strumenti rieducativi ad una valutazione legale di pericolosità sociale (*id est* di immeritevolezza). Valutazione, quest'ultima, imperniata esclusivamente su una visione retrospettiva della storia della persona condannata, il cui percorso rieducativo resta, sovente, stigmatizzato dal riferimento al «tipo di reato» commesso. Ciò determina una regressione del trattamento penitenziario, ancorato ad una situazione passata, e dunque giocoforza non più attuale. Ne deriva un effetto di ingessatura proprio della figura del «tipo di autore», a nulla importando l'adesione che il condannato ha dimostrato nei confronti del trattamento rieducativo<sup>657</sup>.

Il medesimo ragionamento è riproducibile in relazione alle preclusioni frutto dell'interpolazione operata dalla legge 251/2005 in relazione alla figura del recidivo reiterato.

Parimenti significative sono le pronunce con le quali la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di norme disciplinanti casi di revoca automatica di benefici in precedenza concessi. Così, a proposito della revoca delle misure alternative alla detenzione disposte dall'art. 15, comma 2, del decreto legge n. 306 del 1992, la Corte ha statuito che l'effetto della revoca di tali benefici deve essere proporzionato alla gravità oggettiva e soggettiva del comportamento che lo ha determinato. Similmente, a proposito della revoca del beneficio della liberazione anticipata (art. 54, comma 3, ord. penit.) e della sospensione automatica della detenzione domiciliare di cui all'art. 47-ter ord. penit.

Anche laddove ha dichiarato non fondate le censure di illegittimità costituzionale pur riferite agli artt. 3, 27, terzo comma e 101, secondo comma, Cost., nelle quali si lamentava l'eccessivo rigore del regime vigente in tema di ammissione ai permessi premio, la Corte non ha mancato di raccomandare al legislatore di rivedere «l'impiego dell'assoluto automatismo».

Merita attenzione la considerazione che la Consulta attribuisce alla tutela della ragionevole aspettativa del condannato che abbia aderito positivamente al trattamento rieducativo, di vedersi tangibilmente riconosciuto tale investimento rieducativo attraverso l'ammissione a forme di trattamento extramurarie<sup>658</sup>. Tale riconoscimento si inserisce coerentemente sul piano del rapporto tra il condannato e lo Stato, alla luce della moderna concezione della fase

---

<sup>657</sup> Cfr. F. FIORENTIN, *Legge «Ex-Cirielli» e ordinamento penitenziario riformato al vaglio di costituzionalità: la Consulta riafferma il valore della funzione rieducativa della pena*, cit., 3576 ss.

<sup>658</sup> Corte cost., sent. n. 204/1974, cit. Principi confermati nelle successive sentenze nn. 343 del 1987, 282 del 1989 e 125 del 1992 (rispettivamente ai § 7, 8 e 4 del *Considerato in diritto*).

dell'esecuzione penale quale rapporto giuridico complesso, nell'ambito del quale il soggetto sottoposto ad esecuzione di pena non versa in una condizione di mera soggezione di fronte alla potestà punitiva dello Stato, bensì interagisce con il potere statale, esercitando i diritti e le facoltà espressamente riconosciutigli dalla legge. Diritti e facoltà che il legislatore non può legittimamente incidere – ha stabilito la Corte – con scelte di politica criminale che contraggono il campo di applicazione dei benefici, qualora tale opzione sia esercitata in modo «irragionevole», incidendo, cioè, su posizioni che risultano già meritevoli di progressione trattamentale al momento di quella scelta<sup>659</sup>.

La scelta di far prevalere, nella declaratoria di incostituzionalità delle disposizioni denunciate, la riscontrata violazione del principio enunciato dall'art. 27, terzo comma, della Carta fondamentale, ha talvolta lasciato in ombra altri e, forse altrettanto fondati, profili di illegittimità dedotti dai rimettenti<sup>660</sup>. Così, ad esempio, per quanto riguarda l'art. 25, secondo comma, Cost. Pur non affrontando il problema della retroattività delle norme sull'ordinamento penitenziario, infatti, la decisioni esaminate hanno affermato che le innovazioni legislative che vietano la concessione di misure alternative finiscono per atteggiarsi alla stregua di un meccanismo ablativo riproducendo quei caratteri di revoca non fondata sulla condotta colpevole del condannato.

Tenuto conto dell'effettiva e ampia portata precettiva della funzione rieducativa della pena (art. 27, terzo comma, Cost.), la Corte costituzionale ha espressamente affermato che la concedibilità, o meno, di benefici penitenziari e misure alternative alla detenzione non può essere formulata alla stregua di «astratte premesse»: essa postula, invece, la valutazione, in concreto, delle specifiche condizioni che connotano la posizione individuale dei singoli condannati e delle diverse opportunità offerte da ciascuna misura secondo il criterio della «progressività trattamentale». A questo proposito, infatti, mentre il legislatore, con l'introduzione massiccia di preclusioni legali all'accesso ai benefici penitenziari, ha operato nella direzione di limitare i margini di discrezionalità consentiti ai giudici di sorveglianza, introducendo preclusioni legali ai fini della concessione di misure alternative nei confronti di determinati condannati, considerati pericolosi *ex lege* (come nel caso dei recidivi reiterati); la Consulta restituisce detta discrezionalità alla magistratura, ritenendo opportuno che sia il giudice – e non il legislatore – a verificare il grado di rieducazione raggiunto dal soggetto nel momento in cui la sua vicenda esecutiva è incisa da nuove e più restrittive disposizioni.

---

<sup>659</sup> Cfr. F. FIORENTIN, *Legge «Ex-Cirielli» e ordinamento penitenziario riformato al vaglio di costituzionalità: la Consulta riafferma il valore della funzione rieducativa della pena*, cit., 3576 ss.

<sup>660</sup> Osserva A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 10 giugno 2014, che adoperando come «cacciavite» l'art. 27, terzo comma, Cost., la giurisprudenza costituzionale ha «smontato e rimontato» i regimi giuridici «emergenziali».

Si consideri, ancora, che il necessario bilanciamento tra special prevenzione e general prevenzione condiziona le scelte legislative relativamente alla individuazione delle condizioni entro cui alla pena detentiva può sostituirsi la sua esecuzione in forma alternativa. Ciò significa che nemmeno nell'attuazione del finalismo rieducativo della pena (art. 27, terzo comma, Cost.), il legislatore dispone di una libertà assoluta. Egli, infatti, non può configurare istituti di «abbattimento» della pena legale che non siano modellati sulla ricerca di risultati special preventivi o sorretti, nella loro applicazione, da un risultato special preventivo solo apparente<sup>661</sup>. Emblematica, in questo senso, la vicenda che ha caratterizzato il c.d. indultino.

Infine, si osserva, da ultimo, che se gli automatismi sono visti con particolare ritrosia in via generale, essi risultano ancora meno tollerabili quando si applicano ai minorenni stante il compendio di esigenze costituzionalmente tutelate ad essi riferibili (artt. 3, 27, terzo comma, 30 e 31, secondo comma, Cost.). Il carcere, come più volte riconosciuto dalla Corte costituzionale, ha una forte identità desocializzante e una scarsa capacità rieducativa in senso assoluto, ma ancor di più rispetto a soggetti in età evolutiva. Fino a quando il legislatore non adempirà all'art. 79 ord. penit., emanando un'apposita legge – preannunciata ormai da oltre quarant'anni – diretta a regolamentare l'esecuzione penale dei minorenni, non resta che continuare ad intervenire sulle singole disposizioni dell'ordinamento penitenziario incompatibili con le esigenze costituzionali del diritto penale minorile. Certo è che la Corte costituzionale non può ovviare all'assenza del legislatore, operando le scelte necessarie per dar vita ad un organico ed autonomo ordinamento penitenziario minorile.

---

<sup>661</sup> Cfr. A. PRESUTTI, «Alternative» al carcere e regime delle preclusioni, cit., 79.





## CONCLUSIONI

### RIFLESSIONI D'INSIEME ALLA LUCE DELLA RICERCA SVOLTA: COSA È STATO FATTO E COSA SI PUÒ ANCORA FARE

1. RILIEVI INTRODUTTIVI. - 2. LE RICADUTE ALL'INTERNO DELLE DINAMICHE DEL SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ: L'«ARCHETIPO» DELLE SENTENZE DELLA CORTE COSTITUZIONALE E LA «DELEGA DI BILANCIAMENTO». - 3. LE RICADUTE SUL VERSANTE DELLA POLITICA LEGISLATIVA: QUALE FUTURO PER GLI AUTOMATISMI SANZIONATORI NEL DIRITTO PENALE? SPUNTI DALLA C.D. «RIFORMA ORLANDO». - 4. SEGUE. COME VINCOLARE LA DISCREZIONALITÀ DEL GIUDICE PENALE SENZA RICORRERE AGLI AUTOMATISMI SANZIONATORI? RIFLESSIONI SULL'OPPORTUNITÀ DI PREDISPORRE CRITERI-GUIDA E SULLA PIÙ AMPIA RIFORMA DEL SISTEMA SANZIONATORIO. - 5. LE RICADUTE NEL CAPITOLO DELLA TEORIA GENERALE DELLE FONTI: IL RUOLO ODIERNO DEL GIUDICE PENALE ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA DI STRASBURGO E LA RISCOPERTA DEL RUOLO DELLA MOTIVAZIONE.

#### 1. RILIEVI INTRODUTTIVI

È giunto il momento di trarre le fila della ricerca sinora condotta. In questo capitolo conclusivo, si cercherà di riflettere sulle ricadute dell'analisi espletata sotto diversi punti di vista.

Si partirà da alcune considerazioni di diritto costituzionale, aventi ad oggetto il sindacato di costituzionalità esercitato dalla Consulta nello specifico ambito degli automatismi sanzionatori. Si cercherà, segnatamente, di ricostruire l'archetipo delle decisioni viste nei capitoli precedenti, analizzando i diversi modi in cui il «caso» irrompe nel giudizio di legittimità costituzionale.

Si rifletterà, poi, sul rapporto tra il potere discrezionale del giudice e gli automatismi sanzionatori. Occorre, a tal proposito, dapprima interrogarsi sul significato dei risultati ottenuti, per poi chiedersi, in prospettiva *de iure condendo*, come questi possano essere recepiti nel nostro ordinamento. Dalla ricerca condotta, sembrano emergere due fondamentali indicazioni: la prima è il rigetto di presunzioni assolute e di rigidi automatismi in tutte le fasi della reazione punitiva; la seconda è il riconoscimento dell'importanza del ruolo assunto dal giudice penale nella definizione del trattamento sanzionatorio.

Sotto il primo profilo, il numero crescente di dichiarazioni di illegittimità costituzionale fa emergere una sorta di presunzione di irragionevolezza degli automatismi normativi. Questi sono incostituzionali non tanto per l'esistenza di un rapporto rigido tra protasi e apodosi, quanto per l'irragionevole compromissione di interessi di rango super primario<sup>662</sup>. Tale è il vizio che presentano quelle disposizioni di legge eccessivamente rigide perché prive di duttilità sul piano applicativo, vale a dire sprovviste della possibilità di deroga per i casi della vita che impongono un trattamento specifico necessario per non incorrere in una lesione di interessi costituzionalmente garantiti<sup>663</sup>.

Posta la necessità di riconoscere una certa discrezionalità al giudice nella determinazione del trattamento sanzionatorio, si ripropone l'interrogativo iniziale: come limitare detta discrezionalità, affinché essa non trasmodi in arbitrarità?

L'indagine, sotto questo aspetto, sarà anche l'occasione per riflettere sulla necessità di una più ampia riforma del sistema sanzionatorio: una maggiore differenziazione, già a livello legislativo, del tipo di sanzione (non necessariamente detentiva) potrebbe consentire al giudice penale di fare un uso più prevedibile della discrezionalità, evitando di strumentalizzare taluni istituti della commisurazione e dell'esecuzione, sì da restituire – in ultima battuta – quell'effettività alla pena che pare, oggi, fatalmente compromessa.

Quanto al secondo profilo menzionato, emerge una rinnovata esaltazione della figura del giudice. Pare, a chi scrive, che questa tendenza non sia altro che la conferma di un fenomeno più generale – che si inserisce nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali – di accentuazione del ruolo del giudice. Questo fenomeno rappresenta – insieme alla tendenza verso una struttura reticolare delle fonti – uno degli aspetti della post-modernità giuridica. La stratificazione normativa (nazionale, sovranazionale e internazionale)<sup>664</sup>, in uno con la necessità di calare i principi nel caso concreto, riconoscono il ruolo del giudice «tessitore ed interprete» – e non mero applicatore o *buoche de la loi* – di regole giuridiche. Da ciò l'accentuazione del diritto giurisprudenziale nei suoi attributi di concretizzazione e composizione delle controversie.

---

<sup>662</sup> G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 210.

<sup>663</sup> A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 194. In prospettiva comparata, si consideri che anche nell'ordinamento statunitense, caratterizzato dal «*determinate sentencing*», la Corte Suprema, in taluni casi, ha affermato che le *guidelines* sono solo lo «*starting point*» nell'attività di commisurazione della pena, potendo il giudice discostarsi dalla stessa qualora il caso lo richieda. Così, ad esempio, nel caso *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005). Da questa pronuncia si è sviluppato un filone giurisprudenziale a detta del quale le *guidelines* assumono un mero valore «*advisory*», ossia un carattere consultivo e non vincolante, come si riteneva originariamente. Per approfondimenti, F. MANFREDI, *Dall'indeterminate sentencing alle riforme degli anni Duemila*, in *www.altrodiritto.unifi.it*, 2015, e riferimenti ivi richiamati.

<sup>664</sup> L'universalità dei diritti incoraggia i giudici a riferirsi ai precedenti giurisdizionali emessi in altre parti del mondo in situazioni analoghe, originando fenomeni di emancipazione ed emulazione che iniziano ad essere sperimentati anche dalla Corte costituzionale italiana. Sul punto, M. DELMAS-MARTY, *Mondializzazione e ascesa al potere dei giudici*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica*, Torino, 2009, 129; M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei nuovi diritti*, in *Quad. cost.*, 2009, 3, 547.

Eppure, occorre tener conto degli effetti che la promozione della figura del giudice produce sotto l'aspetto della legalità penale, uno dei profili che maggiormente risentono del menzionato mutamento di paradigma<sup>665</sup>. Il fenomeno dell'attivismo dei giudici, a questo proposito, porta con sé un'inevitabile criticità nel momento in cui esso tende ad assorbire compiti spettanti alle sedi politiche.

Ci si rende conto che gli spunti ora accennati potrebbero aprire a loro volta ulteriori tematiche di approfondimento. Quello che si intende fare, anche qui, è limitare la riflessione all'oggetto che si è scelto, quello degli automatismi sanzionatori.

## 2. LE RICADUTE ALL'INTERNO DELLE DINAMICHE DEL SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ: L'«ARCHETIPO» DELLE SENTENZE DELLA CORTE COSTITUZIONALE E LA «DELEGA DI BILANCIAMENTO»

2.1. I capitoli centrali della ricerca si sono concentrati in misura prevalente sull'esame della giurisprudenza costituzionale in materia di automatismi sanzionatori, facendo attenzione, in particolare, all'oggetto dei giudizi di legittimità.

Sia consentito, a questo punto, svolgere una riflessione d'insieme sulle dinamiche del controllo di legittimità costituzionale, a partire dalla tecnica decisoria seguita dalla Consulta nelle sentenze analizzate.

Il dispositivo della gran parte delle pronunce viste è, in linea di massima, esemplificabile nel seguente modo: «è dichiarata l'illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui essa non prevede la possibilità, per il giudice, di tener conto della situazione concreta». E così, ad esempio, quando non si possa tener conto «della condotta del reo susseguente al reato» (art. 62-*bis* cod. pen.) o quando non si possa considerare «l'interesse del minore nel caso concreto» (art. 569 cod. pen.) o, ancora, non si possa valutare «se la condotta del soggetto, in relazione alla condanna subita, appaia incompatibile con il mantenimento del beneficio» (art. 177 cod. pen. e art. 54 ord. penit.) né se il condannato «abbia raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto» (artt. 4-*bis*, 30-*quater*, 58-*quater* ord. penit.), o non si possa valorizzare «l'impossibilità di un'utile collaborazione con la giustizia» (art. 4-*bis* ord. penit.).

In altri casi, la Corte costituzionale si limita a «dichiarare l'illegittimità del divieto posto dalla norma», con l'implicita conseguenza di attribuire il potere di valutazione al giudice. In questo senso, si leggano le sentenze *sub* artt. 69, quarto comma, e 99, quinto comma, cod. pen.

---

<sup>665</sup> M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, 2.

L'archetipo di decisioni che la Corte costituzionale adotta in tutti questi casi sembra configurare un nuovo tipo di sentenze additive: le «sentenze additive per *deficit* di flessibilità» o, se si preferisce, «sentenze additive di regole a valenza sostitutiva»<sup>666</sup>.

Al di là della nomenclatura utilizzabile, attraverso tali pronunce la Consulta manipola il linguaggio normativo, rimuovendo l'automatismo e/o includendo un'eccezione nella rigida regola legislativa<sup>667</sup>. In altri termini, la Corte costituzionale rompe il rigido meccanismo previsto dalle varie norme oggetto del giudizio e dà al giudice il potere di valutare le «ragioni» del caso concreto<sup>668</sup>. Sembra quasi che le dichiarazioni di incostituzionalità colpiscano le disposizioni esattamente in ragione di quelle che, dal punto di vista teorico, sono considerate le caratteristiche imprescindibili dell'atto legislativo: l'inderogabilità, la generalità e l'astrattezza<sup>669</sup>.

Una simile tecnica presuppone un controllo di evidenza che chiama la Corte costituzionale a testare la legge alla luce dell'*id quod plerumque accidit*, per verificare – statisticamente o sociologicamente – la tenuta della presunzione che regge l'automatismo<sup>670</sup>.

2.2. Analizzando la modalità con cui viene effettuato tale controllo, la dottrina scompone la generale categoria degli automatismi in due classi: quelli che snaturano, già in astratto, la

---

<sup>666</sup> Cfr. A. PUGIOTTO, *Diritti in crisi*, in *www.gruppodipisa.it*, 18 settembre 2014. Sul punto anche C. SALAZAR, «Guerra e pace» nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive «di principio» quali decisioni atte a rimediare alle «omissioni incostituzionali», in A. RUGGERI, G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento*, Milano, 2000, 279. Non è questa la sede per discutere della utilità o meno dello sforzo della dottrina di cercare di incasellare le decisioni della Corte in sempre nuovi e maggiormente analitici modelli, al fine di cogliere il più possibile le sfumature dei dispositivi delle sentenze della Corte.

<sup>667</sup> Cfr. A. PUGIOTTO, *Diritti in crisi*, cit. Si veda altresì C. PANZERA, *Tutela dei diritti fondamentali, tecniche di normazione e tipologia delle pronunce costituzionali (la «rivoluzione della flessibilità»)*, in AA.Vv., *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2007, 299.

<sup>668</sup> L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in *www.gruppodipisa.it*, 2, osserva che il vizio che viene sanzionato dalla Corte costituzionale può iscriversi alla generale categoria dei vizi di «arbitrarietà della legge», da intendersi quale vizio che incide sulla funzione propria della legge, ossia sulla sua funzione di attuazione e svolgimento della Costituzione. L'espressione «arbitrarietà della legge» è di G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 147. Le leggi, secondo questa impostazione, sarebbero incostituzionali perché arbitrarie ed arbitrarie perché contrarie alla loro natura. Quest'ultima va intesa come la funzione di attuazione e svolgimento della Costituzione, vale a dire la capacità di dare il massimo grado di attuazione possibile ai diritti e agli interessi costituzionalmente tutelati. Cfr. F. MODUGNO, *L'invalidità legge*, II, Milano, 1970, 335. L'Autore scrive che le leggi devono «ritenersi tutte positivamente vincolate al fine, sia pure generico, di realizzare la Costituzione». In base a questa visione, il legislatore, quando si trova davanti ad un'opzione fra diverse scelte, deve privilegiare quella che offre una maggiore ed effettiva tutela dell'interesse costituzionalmente tutelato. Di diverso avviso è A. PUGIOTTO, *Diritti in crisi*, cit., che concepisce la Costituzione come limite negativo delle scelte legislative.

<sup>669</sup> Cfr. A. PUGIOTTO, *Diritti in crisi*, cit.

<sup>670</sup> Cfr. A. PUGIOTTO, *Diritti in crisi*, cit.

disciplina di riferimento e quelli che, invece, ne provocano una distorsione sul piano applicativo<sup>671</sup>.

Rientrano nella prima categoria gli automatismi in cui la norma oggetto del giudizio è sovra o sottodimensionata, in quanto ha a fondamento presupposti legali insufficienti o inadeguati, ovvero contrasta con un principio generale vigente in materia. In questi casi è la regola in sé ad essere viziata. Qui, è la presunzione sottesa dalla norma ad essere illegittima, e, conseguentemente, lo sarà anche l'automatismo. Un esempio di questi automatismi è il rigido sistema di preclusioni nell'accesso alle misure alternative alla detenzione: accomunando sotto la stessa disciplina situazioni tra loro diverse (vizio di sovradimensionamento della fattispecie legislativa), il sistema risulta intrinsecamente incoerente con la sua *ratio*.

Nella seconda categoria rientrano, invece, quei casi in cui la regola a valenza generale non è in assoluto viziata, ma la sua incostituzionalità si riscontra nel momento dell'applicazione ad una fattispecie concreta. Qui, la presunzione in astratto regge, ma l'automatismo è egualmente illegittimo, in quanto la norma non si rivela adeguata alle esigenze del caso concreto. Si pensi, ad esempio, al divieto di prevalenza o equivalenza delle circostanze attenuanti, in particolare di quelle ad effetto speciale, rispetto alla recidiva reiterata.

Nella prima categoria rientrano i casi in cui l'incostituzionalità della norma è già determinata a monte, nella seconda quelli in cui l'incostituzionalità si consuma a valle, nel momento applicativo. Si potrebbe dire, allora, che nella prima ipotesi il «caso» è il banco di prova dal quale emergono i vizi dei quali la norma è affetta di per sé; nella seconda ipotesi il «caso» è il luogo in cui potenzialmente si determina e si consuma l'incostituzionalità, che verrà poi accertata dalla Corte<sup>672</sup>. E così, grazie alle potenzialità insite nel controllo di ragionevolezza, il «caso» irrompe

---

<sup>671</sup> L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 6.

<sup>672</sup> Sul ruolo del fatto nelle dichiarazioni di incostituzionalità, A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità in astratto*, in *Giur. cost.*, 1973, 1497; G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del «fatto» nelle decisioni della Corte*, in P. COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, 253; A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, in *Giur. cost.*, 1978, 1335; M. CHIAVARIO, *Ordinanze interlocutorie della Corte costituzionale nei giudizi di legittimità promossi in via incidentale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, 215, 232-239; G. D'AMICO, *La Corte costituzionale e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione». Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, 2002, 431; F. DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, *Ibidem*, 153; T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997; C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova, 1973, ora in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, 645; M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova 1984, 249; L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale di uguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, 657; A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, Milano, 1994; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 217; ID., *Il diritto mite*, Torino, 1992, 160-183.

nel diritto, in un duplice senso<sup>673</sup>: da un lato, perché è solo dal caso concreto – e, dunque, in sede applicativa – che può emergere la rigidità della norma; dall'altro, e in ragione di ciò, perché l'intervento della Corte ha il fine di rendere la norma «adeguata» proprio al caso concreto.

Il criterio di ragionevolezza rappresenta la bussola interpretativa di orientamento di tutte le sentenze analizzate. Invero, si osserva in dottrina, esso si articola in modo diverso con riferimento, per l'appunto, alle due categorie di automatismi appena evidenziate. Nella prima categoria, il vizio riscontrato è, di norma, quello della irrazionalità o contraddittorietà, valutabile in astratto. Nella seconda, invece, il vizio è quello della irragionevolezza o inadeguatezza; qui il giudizio della Corte si sposta verso una valutazione in concreto che tiene conto dell'interesse compromesso dalla norma oggetto di censura<sup>674</sup>.

E così, tornando al primo esempio, il rigido automatismo previsto per l'accesso alle misure alternative alla detenzione *ex art. 4-bis* ord. penit. risulta viziato sotto il profilo della irrazionalità e, più specificamente, sotto quello della contraddittorietà. La Corte costituzionale arriva a tale esito passando attraverso la verifica delle basi razionali della presunzione che vede nella mancata collaborazione con la giustizia un indice di persistente pericolosità sociale. Questa viene posta a falsificazione dalla Corte, evidenziando che la mancata collaborazione può essere incolpevole. Il superamento dell'automatismo, qui, non è solo il riflesso della demolizione della presunzione, ma è determinato dal contrasto della normativa con il principio regolatore della materia.

Con riferimento al secondo esempio, invece, l'automatismo di cui all'art. 69, quarto comma, cod. pen., nel prevedere il divieto di prevalenza delle attenuanti ad effetto speciale (art. 73, quinto e settimo comma, d.P.R. n. 309/1990 e artt. 648, secondo comma, e 609-*bis*, terzo comma, cod. pen.) sull'aggravante della recidiva reiterata produce effetti particolarmente perniciosi, dato l'elevatissimo valore della pena edittale minima comminabile in assenza delle citate attenuanti: una pena che il divieto di subvalenza della recidiva reiterata rende ineluttabile anche per fatti di minima entità, in base ad una condizione non necessariamente significativa di spiccata pericolosità. È questo effetto ad essere irragionevole. Ed è appunto detto effetto ad essere eliminato dalla Corte costituzionale.

Il risultato pratico è il medesimo. Nondimeno, tutte le volte in cui la Corte riesce a ricavare un principio generale vigente in materia, preferisce superare l'automatismo dichiarandone il contrasto con quest'ultimo. Negli altri casi, invece, si limita a introdurre eccezioni alla norma.

---

<sup>673</sup> F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, 31. L'Autore scrive che «tutti i giudizi di ragionevolezza tendono a coordinare la norma di legge al caso concreto, nel senso della sua *adeguatezza rispetto alle esigenze del caso*».

<sup>674</sup> In argomento, B. CARAVITA DI TORITTO, *Le quattro fasi del giudizio di uguaglianza-ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, 259; G. ZAGREBELSKY, voce *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 59.

2.3. Una volta compiuta l'operazione demolitoria dell'automatismo nei due modi appena visti, la Corte, nell'impossibilità di fare diversamente<sup>675</sup>, delega al giudice il potere di valutare in concreto la singola situazione, ponendo di conseguenza una «regola di competenza»<sup>676</sup>. La Consulta fornisce, difatti, al giudice un'«indicazione a trama aperta»<sup>677</sup>, in quanto spetterà proprio a quest'ultimo il compito di specificare nel dettaglio – attraverso la valutazione del caso concreto – il principio di diritto statuito dal Giudice delle leggi. Questa operazione è stata definita dalla dottrina «delega di bilanciamento»: il punto di bilanciamento fissato dalla norma impugnata non è sostituito dalla Consulta con una soluzione alternativa, sovrapponendo una propria valutazione alle scelte compiute dal legislatore. La Corte si limita, in questo senso, a demolire la rigida scelta normativa e a sostituirla – «quale soluzione costituzionalmente più congrua»<sup>678</sup> – con meccanismi flessibili, tali da consentire una valutazione da compiersi di caso in caso<sup>679</sup>.

Sul piano dei meccanismi di garanzia, si potrebbe dire che l'illegittimità delle presunzioni assolute sottese agli automatismi sanzionatori deriva da un «indebito assorbimento della riserva di giurisdizione nella riserva di legge»<sup>680</sup>. Per conservare le loro finalità costituzionali, i due meccanismi di garanzia devono restare separati: ecco che, attraverso la «delega di bilanciamento», questo confine viene ripristinato.

---

<sup>675</sup> R. BIN, *Giudizio «in astratto» e delega di bilanciamento «in concreto»*, in *Giur. cost.*, 1991, 3578. L'Autore mette in luce come, in definitiva, la necessità della delega trova la ragione nella connotazione del sistema di giustizia costituzionale che ha per oggetto le norme generali e astratte, e non situazioni concrete. La Corte costituzionale non potrebbe sostituire un automatismo legislativo con una nuova regola da essa formulata, in quanto anche questa nuova regola potrebbe risultare irragionevole per un successivo e futuro caso concreto.

<sup>676</sup> R. BIN, *Giudizio «in astratto» e delega di bilanciamento «in concreto»*, cit., 3576. L'Autore, infatti, scrive che il risultato di tale operazione non è una nuova regola di prevalenza, che risolva direttamente il conflitto di interessi, bensì una regola sulla competenza, in cui si definiscono i criteri procedurali e si individuano le sedi istituzionali più opportune con i quali e nelle quali dovrà compiersi il bilanciamento in concreto. Si veda altresì R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, 92.

<sup>677</sup> A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: giocando con le regole a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.*, 2012, 6, 4914. Si veda altresì C. SALAZAR, «Guerra e pace» nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive «di principio» quali decisioni atte a rimediare alle «omissioni incostituzionali», cit., 283. Questa è una ulteriore manifestazione di quel mutamento del nostro sistema di giustizia costituzionale prospettato in dottrina, da sistema «accentrato» a sistema «accentrato-collaborativo». Espressione dovuta alla E. LAMARQUE, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentrato-collaborativo*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, III, 1859-1860.

<sup>678</sup> Corte cost., sent. 16 – 23 gennaio 2013, n. 7, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 4, 419, § 5 del *Considerato in diritto*. Ma la formula, quasi sempre uguale a se stessa, ricorre in tutte le decisioni in tema di automatismi.

<sup>679</sup> R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 88-93, 120-131. Sulla «delega di bilanciamento» si veda anche G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2001, 342-347.

<sup>680</sup> Cfr. A. PUGIOTTO, *Diritti in crisi*, cit.

2.4. Ultima considerazione riguarda il legame tra le rigide previsioni di legge e il canone dell'interpretazione conforme<sup>681</sup>. In alcune occasioni, infatti, la Corte costituzionale ha invitato i giudici a ricorrere all'interpretazione conforme, ritenuta già sufficiente a superare le rigidità del sistema legale, senza il bisogno di pronunciare l'incostituzionalità della norma<sup>682</sup>.

Nel fare ciò, la Consulta ha fatto leva sull'esistenza di principi generali che, nella materia di volta in volta considerata (per esempio, in tema di benefici penitenziari), impongono una valutazione individualizzata caso per caso<sup>683</sup>. Si tratta, sovente, di principi già in precedenza riconosciuti ed affermati dalla stessa Corte<sup>684</sup>.

Che un giudice possa adoperare detti principi come grimaldello per superare gli automatismi previsti in altre disposizioni analoghe per materia è una proposta che suscita qualche perplessità: essa legittimerebbe, infatti, un'interpretazione capace di travalicare il limite del dato letterale, senza passare attraverso l'incidente di costituzionalità<sup>685</sup>.

### 3. LE RICADUTE SUL VERSANTE DELLA POLITICA LEGISLATIVA: QUALE FUTURO PER GLI AUTOMATISMI SANZIONATORI NEL DIRITTO PENALE? SPUNTI DALLA C.D. «RIFORMA ORLANDO»

---

<sup>681</sup> Per approfondimenti sul compito del giudice di interpretare le norme conformemente a Costituzione, si vedano, tra gli altri: I. CIOLLI, *Brevi note in tema di interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2012, 1, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it); F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria sull'interpretazione*, Padova, 1998, 44; M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli, 2012, III, 2469; G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006.

<sup>682</sup> M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione «conforme a»*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 8 agosto 2007.

<sup>683</sup> In questo senso, Corte cost., sent. 26 – 28 maggio 2010, n. 189, in *Giur. cost.* 2010, 3, 2242; Corte cost., sent. 4 – 8 ottobre 2010, n. 291, in *Giur. cost.*, 2010, 5, 3766.

<sup>684</sup> Sulla possibilità di includere nel diritto oggettivo anche i principi enunciati dalla Corte costituzionale; G. CARCATERA, *Del metodo dell'interpretazione giuridica*, in F. MODUGNO (a cura di), *Esperienze giuridiche del '900*, Milano, 2000, 64; A. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto italiano, I) Le fonti scritte*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1998, 142; ID., *Ancora sulle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale e sulla metodologia dello studio delle fonti del diritto*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giannini*, 1998, I, 545; G. SORRENTI, *La Corte di Cassazione penale e l'illegittimità consequenziale delle leggi nella «seconda modernità»*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2012, 4, 7; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, Genova, 1997, 154. Escludono, invece, che esse rientrino tra le fonti del diritto: V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, Padova, 1984, 116; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984, 188. In argomento, A. CELOTTO, *Le sentenze della Corte costituzionale sono fonti del diritto?*, in *Giur. cost.*, 2003, 27.

<sup>685</sup> È di questo avviso, A. PUGIOTTO, *Diritti in crisi*, cit. Di avviso contrario, invece, L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, cit.



3.1. Il tema degli automatismi legislativi, come emerge anche dalla presente ricerca, non è marginale nell'attuale esperienza della giustizia costituzionale<sup>686</sup>. Plurime sono le sentenze della Consulta in argomento. Ciò anche in settori del diritto diversi da quelli esaminati in questa sede. E così, ad esempio, in materia di destituzione dei pubblici impiegati e in materia di diritti dei minori<sup>687</sup>. Con specifico riguardo alla materia penale, in particolare, si è registrato un numero sempre più crescente di pronunce in materia di automatismi normativi<sup>688</sup>, non soltanto nei due àmbiti esaminati ma anche, ad esempio, nel settore delle misure cautelari e delle misure di sicurezza, tanto che pare emergere una sorta di «presunzione di irragionevolezza»<sup>689</sup> degli stessi.

Questa presunzione di irragionevolezza, non è però assoluta, dovendosi piuttosto intendere quale illegittimità «in potenza» degli automatismi. Vi possono essere dei casi in cui l'automatismo supera indenne il controllo di costituzionalità. Ciò accade quando, nell'operazione di bilanciamento dei diversi interessi coinvolti, emerge un contro interesse prevalente. Viceversa, ove la compressione del diritto generato dallo stesso non trova altrove giustificazione, la potenziale illegittimità dell'automatismo si concretizzerà in una vera e propria dichiarazione di incostituzionalità.

Il fondamento teorico di questa affermazione è rinvenibile nella regola della «presunzione della massima espansione delle libertà costituzionali» formulata da Paolo Barile<sup>690</sup>. Secondo questa impostazione, i diritti non possono trovare altre limitazioni se non quelle desumibili dalla Costituzione. Ecco, quindi, che le norme di rango primario che comprimono un diritto e non sono la traduzione a livello legislativo di limiti generali posti in Costituzione, devono ritenersi incostituzionali. Seguendo tale ragionamento, le norme che contengono un automatismo lesivo di un diritto si presumono incostituzionali, salvo che siano funzionali alla tutela di un contro interesse sempre di livello costituzionale<sup>691</sup>.

---

<sup>686</sup> G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, cit., 212. Si veda altresì M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale*, Relazione alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, 24–26 ottobre 2013, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 12. Il *leading case* in materia di automatismi legislativi è la sentenza 303 del 1996 sull'incostituzionalità della norma che fissava in non più di quarant'anni il limite di età fra i coniugi adottanti e il minore adottato.

<sup>687</sup> Per approfondimenti, L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, cit.

<sup>688</sup> G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, cit.

<sup>689</sup> Cfr. G. LEO, *Illegittimo l'automatismo nell'applicazione della sanzione accessoria della perdita della potestà del genitore per il delitto di alterazione di stato*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 27 febbraio 2012.

<sup>690</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1989, 41. Si veda, in argomento, G. D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in A. RUGGERI (a cura di), *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I, Torino, 2016, 706.

<sup>691</sup> L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 3.

3.2. Ciò premesso, ci si chiede quali sono gli spazi effettivi che gli automatismi possono ancora assumere nel diritto penale.

Se automatismi e presunzioni (purché fondate sull'*id quod plerumque accidit*) possono essere funzionali a perseguire esigenze legittime sul piano della disciplina processuale – come testimonia l'art. 275 cod. proc. pen. recentemente riformulato in adesione alle indicazioni della Corte costituzionale – l'interrogativo che interessa in questa sede concerne lo spazio che queste possono avere nell'ambito della disciplina sulla commisurazione e dell'esecuzione della pena.

Come ampiamente visto, la Corte costituzionale considera irragionevoli le presunzioni tutte le volte in cui sia *agevole* formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa. Ciò premesso, pare che, laddove la presunzione incida sul potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena, sia la stessa impossibilità di prendere adeguatamente in considerazione il disvalore del fatto a costituire il limite che rende irragionevole la presunzione<sup>692</sup>. Ciò vale ancora di più in materia penitenziaria, dove è criterio «costituzionalmente vincolante» l'esclusione di «rigidi automatismi» normativi<sup>693</sup>, e non solo in adesione alla prospettiva della finalità rieducativa della pena e del principio di responsabilità penale personale – che rifiuta presunzioni assolute di pericolosità sociale tipiche di un diritto penale per tipi di autore –, ma anche in ossequio alla stessa dignità umana, declinata nella necessità di considerare il caso singolo nelle sue peculiarità<sup>694</sup>.

Sembra, dunque, difficile che gli automatismi possano trovare in futuro uno spazio nell'ambito della definizione del trattamento sanzionatorio<sup>695</sup>. È, anzi, assai probabile che ad una loro eventuale introduzione faccia seguito un'immediata risposta della Corte costituzionale nei termini ampiamente visti.

---

<sup>692</sup> M. PELISSERO, *L'incostituzionalità della recidiva obbligatoria. Una riflessione sui vincoli legislativi alla discrezionalità giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 2015, 4, 1412D.

<sup>693</sup> Cfr. Corte cost., sent. 22 novembre – 1 dicembre 1999, n. 436, in *Cass. pen.*, 2000, 10, 2557. Eppure, nonostante le numerose pronunce di incostituzionalità ampiamente esaminate, persistono disposizioni dissonanti con i principi espressi dalla Corte costituzionale. Si pensi, ad esempio, al divieto assoluto di concessione di qualsiasi misura alternativa al condannato cui sia stata revocata la detenzione domiciliare (art. 47-ter, comma 9-bis, ord. penit.) o alla preclusione biennale dei permessi premio (art. 30-ter, comma 5, ord. penit.).

<sup>694</sup> Così G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, intervento conclusivo del seminario *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della CEDU*, reperibile in [www.dirittopenitenziarioecostituzione.it](http://www.dirittopenitenziarioecostituzione.it), che indica in tale principio il *leit-motiv* della giurisprudenza costituzionale insofferente agli automatismi normativi in ambito penitenziario.

<sup>695</sup> A. PUGIOTTO, C. MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016, 88: «Come birilli, sempre più frequentemente le disposizioni legislative contenenti siffatte presunzioni legali cadono sotto i colpi della Corte costituzionale, in particolare quando esse sono formulate in modo tale da non permettere al giudice di tenere conto delle peculiarità del caso concreto e di modulare gli effetti della regola in relazione alle peculiarità della specifica situazione». Con queste parole si esprime, altresì, M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale*, cit.

3.3. Una parziale conferma di questa conclusione deriva dalla lettura della legge 23 giugno 2017, n. 103, recante «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario» (c.d. riforma Orlando). L'art. 1, comma 85, di questa legge conferisce una delega al Governo per la riforma del processo penale e dell'ordinamento penitenziario secondo i principi e criteri direttivi ivi esplicitati<sup>696</sup>. Tra questi spicca quello di cui alla lettera e): «eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono ovvero ritardano, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari in relazione alla tipologia dei reati commessi e alle caratteristiche personali del condannato, nonché revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo»<sup>697</sup>.

Il criterio in oggetto si ispira ai principi di ragionevolezza, uguaglianza e finalizzazione rieducativa della pena e intende favorire la rimozione di generalizzati sbarramenti preclusivi nell'accesso ai benefici, al fine di conformare l'esecuzione penale all'evoluzione della personalità del condannato ed alla concreta pericolosità sociale<sup>698</sup>. Pare, in questo, che si dia piena attuazione agli insegnamenti della Corte costituzionale.

Ad una prima lettura, sembra, in effetti, che la delega preveda il definitivo superamento degli automatismi quantomeno in sede di esecuzione penale<sup>699</sup>. Nondimeno, la norma contiene un inciso finale di cui bisogna dare conto. L'eliminazione delle preclusioni dovrà, infatti, avvenire

---

<sup>696</sup> Il relativo disegno di legge presentato nella XVII Legislatura, A.C. n. 2798 e A.S. 2067, «Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi e per un maggiore contrasto al fenomeno corruttivo, oltre che all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena». Già nella sua intitolazione «Modifiche [...] all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena», il disegno di legge delega contiene un'espressione che ben ne compendia ragion d'essere e finalità: dare reale attuazione ad una funzione evidentemente per gran parte e per troppo tempo soltanto enunciata. Il provvedimento è stato definitivamente approvato il 14 luglio 2017 e pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 23 luglio 2017 ed è reperibile su [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 20 giugno 2017, con le prime note di commento. Si veda, in particolare, A. DELLA BELLA, *Riforma Orlando: la delega in materia di ordinamento penitenziario*, ivi. Sui criteri direttivi in discussione, si rinvia al Working Paper curato da G. GIOSTRA, *Carceri: materiali per la riforma*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 17 giugno 2015.

<sup>697</sup> Si consideri che il legislatore, con legge n. 94 del 2013 di conversione del decreto legge n. 78 del 2013 (c.d. decreto carceri), aveva intrapreso, seppur non completandolo, un percorso di riforma che aveva già prodotto alcuni risultati sotto il profilo dell'eliminazione di taluni automatismi. Decreto legge 1 luglio 2013, n. 78, recante «Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena», convertito in legge 9 agosto 2013, n. 94. Per un esame della novità introdotte si veda A. DELLA BELLA, *Convertito in legge il «decreto carceri» 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 15 settembre 2013. Tra le incongruenze che persistevano, si pensi, ad esempio, alla detenzione domiciliare, accessibile (dopo la legge n. 94/2013) anche al recidivo reiterato, tranne per l'ipotesi di cui all'art. 47-ter, comma 1, ord. penit., che la preclude, addirittura, al recidivo *tout court*.

<sup>698</sup> Cfr. M. BORTOLATO, *La libertà di «non collaborazione»: verso l'abolizione dell'ergastolo ostativo*, in G. GIOSTRA, P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 14 luglio 2017, 158.

<sup>699</sup> Cfr. A. DELLA BELLA, *Riforma Orlando: la delega in materia di ordinamento penitenziario*, cit.

«salvo che per i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale».

Risulta evidente, pertanto, che l'attuazione della delega potrà comportare un superamento solo parziale degli automatismi preclusivi<sup>700</sup>. Ciò, in primo luogo, perché la legge circoscrive gli interventi del legislatore delegato alle norme dell'ordinamento penitenziario, mentre la completa eliminazione degli automatismi imporrebbe anche la modifica delle norme del codice penale che contengono presunzioni assolute di pericolosità<sup>701</sup>. Si pensi, per fare un esempio, alla disciplina differenziata relativa al bilanciamento delle circostanze *ex art. 69 cod. pen.* in relazione ai recidivi reiterati. In secondo luogo, per la presenza della sopra citata clausola di riserva che fa salvi i «casi di eccezionale gravità e pericolosità» e «comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale». Per questi, la sopravvivenza delle preclusioni è probabile.

Eppure, a parere di chi scrive, l'attuazione della delega dovrebbe rispondere all'esigenza di una revisione globale del sistema del «doppio binario», nell'ottica di una riaffermazione del principio di individualizzazione del trattamento la cui piena applicazione deve rimanere affidata – per le ragioni che si sono viste analizzando la giurisprudenza costituzionale – alla magistratura di sorveglianza. In quest'ottica, pur senza l'abolizione del tutto dell'art. 4-*bis* ord. penit., si potrebbe rivedere il sistema, continuando a riservare un percorso differenziato ai condannati per reati di matrice mafiosa e terroristica ma solo a patto che se ne constati, in positivo, l'attuale ed effettiva permanenza di collegamenti con le organizzazioni criminali di riferimento<sup>702</sup>. In questo

---

<sup>700</sup> Cfr. A. DELLA BELLA, *Riforma Orlando: la delega in materia di ordinamento penitenziario*, cit.

<sup>701</sup> Per attuare il criterio direttivo in esame, c'è chi propone una modifica anche delle disposizioni del codice penale introdotte con legge n. 251/2005. Così G.L. GATTA, *Modifiche in materia di recidiva: eliminazione di automatismi sanzionatori e preclusioni all'accesso a benefici penitenziari*, in G. GIOSTRA, P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 14 luglio 2017, 178. In particolare, l'Autore suggerisce: la soppressione dell'art. 62-*bis*, comma 2, cod. pen. al fine di eliminare la disciplina più restrittiva per la concessione delle attenuanti generiche ai recidivi; la modifica dell'art. 69, comma 4, cod. pen. in modo da eliminare, nell'ambito del giudizio di bilanciamento, la previsione del divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata; la soppressione dell'art. 81, comma 4, cod. pen. che prevede, sempre nei confronti del recidivo reiterato, una misura minima di aumento di pena per il concorso formale e il reato continuato; l'abrogazione dell'art. 99, comma 5, cod. pen.

<sup>702</sup> Sul punto, tra le proposte per l'attuazione della delega penitenziaria, si ricorda quella che suggerisce di prevedere due possibili vie per l'accesso ai benefici penitenziari da parte dei condannati per mafia o terrorismo: oltre alla collaborazione effettiva *ex art. 58-ter* ord. penit., si potrebbe pensare alla possibilità per il condannato di offrire una prova positiva di reale dissociazione (pur disgiunta da condotte collaborative) attraverso l'abbandono definitivo dell'organizzazione di appartenenza e il ripudio, desunto da condotte incompatibili, della violenza e dei metodi mafiosi o terroristici. Per i condannati per reati gravi ma non di matrice mafiosa o terroristica, accanto alla collaborazione effettiva, si può prevedere in alternativa l'effettuazione di condotte riparatorie. In questo modo verrebbe definitivamente abbandonato il criterio della collaborazione come unica condizione di ammissibilità dei benefici in quanto totalmente indifferente al percorso trattamentale del condannato e alle motivazioni delle eventuali scelte non collaborative. Si supera altresì il fenomeno dell'ergastolo ostativo: il condannato è, infatti, sempre posto nelle condizioni di operare una scelta volontaria nel senso della collaborazione ovvero della dimostrazione dell'avvenuta dissociazione.

modo, da un lato, si limiterebbe l'ambito operativo dell'art. 4-bis ord. penit. alla sola criminalità mafiosa e terroristica – in una prospettiva speculare a quella dell'art. 275 cod. proc. pen., come recentemente modificato – <sup>703</sup>, dall'altro lato, si ricondurrebbero gli oneri probatori a fisiologia attraverso l'introduzione del criterio della prova positiva della permanenza dei rapporti tra detenuto e organizzazione criminale<sup>704</sup>.

Così facendo non si intende stravolgere la logica, rispettivamente, premiale della collaborazione con la giustizia e di attenzione ai profili preventivi e di sicurezza che gli artt. 4-bis e 58-ter ord. penit. incarnano. Si vuole, invece, rimodulare la portata della disciplina in conformità alla giurisprudenza costituzionale vista. Si ritiene, infatti, che l'esigenza – sicuramente fondata e di certo non trascurabile – di un regime penitenziario differenziato nei riguardi dei più pericolosi condannati per delitti di criminalità organizzata, possa essere

---

Cfr. M. BORTOLATO, *La libertà di «non collaborazione»: verso l'abolizione dell'ergastolo ostativo*, cit., 158; F. FIORENTIN, *Superamento delle preclusioni alla concessione dei benefici penitenziari*, in G. GIOSTRA, P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 14 luglio 2017, 161; C. FIORIO, *Attenuazione delle preclusioni trattamentali*, *Ibidem*, 170; F. SIRACUSANO, *Modifiche all'art. 4-bis ord. penit.*, *Ibidem*, 189. Gli Autori hanno espressamente preso spunto dalle proposte di riforma dell'art. 4-bis ord. penit. elaborate nell'ambito del Tavolo tematico n. 16 degli Stati generali dell'esecuzione penale. Sulle proposte di modifica dell'art. 58-ter ord. penit., sempre nell'ottica di ampliare le condizioni che consentono il superamento del regime preclusivo, si veda F. SIRACUSANO, *Modifiche all'art. 58-ter ord. penit.*, *Ibidem*, 188. La proposta è, anche qui, quella di introdurre, accanto alla confermata valenza premiale della collaborazione con la giustizia, un nuovo veicolo dimostrativo di ravvedimento e risocializzazione del condannato: la condotta riparativa.

<sup>703</sup> L'unico ambito in cui può essere eccezionalmente legittima la presunzione *iuris et de iure* di pericolosità è probabilmente quello afferente ai c.d. delitti di mafia, attese le particolari connotazioni criminologiche che contraddistinguono l'organizzazione mafiosa, quali l'indissolubilità del vincolo criminale, il forte radicamento territoriale, l'organizzazione gerarchica, la forza dell'intimidazione, cui consentono condizioni affatto speciali di assoggettamento e di omertà. Considerazioni che hanno indotto anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 6 novembre 2003, *Pantano c. Italia*, ric. 60851/00 – ancorché in materia di misure cautelari – a dar atto che l'eccezionalità del fenomeno criminale mafioso può giustificare presunzioni di pericolosità. Il testo della sentenza è reperibile su [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it). La Corte europea sembra legittimare, in ogni caso, soltanto presunzioni relative di pericolosità. Di questo avviso anche Andrea Pugiotto secondo cui una lettura attenta della pronuncia *Pantano c. Italia* ne svela una posizione assai meno assoluta rispetto al meccanismo degli automatismi normativi. Ciò in forza del seguente passaggio della Corte di Strasburgo (§ 69): «una presunzione legale di pericolosità può essere giustificata *in particolare* quando *non è assoluta*, ma si presta ad essere contraddetta dalla prova contraria». Cfr. A. PUGIOTTO, C. MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, cit., 94. Si veda anche E. FASSONE, *Fine pena: ora*, Palermo, 2015.

Cfr. Relazione finale, Stati generali dell'esecuzione penale 2015–2016, reperibile su [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it). La Relazione rivolge al legislatore la ferma raccomandazione di evitare in futuro che questa ipotesi ostativa alla concessione di benefici penitenziari eserciti, come sovente accaduto in passato, una perversa *vis attractiva*, nel senso di calamitare altre ipotesi derogatorie ritenute di volta in volta, secondo l'allarme sociale di turno, un irrinunciabile presidio per la sicurezza sociale.

<sup>704</sup> Nel quadro di una riforma dell'impianto dell'art. 4-bis ord. penit., appare più coerente con il tradizionale criterio di riparto probatorio invertire il meccanismo oggi esistente – che consente l'accesso ai benefici «purché siano» acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata – e introdurre la regola che consente sempre l'accesso alle misure, «salvo che» siano stati acquisiti elementi tali da far ritenere sussistenti i menzionati collegamenti con l'organizzazione criminale.

soddisfatta ricorrendo a meccanismi meno radicali di quelli imperniati su preclusioni di natura aprioristica e più coerenti con i principi generali cui si informa l'ordinamento penitenziario<sup>705</sup>. E così, ad esempio, senza ricorrere ad alcun automatismo o presunzione assoluta, si potrebbe immaginare di introdurre presupposti più rigorosi e/o più impegnativi accertamenti istruttori per l'accesso alle misure alternative al carcere, fondati sì su regole di esperienza consolidate, ma comunque superabili, in concreto, dalla valorizzazione delle specificità del singolo caso. Ovvero regimi differenziati fondati su un diverso requisito temporale per l'accesso a benefici e misure alternative – parametrati, in ogni caso, sulla condotta del condannato e non sulla tipologia del reato o d'autore – o che precludono la concessione soltanto di taluni strumenti del trattamento rieducativo ma non di tutti<sup>706</sup>.

Per i reati diversi da quelli di matrice mafiosa o terroristica dovrebbe valere l'ordinario regime penitenziario. Ammettere che anche i condannati per crimini efferati – ancorché diversi da quelli della criminalità organizzata – possano accedere, seppure previa valutazione del giudice di sorveglianza, a benefici penitenziari e misure alternative solleva la preoccupazione che, così facendo, si vanifichi la forza intimidatrice della sanzione, nonché la fiducia dell'opinione pubblica nella giustizia<sup>707</sup>. Ciò specialmente con riguardo alle misure che si sostanziano in trattamenti in libertà, praticabili a breve distanza dalla condanna (quali l'affidamento in prova al servizio sociale e la semilibertà). A tale critica, si ribatte osservando, *in primis*, che per i reati più gravi sono previsti elevati livelli di pena che, una volta comminati in sede di cognizione, escludono la possibilità di accedere a tali misure se non dopo un consistente periodo di

---

<sup>705</sup> Cfr. V. GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, 15.

<sup>706</sup> Cfr. Relazione del Tavolo tematico n. 16, Stati generali dell'esecuzione penale 2015–2016, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it). Gli ulteriori interventi riguardano le norme «satellite» rispetto agli artt. 4-*bis* e 58-*ter* ord. penit., funzionali alla costruzione di un regime penitenziario differenziato, in rapporto alla natura del reato commesso dal condannato e, segnatamente, il sistema di quote espiative maggiorate pensato per i condannati per uno dei delitti elencati nell'art. 4-*bis* ord. penit. Si vedano, a tal proposito, gli art. 21 (sull'accesso al lavoro), art. 30-*ter*, lettera c (sui permessi premio), art. 50, comma 2, (sulla semilibertà), art. 47-*ter*, commi 1-*bis* e 9-*bis* (sulla detenzione domiciliare biennale), art. 58-*quater*, comma 5, ord. penit. (sul divieto di concessione di benefici); artt. 90 ss., d.P.R. n. 309/1990 (sulla sospensione dell'esecuzione della pena detentiva per il tossicodipendente). In prospettiva correlata, l'abrogazione degli artt. 30-*quater*, 47-*ter*, comma 01, ultima parte e 58-*quater*, comma 7-*bis*, ord. penit. completerebbe l'attività di «bonifica» della legge n. 251 del 2005, avviata dopo le riforme post *Torreggiani*. Quanto all'ergastolo ostativo, infine, l'affrancamento della liberazione condizionale dai limiti dell'art. 4-*bis* ord. penit., costituirebbe importante *chance* per i condannati a pena perpetua. In tal senso si propone l'abrogazione dell'art. 2, comma 1, del decreto legge n. 152/1991 (conv. in legge n. 203/1991). Cfr. C. FIORIO, *Attenuazione delle preclusioni trattamentali*, cit., 177.

<sup>707</sup> Il disagio dimostrato di fronte alla fruibilità, per taluni autori di reati particolarmente gravi, genera, a sua volta, l'impressione di un ingiustificato allentamento delle ragioni di difesa sociale. Cfr. A. PRESUTTI, «Alternative» al carcere e regime delle preclusioni, in A. PRESUTTI (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, 72.

detenzione. In secondo luogo, si consideri che l'accesso a tali misure non è automatico ma è sottoposto alla decisione della magistratura di sorveglianza. Quest'ultima non è necessariamente connotata da un indiscriminato buonismo, ma è attenta a proteggere tutti gli interessi in gioco. E così, specialmente di fronte a un crimine efferato, i giudici di sorveglianza saranno particolarmente scrupolosi nel valutare il mutato atteggiamento del reo e l'assenza di pericolosità sociale. Si osservi, infine, che l'ammissione a un regime alternativo non provoca l'abbattimento completo dell'afflittività della pena. Esso comporta pur sempre il permanere di un vincolo con l'istituto penitenziario o con l'autorità giudiziaria, implicando la soggezione del condannato tanto ad obblighi di condotta quanto ad un controllo continuo. Controllo, quest'ultimo, che dovrebbe escludere che l'applicazione del regime rieducativo comprometta le ragioni di tutela dei cittadini e dell'ordine giuridico<sup>708</sup>.

Nell'elaborazione dei decreti di riforma dell'ordinamento penitenziario, si farà sicuramente utilizzo di quanto elaborato nel corso degli *Stati generali dell'esecuzione penale*, svoltisi tra il 2015 e il 2016. Iniziativa, questa, che ha rappresentato un'importante occasione di riflessione e approfondimento su tutte le principali tematiche dell'esecuzione della pena, con l'obiettivo di vedere affermato un modello di esecuzione conforme ai principi costituzionali<sup>709</sup>. Dei diciotto tavoli tematici, rileva, in questa sede, il sedicesimo tavolo «*Trattamento. Ostacoli normativi all'individualizzazione del trattamento rieducativo*» che si è incentrato proprio sul tema delle condizioni ostative alla concessione dei benefici penitenziari<sup>710</sup>. Non resta che vedere, nel

---

<sup>708</sup> In argomento, A. PRESUTTI, «*Alternative*» al carcere e regime delle preclusioni, cit., 73.

<sup>709</sup> Per approfondimenti, AA.VV., *Gli Stati generali dell'esecuzione penale visti dall'Osservatorio Carcere dell'Unione delle Camere Penali Italiane*, Pisa, 2016. Le relazioni dei lavori svolti dagli esperti sono reperibili su [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it). Per una sintesi, si veda F. FIORENTIN, *La conclusione degli Stati generali per la riforma dell'esecuzione penale in Italia*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 6 giugno 2016; M. RUOTOLLO, *Gli Stati generali sull'esecuzione penale: finalità e obiettivi*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 11 marzo 2016. Interessante è osservare, oltre al contenuto delle discussioni intavolate, la novità dell'approccio metodologico adottato. Un metodo caratterizzato da due scelte di fondo: da un lato, si è voluta dedicare alla realtà dell'esecuzione penale un'attenzione multifocale, orientandola sui suoi aspetti nevralgici e qualificanti; dall'altro, si è cercato di promuovere una mobilitazione culturale più ampia possibile nella fase dell'analisi, della riflessione e della progettualità.

<sup>710</sup> Si veda la Relazione del Tavolo tematico n. 16, cit. Le proposte del Tavolo 16 si muovono nella prospettiva riformatrice già indicata da alcune Commissioni di studio. Non è, infatti, la prima volta che si riflette sulla necessità di riformare l'esecuzione della pena. In precedenza, si sono occupati dell'argomento: la Commissione *Giostra*, «Commissione di studio in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione», istituita con decreto del Ministro della giustizia del 2 luglio 2013 (il Documento finale è reperibile su [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 20 dicembre 2013), la Commissione *Palazzo*, «Commissione per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale», istituita con decreto del Ministro della giustizia del 13 giugno 2013 (il Documento finale è reperibile su [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 10 febbraio 2014); la «Commissione mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza» istituita dal C.S.M. (Relazione conclusiva adottata con delibera consiliare del 30 luglio 2013, reperibile su [www.csm.it](http://www.csm.it)) e il *Working Paper* voluto dal Prof. GLAUCO GIOSTRA (testo reperibile su [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 17 giugno 2015). Si ricorda altresì il progetto *Osservatorio Carcere dell'Unione Camere Penali italiane*, consultabile su [www.camerepenali.it](http://www.camerepenali.it).

prossimo futuro<sup>711</sup>, se e come i suggerimenti elaborati in tale sede verranno tradotti in una concreta riforma dell'esecuzione penale.

#### 4. SEGUE. COME VINCOLARE LA DISCREZIONALITÀ DEL GIUDICE PENALE SENZA RICORRERE AGLI AUTOMATISMI SANZIONATORI? RIFLESSIONI SULL'OPPORTUNITÀ DI PREDISPORRE CRITERI-GUIDA E SULLA PIÙ AMPIA RIFORMA DEL SISTEMA SANZIONATORIO

4.1. Se si esclude che gli automatismi, quantomeno quelli assoluti, possano avere un futuro nell'ambito della commisurazione e dell'esecuzione della pena, ci si deve domandare come sia possibile vincolare la discrezionalità del giudice affinché questa non trasmodi in arbitrio e non dia luogo a intollerabili disuguaglianze applicative.

Come si è detto nel primo capitolo, la questione della discrezionalità giudiziale si inserisce nel quadro della più ampia tematica dei limiti all'esercizio del potere punitivo ed è strettamente connessa, in rapporto di tensione, al soddisfacimento dei principi di legalità, prevedibilità e certezza del diritto. Spetta al legislatore bilanciare questi ultimi con quelli ampiamente valorizzati nelle sentenze esaminate; è poi compito della Corte costituzionale vagliare la ragionevolezza della scelta legislativa, con la consapevolezza che la prevalenza di un principio non può tradursi nella totale negazione dell'altro<sup>712</sup>.

Ciò è stato dimostrato – come si è visto – nella risalente pronuncia con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità delle pene fisse che, pur garantendo piena prevedibilità, finivano per ignorare gli altri principi cardine nel nostro sistema penale. La Consulta, in quell'occasione, non ha mancato di precisare come fossero altrettanto irragionevoli le opposte ipotesi di eccessiva ampiezza della previsione edittale di pena, tale da dilatare il ruolo della discrezionalità giudiziaria, fino a disperdere la funzione regolatrice della legge: «la predeterminazione legislativa della misura della pena diverrebbe soltanto apparente e il potere conferito al giudice si trasformerebbe da potere discrezionale in potere arbitrario»<sup>713</sup>.

È necessario, infatti, che il potere del giudice sia indirizzato dal legislatore tramite l'individuazione chiara dello scopo della misura sanzionatoria e l'elencazione dei criteri che devono essere valutati e sui quali si ancorerà, poi, la motivazione del provvedimento finale<sup>714</sup>.

---

<sup>711</sup> La delega, ai sensi dell'art. 1, comma 83, dovrà essere esercitata entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge n. 103 del 2017.

<sup>712</sup> In tema di bilanciamento di interessi e ruolo della Corte costituzionale, si veda L.A. MAZZAROLLI, *Il Giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, Padova, 2000, 211.

<sup>713</sup> Corte cost., sent. 2 – 14 aprile 1980, n. 50, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 725. V. MANES, *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in R. GAROFOLI, T. TREU (diretto da), *Il libro dell'anno del diritto 2013 Treccani*, Roma, 2013, [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

<sup>714</sup> Ci si deve chiedere, ad esempio, se la pena debba prima di tutto sanzionare il reato (*rectius*, l'offensività oggettiva del fatto storico) piuttosto che il suo autore e conseguentemente se rilevano o meno, ai fini della sua concreta determinazione, gli elementi che attengono quest'ultimo. Si pensi, in questo senso, al sistema



Eppure, spesso, il problema risiede proprio nella mancanza di criteri-guida normativamente fissati, atti a vincolare il potere del giudice. Si pensi, a tal proposito, a quanto visto nel capitolo secondo in ordine alla discrezionalità del giudice della cognizione al momento della commisurazione della pena. Il venir meno degli automatismi, in tale ambito, apre le porte, in effetti, ad un ampio – e di conseguenza, difficilmente sindacabile – potere dell'autorità giurisdizionale.

Si è visto, ad esempio, quanto accade a proposito della recidiva: nel passaggio da una definizione formale-presuntiva della recidiva ad una sostanziale, il legislatore non ha saputo o voluto indicare i requisiti centrali che il giudice deve considerare ai fini del riconoscimento dell'istituto in esame. E il tema è reso più complesso dalla circostanza che non si è, qui, in presenza di una situazione di fatto di cui valutare la veridicità e la rilevanza penale, occorrendo piuttosto decidere quale valenza assegnare alla precedente sentenza definitiva di condanna, che si dà per data. La mancata indicazione dei criteri di valutazione porta con sé il rischio di instaurare un sistema di «sovranità giurisdizionale»<sup>715</sup>, difficilmente conciliabile con il principio di legalità e utilizzabile negli opposti sensi – come la prassi insegna – della clemenza o del rigorismo, secondo le spinte emozionali del momento e le convinzioni personali<sup>716</sup>.

Ora, rispetto a questo ambito, la giurisprudenza ha cercato di colmare il vuoto normativo individuando una serie di criteri-guida che fungono da strumento necessario ad assicurare che, nel caso concreto, l'applicazione della recidiva sia coerente con il suo fondamento. Essi hanno riguardo alla natura e all'omogeneità dei reati, al tipo di devianza di cui sono segno, alla qualità e al grado di offensività dei comportamenti, alla distanza temporale tra i fatti.

---

nordamericano basato essenzialmente sui due fattori dell'«*offense level*» e della «*criminal history*», senza alcun rilievo ad altre situazioni personali in cui ricada l'autore del reato non strettamente legati al fatto storico addebitato (quali l'età, le condizioni culturali, mentali ed emotive, le aspirazioni, le esperienze lavorative, i legami familiari, etc.). Queste ultime possono eccezionalmente rilevare soltanto facendo ricorso all'istituto della c.d. «*departure*». Si tratta, come osservato in dottrina, di un sistema commisurativo che assicura la piena equivalenza sanzionatoria tra condotte e autori di reato perfettamente simili, ma, al contempo, non è in grado di rispondere in modo differenziato a ipotesi la cui distinzione risieda nella caratteristiche personali dell'autore dell'illecito penale. Alla base di tale sistema c'è una chiara presa di posizione su quale dev'essere la finalità della pena (retributiva). Per approfondimenti, S. CANNATA, *La commisurazione della pena nel sistema federale statunitense*, in [www.altrodiritto.unifi.it](http://www.altrodiritto.unifi.it), 2002. L'Autore propone di recepire nel nostro ordinamento il modello della biforcazione tipico della tradizione statunitense – caratterizzato dalla successione temporale tra l'accertamento della responsabilità penale, prima, e la commisurazione della pena, dopo, – ma, a differenza del sistema nordamericano, propone di tener conto, nell'apposita udienza dedicata alla commisurazione della pena, di tutti gli elementi relativi alla personalità del reo.

<sup>715</sup> Così F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2011, 655.

<sup>716</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 655–656: «in un sistema penale, quale il nostro, ancorato al principio di legalità [...], se si vuole fondare l'istituto su più solide basi ontologiche, si deve restare fermi all'obbligatorietà della recidiva, limitandola però all'identità di indole dei reati ed alla temporaneità, o, altrimenti, indicando quanto meno i criteri-guida su cui fondare il recidivismo. Compito, quest'ultimo, non agevole».

Così facendo, si è inteso evidentemente vincolare la discrezionalità del giudice, garantendo maggiore certezza e prevedibilità alla decisione. Certo è che si tratta sempre di una soluzione giurisprudenziale, formalmente non vincolante per il giudice che, *ex art. 101 Cost.*, è subordinato solo alla legge e vincolato al rispetto della stessa.

Quello che si suggerisce è, pertanto, un'elencazione normativa tale da fornire parametri sicuri sui quali fondare la valutazione del giudice nel caso concreto, e ciò anche per consentire un controllo successivo sulla correttezza della decisione presa<sup>717</sup>. Le difficoltà – talvolta effettivamente marcate – che si incontrano nell'individuazione dei criteri-guida non possono giustificare una rinuncia preventiva da parte del legislatore al suo ruolo di indirizzo dell'attività giurisdizionale. Parimenti, dette difficoltà non possono nemmeno comportare un'indiscriminata introduzione di automatismi sanzionatori, contrastanti con la regola dell'individualizzazione della pena.

Questa conclusione vale non solo nell'esempio appena ricordato della recidiva, ma tutte le volte in cui si riconosce una discrezionalità al giudice penale tanto nel momento della commisurazione quanto in fase di esecuzione della pena.

4.2. La seconda proposta per vincolare la discrezionalità del giudice penale involge una riflessione più ampia sull'attuale sistema sanzionatorio.

Com'è noto, esso si fonda essenzialmente sul monopolio della pena detentiva: la detenzione carceraria costituisce, infatti, la scelta pressoché obbligata per il giudice penale.

L'impossibilità di ricorrere ad altre tipologie sanzionatorie produce due non trascurabili effetti. In primo luogo, il giudice della cognizione, allo scopo di correggere l'entità della pena detentiva giudicata inadeguata rispetto al fatto commesso, finisce per utilizzare la discrezionalità a lui riconosciuta con intenti politico-criminali propri del legislatore<sup>718</sup>. E così, pur non potendo ricorrere a sanzioni diverse dalla reclusione, il giudice si trova a intervenire proprio sul *quantum* della stessa, servendosi in chiave utilitaristica degli strumenti propri della commisurazione (ad esempio, il bilanciamento delle circostanze, le attenuanti generiche, etc.).

Il secondo effetto prodotto dal monopolio della pena detentiva si manifesta in fase di esecuzione penale. Qui si riscontra la tendenza, stavolta non solo giurisprudenziale ma prima ancora legislativa, ad un uso indiscriminato degli strumenti dell'esecuzione penale (quali le

---

<sup>717</sup> Sul problema di fondo della determinazione dei criteri legali di valutazione da utilizzare al momento della commisurazione della pena, si veda, tra gli altri: F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 784.

<sup>718</sup> Come scrive T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 426, «sono lontani i tempi in cui Anselm Feuerbach, come presidente della Corte di Ansbach, poteva dire: “noi servitori della giustizia non abbiamo niente da combattere, niente da ottenere, niente da creare”. Oggi il giudice è chiamato a combattere, a ottenere, a creare: destinato al ruolo istituzionale dello *ius dicere* si ritrova sulle spalle quello dello *ius facere*, senza peraltro disporre di nessuno degli strumenti che un tale compito presupporrebbe».

misure alternative) al fine di ridurre l'impatto della pena carceraria. L'esecuzione di una sanzione detentiva reputata «inadeguata» dà adito, in questo senso, alla ricerca di «alternative» o «vie di uscita» dal carcere<sup>719</sup>.

Il risultato complessivo è l'accentuazione della divaricazione, *in primis*, tra la pena prevista dal legislatore e quella determinata dal giudice nella sentenza di condanna<sup>720</sup> e, in secondo luogo, tra quest'ultima e quella che il condannato verrà effettivamente chiamato a scontare<sup>721</sup>.

---

<sup>719</sup> T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *La resistibile ascesa della sospensione condizionata nel panorama dei benefici penitenziari*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 4, 1618, secondo cui «ci si trova a fare i conti con l'incapacità di punire in maniera certa». Il legislatore, in questo modo, conserva, da un lato, una politica criminale vicina ai più «emotivi» bisogni della collettività, intervenendo sul sistema sanzionatorio vigente in chiave iper repressiva (*id est* «emergenziale»), in funzione di contrasto alle più diverse e contingenti situazioni di allarme sociale emergenti nella società civile. Dall'altro lato, scarica sul «meno appariscente» – perché meno visibile agli occhi dei consociati – terreno dell'esecuzione penitenziaria tutte le sue responsabilità di fronte alla Costituzione e alle Carte internazionali in materia di diritti umani. Cfr. P.P. EMANUELE, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in E. D'ORLANDO, L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, 107–109. La pena in concreto diviene sempre più incerta e ineffettiva, non già solo a cagione dell'ormai dilagante discrezionalità applicativa esibita dalla magistratura di sorveglianza in nome del principio rieducativo, bensì anche in conseguenza dell'addossamento sulla fase esecutiva di problemi *tout court* politici irrisolti a monte.

<sup>720</sup> La sensazione che ne deriva è, come affermava Giorgio Marinucci, che «tutto capita nelle sentenze». Parole richiamate da F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 dicembre 2016, 1.

<sup>721</sup> T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *La resistibile ascesa della sospensione condizionata nel panorama dei benefici penitenziari*, cit. «La pena è oggi incerta, lenta e precaria, ma soprattutto ineffettiva: la sua esecuzione, qualora si raggiunga, si mostra attanagliata da troppe difficoltà e, infine, dissolta in un groviglio di surrogati penitenziari». Sul tema dell'effettività della sanzione, si vedano, nella vasta letteratura, gli Atti del XXIII Convegno di studio Enrico de Nicola, AA.Vv., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002; C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 430. La richiamata divaricazione tra pena in astratto e pena in concreto provoca, a sua volta, l'innescò di un circolo vizioso: di fronte all'insofferenza verso l'esiguità della pena scontata in concreto, ci cerca di rassicurare la collettività attraverso la restaurazione dell'edificio repressivo, «ma si sa già, tuttavia, che la minaccia andrà a vuoto e l'esecuzione della pena si incamminerà per altre vie». T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *La resistibile ascesa della sospensione condizionata nel panorama dei benefici penitenziari*, cit. In argomento, E. DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 875: «nessuno può prendere sul serio un legislatore che, sempre e indiscriminatamente, fa la voce grossa, ma subito dopo aggiunge, strizzando l'occhio: scherzavo». L'Autore afferma che poggia su equilibri fragilissimi un sistema penale che minaccia pene detentive severe; irroga pene che conservano il nome di reclusione, ma sono enormemente lontane, già nell'ammontare, da quelle prefigurate dalla comminatoria legale; rinuncia, infine, ad eseguire le pene disposte dal giudice all'atto della condanna, spesso affidando ad un altro giudice il compito di commutare la pena detentiva, di cui nemmeno si inizia l'esecuzione, in misure sospensive prive di qualsiasi contenuto. In termini simili, F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 2, 414: «non è dato ad alcuni di dire – certamente in linea teorica, ma forse anche dal punto di vista empirico – se esiste un rapporto di proporzione tra la pena comminata dal legislatore e quella irrogata dal giudice, e tra queste ultime e la sanzione realmente scontata dal colpevole». La critica che in esso costantemente ricorre è, ormai, «una insostenibile situazione di incertezza e di imprevedibilità della sanzione concretamente scontata dal condannato». Vedi la Relazione della Commissione ministeriale per la riforma del codice penale – Commissione Grosso, consultabile sul sito del Ministero della Giustizia, *www.giustizia.it* o in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 615. Secondo quanto emerge dalla relazione, l'attuale sistema delle pene rischia di essere

Se questo è, in linea di massima, il quadro di riferimento, si osserva come una riforma complessiva del sistema sanzionatorio potrebbe ricondurre l'esercizio della discrezionalità giudiziale su binari più aderenti alla sua *ratio*, con una positiva ricaduta anche sul fronte dell'effettività del sistema penale.

Si ritiene, in questo senso, che se il legislatore differenziasse già a livello normativo le tipologie sanzionatorie rendendole maggiormente adeguate al fatto commesso, i giudici (della cognizione, prima, e dell'esecuzione, poi) non si troverebbero probabilmente nella necessità di «strumentalizzare» gli istituti prima menzionati per scopi diversi da quelli propri dell'individualizzazione della pena<sup>722</sup>.

L'introduzione di un corredo sanzionatorio formato da pene prescrittive, ablativo, interdittive, para-detentive, in cui si contemperino istanze di efficacia, proporzione, adeguatezza e congruità della pena è, del resto, una proposta non nuova in dottrina<sup>723</sup>. Trattandosi di soluzioni diverse

---

«astrattamente punitivo, ineffettivo e (là dove applicato) vessatorio, centrato su di un meccanismo che a livello di previsione predilige la pena detentiva, ma concretamente poco temibile a causa di un complesso intrecciarsi di istituti di diritto penale sostanziale, processuale e penitenziario che ne vanificano l'efficacia».

<sup>722</sup> Cfr. E. DOLCINI, *Il castigo sia moderato, ma certo*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, 32. Si tratta di fronteggiare, prima che sia troppo tardi, il rischio che la diffusa percezione dell'ineffettività del controllo penale si traduca in rabbiosa e incontenibile domanda di «legge e ordine» – o come si usa dire oggi, di «tolleranza zero» –, nella domanda, cioè, di un sistema penale improntato al massimo di severità, sordo ad ogni esigenza di garanzia e di umanità nel trattamento penitenziario, un sistema nel quale la pena detentiva rappresenti non l'ultima *ratio*, ma l'unica *ratio*.

<sup>723</sup> Com'è noto, è da tempo diffusa la consapevolezza dell'inadeguatezza e dell'anacronismo del vigente sistema sanzionatorio, «baricentro dell'ordinamento penale». Cfr. R. ZANNOTTI, *Le misure alternative alla detenzione (in particolare l'affidamento in prova al servizio sociale) e la crisi del sistema sanzionatorio*, in *Ind. pen.*, 2000, I, 708. Sulla crisi della pena nel mondo occidentale, F. RAMACCI, *Diritto penale e Costituzione*, in E. D'ORLANDO, L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, XXIV. A detta dell'Autore, la trasformazione potrebbe produrre un diritto penale diverso, dalla parte della vittima, anziché dalla parte del reo: una pena afflittiva purché compensativa. L'Autore è consapevole che ciò funziona per i reati naturali, ma non anche per quelli artificiali.

Che la pena detentiva nacque, per così dire, «malata» e venne subito, nella sua realtà e nei suoi effetti visibili, denunciata come «il grande scacco della giustizia penale», lo si coglie già in M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1976, 291: «La riforma della prigione è quasi contemporanea alla prigione stessa. Ne è come il programma». In argomento, T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *La resistibile ascesa della sospensione condizionata nel panorama dei benefici penitenziari*, cit. L'Autrice scrive, a proposito della pena detentiva, «(i) plauso e la fortuna che meritò per essere stata strumento, egualitario e malleabile, di superamento della barbarie dei supplizi corporali celarono per qualche tempo le sue crepe, ma non poterono sanarle. Esse progredirono inesorabili fino ad emergere e rivelare con fermezza l'incapacità della detenzione di sorreggere, quale perno pressoché unico, l'intero peso del sistema sanzionatorio penale e la sua inadeguatezza a fungere da risposta sostanzialmente monolitica alla criminalità». Continua riconoscendo che «la prigione rimane strumento indispensabile».

Sull'introduzione di un corredo sanzionatorio formato da pene di diversa natura, si vedano tra i tanti: P.P. EMANUELE, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 110; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, 1989; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 31; G. NEPPI MODONA, *Il sistema sanzionatorio: considerazioni in margine ad un recente schema di riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 323; T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema*

dalla reclusione concepite quali pene principali, esse verrebbero comminate direttamente dal giudice della cognizione, e non rimandate alla fase di esecuzione<sup>724</sup>. Certamente, anche per l'applicazione di queste nuove sanzioni sono indispensabili norme chiare e precise, quanto a tipologia, *quantum* e modalità di applicazione delle pene<sup>725</sup>. In assenza di tali norme, l'attività dei giudici diventa *legibus soluta*<sup>726</sup>.

---

della *comminatoria edittale*, cit., 423; C.E. PALIERO, *Metodologia de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 501; P. PISA, *Effettività della pena: una ipotesi*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, 667. Dall'angolazione del sistema delle circostanze, si veda G. DE VERO, *Le circostanze del reato al bivio tra reintegrazione e disintegrazione sistematica. I riflessi delle novelle del 1984*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1986, 49. Con riferimento specifico all'esecuzione della pena detentiva, cfr. M. PAVARINI, «L'inferno esiste anche se all'inferno non c'è nessuno», in *Quest. giustizia*, 1987, 805 nonché G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, 2006, 318. La convinzione generale è che solo a mezzo dell'assegnazione al carcere del carattere di *extrema ratio* sul versante sanzionatorio, nonché mediante l'eliminazione delle diseconomie prodotte da una fase di esecuzione divenuta complessa e talvolta irrazionale, la pena potrà aspirare a recuperare quelle ormai smarrite note di certezza ed effettività.

Questa è stata la via seguita dai due ultimi progetti di riforma del codice penale (rimasti a tutt'oggi inattuati) elaborati dalle Commissioni già indicate nella nota 710 a cui si rinvia. Con riferimento alla riforma del sistema sanzionatorio, si consideri che oggi assume un ruolo preponderante la confisca come risposta alla criminalità del profitto (patrocinata sia a livello europeo che in sede domestica): tra gli imperativi categorici della politica criminale contemporanea c'è il *diktat* «il delitto non paga». Cfr. V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 3, 1259. Altro tema di riflessione è quello della pena post-riparatoria. Cfr. M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 2, 236.

Un tentativo di introdurre sanzioni diverse dalla tradizionale reclusione è stato fatto con la legge 28 aprile 2014, n. 67, il cui art. 2 conteneva una delega al Governo per la riforma della disciplina sanzionatoria, dettando disposizioni per l'abrogazione di taluni reati e, per quanto qui interessa, l'introduzione di illeciti punibili con sanzioni pecuniarie civili. Queste deleghe sono state in parte esercitate con l'adozione dei decreti legislativi 15 gennaio 2016, nn. 7 e 8. Per un commento, si veda V. BOVE, P. CIRILLO, *L'esercizio della delega per la riforma della disciplina sanzionatoria: una prima lettura*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 7 marzo 2016. Il progressivo superamento del baricentro della pena detentiva e la valorizzazione dalle c.d. «sanzioni di comunità» (*community sanction*), già propiziato dalla legge n. 67 del 2014, è anche il mantra che riecheggia costantemente nei lavori degli Stati generali dell'esecuzione penale e che viene ripreso dal Documento finale. Cfr. Relazione finale. Stati generali dell'esecuzione penale 2015-2016, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it). Per approfondimenti, F. FIORENTIN, *La conclusione degli Stati generali per la riforma dell'esecuzione penale in Italia*, cit., 12.

Si ricorda, infine, che tutti gli ordinamenti moderni si stanno orientando verso un sistema sanzionatorio caratterizzato da una vasta gamma di sanzioni detentive e non detentive: si va dalla pena detentiva classica a forme sospensive della stessa, passando per le c.d. pene semi-custodiali, per la messa alla prova e per le sanzioni di comunità. Si veda, ad esempio, quanto previsto nei sistemi anglossassoni, cfr. G. MANNOZZI, voce *Sentencing*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, Torino, 1991, 157.

<sup>724</sup> Si badi che l'intento di ridimensionare l'incidenza carceraria non equivale a indebolire la risposta sanzionatoria: il sistema deve mantenersi all'interno di un'equilibrata dialettica tra le ragioni dell'individuo e quelle della società. Cfr. F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, cit. Anche le nuove tipologie sanzionatorie dovrebbero produrre una limitazione ai diritti della persona, ancorché diversa dalla restrizione della libertà personale. Cfr. Relazione Commissione Palazzo, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 10 febbraio 2014, 4. Per un commento si veda F. PALAZZO, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, *ivi*.

<sup>725</sup> L'arricchimento della tipologia sanzionatoria mediante la previsione di nuove specie di pene diverse da quella detentiva carceraria pone il delicato problema tecnico di innesto di tali innovazioni sul vecchio tessuto

L'esistenza di queste nuove sanzioni avrebbe importanti effetti sull'esercizio della discrezionalità giudiziale in sede di commisurazione. Si potrebbe, infatti, risolvere – o quantomeno limitare – la questione dell'utilizzo eccessivo, e talora indiscriminato, degli strumenti sospensivi e/o probatori da parte del giudice<sup>727</sup>: attraverso il ricorso a pene di tipo non detentivo, potrebbe venir meno l'esigenza di evitare lo *shock* prodotto dalla pena carceraria a delinquenti incensurati colpevoli di reati non gravi<sup>728</sup>. Si aggiunga, poi, che un sistema meno afflittivo sul piano delle comminatorie edittali e delle tipologie sanzionatorie e più effettivo, grazie alla stretta agli istituti sospensivi, consentirebbe di ridurre quella strumentalizzazione delle circostanze per finalità repressive o indulgenziali, rendendole, per così dire, più « neutre » e, quindi, capaci di svolgere in modo razionale e coerente la loro funzione in sede di commisurazione della pena<sup>729</sup>.

---

codicistico. Da ciò la necessità di norme di equiparazione e di sostituzione di pene, nonché di coordinamento, capaci di sostituire le pene carcerarie originariamente previste con le specie sanzionatorie di nuova istituzione. Evidente è, altresì, l'esigenza di adattare e coordinare la disciplina della sospensione condizionale della pena al nuovo catalogo di pene principali.

<sup>726</sup> Secondo A. RUGGERI, *Introduzione ai lavori*, in E. D'ORLANDO, L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, fuori dal diritto non c'è più difesa della società né recupero di un soggetto alla società stessa: c'è solo lo smarrimento dello Stato di diritto costituzionale.

<sup>727</sup> Il riferimento va soprattutto ai guasti provocati dall'attuale disciplina della sospensione condizionale e dell'affidamento in prova al servizio sociale, che ha introdotto una fascia di sostanziale franchigia sanzionatoria, dannosa sul piano della prevenzione generale e notoriamente sfornita di autentici contenuti special preventivi. Cfr. F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, cit. L'Autore scrive: «il fenomeno non ha bisogno di particolari illustrazioni. È sufficiente ricordare che per i reati puniti in concreto con una pena detentiva fino a due anni, la risposta dell'ordinamento risiede nella sostanziale impunità del colpevole. Com'è risaputo, infatti, la disciplina della sospensione condizionale è stata rimaneggiata a più riprese in modo da permetterne una scriteriata iterazione e, per converso, da rendere solo virtuale la possibilità della revoca della *sospensione* precedentemente concessa». Sul punto, si veda altresì F. GIUNTA, voce *Sospensione condizionale della pena*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 97 e 114. Per converso, a seguito della legge 10 ottobre 1986, n. 663, l'affidamento in prova al servizio sociale, potendo essere concesso dall'inizio dell'esecuzione, finisce per funzionare come un'ulteriore sospensione dell'esecuzione penale, destinata a intervenire là dove non può più operare la sospensione giudiziale. Cfr. F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, cit.

<sup>728</sup> Vi è chi propone di riflettere sugli effetti dell'eventuale eliminazione dell'attuale meccanismo di automatica sospensione dell'esecuzione dell'ordine di carcerazione attualmente previsto dall'art. 656 cod. proc. pen. e valutare se una simile modifica consenta un recupero di effettività della sanzione penale. Così F. FIORENTIN, *Cosa resta della pena? La certezza della pena nella fase dell'esecuzione penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3, 887B.

<sup>729</sup> Si suggerisce, a tal proposito, una tendenziale trasformazione delle circostanze in criteri di commisurazione, entro la cornice edittale di base. Così G. AMARELLI, *Caratteri e limiti della disciplina delle circostanze del reato*, in AA.VV., *Quale riforma del codice penale?*, Napoli, 2009, 187. Ove si ravvisi l'opportunità di variazioni significative della stessa cornice edittale, si potrebbero prevedere autonomi titoli di reato caratterizzati da uno specifico disvalore, per i quali sia possibile prevedere una cornice sanzionatoria non eccessivamente dilatata. Così, D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 2, 55, secondo il quale una buona politica penale richiederebbe «uno sfoltimento della foresta di fattispecie speciali e di circostanze». Si veda altresì R. BARTOLI, *Le circostanze «al bivio» tra legalità e discrezionalità*, in *Cass. pen.*, 2016, 5, 2254B, secondo cui non sembra

Quanto alla fase dell'esecuzione penale, una simile riforma dovrebbe consentire il recupero del rapporto di indissolubilità tra reato e pena, su cui risiede il vero rimedio alla crisi del sistema<sup>730</sup>: è più facile che pene adeguate al fatto commesso siano effettivamente eseguite, poiché non vi dovrebbe più essere la necessità di scongiurare l'applicazione di pene reputate eccessive, attraverso un distorto utilizzo degli strumenti dell'esecuzione penale<sup>731</sup>. Al tempo stesso, dovrebbe essere ridotto il problema del sovraffollamento carcerario<sup>732</sup>.

Come osservato in dottrina, sanzione ed esecuzione sono i due termini di un binomio geneticamente indissolubile: il risanamento dell'assetto penitenziario potrà considerarsi impresa sostenibile solo qualora a monte si sarà provveduto ad una compiuta ristrutturazione del complesso sanzionatorio. Assicurando una sostanziale continuità, tipologica e quantitativa, tra pena minacciata, pena irrogata e pena eseguita, tutto il sistema potrebbe trarre giovamento in termini di effettività<sup>733</sup>.

Per tutte queste ragioni una riforma complessiva del sistema sanzionatorio penale potrebbe aiutare a risolvere il problema da cui si è partiti, vale a dire a contenere la discrezionalità

---

possibile alcun ripensamento delle circostanze, senza incidere a monte sul sistema sanzionatorio. In argomento anche D. PULITANÒ, *Circostanze del reato. Problemi e prospettive*, in S. VINCIGUERRA, F. DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, 713.

<sup>730</sup> Invero, non si esclude che, a determinate condizioni, alla commissione del reato possa non seguire l'inflizione della pena, senza che ne risenta l'effettività del sistema repressivo. Così, in relazione ai reati in cui la tutela penale è al servizio di interessi privati, a rinforzo delle tecniche di deflazione processuale, qual è ad esempio la perseguibilità a querela, può essere sperimentata la proposta di ricorrere al risarcimento del danno come sanzione alternativa alla pena. Ma la rinuncia alla pena in concreto può avvenire anche in virtù dell'operatività di istituti sospensivi, che andrebbero rigorosamente circoscritti ai c.d. delinquenti primari (incensurati), colpevoli di reati non gravi. Così F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, cit. L'Autore richiama poi l'eventualità in cui il giudice si astenga dall'infliggere la pena, quando il reo abbia subito gli effetti pregiudizievoli del reato in misura e forma tale che l'applicazione della pena risulterebbe ingiustificata sia in rapporto alla colpevolezza che alle esigenze di prevenzione speciale.

<sup>731</sup> È chiaro che la disciplina della fase esecutiva è strettamente legata ai contenuti e alle caratteristiche di ogni singola tipologia sanzionatoria. Ad esempio, la pena detentiva – che, nel più generale progetto riformatore non dovrebbe più rappresentare la principale sanzione penale – potrebbe essere ripensata. O, per meglio dire, potrebbe essere ripensato il sistema dei benefici e delle misure alternative, dando spazio ai principi – di gradualità, offensività, emenda – che la Corte costituzionale ha espresso nelle sentenze viste. Cfr. F. FIORENTIN, *Cosa resta della pena? La certezza della pena nella fase dell'esecuzione penale*, cit. In argomento, si veda anche F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, cit., che propone l'articolazione dell'esecuzione delle pene detentive in ideali frazioni temporali, differenziate per contenuto e ordinate per decrescente afflittività.

<sup>732</sup> Cfr. T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *La resistibile ascesa della sospensione condizionata nel panorama dei benefici penitenziari*, cit. Le inadeguatezze del sistema sanzionatorio devono essere risolte nella sede opportuna, vale a dire quella del diritto penale sostanziale e processuale. In questo modo, gli istituti tipici della fase dell'esecuzione penale si mantengono coerenti con i propri scopi e se ne evita una impropria finalizzazione.

<sup>733</sup> L'astratta minaccia del legislatore a nulla serve se in concreto la pena non viene in effetti applicata e scontata. Cfr. F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, cit. A detta dell'Autore non par dubbio che l'istanza di effettività della pena privilegia la prevenzione generale quale funzione della pena.

giudiziale<sup>734</sup>. E ciò avverrebbe senza l'introduzione di insofferenti automatismi sanzionatori, bensì attraverso una maggiore differenziazione già in sede normativa del compendio punitivo.

Ciò detto, si è consapevoli che ogni sforzo di migliorare la legislazione al fine di imporre ai giudici una certa e uniforme applicazione del diritto non è del tutto risolutivo: al giudice resterà sempre un margine di discrezionalità – o, come afferma taluno, di «creatività giurisprudenziale»<sup>735</sup> –. Questo limite non deve però portare né a rinunciare a migliorare la tecnica normativa, né ad abbandonare i postulati della legalità tradizionalmente intesa.

Preso atto di ciò, al fine di dare maggiore certezza al diritto, occorre agire anche al livello della *law in action* nei termini che si vedranno di seguito.

## 5. LE RICADUTE NEL CAPITOLO DELLA TEORIA GENERALE DELLE FONTI: IL RUOLO ODIERNO DEL GIUDICE PENALE ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA DI STRASBURGO E LA RISCOPERTA DEL RUOLO DELLA MOTIVAZIONE

5.1. Le ripetute eccezioni di legittimità costituzionale prospettate con riguardo alle preclusioni analizzate dimostrano l'insuccesso dei tentativi volti a recuperare momenti di rigidità nella disciplina della commisurazione e dell'esecuzione della pena.

Svincolata l'applicazione degli istituti punitivi da automatismi discriminanti, ne esce valorizzato il principio della individualizzazione della pena ed esaltata la figura del giudice.

Si è aperto il presente lavoro affermando che il potere attribuito al giudice penale non è altro che la conseguenza scaturente dalla difficoltà, sul piano legislativo, di fissare tutte le strutture di disvalore del fatto. Pur restando corretta tale asserzione, si può a questo punto aggiungere, in forza dell'analisi svolta, che la discrezionalità penale non si riduce solo a quello. Essa rappresenta una coerente scelta di politica criminale orientata ad un trattamento individualizzato (artt. 3 e 27 Cost.). Il riconoscimento della discrezionalità al giudice penale in ordine all'individualizzazione della concreta sanzione che il reo dovrà scontare per il reato commesso si atteggia a strumento con il quale il legislatore «delega» il giudice a proseguire la sua opera.

Questa attività di «completamento» del diritto di matrice legislativa ad opera della giurisprudenza rispecchia quanto accade a livello più generale con riferimento all'interpretazione del precetto penale. A questo proposito, negli ultimi anni, si è assistito

---

<sup>734</sup> Cfr. F. FIORENTIN, *Cosa resta della pena? La certezza della pena nella fase dell'esecuzione penale*, cit. L'Autore osserva che soltanto un'organica riforma sarebbe in grado di scongiurare l'introduzione di contraddittori provvedimenti normativi, oscillanti tra un'accentuata forma di garantismo – emblematico il caso del c.d. indultino – e una draconiana severità che annichilisce ogni forma di discrezionalità del giudice, fino a rinnegare i principi di individualizzazione del trattamento sanzionatorio e della finalità rieducativa della pena – è il caso, come ampiamente visto, della legge c.d. ex Cirielli –.

<sup>735</sup> Cfr. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2007, XIV.



all'emergere di una tendenza volta alla rilettura, in chiave convenzionale, del principio di legalità e dei suoi corollari<sup>736</sup>.

Com'è noto, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, all'art. 7, recita «(n)essuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso».

Il testo della norma, apparentemente simile al nostro art. 25, secondo comma, Cost., rivela, in realtà, una profonda differenza di approccio<sup>737</sup>. Ciò in quanto alla logica dell'art. 7 Cedu è estraneo il principio di separazione dei poteri legislativo e giudiziario, che, viceversa, costituisce una delle anime della riserva di legge riconosciuta dall'art. 25 Cost. Ciò si spiega facilmente se si considera che, tra i firmatari della Convenzione, vi sono Stati con ordinamenti di *common law* che conoscono reati di pura creazione giurisprudenziale. Escluso il riferimento a tale ideale illuminista, il fuoco della tutela apprestata dall'art. 7 Cedu si ritiene risieda nell'interesse dell'individuo ad essere tutelato contro un esercizio del potere punitivo che non sia per lui prevedibile e calcolabile nell'*an* così come nel *quantum*<sup>738</sup>. In altri termini, ciò che interessa ai fini del rispetto della norma convenzionale sono l'accessibilità (o conoscibilità) del precetto e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie, a nulla importando la fonte dalla quale esse provengono (legislativa o giurisprudenziale)<sup>739</sup>.

---

<sup>736</sup> In argomento, F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità «costituzionale» vs. legalità «convenzionale»?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 aprile 2017; FR. MAZZACUVA, *La legalità come «diritto fondamentale». Ragioni e implicazioni del nullum crimen nella giurisprudenza evolutiva della Corte europea*, Doctoral Thesis, Università degli Studi di Parma, 2012, in *dspace-unipr.cineca.it*.

<sup>737</sup> F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità «costituzionale» vs. legalità «convenzionale»?*, cit., 3. L'Autore afferma che, di fronte a un concetto di legalità penale come quello europeo così diverso da quello nazionale, l'alternativa è «alzare un muro o spalancare le porte»; in mezzo, una serie potenzialmente infinita di soluzioni intermedie, miranti alla «ricerca di accettabili compromessi, in un complicato gioco di equilibri e bilanciamenti». L'Autore ritiene che i due fasci di garanzie sottesi alla legalità penale – di fonte rispettivamente convenzionale e costituzionale – non devono essere considerati come antinomici ma piuttosto come complementari, alla luce del criterio della massimizzazione delle garanzie dei diritti fondamentali e dell'innalzamento complessivo del livello di tutela dell'individuo nei confronti della potestà punitiva statale.

<sup>738</sup> Il principio di certezza del diritto si traduce nella necessità che ogni consociato sia posto nella condizione di valutare e prevedere, in base alle norme generali dell'ordinamento, le conseguenze giuridiche di una certa condotta. Esso postula, quindi, l'accessibilità e la prevedibilità dell'applicazione normativa. Si tratta, com'è intuibile, di un valore al quale lo Stato deve necessariamente tendere per garantire la libertà dell'individuo e l'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge. Cfr. voce *Certezza del diritto*, Enciclopedia Treccani, *www.treccani.it*. La certezza del diritto costituisce altresì un corollario fondamentale dello Stato di diritto (*rule of law*), nella misura in cui garantisce la stabilità delle decisioni giudiziarie, che è a sua volta condizione essenziale della fiducia dei consociati nel sistema giudiziario e della credibilità complessiva della giustizia penale.

<sup>739</sup> Per approfondimenti sul ruolo della giurisprudenza oggi, si veda M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 3, 13; F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 3, 4.

Accessibilità e prevedibilità – parole chiave della giurisprudenza di Strasburgo – sono costantemente declinate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con riferimento non solo alla disposizione legislativa che prevede precetto e sanzione, ma anche alla giurisprudenza nazionale<sup>740</sup>. Quest'ultima, nella misura in cui precisa il significato della norma all'atto della sua concreta applicazione, dà luogo alla formazione di precedenti che valgono ad orientare tanto la giurisprudenza successiva, quanto il comportamento dei consociati che vi ripongono, appunto, un legittimo affidamento<sup>741</sup>.

Da queste constatazioni si possono ricavare due conclusioni. In primo luogo, l'attribuzione di poteri discrezionali al giudice penale non cozza con il principio di legalità convenzionalmente inteso, posto che secondo la Corte di Strasburgo anche la giurisprudenza costituisce «diritto». In secondo luogo, è lecito ritenere che queste conclusioni valgano non solo con riguardo alla definizione dei confini del precetto penale, ma anche con riferimento alla determinazione della sanzione<sup>742</sup>. In altre parole, quando il giudice decide che un determinato reo, autore di un

---

<sup>740</sup> Attraverso l'interpretazione, il giudice – lungi dall'essere mera *bouche de la loi* – prosegue e completa l'attività normativa del legislatore, definendo il preciso contenuto della norma da applicare nel caso concreto. Così facendo, a ben vedere, la giurisprudenza svolge, di fatto, una funzione para normativa, anche in una materia (come quella penale) dominata dalla riserva di legge. I prodotti normativi della giurisprudenza restano, beninteso, subordinati gerarchicamente alla legge, al cui metro possono essere falsificati in caso di incompatibilità: non a caso si parla, come visto nel capitolo primo, di discrezionalità vincolata del giudice penale. Ma, nell'ambito dei confini segnati dai possibili significati letterali di tali disposizioni, i giudici restano di fatto liberi di elaborare soluzioni interpretative che possono essere di volta in volta apprezzate e, se del caso, criticate nella loro maggiore o minore persuasività. Si tratta di interpretazioni che si cristallizzano in autentiche proposizioni normative, nella forma di regole di giudizio (generali e astratte) di formazione giurisprudenziale, idonee ad operare come criteri per la decisione di casi futuri. Così, F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 25.

<sup>741</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 12. L'Autore ricorda che la Corte di Strasburgo riconosce nei fatti alla giurisprudenza penale nostrana un «ruolo conformativo» del precetto penale, attribuendole, correlativamente, la responsabilità di orientare in tal modo la condotta dei consociati, i quali avranno un preciso diritto di fare affidamento sull'interpretazione del precetto medesimo fornita dalla giurisprudenza, regolando di conseguenza il proprio comportamento, senza rischiare di essere sorpresi *ex post* da un'interpretazione della norma non prevedibile a proprio danno, come da ultimo ribadito dalla Corte eur. dir. uomo, sent. 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, ric. n. 66655/13, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), § 67–75, con nota di F. VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte edu*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 26 aprile 2016. Sul punto anche A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit., XIII: «la legalità non va considerata e “misurata” solo con riferimento alla law in the books (ovvero nel diritto dei libri), ma anche (e forse soprattutto) con riferimento alla law in action (ovvero al diritto “in azione”): è nel c.d. “diritto vivente” che la legge penale si applica ai cittadini, ed è in quella fase che essa deve assicurare la certezza del diritto».

<sup>742</sup> Secondo la giurisprudenza di Strasburgo, prevedibile non dev'essere solo la generica illiceità della condotta, ma anche la sua specifica rilevanza penale. Non solo: prevedibile deve essere anche il tipo di pena e la quantità di pena che potrà essergli inflitta in caso di commissione del fatto. La conoscibilità/prevedibilità non investe, dunque, soltanto, la parte precettiva della norma penale, ma anche le conseguenze sanzionatorie. Particolarmente illustrativo in questo senso il caso *Kafkaris c. Cipro*, del 2008, in cui la violazione dell'art. 7 Cedu viene riconosciuta per avere lo Stato resistente modificato *ex post facto* le norme sull'esecuzione della pena dell'ergastolo – già legittimamente comminabile per il fatto di cui il ricorrente si

determinato fatto, sia meritevole di una determinata pena, finisce per creare un precedente che, secondo gli insegnamenti della giurisprudenza europea, diventa «diritto», capace di condizionare in qualche misura sia le decisioni future su casi simili, sia l'aspettativa della collettività (oltre che, certamente, alle aspettative dell'imputato e della vittima del reato)<sup>743</sup>. Anche questo «diritto», alla pari di quello di origine parlamentare, è soggetto ai canoni dell'accessibilità e della prevedibilità<sup>744</sup>.

Quello che si vuole dire non è che, per effetto dell'influsso convenzionale, nel nostro ordinamento si sia realizzato un mutamento di sistema da *civil law* in *common law*, ma che, nell'esercizio della discrezionalità, riconosciuta e ammessa dalla legge, il giudice finisce per creare «diritto» nei termini appena visti<sup>745</sup>.

---

era reso responsabile –, che era stata così di fatto trasformata da pena potenzialmente temporanea (stante l'ammissibilità di una liberazione condizionale dopo vent'anni di esecuzione della pena, sulla base della normativa vigente al momento del fatto) a pena effettivamente perpetua, salvi casi eccezionali rimessi alla discrezionalità del potere politico. Cfr. C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 12 febbraio 2018, *Kafkaris c. Cipro*, ric. n. 21906/04, § 140, in [www.osservatoriocedu.eu](http://www.osservatoriocedu.eu). Dal momento poi che la prevedibilità della pena (nel suo concreto *quantum*, oltre che nella sua tipologia) dipende anche dall'interpretazione fornita dalla giurisprudenza delle norme in materia di esecuzione, la Corte di Strasburgo è giunta più di recente ad affermare, nel caso già menzionato nel capitolo terzo *Del Rio Prada c. Spagna*, che lo stesso condannato ha un diritto, discendente dall'art. 7 Cedu, a essere tutelato contro mutamenti *in peius* della giurisprudenza relativa, come quello verificatosi nel caso di specie in cui, per effetto di un mutamento della lettura da parte del Tribunal Supremo spagnolo del combinato disposto di alcune norme in tema di esecuzione della pena detentiva e di liberazione anticipata in cambio della prestazione di lavoro intramurario, una condannata per gravissimi delitti di terrorismo si era vista improvvisamente posticipare, a quadro normativo invariato, di ben nove anni il momento della liberazione anticipata. Si veda C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. n. 42750/09, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 30 ottobre 2013.

<sup>743</sup> In argomento, A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit., XIV. Secondo l'Autore, «una qualche vincolatività del precedente giudiziale pare un'arma importante al fine di ridurre i contrasti giurisprudenziali e dunque di ridare certezza al diritto (penale): il precedente ha infatti la capacità di ritagliare delle *sottofattispecie* (all'interno delle fattispecie legali), che sono costituite dal caso deciso, considerato come caso ripetibile e in qualche modo generalizzabile; la *sottofattispecie* è molto più precisa della fattispecie come definita nella legge, e ha maggiori capacità di imporsi con chiarezza nelle decisioni successive». Sul tema si veda altresì G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-istituzionale*, in AA.VV., *Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro*, Padova, 2001, 41 ss.; ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, 3 ss.; M. DONINI, *Lo «ius commune» di un sistema policentrico*, in M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, 141 ss. Sul ruolo del precedente nel diritto penale, G. COCCO (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Padova, 2005.

<sup>744</sup> A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit., XVI. Se si parte dalla premessa che anche la giurisprudenza è fonte del diritto penale, sorge la necessità di introdurre qualche meccanismo a livello di *law in action* al fine di dare maggiore certezza al diritto penale. Secondo l'Autore tale meccanismo consisterebbe nell'attribuire valore di precedente vincolante alle sentenze della Cassazione.

<sup>745</sup> A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit., XV. Secondo l'Autore, «*de iure condito* il precedente da noi non è vincolante»; egli sottolinea però l'importante ruolo nomofilattico della Corte di Cassazione, che contribuisce a dare maggiore certezza alla *law in action*.

Calando questo ragionamento nel tema oggetto della presente ricerca, si può affermare che la pena che è legittimo attendersi per aver commesso un dato reato – oltre a rispettare quanto stabilito dalla legge – deve essere coerente con precedenti decisioni pronunciate in casi simili. Del resto, è innegabile constatare come, anche i giudici italiani, quotidianamente si confrontino, nel decidere un caso concreto, con le regole di giudizio enunciate in precedenti giurisprudenziali relativi a casi simili<sup>746</sup>.

In definitiva, la certezza della pena, oggi, non significa annullamento della discrezionalità giudiziale, ma prevedibilità del *quomodo* e del *quantum* di pena nella sua previsione legislativa così come nella sua applicazione giurisprudenziale<sup>747</sup>.

Stante quanto detto, si coglie l'importanza del ruolo attribuito alla giurisprudenza penale nostrana: un ruolo «con-formativo» della norma penale<sup>748</sup>. Ecco perché è ancora più rilevante la questione di come l'autorità giurisdizionale eserciti il potere discrezionale ad essa attribuito.

5.2. L'esaltazione della figura del giudice va di pari passo con l'esigenza di controllare il potere da egli esercitato.

Si è già detto nel primo capitolo del rischio – in assoluto non scongiurabile – che il giudice, nell'esercitare il suo potere, si lasci influenzare da personali convinzioni. Pur configurata come una discrezionalità vincolata, l'attività del giudice non pare, in effetti, del tutto depurabile da ogni componente di politicità, oltre che d'intuitività<sup>749</sup>.

Non si tratta di una questione nuova. Essa è stata affrontata, nel corso del tempo, sotto diversi profili che vanno dalla ricerca di «buoni operatori»<sup>750</sup>, all'individuazione del più corretto

---

<sup>746</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 26. L'Autore osserva che, in questo modo, accade qualcosa di molto simile a quanto avviene negli ordinamenti di *common law*, sia pure con l'importante precisazione che tali regole non sono giuridicamente vincolanti per il giudice italiano, di legittimità o di merito, il quale è formalmente sottoposto soltanto alla legge, in forza del disposto dell'art. 101, secondo comma, Cost. In termini analoghi, A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit., XV: «il nostro è un sistema di *civil law*, ma, d'altra parte, le differenze fra sistemi penali di *common law* e di *civil law* si vanno sempre più assottigliando».

<sup>747</sup> T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, 369: non è «meccanizzando» il giudice che si può risolvere il problema, ma attraverso la riduzione a ruolo residuale delle componenti irrazionali presenti nella commisurazione della pena.

<sup>748</sup> Parla di ruolo «con-formativo» della giurisprudenza F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 12.

<sup>749</sup> Cfr. A. CASAPULLA, *Pena e potere discrezionale del giudice: obbligo motivazionale ex art. 132 cod. pen.*, in *www.altalex.it*, 2 aprile 2013. Che l'intuizione abbia un ruolo rilevante nell'attività intellettuale dell'uomo – e quindi anche del giudice – non si può certo negare: Harald Höffding diceva che l'intuizione è la base di ogni giudizio e di ogni ragionamento logico. Cfr. H. HÖFFDING, *Les bases psychologiques des jugements logiques*, in *Revue philosophique*, 1901, 350, richiamato da T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, cit., 394.

<sup>750</sup> Come scriveva John Hogarth «in ultima analisi, le buone sentenze dipendono dai buoni giudici». Cfr. J. HOGARTH, *Sentencing as a human process*, Toronto, 1971, 338. Già da tempo, infatti, si manifesta una

metodo di esercizio della discrezionalità<sup>751</sup>, passando attraverso l'idoneità degli strumenti valutativi a disposizione del giudice<sup>752</sup>. Al di là delle diverse proposte formulate, punto fermo

---

particolare attenzione alla formazione dei giudici: questi dovrebbero essere il più possibile specializzati e continuamente aggiornati. Si vedano i riferimenti riportati da T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, cit., 382 e 387. L'Autore ricorda come viene descritta l'immagine del «giudice ideale» da Sabatier, da Gorphe, da Hellwig, da Pascal, da Schiller. Hogarth avvertiva che «se una scarsa conoscenza è pericolosa per la maggior parte delle persone, sembra che questo sia particolarmente vero per il *sentencing* dei giudici e magistrati». Cfr. J. HOGARTH, *Sentencing as a human process*, cit., 390. Non si può che condividere tale pensiero, specialmente considerando gli effetti che le decisioni del giudice penale possono avere non solo sul patrimonio ma sulla stessa libertà personale dell'individuo. Come suggeriva Tullio Delogu, nel 1976, la formazione del giudice penale «non deve consistere solo nel fornirgli conoscenze, ma anche nel potenziare le capacità di percezione, la sensibilità umana e l'abilità critica del magistrato». Cfr. T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, cit., 392 e 403: la «grammatica» e la «pratica» non sono da sole sufficienti a fare di un giudice un «buon giudice», ma è necessaria anche l'«umanità» che gli consenta di superare l'inevitabile astrattismo della legge, per puntualizzarla in capo al singolo uomo. «E così nessuno può essere buon giudice se non possiede quel senso di giustizia che lo porta a percepire perché ed in quale misura quel reato e quel reo si distacchino dai tipi legali astratti e da ogni altro reo ed ogni altro reato concreto; a questo infatti si riduce l'essenza finalistica del potere discrezionale del giudice penale». L'Autore riconosce che «questo senso della giustizia distributiva nessuna accademia, nessun corso di specializzazione può dare a chi non ne sia fornito; tali strumenti potranno al massimo affinarlo».

<sup>751</sup> Nell'ottica di incentivare una corretta attuazione del sistema e, in particolare, favorire l'obiettivo di uniformità di trattamento e semplificazione delle procedure, pare opportuno adottare protocolli e modelli istruttori comuni ai diversi tribunali e uffici di sorveglianza. In questo senso F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 17, il quale constata un'istintiva resistenza opposta dai giudici a qualsiasi prospettiva di introduzione di linee guida o criteri uniformi di commisurazione, anche per i reati di più frequente applicazione per i quali, pure, sarebbe certamente pensabile la standardizzazione di criteri commisurativi in relazione a indicatori oggettivi o soggettivi di non difficile enucleazione. Si pensi alla materia paradigmatica degli stupefacenti, dove la determinazione della pena da parte del giudice dipende in effetti da un numero assai ristretto di criteri, facilmente generalizzabili: qualità e quantità della sostanza, occasionalità o professionalità nella commissione del fatto, assenza o presenza di precedenti. In presenza di quadri edittali ampiamente divaricati – come la reclusione «da sei a venti anni» prevista dall'art. 73, comma 1, l. stup. nella versione antecedente alla sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale –, l'assenza di criteri *standard* di determinazione della sanzione conduce, di fatto, all'impossibilità di prevedere il *quantum* di pena che sarà inflitta al singolo imputato ovvero la pena che sarà ritenuta congrua in sede di patteggiamento, «almeno sino a che non si sappia a quale giudice finirà il fascicolo: giacché solo in quel momento sarà possibile fare ragionevole affidamento sulla personale scala sanzionatoria da quel giudice elaborata, e – si spera – da lui o da lei applicata in modo coerente nei singoli casi concreti». Con conseguenti evidenti disparità di criteri commisurativi tra un magistrato e l'altro nello stesso ufficio, che aumentano esponenzialmente allorché si confrontino le prassi sanzionatorie di diversi uffici giudiziari appartenenti allo stesso distretto. Che cosa accada poi su scala nazionale, nessuno lo può seriamente immaginare, posto che dalla lettura delle sentenze di cassazione spesso accade di non vedere neppure menzionata l'entità della pena inflitta al ricorrente dai giudici di merito. In argomento anche F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, cit., 414 ss.: egli denuncia che «tanto la meritevolezza, quanto l'immeritevolezza del detenuto dipendono soprattutto da valutazioni discrezionali, se non opinabili, del giudice dell'esecuzione, con la conseguenza di possibili oscillazioni prasseologiche in ragione non solo delle diverse aree geografiche, ma degli stessi frangenti storici». Per risolvere queste oscillazioni, la relazione del Tavolo tematico n. 16, cit., 14, propone che sia il CSM a favorire, sinergicamente, la diffusione e l'adozione di tali modelli, nel richiamo alla regola delle «buone prassi», favorita da tempo presso i magistrati di sorveglianza, sulla base delle delibere del 24 luglio 2013 e 23 gennaio 2014.

resta la necessità di controllare l'operato del giudice e il principale strumento che si ha a disposizione nel fare questo è il testo del provvedimento da egli adottato.

Come affermato nel primo capitolo, spetta alla motivazione della sentenza il compito di garantire il retto esercizio della discrezionalità<sup>753</sup>. Essa è tradizionalmente definita come il «processo verbale» nel quale il giudice dà contezza del procedimento logico-giuridico attraverso cui egli è arrivato al dispositivo. Il pericolo di applicazioni indiscriminate è inversamente proporzionale all'impegno valutativo ed argomentativo del magistrato. È dalla motivazione della sentenza che si desume se il giudice ha agito *secundum leges - rectius*, secondo il «diritto» - e non già facendosi più o meno influenzare da *stress* emozionali e pregiudizi<sup>754</sup>.

Per queste ragioni è certamente auspicabile un recupero del ruolo svolto dalla motivazione della sentenza<sup>755</sup>. Ciò tanto al momento della commisurazione della pena, quanto in fase di

---

<sup>752</sup> Le persistenti inadempienze normative su questo fronte provocano una stortura nel sistema dell'esecuzione. In argomento, A. MARGARA, *Il problema della discrezionalità nelle decisioni della magistratura di sorveglianza*, in *Quaderno n. 46. La magistratura di sorveglianza e il nuovo codice di procedura penale*, Roma, 1989, [www.csm.it](http://www.csm.it), 213. Ciò specialmente in sede di esecuzione, ove la magistratura di sorveglianza deve poter valutare il grado di pericolosità sociale del condannato, onde decidere se concedere, o meno, le misure extramurarie. In questo senso F. FIORENTIN, *Cosa resta della pena? La certezza della pena nella fase dell'esecuzione penale*, cit. L'Autore denuncia la difficoltà, per il giudice di sorveglianza, di acquisire risultanze istruttorie adeguatamente approfondite sui profili decisivi ai fini della valutazione della pericolosità sociale dei condannati, atteso che le relazioni trasmesse da parte degli operatori (G.O.T., U.E.P.E., Ser.T.) non risultano spesso proficue all'indagine sul percorso di revisione critica del soggetto rispetto ai reati commessi, e «ciò accresce l'intrinseca fragilità connaturata al giudizio prognostico circa il pericolo di recidiva espresso dal giudice di sorveglianza, fondato sulla personalità del condannato». L'Autore propone, oltre che una maggiore completezza delle relazioni predisposte da questi operatori, il coinvolgimento della vittima del reato nel procedimento di applicazione dei benefici penitenziari.

<sup>753</sup> In prospettiva comparata, si consideri come nell'ordinamento statunitense, caratterizzato dal «*determinate sentencing*», la motivazione assume un ruolo fondamentale solo quando il giudice si discosta dalle *guidelines* elaborate dalla *Sentencing Commission*. Solo in quel caso, la sentenza può essere appellata, sotto il profilo sanzionatorio, per «*reasonableness*». In tutti gli altri casi, se il giudice si attiene al c.d. «*guidelines range*» emergente dall'intersezione tabellare dei due parametri di riferimento («*offense level*» e «*criminal history category*»), non occorre alcuna motivazione e la pena può considerarsi ragionevole. Per approfondimenti, F. MANFREDI, *Dall'indeterminate sentencing alle riforme degli anni Duemila*, cit.

<sup>754</sup> Sul punto anche V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, IV, Torino, 1972, 545: «la motivazione non costituisce soltanto una garanzia per l'individuo, ma altresì per lo Stato, in quanto a questo interessa che la sua volontà superiore sia esattamente applicata e che la giustizia sia correttamente amministrata. Il giudice stesso viene assicurato, mediante l'adempimento dell'obbligo della motivazione, contro il sospetto d'arbitrio, di parzialità o d'altra ingiustizia». Si veda altresì T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, cit., 394. L'Autore scrive che la motivazione serve anche ad altro: «la motivazione dovrebbe servire anche allo stesso giudice per controllare l'esattezza dei ragionamenti attraverso i quali arriva a cristallizzare nel provvedimento la scelta operata di fronte alle possibilità alternative contenute nella sua discrezionalità, e renderlo così sicuro di agire in conformità degli scopi cui essa tende».

<sup>755</sup> Ulteriore momento di garanzia è dato dalla collegialità del giudice, assicurata per le fattispecie più gravi e, sempre, in sede di impugnazione. Oltre a costituire una garanzia sotto il profilo dell'indipendenza, dell'imparzialità e della terzietà del giudice, la collegialità, per quanto qui interessa, assicura un più elevato livello di conduzione del processo in tutte le sue fasi, compresa quella decisoria e di redazione della sentenza. La decisione sarà, infatti, il frutto di un'attività di studio e confronto reciproco dei giudici che

esecuzione. La motivazione, come già ricordato, rappresenta il «guardiano logico» della certezza del diritto e della calcolabilità della decisione.

Certo è che l'attività di motivazione non è sempre facile, specialmente quando si tratta di dar conto del perché si sia deciso proprio quel determinato *quantum* di pena stabilito in sentenza. Parimenti è certo che mai si chiederà al giudice di dimostrare che il *quantum* di pena da lui inflitto corrisponda, con matematica proporzione, al *quantum* di reato<sup>756</sup>. Quello che si pretenderà, invece, è che egli provi che la sua scelta rientra nei confini stabiliti dal legislatore e che il *quantum* di pena inflitto si indirizza verso l'alto o verso il basso della cornice edittale di riferimento in ragione degli specifici elementi fattuali emersi nel corso del giudizio (elementi riconducibili a quelli indicati nell'art. 133 cod. pen.). Ciò è sufficiente ma, al tempo stesso, necessario e indispensabile. La motivazione, appunto, deve esserci sempre, a prescindere dall'entità della pena irrogata (quindi anche quando la pena si avvicina al minimo edittale) e deve essere esplicita<sup>757</sup>. Come ricordato, infatti, essa non risponde esclusivamente ad un'esigenza di garanzia per l'imputato ma persegue anche uno scopo di giustizia nell'interesse generale. La dichiarata necessità di una motivazione, magari concisa ma sufficiente ai fini del controllo della legittimità e della fondatezza dell'esercizio del potere, altro non è che un chiaro richiamo al rispetto del principio di certezza e prevedibilità del diritto<sup>758</sup>.

E qui si torna a quanto prima detto. Attraverso la motivazione si controlla la calcolabilità della decisione nei confronti di un determinato imputato che ha commesso un altrettanto determinato

---

compongono il collegio, con notevole riduzione del rischio di incursioni di fattori irrazionali e intuitivi del singolo giudice. Si precisa che la collegialità è auspicabile ma non è un principio costituzionalmente garantito. L'opportunità di affidare la decisione giurisdizionale a un giudice collegiale o monocratico è un problema non certamente nuovo e costituisce una *vexata quaestio* molto dibattuta fra gli studiosi del processo penale e civile. Per approfondimenti, si veda S. LONATI, *Il procedimento penale davanti al tribunale in composizione monocratica: aspetti problematici e soluzioni interpretative*, Torino, 2017. Discorso a parte merita il processo penale minorile, rispetto al quale, recentemente, la Corte cost., sent. 12 – 22 gennaio 2015, n. 1, in *www.giurcost.org*, ha ribadito la necessità della composizione collegiale anche nel rito abbreviato. Per un commento, G. LEO, *La Corte costituzionale «stabilizza» l'investitura del giudice collegiale per il rito abbreviato nei confronti dei minorenni*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29 gennaio 2015.

<sup>756</sup> D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2010, 536 afferma che l'idea della pena «giusta» è un mito e che quella del «giudicare» è, tra tutte le attività dell'uomo, quella più difficile e insondabile.

<sup>757</sup> La determinazione della pena per il reato accertato rappresenta soltanto il primo passo che il giudice deve compiere; ad esso si aggiungono le scelte in ordine al concorso di circostanze, alla concessione di attenuanti generiche, alla recidiva, alla sospensione condizionale, e così via. Ognuna di queste decisioni si articola autonomamente partendo da considerazioni non necessariamente coincidenti, e devono essere, perciò, motivate. Ed è perciò che non vi è contraddizione nel concedere le attenuanti generiche, ma al contempo applicare la pena in misura superiore al minimo e negare il beneficio della sospensione condizionale della pena. Mancando uno schema sillogistico unitario, valido per tutti i punti della decisione, la motivazione dovrà essere sempre necessariamente esplicita. Cfr. T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, cit., 398.

<sup>758</sup> Cfr. T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, cit., 402. Traslando tale assunto nel presente lavoro, si può dire che a venire in rilievo è, in particolare, l'esigenza di certezza della pena dal momento dell'irrogazione a quello dell'esecuzione sino alla sua estinzione.

reato: date certe premesse, se esse sono esatte e il giudice si attiene ai parametri–limite che regolano il suo potere discrezionale, la sua argomentazione non può che portare ad una decisione data<sup>759</sup>.

Un giudice attento al valore della prevedibilità e consapevole, al tempo stesso, della funzione di precedente che potrebbe assumere la propria decisione dovrebbe sempre sforzarsi di enunciare in termini generali e astratti la *regula iuris* che sostiene la sua decisione, nonché di conferire a tale regola contorni il più possibile precisi, in modo che essa possa candidarsi a fungere da criterio praticabile per future decisioni di casi simili da parte di altri giudici<sup>760</sup>.

Se la prevedibilità della decisione giudiziale è un valore – funzionale, come si è visto, alla tutela di interessi individuali e collettivi –, allora è del tutto consequenziale che tutti gli attori istituzionali dell'ordinamento debbano farsi carico della sua promozione. A cominciare, per l'appunto, dai giudici comuni, di legittimità e di merito, sui quali incombe in definitiva la maggiore responsabilità nell'assicurare, nella pratica, che il diritto penale abbia contorni certi e, pertanto, ragionevolmente prevedibili da parte dei suoi destinatari<sup>761</sup>.

5.3. Si rende opportuna un'ultima, forse scontata, precisazione. L'attribuzione al giudice di un potere discrezionale non dovrebbe tradursi né in un *favor* per l'individuo né, di contro, in un abbassamento degli *standard* di garanzia per lo stesso. Mi spiego: il coinvolgimento del giudice nell'attuazione di principi cruciali per l'ordinamento giuridico dovrebbe – per quanto appena detto – responsabilizzare maggiormente il potere giudiziario, in direzione opposta a quanto accade con l'introduzione di automatismi sanzionatori. Questi ultimi, in effetti, oltre a sottrarre discrezionalità al giudice, lo liberano dal peso di una scelta che viene ricollocata a livello legislativo. Ciò ne riduce fortemente la responsabilità – e, prima ancora, l'onere motivazionale – di fronte al singolo condannato e all'intera collettività<sup>762</sup>. Tale responsabilità viene, di contro,

---

<sup>759</sup> Cfr. T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, cit., 403. Emblematica, in proposito, è la posizione di Beccaria che, proprio per contrastare la prassi basata sull'arbitrio, nega al giudice la possibilità di interpretare la legge. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Aonia edizioni, 2013, 27: «In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto o voglia fare anche due soli sillogismi, si apre la porta all'incertezza. Non vi è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni».

<sup>760</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 27; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit., XVII. L'Autore auspica lo sviluppo della «cultura del precedente» senza la quale ogni sforzo della giurisprudenza di contribuire alla legalità *in action* sarebbe destinato al fallimento.

<sup>761</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 43.

<sup>762</sup> V. GREVI, *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, in V. GREVI (a cura di), *Processo penale e criminalità organizzata*, Bari, 1993, 10–11. L'Autore ricorda – ancorché con riferimento agli automatismi introdotti nell'ambito delle misure cautelari (art. 275 cod. proc. pen.) – come la riduzione del potere discrezionale del giudice fosse stata valutata positivamente dagli ambienti



recuperata nel momento in cui si riassegna al giudice la funzione sua propria: quella di ponderare la situazione e decidere.

In altre parole, alla fiducia che il sistema penale ripone nell'autorità giudiziaria di volta in volta investita della competenza a decidere, deve corrispondere una seria assunzione di responsabilità da parte di quest'ultima. E così, di fronte a casi di comprovata gravità e recrudescenza, il giudice deve avere il coraggio di comminare una sanzione che si colloca verso il massimo edittale ovvero di negare un beneficio penitenziario se non si registra alcun ravvedimento nel detenuto. Viceversa, dinnanzi a fatti che, per quanto fastidio o dispiacere possano causare, sono espressione di una gravità meno marcata, il giudice deve poter quantificare la pena in misura inferiore. In altri termini, il giudice deve esercitare realmente il potere discrezionale attribuito, comminando sanzioni quantitativamente diverse ovvero concedere o negare il beneficio richiesto, a seconda dei casi esaminati.

---

giudiziari al fine di predisporre, a favore dei magistrati, una sorta di «scudo normativo» che li ponesse al riparo dal pericolo di pressioni ed intimidazioni, soprattutto nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata.



## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1977
- AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Roma, 1994
- AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002
- AA.VV., *Il principio di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti europee*, Roma, 2013, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)
- AA.VV., *Gli Stati generali dell'esecuzione penale visti dall'Osservatorio Carcere dell'Unione delle Camere Penali Italiane*, Pisa, 2016
- A. ABUKAR HAYO, *L'affidamento in prova al servizio sociale e il presupposto della regolarità del soggiorno dello straniero nel territorio dello Stato*, in *Cass. pen.*, 2006, 3127
- A. ACCONCI, *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1994, 837
- A.S. AGRÒ, *Contributo ad uno studio sui limiti della funzione legislativa in base alla giurisprudenza sul principio costituzionale di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1967, 900
- A.S. AGRÒ, C. LAVAGNA, F.G. SCOCA, P. VITUCCI, *La Costituzione italiana annotata con la giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 1979
- C. AIELLO, voce *Liberazione condizionale*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990
- A. ALIBRANDI, *Sulla commisurazione e motivazione della pena*, in *Riv. pen.*, 1993, 537
- G. AMARELLI, *Caratteri e limiti della disciplina delle circostanze del reato*, in AA.VV., *Quale riforma del codice penale?*, Napoli, 2009, 187
- E. AMATI, *Bancarotta fraudolenta e durata delle pene accessorie: un dibattito ormai superato?*, in *Filo Diritto*, 15 settembre 2014
- G. AMATO, *La recidiva obbligatoria: illegittimità per i limiti automatici alle attenuanti generiche. Irragionevole neutralizzare la valenza positiva del comportamento successivo al reato*, in *Guida dir.*, 2011, 27, 57
- G. AMATO, *Più grave il reato commesso dal clandestino*, in *Guida dir.*, 2008, n. 32, 88
- E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997
- E. AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 181
- F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983
- F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1982
- E. ANTONINI, *Le novità del «pacchetto sicurezza» (prima parte)*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 1366
- E. APRILE, *Osservazioni a Corte cost. 14 aprile 2014, n. 106*, in *Cass. pen.*, 2014, 7-8, 2438
- E. APRILE, *Osservazioni a Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 239*, in *Cass. pen.*, 2015, 1, 141
- E. APRILE, *Osservazioni a Corte cost. 24 febbraio 2016, n. 74*, in *Cass. pen.*, 2016, 6, 2344
- E. APRILE, *Osservazioni a Corte cost. 5 aprile 2017, n. 142*, in *Cass. pen.*, 2017, 10, 3621
- E. APRILE, *Osservazioni a Corte cost. 7 giugno 2017, n. 179*, in *Cass. pen.*, 2017, 11, 3988

- E. APRILE, *Trattamento penale aggravato per lo straniero*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il decreto sicurezza (d.l. n. 92 del 2008 convertito con modifiche in legge n. 125 del 2008)*, Torino, 2008, 17
- S. ARDITA, *Il nesso tra immigrazione e criminalità nel dibattito su immigrazione e sicurezza*, in *Cass. pen.*, 2008, 1729
- S. ARDIZZONE, *Illegittimità costituzionale dell'applicazione provvisoria di pene accessorie ex art. 140 c.p.*, in *Il Tommaso Natale*, 1976, 603
- M.L. AVERSANO, *Il sovraffollamento carcerario (art. 3 CEDU)*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, 2016, 228
- G. AZZARITI, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, 241
- A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità in astratto*, in *Giur. cost.*, 1973, 1497
- A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, 653
- F. BALDASSARELLI, *Funzione rieducativa della pena e nuovo processo penale*, in *Riv. pen.*, 1990, 409
- A. BALSAMO, *La Corte europea, l'ergastolo e il «diritto alla speranza»*, in *Cass. pen.*, 2013, 12, 4672
- A. BARBIERI, *Commento art. 1, legge 1 agosto 2003 n. 207*, in *Leg. pen.*, 2004, 400
- P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1989
- G. BARONE, *La liberazione condizionale tra clemenza e rieducazione*, in *Ind. pen.*, 1977, 571
- G. BARONE, voce *Liberazione condizionale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 410
- V. BAROSIO, voce *Esecuzione penale*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 490
- R. BARTOLI, *La recidiva davanti allo specchio della Costituzione*, in *Arch. pen., Gli Speciali. La recidiva tra prassi e Costituzione*, 2011, 2
- R. BARTOLI, *Lettura funzionale e costituzionale della recidiva e problemi di razionalità del sistema*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 1706
- R. BARTOLI, voce *Recidiva*, in *Enc. dir. Annali*, VII, Milano, 2014, 892
- R. BARTOLI, *Le circostanze «al bivio» tra legalità e discrezionalità*, in *Cass. pen.*, 2016, 5, 2254B
- F. BASILE, *L'enorme potere delle circostanze sul reato e l'enorme potere dei giudici sulle circostanze*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 1743
- C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, ed. a cura di F. VENTURI, Torino, 1994
- G. BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Milano, 1939, ristampa in *Il Tommaso Natale*, 1975
- A. BERNARDI, *Art. 7 - Nessuna pena senza legge*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 259
- E. BERNARDI, *Ergastolo, semilibertà e liberazione anticipata*, in *Leg. pen.*, 1984, 126
- P. BERNARDONI, *I molteplici volti della compassione: la Grande Camera della Corte di Strasburgo accetta le spiegazioni dei giudici inglesi in materia di ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 11 aprile 2017
- A. BERNASCONI, *La collaborazione processuale*, Milano, 1995
- A. BERNASCONI, *I sistemi di protezione per i collaboratori della giustizia nella prospettiva premiale dell'ordinamento italiano e nell'esperienza statunitense*, in A. PRESUTTI, *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, 139

- A. BERNASCONI, *Le immunità occulte. Fase dell'esecuzione penale ed ideologia premiale tra razionalizzazione e garantismo*, in *Politica del diritto*, 1997, 2, 193
- C. BERNASCONI, *Giudizio di bilanciamento, circostanze c.d. privilegiate e principio di proporzione: il caso della recidiva reiterata*, in *Giur. cost.*, 2012, 4057
- C. BERNASCONI, *L'ennesimo colpo inferto dalla Corte costituzionale alle scelte legislative in tema di comparazione di circostanze*, in *Giur. cost.*, 2014, 2, 1849
- M. BERTOLI, *La discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena nei Paesi dell'Europa dell' Est*, Doctoral Thesis, Università degli Studi di Trieste, 2008, in [www.openstarts.units.it](http://www.openstarts.units.it)
- M. BERTOLINO, *Dall'infermità di mente ai disturbi della personalità: evoluzione e/o involuzione della prassi giurisprudenziale in tema di vizio di mente*, in *Riv. it. med. leg.*, 2004, 2, 508
- M. BERTOLINO, *Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato*, in G. FORTI, M. BERTOLINO (a cura di), *La televisione del crimine*, Milano, 2005, 191
- M. BERTOLINO, *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva: dal Codice Rocco alla riforma del 2005*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 1129
- E. BERTELOTTO, *Le competenze penitenziarie della procura antimafia introdotte dal d.l. 306/92: configurabilità di un potere di veto o di una mera collaborazione a fini probatori?*, in *Cass. pen.*, 1993, 2387
- R. BERTONI, *La riforma penale dell'aprile 1974 nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, 1399
- G. BETTIOL, *Pena retributiva e poteri discrezionali del giudice*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1941, 109
- G. BETTIOL, *Sulla rieducazione del condannato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, 369
- G. BETTIOL, *Sulle massime pene: morte ed ergastolo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1956, 555
- G. BETTIOL, *Il mito della rieducazione*, in AA.Vv., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964
- G. BETTIOL, *Colpevolezza normativa e pena retributiva*, in *Scritti giuridici*, II, Padova, 1966
- G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1986
- M. BIANCHI, *Poena sine fine. Sulla legittimità etica e costituzionale dell'ergastolo*, in *Cass. pen.*, 2015, 10, 3822B
- D. BIANCHI, *Cade l'ipotesi speciali di obbligatorietà: la Consulta prosegue nell'opera di disinnescamento degli automatismi della recidiva*, in *Cass. pen.*, 2016, 1, 30
- R. BIN, *Giudizio «in astratto» e delega di bilanciamento «in concreto»*, in *Giur. cost.*, 1991, 3578
- R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992
- R. BIN, *A discrezione del giudice*, Milano, 2013
- L. BISORI, *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative*, in F. GIUNTA (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, Milano, 2006, 40
- L. BLASI, *Italiani o stranieri, pena uguale per tutti. Alternative al carcere: sì ai clandestini. Par condicio*, in *Dir. e giust.*, 2006, 21, 38
- L. BLASI, *E ora la Consulta disinnescava l'indultino. Il beneficio automatico crea disparità*, in *Dir. e giust.*, 2006, 30, 56
- G. BORRÈ, G. PALOMBARINI (a cura di), *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, Milano, 1998
- M. BORTOLATO, *La libertà di «non collaborazione»: verso l'abolizione dell'ergastolo ostativo*, in G. GIOSTRA, P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 14 luglio 2017, 158

- M. BOSCARRELLI, *La disciplina del concorso complesso di circostanze nel quadro dei «vizi tecnici» del codice penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977, 1258
- V. BOVE, P. CIRILLO, *L'esercizio della delega per la riforma della disciplina sanzionatoria: una prima lettura*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 7 marzo. 2016
- C. BRAY, *Illegittima la pena minima per il traffico di droghe pesanti? Tre questioni all'esame della Consulta*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 2, 67
- F. BRICOLA, *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Milano, 1964, 204
- F. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite. Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1964, 1013
- F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965
- F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisdizionali e profili amministrativi*, in *Ind. pen.*, 1969, 267
- F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973
- F. BRICOLA (a cura di), *Il carcere riformato*, Bologna, 1977
- F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, comma 2 e 3, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. giust.*, 1980, 179
- F. BRICOLA, *Commento all'art. 25, commi 2 e 3, Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1991, 294
- C. BRIGNONE, *Questioni di costituzionalità delle pene pecuniarie per il delitto di procurato ingresso illegale di stranieri nello Stato*, in [www.ilpenalista.it](http://www.ilpenalista.it), 14 novembre 2017
- P. BRONZO, *Problemi «della liberazioni anticipata speciale»*, in *Arch. pen.*, 2014, 2, 619
- D. BRUNELLI, *La Corte costituzionale «vorrebbe ma non può» sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, in *Giur. cost.*, 2007, 181
- G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del «fatto» nelle decisioni della Corte*, in P. COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, 253
- C. BRUNETTI, M. ZICCONI, *Manuale di diritto penitenziario*, Piacenza, 2004
- A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2007
- M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3-4, 143
- A. CALABRIA, *Le presunzioni di pericolosità nella giurisprudenza della Corte costituzionale prima e dopo la legge abrogatrice del 1986*, in *Giur. cost.*, 1989, 377
- G. CAMERINI, *La liberazione condizionale*, in *Quad. giust.*, 1982, 11, 50
- M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2010
- S. CANESTRARI, *Dolus eventualis in re licita: limiti e prospettive*, in *Ind. pen.*, 2013, 23
- S. CANNATA, *La commisurazione della pena nel sistema federale statunitense*, in [www.altrodiritto.unifi.it](http://www.altrodiritto.unifi.it), 2002
- G. CANZIO, *La giurisdizione e la esecuzione della pena*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 26 aprile 2016
- A.M. CAPITTA, *Detenzione domiciliare per le madri e tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall'art. 4-bis, co. 1, ord. penit. ma impone la regola di giudizio*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it)
- F. CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in M. BARGIS (a cura di), *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Milano, 2013, 263

- M. CAPUTO, *Le circostanze attenuanti generiche tra declino e camouflage*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, 182
- L. CARACENI, *Liberazione anticipata speciale e condannato minorenne per reati ostativi: l'irragionevole divieto di concedere lo sconto di pena più ampio supera un primo scrutinio di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2016, 1, 197D
- L. CARACENI, *Schema per l'introduzione di norme riguardanti l'adeguamento dell'ordinamento penitenziario alle esigenze educative dei condannati minorenni e giovani adulti*, in G. GIOSTRA, P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 14 luglio 2017, 271
- M. CARDUCCI, *Impostazione del petitum e inammissibilità della questione*, *Giur. cost.*, 1992, 1090
- L. CARACENI, C. CESARI, *Sub Art. 4-bis*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, 74
- B. CARAVITA DI TORITTO, *Le quattro fasi del giudizio di uguaglianza-ragionevolezza*, in AA.Vv., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, 259
- G. CARCATERRA, *Del metodo dell'interpretazione giuridica*, in F. MODUGNO (a cura di), *Esperienze giuridiche del '900*, Milano, 2000, 64
- F. CARNELUTTI, *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, I, 1
- M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei nuovi diritti*, in *Quad. cost.*, 2009, 3, 537
- M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale*, Relazione alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, 24-26 ottobre 2013, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2013, 12
- M. CARTABIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in AA.Vv., *Il costituzionalista riluttante*, Torino, 2016, 463
- G. CARUSO, *La discrezionalità penale nella commisurazione della pena: dovere conoscitivo o potere dispositivo del giudice?*, in *Ind. pen.*, 2006, 564
- G. CARUSO, voce *Recidiva*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IV, II, Torino, 2008, 1045-1046
- G. CARUSO, *La discrezionalità penale. Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Padova, 2009
- G. CARUSO, *Recidiva riformata, attenuanti generiche e discrezionalità. A proposito di Corte cost., sent. n. 183 del 7 giugno 2011*, in *Arch. pen.*, 2011, 961
- A. CASAPULLA, *Pena e potere discrezionale del giudice: obbligo motivazionale ex art. 132 cod. pen.*, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it), 2 aprile 2013
- G. CASAROLI, *Funzione e commisurazione della pena tra «Grundgesetz» e «Strafrechtssystem»*, in A. PIZZORUSSO, V. VARANO (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, I, Milano, 1985, 617
- G. CASAROLI, voce *Misure alternative alla detenzione*, in *Dig. pen.*, VIII, Torino, 1994
- F. CASCINI, *Art. 16, D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, 1147
- G. CECANESE, *Pena (profili reali della) e benefici penitenziari*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, II, Torino, 2005, 1026
- F. CECCHINI, *«Svuota-carceri» e liberazione anticipata speciale: decreto legge non convertito e successione di leggi penali nel tempo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 16 settembre 2014
- A. CELOTTO, *Le sentenze della Corte costituzionale sono fonti del diritto?*, in *Giur. cost.*, 2003, 27

- M. CENTINI, *Automatismi sanzionatori tra principio di non colpevolezza e principio di ragionevolezza*, in *Giur. cost.*, 2006, 3, 2649
- F. CENTOFANTI, *Straniero extracomunitario e misure alternative alla detenzione*, in *Cass. pen.*, 2006, 3123
- A. CERETTI (a cura di), *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland*, Milano, 2005
- G. CERQUETTI, voce *Pene accessorie*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 819
- A. CERRI, *Nuove note sul principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1971, 981
- A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, in *Giur. cost.*, 1978, 1335
- C. CESARI, *Flessibilità della pena e condannati minorenni: l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-quater ord. pen.*, in *Cass. pen.*, 2000, 10, 2557
- C. CESARI, Sub *Art. 58-quater ord. penit.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, 733
- C. CESARI, G. GIOSTRA, Sub *Art. 4-bis*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, Padova, 2011, 103
- L. CESARIS, *Sulla valutazione del «sicuro ravvedimento» ai fini della liberazione condizionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1979, 297
- L. CESARIS, *Corte costituzionale e misure alternative alla detenzione: una decisione discutibile*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 1134
- L. CESARIS, *Sull'illegittimità costituzionale della sospensione «obbligatoria» della detenzione domiciliare*, in *Cass. pen.*, 1998, 5, 1295
- L. CESARIS, *Un ulteriore passo verso l'eliminazione dei divieti aprioristici di concessione di benefici penitenziari*, in *Giur. cost.*, 3, 2010, 2250
- L. CESARIS, Sub *Art. 47-ter*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, 551
- F. CHERUBINI, *Appunti sul permesso premio nell'innovata normativa penitenziaria*, in *Giur. it.*, 1994, II, 301
- P. CHIARAVIGLIO, *Quale durata delle pene accessorie per il bancarottiere fraudolento?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 18 febbraio 2015
- M. CHIAVARIO, *Norma processuale penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1978, 474
- M. CHIAVARIO, *Ordinanze interlocutorie della Corte costituzionale nei giudizi di legittimità promossi in via incidentale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, 215
- A. CHIBELLI, *La «ingente quantità» di stupefacenti: la «storia senza fine» di un'aggravante al bivio tra legalità in the books e legalità in action*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 3 febbraio 2017
- P. CHIRULLI, *La sanzione penale: ovvero «se», «come», «quando» e «quanto» punire, alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in E. D'ORLANDO, L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, 39
- S. CIAPPI, A. COLUCCIA, *Giustizia criminale. Retribuzione, riabilitazione e riparazione: modelli e strategie di intervento penale a confronto*, Milano, 2003
- F. CIGOLINI, *Sull'abolizione della pena dell'ergastolo*, in *Riv. pen.*, 1958, I, 299
- I. CIOLLI, *Brevi note in tema di interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2012, 1, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)
- G. CIVELLO, *Recidiva reiterata e limiti al bilanciamento ex art. 69 c.p.: due nuove conquiste nella battaglia contro «il divieto di prevalenza»*, in *Arch. pen.*, 2014, 2



- S. CLINCA, *La progressiva erosione di un vincolo irragionevole: illegittimo il divieto di prevalenza dell'attenuante della collaborazione per i reati di narcotraffico sulla recidiva reiterata*, in *www.laegislazionepenale.eu*, 28 luglio 2016
- G. COCCO (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Padova, 2005
- D. COLASANTI, *Nessuna attenuante ai reati del branco*, in *Dir. e giust.*, 2005, 34, 72
- M.T. COLLICA, *Ospedale psichiatrico giudiziario: non più misura unica per l'infermo di mente adulto e pericoloso*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 297
- L.L. COLOGNESE, *«Indultino»: rilievi critici e primi risvolti applicativi*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 1020
- P. COMUCCI, *Lo sviluppo delle politiche penitenziario dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in A. PRESUTTI (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, 3
- P. COMUCCI, *L'esecuzione penale a carico dei minorenni: inerzie legislative e esigenze di riforma*, in *Cass. pen.*, 2007, 4737
- P. COMUCCI, A. PRESUTTI (a cura di), *Le regole penitenziarie europee*, Milano, 1989
- F. CONSULICH, *La difficile appartenenza dogmatica del cd. «indultino»*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 736
- G. CONTENTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, 1963
- G. CONTENTO, *Note sulla discrezionalità del giudice penale, con particolare riguardo al giudizio di comparazione fra le circostanze*, in *Il Tommaso Natale*, 1978, 657
- M.G. COPPETTA, *Il permesso premio come strumento di rieducazione: ancora una declaratoria di illegittimità dell'art. 4-bis ord. penit.*, in *Cass. pen.*, 1997, 1255
- M.G. COPPETTA, *La Corte costituzionale amplia l'ambito di operatività della sospensione condizionata dell'esecuzione della pena*, in *Giur. cost.*, 2005, 5, 4012
- M.G. COPPETTA, *L'esecuzione della pena detentiva: il trattamento intra moenia e le misure alternative*, in M.G. COPPETTA (a cura di), *L'esecuzione penitenziaria a carico del minorenne nelle Carte internazionali e nell'ordinamento italiano*, Milano, 2010, 251
- M.G. COPPETTA, *Sub Art. 4 d.l. 23 dicembre 2013 n. 146, conv. l. 21 febbraio 2014 n. 10*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, 1221
- M.G. COPPETTA, *Sub Art. 54 ord. penit.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, 659
- S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il giudizio di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 134
- S. CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: «tre colpi e sei fuori»?*, in A. SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005 n. 251 («ex Cirielli»)*, Padova, 2006, 64
- F. CORBI, voce *Esecuzione penale*, in *Dig. pen.*, IV, Torino, 1990, 286
- P. CORSO, *Liberazione condizionale e processo*, Padova, 1979
- P. CORVI, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Padova, 2010
- L. CREMONESI, *La Consulta «stoppa» la rieducazione. Impedito all'ergastolano qualsiasi percorso riabilitativo*, in *Dir. e giust.*, 2003, 19, 14
- L. CREMONESI, *Va in soffitta l'indultino «irragionevole» che usava i benefici ai più meritevoli*, in *Dir. e giust.*, 2005, 32, 57
- L. CREMONESI, *Indultino per ora troppo rigore*, in *Dir. e giust.*, 2004, 3, 78
- V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, Padova, 1984
- A. CRISTIANI, *Sulla legittimità costituzionale della pena pecuniaria proporzionale*, in *Giur. cost.*, 1962, 161

- E. CRIVELLI, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in D. BUTTURINI, M. NICOLINI (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, Napoli, 2014, 85
- C. CUPELLI, *Recidiva*, in G. LATTANZI, E. LUPO (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, I, Milano, 2015, 115
- F. CURI, *L'attività «parelegislativa» della Corte costituzionale in ambito penale: cambia la pena dell'oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giur. cost.*, 1995, 1096
- O. CUSTODERO, *Capacità a delinquere e commisurazione della pena: problemi e orientamenti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 78
- G. D'AMICO, *La Corte costituzionale e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione». Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, 2002, 431
- G. D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in A. RUGGERI (a cura di), *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I, Torino, 2016, 706
- N. D'ANGELO, *La legge (ex) Cirielli*, Rimini, 2006
- M. D'ONOFRIO, *Cittadini extracomunitari clandestini e misure alternative alla detenzione*, in *Riv. pen.*, 2005, 1282
- L. DAGA, *Prime osservazioni sulla applicazione della legge n. 663/1986*, in *Quest. giust.*, 1987, 637
- L. DAGA, *La liberazione condizionale in Italia*, in *Doc. giust.*, 1989, 3, 73
- F. DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione». Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, 2002, 153
- F. DAL CANTO, *Nota a Corte costituzionale, 16 marzo 2007 n. 78*, in *Giur. cost.*, 2007, 2, 754
- P. DE FELICE, *Natura e funzione delle pene accessorie*, Milano, 1988
- DE GENNARO, *Determinazione della pena e circostanze discrezionali*, in *Giust. pen.*, 1955, II, 548
- L. DE MATTEIS, *Recidiva*, in G. LATTANZI, E. LUPO (a cura di), *Codice penale. Rassegna di dottrina e di giurisprudenza*, Milano, 2010, 101
- A. DE NICOLO, *Primi problemi applicativi della legge ex Cirielli*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 510
- G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983
- G. DE VERO, *Le circostanze del reato al bivio tra reintegrazione e disintegrazione sistematica. I riflessi delle novelle del 1984*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1986, 49
- G. DE VERO, *Le circostanze del reato tra determinazione legale e commisurazione giudiziale delle pene*, in AA.VV., *Attualità e storia delle circostanze del reato. Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità*, Milano, 2016, 213
- G. DE VERO, G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino, 2007
- C. DEFILIPPI, D. BOSI, *L'articolo 41-bis ord. penit. e le garanzie del detenuto*, Torino, 2007
- L. DEGL'INNOCENTI, *Revoca dell'indultino, scontro tra giudici. Se la buona condotta non è sufficiente*, in *Dir. e giust.*, 2006, 2, 191
- L. DEGL'INNOCENTI, F. FALDI, *Misure alternative alla detenzione e procedimento di sorveglianza*, Milano, 2005
- L. DEGL'INNOCENTI, F. FALDI, *I benefici penitenziari*, Milano, 2014
- R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2013, 181
- S. DEL CORSO, voce *Successione di leggi penali*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, 99

- M.C. DEL RE, *La disciplina della liberazione condizionale tra logica sanzionatoria e logica del trattamento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1978, 542
- G. DELITALA, *Pena relativamente indeterminata e liberazione condizionale*, in *Studi Zanzucchi*, Milano, 1927, 381
- R. DELL'ANDRO, *La recidiva nella teoria della norma penale*, Palermo, 1950
- A. DELLA BELLA, *L'aggravante della clandestinità e il diritto di soggiorno del minore straniero*, in *Cass. pen.*, 2008, 4795
- A. DELLA BELLA, *Accesso ai benefici penitenziari per gli autori di reati sessuali*, in S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G.L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Trento, 2009, 437
- A. DELLA BELLA, *Convertito in legge il «decreto carceri» 78/2013: un primo timido passo per scongiurare il sovraffollamento*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 settembre 2013
- A. DELLA BELLA, *Riforma Orlando: la delega in materia di ordinamento penitenziario*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 giugno 2017
- F. DELLA CASA, *Successioni di leggi penitenziarie: modifiche «peggiorative» e limiti inerenti allo ius superveniens*, in *Cass. pen.*, 1992, 399
- F. DELLA CASA, *La magistratura di sorveglianza*, Torino, 1994
- F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della «scommessa» anticustodialistica agli insidiosi programmi del «doppio binario»*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, 80
- F. DELLA CASA, *«Democratizzazione» dell'accesso alle misure alternative e contenimento della popolazione carceraria: le due linee-guida della nuova legge sull'esecuzione della pena detentiva (Commento alla legge 27 maggio 1998, n. 165. Modifiche all'art. 656 del codice di procedura penale ed alla legge 26 luglio 1975, n. 354 e successive modificazioni. Premessa)*, in *Leg. pen.*, 1998, 755
- F. DELLA CASA, *Sconfessata in nome dell'art. 27, comma 3, Cost. una «debordante» interpretazione della normativa sull'espulsione del detenuto straniero*, in *Giur. cost.*, 2, 2007, 756
- F. DELLA CASA, voce *Misure alternative alla detenzione*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 2010, 844
- F. DELLA CASA, *Quarant'anni dopo la riforma del 1975 (ovvero: il continuo divenire della «questione penitenziaria»)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 1163
- M. DELMAS-MARTY, *Mondializzazione e ascesa al potere dei giudici*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica*, Torino, 2009, 129
- T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, 369
- G. DI CHIARA, *Infermo di mente, ospedale psichiatrico giudiziario e misure di sicurezza non detentive: incostituzionale il «rigido automatismo» dell'art. 206 c.p.*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 2, 153
- G. DI CHIARA, *«Legge Ex Cirielli», recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento tra circostanze: questioni inammissibili di costituzionalità in attesa di consolidamenti interpretativi*, in *Dir. pen. e processo*, 2007, 8, 997
- G. DI CHIARA, *Divieto di concessione di benefici, rigidi automatismi e discrezionalità del giudice*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, 7, 799
- G. DI CHIARA, *Attenuanti generiche, condotta susseguente al reato e rigidi automatismi*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 7, 811
- G. DI CHIARA, *Legge «Ex Cirielli», disciplina degli stupefacenti e divieto di prevalenza dell'attenuante della lieve entità sulla recidiva reiterata: incostituzionale la rigidità del meccanismo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 2, 168

- G. DI GENNARO, *Il trattamento penitenziario*, in V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, 113
- G. DI GENNARO, R. BREDÀ, G. LA GRECA, *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*, Milano, 1997
- O. DI GIOVINE, *Sul c.d. principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia penale. «A proposito del rifiuto totale di prestare il servizio militare»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 159
- O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico?*, Torino, 2009
- G. DI ROSA, *Ricade sul magistrato di sorveglianza l'assenza di una carenza sistematica*, in *Guida dir.*, 2006, 22, 55
- P. DI RONZA, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, Padova, 2003
- A.J. DICANDIA, *L'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata non può essere presunta*, in *Dir. e giust. on-line*, 2013, 1651
- G. DODARO, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 1634
- G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012
- E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1974, 338
- E. DOLCINI, *Appunti sui limiti della colpevolezza nella determinazione della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1975, 1156
- E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979
- E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1979, 469
- E. DOLCINI, *La disciplina della commisurazione della pena: spunti per una riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 34
- E. DOLCINI, sub *Art. 20*, in A. CRESPI, F. STELLA, G. ZUCCALÀ (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 1984
- E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 744
- E. DOLCINI, *Razionalità della commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 812
- E. DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, 61
- E. DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 867
- E. DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, 1073
- E. DOLCINI, *Le due anime della legge «ex Cirielli»*, in *Corriere merito*, 2006, 55
- E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 515
- E. DOLCINI, *La «questione penitenziaria», nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 4, 1655
- E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzionalità, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 4, 1946
- E. DOLCINI, C.E. PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, Milano, 1989
- M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Foro it.*, 2001, V, 29
- M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004

- M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3562
- M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2009, 129
- M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 settembre 2013
- M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 1162
- M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disegualità che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 2, 236
- M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 3, 13
- M. DONINI, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007
- P.P. EMANUELE, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in E. D'ORLANDO, L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, 73
- T.E. EPIDENDIO, *Eguaglianza, offensività e proporzione della pena*, in R. GAROFOLI, T. TREU (diretto da), *Il libro dell'anno del diritto 2015 Treccani*, Roma, 2015, *www.treccani.it*
- C. ESPOSITO, *Le pene fisse e i principi di uguaglianza, personalità e rieducazione della pena*, in *Giur. cost.*, 1963, 575
- C.A. ESPOSITO, *Aspetti problematici delle misure alternative alla detenzione*, in A. SCALFATI (a cura di), *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Padova, 2004, 28
- F. ESPOSITO, *Le nuove norme in materia penitenziaria*, in *Arch. pen.*, 1992, 3, 490
- J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel modello di individuazione del diritto*, Napoli, 1983
- L. EUSEBI, *Ergastolano «non collaborante» ai senso dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. e benefici penitenziari: l'unica ipotesi di detenzione ininterrotta, immutabile e senza prospettabilità di un fine?*, in *Cass. pen.*, 2012, 4, 1220B
- E. FASSONE, *La liberazione condizionale dalla sentenza costituzionale n. 204 del 1974 alla legge 12 febbraio 1975, n. 6: incertezze risolte e dubbi rimasti*, in *Giur. it.*, 1975, II, 569
- E. FASSONE, *Riduzione di pena ed ergastolo: un contributo all'individuazione della pena incostituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, 799
- E. FASSONE, *Luci e ombre della «legge Gozzini»*, in *Quest. giust.*, 1987, 3, 658
- E. FASSONE, *Fine pena: ora*, Palermo, 2015
- M.M. FEELEY, *Le origini e le conseguenze del panico morale: gli effetti sulle corti americane delle leggi «tre volte e sei eliminato»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 417
- F. FELICETTI, M.R. SAN GIORGIO, *Accesso alla misura dell'affidamento in prova*, in *Corriere giur.*, 2007, 5, 717
- L. FERRAJOLI, *Ravvedimento processuale e inquisizione penale*, in *Quest. giust.*, 1982, 217
- L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, 1989
- L. FERRAJOLI, *Il «diritto penale del nemico» e la dissoluzione del diritto penale*, in *www.panoptica.org*
- L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. giust.*, 2016, 4, *www.questionegiustizia.it*
- V. FERRARIS, *Ancora una supplenza della Corte costituzionale a lacune normative della disciplina penitenziaria minore*, in *Leg. pen.*, 2000, 94
- A. FEUERBACH, *Anti-Hobbes ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, trad. it. a cura di M.A. CATTANEO, Milano, 1972
- G. FIANDACA, *Considerazioni sulla colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1987, 836

- G. FIANDACA, *Pena «patteggiata» e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro it.*, 1990, I, 2385
- G. FIANDACA, *Commento all'art. 27, comma 3, Cost.*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1991, 222
- G. FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?*, in *Foro it.*, 2001, V, 6
- G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-istituzionale*, in AA.VV., *Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro*, Padova, 2001, 41
- G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002
- G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 131
- G. FIANDACA, *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, in G. FIANDACA, G. FRANCOLINI (a cura di), *Sulla legittimazione del diritto penale*, Torino, 2008, 153
- G. FIANDACA, *Uguaglianza e diritto penale*, in AA.VV., *Le ragioni dell'uguaglianza*, Milano, 2009, 116
- G. FIANDACA, *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*, Milano, 2010, 207
- G. FIANDACA, *Sul ruolo delle emozioni e dei sentimenti religiosi nella genesi e nelle applicazioni delle leggi penali*, in O. DI GIOVINE (a cura di), *Diritto penale e neuroetica*, Padova, 2013, 205
- G. FIANDACA, E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 31
- G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009
- L. FILIPPI, *La «novella» penitenziaria del 2002: la proposta dell'Unione delle Camere penali e una «controriforma» che urta con la Costituzione e con la Convenzione europea*, in *Cass. pen.*, 2003, 30
- L. FILIPPI, *«Indultino»: sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva nel limite massimo di due anni. Rilievi di diritto processuale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 1471
- L. FILIPPI, G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2011
- C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 91
- C. FIORE, *Presentazione degli studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2007, 30
- P. FIORELLI, voce *Ergastolo (storia)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 223
- F. FIORENTIN, *Questioni aperte in tema di sospensione condizionata della pena*, in *Giust. pen.*, 2004, 104
- F. FIORENTIN, *La sospensione condizionata della pena (il c.d. «indultino», L. n. 207 del 2003)*, in *Giur. merito*, 2005, 665
- F. FIORENTIN, *Legge «Ex-Cirielli» e ordinamento penitenziario riformato al vaglio di costituzionalità: la Consulta riafferma il valore della funzione rieducativa della pena*, in *Cass. pen.*, 2007, 3576
- F. FIORENTIN, *Torna alla discrezionalità del giudice la verifica sul grado di rieducazione*, in *Guida dir.* 2007, 14, 61
- F. FIORENTIN, *Cosa resta della pena? La certezza della pena nella fase dell'esecuzione penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3, 887B
- F. FIORENTIN (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Torino, 2012
- F. FIORENTIN, *Questioni aperte in materia di benefici penitenziari a condannati per i delitti dell'art. 4-bis, legge n. 354 del 1975*, in *Giur. merito*, 2012, 504B
- F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, Milano, 2013
- F. FIORENTIN, *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, Milano, 2014

- F. FIORENTIN, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4 bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 27 ottobre 2014
- F. FIORENTIN, *Sub Art. 30-ter*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, 358
- F. FIORENTIN, *Sub Art. 30-quater*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, 370
- F. FIORENTIN, *La conclusione degli Stati generali per la riforma dell'esecuzione penale in Italia*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 6 giugno 2016
- F. FIORENTIN, *Superamento delle preclusioni alla concessione dei benefici penitenziari*, in G. GIOSTRA, P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 14 luglio 2017, 161
- F. FIORENTIN, A. MARCHESELLI, *L'ordinamento penitenziario*, Torino, 2005
- C. FIORIO, *Una nuova ingerenza dell'esecutivo nell'esecuzione penale: il caso dei Comitati provinciali per l'ordine e la sicurezza pubblica*, in *Il giusto processo*, 1992, 14-15, 169
- C. FIORIO, *Sempre nuove questioni di diritto penitenziario: la «collaborazione» come presupposto per i benefici*, in *Giur. cost.*, 1993, 2505
- C. FIORIO, *Inasprimenti al divieto di concedere benefici penitenziari*, in A. SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Padova, 2006, 225
- C. FIORIO, *Le disposizioni esecutive e penitenziarie (della legge ex Cirielli)*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 315
- C. FIORIO, *La stabilizzazione delle «carceri-fortezza»: modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di), *Il «pacchetto sicurezza» 2009*, Torino, 2009, 396
- C. FIORIO, *Attenuazione delle preclusioni trattamentali*, in G. GIOSTRA, P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 14 luglio 2017, 170
- G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in [www.dirittopenitenziarioecostituzione.it](http://www.dirittopenitenziarioecostituzione.it)
- G. FLORA, *La liberazione condizionale: quale futuro?*, in *Indice pen.*, 1989, 353
- G. FLORA, *Le nuove frontiere della politica criminale: le inquietanti modifiche in tema di circostanze e prescrizione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 1325
- G. FLORA, *Verso un diritto penale del tipo d'autore?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 565
- L. FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, 569
- G. FORTI, *Detenzione domiciliare e arresti domiciliari: presupposti e conseguenze della violazione dell'obbligo di non allontanarsi dalla propria abitazione. Una implicita presa di posizione della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1997, 1758
- M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1976
- G. FRIGO, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana in materia penale*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)
- G. FRIGO, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)
- W. FRISCH, *Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3-4, 164
- R.A. FROSALI, voce *Pena accessoria*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, Torino, 1965, 836
- S. FUNGARDI, *«Fine pena mai»: il c.d. ergastolo ostativo tra diritto interno e giurisprudenza della Corte Edu*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 17 aprile 2015

- S. FURFARO, *Il mito del giudicato e il dogma della legge: la precarietà della certezza giuridica (a margine di Corte cost., sent. n. 230 del 2012)*, in *Arch. pen.*, 2013, 2
- A. GAITO, *In tema di provvisoria applicazione di pene accessorie*, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1976, 1218
- F. GAITO, *L'immutabilità della res iudicata: un attributo (non più) imprescindibile?*, in *Arch. pen.*, 2013, 3
- D. GALLIANI, *Il diritto di sperare. La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in *www.costituzionalismo.it*, 19 febbraio 2014
- E. GALLUCCI, *Delle misure amministrative di sicurezza*, in G. LATTANZI, E. LUPO (a cura di), *Codice penale. Rassegna di dottrina e di giurisprudenza*, V, Milano, 2010, 1071
- A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007
- A. GARGANI, *Commisurazione della pena*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (diretto da), *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, III, Torino, 2011, 2
- D. GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, trad. it., Milano, 2004
- R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma, 2015
- G. GARUTI, *La situazione carceraria in Italia*, in *Dir. pen. e processo*, 2009, 9, 1175
- G.L. GATTA, *Aggravante della «clandestinità» (art. 61 n. 11-bis c.p.): uguaglianza calpestata*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 713
- G.L. GATTA, *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irrazionale divieto*, in *Giur. cost.*, 2011, 2359
- G.L. GATTA, sub *Art. 62-bis*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2011, 1187
- G.L. GATTA, *Recidiva obbligatoria: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 27, co. 3, Cost.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29 settembre 2014
- G.L. GATTA, *Il diritto di fronte all'emergenza. Tra terrorismo e rifugiati, ricordando Guido Dallì*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 marzo 2016
- G.L. GATTA, *Omicida condannato a morte, anziché all'ergastolo, perché nero quindi «pericoloso». La Corte Suprema U.S.A. mette un freno all'ingresso di stereotipi razziali nel sentencig*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 28 febbraio 2017
- G.L. GATTA, *Modifiche in materia di recidiva: eliminazione di automatismi sanzionatori e preclusioni all'accesso a benefici penitenziari*, in G. GIOSTRA, P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, *www.penalecontemporaneo.it*, 14 luglio 2017, 178
- G. GAVAZZI, voce *Sanzione (Teoria generale)*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1992
- G. GEMMA, *Pena dell'ergastolo per i minori: davvero incostituzionale?*, in *Giur. cost.*, 1994, 1271
- F. GIANFILIPPI, *Più facile l'accesso ai permessi premio con pene brevi*, in G. GIOSTRA, P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, *www.penalecontemporaneo.it*, 14 luglio 2017, 184
- F. GIANFILIPPI, *Eliminazione o razionalizzazione delle ostatività previste nell'art. 58-quater ord. penit.*, in G. GIOSTRA, P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, *www.penalecontemporaneo.it*, 14 luglio 2017, 186
- G. GIOSTRA, *Tre settori da differenziare nei rapporti tra giurisdizione ed esecuzione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 1348
- G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza*, Milano, 1983
- G. GIOSTRA, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale)*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3-4, 322
- G. GIOSTRA, *Carceri: materiali per la riforma*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 giugno 2015



- G. GIOSTRA, P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 14 luglio 2017
- R. GIOVAGNOLI, *I c.d. automatismi sanzionatori al vaglio del principio di ragionevolezza in materia penale: le sentenze della Corte costituzionale n. 31 del 2012; 251 del 2012; 183 del 2011 e 68 del 2012*, in *Giurisprudenza penale 2014*, Milano, 2014, 61
- F. GIUNTA, voce *Sospensione condizionale della pena*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 87
- F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 414
- F. GIUNTA, *I nuovi orizzonti della sospensione condizionale della pena alla luce della legge 11 giugno 2004, n. 145*, in *Studium Iuris*, 2004, 1335
- D. GIURI, *Infermità psichica e presunzione di pericolosità nel giudizio della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, 460
- R. GRANATA, *Misure alternative alla detenzione e art. 25, comma 2, Cost.*, in *Giust. civ.*, 2002, 2, 296
- R. GRANATA, *Misure alternative alla detenzione e art. 25, comma 2, Cost.: notarelle aggiunte*, in *Giust. civ.*, 2005, 9, 2004
- R. GRANATA, *Ancora in tema di misure alternative alla detenzione e art. 25, comma 2, Cost.*, in *Giust. civ.*, 2006, 11, 2291
- G. GRASSO, *Misure alternative alla detenzione*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diz. dir. e proc. pen.*, Milano, 1986, 705
- G. GRASSO, *Art. 132 - Potere discrezionale e commisurazione della pena*, in M. ROMANO, G. GRASSO (a cura di), *Commentario sistematico del codice penale*, II, Milano, 2012, 344
- V. GREVI, *Magistratura di sorveglianza e misure alternative alla detenzione nell'ordinamento penitenziario: profili processuali*, in AA.VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico, Atti dell'XI convegno De Nicola*, Milano, 1977, 150
- V. GREVI, *Riduzione di pena e liberazione condizionale per i condannati all'ergastolo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1978, 60
- V. GREVI (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981
- V. GREVI (a cura di), *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, Bologna, 1982
- V. GREVI, *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, in V. GREVI (a cura di), *Processo penale e criminalità organizzata*, Bari, 1993, 10
- V. GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, 12
- V. GREVI, F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Sub Art. 1*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, 3
- P. GRILLO, *Recidiva obbligatoria: cala la scura della Consulta*, in *Dir. e giust.*, 2015, 30, 73
- F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, Milano, 1950
- T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997
- C.F. GROSSO, *Le pene pecuniarie di fronte all'art. 27 Cost.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1966, 999
- C.F. GROSSO, voce *Responsabilità penale*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, 719
- C.F. GROSSO, *Principio di colpevolezza e personalità della responsabilità penale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Cinquanta anni della Corte Costituzionale della Repubblica italiana. Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 9

- B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Delitti e pene*, 1992, 3, 130
- B. GUAZZALOCA, *Criterio del «doppio binario», utilizzo della «prezialità» e «degiurisdizionalizzazione» del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell'emergenza*, in G. GIOSTRA, G. INSOLERA (a cura di), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, Milano, 1995, 141
- B. GUAZZALOCA, *Profili penitenziari dei decreti-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modifiche nella l. 17 luglio 1992, n. 203, e 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella l. 7 agosto 1992, n. 356*, in P. CORSO, G. INSOLERA, L. STORTONI (a cura di), *Mafia e criminalità organizzata*, II, Torino, 1995, 768
- B. GUAZZALOCA, M. PAVARINI, *L'esecuzione penitenziaria*, in F. BRICOLA, V. ZAGREBELSKY (diretto da), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, Torino, 1995, 322
- U. GUERINI, *La pena dell'ergastolo tra Costituzione e riforma del codice penale*, in *Giur. it.*, 1972, II, 586
- R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, I, Milano, 1989
- L. GULLO, *Il problema dell'ergastolo è sempre attuale*, in *Dem. dir.*, 1960, 2, 56
- W. HASSEMER, *Metodologia giuridica e paradigmatica giudiziaria*, in *Criminalia*, 2007, 73
- H. HÖFFDING, *Les bases psychologiques des jugements logiques*, in *Revue philosophique*, 1901, 350
- J. HOGARTH, *Sentencing as a human process*, Toronto, 1971
- A. IVOLELLA, *Associazione terroristica ed eversiva, atti violenti non connaturati*, in *Dir. e giust. online*, 2011, 418
- G. ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 3, 1130
- G. INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna, 1996
- G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, 2006, 313
- G. INSOLERA, *Dogmatica e orientamento della giurisprudenza*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 novembre 2013
- F.P.C. IOVINO, *Sulla diversa natura giuridica della liberazione generale (art. 176 c.p.) e speciale (art. 8, L. 29 maggio 1982, n. 304)*, in *Cass. pen.*, 1991, 2094
- F.P.C. IOVINO, *Legge penitenziaria e lotta alla criminalità organizzata*, in *Cass. pen.*, 1992, 440
- F.P.C. IOVINO, *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1993, 1262
- F.P.C. IOVINO, *Sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva. Prime note alla L. 1 agosto 2003, n. 207*, in *Cass. pen.*, 2003, 3662
- F.P.C. IOVINO, *La liberazione anticipata*, Padova, 2006
- L. JOVENE, L. VIGGIANI, *Applicazioni delle misure alternative e minorenni*, in M.P. CUOMO, G. LA GRECA, L. VIGGIANI (a cura di), *Giudici, psicologi e riforma penale minorile*, Milano, 1990, 275
- G. LA GRECA, *La disciplina dei permessi premio nel quadro del trattamento penitenziario*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, 243
- G. LA GRECA, *Il permesso premio quale strumento della progressione nel trattamento rieducativo*, in *Foro it.* 1996, 396
- G. LA GRECA, *Bisognosa di adeguamento la disciplina penitenziaria minorile dopo più di un ventennio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, 768
- G. LA GRECA, *Preclusioni automatiche di alternative alla detenzione: problemi di costituzionalità per adulti e per minorenni*, in *Foro it.*, 1998, I, 981

- G. LA GRECA, *Epitome di giurisprudenza costituzionale su criminalità organizzata e permessi premio*, in *Foro it.*, 1999, I, 1727
- E. LAMARQUE, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentratore-collaborativo*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, III, 1859
- S. LARIZZA, *Sulla provvisoria applicazione di pene accessorie*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, 872
- S. LARIZZA, *La commisurazione della pena. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, 596
- S. LARIZZA, *Le pene accessorie*, Padova, 1986
- S. LARIZZA, *Criminalità minorile e ruolo residuale del diritto penale*, Pavia, 1992
- S. LARIZZA, *Il principio di legalità della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 133
- S. LARIZZA, *Il contributo della Corte costituzionale all'evoluzione del sistema giustizia minorile*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, V, Milano, 2011, 141
- S. LARIZZA, *La risposta istituzionale «classica» alla criminalità minorile*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, V, Milano, 2011, 159
- S. LARIZZA, *L'irrelevanza del fatto*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, V, Milano, 2011, 211
- S. LARIZZA, *Interesse del minore e decadenza dalla potestà dei genitori*, in *Dir. pen. e proc.* 2013, 554
- A.R. LATAGLIATA, *Contributo allo studio della recidiva*, Napoli, 1958
- A.R. LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Napoli, 1967
- A.R. LATAGLIATA, *Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, in *Il Tommaso Natale*, 1975, 337
- C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova, 1973, ora in C. LAVAGNA, *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, 645
- G. LEO, *Sul riconoscimento di attenuanti generiche a recidivo reiterato (nota a Corte cost., 10 giugno 2011, n. 183)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 13 giugno 2011
- G. LEO, *Un primo caso accertato di irragionevolezza nella disciplina degli effetti 'indiretti' della recidiva*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 1773
- G. LEO, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 15 settembre 2011
- G. LEO, *Illegittimo l'automatismo nell'applicazione della sanzione accessoria della perdita della potestà del genitore per il delitto di alterazione di stato*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 27 febbraio 2012
- G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in R. GAROFOLI, T. TREU (diretto da), *Il libro dell'anno del diritto 2014 Treccani*, Roma, 2014, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 7 gennaio 2014
- G. LEO, *La Corte costituzionale «stabilizza» l'investitura del giudice collegiale per il rito abbreviato nei confronti dei minorenni*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 29 gennaio 2015
- G. LEO, *Un nuovo colpo agli automatismi fondati sulla recidiva: illegittimo il divieto di prevalenza dell'attenuante della collaborazione per i reati di narcotraffico*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 11 aprile 2016
- G. LEO, *Prime valutazioni della Corte costituzionale sulla liberazione anticipata speciale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 21 marzo 2016
- G. LEO, *Un nuovo profilo di illegittimità nella disciplina della recidiva e dei suoi effetti indiretti*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 13 settembre 2017
- G. LEO, *Politiche sanzionatorie e sindacato di proporzionalità*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 22 dicembre 2017

- S. LONATI, *Il procedimento penale davanti al tribunale in composizione monocratica: aspetti problematici e soluzioni interpretative*, Torino, 2017
- A. LONGO, *Brevi osservazioni sul rapporto tra ergastolo e liberazione condizionale suggerite dalla sent. 161/97*, in *Giur. it.*, 1999, 121
- S. LORUSSO, *Interpretazione, legalità processuale e convincimento del giudice*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 15 giugno 2015
- G. LOZZI, *La legittimità del c.d. patteggiamento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 1588
- M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova 1984
- M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione «conforme a»*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 8 agosto 2007
- P.G. LUCIFREDI, *Note sulla rilevanza costituzionale del principio «nulla poena sine lege»*, in *Giur. cost.*, 1962, 1632
- A. MACCHIA, *Liberazione condizionale e art. 4 bis ord. penit.: rinvio formale o recettizio?*, in *Cass. pen.*, 1995, 1777
- A. MACRILLÒ, F. FILOCAMO, G. MUSSINI, D. TRIPPICIONE, *Il processo penale minorile*, Rimini, 2009
- N. MADIA, *Circostanze attenuanti generiche*, in G. LATTANZI, E. LUPO (a cura di), *Codice penale. Rassegna di dottrina e di giurisprudenza*, Milano, 2010, 147
- V. MAFFEO, *Il trattamento penitenziario della criminalità organizzata*, in V. MAIELLO (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione e armi*, Torino, 2015, 241
- B. MAGLIONA, *Un ulteriore passo verso un'autonoma considerazione del diritto alla salute del soggetto condannato a pena detentiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 1999, 1, 302
- A. MALINVERNI, voce *Circostanze del reato*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1961, 966
- A. MAMBRIANI, *La detenzione domiciliare: primi spunti sistematici*, in *Giust. pen.*, 1988, III, 385
- A. MAMBRIANI, *La nuova disciplina della recidiva e della prescrizione: contraddizioni sistematiche e problemi applicativi*, in *Giur. merito*, 2006, 837
- V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005
- V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 739
- V. MANES, *Commento all'art. 7*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commento breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 17
- V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 1, 99
- V. MANES, *L'intervento richiesto eccede i poteri della Consulta e implica scelte discrezionali riservate al legislatore*, in *Guida dir.*, 2012, 27, 68
- V. MANES, *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in R. GAROFOLI, T. TREU (diretto da), *Il libro dell'anno del diritto 2013 Treccani*, Roma, 2013, [www.treccani.it](http://www.treccani.it)
- V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la «dottrina» del «parametro interposto» (art. 117, comma primo, Cost.)*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 1, 299
- V. MANES, *Lo «sciame di precedenti» della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Dir. pen. e processo*, 2014, 4, 457
- V. MANES, *Il ruolo «poliedrico» del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, in *Cass. pen.*, 2014, 5, 1918

- V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 3, 1259
- F. MANFREDI, *La recidiva nel quadro della commisurazione della pena. Orientamenti recenti negli USA e in Europa*, in *www.altrodiritto.unifi.it*, 2015
- M. MANGIABENE, *Attenuanti generiche e potere discrezionale del giudice*, in *Cass. pen.*, 1988, 2059
- A. MANNA, voce *Circostanze del reato*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1994
- A. MANNA, voce *Circostanze del reato*, in *Diz. dir. pubbl.*, Milano, 2006, 893
- G. MANNOZZI, voce *Sentencing*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, Torino, 1991, 150
- G. MANNOZZI, *Razionalità e «giustizia» nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del sentencing nordamericano*, Padova, 1996
- G. MANNOZZI, *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, 1140
- F. MANTOVANI, *Pene e misure alternative nel sistema vigente*, in AA.VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico. Atti dell'XI Convegno E. De Nicola*, Milano, 1977, 34
- F. MANTOVANI, *La «perenne crisi» e la «perenne vitalità» della pena. E la «crisi di solitudine» del diritto penale*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, 1171
- F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nella Costituzione*, in F. MANTOVANI, *Umanità e razionalità del diritto penale*, Padova, 2008, 184
- F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2011
- G. MANTOVANI, *Permesso premio ai recidivi*, in *Leg. pen.*, 2007, 1
- G. MANTOVANI, M. RIVERDITI, L. AMBROSINO, M. BERTUCCI, N. BUSSOLATI, M. GILARDI, V. MEZZOLLA, A. MIGLIO, P. SPAGNOLO, D. TONI, *Per i recidivi reiterati cade un limite alla concessione delle attenuanti generiche*, in *Leg. pen.*, 2011, 3-4
- G. MANTOVANI, M. RIVERDITI, M. BERTUCCI, B. GIORI, C. MACCARI, F. PAIOLA, *Disciplina delle attenuanti generiche in materia di stupefacenti*, in *Leg. pen.*, 2013, 1
- M. MANTOVANI, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.*, in *Giur. cost.*, 2012, 377
- V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, IV, Torino, 1972, 545
- A. MARCHESELLI, *Possibile ottenere la sospensione condizionata quando si è scontata almeno metà della pena*, in *Guida dir.*, 2003, 33, 20
- A. MARCHESELLI, *Permesso premio con il contagocce ai recidivi*, in *Guida dir.*, 2006, 1, 79
- A. MARCHESELLI, *Censurati gli inasprimenti della «ex Cirielli» sui permessi premio già maturati dai detenuti*, in *Guida dir.*, 2006, 31, 63
- A. MARGARA, *La pena perduta e il carcere ritrovato: riflessione sulla crisi di una delle tante riforme incompiute*, in *Quest. giust.*, 1993, 381
- A. MARGARA, *Il problema della discrezionalità nelle decisioni della magistratura di sorveglianza*, in *Quaderno n. 46. La magistratura di sorveglianza e il nuovo codice di procedura penale*, Roma, 1989, *www.csm.it*, 211
- M. MARGARITELLI, *I limiti applicativi della liberazione anticipata all'esame della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993, 2511
- M. MARGARITELLI, *Limitata partecipazione al fatto criminoso ed accesso ai benefici penitenziari*, in *Giur. cost.*, 1994, 3209
- M. MARGARITELLI, *«Considerazioni sulla pena» e benefici penitenziari*, in *Giur. cost.*, 1994, 3214
- G. MARINI, *Le circostanze del reato. Parte generale*, Milano, 1965

- G. MARINI, voce *Circostanze del reato*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, Torino, 1980, 1254
- M. MARINI, *Alcune annotazioni a margine della sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione penale 24 febbraio 2011, n. 20798, in tema di recidiva*, in *Giur. it.*, 2012, 3
- G. MARINO, *Illegittima l'esclusione del beneficio alle detenuti madri*, in *Dir. e giust.*, 2014, 1, 19
- G. MARINO, *La prevalenza della recidiva reiterata sul ravvedimento post-delittuoso è irragionevole*, in *Dir. e giust.*, 2016, 18, 49
- G. MARINO, *Procurato ingresso illegale di cittadini stranieri nel territorio dello Stato: le sanzioni pecuniarie sono incostituzionali?*, in *Dir. e giust.*, 2017, 108, 16
- G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, 481
- G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 160
- G. MARINUCCI, *La legge «ex Cirielli»: certezza di impunità per i reati gravi e «mano dura» per i tossicodipendenti in carcere*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 170
- G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2015
- G. MAROTTA, F. BUENO ARUS, *Le basi giuridiche del trattamento penitenziario*, in F. FERRACUTI (a cura di), *Carcere e trattamento*, Milano, 1989, 79
- G. MARRA, *Le modifiche apportate all'ordinamento penitenziario. Uno sguardo d'insieme*, in A. SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Padova, 2006, 287
- T. MARTINA, voce *Recidiva*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991
- A. MARTINI, *Commento artt. 14, 14-bis, 15, D.L. 306/1992*, in *Leg. pen.*, 1993, 173
- A. MARTINI, *Commento all'art. 15, D.L. 8 giugno 92 n. 306 (antimafia)*, in *Leg. pen.*, 1993, 177
- A. MARTINI, *Sub art. 7, L. 251/2005*, in *Leg. pen.*, 2006, 478
- A. MASCIA, *Violazione dell'art. 3 della Convenzione per sovraffollamento carcerario*, in *Corriere giur.*, 2013, 3, 419
- L. MASERA, *Profili di costituzionalità della nuova circostanza aggravante comune applicabile allo straniero irregolare*, in *Corriere merito*, 2008, 1180
- L. MASERA, *Immigrazione*, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125)*, Torino, 2008, 16
- M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959
- I. MASSA PINTO, *Principio di ragionevolezza e bilanciamento degli interessi tra attività legislativa ed attività giurisdizionale nella sent. n. 109 del 1997*, in *Giur. it.*, 1997, 1, 490
- A. MATERIA, *Gli extracomunitari tra discrezionalità penale, diritti fondamentali e principio di offensività*, in *Giur. it.*, 2011, 4
- L. MAZZA, voce *Recidiva*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 68
- O. MAZZA, *Le fonti europee del diritto penitenziario minorile*, in M.G. COPPETTA (a cura di), *L'esecuzione penitenziaria*, Milano, 2010, 3
- FR. MAZZACUVA, *La legalità come «diritto fondamentale». Ragioni e implicazioni del nullum crimen nella giurisprudenza evolutiva della Corte europea*, Doctoral Thesis, Università degli Studi di Parma, 2012, in [dspace-unipr.cineca.it](http://dspace-unipr.cineca.it)
- FR. MAZZACUVA, *La Grande Camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, in [www.penalecontemporano.it](http://www.penalecontemporano.it), 30 ottobre 2013
- M. MAZZANTI, voce *Liberazione condizionale*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1962, 838
- L.A. MAZZAROLLI, *Il Giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, Padova, 2000
- A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze aggravanti*, Milano, 1993

- A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000
- A. MELCHIONDA, *Le modifiche in materia di circostanze*, in F. GIUNTA (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale: apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, Milano, 2006, 181
- A. MELCHIONDA, *Art. 3 legge 5 dicembre 2005 n. 251*, in *Leg. pen.*, 2006, 436
- A. MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo*, Torino, 2008
- M. MENNA, *Sull'esclusione delle pene brevi dalla liberazione condizionale: profili di incostituzionalità*, in *Arch. pen.*, 1986, 21
- A. MEREU, R. ZANNOTTI, *Il cd. «decreto sicurezza»: profili di diritto sostanziale*, in *Giur. merito*, 2009, 26
- A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 1442
- S. MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, 1947
- C. MEZZANOTTE, *Le fonti tra legalità e legittimità*, in *Queste istituzioni*, 1991, 51
- V. MEZZOLLA, V. PORCEDDA, *Benefici penitenziari ai recidivi*, in *Leg. pen.*, 2007, 2
- V. MEZZOLLA, V. PORCEDDA, *Misure alternative al carcere anche all'extracomunitario clandestino*, in *Leg. pen.*, 2007, 2
- D. MICHELETTI, *L. 5 dicembre 2005, n. 251. Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione*, in *Leg. pen.*, 2006, 505
- V. MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982
- G. MILIZIA, *Le attenuanti prevalgono sulla recidiva: il divieto è incostituzionale*, in *Dir. e giust.*, 2014, 239
- R. MINNA, *Crimini associati, norme penali e politica del diritto. Aspetti storici, culturali, evoluzione normativa*, Milano, 2007
- C. MINNELLA, *Il «bonus» della liberazione anticipata speciale si estende anche ai condannati sottoposti al regime ex art. 4-bis ord. penit.?*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 2014
- C. MINNELLA, *Liberazione anticipata speciale «integrativa»: è concedibile il beneficio ai condannati 4-bis?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 15 gennaio 2015
- S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997
- F. MODUGNO, *L'invalidità legge*, II, Milano, 1970
- F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria sull'interpretazione*, Padova, 1998
- F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007
- M. MOLINO, *L'espulsione come sanzione alternativa alla detenzione: un'ipotesi di rinuncia alla finalità rieducativa*, in E. D'ORLANDO, L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, 198
- L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello «scopo» nella teoria della pena*, Napoli, 1984
- L. MONACO, C.E. PALIERO, *Variazioni in tema di «crisi della sanzione»: la diaspora dei sistemi commisurativi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 422
- A. MONTAGNA, *Patteggiamento e recidiva*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, 11, 1288
- E. MONTANI, *Ancora sull'applicabilità della liberazione anticipata speciale «integrativa» destinata ai condannati per i delitti di cui all'art. 4-bis ord. penit. al vaglio della Cassazione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 4 marzo 2015
- A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001
- A. MORRONE, *Liberazione condizionale e limiti posti dall'art. 4-bis ord. penit.*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 1356

- A. MORRONE, voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano, 2008, 185
- E. MORSELLI, *Il significato della capacità a delinquere nell'applicazione della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977, 1342
- C. MORTATI, voce *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1960, 1099
- G. MOSCONI, M. PAVARINI, *Discrezionalità e sentencing penitenziario. La flessibilità della pena nella fase esecutiva nell'attività dei tribunali di sorveglianza (1987-1990)*, in *Dei delitti e delle pene*, 1993, 149
- V. MUSCATIELLO, *La recidiva*, Torino, 2008
- E. MUSCO, *Variazioni minime in tema di pericolosità presunta*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, 1585
- A. NAPPI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2010
- A. NATALINI, *Trattamento penitenziario, restano i dubbi sull'irretroattività*, in *Dir. e giust.*, 2004, 19, 14
- A. NATALINI, *Ordinamento penitenziario e benefici: la reformatio in peius è ammessa*, in *Dir. e giust.*, 2005, 11, 35
- A. NATALINI, *Quei recidivi reiterati della ex Cirielli. Dubbi di legittimità sui benefici negati*, in *Dir. e giust.*, 2006, 45, 63
- G. NEPPI MODONA, *Il sistema sanzionatorio: considerazioni in margine ad un recente schema di riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 323
- G. NEPPI MODONA, voce *Reato impossibile*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996, 267
- G. NEPPI MODONA, *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Scritti giuridici*, 2008, 1870
- D. NOTARO, *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta «lima» il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*, in *Cass. pen.*, 2013, 1755
- P. NUVOLONE, *Il potere discrezionale del giudice in materia di sanzioni nel diritto penale italiano*, in *Riv. pen. svizzera*, 1959, 220
- P. NUVOLONE, *Il problema della rieducazione del condannato*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, Padova, 1969, 393
- P. NUVOLONE, *Il ruolo del giudice nell'applicazione della pena*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, II, Padova, 1969, 1558
- P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975
- P. NUVOLONE, *Norma penale e principi costituzionali*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Padova, 1979, 681
- F. NUZZO, *Appunti sulla incostituzionalità dell'art. 61, n. 11-bis, c.p.*, in *Cass. pen.*, 2010, 11, 3748
- R. NUZZO, *L'ergastolo ostativo: prospettive di riforma e recenti orientamenti della giurisprudenza europea*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 3, 42
- A. PACE, *Misure di sicurezza e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1966, 193
- L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 18 settembre 2014
- L. PACE, *La «scure della flessibilità» colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Giur. cost.*, 2014, 5, 3948
- L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2015, 2
- M. PACINI, *Condizioni delle carceri italiane*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, 3, 291
- T. PADOVANI, *La questione di legittimità costituzionale della pena del furto aggravato*, in *AA.VV., Studi Graziani*, 1974, 489
- T. PADOVANI, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, 554



- T. PADOVANI, *Profili di incostituzionalità nell'applicazione e nell'esecuzione di misure di sicurezza*, in *Indice pen.*, 1976, 243
- T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, Milano, 1981
- T. PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 188
- T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma. Il problema delle comminatorie edittali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 423
- T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, 151
- T. PADOVANI, *Commento all'art. 4, l. 5 dicembre 2005, n. 251: circostanze, recidiva, prescrizione*, in *Leg. pen.*, 2006, 443
- T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, Dossier, 2006, 1
- T. PADOVANI, *Promemoria sulla questione giustizia*, in *Cass. pen.*, 2007, 4023
- T. PADOVANI, L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Bologna, 2006
- L. PAGANO, *Più della deflazione conta il reinserimento*, in *Guida dir.*, 2006, 22, 58
- A. PAGLIARO, voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 1067
- A. PAGLIARO, *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1979, 1189
- A. PAGLIARO, *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 25
- A. PAGLIARO, *Verifica empirica sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 447
- A. PAGLIARO, *Correlazioni tra il livello delle sanzioni penali, la struttura del processo e gli atteggiamenti della prassi*, in *Ind. pen.*, 1981, 219
- A. PAGLIARO, voce *Sanzione (Sanzione penale)*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1992
- A. PAGLIARO, *Manifesta irragionevolezza dei livelli di pena e delitti di oltraggio*, in *Giur. cost.*, 1995, 2573
- A. PAGLIARO, *Sproporzione «irragionevole» dei livelli sanzionatori o «sproporzione» irrazionale*, in *Giur. cost.*, 1997, 774
- A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1998
- L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965
- L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979–dicembre 1983*, in AA.Vv., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, 657
- L. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1997, 899
- F. PALAZZO, *Le interdizioni nella prospettiva delle misure alternative alla pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977, 190
- F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979
- F. PALAZZO, *Prevenzione generale e allarme sociale nella questione dei limiti alle misure alternative*, in *Giur. cost.*, 1980, I, 1734
- F. PALAZZO, *Le pene accessorie nella riforma della parte generale e della parte speciale del codice*, in *Studi Musotto*, IV, Palermo, 1981, 36
- F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in G. GIOSTRA, G. INSOLERA (a cura di), *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, Milano, 1998, 43
- F. PALAZZO, *«Indultino»: sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva nel limite massimo di due anni. Introduzione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 1471

- F. PALAZZO, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 10 febbraio 2014
- F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 3, 4
- C.E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 726
- C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 430
- C.E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 510
- C.E. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 148
- M. PALMA, «*Fine pena mai*». *Ancora l'ergastolo nel nostro ordinamento?*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, 2, 109
- G. PANEBIANCO, *Il minore reo*, in A. PENNISI (a cura di), *La giustizia penale minorile*, Milano, 2004, 117
- G. PANSINI, *Sull'«indultino» rilevanti dubbi di legittimità costituzionale*, in *Dir. e giust.*, 2003, 6, 8
- M. PANZARASA, *Dalle Sezioni Unite alcuni punti fermi in tema di recidiva reiterata*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 26 novembre 2010
- C. PANZERA, *Tutela dei diritti fondamentali, tecniche di normazione e tipologia delle pronunce costituzionali (la «rivoluzione della flessibilità»)*, in AA.Vv., *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2007, 299
- M. PAPA, *Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura edittale delle pene in Italia e USA*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, 726
- R. PASELLA, *Appunti in tema di giudizio di bilanciamento fra circostanze*, in *Riv. pen.*, 1977, 247
- G.M. PAVARIN, *I limiti alla discrezionalità nella giurisdizione di cognizione e di sorveglianza – C.S.M.*, Incontro di studio *Il giudizio prognostico del giudice penale tra procedimento di cognizione e giurisdizione di sorveglianza*. Roma, 2009, [www.csm.it](http://www.csm.it)
- M. PAVARINI, *Riflessioni in merito alle modifiche sull'ordinamento penitenziario (legge 10 ottobre 1986, n. 663)*, in *Marginalità e società*, 1987, 1-2, 119
- M. PAVARINI, «*L'inferno esiste anche se all'inferno non c'è nessuno*», in *Quest. giustizia*, 1987, 805
- M. PAVARINI, *Lo scambio penitenziario*, Bologna, 1996
- M. PAVARINI, *L'esecuzione della pena*, in F. BRICOLA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Codice penale. Parte generale*, I, Torino, 1996, 236
- M. PAVARINI, *Sub Art. 4-bis ord. penit.*, in B. GUAZZALOCCA (a cura di), *Codice commentato dell'esecuzione penale*, I, Torino, 2002
- M. PAVARINI, *Sub Art. 30-ter ord. penit.*, in B. GUAZZALOCCA (a cura di), *Codice commentato dell'esecuzione penale*, I, Torino, 2002
- M. PAVARINI, *Sub Art. 47-ter ord. penit.*, in B. GUAZZALOCCA (a cura di), *Codice commentato dell'esecuzione penale*, I, Torino, 2002
- M. PAVARINI, *Sub Art. 54 ord. penit.*, in B. GUAZZALOCCA (a cura di), *Codice commentato dell'esecuzione penale*, I, Torino, 2002
- M. PAVARINI, *Lo scopo della pena*, in AA. Vv., *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, 2006, 351
- M. PAVARINI, *The spaghetti incapacitation. La nuova disciplina della recidiva*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, 15
- M. PAVARINI, *La ex Cirielli: colpita ma non affondata*, in *Dir. e giust.* 29, 2006, 44
- M. PAVARINI, B. GUAZZALOCCA, *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, 2004
- A. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010

- T. PEDIO, voce *Ergastolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 225
- C. PEDRAZZI, *La nuova facoltatività della recidiva*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, 303
- C. PEYRON, voce *Liberazione condizionale*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 224
- M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, Torino, 2008
- M. PELISSERO, *L'incostituzionalità della recidiva obbligatoria. Una riflessione sui vincoli legislativi alla discrezionalità giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 2015, 4, 1412D
- L. PELLEGRINI, *Recidiva e concorso omogeneo di circostanze ad effetto speciale*, in *Dir. pen. e processo*, 2011, 11, 1366
- L. PELLEGRINI, *Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma*, Firenze, 2014
- A. PENNISI, *La Consulta fissa i limiti alle scelte (clemenziali o repressive) del legislatore in materia penitenziaria*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, 1231
- D. PETRINI, *Il d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (conv. in l. 24 luglio 2008, n. 125): c.d. «Pacchetto sicurezza»*, in *Studium iuris*, 2009, 121
- B. PETROCELLI, *Retribuzione e difesa nel Progetto di codice penale del 1949*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, 593
- B. PETROCELLI, *La pena come emenda del reo*, in AA.Vv., *Studi in memoria di Arturo Rocco*, II, Milano, 1952, 342
- B. PETROCELLI, *Appunti sul principio di legalità nel diritto penale*, in AA.Vv., *Saggi di diritto penale*, Napoli, 1965, 188
- L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale «conciliativa», il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Milano, 2002
- G. PIFFER, *I nuovi vincoli alla discrezionalità giudiziale: la disciplina della recidiva*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 30 dicembre 2010
- G. PIGHI, *Non più automatica la sospensione della detenzione domiciliare in caso di allontanamento*, in *Dir. pen. e proc.*, 1998, 4, 448
- R. PINARDI, *Discrezionalità legislativa ed efficacia temporale delle dichiarazioni di incostituzionalità: la sentenza n. 125 del 1992 come decisione di «incostituzionalità accertata ma non dichiarata»*, in *Giur. cost.*, 1992, 1083
- M.G. PINTUS, *L'esecuzione della pena nei confronti dei minorenni tra lacune legislative e interventi della Corte costituzionale*, in *Giust. pen.*, 2010, I, 203
- P. PISA, *Pene accessorie e principio di tassatività*, Milano, 1979
- P. PISA, *Le pene accessorie. Problemi e prospettive*, Milano, 1984
- P. PISA, *Effettività della pena: una ipotesi*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 667
- M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 2, 575
- G.D. PISAPIA, *Riflessioni in tema di recidiva*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, 967
- G.D. PISAPIA, *Una strategia differenziata per la difesa sociale dal delitto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1975, 209
- P. PITTARO, voce *Recidiva*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996, 359
- P. PITTARO, *Ordinamento penitenziario e condannati minorenni: inerzie legislative ed interventi della Consulta*, in *Giur. cost.* 2000, 1069
- A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene ed il controllo di costituzionalità*, in *Giur. it.*, 1971, IV, 192
- A. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto italiano, I) Le fonti scritte*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1998, 142

- A. PIZZORUSSO, *Ancora sulle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale e sulla metodologia dello studio delle fonti del diritto*, in AA.Vv., *Scritti in onore di Giannini*, 1998, I, 545
- C. PONGILUPPI, *Le cornici edittali al banco di prova di un sistema sanzionatorio differenziato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 947
- G.L. PONTI, *Corte costituzionale e presunzioni di pericolosità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1986, 467
- D. POTETTI, *Osservazioni in tema di recidiva, alla luce della l. n. 251 del 2005 (c.d. «ex Cirielli»)*, in *Cass. pen.*, 2006, 2467
- G. PRELATI, *L'espulsione disposta dal magistrato di sorveglianza a titolo di sanzione alternativa alla detenzione*, in *Giur. it.*, 2003, 622
- A. PRESUTTI, *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 1986
- A. PRESUTTI, «Alternative» al carcere e regime delle preclusioni, in A. PRESUTTI (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, 76
- A. PRESUTTI, *I permessi premio come strumento di rieducazione: i corollari di una svolta*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, 1302
- A. PRESUTTI, *Legge 27 maggio 1998, n. 165 e alternative penitenziarie: la pena rinnegata*, in A. PRESUTTI (a cura di), *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*, Padova, 1999, 63
- L. PRISCOLI, F. FIORENTIN, *Trattamento sanzionatorio eccessivo e principio di ragionevolezza*, in *Cass. pen.*, 2008, 10, 3810B
- S. PROSDOCIMI, *Note su alcuni criteri di classificazione delle circostanze del reato*, in *Ind. pen.*, 1983, 269
- A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, Milano, 1994
- A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 5 marzo 2013
- A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 10 giugno 2014
- A. PUGIOTTO, *Diritti in crisi*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 18 settembre 2014
- A. PUGIOTTO, *Liberazione anticipata speciale e reati ostativi: problemi e soluzioni costituzionalmente orientate*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 30 gennaio 2015
- A. PUGIOTTO, *Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 13 luglio 2016
- A. PUGIOTTO, C. MUSUMECI, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016
- F. PULEIO, *Tanto tuonò che piovve. La legge 5 dicembre 2005 n. 251*, in *Cass. pen.*, 2005, 3697
- D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 45
- D. PULITANÒ, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in AA. Vv., *La legislazione premiale*, Milano, 1987, 85
- D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 1013
- D. PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 1079
- D. PULITANÒ, *Circostanze del reato. Problemi e prospettive*, in S. VINCIGUERRA, F. DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, 713
- D. PULITANÒ, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 22
- D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Torino, 2014
- D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2015

- D. PULITANÒ, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 559B
- D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 2, 48
- T. QUERO, *La recidiva reiterata obbligatoria al vaglio della Corte costituzionale. La difficile giustificabilità di un giudizio di inammissibilità*, in *Giur. merito*, 2010, 1906
- F. RAMACCI, *Diritto penale e Costituzione*, in E. D'ORLANDO, L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, XXI
- C. RENOLDI, *L'affidamento in prova al servizio sociale è incompatibile con la condizione di clandestinità dello straniero che si trova irregolarmente in Italia?*, in *Dir. imm. e citt.*, 2004, 87
- C. RENOLDI, *Stranieri irregolari e misure alternative alla detenzione*, in *Quest. giust.*, 2006, 209
- C. RENOLDI, *Note sulla flessibilità della pena e sui limiti alla discrezionalità legislativa in materia di benefici penitenziari*, in *Giur. cost.*, 2010, 5, 3766
- C. RENOLDI, G. SAVIO, *Legge 125/2008: ricadute delle misure a tutela della sicurezza pubblica sulla condizione giuridica dei migranti*, in *Dir. imm. e citt.*, 2008, 3-4, 27
- G. RICCARDI, *Giudicato penale e incostituzionalità della pena*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 gennaio 2015
- A. RICCI, *«Collaborazione impossibile» e sistema penitenziario. L'ammissibilità di misure premiali ed alternative per i non collaboranti condannati per delitto ostativo*, Padova, 2013
- S. RICCIO, voce *Recidiva*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1964, 1050
- L. RISICATO, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 3, 1238
- F. ROCCHI, *Il patteggiamento dei recidivi reiterati: un problema di «discrezionalità bifasica» o di politica legislativa?*, in *Giur. cost.*, 2011, 2103
- G. RODI, *La liberazione condizionale nella legislazione penale vigente*, in *Arch. pen.*, 1966, I, 225
- A. ROIATI, *L'introduzione dell'omicidio stradale e l'inarrestabile ascesa del diritto penale della differenziazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 1 giugno 2016
- B. ROMANO, G. TINEBRA (a cura di), *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, 2013
- M. ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, Milano, 1979
- M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 1987
- M. ROMANO, sub *Art. 99*, in M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, II, Milano, 2005, 85
- M. ROMANO, F. STELLA (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980
- M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI (a cura di), *Commentario sistematico del Codice penale*, Milano, 2011
- G. ROMEO, *Le Sezioni unite sui poteri del giudice di fronte all'esecuzione di pena «incostituzionale»*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 ottobre 2014
- F. ROMOLI, *Il sovraffollamento carcerario come trattamento inumano o degradante*, in *Giur. it.*, 2013, 5, 1187
- M. RONCO, *Dolo, colpa, responsabilità oggettiva per il delitto di riciclaggio*, in *Ind. pen.*, 2013, 11
- E. ROSI, *Effetti della recidiva reiterata su attenuanti generiche e comparazione*, in A. SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Padova, 2006, 5
- C. ROSSANO, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966
- M. RUARO, *I diritti dei detenuti e le misure alternative alla detenzione*, in M.G. COPPETTA (a cura di), *L'esecuzione penitenziaria a carico del minorenne nelle Carte internazionali e nell'ordinamento italiano*, Milano, 2010, 87

- A. RUGGERI, *Introduzione ai lavori*, in E. D'ORLANDO, L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009
- M. RUOTOLO, *L'illegittimità costituzionale della pena dell'ergastolo nei confronti del minore: un segno di civiltà giuridica*, in *Giur. it.*, 1995, I, 357
- M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002
- M. RUOTOLO, *Può la rieducazione assumere connotati «nazionalistici»? Appunti sulla condizione giuridica del detenuto privo di permesso di soggiorno*, in *www.costituzionalismo.it*, 13 novembre 2006
- M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli, 2012, III, 2469
- M. RUOTOLO, *Gli Stati generali sull'esecuzione penale: finalità e obiettivi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 marzo 2016
- C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002
- S. RUGGERI, *La disciplina penitenziaria*, in E. ZAPPALÀ (a cura di), *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, Torino, 2009, 241
- C. SALAZAR, «Guerra e pace» nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive «di principio» quali decisioni atte a rimediare alle «omissioni incostituzionali», in A. RUGGERI, G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento*, Milano, 2000, 279
- G.M. SALERNO, *Il canone di efficienza ed il controllo sulla discrezionalità legislativa in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2000, 2071
- A.A. SAMMARCO, *La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, II, 871
- A.M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1975, 3, 561
- C. SANTORIELLO, *Sulla natura dei permessi premio e sul carattere del provvedimento che incide sulla libertà personale*, in *Giur. it.*, 1998, 10, 1899
- C. SANTORIELLO, *Un nuovo intervento della Corte costituzionale in tema di revoca alle misure alternative alla detenzione*, in *Giur. cost.*, 1998, 3588
- C. SANTORIELLO, *Verso la totale autonomia di un diritto penitenziario per i minorenni*, in *Giur. cost.*, 2000, 547
- A. SANTORO, *Teoria delle circostanze del reato*, Torino, 1933
- A. SANTORO, voce *Circostanze del reato*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1959, 264
- E. SANTORO, *L'esecuzione penale nei confronti dei migranti irregolari e il loro «destino» a fine pena*, in *Dir. imm. e citt.*, 2004, 23
- S. SARTARELLI, *La Corte costituzionale tra valorizzazione della finalità rieducativa della pena nella disciplina della liberazione condizionale e mantenimento dell'ergastolo: una contradictio in termini ancora irrisolta (in particolare, riflessioni sulla sentenza 161/97)*, in *Cass. pen.*, 2001, 684
- R. SATURNINO, voce *Discrezionalità (Diritto penale)*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989
- G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2001
- A. SCANDELLARI, *La «prezialità» nel diritto penale sostanziale e nel nuovo processo penale*, in *Giust. pen.*, 1993, III, 218
- M. SCHIAVI, *La disciplina della liberazione condizionale tra istanze rieducative ed esigenze di difesa sociale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 669
- D.M. SCHIRÒ, *La «carcerazione degli infanti» nella lettura della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2015, 3, 1067
- V. SCORDAMIGLIA, *L'applicazione provvisoria di pene accessorie*, Napoli, 1980

- G. SILVESTRI, *Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale*, in AA.Vv., *Le ragioni dell'uguaglianza*, Milano, 2009, 7
- G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, intervento conclusivo del seminario *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della CEDU*, in [www.dirittopenitenziarioecostituzione.it](http://www.dirittopenitenziarioecostituzione.it)
- D. SIRACUSANO, *In tema di discrezionalità nell'applicazione della pena*, in *Foro pen.*, 1957, 382
- D. SIRACUSANO, *Problemi attuali della discrezionalità in diritto penale*, in *Ind. pen.*, 1976, 437
- F. SIRACUSANO, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, in *Giur. cost.*, 2014, 5, 3940B
- F. SIRACUSANO, Sub Art. 79, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, 1036
- F. SIRACUSANO, *Modifiche all'art. 4-bis ord. penit.*, in G. GIOSTRA, P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 14 luglio 2017, 189
- F. SIRACUSANO, *Modifiche all'art. 58-ter ord. penit.*, in G. GIOSTRA, P. BRONZO (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 14 luglio 2017, 188
- P.A. SIRENA, *Contenuti e linee evolutive della giurisprudenza in materia di sanzioni*, in G. VASSALLI (a cura di), *Problemi generali di diritto penale*, Milano, 1982, 415
- G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006
- G. SORRENTI, *La Corte di Cassazione penale e l'illegittimità consequenziale delle leggi nella «seconda modernità»*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2012
- F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, Genova, 1997
- C. SOTIS, *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione una diminuzione di pena per i fatti di lieve entità. Il diritto vivente «preso - troppo? - sul serio»*, in *Giur. cost.*, 2012, 2, 906B
- C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 1, 111
- R. SOTTANIS, *Misure alternative e immigrati clandestini: vale per tutti la logica della rieducazione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 2, 195
- P. SPAGNOLO, *Il cosiddetto «indultino» è legge*, in *Leg. pen.*, 2004, 396
- M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966
- M. SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, 50
- M. SPASARI, *Capacità a delinquere e pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1978, 3
- B. SPRICIGO, *La «riflessione critica sul reato» e l'automatismo ostativo dell'art. 4-bis ord. penit.*, in *Criminalia*, 2014, 619
- S. STAIANO, M. SCUDIERO, *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale: 1988-1998*, Napoli, 1999
- A.M. STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1971
- A.M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi Urbinati*, 1976-1977, 273
- A.M. STILE, *La commisurazione della pena nel contesto attuale del sistema sanzionatorio. Aspetti problematici*, in AA.Vv., *Studi in onore di G. Vassalli*, I, Milano, 1991, 287
- A.M. STILE, *Prospettive di riforma della commisurazione della pena*, in AA.Vv., *Verso un nuovo codice penale*, Milano, 1993, 317
- K. STITH, J.A. CABRANES, *Fear of judging: sentencing guidelines in the Federal Courts*, Chicago, 1998
- G. TABASCO, *La detenzione domiciliare speciale in favore delle detenute madri dopo gli interventi della Corte costituzionale*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 2015, 3

- F. TAGLIARINI, *Attenuanti generiche e comportamento processuale del reo*, in *Scuola pos.*, 1968, 143
- M.G. TASCONE, voce *Applicazione della pena*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988
- A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: «giocando con le regole» a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.*, 2012, 4909
- S. TOVANI, *Misure alternative alla detenzione e status di straniero irregolare al vaglio della Sezioni Unite*, in *Rass. penit. crimin.*, 2006, 1, 175
- T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *La resistibile ascesa della sospensione condizionata nel panorama dei benefici penitenziari*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 4, 1618
- P. TRONCONE, *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2015
- A. TRUCANO, *Sull'obbligatorietà della recidiva*, in *Giur. it.*, 2011, 7, 1630
- L. TUMMINELLO, *Il volto del reo: l'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010
- G. TURNATURI, *Aspetti problematici della costituzionalità delle pene pecuniarie fisse e proporzionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1977, 1458
- R. TURRINI VITA, «*Indultino*»: *sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva nel limite massimo di due anni. Rilievi di diritto penitenziario, Commento a L. 1 agosto 2003, n. 207*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 1476
- F. UCCELLA, *Una decisione di «denegata giustizia» per i minori condannati*, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 558
- F. URBAN, *Sulla illegittimità costituzionale dell'applicazione obbligatoria della recidiva anche ai reati di particolare gravità e allarme sociale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 4 febbraio 2016
- F. URBAN, *Discrezionalità del giudice e automatismi: profili problematici nel sistema delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 2, 89
- M.V. VALENTINO, *Esclusioni «eccellenti» in tema di liberazione anticipata speciale tra problemi di diritto intertemporale e dubbi di incostituzionalità*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 14 maggio 2015
- N. VALENTINO, *L'ergastolo. Dall'inizio alla fine*, Roma, 2012
- V. VALIGNANI, *Sui limiti di efficacia dell'art. 69 c.p. alla luce del D.L. 11 aprile 74, n. 99*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1976, 1112
- A. VALLINI, *Le circostanze del reato*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (diretto da), *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, Torino, 2011, 58
- G. VARRASO, *Ergastolo, liberazione condizionale ed art. 4-bis ord. penit.: la parola di nuovo alla Consulta*, in *Giust. pen.*, 2004, 86
- L. VARRONE, *Sui limiti del sindacato di costituzionalità delle previsioni sanzionatorie, in un caso concernente le pene accessorie interdittive per il reato di bancarotta fraudolenta*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 1 giugno 2012
- G. VASSALLI, *La riforma della liberazione condizionale*, in *Rass. studi penit.*, 1951, 997
- G. VASSALLI, *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, in AA.VV., *Conferenze - Primo corso di perfezionamento per uditori giudiziari*, II, Milano, 1958, 725
- G. VASSALLI, *Funzioni ed insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, 325
- G. VASSALLI, *Funzione rieducativa della pena e liberazione condizionale*, in *Scuola pos.*, 1964, 403
- G. VASSALLI, voce *Nullum crimen sine lege*, in *Noviss. Dig. it.*, 1968, 496
- G. VASSALLI, *La pericolosità presunta del minore non imputabile*, in *Giur. cost.*, 1971, 1
- G. VASSALLI, *La liberazione condizionale: dalla amministrazione alla giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 1974, 3523



- G. VASSALLI, *La riforma penale del 1974: lezioni integrative del corso di diritto penale. Precedenti e contesto*, I, Milano, 1975
- G. VASSALLI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006, 1021
- P. VENTURA, *Imputato minorenni e sanzioni sostitutive*, in *Giur. cost.*, 1998, 1, 87
- A.L. VERGINE, voce *Sospensione condizionale della pena*, in *Dig. pen.*, XIII, Torino, 1997, 442
- D. VICOLI, *L'illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 2, 1006
- M. VIETTI, *Crisi economica e diritto penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, 1, 7
- F. VIGANÒ, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Giur. cost.*, 2010, 4, 2996
- F. VIGANÒ, *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 Cedu: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 4 luglio 2012
- F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 9 gennaio 2013
- F. VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte edu*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 26 aprile 2016
- F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 14 novembre 2016
- F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 19 dicembre 2016
- F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità «costituzionale» vs. legalità «convenzionale»?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 5 aprile 2017
- V. VIGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, Torino, 2011
- R. VINCENTI, *La sentenza della C. cost. n. 192 del 2007: facoltatività della recidiva reiterata e interpretatio abrogans del nuovo art. 69, comma 4, c.p.*, in *Cass. pen.*, 2008, 531
- S. VINCIGUERRA, *La riforma del sistema punitivo nella L. 24 novembre 1981, n. 689: infrazione amministrativa e reato*, Padova, 1983, 410
- L. VIOLANTE, *Contenuto e funzioni delle pene accessorie: conseguenze in tema di applicabilità al concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1969, 263
- L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, 2009
- A. VIRGILIO, *Ordinamento penitenziario e leggi «speciali» per i minori degli anni diciotto*, in F. BRICOLA (a cura di), *Il carcere «riformato»*, Bologna, 1977, 256
- A. VIRGILIO, *Le pene accessorie nel momento attuale*, Napoli, 1991
- M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007
- D. VOZZA, *Le tecniche gradate di armonizzazione delle sanzioni penali nei recenti interventi dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 3, 16
- J. WHEELER, *Compare federal sentencing before and after the Sentencing Reform Act of 1984*, in [www.enotes.com](http://www.enotes.com), 8 febbraio 2014
- G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984
- G. ZAGREBELSKY, voce *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 59

- G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988
- G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992
- G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008
- G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009
- G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 2012
- R. ZANNOTTI, *Le misure alternative alla detenzione (in particolare l'affidamento in prova al servizio sociale) e la crisi del sistema sanzionatorio*, in *Ind. pen.*, 2000, 707
- G. ZUCCALÀ, *Della rieducazione del condannato nell'ordinamento positivo italiano*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, 68