Università degli Studi di Trento
Facoltà di Giurisprudenza
Corso di Laurea Specialistica in Giurisprudenza

Tesi di Laurea

Certezza della pena e trattamenti rieducativi: un contrasto insanabile?

Relatore
prof. GABRIELE FORNASARI

Laureanda
GIORGIA OSS

Parole chiave:
pena, effettività della pena certezza della pena, rieducazione, misure alternative

Anno Accademico 2008/2009

Ai miei genitori

Ringrazio il Prof. Fornasari per l'attenzione che mi ha dedicato durante la stesura di questa tesi, per la rapidità delle correzioni e soprattutto per i numerosi spunti, interessanti e problematici, che faceva emergere ad ogni conversazione.

Ringrazio la Prof. Borgonovo Re per aver così generosamente risposto a tutte le mie domande sui risvolti pratici legati all'esecuzione della pena in carcere.

Ringrazio Emanuele, per la sua presenza in tutti questi anni di università.

Ringrazio i miei genitori, mio fratello e mia sorella, per la loro incrollabile fiducia in me, Alessandro, per il suo costante ed imprescindibile sostegno, e tutti quelli che mi hanno supportato negli ultimi mesi, in particolare, e l'ordine è quello della vicinanza solo fisica, Martina, Giulia, Guido, Michela, Beatrice, Ottavia, Francesca e Silvia.

Indice sommario

pag.

INTRODUZIONE 1

Capitolo I. LA PENA LEGALE

1. L'origine del dibattito sulla pena, dall'Illuminismo a Beccaria..... 7
   1.1. Una breve introduzione..... 7
   1.2. Il "punto di partenza di un processo ancora oggi non terminato": Cesare Beccaria..... 9
2. Le funzioni tradizionalmente assegnate alla pena..... 13
   2.1. La funzione di prevenzione generale..... 14
   2.2. La funzione retributiva..... 15
   2.3. La funzione di prevenzione speciale, o "idea dello scopo" 17
   2.4. Il rapporto fra le teorie sulla funzione della pena..... 19
3. La pena nel codice Rocco del 1930..... 21
   3.1. Le originarie scelte sanzionatorie..... 22
   3.2. Le incoerenze del sistema del doppio binario..... 24
4. La pena secondo la Costituzione della Repubblica Italiana..... 25
   4.1. Le disposizioni costituzionali che trattano della pena, in generale..... 27
      4.1.1. *Il principio di legalità della pena, nei suoi tre significati*..... 27
      4.1.2. *Il divieto della pena di morte*..... 30
      4.1.3. *L'umanizzazione della pena*..... 31
   4.2. L'art. 27 comma III seconda parte, in particolare..... 33
      4.2.1. *L 'introduzione del finalismo rieducativo nella Costituzione*..... 33
      4.2.2. *I lavori preparatori*..... 34
5. La "lunga marcia" della dottrina sulla pena ed i relativi riflessi sulla legislazione nel sessantennio repubblicano..... 37
   5.1. La "lettura in chiave neutralizzante dell'art. 27 III": gli anni '50..... 38
   5.2. L'apertura progressista della seconda metà degli anni '60..... 39

5.2.1. *Una modifica dell'ergastolo*..... 40
5.3. Gli anni '70 e la piena valorizzazione del principio rieducativo..... 40
5.3.1. *La modifica della disciplina della sospensione condizionale*..... 42
5.3.2. *La riforma dell'ordinamento penitenziario*..... 43
5.4. Gli ultimi anni '70: il rilancio delle esigenze di prevenzione generale... 44
5.4.1. *Le carceri di massima sicurezza*..... 45
5.5 Gli anni '80 e '90 tra fiducia nella rieducazione ed inversioni di tendenza..... 46
5.5.1. *La legge 663/1986 (legge Gozzini)*..... 47
5.5.2. *La legislazione antimafia* 50
5.5.3. *La legge n. 165/98 (cd. riforma Simeone)*..... 52
6. Le evoluzioni più recenti della legislazione, in particolare in ambito penitenziario..... 55
6.1. Il momento attuale..... 55
6.1.1. *La legge 251/2005 (legge ex-Cirielli)*..... 56
6.2. Prospettive *de iure condendo*..... 58
6.2.1.*Gli ultimi progetti di riforma del codice penale:*
1. il lavoro della "Commissione Pagliaro"..... 60
2. pene più miti ma più effettive: il "Progetto Grosso"..... 61
3. il "Progetto Nordio"..... 61
4. la nuova ripartizione delle pene nel d.d.l. "Pisapia"..... 62
6.2.2. *Le proposte di modifica dell'ordinamento penitenziario:*..... 64
1. la proposta di legge n. 6164 del 3 novembre 2005..... 64
2. il d.d.l. n. 623 del 21 maggio 2008..... 66
3. il d.d.l n. 636 del 22 maggio 2008..... 67
7. La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale..... 69
7.1. La teoria della polifunzionalità nelle iniziali prese di posizione della Corte..... 69
7.2. Una svolta di principio: la sentenza n. 313 del 1990..... 71
7.3. Il ripiego su posizioni più in linea con la tradizione..... 73
8. Riflessioni *in itinere*..... 74

Capitolo II. LA PENA INFLITTA

1. I tipi di pena originariamente previsti nell'ordinamento italiano..... 77

1.1. Le pene *principali*..... 79

1.1.1. *Una parentesi: la nascita della prigione*..... 80

1.1.2. *L'ergastolo*..... 82

1.1.4. *La reclusione e l'arresto*..... 89

1.1.4. *La pena pecuniaria*..... 91

1.2. Le pene *accessorie*..... 95

2. Le pene successivamente introdotte dal legislatore..... 97

2.1. Le pene sostitutive della detenzione breve..... 98

2.1.1. *Sanzioni pecuniarie sostitutive (art. 57 co. II l.689/81)*..... 101

2.1.2. *La semidetenzione (art. 55 l.689/81)*..... 101

2.1.3. *La libertà controllata (art. 56 l.689/81)*..... 102

2.1.4. *L'espulsione dello straniero privo di permesso di soggiorno*.... 102

2.2. Le misure alternative alla detenzione (*rinvio*)..... 103

2.3. Le pene che possono essere inflitte dal giudice di pace..... 106

2.3.1. *La permanenza domiciliare*..... 108

2.3.2. *Il lavoro di pubblica utilità*..... 108

3. La "prima fase" della commisurazione della pena..... 110

3.1. Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena..... 111

3.2. I criteri di commisurazione..... 115

3.2.1. *Criteri fattuali di commisurazione della pena:*

a) la gravità del reato (art. 133 I c.p.)..... 116

b) la capacità a delinquere del reo (art. 133 II c.p.)..... 117

3.2.2. *Criteri finalistici di commisurazione della pena;*..... 118

3.2.3. *Il rapporto fra i due commi dell'art. 133 c.p.*..... 120

3.3. La commisurazione della pena pecuniaria..... 122

4. La "seconda fase" della commisurazione: le circostanze del reato..... 123

4.1. La classificazione delle circostanze..... 125

4.2. La commisurazione delle circostanze..... 127

4.3. Il concorso fra circostanze..... 128

4.4. Problemi legati alle *circostanze indipendenti*..... 130
4.5. La discrezionalità del giudice nella valutazione delle circostanze..... 131
5. "Sconti" di pena e tecniche premiali..... 134
5.1. Il premio per la collaborazione processuale *(un rapido accenno*)..... 135
5.2. La scelta dei riti processuali alternativi..... 137
5.2.1. *Rito abbreviato*..... 139
5.2.2. *Applicazione della pena su richiesta delle parti*..... 141
5.2.3. *Decreto penale di condanna*..... 144
5.3. L'incidenza dei riti alternativi sulla *certezza* e sullo *scopo* della pena... 144
6. La sospensione condizionale della pena..... 147
6.1. Evoluzione storica dell'istituto..... 147
6.2. Lo scopo della sospensione in una prospettiva rieducativa..... 149
6.3. L'operatività dell'istituto e le pene sospendibili..... 149
6.3.1. *Soglia temporale e campo di applicabilità dell'istituto*..... 150
6.3.2. *Obblighi di risarcimento o di riparazione dell'offesa*..... 150
6.3.3. *Durata del periodo di sospensione e messa alla prova*..... 151
6.3. 4. *Revoca della sospensione*..... 152
6.4. La discrezionalità del giudice nel concedere la sospensione..... 153
7. La perdita di certezza nel momento in cui la pena è inflitta: il *punto della situazione*..... 155

Capitolo III. LA PENA ESEGUITA

1. Da *giudice di cognizione* a *giudice dell'esecuzione*..... 159
1.1. L'ordine di esecuzione: emissione e sospensione..... 159
1.2. L'esecuzione delle pene pecuniarie..... 162
1.3. L'esecuzione delle pene accessorie..... 162
1.4. L'esecuzione delle sanzioni sostitutive..... 162
2. Un sistema di pena *flessibile*..... 163
2.1. L'essenziale modificabilità della pena..... 163
2.2. La magistratura di sorveglianza..... 166
2.2.1. *Il magistrato di sorveglianza (art. 69 ord. pen.)*..... 167

2.2.2. *Il tribunale di sorveglianza (art. 70 ord. pen.)*..... 169
2.3. Il procedimento di sorveglianza..... 170
3. Il trattamento penitenziario..... 171
3.1. Il trattamento rieducativo..... 174
3.2. Il lavoro..... 177
3.3. L'istruzione..... 180
4. Le misure alternative alla detenzione in carcere..... 180
4.1. L'affidamento in prova al servizio sociale..... 180
4.1.1. *Natura della misura*..... 181
4.1. 2. *Presupposti di concedibilità:*
a) la soglia minima di pena..... 182
b) la preclusione di cui all'art. 67 l. 689/81..... 183
c) esclusioni soggettive dalla misura..... 183
d) l'aver trascorso parte della pena in un istituto carcerario..... 183
4.1.3. *Modalità concrete di svolgimento della misura:*
a) le prescrizioni comportamentali..... 186
b) l'affidamento al servizio sociale..... 186
4.1.4. *La revoca della misura* 186
4.1.5. *L'esito positivo della prova*..... 187
4.1.6. *Qualche considerazione sulla funzione attuale dell'istituto*..... 189
4.2. L'affidamento in prova *speciale (un accenno)*..... 191
4.3. La semilibertà..... 193
4.3.1. *Natura della misura*..... 193
4.3.2. *Presupposti di concedibilità della semilibertà dalla detenzione:*
a) la soglia minima di pena..... 194
b) la preclusione di cui all'art. 67 l. 689/81..... 195
c) criteri per la concessione della misura..... 195
4.3.3. *Presupposti di concedibilità della semilibertà surrogatoria dell'affidamento in prova*..... 196
4.3.4. *Modalità concrete di svolgimento della misura:*..... 196
a) le prescrizioni comportamentali..... 196

b) le licenze premio (art. 52 ord. pen.)..... 197
4.3.5. *La revoca della misura*..... 197
4.3.6. *Qualche considerazione sulla funzione attuale dell'istituto*..... 198
4.4. La detenzione domiciliare *(art. 47-ter ord. pen.)*..... 199
4.4.1. *Natura della misura*..... 200
4.4.2. *La detenzione domiciliare per esigenze di umanizzazione della pena (art. 47-ter I. ord. pen)*..... 200
4.4.3. *La detenzione domiciliare biennale (art. 47-ter I-bis ord. pen)*..... 202
4.4.4. *La detenzione domiciliare sostitutiva del rinvio di esecuzione della pena (art. 47-ter I-ter ord.pen)*..... 204
4.4.5. *La detenzione domiciliare anagrafica (art. 47-ter 01 ord. pen).* 204
4.4.6. *Le prescrizioni*..... 205
4.4.7. *La revoca della misura*..... 205
4.4.8. *Qualche considerazione sulla funzione attuale dell'istituto*..... 206
5. Da istituto clemenziale a misura alternativa: la liberazione condizionale..... 207
5.1. Natura della misura..... 207
5.2. Presupposti di concedibilità
5.2.1. *Il ravvedimento del condannato*..... 209
5.2.2. *L'aver scontato un periodo minimo di pena*..... 210
5.2.3. *L'aver adempiuto alle obbligazioni civili*..... 211
5.3. Modalità concrete di svolgimento della misura: la libertà vigilata..... 211
5.4. La revoca della misura (art. 177 c.p.)..... 211
5.5. Qualche considerazione sulla funzione attuale dell'istituto..... 212
6. Le misure premiali..... 213
6.1. La liberazione anticipata..... 213
6.1.1. *Natura della misura*..... 213
6.1.2. *Presupposti di concedibilità*..... 214
6.1.3. *Computo dei tempi di riduzione di pena: la semestralizzazione.* 215
6.1.4. *La revoca della misura*..... 217
6.1.5. *La presunzione di avvenuta espiazione*..... 218
6.1.6. *Qualche considerazione sulla funzione attuale dell'istituto*..... 219

6.2. I permessi di necessità *(art. 30 ord. pen.)*..... 220
6.2.1. *Natura dell'istituto*..... 220
6.2.2. *Presupposti di concedibilità*..... 221
6.3. I permessi premio *(art. 30-ter ord. pen)*..... 222
6.3. 1. *Natura dell'istituto*..... 222
6.3.2. *Presupposti di concedibilità*..... 223
6.3. 3. *Il provvedimento di concessione o diniego del permesso*..... 224
6.3.4. *Il permesso per i recidivi reiterati*..... 226
6.4. La remissione del debito..... 226
6.5. La riabilitazione..... 227
7. Qualche osservazione sul funzionamento delle misure alternative..... 228
7.1. Dati complessivi..... 228
7.2. Le revoche..... 230
7.3. La recidiva..... 232

Qualche considerazione conclusiva..... 235

1. Primo momento di incertezza: il passaggio tra la pena legale e la pena inflitta..... 236
2. Secondo momento di incertezza: dalla pena inflitta alla pena eseguita..... 237
3. La ricerca di un equilibrio:
3.1. Una diversa accezione del termine certezza..... 238
3.2. Gli ennesimi interventi contraddittori del legislatore..... 240
3.3. La più difficile questione della certezza nella fase commisurativa..... 241
3.4. Un sistema più variegato di sanzioni..... 241
3.5. Una diversa visione del carcere..... 242

Bibliografia..... 243

Introduzione

La certezza di un castigo, benché moderato,
farà sempre maggiore impressione
che non il timore di un altro più terribile,
unito colla speranza della impunità;
perché i mali, anche minimi, quando sono certi,
spaventano sempre gli animi umani.
Cesare Beccaria, Dei delitti e delle pene, 1763

Il titolo di questo lavoro si ispira ad uno slogan che spesso, in quest'epoca di "*allarme sicurezza*", rimbalza durante i dibattiti politici più o meno demagogici e viene usato per ribadire la necessità di un sistema sanzionatorio duro, infallibile, nel quale sia sicuro che chi commette un reato verrà punito dallo Stato attraverso una sanzione predeterminabile nel genere e nella durata.

In particolare, si richiede che la pena più afflittiva, la reclusione in carcere, sia scontata dal primo all'ultimo giorno dal condannato, in modo tale che egli non possa uscire a commettere altri delitti ed a turbare il sonno degli onesti cittadini.

Probabilmente l'origine della richiesta sociale di certezza della pena, o per meglio dire dell'allarme incertezza, deriva dalla questione più ampia dell'esigenza di sicurezza, della percezione dell'aumento della criminalità, del grande eco che hanno i casi di cronaca che vedono come protagonisti dei crimini i soggetti che *avrebbero dovuto essere in carcere*: in una parola è un effetto mediatico e politico.

Tuttavia, il sistema sanzionatorio è regolato dal diritto penale, e non è certo un mistero che esso stia attraversando un momento di crisi[1], dovuta proprio alla mancanza di effettività della pena, spessa intesa come sinonimo di incertezza[2].

Vi è incertezza sull'*an* della pena nei casi in cui la pena viene sì inflitta dal giudice di cognizione, ma essa non è poi effettivamente scontata, o perché il condannato beneficia della sospensione condizionale, oppure perché interviene un qualche provvedimento indulgenziale, come un'amnistia o un indulto, a garantire una sostanziale impunità.

Vi è invece incertezza sul *quantum* e sul *quomodo* della pena in due momenti. Il primo è quello della commisurazione della pena, poiché il giudice di cognizione, grazie al sistema della cornice edittale, gode di un ampio potere discrezionale nel determinare la misura e la tipologia di pena da infliggere nel caso concreto. Il secondo è quello dell'esecuzione: in quest'ultima fase, infatti, agli organi della magistratura di sorveglianza è concesso sia il potere di mutare il *genus* della sanzione (generalmente da principale ad alternativa) sia il potere di diminuirne la durata, con la conseguenza che la pena *eseguita* si rivela più breve di quella *inflitta* dal giudice.

Tanta incertezza è dovuta al fatto che le pene, secondo il dettato costituzionale, devono tendere alla *rieducazione del condannato (art. 27 III Cost.)*. E' proprio al fine di perseguire la finalità rieducativa, spesso indicata anche come risocializzazione del condannato, che il sistema sanzionatorio, soprattutto nella fase esecutiva, è così flessibile. Inoltre è il legislatore stesso che, nell'impossibilità di una modifica globale del codice penale, ha deciso di rimediare alla severità delle pene previste dal codice Rocco attribuendo grandi

---

[1] Cfr., fra i tanti, PADOVANI, T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, Riv. it. dir. proc. pen., 1992, 423; GIUNTA, F. *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in Riv. it dir . proc. pen., 1998, I, 414, EUSEBI, L., *La pena "in crisi": il recente dibattito sulla funzione della pena,* Morcelliana, Brescia 1990 e MANTOVANI, F., *La "perenne crisi" e la "perenne vitalità" della pena. E la "crisi di solitudine" del diritto penale*, in DOLCINI, E. – PALIERO, C. E. (*a cura di*), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. II Teoria della pena – Teoria del reato, Giuffrè, Milano 2006, pp. 1170 ss.

[2] Il concetto di effettività della sanzione penale può essere inteso come sinonimo di certezza sotto il profilo dell'*an* della pena, vale a dire come necessità che la pena sia concretamente applicata, una volta che si realizzi il reato per la quale è stata comminata. Cfr. GOISIS, L., *La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata*, Giuffrè, Milano 2008, pp. 125-126.

poteri al giudice, così che "attualmente molti sono gli istituti in grado di produrre uno scollamento tra previsione astratta di sanzione all'interno della cornice edittale e pena in concreto scontata"[3].

La pena si presenta, in termini operativi, come scomposta in tre momenti: essa "costituisce, in primo luogo, il contenuto di una minaccia (che si traduce in una comminatoria edittale); è oggetto, in secondo luogo, di una inflizione (determinazione, concretizzazione giudiziale); è oggetto, infine, di una esecuzione. Queste fasi esprimono compiutamente la dinamica della pena"[4].

Nelle pagine che seguono si cercherà di analizzare *in primis* il concetto di pena come esso si è sviluppato nel dibattito filosofico e penalistico, con riferimento alle finalità che essa deve svolgere. Particolare attenzione sarà dedicata alla finalità rieducativa, che generalmente si fa rientrare nell'ideologia *specialpreventiva* della pena. Sullo sfondo del dibattito dottrinale in merito alle funzioni della pena rimane la contrapposizione tra *pena giusta* e *pena utile*. Fin dalle origini del diritto penale moderno, con *pena utile* si indica la pena in astratto, finalisticamente orientata, tendente a fini utilitaristici di prevenzione, mentre la *pena giusta* corrisponde alla pena meritata per il fatto, corrispondente dunque, quanto alla sua afflittività, al disvalore del reato.

La questione della prevalenza di una ideologia della pena sull'altra è quanto mai attuale. Se infatti da un lato vi è chi sostiene che il diritto penale può giustificarsi solo in quanto utile[5], dall'altro si fanno sentire le voci secondo le quali è inappropriato che esso si ponga dei fini *altri* rispetto alla mera retribuzione del reato[6].

Dopo questo primo accenno alla *pena legale*, si dedicherà l'attenzione al momento in cui la pena è inflitta dal giudice di cognizione, ed infine alla sua esecuzione. Si cercherà di capire quali sono gli istituti che, più di tutti, causano

---

[3] MENGHINI, A., *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo*, Giappichelli, Torino 2008, p. 9.

[4] DI MARTINO, A., *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 118.

[5] Cfr. PAVARINI, M., *La penalità, oggi, nella critica penologica*, in PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Saggi sul governo della penalità*, Martina, Bologna 2007, pp. 26-27.

[6] L'apologia della funzione retributiva della pena si trova in RONCO, M., *Il problema della pena – Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Giappichelli, Torino 1996 e più recentemente in GUZMÀN DALBORA, J. L., *Pena e misure di sicurezza. Profili concettuali, storici e comparatistici* (*Ed. ital a cura di* FORNASARI, G., – CORN, E.), Università degli Studi di Trento, 2009.

nei fatti lo *scardinamento tra reato e pena*[7], e si vedrà se l'esistenza di momenti di incertezza della pena è o meno accettabile dal punto di vista del rispetto del principio di legalità e della necessità che la sanzione penale sia *effettiva*.

L'analisi partirà ogni volta dalle norme vigenti, contenute principalmente nel codice penale, nel codice di procedura penale e nell'ordinamento penitenziario, per poi estendersi ad una valutazione avente ad oggetto la prassi della pena, vale a dire l'*essere*. Il taglio dell'indagine diverrà dunque parzialmente empirico, per quanto lo consentano i dati messi a disposizione del grande pubblico dal Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria del Ministero della Giustizia, più recenti di quelli contenuti negli Annuari Istat[8].

La ricerca si muove, occorre purtroppo ricordarlo, sul terreno di un sistema sanzionatorio penale frammentario, continuamente rimodellato da riforme legislative poco sistematiche.

Una delle conseguenze più evidenti del susseguirsi degli interventi del legislatore si può osservare nella mancanza di coerenza nelle previsioni sanzionatorie: basti pensare, ad esempio, che la violenza sessuale di gruppo, prevista dall'articolo 609-*octies* c.p., è punita con la detenzione da sei a dodici anni, e molto alta è anche la sanzione per il reato di mutilazioni genitali femminili, introdotto nel 2006 all'art. 583-*bis*, la quale va da quattro a dodici anni. Si tratta di previsioni piuttosto rigide, forse non troppo in linea con le esigenze sottese di tutela del bene giuridico:, attraverso le quali "si realizza (..) una doverosa tutela della donna e della sua dignità anche nella sfera sessuale, *[ma]* (...), il dosaggio sanzionatorio è tanto elevato (...) da sollevare il dubbio che a questa disposizione non sia completamente estraneo l'intento di trasmettere un messaggio ideologico se non addirittura una finalità di contenimento di taluni flussi migratori"[9].

---

[7] L'espressione si deve a MENGHINI, A., *op. ult. cit.,* p. 5, la quale a sua volta si riferisce all'opera di DI MARTINO, A., *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, *cit*.

[8] Sulla necessità che un'analisi che al *dover essere* della pena privilegi l'*essere*, vale a dire l'effettività pratica delle sanzioni, cfr. DOLCINI, E., *La pena in Italia oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in DOLCINI, E. – PALIERO, C. E. (*a cura di*), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. II Teoria della pena – Teoria del reato, Giuffrè, Milano 2006, pp. 1073 ss. e, dello stesso Autore, *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, 97. Privilegia l'analisi della prassi anche GOISIS, L., *La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata*, Giuffrè, Milano 2008.

[9] DOLCINI, E. – MARINUCCI, G., *Codice Penale Commentato*, vol. I, II Ed., Ipsoa 2006, p. VII.

Simili squilibri si rinvengono anche in altri campi, ad esempio in materia di reati che tutelano beni economici: la pena detentiva per il furto aggravato va da uno a sei anni (è l'art. 625 c.p., recentemente arricchito dalla legge 94/2009, che elenca le aggravanti del furto), mentre il reato di false rendicontazioni sociali in danno della società, dei soci o dei creditori, meglio conosciuto come falso in bilancio, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni, salvo ipotesi aggravate nelle quali la pena può arrivare ai sei anni (*art. 2622 c.c*).

Senza soffermarsi su facili critiche nei confronti dell'intenzione del legislatore, è evidente l'esistenza di un certo disequilibrio di fondo tra le previsioni sanzionatorie.

Poca sistematicità nelle sanzioni pone dei problemi dal punto di vista della tutela dei beni giuridici. Se infatti è vero, come scriveva Dolcini nel 1979, che "il fondamento giustificativo della pena, e in particolare la funzione dell'esecuzione, non può ricercarsi altrove che nella tutela preventiva di beni costituzionalmente e penalmente protetti", la mancanza totale di armonia fra il valore di questi beni e la gravità delle violazioni rende difficile la giustificazione della pena e la sua esecuzione. Ciò è tanto più vero, quanto più si pensa che nella nostra società risulta sempre più difficile trovare dei valori univoci di riferimento[10].

[10] Si accenna qui al fatto che quelli che per il nostro ordinamento sono sempre stati considerati dei reati non sono tali per soggetti provenienti da altre culture e che si riconoscono in altri valori. Ciò pone dei problemi quanto alla pretesa dello Stato di punire tali condotte, ed in seguito di rieducare chi le ha poste in atto. Solleva la questione FORNASARI, G., *Intervento*, in PAVARINI, M., *Siléte poenologi in munere alieno!*, Monduzzi, Bologna, 2006, pp. 165 ss.

Capitolo I.
LA PENA LEGALE

1. L'origine del dibattito sulla pena.

1.1 Una breve introduzione.

La violazione del precetto sancito dalla legge penale comporta di regola[11] che l'autore di questa violazione subisca una punizione, ossia sia sottoposto ad una pena di carattere afflittivo, spesso privativa della sua libertà personale, che in qualche modo integra un "castigo" che l'ordinamento infligge a chi ha infranto la legge.

Per essere più precisi, si riprenderà la definizione di Nuvolone, secondo la quale "la pena appartiene alla categoria delle sanzioni 'eterogenee'. Sono sanzioni eterogenee le conseguenze giuridiche di carattere impeditivo (…) o di carattere afflittivo (appunto, la pena) che l'ordinamento fa derivare coattivamente dalla violazione di un obbligo, e che non partecipano della stessa natura della prestazione o comportamento dovuti"[12]. Diritto penale e pena sono un "binomio

---

[11] Questa spiegazione semplicistica prescinde forzatamente dalle questioni inerenti alle vicende della punibilità e delle cause di giustificazione, e si limita a delineare le conseguenze che generalmente conseguono alla violazione della legge penale.

[12] NUVOLONE, P., *Pena* (dir. pen.) in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Giuffrè, Milano 1982, p. 787. Nell'Enciclopedia, l'autore fissa quattro caratteristiche della pena: "*a) la pena in senso stretto è la sanzione di un fatto-reato; b) l'applicazione della pena in senso stretto consegue all'accertamento giurisdizionale di un fatto di reato; c) la condanna ad una pena produce i cosiddetti « effetti penali »: e ,cioè, è la premessa di determinate situazioni giuridiche qualificanti la persona dal punto di vista dell'applicazione della legge penale (recidiva, capacità a delinquere …) d) la pena si traduce, generalmente, nella creazione di uno status di condannato, (…)*". NUVOLONE, P., *loc. cit.*, p. 788. Sono, queste, caratteristiche empiriche della pena, che ne descrivono l'operare nella realtà dei fatti. In questa prima parte del lavoro ci si concentrerà però per prima cosa sul dibattito teorico sulla pena, cioè sulla sua giustificazione filosofica e sulle

irriducibile"[13]: la ragion d'essere dell'uno si incastra nell'esistenza dell'altra, ma vale anche il contrario, poiché la necessità di una pena emergerà solo ove vi sia un reato.

Esistono essenzialmente due prospettive per accostarsi al concetto di pena: "Una prima modalità (…) vorrebbe trarre dalla pena, come essa si presenta nella sua concretezza, (…) gli indici sintomatici del suo significato; (…) *[essa]* scandaglia ciò che la pena è nell'esperienza che si offre all'osservatore disinteressato"[14]. A questa modalità che considera direttamente il dato esistenziale, in una parola "l'essere" della pena, se ne contrappone una seconda, che "approfondisce ciò che la pena dovrebbe essere, alla luce della funzione che l'operatore, il consulente di politica criminale o lo scienziato di diritto penale vorrebbero che essa svolgesse"[15].

Lo studio dell'*essere* della pena trova nella pena come sofferenza in sé il suo significato, quello sul *dover essere* trae direttamente il senso della pena dalla funzione che le si attribuisce. Il primo considera il dato esistenziale, mentre il secondo si riferisce ad un orizzonte ipotetico, sorretto dalle teorie funzionaliste, ma si trova tuttavia a dover fare i conti con l'esperienza empirica, spesso traditrice[16].

Il dibattito, sia storico sia contemporaneo, sulla pena, oscilla tra momenti in cui l'attenzione maggiore è dedicata al ragionamento ideologico, volto "a fare

---

discussioni intorno alla sua funzione. Per un'appassionante ricostruzione dell'etimologia del termine pena, probabilmente derivante dal greco ποινή che significa compensazione, indennizzazione, prezzo, ma anche dolore, castigo, non si può che rimandare a GUZMÀN DALBORA, J. L., *Pena e misure di sicurezza. Profili concettuali, storici e comparatistici* (*Ed. ital a cura di* FORNASARI, G., – CORN, E.), Università degli Studi di Trento, 2009, pp. 4-6.

[13] CADOPPI, A. – VENEZIANI, P., *Elementi di diritto penale – Parte generale*, II Ed., Cedam, Padova 2004, p. 429.

[14] RONCO, M., *Il problema della pena – Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Giappichelli, Torino 1996, p. 5.

[15] RONCO, M., *loc. cit*., p. 5.

[16] E' MASSIMO PAVARINI che, nell'introduzione all'opera da lui curata dal titolo *Silète poenologi in munere alieno! – Teoria della pena e scienza penalistica, oggi* (Monduzzi, Bologna 2006), riporta l'osservazione che spesso viene fatta al penalista, secondo la quale "il dover essere della pena non si realizza nei fatti". La questione sarà approfondita in seguito. Nello specifico sulle origini filosofiche del concetto di pena si prenda invece come riferimento sempre RONCO, M., *loc. cit*., p. 5. L'autore, dopo un primo approccio filosofico alla questione della comprensione del significato della pena, opta per una trattazione più empirica della questione, più fondata sul dato pratico ed "operativo" per arrivare a fondare quella che egli stesso definisce "convinzione retributiva". Parimenti, scopo di questo primo capitolo è inquadrare i diversi approcci alla pena per poi concentrarsi su un atteggiamento più attento alla prassi.

dell'idea astratta e generale lo strumento per la destrutturazione e/o la ricostruzione dell'esistente storico"[17], a momenti in cui invece la questione dello scopo viene messa tra parentesi, e "i fini della pena finirono per non appartenere alle preoccupazioni della scienza penalistica in senso proprio"[18]. Si considereranno ora i tratti salienti di questo dibattito.

1.2. Il "punto di partenza di un processo ancora oggi non terminato"[19]: Cesare Beccaria.

Fino alla fine del 1600, nell'Europa profondamente pervasa dalla religione, i criteri secondo i quali si stabiliva se un determinato comportamento fosse o no punibile erano strettamente legati al diritto canonico, così che era accettato dal popolo che il potere politico, coincidente o meno con il potere religioso, punisse con pene anche molto crudeli, compresa la pena capitale, i comportamenti peccaminosi[20].

Sul finire del diciottesimo secolo apparvero nuove regole di repressione penale, i monarchi punivano non solo i peccatori ma anche gli oppositori politici, con la conseguenza che il consenso intorno alle sanzioni penali iniziò a tentennare, originando un intenso dibattito sul diritto penale e sulla giustificazione della pretesa punitiva dello Stato. Fu in questo periodo che si affermarono le dottrine di Locke e Thomasius, che sostenevano la necessità di un assottigliamento dei comportamenti punibili, "con l'esclusione da essi dei comportamenti che andavano incontro a disapprovazione solo religiosa o solo sociale"[21].

---

[17] RONCO, M., *loc. cit*., p. 5. Il ragionamento ideologico prevarrebbe, secondo questo autore, ad esempio nella seconda metà del '700.

[18] PAVARINI, M., *Silète poenologi in munere alieno*, *loc. cit.*, p. 11. Sarebbe tra ottocento e novecento che lo sviluppo della scienza penalistica prescinde dalla filosofia del diritto e dalla questione sui fini della pena.

[19] RONCO, M., *loc. cit*., p. 6.

[20] ORRÙ, G., *Lezioni di storia del pensiero teorico-giuridico moderno*, Giappichelli, Torino 1988, p. 76.

[21] ORRÙ, G., *Lezioni di storia del pensiero teorico-giuridico moderno*, *loc. cit.*, p. 76. Il dibattito riguardava non solo la restrizione dell'ambito dei comportamenti punibili, ma anche il tipo di pene che venivano inflitte. In particolare, risale alla seconda metà del secolo XVIII la protesta contro i supplizi, ossia le pene efferate e crudeli inflitte pubblicamente. Questi, da un lato sono considerati rivoltanti e vergognosi da parte dei filosofi e dei teorici del diritto "illuminati", dall'altro costituiscono anche un pericolo per il sovrano, poiché incitano il popolo alla violenza e con il tempo diventano occasione per proteste contro il potere, rivolte e tumuli. Cfr. FOUCAULT, M.,

Prese campo il concetto secondo il quale il diritto ha lo scopo di difendere il successo economico-amministrativo dello Stato sovrano, non più la Fede o la Salvezza delle anime. Con varie sfumature[22], i grandi pensatori dell'epoca dei Lumi affermarono che la legittimità dello Stato si fonda sulla rinuncia di ogni individuo ai suoi diritti naturali a favore della collettività. Attraverso il "contratto sociale" di cui parla Rousseau[23], l'individuo accetta che la sua innata libertà sia sacrificata al potere politico dello Stato e delle sue Leggi e ne ha in cambio la sicurezza e la tranquillità che lo Stato stesso, vigilando sui trasgressori e punendoli, gli assicura. La legge, secondo un concetto che Montesquieu mutua da Locke ed approfondisce in "De l'Esprit des loix" è garanzia di libertà, poiché "la libertà è il diritto di fare tutto ciò che le leggi permettono"[24]. La legge consente quindi che gli individui godano sia della libertà civile sia di quella politica e vivano in una situazione di sicurezza poiché ciascun governo è organizzato in modo da impedire che un cittadino possa temere un altro cittadino[25].

Furono proprio gli illuministi francesi ad influenzare profondamente un'opera fondamentale per la teoria generale della pena, "Dei delitti e delle pene" (1764) di Cesare Beccaria.

Nell'*incipit* della celebre opera, l'autore esordisce infatti ricollegandosi all'idea del contratto sociale, specificando che "le leggi sono le condizioni, colle quali uomini indipendenti ed isolati si unirono in società, stanchi di vivere in un continuo stato di guerra e di godere di una libertà resa inutile dall'incertezza di conservarla. Essi ne sacrificarono una parte per goderne il restante con sicurezza e

---

Sorvegliare e punire – Nascita della prigione, (Ed. originale Parigi 1975), Einaudi, Torino 1993, pp. 67 – 75.

[22] E' qui riassunto in poche righe l'incontro fra il pensiero giusnaturalista di THOMAS HOBBES (1588-1679) e JOHN LOCKE (1632-1704) con il successivo illuminismo. Quest'ultimo trova nel concetto di diritto naturale la base che fonda sia le sue rivendicazioni umanitarie sia l'idea secondo la quale la società si fonda su un contratto in forza del quale l'uomo rinuncia alla sua libertà per avere le garanzie e la sicurezza dello stato di diritto. In particolare, sono opere come *De l'Esprit des loix* (1748) del barone di MONTESQUIEU e *Du contrat social ou principes du droit politique* (1762) di JEAN JACQUES ROUSSEAU fondano questa teoria, influenzando l'opera successiva di CESARE BECCARIA. Per un'analisi puntuale si rimanda a ORRÙ, G., *Lezioni di storia del pensiero teorico-giuridico moderno, cit.*, in particolare PARTE PRIMA.

[23] In generale su ROUSSEAU cfr. CONSTANTINESCO, V. – PIERRE'-CAPS, S., *Droit constitutionnel*, 3e édition mise à jour, Thémis droit, Paris, 2007, p. 29.

[24] MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, I, 273, in ORRÙ, G., *loc. cit.*, p. 64.

[25] ORRÙ, G., *Lezioni di storia del pensiero, cit.*, p. 61.

tranquillità"[26]. Per conservare questo stato di sicurezza e tranquillità (lo stesso di cui parlava Montesquieu) bisognava trovare il modo di difenderlo dalle "private usurpazioni di ciascun uomo (…). Vi volevano dei motivi sensibili che bastassero a distogliere il dispotico animo di ciascun uomo dal risommergere nell'antico caos le leggi della società"[27].

È proprio a questo punto, e fatta questa premessa, che Beccaria introduce il tema della pena, dicendo che "[q]uesti motivi sensibili sono proprio le pene stabilite contro agl'infrattori delle leggi"[28]. Si vede quindi che l'autore si innesta sulla dottrina illuministica per trovare all'origine della pena la necessità di garantire la sicurezza di quello stato in cui l'uomo aveva accettato di vivere sacrificando la minima porzione possibile della sua libertà naturale. Per questo spetta legittimamente allo Stato il diritto di punire i cittadini: "Ecco dunque sopra di che è fondato il diritto del sovrano di punire i delitti: sulla necessità di difendere il deposito della salute pubblica dalle usurpazioni particolari; e tanto più giuste sono le pene, quanto più sacra ed inviolabile è la sicurezza, e maggiore la libertà che il sovrano conserva ai sudditi"[29].

Legittimata l'attribuzione allo Stato dello *ius puniendi*, Beccaria prosegue nella trattazione della questione stabilendo alcuni principi che diverranno dei capisaldi del diritto penale nei secoli successivi. Per prima cosa, egli afferma il principio di legalità, poiché lecita è solo la pena comminata in forza di una legge dello stato[30], che deve essere applicata da un magistrato terzo ed imparziale[31].

---

[26] BECCARIA, C., *Dei delitti e delle pene*, a cura di Franco Venturi, Oscar Classici Mondadori, 11ª ristampa 2008, p. 12.

[27] BECCARIA, C., *loc. cit.*, p. 12.

[28] BECCARIA, C., *loc. cit.* p. 12. Interessante notare come l'aggettivo "*sensibili*" fosse inteso in senso letterale dall'autore, che voleva far intendere che questi motivi dovevano essere tali da avere una influenza sui sensi degli uomini, sullo spirito sottoposto alle spinte passionali che li avrebbe indotti a delinquere. Sensibili sono i motivi che "immediatamente percuotono i sensi e che di continuo si affacciano alla mente per controbilanciare le forti impressioni delle passioni parziali che si oppongono al bene universale". BECCARIA, C., *loc. cit.*, 12.

[29] BECCARIA, C., *loc. cit.*, 13. Si è qui concessa grande attenzione alla legittimazione dello *ius puniendi* dello Stato poiché le affermazioni di Beccaria costituivano un grande segno di rottura con la cultura del suo tempo, secondo la quale il diritto di punire spettava in ultimo a Dio ma sulla terra era esercitato dal monarca. I reati sono intesi da Beccaria in senso laico, cioè come offese allo Stato stesso, mentre in epoca pre-moderna vigeva una "*persistente confusione fra 'crimine' e 'peccato', per cui la giustizia penale fungeva anche da braccio secolare della religione e del potere ecclesiastico*", FIANDACA, G. – MUSCO, E., *Diritto penale, Parte generale*, 5° ed., Zanichelli, Bologna 2007, introduzione, p. XV.

[30] Si intende qui fare riferimento alla versione più completa e moderna del principio di legalità, quella secondo cui *nullum crimen*, ma anche *nulla poena sine lege*. Su questo CADOPPI, A. –

In seguito Beccaria entra nella questione della crudeltà delle pene, ribadendo che la legge deve stabilire una pena la cui durezza sia la minima necessaria al raggiungimento dello scopo, che è l'utile sociale. In questo senso, egli con grande modernità di vedute si oppone all'atrocità delle pene quando questa è inutile, poiché ciò va contro la giustizia e la nozione stessa di contratto sociale[32]. "La pena (…) viene vista come legittima ed efficace soltanto nelle sue conseguenze utili per l'uomo"[33].

Se la finalità della pena è infatti quella di prevenzione sociale, ne discende la necessità che essa sia proporzionale al delitto, poiché "se una pena uguale è destinata a due delitti che disugualmente offendono la società, gli uomini non troveranno più un forte ostacolo per commettere il maggior delitto, se con esso vi trovino unito un maggior vantaggio"[34]. Collegata alla proporzione fra delitto e pena è l'opposizione alla pena di morte, poiché uno Stato non ha il potere di togliere la vita al suo cittadino, ed alla tortura, considerata contraria alla presunzione di innocenza ed al senso di umanità.

Per poter assolvere alla sua naturale funzione che per Beccaria è di prevenzione sia generale sia speciale[35], la pena oltre che proporzionata deve essere infallibile. Più che la crudeltà, è l'infallibilità della pena che ne costituisce la funzione deterrente: "La certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggiore impressione che non il timore di un altro più terribile, unito colla speranza dell'impunità; perché i mali, anche minimi, quando sono certi, spaventano sempre gli animi umani, (…)"[36].

Questa breve disamina dell'opera del filosofo milanese chiarisce come egli abbia posto le basi per molti dei princìpi che animeranno il dibattito sulle sanzioni penali nei secoli successivi: la pena deve essere predeterminata dalla legge e

---

VENEZIANI, P., *Elementi di diritto penale – Parte generale*, cit., 61. Sulla necessità che sia la legge a stabilire la pena e non l'arbitrio di un magistrato cfr. BECCARIA, C., *Dei delitti e delle pene*, *cit.*, p. 15.

[31] BECCARIA, C., *loc. cit.*, p. 15.

[32] Cfr. BECCARIA, C., *loc. cit.*, p. 16.

[33] RONCO, M., *loc. cit.*, p. 5.

[34] BECCARIA, C., *loc. cit.*, p. 23.

[35] "*Il fine (delle pene) dunque non è altro che d'impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali*." BECCARIA, C., *loc. cit.*, p. 33.

[36] BECCARIA, C., *loc. cit*. 64.

proporzionata al delitto, la sua gravità deve essere la minore possibile nelle date circostanze ed infine vanno abolite la pena di morte e la tortura.

Si tratta di capisaldi nella teoria della pena, che necessiteranno di molto tempo per essere "acquisiti" nei sistemi giuridici dei paesi[37]. Ai fini della nostra ricerca interessa tuttavia soprattutto la tematica inerente alla finalità della pena. Secondo Beccaria la pena assolve ad una funzione preventiva (sia generale sia speciale, v. *supra* e nota 25) e deve essere percepita dal cittadino come infallibile, poiché è la prontezza della risposta sanzionatoria che funge da deterrente[38]. Alla prima caratteristica si collegano le teorie sulle funzioni della pena, alla seconda il tema della certezza di quest'ultima.

2. Le funzioni tradizionalmente assegnate alla pena.

Fin dall'antichità, si delineano con caratteri sempre più precisi tre principali teorie sulla funzione della pena, cioè l'idea di retribuzione, di prevenzione generale e di prevenzione speciale. Queste tre "idee-guida[39]" giustificano di volta in volta l'entità e la crudeltà della pena ma anche la sua ragion d'essere.

Tali teorie si distinguono anzitutto in due grandi gruppi, che si possono descrivere utilizzando una formulazione risalente a Seneca[40]: da una parte vi sono le dottrine cosiddette assolute, che ritengono che si punisca *quia peccatum est*, e si concentrano soltanto sul male o sul fatto delittuoso commesso in passato; dall'altra le dottrine relative, ove la punizione interviene "*ne peccetur*"[41], e sono

---

[37] Un esempio per tutti è quello dell'abolizione della pena capitale: "*quanto enorme sia in effetti lo spazio temporale richiesto da questa tendenza all'abolizione può già dimostrarlo una semplice occhiata alla storia della pena di morte: nei due secoli e più dalla pubblicazione del 'libriccino' di Beccaria si è assistito ad una restrizione lentissima del suo campo di applicazione, culminata nell'abolizione, ma solo negli ultimi decenni, e solo in pochi fra i tanti paesi civili*". MARINUCCI, G., *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, Rivista italiana di diritto e procedura penale, 2000, I, 160, p. 160.

[38] Cfr. FIANDACA, G. – MUSCO, E., *Diritto penale – Parte generale*, 5° ed. Zanichelli, Bologna 2007, Introduzione, XVIII.

[39] Così le tre teorie sono definite da FIANDACA, G. – MUSCO, E., *cit.* , 684.

[40] SENECA, *De ira*, I, 19 "… *nam, ut plato ait, nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur; revocari enim praeteri non possunt, futura prohibentur* …", in CATTANEO, M.A., *Il problema filosofico della pena*, Ed. Universitaria, Ferrara 1978, p. 8, nota 3.

[41] La distinzione fra dottrine *assolute* e *relative* si deve alla dottrina tedesca, mentre quella anglosassone conia la distinzione fra teoria *retributiva* e *utilitaristica*. In linea generale le due

dunque rivolte alla correzione del comportamento futuro di colui che ha delinquito. La grande distinzione fa riferimento all'eventualità che si ravvisi o meno nella pena uno scopo, un'utilità sociale, un *quid pluris* rispetto alla sola componente punitiva.

V'è da notare che "il prevalere di una prospettiva rispetto alle altre e/o il loro reciproco combinarsi, si manifestano in tempi e forme che riflettono non soltanto una logica interna al sistema penale, ma anche le linee di tendenza del più generale contesto politico sociale e culturale di riferimento"[42].

Proprio per questo le tre teorie saranno ora analizzate ad una ad una.

2.1 La funzione di prevenzione generale.

La funzione di prevenzione generale è legata ad una concezione relativa della pena, secondo la quale la pena non si giustifica in quanto castigo in sé per il male inflitto, ma è sorretta da uno scopo, che è appunto quello di prevenzione. Infatti, "[L]a prevenzione generale si sostanzia nel fine della pena di impedire alla generalità dei consociati la commissione dei reati, o di ridurne il numero (…)"[43]; poiché si ritiene che sia la minaccia stessa della pena che distoglie il cittadino dal compimento di fatti socialmente dannosi: "[d]a un punto di vista psicologico, la pena, o meglio la minaccia della pena, e l'esempio della sua esecuzione, esercita necessariamente una funzione intimidatrice, o, come si suol dire, di prevenzione generale"[44].

Questa teoria ricorrente nei secoli era stata enunciata già dai filosofi classici[45], e si può considerare sotto due aspetti:

- *prevenzione generale negativa*: "mira ad impedire o a ridurre la commissione dei reati da parte dei consociati tramite la deterrenza, ossia la

---

distinzioni corrispondono tra loro: la teoria assoluta, infatti, si preoccupa di rinvenire nella pena la sola funzione di retribuzione intesa come castigo equivalente al male commesso, mentre ove si ravvisi nella pena uno scopo relativo, questo corrisponderà all'utilità sociale, che sarà generalmente la prevenzione. Per le sfumature e le differenze tra le distinzioni si rimanda a CATTANEO, M.A., *Il problema filosofico della pena, cit.*

[42] FIANDACA, G. – MUSCO, E., *loc. cit.*, p. 684.

[43] CADOPPI, A. – VENEZIANI, P., *Elementi di diritto penale – Parte generale*, II Ed., Cedam, Padova 2004, 433.

[44] NUVOLONE, P., *Pena* (dir. pen.) in *Enciclopedia del diritto*, *cit.*, p. 789.

[45] Si rimanda qui nuovamente a SENECA, *De ira*, quintultima nota.

paura della pena"[46]. In sostanza, la pena deve causare per l'agente uno svantaggio che in valore assoluto superi il vantaggio che gli deriva dal reato, così da disincentivarlo a delinquere;

- *prevenzione generale positiva*: "fa leva sul fatto che la previsione di sanzioni penali in relazione a determinati fatti (i reati), contribuisce a confermare nei consociati il giudizio di disapprovazione di quei comportamenti (…)." In questo modo, "si crea una maggiore tendenza naturale dei consociati a non commettere quei fatti, per la disapprovazione morale/sociale che essi suscitano"[47].

La funzione di prevenzione generale mira ad evitare che il cittadino commetta dei reati non solo per la paura di incorrere in una sanzione, ma anche perché egli disapprova moralmente quei comportamenti. La dottrina vi collega inoltre un'altra funzione molto importante, sostenendo che la prevenzione generale "contribuisce ad evitare che la gente perda fiducia nel sistema del diritto penale, e, gradualmente, nelle stesse istituzioni"[48].

Sono le pene che il legislatore astrattamente ricollega a ciascun crimine che fungono da "minaccia" *ex ante*, cioè prima della commissione del reato[49], così che questa funzione viene in rilievo nel momento in cui il legislatore approva la legge.

2.2 La funzione retributiva.

L'idea della retribuzione è da sempre ricorrente in ogni discorso sulla pena, e trova una sua compiuta espressione con la Scuola classica[50], i cui componenti si distaccano dalle teorie preventive di stampo utilitaristico coniate dall'illuminismo penale settecentesco per affermare come la pena sia un giusto compenso, una retribuzione che l'autorità commina al reo. Essi si rifanno alla "celebre espressione latina, che definisce la pena *malum passionis propter malum*

---

[46] CADOPPI, A. – VENEZIANI, P., *loc. cit.*, p. 434.
[47] *Ibidem*, p. 435.
[48] *Ibidem*, p. 435.
[49] Cfr. CADOPPI, A. – VENEZIANI, P., *loc. cit.*, p. 435.
[50] Si suole definire scuola Classica la corrente di pensiero che prospera nella seconda metà dell'Ottocento in Italia ed alla quale risale "*la nascita della moderna scienza del diritto penale italiano*". Pur comprendendo al suo interno orientamenti molto eterogenei, i componenti di questo movimento erano mossi da un filo conduttore comune, che muoveva da una concezione giusnaturalistica del reato come "*ente giuridico*" che viola i diritti discendenti da leggi assolute. Il maggiore rappresentante della scuola classica fu FRANCESCO CARRARA. Su questo FIANDACA, G. – MUSCO, E., *loc. cit.*, Introduzione, p. XXI e seguenti.

actionis, *[che]* evidenzia bene l'idea che la sanzione penale deve servire a compensare la colpa per il male commesso (…). L'idea retribuiva implica anche, per sua natura, il concetto di proporzione: la risposta sanzionatoria, se deve compensare il male provocato dall'azione illecita, non può non essere proporzionata alla gravità del reato medesimo"[51]. La proporzione della pena alla gravità del reato fa sì che la pena sia la giusta retribuzione, "giusta" in quanto "determinata, proporzionata alla gravità del reato commesso, afflittiva, inderogabile, e capace in virtù di tali caratteristiche, di ristabilire un senso di certezza nell'ambito dell'applicazione delle norme"[52].

È chiaro che il concetto di *giusta retribuzione* non va confuso con quello di *vendetta*, poiché a punire non è la vittima del reato. Al contrario, è lo Stato, non il privato, il detentore del potere punitivo, ed esso agisce allo scopo ristabilire l'ordine: "la retribuzione significa rendere male per male al fine di affermare la superiorità del diritto rispetto a qualsiasi forma di arbitrio o sopruso nei confronti degli altri, dei loro beni e del bene comune. Con la piena affermazione del diritto in campo penale (…) il carattere retributivo della pena perde l'idea vendicativa di arbitrarietà presente in tempi più remoti"[53]. Come scriveva Francesco Carrara: "Il fine della pena non è quello né che la giustizia sia fatta, né che l'offesa sia vendicata; né che sia risarcito il danno da lui patito; né che si atterriscano i cittadini; né che il delinquente espii il suo reato, né che si ottenga la sua emenda. […] Il fine primario della pena è il ristabilimento dell'ordine esterno nella società"[54].

---

[51] FIANDACA, G. – MUSCO, E., *loc. cit.*, p. 684. Si noti *en passant* come l'idea della pena proporzionata al delitto, ripresa dalla Scuola Classica, fosse stata introdotta da BECCARIA, che fondava anche su questo la sua opposizione alla tortura ed alla pena capitale.

[52] CIAPPI, S. – COLUCCIA, A., *Giustizia criminale*, Franco Angeli, Milano 1997, p. 14. Gli autori sottolineano con chiarezza che è merito della Scuola classica se si fa strada una concezione della pena come giusta retribuzione poiché, essa rivendica "*in nome del diritto naturale, le ragioni di garanzia ed i diritti dell'individuo in opposizione all'autoritarismo ed alla ferocia delle pene*." (CIAPPI, S. – COLUCCIA, A., *cit.*, p. 13).

[53] BERTELLI, B., *(a cura di)*, *Oltre il muro. Riflessioni e progetti nel penitenziario*, Ed. Colibrì, Torino 1998, p. 37.

[54] CARRARA, F., *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Lucca, 1871, pp. 614-615, in FIANDACA, G. – MUSCO, E., *loc. cit.*, Introduzione, XXIV. Di opinione contraria a questi Autori CATTANEO, M. A., che scrive: "*a mio avviso, la dottrina di Carrara non è nemmeno riconducibile al principio di retribuzione da un punto di vista generale (…) la funzione da Carrara attribuita alla pena consiste nella tutela del diritto individuale, secondo una prospettiva individualistico-liberale*". Su questo cfr. CATTANEO, M. A., Il problema filosofico della pena, *cit.*, pp. 17-19.

La teoria retributiva si fonda su di una visione dell'uomo come individuo che gode di *libero arbitrio* nell'effettuare le proprie scelte e che perciò è l'unico responsabile della propria condotta. Egli nel suo agire non risente di condizionamenti di alcuna natura, al contrario di quanto sostiene la prossima teoria che sarà esposta, quella della prevenzione generale[55].

2.3 La funzione di prevenzione speciale, o "idea dello scopo".

Contrapposta alla Scuola classica è la Scuola positiva[56], che si sviluppa nell'ultimo trentennio del diciannovesimo secolo ed ispira con le sue posizioni il modello della prevenzione speciale, cui si lega quello della rieducazione penale.

La Scuola positiva si distacca dal giusnaturalismo moderno ed illuministico per approdare ad una considerazione del reato come fenomeno "naturale, bio-psicologico e sociale": esso costituisce l'azione dell'uomo concreto, esposto all'influenza della società e della cultura in cui vive. Proprio a causa della forte influenza ambientale, l'uomo non è mai libero di determinare le proprie

---

[55] Cfr. CIAPPI, S. – COLUCCIA, A., *Giustizia criminale*, Franco Angeli, Milano 1997, p. 14. In questo passo dell'opera gli Autori evidenziano come "*il principio di responsabilità individuale sorregge il nuovo concetto di imputabilità, concetto non solo giuridico ma anche filosofico, che esclude l'applicabilità del sistema di giustizia di istituti che si richiamino a filosofie e visioni dell'uomo come essere determinato da condizionamenti di qualsiasi natura*." Invero, non avrebbe senso rimproverare un soggetto per aver commesso un fatto se egli non avesse avuto la possibilità di agire diversamente. Per i rapporti tra imputabilità e colpevolezza è d'obbligo rimandare alla molto approfondita trattazione manualistica di FIANDACA, G. – MUSCO, E., *op. cit*, pp. 324 e seguenti, o a quella più sintetica di CADOPPI, A. – VENEZIANI, P., *op. cit*., pp. 265 ss e 331 ss. Ci si limita qui ad accennare al rapporto fra imputabilità e teorie della pena: nel primo dei manuali citati si evidenzia come in effetti, nonostante la nozione di imputabilità come giustificazione della pretesa punitiva si debba alla teoria retributiva, essa rileva anche per le teorie che rinvengono nella pena una funzione: se la minaccia della sanzione punitiva deve esercitare un'efficacia general-preventiva distogliendo i potenziali rei dal commettere reati, è necessario che essi siano psicologicamente in grado di lasciarsi motivare dalla minaccia, e se l'esecuzione della condanna deve distogliere il reo dal proposito di commettere nuovi reati, egli deve essere psicologicamente capace di cogliere il significato del trattamento punitivo (funzione di prevenzione speciale).

[56] Come per la Scuola classica, anche per un'introduzione alla Scuola positiva si rimanda a FIANDACA, G. – MUSCO, E., *op. cit*., Introduzione, p. XXIV e seguenti. Ci si limiterà qui a ricordare che la Scuola positiva ha tra i suoi esponenti principali ENRICO FERRI, RAFFAELE GAROFALO E CESARE LOMBROSO. Secondo questi illustri Autori, la tendenza a delinquere dell'uomo era originata dalle condizioni sociali, dalle tendenze congenite (questa la teoria di FERRI, che si fece promotore di un progetto di riforma del codice penale nel 1921); ovvero da fattori psicologici quali anomalie psichiche e personalità (GAROFALO, Trattato sulla criminologia, 1905). Infine, essa poteva derivare, e ci si riferisce alla ben nota teoria lombrosiana, a fattori fisici e in particolare a tratti somatici del viso. chiaro che se la tendenza a delinquere è dovuta da fattori ambientali o fisici estranei all'uomo non ha più senso parlare, come richiedeva la Scuola classica, di responsabilità individuale del delinquente.

scelte, ma si trova costretto ad agire, e più specificamente a delinquere, in forza di una "legge di causalità naturale che lo costringe"[57].

Se l'uomo non sa astenersi dal commettere reati, appare senza significato anche dire che la pena deve essere retribuzione. Infatti, non ha significato parlare di responsabilità individuale se si ritiene che l'individuo non è responsabile ma solo vittima delle spinte sociali. "Lo svuotamento del concetto di imputabilità avviene sulla premessa determinista che nessun condannato sia colpevole, perché il suo delitto è frutto dei condizionamenti bio-socio-economici che ne hanno determinato la genesi"[58].

L'inclinazione al delitto dell'uomo va affrontata con "strumenti o rimedi atti a neutralizzare la pericolosità soggettiva del delinquente e a proteggere la società"[59]. In questo senso, la pena da infliggere ad un determinato soggetto serve ad evitare che il medesimo compia in futuro altri reati: "l'effetto di prevenzione può essere ottenuto attraverso tecniche diverse, dirette a perseguire l'emenda morale del reo ovvero la sua risocializzazione"[60]. La teoria della prevenzione speciale "ha saputo concentrare i suoi sforzi sull'autore e sullo studio delle cause che lo hanno indotto a delinquere: (…) è doveroso darle atto di essere riuscita innanzitutto a restituire all''uomo delinquente' un ruolo centrale nella dottrina del reato (…) e di aver poi stimolato enormemente l'interesse delle scienze criminali per gli aspetti personali e sociali della sua vicenda penale"[61].

Uno dei fulcri della concezione positivistica è la sanzione indeterminata nel tempo: "poiché non è possibile sapere in precedenza in che momento l'opera

---

[57] FIANDACA, G. – MUSCO, E., *loc. cit*., Introduzione, p. XXIV.
[58] CIAPPI, S. – COLUCCIA, A., *loc. cit*., pp. 61- 62.
[59] FIANDACA, G. – MUSCO, E., *loc. cit*., Introduzione, p. XXIV.
[60] FIANDACA, G. – MUSCO, E., *loc. cit*., p. 684. Nella sua opera *Il problema filosofico della pena*, Mario Cattaneo, pur riconoscendo che la teoria dell'emenda morale si fonda "*su un'idea molto bella e nobile (…), secondo cui si deve respingere ogni concezione che porta a giustificare la pena inumana, la pena fonte di barbarie ed ingiustizie […] l'aspetto attraente della teoria dell'emenda consiste nel fatto che essa porta al limite estremo l'ida cardine propria delle concezioni penali relative (…) secondo cui la pena deve tendere ad un bene futuro*." L'autore continua osservando che "*tuttavia, l'aspetto negativo della teoria dell'emenda consiste nel fatto che essa conduce necessariamente, a causa della connessione fra diritto e morale su cui si fonda, ad attribuire allo Stato un compito di valutazione del comportamento morale dell'individuo, un compito che implica una interferenza nell'àmbito della coscienza*" (Il problema filosofico della pena, cit. pp. 90-91). Questa critica all'ingerenza nella coscienza dell'individuo viene sovente mossa ai sostenitori della teoria rieducativa, che la risolvono dicendo che lo scopo rieducativo si limita a condizionare la *sfera esterna* del condannato, i suoi comportamenti sociali, e non le sue convinzioni interiori.
[61] MONACO, L., *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Ed. Jovene, Napoli 1984, p. 20.

di rieducazione del condannato sarà realmente compiuta, se l'azione punitiva deve continuare finché non raggiunga lo scopo della rieducazione, allora la durata della pena-emenda può essere illimitata, o perlomeno non determinabile in anticipo da parte della legge"[62].

In sintesi, il portato del pensiero positivistico è che "la sanzione (…) non può consistere in una mera retribuzione, ma essere soltanto un mezzo giuridico di difesa contro il delinquente, che deve essere non punito, ma riadattato, se possibile, alla vita sociale"[63]. Tale teoria è sorretta anche da un certo utilitarismo, dal momento che è vantaggioso per la società fare in modo che il soggetto subisca un trattamento alla conclusione del quale egli si asterrà dal commettere altri reati.

Si parla in merito di prevenzione *speciale* perché l'attenzione è rivolta al singolo autore del reato, prima che alla generalità dei consociati, e di *paradigma riabilitativo* perché per ottenere la prevenzione speciale occorre ottenere il recupero sociale del soggetto.

2.4 Il rapporto fra le teorie sulla funzione della pena.

La scuola Classica da una parte e la scuola Positiva dall'altra hanno entrambe contribuito a riempire di contenuto il significato e lo scopo della pena. Alla prima si devono concetti fondamentali come la proporzionalità della pena, la sua predeterminazione per legge, il suo carattere di castigo. Alla seconda invece si è debitori per aver introdotto il concetto di rieducazione e riabilitazione sociale,

---

[62] CATTANEO, M. A., *op .cit*., p. 93. L'autore si pone criticamente rispetto a questa asserzione, e si sofferma sul conflitto che si porrebbe tra le esigenze di certezza giuridica e di salvaguardia della libertà personale ove venisse accettata questa concezione dell'indeterminatezza della sanzione penale. Pur mossa da intenti che essa stessa definì a quel tempo umanistici, la scuola Positiva è oggi giudicata come un curioso fenomeno culturale, che nella sua applicazione più pura si confonde con un "*determinismo naturalistico (…) privo di fondamento empirico*". (FIANDACA, G. – MUSCO, E., *op. cit.*, Introduzione, p. XXIX). E' tuttavia innegabile che ad essa si devono l'introduzione del concetto di prevenzione speciale nella scienza del diritto penale e lo spostamento dell'attenzione dal reato al suo autore, il reo, uomo inserito in un contesto sociale molto rilevante. Si fondano su questi assunti la previsione di misure alternative alla pena detentiva, calibrate sulla persona del condannato, e la previsione che egli possa uscire dal carcere prima di aver scontato l'intera pena. Per ora si concluderà l'esposizione della teoria rieducativa con le parole di CATTANEO, M. A., op. cit., p. 94: "*in conclusione, (…) vorrei dire che l'elemento accettabile della teoria dell'emenda può essere soltanto il suo nucleo essenziale, l'idea del reinserimento del condannato nella società, ovvero del suo recupero (inteso però in senso esclusivamente civile e giuridico, e non morale, chè tale compito non rientra nelle funzioni dello Stato), (…) idea che – benché spesso incontri molti ostacoli e risulti apparentemente smentita dai fatti – esprime in definitiva un senso di speranza e fiducia nell'uomo* ".

[63] CIAPPI, S. – COLUCCIA, A., *Giustizia criminale*, Franco Angeli, Milano 1997, p. 14.

che, se oggi non si possono sorreggere unicamente sulla negazione della responsabilità individuale, trovano una ragion d'essere nell'utilità, sia per lo Stato sia per i cittadini, che nasce dal fatto che chi ha commesso un reato si astenga in futuro dal tornare a delinquere.

L'aderenza all'uno o all'altro modello influenza di molto l'intero impianto della legislazione penale ma anche quello dell'esecuzione penitenziaria. È inoltre quasi intuitivo riconoscere che accogliere l'una o l'altra teoria ha importanti conseguenze sul piano della commisurazione della pena e della sua esecuzione. La teoria retributiva, che non ha bisogno di cercare giustificazioni nel mondo degli accadimenti empirici (es. nella società, nella storia personale del condannato), sarà guidata, nella commisurazione della pena, solo da criteri di proporzionalità che tengono in considerazione il passato, cioè il danno sofferto dalla vittima e la condotta che lo ha provocato. Al contrario, la teoria special-preventiva dovrà compiere di volta in volta un giudizio di "razionalità, praticabilità, effettività dell'attività punitiva […]; tassativa indicazione dei contenuti che è tenuta ad adottare (…) [*Ciò significa*] da una parte, ricerca ed impostazione dommatica di indicatori dei 'bisogni di prevenzione' individuale e generale, possibilmente differenziati per categorie di reati e di autore, dall'altra, elaborazione di criteri di quantificazione che consentano di volta in volta la traduzione delle accertate esigenze di prevenzione in concrete entità di pena"[64].

Il dibattito intorno alla superiorità di una teoria sull'altra si protrae dal momento in cui furono elaborate le teorie stesse, e tutt'ora non può dirsi risolto. Basti a dimostrarlo uno sguardo a due contributi dottrinali scelti meramente come esemplificativi: nel 1984 Lucio MONACO scriveva che ormai la teoria preventiva aveva "espulso senza riguardo" l'idea retributiva dalla teoria della pena, "privandola così dell'antica, prestigiosa funzione di *fondamento* della risposta penale"[65]. Risale però al 1996 l'opera di Mauro RONCO il quale auspica, da parte sua, "la riproposizione dell'idea retributiva, la quale "spiega e giustifica la pena in

[64] MONACO, L., *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, *cit*., pp.8 e 9.
[65] MONACO, L., *loc. cit*., p. 15. Secondo questo autore, quella della funzione rieducativa sull'idea preventiva è una vittoria di cui è doveroso dare atto. A questa teoria vanno due meriti principali: quello di aver concentrato l'attenzione sull'autore del reato e sullo studio delle cause che lo hanno indotto a delinquere e quello, dovuto soprattutto all'opera di Von Listz, di aver conferito alla discussione sulla struttura della pena una dignità scientifica ed una ampiezza di contenuti che essa in precedenza mai aveva avuto (su questo Monaco, loc. cit., pp. 21 e seguenti).

sé, [*poiché la pena*] non necessita, al di fuori di sé, di alcuna giustificazione, (…) [*ma è volta unicamente a*] realizzare quella giustizia postulata dalla circostanza che un delitto è stato realizzato"[66]. A fronte di queste visioni abbastanza univoche delle funzioni della pena, non manca chi suggerisce una visione *polifunzionale* della stessa: "ogni penalista non monoretribuzionista ammetterà che quelle funzioni ci sono tutte, e tutte, insieme, giustificano il meccanismo punitivo. Lo motiverà diversamente e privilegerà alcune di esse rispetto ad altre, ma la sostanza 'ammissiva' non cambierà"[67].

Questo l'inquadramento delle correnti di pensiero, ora l'analisi delle scelte del legislatore italiano, con la consapevolezza che "tra i due poli di questa alternativa *(quella fra idea retributiva e idea preventiva, nda)* la teoria del diritto penale va da sempre oscillando, parlando spesso di 'scelte', accontentandosi – più di frequente – di compromessi più o meno brillanti[68]".

3. La pena nel codice Rocco del 1930.

Il codice penale attualmente in vigore in Italia è noto come codice Rocco, dal nome dal Ministro della Giustizia che ne curò l'emanazione, Alfredo ROCCO. Esso risale all'epoca fascista, e risente nel suo impianto originario dell'istanza repressiva e dell'involuzione autoritaria che caratterizzava lo Stato dell'epoca.

Tuttavia, benché molti siano i progetti di riforma che dal 1930 ad ora sono stati presentati, nessuno fra questi ha avuto successo. Di conseguenza, oggi ci troviamo di fronte ad una versione del codice del 1930 molto rimaneggiata, in

---

[66] RONCO, M., *Il problema della pena*, Giappichelli, Torino 1996, pp. 115 e 116. L'A. ha occasione di approfondire ulteriormente il concetto qualche anno dopo, quando si fa sostenitore dello slogan "*rieducazione attraverso retribuzione*": "*La fondazione realistica della finalità rieducativa implica necessariamente il riconoscimento del significato retributivo della pena. Perché soltanto una fondazione retributiva consente di evitare, per un verso, la distorsione illiberale della pena, con la conseguente soccombenza della istanza riabilitativa a esigenze pragmatistiche di contingente politica criminale e, per un altro verso, di impedire la pratica frustrazione della pena in una prassi che irride il valore oggettivo della giustizia punitiva e strumentalizza la rieducazione a vantaggio del radicamento nel crimine del condannato*" (RONCO, M., *Una proposta per la riacquisizione di senso della pena riabilitativa*, in PAVARINI, M. *(a cura di), Silète poenologi in munere alieno! – Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, *cit*., p. 52). A sostegno della retribuzione si schiera anche GUZMÀN DALBORA, J. L., *Pena e misure di sicurezza. Profili concettuali, storici e comparatistici, cit*., pp. 57 ss.

[67] DONINI, M., *Silète poenologi in munere alieno, parte seconda*, in PAVARINI, M. *(a cura di), Silète poenologi in munere alieno! – Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, *cit*., p. 27.

[68] MONACO, L., *loc. cit*., p. 17.

seguito sia ai successivi interventi del legislatore, sia alle pronunce della Corte Costituzionale.

Le caratteristiche del codice in merito alla pena sono la reintroduzione della pena di morte[69], la previsione di pene assai elevate e l'eliminazione delle circostanze generiche. Accanto alla pena si prevede inoltre l'istituto della misura di sicurezza[70]. V'è però anche da segnalare che il legislatore del '30 aveva già previsto istituti come la sospensione condizionale, la liberazione condizionale ed il perdono giudiziale per i minorenni, e che l'impianto generale del codice "si rifaceva al principio di legalità in tutte le sue fondamentali manifestazioni e palesava la ricerca di rigore della prevenzione del crimine"[71].

3.1 Le originarie scelte sanzionatorie.

Il legislatore del '30 introduce un modello sanzionatorio che ruota attorno ai poli della prevenzione generale, attuata anche attraverso il modello retributivo, e speciale, rispettivamente a strumenti sanzionatori di natura diversa. Il suo obiettivo era quello di "sanare il contrasto fra la Scuola classica e la Scuola positiva, che divideva gli studiosi italiani dell'epoca in posizioni contrapposte"[72]. A tal fine fu introdotto il sistema del cd. *doppio binario*, che poneva accanto alla pena tradizionale inflitta sul presupposto della colpevolezza una misura di sicurezza, fondata sulla pericolosità sociale del reo e con il compito della sua risocializzazione.

Sostanzialmente, il sistema prevede da un lato che sia comminata una pena qualora il soggetto sia responsabile per un fatto di reato e dall'altro che si applichi una serie di misure di sicurezza, che si possono sommare alla pena per i soggetti

---

[69] Si ricordi però che la pena di morte per i reati comuni fu abolita dal legislatore postfascista con d.lg.lgt. 10 agosto 1944.

[70] Per una introduzione sulle caratteristiche originarie del codice Rocco e sulle successive modifiche si rimanda a CADOPPI, A. – VENEZIANI, P., *Lineamenti di diritto penale*, *cit*., pp. 39 e seguenti.

[71] VASSALLI, G., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Riv. it. dir. proc. pen., 2008, 1, 3, p. 3. L'Autore sottolinea questi "*aspetti positivi*" del codice, che lo tennero al riparo da interventi troppo invasivi da parte della Corte Costituzionale nei suoi quasi ottant'anni di vigenza.

[72] FIANDACA, G. – MUSCO, E., *loc. cit.*, p. 685. Come si è visto nel § precedente, la Scuola classica sosteneva la concezione retributiva, e quella positiva l'idea dello scopo riabilitativo della pena.

imputabili[73] e semi-imputabili e consistono invece nell'unica pena prevista per i soggetti non imputabili[74].

Uno sguardo ai lavori preparatori chiarisce che la pena ha, secondo i redattori del codice del '30, principalmente la funzione di prevenzione generale, rispetto alla quale è strumentale il ruolo "satisfattorio", come essi definiscono la funzione retributiva: "Delle varie funzioni che la pena adempie, le principali sono certamente la funzione di prevenzione generale, che si esercita mediante l'intimidazione derivante dalla minaccia e dall'esempio, e la funzione cd. satisfattoria, che è anch'essa, in un certo senso, di prevenzione generale, perché la soddisfazione che il sentimento pubblico riceve dall'applicazione della pena, evita le vendette e le rappresaglie"[75].

La funzione di prevenzione speciale è invece affidata alle misure di sicurezza, le quali sono dirette a neutralizzare la 'pericolosità sociale' del reo, allo scopo di evitare che lo stesso soggetto incorra nella commissione di futuri reati[76]. La "misura di sicurezza rappresenta la 'traduzione', sul piano della teoria della pena, di quello 'scopo' che l'idea preventiva non aveva voluto – ed in parte: potuto – imporre sul terreno della *teoria della commisurazione"*[77].

Il sistema del cd. *doppio binario* "non esprime soltanto la compresenza in uno stesso ordinamento di sanzioni penali di natura diversa, ma indica (…) la

---

[73] L'art. 85 c.p. stabilisce che nessuno può essere punito se al momento della commissione del fatto previsto dalla legge come reato non era imputabile. Al comma II questo stesso articolo definisce imputabile "*chi ha la capacità di intendere e di volere*". L'imputabilità si configura quindi come una qualifica personale del reo, necessaria perché lo si possa assoggettare alla sanzione penale, che si manifesta con la capacità di intendere, che consiste "*nella idoneità del soggetto a rendersi conto del significato sociale della propria condotta*", e insieme nella capacità di volere, che si identifica "*nell'attitudine della persona a determinarsi in modo autonomo, in conformità del proprio giudizio. […] Queste qualità possono mancare in individui che non hanno raggiunto una sufficiente maturità psichica, o che non sono sani di mente*". Tali individui saranno "*non imputabili"* ovvero, se le capacità non sono escluse, ma solo diminuite, "*semi-imputabili*". Questa breve spiegazione è presa da CADOPPI, A. – VENEZIANI, P., *Elementi di diritto penale*, *cit*., pp. 331 – 333, cui si rimanda.

[74] Su questo, per una sintesi molto efficace, v. MENGHINI, A., *Sistemi sanzionatori a confronto*, in FORNASARI, G. – MENGHINI, A, *Percorsi europei di diritto penale,* Cedam, Padova 2005, p. 114.

[75] *Relazione al Re sul Codice penale, in Lavori preparatori*, in FIANDACA, G. – MUSCO, E., *loc. cit*., p. 686.

[76] Cfr. FIANDACA, G. – MUSCO, E., *loc. cit*., p. 686.

[77] MONACO, L., *loc. cit*., p. 63. Come si vide *supra*, la teoria di prevenzione speciale nella sua espressione più pura richiedeva che la commisurazione della pena fosse indeterminata, poiché non è possibile stabilire ex-ante quanto sarà il tempo necessario al condannato per "guarire" dalla tendenza a delinquere. Nella redazione del codice fu impossibile "far prevelare le 'istanze di scopo' nella commisurazione della pena", così che le prime emersero nel momento teorico della creazione delle misure di sicurezza. Su questo MONACO, L., *loc. cit*., pp. 62 e ss.

possibilità di applicare ad un medesimo soggetto, che sia al tempo stesso «imputabile» e «socialmente pericoloso», tanto la pena che la misura di sicurezza"[78].

3.2 Le incoerenze del sistema del *doppio binario*.

Il sistema del doppio binario si rivelò nei fatti contraddittorio ed incongruente a causa della sua natura eccessivamente compromissoria. La dottrina vi ritrovò ben presto una pesante contraddizione teorica, dovuta al fatto che ove si consideri che ad uno stesso soggetto si possono applicare sia la pena, che è propria di chi è libero di volere e colpevole, sia la misura di sicurezza, la quale invece si commina ove vi siano tendenza a delinquere e pericolosità sociale, suppone una concezione dell'uomo come "«diviso in due parti»: libero e responsabile per un verso, e come tale assoggettabile a pena; determinato e pericoloso per un altro verso, e come tale assoggettabile a misura di sicurezza"[79].

Accanto alla contraddizione teorica sorsero problemi di incongruenza pratica: l'articolo 133 del codice penale richiede che il giudice, nel giudizio discrezionale di commisurazione della pena, tenga conto, fra le altre cose, anche della capacità a delinquere del colpevole, desunta da tutta una serie di elementi relativi alla sua vita privata e sociale e dalla sua condotta. A sua volta, l'articolo 203 richiede che la qualità di persona socialmente pericolosa che serve all'applicazione delle misure di sicurezza si desuma dalle stesse circostanze di cui all'art. 133.

Conseguenza di tale impianto sistematico è che "per il giudizio di pericolosità rilevano quegli stessi elementi che servono per la quantificazione della pena: ma, se è così, finiscono con lo sfumare le differenze di presupposti applicativi tra pene e misure; e, di conseguenza, diventa artificioso lo stesso principio del doppio binario"[80].

Se si considera infine che al trattamento legislativo differenziato riservato alle pene ed alle misure di sicurezza non ha mai corrisposto, nei fatti, la predisposizione di differenti strutture che ne consentissero l'applicazione, ben si

---

[78] FIANDACA, G. – MUSCO, E., *loc. cit.*, p. 686.
[79] FIANDACA, G. – MUSCO, E., *loc. cit.*, p. 687.
[80] *Ibidem*, p. 687.

comprende per quale motivo il sistema del doppio binario sia stato definito in dottrina come "frode delle etichette" e perché ne fosse auspicato il superamento[81].

4. La pena secondo la Costituzione della Repubblica Italiana.

La Costituzione della Repubblica italiana, in vigore dal 1° gennaio 1948, "si pone come atto superiore rispetto a qualunque altro atto normativo dell'ordinamento giuridico italiano"[82]. Di conseguenza, non solo la Corte costituzionale ha il potere di sindacare la validità delle leggi ordinarie (e tali sono le disposizioni del codice penale)[83], ma più in generale "la Costituzione contiene alcuni *princìpi-cardine* di importanza centrale per guidare sia lo studioso che il 'pratico' alla comprensione della natura e della funzione del nostro diritto penale odierno, e per permettere di interpretarne adeguatamente le norme"[84].

Fra tali *princìpi-cardine*, varie disposizioni concernono il tema della pena, talune in modo implicito, altre più direttamente. Rientrano nelle disposizioni *più*

---

[81] *Ibidem*, p. 688. Si aggiunga che dato che "*lo svolgimento del pensiero giuridico-penale e delle legislazioni ha progressivamente inserito la funzione di prevenzione speciale nella tematica della pena. (…) [Essa] è divenuta, così, in parte, anche una misura di prevenzione speciale (…) cosicché il sistema del doppio binario non appare più interamente giustificato (…): e si spiegano, pertanto, le tendenze verso l'unificazione*" NUVOLONE, P., *Pena* (dir. pen.) in *Enc. dir.*, *cit.*, p. 789. Si distacca da questa visione l'opinione di MONACO, L., il quale nell'opera *supra* citata evidenzia come l'introduzione dell'idea di scopo nella teoria della pena attraverso il compromesso del codice Rocco abbia "*dato i suoi frutti, copiosi ed importanti*". Slegato il sistema delle misure di sicurezza dai "*rigorosi vincoli che il principio di irretroattività impone invece da tempo al sistema delle pene*", esso consentì di combattere la pericolosità individuale anche con "*misure non positivizzate – nell'an o nel quantum – al momento del fatto*". Secondo l'autore, la grande libertà e legittimazione data alle misure non sarebbe stata pensabile in un altro contesto, così che fu proprio il sistema del doppio binario a far sì che l'idea dello scopo ottenesse "*uno spazio di manovra ed una libertà di movimento quali probabilmente non sarebbe mai riuscita ad avere in un sistema di pena unificata*". MONACO, L., loc. cit., pp. 64 e 65.

[82] FALCON, G., *Lineamenti di diritto pubblico*, 9° Ed., Cedam, Padova 2003, p. 513.

[83] Per una spiegazione della natura e del funzionamento del giudizio di legittimità costituzionale si rimanda a FALCON, G., *op. cit.*, cap. 31, pp. 496 e seguenti. In merito, CADOPPI, A. – VENEZIANI, P., nell'opera più volte citata ricordano che "*la Corte costituzionale (…) rappresenta uno dei principali 'attori' del palcoscenico penalistico, sino a costituire, in certi settori, un imprescindibile veicolo della realizzazione della stessa riforma penale. […] D'altra parte, il codice è stato in più punti 'emendato' da numerosi interventi della Corte costituzionale*" (op. cit., pp. 59 e 60).

[84] CADOPPI, A. – VENEZIANI, P., *op. cit.*, p. 59. I princìpi a cui gli autori fanno qui riferimento sono quelli che essi definiscono "*fondamentali*" per comprendere il nostro diritto penale, quali il principio di legalità, il principio di offensività ed il principio di colpevolezza. Essi stessi non trascurano di annotare, tuttavia, come vi siano anche altri princìpi di derivazione costituzionale, non meno importanti, che rilevano per il diritto penale. A questi ultimi, e soprattutto ai diritti fondamentali della persona, si vuole in questa sede fare riferimento, prima di concentrarsi sull'articolo della Costituzione che più interessa ai fini del lavoro, vale a dire l'art. 27 comma III.

indirette gli articoli inseriti nei primi due titoli della Costituzione, "*Principi fondamentali"* e *"Diritti e doveri dei cittadini"*. Tali titoli riguardano i diritti fondamentali della persona, in relazione ai quali lo Stato si afferma come un organo di garanzia che assicura il "pieno sviluppo dei valori personalistici e comunitari dei cittadini e, più in generale, dell'intero consorzio umano"[85]. Fra i primi si ricorderà il principio di uguaglianza (*art. 3 Cost.*), e fra i secondi rientrano, fra gli altri, diritti quali la libertà personale (*art. 13 Cost.*), l'inviolabilità del domicilio (*art. 14 Cost.*), la libertà e la segretezza della corrispondenza (*art. 15 Cost.*), la libertà di circolazione nel territorio nazionale (*art. 16 Cost.*).

La Costituzione si premura di specificare da quali organi dello Stato questi diritti fondamentali possono essere limitati (*riserva di giurisdizione*[86]), e di richiedere che i casi in cui le restrizioni sono ammissibili sia stabilito con legge (*riserva di legg*e[87]).

È chiaro che i due ordini di riserve valgono anche ove la limitazione dei diritti fondamentali derivi dall'applicazione di una pena (cosa che accade molto frequentemente, si pensi alla perdita della libertà personale conseguente alla condanna ad una pena detentiva). Ciò concorre a formare un concetto di pena intriso dal principio di legalità, di determinabilità e di garanzia, oltre che, come richiesto esplicitamente, "conforme al senso di umanità"[88]. Di volta in volta che saranno affrontate le disposizioni di legge in materia di inflizione della pena, di

---

[85] CARETTI, P. – DE SIERVO, U., *Istituzioni di diritto pubblico*, 8° Ed., Giappichelli, Torino 2006, p. 68. Gli autori si basano sull'art. 2 Cost. per evidenziare il ruolo della neonata Repubblica italiana come organo che riconosce i diritti inviolabili dell'uomo, come singolo e nelle formazioni sociali, gli garantisce una vasta gamma di libertà e ne promuove l'eguaglianza. Lo svolgimento dei singoli diritti di libertà (es. dei diritti sanciti dall'art. 13, libertà personale, dall'art. 14, inviolabilità del domicilio, dall'art. 15, libertà e segretezza della corrispondenza e dagli art. seguenti) è oggetto di *riserva di legge*, mentre l'applicazione dei limiti risente della *riserva di giurisdizione* (v. nota seguente).

[86] CARETTI, P. – DE SIERVO, U., *op. cit.*, p. 436. La riserva di giurisdizione richiede che il limite ai diritti fondamentali sia deciso da una figura che offra grandi garanzie, di regola il *giudice* (pensiamo all'art. 13 II che richiede atto motivato *dell'autorità giudiziaria* per permettere restrizioni della libertà personale) e talvolta, in casi più specifici, *l'autorità di pubblica sicurezza* (sia qui di esempio il co III dello stesso articolo 13, che vale per i casi eccezionali di necessità ed urgenza).

[87] *Ibidem*, p. 503: "*La riserva di legge (…) non esclude soltanto l'intervento autonomo di fonti normative diverse dalla legge, ma, al tempo stesso, impone alla legge di disciplinare quella certa materia, in modo compiuto (riserva assoluta di legge …) o in modo da definire in ogni caso gli elementi principali della normativa in questione (nel caso di riserva relativa …)*".

[88] Si accenna qui al terzo comma dell'art. 27, che sarà ripreso *infra, sub* a).

commisurazione e di esecuzione ci si dovrà dunque sempre orientare con la "bussola"[89] costituita dai princìpi costituzionali.

Nei prossimi paragrafi si affronteranno le disposizioni che la Costituzione detta con esplicito riferimento alla materia della pena. L'attenzione maggiore sarà data a quegli articoli che direttamente riguardano i due argomenti portanti di questo lavoro: da un lato il principio di legalità, che ha significative influenze sulla certezza della pena, dall'altro il principio della pena come tendente alla rieducazione, che fonda ogni sforzo successivo del legislatore di inserire nella pena una componente rieducativa-riabilitativa del condannato.

4.1 Le disposizioni costituzionali che trattano della pena, in generale.

4.1.1. *I princìpi di legalità e di irretroattività.*

Non si può che cominciare la trattazione dei princìpi costituzionali in materia di pena con il principio di legalità nell'applicazione della pena sancito dall'art. 25 comma II Cost.: "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso."

A tale principio si ricollegano tre diversi "significati"[90]: esso equivale in primo luogo a "riserva di legge", poiché richiede che l'unica fonte del diritto penale sia la legge; in un secondo significato esso contiene il principio di irretroattività che richiede che la legge da applicare sia entrata in vigore prima della commissione del fatto[91]. La terza ed ultima accezione della legalità si estrinseca nella esigenza di "determinatezza", che richiede che la legge sia redatta in modo estremamente chiaro e preciso, in modo tale da ridurre al minimo la discrezionalità dell'interprete nella sua applicazione[92].

---

[89] L'espressione è di CADOPPI, A. – VENEZIANI, P., *op. cit.*, p. 60.
[90] Su questo, per un inquadramento della questione un po' datato ma non per questo inefficace cfr. SPASARI, M., *Diritto penale e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1966.
[91] Per contro, in attuazione del principio del *favor rei*, è ammessa la retroattività della legge penale più favorevole: CADOPPI, A. – VENEZIANI, P., *op. cit.*, pp. 69 – 75. Secondo SPASARI il divieto di retroattività concorre a fondare la certezza del diritto, pur costituendo un "limite logico alla giustizia formale". SPASARI, M., *op. cit.*, p. 35.
[92] FIANDACA, G. – MUSCO, E., *op. cit.*, p. 75. Gli autori esplicano tutte le derivazioni del principio di determinatezza, costituite, fra gli altri, dalla tassatività delle norme incriminatrici, dal divieto di analogia e dal principio di frammentarietà.

Il principio di legalità vale sia per le norme incriminatrici, ossia le norme che prevedono il fatto-reato nelle sue caratteristiche tassativamente e precisamente elencate, sia per le leggi che prevedono le sanzioni, poiché "una legge penale che si limitasse a prevedere il fatto ma rimettesse al giudice la scelta del tipo e/o della durata della sanzione, contraddirebbe le istanze garantistiche sottese al principio di legalità proprio nel momento nevralgico in cui si infligge un effettivo sacrificio al bene della libertà personale"[93]. Tuttavia, "predeterminazione legale della sanzione non significa (…) esclusione di ogni potere discrezionale del giudice"[94]. Si ritiene infatti che il principio di legalità abbia, in materia di pene, una portata diversa rispetto a quella che ha in materia di incriminazioni: "[l']esigenza dell'individualizzazione della sanzione penale in fase giudiziaria, e, successivamente, in fase di esecuzione, fa sì che un ampio spazio venga dato alla discrezionalità giurisdizionale. E (…) il progressivo aprirsi del diritto penale alle istanze della prevenzione speciale ha inciso ulteriormente sulla rigidità del principio di legalità"[95].

Tale larghissimo potere discrezionale "si estende (…) ben oltre i confini del campo vero e proprio della pena, per coinvolgere una serie di istituti che indirettamente incidono nella tematica della pena: attenuanti generiche, sospensione condizionale della pena, perdono giudiziale, affidamento in prova al servizio sociale (…). Anche là ove esistono – come nel codice penale italiano – alcune norme che devono servire di guida al giudice nell'uso del suo potere discrezionale, rimangono spazi aperti, che non si possono ricoprire con il richiamo ad un criterio legislativo (…) e neppure con una motivazione oggettiva: in questi spazi liberi il giudice ha una vera e propria 'sovranità del caso concreto'"[96].

Solleva inoltre delle questioni di rispetto della legalità il fatto che la durata o l'entità della pena per ciascun reato non sia fissata con certezza ma sia compresa nella c.d. *cornice edittale.* Il codice stabilisce infatti che per ciascun reato la pena è ricompresa entro un limite minimo ed un limite massimo, e spetta al giudice commisurarne l'entità concreta. Si ritiene che questi limiti non dovrebbero essere

---

[93] *Ibidem*, p. 73.
[94] *Ibidem*, p. 74
[95] NUVOLONE, P., *Pena* (dir. pen.), in *loc. cit.*, p. 790.
[96] *Ibidem.*, pp. 790-791.

né eccessivamente dilatati, poiché in tal caso consentirebbero di eludere nella sostanza il principio di legalità[97]; né indeterminati, pure solo nel limite massimo.

La Corte costituzionale è entrata talvolta nel merito del giudizio sulla ragionevolezza dello spazio edittale: "È giurisprudenza costante della Corte che la configurazione delle fattispecie criminose e le valutazioni sulla congruenza fra i reati e le pene appartengono alla politica legislativa; salvo però il sindacato giurisdizionale sugli arbitri del legislatore, cioè sulle sperequazioni che assumano una tale gravità da risultare radicalmente ingiustificate"[98]. La Corte aggiunge che la pena minima e quella massima prevista per un certo reato devono essere contenute "in limiti tali da non compromettere la necessaria razionalità delle scelte di politica legislativa"[99].

In sintesi, "il principio di legalità della pena è veramente rispettato solo se lo spazio edittale oscilli entro minimi e massimi ragionevoli: tale ragionevolezza va innanzitutto rapportata, com'è evidente, al rango del bene protetto e alla gravità dell'offesa recata dal fatto incriminato"[100].

Si ritiene che il fatto che al giudice sia concesso di scegliere il tipo di sanzione da applicare al caso concreto tra più possibili sanzioni legalmente predeterminate ed il suo *quantum* tra minimi e massimi non contrasti con le esigenze di legalità[101] ma sia giustificato "da un lato, dall'esigenza di adattare la pena al disvalore del reato commesso; e, dall'altro, dalla necessità di rispettare i principi costituzionali della individualizzazione della pena e del finalismo rieducativo"[102].

---

[97] Si faccia l'esempio che per un determinato reato sia prevista una pena detentiva da quindici giorni a quindici anni: stabilirne la durata effettiva corrisponde certamente ad un autonomo giudizio del giudice, e non all'esercizio di una sua "*discrezionalità avente natura giuridicamente vincolata*", come richiederebbe la legge. Cfr. CADOPPI, A. – VENEZIANI, P., *op. cit*., p. 454.

[98] Corte Cost., sent., 5 maggio 1979, n. 26, in Riv. it. dir. proc. pen., 1980, 200, p. 203. La sentenza riguarda la dichiarazione di illegittimità costituzionale del trattamento sanzionatorio per diverse figure previste dal codice penale militare di pace, ed è qui ripresa più per il principio di diritto ivi enunciato che per le norme che essa riguarda.

[99] *Ibidem.*

[100] FIANDACA, G. – MUSCO, E., *op. cit*., p. 74.

[101] Non almeno secondo una consistente parte della dottrina, vd. FIANDACA, G. – MUSCO, E., o*p. cit.*, p. 74. Della stessa opinione NUVOLONE, *Pena* (dir. pen), in *Enciclopedia del diritto, loc. cit*., p. 791: "*il progressivo allargamento del potere del giudice in tema di pene (…) non infrange formalmente il principio di legalità"*.

[102] FIANDACA, G. – MUSCO, E., *op. cit*., p. 74.

Fatto salvo il principio di legalità, il potere discrezionale del giudice in materia di pene può "mettere tuttavia in pericolo la certezza del diritto, la quale riposa non solo sulla legalità formale, ma anche sulle garanzie di una sostanziale uguaglianza di trattamento contro i rischi di un soggettivismo arbitrario"[103]. Dalla certezza del diritto consegue la certezza della pena. Che questa perdita di certezza ci sia, è innegabile; se si possa accettare o meno dipende, anche, dalla sua misura.

Si ricordi infine che rispetto alle pene il principio di legalità opera come riserva *assoluta* di legge: "soltanto la legge o un atto amministrativo equiparato possono stabilire con quale sanzione ed in quale misura possa essere represso il comportamento criminoso."[104] Di conseguenza, né il tipo, né la misura della pena da applicare possono essere decise, ad esempio, da un organo regolamentare. La riserva assoluta di legge vale inoltre sia per le pene principali sia per le pene accessorie.

4.1.2. *Il divieto della pena di morte.*

L'art. 27 comma IV della Costituzione nella sua formulazione originaria, raggiunta dopo un "intenso elevato dibattito ed un voto pressoché unanime"[105], bandiva espressamente la pena di morte, con una riserva: "Non è ammessa la pena di morte, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra".

In seguito, l'art. 1 della legge 13 ottobre 1994, n. 598 ha abolito la pena di morte anche ove prevista dal codice penale militare di guerra e dalle leggi militari di guerra, sostituendola con la pena massima prevista dal codice penale. Si trattava peraltro di una legge ordinaria, che lasciava intatta la riserva contenuta nella Costituzione, e quindi non precludeva che qualche ventata politica facesse crescere in Parlamento il numero di coloro che volevano la *riesumazione* della pena di morte[106]. Finalmente, nel 2002 gli Stati membri del Consiglio d'Europa

---

[103] NUVOLONE, P., *Pena* (dir. pen.), in *loc. cit*., p. 791.

[104] FIANDACA, G. – MUSCO, E., *op. cit*., p. 74. Gli Autori, parafrasando la sentenza n. 26/66 della Corte Costituzionale, continuano dicendo che "*sarebbe incostituzionale l'attribuzione ad una fonte regolamentare del potere di determinare non solo il tipo, ma anche la misura della pena da applicare a un comportamento legislativamente previsto come reato"*.

[105] MARINUCCI, G., *La pena di morte*, Riv. it. dir. e proc. pen. 2009, 01, 3, p. 6.

[106] A questo proposito FIANDACA e MUSCO, nel manuale più volte citato, scrivono che "*l'abrogazione della pena di morte non ha tuttavia ancora esorcizzato del tutto i fantasmi delle credenze, popolari e non, sulla sua indispensabilità quale strumento di conservazione della*

approvarono il Protocollo Addizionale n. 13 alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali[107], che all'art. 1 proclama che "*The death penalty shall be abolished. No one shall be condemned to such penalty or executed*"[108]. L'armonizzazione con le scelte europee esigeva dunque la soppressione dell'ultima parte del suddetto comma, che è stata apportata dalla legge di revisione costituzionale, 2 ottobre 2007 n. 1, intitolata "Modifica all'art. 27 della Costituzione, concernente l'abolizione della pena di morte"[109]. L'odierno testo dell'art. 27, comma IV dispone pertanto lapidariamente, senza eccezioni di sorta: "*non è ammessa la pena di morte*", eliminando così anche l'apertura alla pena di morte per le leggi militari di guerra[110].

4.1.3. *L'umanizzazione della pena*[111].

Un altro principio costituzionale è quello per cui "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità" (art. 27, comma III, prima

---

società" (*op. cit*., p. 716) e ricordano che ancora negli anni '70 fu presentata una proposta di legge costituzionale di modifica dell'art. 27 co IV, volta a reintrodurre nell'ordinamento la pena capitale.

[107] *Protocol No. 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Concerning the abolition of the death penalty in all circumstances*, approvato a Vilnius, il 3.V.2002, rinvenuto sul sito della CEDU all'indirizzo http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457- 5C9014916D 7A/0/EnglishAnglais.pdf (consultato il 6 luglio 2009). Tale Protocollo è stato ratificato ed eseguito con la legge 15 ottobre 2008, n. 179, pubblicata nella G.U. n. 263 del 10 novembre 2008 - Supplemento ordinario n. 248. Così GIORGIO MARINUCCI riassume l'iter che ha portato all'applicazione del Protocollo n. 13: "*Nel testo originario dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sottoscritto nel 1950, il ripudio della pena di morte avveniva (…) all'insegna del diritto alla vita, anche se conosceva una vasta eccezione: si sanciva all'art. 2 che "il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge" e "nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nei casi in cui il delitto sia punito con la pena di morte". Nel 1983 l'eccezione si restringeva: il Protocollo Addizionale n. 6 alla Convenzione europea stabiliva infatti all'art. 1 che "la pena di morte è abolita. Nessuno può essere condannato a tale pena, né giustiziato", disponendo però all'art. 2 che "uno Stato può prevedere nella sua legislazione la pena di morte per atti commessi in tempo di guerra o di pericolo imminente di guerra"; un'eccezione rimossa, finalmente, dal Protocollo addizionale n. 13 alla Convenzione europea, sottoscritto nel 2002*." (MARINUCCI, G., *La pena di morte, loc. cit.*, p. 4).

[108] *Protocol No. 13, Art. 1, loc. cit.*

[109] *Cfr. G.U., Serie generale, 10 ottobre 2007, n. 236, p. 4.*

[110] Per una efficace relazione sulle vicende più e meno recenti della pena di morte in Italia è doveroso rimandare al già citato saggio di MARINUCCI, G., *La pena di morte*, Riv. it. dir. e proc. pen. 2009, I, 3.

[111] Risale all'epoca dei Lumi la necessità di porre un limite all'efferatezza della pena, alla crudeltà del supplizio: il limite è quello della umanità del condannato. Il concetto si definisce più facilmente in negativo che in positivo, poiché ad esso si ricollegano la proporzione, la prevedibilità, la misura. Per la nascita del concetto di "*dolcezza della pena*", (dal titolo del capitolo XXVII dell'opera di BECCARIA) si rimanda a FOUCAULT, M., *Sorvegliare e punire* (1975), Einaudi, Ed. 1993.

parte). L'espressione originariamente proposta per questo inciso era "trattamenti crudeli e disumani", ma essa fu sostituita in Commissione, su proposta dell'onorevole Leone, appunto con "trattamenti contrari al senso di umanità"[112]. La portata di questo principio è stata definita "estremamente elastica. E' certo, anzitutto, che esso esclude (...) l'ammissibilità di ogni forma di tortura, ed anche di segregazione particolarmente dura, come ogni tipo di punizione disciplinare che possa incidere sulla salute del detenuto"[113], ma, al di là dei casi in cui la mancanza di umanità della pena è particolarmente evidente, risulta difficile definire quali trattamenti siano ammissibili e quali non lo siano. La questione rileva ad esempio nei casi di pene detentive dalla durata temporale particolarmente lunga, o dalle restrizioni particolarmente gravose[114]. Al principio della pena "umanizzata" si riconduce il divieto di tortura durante l'esecuzione della pena. Di questo divieto manca, nel nostro ordinamento, una specifica enunciazione, sia in riferimento al momento esecutivo (e forse in questa fase l'art. 27 III potrebbe supplire alla lacuna), sia in riferimento al momento processuale, o pre-processuale, dell'acquisizione della prova (più difficile che il principio di umanizzazione della pena riesca ad essere esteso anche a questo momento, dato che l'esecuzione penale deve ancora cominciare)[115].

---

[112] CAMERA DEI DEPUTATI – SEGRETARIATO GENERALE, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Volume VI, p. 181.

[113] NUVOLONE, P., *Pena* (dir. pen.), *op. cit.*, p. 792.

[114] Se da un lato infatti è vero che "*un simile principio esclude implicitamente, dal novero delle legittime sanzioni penali, certi tipi di pena (...) come i supplizi efferati e crudeli, le qualifizierten Todesstrafen (...) pene corporali e lesive della dignità umana, (...) mutilazioni di ogni specie*", pena di morte compresa, ci sono casi in cui è più difficile stabilire che nell'esecuzione si è olterpassato il confine della contrarietà al senso di umanità, e tenere presente che "*il giudice condanna a un certo numero di anni di reclusione, e non anche ad altre sofferenza che vi si possono accompagnare*". CATTANEO, M.A., *Il problema filosofico della pena*, Ed. Universitaria, Ferrara 1978, pp. 137-139.

[115] Il divieto di tortura è invece presente nelle norme internazionali, basti pensare all'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che a sua volta riprende l'art. 5 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo disponendo che "*no one shall be subjected to torture or to inhuman or degradating treatment or punishment*". Per un'introduzione alla tematica in questione si rimanda ai saggi di FORNARI, M. *L'art. 3 della Convenzione europea sui diritti umani*, e *La Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti* in PINESCHI, L. (*a cura di*), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Giuffrè, Milano 2006, p. 352 ss. e 203 ss. L'articolo 3 CEDU è stato spesso utilizzato per sottoporre alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo questioni riguardanti le condizioni di vita in prigione, in particolare i problemi legati al sovraffollamento, l'insufficienza d'igiene, l'indigenza e la povertà che non permettono l'acquisto di beni di prima necessità, l'isolamento sociale, i trasferimenti incessanti dei detenuti. In una giurisprudenza molto fiorente, soprattutto a partire dal 2001, la Corte fa rientrare fra le violazioni dell'articolo 3 anche le condizioni degradanti di

4.2 L'art. 27 comma III seconda parte, in particolare[116].

4.2.1. *L'introduzione del finalismo rieducativo nella Costituzione.*

L'articolo 27 comma III della Costituzione stabilisce anche che le pene devono tendere alla rieducazione del condannato, così che il problema degli scopi della pena assume, nel nostro ordinamento, una rilevanza di ordine costituzionale. Sono "facilmente intuibili (…) le ragioni di fondo che radicano nel terreno costituzionale la «filosofia» della pena"[117]. La pena, infatti, soprattutto ove privi il soggetto della libertà personale, pone la questione della sua legittimazione negli stati di diritto che, come il nostro, sono ispirati ad un forte garantismo dei diritti fondamentali. Inoltre, l'inserimento del finalismo rieducativo nella Costituzione risente anche della "dimensione «sociale» o «solidaristica» che caratterizza non pochi ordinamenti contemporanei. […] l'obiettivo della «risocializzazione» riceve piena legittimazione, solo se collocato nella prospettiva emancipatrice di cui

---

detenzione, soprattutto se esse hanno il fine di degradare umiliare o indebolire la persona sul piano fisico e morale. Cfr. BIANCO, C., *L'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza recente della Corte di Strasburgo*, in GONNELLA, P. – MARCHESI, A., *Onorare gli impegni. L'Italia e le norme internazionali contro la tortura*, Sinnos, Roma 2006., pp. 47 ss.
L'Italia è stata recentemente condannata dalla Corte Europea dei Diritti Umani per aver violato l'art. 3 della Convenzione nei confronti di un detenuto bosniaco, Izet Sulejmanovic: le condizioni di sovraffollamento del carcere di Rebibbia, dove il detenuto è stato recluso, sono tali da costituire trattamento inumano e degradante a causa delle ristrette dimensioni dello spazio di cella a sua disposizione, che si aggirava sui 2,7 metri: "*La Cour observe que (…) pendant une période de plus de deux mois et demi chaque détenu ne disposait que de 2,70 m² en moyenne. Elle estime qu'une telle situation n'a pu que provoquer des désagréments et des inconvénients quotidiens pour le requérant, obligé de vivre dans un espace très exigu, bien inférieur à la surface minimum estimée souhaitable par le CPT. Aux yeux de la Cour, le manque flagrant d'espace personnel dont le requérant a souffert est, en soi, constitutif d'un traitement inhumain ou dégradant. 44. Il s'ensuit qu'il y a eu violation de l'article 3 de la Convention à raison des conditions dans lesquelles le requérant a été détenu jusqu'en avril 2003*" (CEDH, deuxième section, Affaire SULEJMANOVIC c. Italie, Strasbourg, 16/7/2009, su http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Izet%20|%20Sulejmanovic&sessionid=28744485&skin=hudoc-fr, consultato il 25 agosto 2009, punti 43 e 44).

[116] La parte dell'art. 27 III comma che enuncia il principio della pena rieducativa è di tale rilievo ai fini di questo lavoro che si è scelto di trattarlo singolarmente, dedicando, come si è visto, solo poche righe al divieto dei trattamenti contrari al senso di umanità. Non si dimentichi, però, che talvolta l'art. 27 III è stato considerato dalla giurisprudenza come un *quid unicum*, in cui "*il principio di umanizzazione e quello di tendenziale finalità rieducativa delle pene sono collegati inscindibilmente. al principio dell'individualizzazione del trattamento penitenziario*". D'AMICO, M., *Art. 27*, in BIFULCO, R. – CELOTTO, A. – OLIVETTI, M., *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Utet, Milano 2006, p. 574.

[117] FIANDACA, G., *Il 3° comma dell'art. 27*, in BRANCA, G. – PIZZORUSSO, A. (*a cura di*), *Commentario alla Costituzione - Rapporti Civili. Art. 27 – 28*, Bologna, Zanichelli, 1991, p. 222.

all'art. 3 2° comma – soltanto se concepito, cioè, come un'offerta di ausilio finalizzata a rimuovere gli ostacoli che si frappongono ad un inserimento sociale (…) da parte di un soggetto che ha già delinquito"[118]. Grazie al suo inserimento nella Costituzione, il principio di rieducazione è così divenuto criterio costituzionale di politica criminale che ha avuto importanza altalenante nella storia della Repubblica. Nella sua analisi si partirà dai lavori preparatori, che non sono in questo caso "decisivi" ma offrono una "utile base di partenza ai fini della ricostruzione dell'esatto significato della disposizione"[119].

4.2.2. *I lavori preparatori.*

I lavori dell'Assemblea costituente si svolgevano in un periodo in cui il dibattito fra Scuola classica e Scuola positiva al quale si è accennato nelle pagine precedenti non si era ancora placato, così che suscitò opposizioni la prima proposta, ossia il testo approvato dalla Commissione dei 75[120], che stabiliva: "Le pene devono tendere alla rieducazione del condannato e non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità"[121]. Già la Commissione discusse a lungo sull'opportunità o meno di accettare nella Costituzione l'una o l'altra delle teorie sulla finalità della pena, proprio nella consapevolezza che il dibattito in merito era molto acceso. Si legge nei lavori preparatori: "non si è voluto risolvere la questione delle finalità della pena. La pena ha – secondo alcuni – un fine di intimidazione; secondo altri, un fine di prevenzione; secondo altri ancora, deve avere soltanto il fine della rieducazione del colpevole. Si è voluto evitare di accettare nella Costituzione una di queste teorie, trattandosi di materia di Codice penale. Ecco perché si è usata la parola: «tendere»; perché si è voluto dire, in un

[118] FIANDACA, G., *Il 3° comma dell'art. 27*, in *op. cit.*, p. 224.
[119] *Ibidem*, p. 225.
[120] Così si denomina comunemente la Commissione, formata da 75 membri scelti in proporzione alla consistenza dei gruppi politici rappresentati all'Assemblea costituente, alla quale fu affidato il compito di elaborare il progetto di Costituzione che sarà in seguito votato articolo per articolo e finalmente approvato dall'Assemblea. Cfr. CARETTI, P. – DE SIERVO, U., *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., pp. 66-67.
[121] CAMERA DEI DEPUTATI – SEGRETARIATO GENERALE, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Volume VI, p. 181. Questa è la versione dell'articolo all'esito del dibattito della Commissione per la Costituzione.

senso altamente sociale ed umano, che una delle finalità della pena in tutti i casi deve essere la rieducazione del condannato "[122].

Fra i commissari vi fu anche chi si disse *tout court* contrario all'inserimento dell'inciso sul fine rieducativo, sostenendo che "è bene che la Costituzione sia ottimista, ma bisogna che non sia ingenua. È noto, infatti, che la rieducazione è uno degli scopi della pena, ma purtroppo non è l'unico, né il principale. Lo scopo principale della pena è scientificamente la difesa sociale e tutti sanno che è impossibile parlare seriamente di rieducazione, quando si tratti di condannati a venti o trenta anni"[123]. La discussione sull'opportunità o meno di inserire questo articolo fu rimandata all'Assemblea Costituente, poiché necessitava di essere approfondita.

In particolare, fu compito dell'Assemblea di discutere se inserire o meno nella versione finale dell'articolo l'emendamento proposto da LEONE e BETTIOL, che proponevano di invertire l'ordine delle due coordinate che formavano l'articolo e di ridurre la portata dell'ideale rieducativo. La nuova versione risultava così formulata: " Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità o che ostacolino la rieducazione morale del condannato"[124]. La *ratio* dell'emendamento era quella di evitare si concepisse la rieducazione come il fine principale della pena, poiché secondo i suoi sostenitori essa ne è il fine "collaterale […], complementare e nobilissimo"[125], ma indegno di un riconoscimento costituzionale.

---

[122] CAMERA DEI DEPUTATI – SEGRETARIATO GENERALE, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Volume VI, p. 181. Sono queste le parole di CEVOLOTTO.

[123] CAMERA DEI DEPUTATI – SEGRETARIATO GENERALE, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Volume VI, p. 182. Si è scelto di riportare quasi per intero questo intervento di PAOLO ROSSI per evidenziare come il dibattito in seno all'Assemblea costituente non fosse poi molto diverso da quello attuale, pur se il dibattito era più limitato dal punto di vista scientifico e più improntato ad un "*pur comprensibile realismo*". (L'espressione è di FIANDACA, G., *op. cit.*, p. 227).

[124] Per lo studio di questa seconda parte dei lavori preparatori ci si è affidati a ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Seduta antimeridiana di martedì 15 aprile 1947*, Tipografia della Camera dei Deputati, p. 2878, sul sito www.camera.it all'indirizzo http://legislature.camera.it/frameset.asp?content=%2Faltre_sezionism%2F304%2F329%2F330%2Fdocumentoxml.asp%3F, consultato il 18 giugno 2009. A questo indirizzo si trovano, liberamente scaricabili in formato .pdf, tutti i lavori preparatori dell'Assemblea costituente, raggruppati in ordine cronologico secondo la data delle sedute.

[125] Sono queste le parole tratte dall'intervento di LEONE, in ASSEMBLEA COSTITUENTE, *loc. cit.*, pp. 2879 e 2886.

Si distinsero durante la discussione gli interventi di TUPINI, che fece notare che "la società non deve rinunciare ad ogni sforzo (…) affinché colui che è caduto nelle maglie della giustizia, che deve essere giudicato, che deve essere anche condannato, dopo la condanna possa offrire delle possibilità di rieducazione"[126], e di MORO, che, d'accordo con LEONE e BETTIOL, richiese una formulazione più neutra, che lasciasse libera la strada al legislatore che avrebbe in seguito dovuto decidere quale orientamento privilegiare in materia di pene[127].

Si nota una generalizzata attenzione dei costituenti a non privilegiare nessuna Scuola e nessuna concezione filosofica della pena in particolare, ma solo l'intento di stabilire questo obiettivo tendenziale che "non è soltanto privilegio e monopolio della scuola positiva: è principio del diritto canonico e del cristianesimo"[128]. L'emendamento LEONE-BETTIOL fu infine respinto, e la versione originariamente proposta dalla Commissione fu approvata dopo prova e controprova, nella divisione dei gruppi politici e non senza contestazioni.

Durante il coordinamento finale il Comitato di redazione ritenne opportuno "attenuare l'apparenza positivistica della dizione"[129], così che il principio di rieducazione finì con l'essere posposto al divieto di trattamenti inumani. Il suo inserimento finale nella Costituzione sembra avere un significato più "generico" ed "ideale" che derivante da una precisa corrente di pensiero, risalente non tanto ad un orientamento scientifico quanto piuttosto alla nuova sensibilità politica che nasceva insieme alla Repubblica[130]. "Appunto perché ispirata agli stessi ideali di rinnovamento che mossero i Costituenti, la norma sul principio di rieducazione non tollera analisi isolate, ma postula un collegamento

---

[126] TUPINI, in ASSEMBLEA COSTITUENTE, *loc. cit.*, p. 2881.
[127] MORO, in ASSEMBLEA COSTITUENTE, *loc. cit.*, p. 2884. Non si può fare a meno di notare come, già all'epoca della Costituente, si desse per scontato che una riforma del codice penale fosse imminente. Si consenta inoltre un breve accenno alla profonda consapevolezza che i costituenti manifestarono in ordine al loro compito ed alle conseguenze potenzialmente "*pericolose*" di ogni loro scelta (cfr. MORO, *loc. cit.*, p. 2884).
[128] RUINI, in ASSEMBLEA COSTITUENTE, *loc. cit.*, p. 2885.
[129] FALZONE, V., PALERMO, F., COSENTINO, F. *(a cura di), La Costituzione della Repubblica italiana*, illustrata con i lavori preparatori, Oscar Studio Mondadori, 1976, p. 99.
[130] Su questo cfr. FIANDACA, G., *op. cit.*, pp. 227 e 228.

interpretativo innanzitutto con i principi fondamentali della nostra Costituzione"[131].

Dalla lettura dei lavori preparatori emerge forse che la presa di posizione costituzionale è il frutto di un dibattito non troppo "consapevole"[132]. Tuttavia, essa non deve essere cristallizzata in una prospettiva metastorica, ma va "vagliata alla luce dell'evoluzione del dibattito teorico sugli scopi delle sanzioni criminali"[133], così come esso si è sviluppato negli ultimi settant'anni.

5. La "lunga marcia" della dottrina sulla pena ed i relativi riflessi sulla legislazione nel sessantennio repubblicano[134].

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione, molte furono le elaborazioni dottrinali che si svilupparono nel panorama penalistico italiano. Il terreno privilegiato di scontro fra le dottrine era quello del dibattito sulla teleologia della pena, che risentiva anche di influenze sociali e politiche, come del resto è anche oggi.

Si ripercorrerà ora a grandi linee l'andamento tendenziale di questa "*lunga marcia*" dottrinale, considerando parallelamente le più importanti concretizzazioni legislative del principio di rieducazione, frutto delle riforme volte a rendere l'ordinamento compatibile con tale principio. In forza del suo rango costituzionale, l'idea rieducativa è divenuta infatti non solo il riferimento per l'interpretazione di tutte le leggi gerarchicamente inferiori, ma essa è anche criterio-guida dei successivi interventi riformistici dell'ordinamento.

---

[131] FIANDACA, G., *op. cit.*, p. 228. L'autore fa riferimento in particolare all'intervento di TUPINI, che fonda la scelta della Commissione non su una dottrina filosofica ma su di un "*elementare senso umano*" (TUPINI, in ASSEMBLEA COSTITUENTE, *loc. cit.*, p. 2881).

[132] Sembra di questo avviso FIANDACA, G., in *op. cit.*, che nel descrivere il dibattito intorno all'art. 27 parla di "*timidezze propositive*" e "*limiti scientifico-culturali*". Si esprime in termini contrari GIULIANO VASSALLI, che definisce tale dibattito "*vivace e consapevole*", VASSALLI, G., *Funzioni ed insufficienze della pena,* Riv. it. dir proc. pen., 1961, I, 297, p. 326.

[133] *Ibidem*, p. 228.

[134] L'espressione si deve a NEPPI MODONA, G., *Il sistema sanzionatorio: considerazioni in margine ad un recente schema di riforma*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1995, 2, 315, p. 317, che all'epoca faceva riferimento non al *sessantennio* bensì al *cinquantennio* repubblicano.

5.1 La "lettura in chiave neutralizzante dell'art. 27 III"[135]: gli anni '50.

Contestualmente all'emanazione della Carta, la dottrina diede delle interpretazioni del principio volte a "contenerne il più possibile la portata innovativa, in modo da collocarlo in una prospettiva di continuità rispetto all'ordinamento precedente"[136]. Facendo leva sul verbo *tendere,* si sostenne che la rieducazione non era la finalità essenziale, ma solo uno scopo eventuale della pena, mentre "le concezioni retributive continuano ad essere prevalenti, accompagnate dall'insistenza sulla funzione general-preventiva della pena"[137].

A sostegno della mortificazione della portata innovatrice dell'art. 27 comma III furono addotti vari argomenti, *in primis* quello letterale che sostiene che dato che il divieto di trattamenti inumani precede la rieducazione il carattere afflittivo della pena sarebbe conservato. Scrive in quegli anni PETROCELLI: "Il più elementare buon senso basta per intendere che se la Costituzione si preoccupa di avvertire che *le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità*, ciò è perché le pene devono rimanere *pene*. Se le pene avessero dovuto avere un contenuto essenzialmente ed esclusivamente rieducativo; se, insomma, le pene non avessero dovuto avere carattere… punitivo, il divieto (…) non avrebbe avuto ragione di essere, perché una funzione che sia essenzialmente ed esclusivamente rieducativa esclude da sé, per la sua stessa natura, i trattamenti contrari al senso di umanità, senza bisogno di alcuna dichiarazione esplicita. Ma la verità è che la Costituzione, nell'art. 27, ha inteso disciplinare non un istituto di rieducazione, ma la pena, la vera pena col suo logico e naturale contenuto di *afflittività*"[138].

---

[135] FIANDACA, G., *op. cit*., p. 235.
[136] *Ibidem*, p. 224.
[137] NEPPI MODONA, G. *Il sistema sanzionatorio*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1995, 2, 315, p. 318. Nel citato commento all'art. 27 3° co. Cost. FIANDACA fa risalire la tendenza alla general-prevenzione alla situazione di allarme sociale che dominava negli anni '50, mentre il revival delle teorie retributive sarebbe dovuto all'affermarsi dell'*egemonia culturale cattolica* (p. 228). L'Autore individua in BETTIOL e nella sua opera uno dei maggiori sostegni alla teoria retributiva (*op. cit*., p. 231).
[138] PETROCELLI, B., *Retribuzione e difesa nel progetto di codice penale del 1949*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1950, 573, p. 593. Secondo lo stesso Autore, un'interpretazione uniforme alla Sua si ritroverebbe in BATTAGLINI, G., *Diritto penale*, III ed., Cedam, Padova 1949, p. 533. FIANDACA individua fra gli Autori impegnati a demolire il *"mito"* della rieducazione, oltre al già citato

Un secondo argomento era quello secondo il quale la norma si doveva intendere non come direttamente vincolante per il legislatore, ma *programmatica*, ossia meramente indicativa[139].

Si sosteneva, in quegli anni, che "alla pena, (…) dato che essa è riaffermazione simbolica dell'idea di giustizia, e, quindi, di ordine, tocchi di perseguire e conservare il bene sociale (…) mediante la instaurazione di una proporzione ideale, fra l'abuso di libertà consapevolmente consumato dal reo ed il patimento di questo […] ne discende, quindi, che nel nostro ordinamento positivo la funzione della pena non è rieducativa, il che del resto sarebbe (…) ontologicamente impossibile, bensì retributiva"[140].

5.2 L'apertura progressista della seconda metà degli anni '60.

Nel corso degli anni Sessanta si fa strada la concezione *polifunzionale* della pena, che pur premettendo che la pena criminale ha essenzialmente una natura retributiva, rileva che essa non vale, da sola, a lottare contro il delitto[141].

Si afferma che "riaffermazione o ideale reintegrazione del diritto violato, prevenzione generale e prevenzione speciale mediante il ricorso ad una pena che resta retributiva nella sua essenza sono dunque le funzioni essenziali che (…) ogni

---

BETTIOL, anche GROSSO, C.F., voce Responsabilità penale, in Novissimo digesto italiano, vol. XV, Utet, Torino 1957, p. 719 e SPASARI, M., *Diritto penale e Costituzione*, Giuffrè, Milano 1966. A ben vedere, però, "*non è (…) probante l'argomento che fa leva sull'ordine di successione dei due enunciati (…). In astratto, il divieto di trattamenti inumani si può riferire egualmente bene sia alla retribuzione che alla rieducazione. Ed infatti non è affatto vero che quest'ultima presuppone necessariamente un trattamento ispirato a criteri di umanità: si ipotizzi un trattamento rieducativo che, al fine di conseguire la neutralizzazione degli impulsi antisociali del reo, ricorra a tecniche che offendano la dignità della persona (…), ponendosi perciò in contrasto con elementari principi umanitari.*" FIANDACA, G. – MUSCO, E., Diritto penale – Parte generale, 5° ed. Zanichelli, Bologna 2007, p. 689.

[139] Scrive infatti GRASSO P. G., *Appunti sulla pena nella Costituzione Italiana*, in Giustizia Penale, (Parte prima: i presupposti), 1954, I, 225, colonne 226 e 227: "*La pena viene disciplinata nell'art. 27, con norme che ci sembrano di carattere programmatico. […] Ci sembra infatti che il senso letterale e logico del testo voglia solo significare che accanto ai fini tradizionali della pena, si debba far luogo anche ad una tendenziale rieducazione del condannato*". Di avviso analogo ESPOSITO, C., *Le pene fisse e i principi costituzionali di eguaglianza, personalità e rieducatività della pena (Commento alla Sent. della Corte Cost. n. 79 dell'8 giugno 1963)*, in Giur. Cost., 1963, II, 661. FIANDACA, G.,in *op. cit.*, pp. 228 ss. aggiunge che questo espediente non ebbe alcun successo, poiché la dottrina già allora maggioritaria, fra cui DELITALA, VASSALLI e NUVOLONE attribuiva alla norma efficacia precettiva immediata (p. 232).

[140] SPASARI M., *Diritto penale e Costituzione*, Giuffrè, Milano 1966, pp. 152-154.

[141] Cfr. colui che secondo FIANDACA è uno dei maggiori esponenti della teoria polifunzionale della pena, in quanto ne propone la teorizzazione "più emblematica": GIULIANO VASSALLI, che espone le sue ragioni in *Funzioni ed insufficienze della pena*, Riv. it. dir proc. pen., 1961, I, 297.

ordinamento giuridico (…) assegna alla pena criminale"[142]. Particolare importanza riveste fra queste la prevenzione speciale, che è "tra tutte la più pregna di significati e possibilità. Essa include ogni finalità assegnata alla pena in vista del futuro del singolo delinquente, sia sotto un profilo strettamente personale sia nei suoi rapporti con la società. […] Questa funzione (…) è così importante che non è mai stata disconosciuta (…) neanche dai più genuini ed autorevoli rappresentanti delle teorie retribuzionistiche, […] [*e*] meno ancora potrebbe essere disconosciuta oggi, dopo che la più alta e nobile forma di prevenzione speciale, la rieducazione dei condannati, è stata inserita (…) tra gli obiettivi essenziali della pena, in tutti i suoi momenti"[143].

5.2.1. *Una modifica dell'ergastolo.*

A questi anni si deve una delle più importanti concretizzazioni legislative del principio della rieducazione, vale a dire la modifica dell'art. 176 del codice penale, avvenuta con la legge 25 novembre 1962, n. 1634. Essa introduce la possibilità di essere ammessi alla liberazione condizionale per gli ergastolani che abbiano scontato almeno ventotto anni di pena[144].

5.3 Gli anni '70 e la piena valorizzazione del principio rieducativo.

Negli anni '70, forse grazie anche al clima di contestazione, si assiste ad una crescita di interesse, da parte della politica e dell'opinione pubblica, verso le tematiche della pena e della sua esecuzione, soprattutto in carcere[145]. Risale a

---

[142] VASSALLI, G., *Funzioni ed insufficienze della pena*, Riv. it. dir proc. pen., 1961, I, 297, p. 329.

[143] *Ibidem*, pp. 322 -327. FIANDACA, G. nel suo commento al terzo comma dell'art. 27 critica la teoria polifunzionale, sostenendo che è riduttivo ritenere chela conciliazione delle diverse teorie sulla pena si ottenga limitandosi a sommarle insieme, poiché i diversi scopi della pena emergono in funzione dei diversi momenti ove venga in considerazione il problema della pena (minaccia, commisurazione ed esecuzione). Pensare ad una conciliazione di questo genere fra le teorie sarebbe dunque troppo semplicistico. (Cfr. FIANDACA, G., *loc. cit*., pp. 229 ss.)

[144] La modifica è introdotta dall'art. 2 della l. 25 novembre 1962, n. 1634 recante *Modificazioni alle norme del Codice penale relative all'ergastolo e alla liberazione condizionale* (in G.U. n. 311 del 6 dicembre 1962). Successivamente la legge n. 663/86 incise ulteriormente sull'ergastolo, da un lato abbassando a ventisei anni di pena il limite per l'ammissione alla liberazione condizionale (*art. 28 l. 663/86*), dall'altro estendendo anche agli ergastolani la possibilità di beneficiare della semilibertà e della liberazione anticipata (*art. 54 comma IV l. 663/86*).

[145] La frattura politica, culturale e sociale del Sessantotto influenzò il dibattito sulla pena non solo a causa della più ampia influenza che la nuova corrente di pensiero esercitava sull'opinione pubblica e sui rapporti sociali, ma anche perché i protagonisti stessi del movimento sperimentarono personalmente la maggiore tra le sanzioni penali, il carcere. Scrive DE VITO, C.

questo periodo il "salto di qualità" verso l'affermazione del principio rieducativo, che "sembra vivere la sua stagione più felice: il principio infatti, non solo si vede pienamente riconosciuto quel rango preminente ad esso attribuito del legislatore costituzionale, ma viene altresì assunto a principale criterio ispiratore delle proposte di modifica relative al catalogo delle sanzioni"[146].

I tratti salienti del dibattito dell'epoca sono da un lato la progressiva convinzione che è necessario prevedere sanzioni diverse da quella detentiva e dall'altro il potenziamento della finalità rieducativa nella fase dell'esecuzione, che troverà largo spazio nella riforma penitenziaria del 1975[147].

Ma v'è di più. La valorizzazione del principio rieducativo ha delle conseguenze anche sull'elaborazione del principio di colpevolezza[148] e sulla costruzione dogmatica dell'illecito penale. Risale infatti a questi anni la concezione costituzionalmente orientata del reato proposta da BRICOLA[149], il

---

G., in *Camosci e girachiavi – Storia del carcere in Italia*, Laterza, Roma-Bari 2009, pp. 62 ss.: "*Nel corso di quegli anni, migliaia furono i fermi, le denunce, decine gli arresti. […] Nelle carceri, i militanti detenuti non cessavano di «fare politica». […..] dopo i tragici fatti di piazza Fontana (…), la sinistra extraparlamentare si mobilitò e manifestò in occasione della morte dell'anarchico Pinelli, ed il Soccorso Rosso iniziò una campagna per chiedere la liberazione di Valpreda […] I detenuti, per Lotta Continua, erano i dannati della terra. Il carcere era per loro l'espressione più nitida di quella ghettizzazione sociale e di quella repressione che il sottoproletariato subiva quotidianamente anche sul territorio. Adesso però, (…) anche il carcere poteva trasformarsi in una «scuola di rivoluzione». […] Proseguendo l'ondata di proteste della fine del 1971, nel corso del 1972 scioperi della fame e del lavoro, fermate all'aria e salite sui tetti si susseguirono ininterrottamente da gennaio fino almeno ad agosto.*" In questi anni i Parlamentari si occupavano della riforma dell'ordinamento penitenziario ed i detenuti del Regina Coeli, grazie ad un compatto sciopero della fame, ottennero di poter parlare della riforma con una Commissione di parlamentari e con il Ministro della giustizia ZAGARI. Su questo cfr. DE VITO, C.G., *loc. cit.*, pp. 70 ss.

[146] FIANDACA, G., *Il 3° comma dell'art. 27*, in *op. cit.*, p. 243.

[147] Cfr. FIANDACA, G. – MUSCO, E., *Diritto penale – parte generale*, *cit.*, p. 695. Tale modifica fu peraltro preceduta dalla riforma introdotta con legge 7 giugno 1974, n. 220, che modificando alcuni istituti di parte generale, in particolare la recidiva, il bilanciamento fra circostanze aggravanti ed attenuanti e la sospensione condizionale della pena raggiunge l'obiettivo di ridurre la misura delle pene applicate in concreto dal giudice e delle pene da eseguire, rendendo più flessibile l'impianto sanzionatorio in generale. Cfr. PULITANÒ, D., *Diritto penale*, II Ed., Giappichelli, Torino 2007, p. 94.

[148] Cfr. FIANDACA, G., *Il 3° comma dell'art. 27*,in *op. cit.*, pp. 254 ss. Si afferma infatti che questo articolo sancisce l'avvenuta costituzionalizzazione del principio di colpevolezza, quale indefettibile presupposto della punibilità. Infatti, "*in tanto si può parlare di un'opera di rieducazione in quanto al reo possa essere mosso un rimprovero quantomeno a titolo di colpa per la violazione dell'interesse tutelato*" (NEPPI MODONA, G., *Il sistema sanzionatorio*, Riv. it. dir. e proc. pen., 1995, 2, 315, p. 320). Ciò comporta delle conseguenze sul piano dell'ammissione o meno della responsabilità oggettiva, della conoscenza del disvalore del fatto da parte dell'autore e sul significato della norma, l'art. 5 c.p., sull'ignoranza della legge penale.

[149] La concezione costituzionalmente orientata del reato è sviluppata da BRICOLA, F., *Teoria generale del reato*, in Novissimo Digesto Italiano, vol. XIX, UTET, Torino 1973, c. 38 ss.

quale include il principio di rieducazione tra i criteri che definiscono le caratteristiche essenziali dell'illecito penale. Affinché la pena possa effettivamente essere rieducativa, infatti, sarebbe necessario che essa fosse comminata solo se il soggetto agisca ledendo un bene del quale egli stesso percepisce l'importanza, ossia un valore che si possa legittimamente assumere a punto di riferimento di un processo rieducativo. Ciò esclude dai beni tutelabili quelli cd. inafferrabili o non sentiti dalla coscienza sociale come meritevoli di tutela[150]. Al di là delle critiche che si sono mosse a questa teoria, prima fra tutte quella che ritiene inopportuno fare ricorso anche al principio rieducativo per accreditare la rilevanza costituzionale del criterio di «necessaria lesività»[151], bisogna riconoscere che essa dà finalmente la giusta portata alla funzione rieducativa, riconoscendole il rango costituzionale che le è proprio[152].

5.3.1. *La modifica della disciplina della sospensione condizionale.*

Il legislatore del '74 trasforma la sospensione condizionale "da atto discrezionale e «clemenziale» del giudice a misura dotata di spiccata funzione (general- e) specialpreventiva"[153].

---

[150] Per un sunto della concezione di BRICOLA, cfr. NEPPI MODONA, G., *Il sistema sanzionatorio*, Riv. it. dir. e proc. pen., 1995, II, 315.

[151] Cfr. FIANDACA, G., *Il 3° comma dell'art. 27*, pp. 246 – 252, il quale avanza delle riserve di fronte alla necessaria conseguenza di questa teoria, che se accolta porterebbe a considerare incostituzionali le norme penali che configurano fattispecie svincolate da una concreta messa in pericolo del bene protetto, con forti ripercussioni sulle figure dei reati di pericolo concreto ed astratto.

[152] Cfr. FIANDACA, G., *Il 3° comma dell'art. 27,* p. 247. Qui l'Autore spiega che, benché originariamente i sostenitori di questa teoria, fra i quali spiccano BRICOLA e GALLO, sostenessero che la funzione retributiva doveva coesistere con quella rieducativa, creando con essa un rapporto di giusto equilibrio, essi incappano in una *petitio principii*, poiché solo la prima è presente a livello costituzionale e si orienta secondo i valori fondamentali operanti a questo livello, così che la retribuzione basta, da sola, a fondare il sistema penale in forza dell'interpretazione sistematica che la lega agli altri articoli, primo fra tutti l'art. 25 II comma. L'Autore continua dicendo che i tentativi della dottrina dei primi anni settanta intesi a valorizzare l'art. 27 III "*si sono spinti ben oltre. […] si è cioè, sostenuto che il legislatore ordinario sarebbe vincolato a garantire penalmente soltanto le «forme minime della vita in comune». Onde, l'assunto conclusivo: potrebbero legittimamente assurgere al rango di beni giuridici in senso penalistico, non già tutti i valori costituzionali, bensì soltanto quelli che concretano i presupposti essenziali della convivenza*." (FIANDACA, G., *Il 3° comma dell'art. 27*, p. 252-3). Egli critica questa teoria, ma ne condivide i presupposti di fondo: "*tra le condizioni di legittimità e al tempo stesso di efficacia della prospettiva rieducativa, va incluso il sufficiente livello di « afferrabilità » e « consolidamento » del bene offeso; da questo punto di vista, la tutela penale dovrebbe essere circoscritta soltanto ai beni avvertiti come inequivocabilmente meritevoli di protezione dal maggior numero possibile di cittadini*" (*op. cit*., p. 253).

[153] FIANDACA, G., *Il 3° comma dell'art. 27*, in *op. cit*., p. 244.

La riforma estende l'ambito di operatività della sospensione elevando fino a due anni il tetto delle condanne sospendibili e permettendo la concessione di un secondo provvedimento di sospensione, se il predetto limite di due anni è rispettato. Un successivo intervento di modifica, la legge n. 689 del 1981, subordina la concessione del secondo provvedimento di sospensione all'adempimento, da parte del condannato, di un obbligo specifico, come ad esempio il risarcimento del danno o l'eliminazione delle conseguenze dannose del reato[154].

5.3.2. *La riforma dell'ordinamento penitenziario.*

L'"espressione più significativa del finalismo rieducativo"[155] è però costituita dalla riforma dell'ordinamento penitenziario, introdotta con la legge 26 luglio 1975, n. 354[156]. Essa introduce le misure alternative alla detenzione in carcere (*affidamento in prova, semilibertà e liberazione anticipata*), le quali superano la logica della esclusività della pena detentiva ma, al tempo stesso, sono ritenute idonee a prevenire future condotte antisociali.

"Questa prima legge di riforma dell'ordinamento penitenziario ha avuto il merito di incidere sul concetto stesso di esecuzione penale, modificando l'idea secondo la quale il carcere è l'unico luogo capace di consentire l'esecuzione della pena ed inserendo nel sistema giuridico la prospettiva di un'esecuzione all'esterno dell'istituto penitenziario. (…) lo stesso carcere diventa un ambiente nel quale si devono predisporre tutti gli interventi, materiali e psicologici, capaci di far assumere al soggetto un nuovo orientamento per la vita futura. […] Prima di allora, la pena inflitta con la sentenza di condanna non era più modificabile perché prevaleva (…) una concezione di immutabilità della sanzione inflitta"[157].

---

[154] Si fa qui riferimento al secondo comma dell'art. 165 c.p.

[155] FIANDACA, G. – MUSCO, E., *Diritto penale – parte generale*, *cit*., p. 695.

[156] Si noti *l'importantissima e doverosa scelta politica* di disciplinare tale ambito con legge formale, anziché con strumento regolamentare. Essa si considera il *"solenne riconoscimento che lo status di detenuto o di internato non solo non fa venir meno la posizione di lui come titolare di diritti soggettivi connessi a tale status, ma, anzi, altri gliene attribuisce"*. GALLI, *La politica criminale in Italia negli anni 1974-1977*, Milano, 1978, 128, in GREVI, V. *Art. 1*, in GREVI, V. – GIOSTRA, G. – DELLA CASA, F., *Ordinamento penitenziario, Commento articolo per articolo*, 3° Ed. Cedam, Padova 2006, p.6.

[157] CECANESE, G., *Pena (profili reali della) e benefici penitenziari*, in GAITO, A. *(a cura di), Digesto delle discipline penalistiche*, IV Ed., Tomo II, Aggiornamento *** 2005, UTET Giuridica, Torino, 2005, p. 1004.

Grazie alla legge, al centro dell'esecuzione delle misure restrittive della libertà personale non vi è l'intento di regolare l'amministrazione penitenziaria secondo sicurezza e disciplina[158], ma la figura del detenuto come «persona». In questa ottica, si sono valorizzati gli elementi della personalità del detenuto che potessero servire al suo riadattamento sociale. In base alla situazione soggettiva del detenuto si sceglierà il trattamento (rieducativo) che più gli si addice, con una certa elasticità di fondo nella scelta, nella revoca e nell'esecuzione dello stesso.

Quelle dell'ordinamento penitenziario sono dunque norme che, "in forza del loro tipico contenuto precettivo, non solo fissano dei limiti ai poteri degli organi statuali operanti in sede penitenziaria, ma impongono ai medesimi una serie di canoni di comportamento e di regole di organizzazione più o meno direttamente incidenti, in termini di vantaggio, sulla posizione dei detenuti. (…) non è azzardato cogliere nella legge – ovviamente senza ridurla a questo soltanto – i profili di una sorta di «**carta dei diritti**» dei detenuti"[159].

In sintesi, è con la riforma del 1975 che si esercita l'opzione di fondo per un'esecuzione penale utile al reinserimento del condannato, da realizzarsi attraverso i contatti con il mondo esterno. A questo proposito è corretto parlare di "diritto" al trattamento penitenziario (inteso come offerta di interventi più o meno diretti alla risocializzazione, come l'istruzione, il lavoro, la religione), poiché esso è caratterizzato dall'assenza di qualsiasi carattere impositivo e presuppone sempre un'adesione volontaria da parte del condannato[160].

5.4 Gli ultimi anni '70: il rilancio delle esigenze di prevenzione generale.

Sul finire degli anni Settanta, l'ideologia della rieducazione rientra in crisi, poiché "una soddisfacente attuazione dei principi della riforma penitenziaria è (…) impedita dalla drammatica riemersione di esigenze di prevenzione generale e di difesa sociale (…). La necessità di contrastare gravi forme di criminalità, sia comune sia soprattutto politico-terroristica, induce ben presto a restringere

---

[158] Tale era l'impostazione del *Regolamento per gli istituti di prevenzione e pena* approvato con R.D. 18 giugno 1931, n. 787, che fu in vigore fino alla riforma del 1975.
[159] GREVI, V., *Art. 1*, in GREVI, V. – GIOSTRA, G. – DELLA CASA, F., *Ordinamento penitenziario, Commento articolo per articolo*, 3° Ed. Cedam, Padova, 2006, p. 6.
[160] GREVI, V., *Art. 1*, in *loc. cit.*, p. 7.

l'applicabilità dei nuovi istituti attraverso una serie di preclusioni oggettive concernenti gli autori dei reati più gravi"[161]. Benché sia passato pochissimo tempo dal momento dell'esaltazione dell'ideale rieducativo, si assiste ora ad un suo svilimento, dovuto ad un duplice ordine di motivi. Da un lato vi sono le appena citate esigenze di difesa sociale, che si concretano nella legislazione di emergenza e nella previsione di pene talmente simboliche e rigorose da essere esse stesse *terroristiche* ed *intimidatorie,* dall'altro sono gli stessi sostenitori dell'ideologia rieducativa che dall'interno ne dichiarano con disincanto il fallimento, basandosi sui risultati delle ricerche statistiche effettuate sulla recidiva dei condannati teoricamente «rieducati»[162].

5.4.1 *Le carceri di massima sicurezza.*

Il decreto interministeriale del 4 maggio 1977 creò gli istituti di massima sicurezza, nei quali vennero trasferiti nel corso di pochi giorni varie categorie di detenuti, per lo più "individui coinvolti negli anni precedenti in rivolte e proteste, evasione, sequestri o violenze ai danni di agenti di custodia e di altri reclusi. La creazione degli istituti di massima sicurezza non era finalizzata esclusivamente alla detenzione dei militanti delle organizzazioni di lotta armata, che pure di essi divennero nel tempo il gruppo nettamente prevalente: (…) il suo scopo era anche quello di isolare dal resto del circuito carcerario i detenuti comuni politicizzatisi nelle lotte dei primi anni Settanta"[163]. Gli istituti di massima sicurezza, creati

---

[161] FIANDACA, G. – MUSCO, E., *Diritto penale – Parte generale*, *cit*., p. 696. Sulla "crisi" della pena specialpreventiva cfr. MANTOVANI, F., *La «perenne crisi» e la «perenne vitalità» della pena. E la «crisi di solitudine» del diritto penale*, in DOLCINI, E. – PALIERO, C. E., *op. cit*., pp. 1172 ss.

[162] Cfr. FIANDACA, G., *Il 3° comma dell'art. 27*, in *op. cit*., pp. 258 – 262. L'Autore in queste pagine esterna tuttavia dei dubbi sull'affidabilità scientifica delle suddette statistiche sul comportamento dei condannati che sono stati rieducati una volta usciti dal carcere. Egli avanza il "legittimo sospetto" che *"le risultanze negative delle ricerche statistiche siano anche frutto di una lettura un po' falsata dalla intervenuta tendenza a svalutare in modo preconcetto la prospettiva del trattamento. (conseguenza di ciò è che) mancano, a tutt'oggi, le giustificazioni «scientifiche» per un definitivo abbandono dell'ideologia del trattamento motivato da presunti insuccessi della prevenzione speciale risocializzatrice"* (FIANDACA, G., *op. cit.*, p. 262).

[163] DE VITO, C.G., *Camosci e girachiavi. Storia del carcere in Italia*, *cit*., p. 94. L'Autore ricorda come lo scopo degli istituti di massima sicurezza, nei quali i detenuti furono trasferiti in pochi giorni nell'estate del 1977 con quella che egli non esita a definire una vera e propria "*operazione militare*" (*op. cit*., p. 93), fosse quello di tenere i detenuti il più possibile separati dal mondo esterno. Essi inoltre erano tenuti sotto controllo strettissimo degli agenti di custodia, il cui organico fu potenziato e che corrispondevano numericamente ai reclusi.

originariamente per fronteggiare l'emergenza terrorismo, negli anni successivi saranno invece destinati ad "ospitare" i soggetti legati alla criminalità organizzata.

5.5 Gli anni '80 e '90 tra fiducia nella rieducazione ed inversioni di tendenza.

Con l'allentarsi dell'allarme terroristico a metà anni Ottanta si assiste, tramite la legge 10 ottobre 1986, n. 663 (cd. *legge Gozzini*), all'introduzione di una riforma penitenziaria "che tende ad un pur timido rilancio dell'ideologia rieducativa, eliminando le preclusioni oggettive previste dalle precedenti leggi emergenziali e favorendo il più possibile l'accesso alle misure alternative al carcere"[164]. E' questa l'epoca della cd. *decarcerizzazione,* in cui gli interventi legislativi "fiduciosamente si cimentano, pur tra mille difficoltà e contraddizioni, nel perseguimento dell'obiettivo del carcere come *estrema ratio*, prima tappa del dissolvimento del dominio del grande internamento penale. […] L'epoca d'oro della decarcerizzazione (…) progressivamente si alienò dall'idea che la sola integrazione possibile fosse quelle che passa attraverso la disciplina del carcere. E da quella originaria ossessione disciplinare coerentemente si allontanò, nel senso che essa sempre più apparve come insensata perché storicamente superata. La socializzazione della marginalità nello stato sociale si cementa ormai nell'imperativo del *to care*, del farsi carico della problematicità sociale in termini oramai solo o prevalentemente assistenziali"[165].

Solo qualche anno dopo l'emanazione della legge Gozzini vi è però un'inversione di tendenza, segnata dall'inasprimento delle sanzioni e del trattamento carcerario per le figure legate alla criminalità organizzata (*punto 5.5.2*).

A questa inversione ne fa seguito un'altra, a conferma che la politica criminale italiana è caratterizzata da una "tipica oscillazione pendolare"[166]: nel '98

---

[164] FIANDACA, G. – MUSCO, E., *Diritto penale – Parte generale*, cit., p. 696. Si ricorda che aveva avuto una ricaduta incidentale sul sistema delle sanzioni anche la legge 24 novembre 1981, n. 689, recante "*Modifiche del sistema penale"*, che, sotto l'egida della deflazione penalistica, introduceva nuovi e più flessibili strumenti di risposta al reato. Fra queste si ricordi l'introduzione di sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, ossia la pena pecuniaria, la libertà controllata e la semidetenzione. In merito cfr. PULITANÒ, D., *op. cit*., pp. 95-96.
[165] PAVARINI, M., *Silète poenologi in munere alieno!*, cit., pp. 14-16.
[166] FIANDACA, G. – MUSCO, E., *Diritto penale – Parte generale*, *cit*., p. 696.

e nel '99 vi sono due interventi legislativi[167] che vanno in una direzione opposta rispetto all'inasprimento del trattamento perseguito con la legislazione antimafia ed ampliano le condizioni di accesso alle misure alternative *(punto 5.5.3).*

5.5.1. *La legge n. 663/1986 (legge Gozzini[168]).*

La novella del 1986 costituisce un organico e consistente intervento legislativo che con "intrinseca intelligenza razionalizzatrice"[169] aggiorna ed armonizza la disciplina relativa all'esecuzione penale, e ben si inserisce nell'ottica di fondo che aveva animato la riforma penitenziaria del '75.

Da un lato, essa interessa alcuni profili della disciplina del lavoro penitenziario, introduce l'istituto dei «permessi premio», la detenzione domiciliare e la previsione, per il condannato in stato di libertà, di accedere alle misure alternative senza un previo periodo di detenzione carceraria[170]. Inoltre tali misure possono essere concesse ai condannati per qualsiasi crimine, mentre in precedenza vigeva una preclusione in relazione a determinati tipi di reati[171].

L'insieme di queste modifiche persegue l'obiettivo di ripristinare i rapporti di comunicazione fra carcere e mondo esterno, che era nelle intenzioni del

---

[167] Si fa qui riferimento alla legge n. 165/98 (cd. riforma SIMEONE) ed alla l. n. 231/99. La prima sarà trattata diffusamente al punto *(3)*. Per quanto riguarda il contenuto della seconda, che inserisce nell'Ordinamento Penitenziario l'articolo 47-*quater* sulla possibilità di concedere l'affidamento in prova e la detenzione domiciliare ai soggetti affetti da Aids conclamata o da grave deficienza immunitaria, è doveroso rimandare al commento a tale articolo in GREVI, V. – GIOSTRA, G. – DELLA CASA, F., *op.cit.*, pp. 605 ss.

[168] La legge deve il suo nome al Senatore di Sinistra Indipendente, MARIO GOZZINI, che insieme ad ALESSANDRO MARGARA (che all'epoca era il presidente del Tribunale di sorveglianza di Firenze) ne presentò il progetto. Originariamente il disegno di legge prevedeva un intervento legislativo assai limitato, e fu solo all'interno del dibattito parlamentare che esso fu ampliato fino a raggiungere le dimensioni di una vera e propria riforma dell'ordinamento penitenziario. GOZZINI e MARGARA avevano alle spalle una certa conoscenza dell'ambiente penitenziario, sia per ragioni professionali sia per la vicinanza di entrambi ai movimenti sociali e politici che in quegli anni entravano nelle carceri e cercavano il dialogo con i detenuti, i quali avevano essi stessi maturato alcune proposte di legge nate in seno alle discussioni delle cosiddette "aree omogenee". In merito si rimanda a DE VITO, C.G., *Camosci e girachiavi*, *Storia del carcere in Italia*, *cit*., pp. 110-112.

[169] PAVARINI, M., *Riflessioni in merito alle modifiche sull'ordinamento penitenziario*, in Marginalità e società, 1987, n. 1-2, 102, p. 105.

[170] Cfr. CECANESE, G., alla voce *Pena (profili reali della) e benefici penitenziari*, *Digesto delle discipline penalistiche*, *loc. cit*., p. 1006. Le misure alternative sono quelle già introdotte dalla legge 354/75, ossia l'affidamento in prova, la semilibertà e la liberazione anticipata, cui si aggiunge la neonata detenzione domiciliare.

[171] Erano in precedenza esclusi dall'affidamento in prova e dalla semilibertà i condannati per rapina, estorsione, sequestro di persona a scopo di estorsione e di rapina, associazione di tipo mafioso. Cfr. PAVARINI, M., *Riflessioni in merito alle modifiche sull'ordinamento penitenziario*, in *loc. cit*., pp. 105-108.

legislatore del 1975 ma che non fu mai veramente attuato. Come indice di questa volontà di riavvicinamento al mondo esterno si pensi ad esempio all'ampliamento delle possibilità di lavoro per il condannato, il quale può ora lavorare senza scorta non più solamente presso imprese agricole ed industriali ma anche nel settore terziario[172]. Più in generale, ben si inserisce in questo intento la scelta di ampliare le condizioni di ammissibilità delle misure alternative e di renderle applicabili in linea di principio ad ogni condannato.

Fra le innovazioni della riforma, la dottrina di quegli anni lodò l'introduzione dei *permessi-premio* di cui all'art. 9 della legge di modifica, (che introduce l'art. 30-*ter* nell'ord. pen.): "ripercorrendo un cammino che la stessa riforma del '75 aveva esitato a percorrere fino in fondo, la nuova legge tende a valorizzare la prospettiva promozionale dei cd. *permessi-premio* (di durata non superiore ogni volta a quindici giorni), concepiti come parte integrante del trattamento e concedibili, da parte del magistrato di sorveglianza, «ai condannati che hanno tenuto regolare condotta (…) per consentire di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro» (art. 9 l. 663/86). Quali che possano essere i persistenti limiti di questa nuova disciplina, è fuori discussione che essa segna un progresso in direzione di un rilancio della rieducazione"[173]. I *permessi-premio* hanno una duplice valenza, poiché essi consentono al condannato di coltivare i propri interessi[174], e nello stesso tempo forniscono alle autorità penitenziarie ed alla magistratura di sorveglianza l'occasione di verificare se vi sono le condizioni per ammettere il detenuto ad un progressivo percorso di uscita dal carcere[175].

Dall'altro lato, però, la riforma del 1986 si inserisce in un'ottica di differenziazione del trattamento carcerario[176], inserendo al fianco di queste

---

[172] Cfr. PAVARINI, M., *Riflessioni in merito alle modifiche sull'ordinamento penitenziario*, in *loc. cit.*, p. 112- 115. In questo commento "*a caldo*" sulla riforma, l'Autore esprime alcune riserve sull'effettiva richiesta, da parte della società civile, della "*particolare forza lavoro*" costituita dai detenuti.

[173] FIANDACA, G., *Il 3° comma dell'art. 27*, in *op. cit*., pp. 293-294.

[174] La legge parla genericamente di interessi affettivi, culturali o di lavoro, e l'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale successiva alla riforma amplia la gamma di questi interessi, fino a ricomprendervi, ad esempio, anche motivi di studio o la partecipazione ad una manifestazione sportiva. Cfr. LA GRECA, G., *Art. 30-ter*, in GREVI, V. – GIOSTRA, G. – DELLA CASA, F., *Ordinamento Penitenziario, cit.,* p. 369.

[175] Cfr. DE VITO, C.G., *Camosci e girachiavi*, *Storia del carcere in Italia*, *cit*., p. 112.

[176] Si designa come differenziazione il processo che trasforma il carcere da struttura monolitica a sistema composito e disarticolato. All'interno di una stessa struttura carceraria possono infatti essere custoditi detenuti che godono di diversi regimi di reclusione, così come sono creati carceri

modalità di esecuzione della pena detentiva più "leggere" anche modalità "dure", ispirate a criteri molto severi[177]. Ci si riferisce all'introduzione di una disciplina di sicurezza nelle carceri, tramite l'inserimento, all'articolo 14-*bis* dell'ordinamento penitenziario, dell'istituto della sorveglianza speciale. Tale istituto prevede che si possano limitare i diritti dei detenuti che si comportano in modo attualmente o potenzialmente lesivo della sicurezza in carcere, ma al contempo stabilisce che vi sono alcuni diritti, quali quelli collegati alla persona del detenuto, come il vitto o l'igiene, che non possono mai essergli tolti[178].

Volendo cercare una chiave di lettura complessiva della legge Gozzini, si può dire che essa ha riorganizzato l'intera normativa penitenziaria verso una più accentuata differenziazione del momento esecutivo. In questa ottica risulta molto importante il trattamento "alternativo", ma il fatto di favorirlo ha delle pesanti ricadute sulla componente retributiva della pena: "Nello sforzo di «alleggerire» la pressione segregativa nei confronti di un universo di detenuti non più avvertiti come meritevoli di una risposta meramente custodiale, si sceglie di premere l'acceleratore sulle istanze «risocializzanti» e così si finisce nei fatti per forzare il limite strettamente retributivo della pena"[179]. La perdita di terreno della componente retributiva avviene non tanto nel momento della commisurazione giudiziaria della pena, ma piuttosto nel momento in cui essa è effettivamente scontata. E proprio nel momento dell'esecuzione la pena diviene *flessibile*, poiché sia la sua durata, sia la sua modalità di espiazione dipenderanno dall'attribuzione

---

autonomi, ciascuno orientato alla risoluzione di problemi sociali diversi. Si parla, in merito, anche di sistema del "doppio binario della pena". Cfr. PAVARINI, M., *L'inferno esiste, anche se all'inferno non c'è nessuno*, in Questione giustizia, 1986, 4, 804, pp. 805-806.

[177] Cfr. PAVARINI, M., *Riflessioni in merito alle modifiche sull'ordinamento penitenziario*, in *loc. cit.*, p. 103 e p. 117, ove egli definisce il regime della sorveglianza particolare come "*il bastone*" che arriva dopo "*la carota*".

[178] Cfr. FIANDACA, G., *Il 3° comma dell'art. 27*, in *op. cit.*, pp. 292-293. Il primo comma del neointrodotto art. 14-*bis* ord. pen., rubricato Regime di sorveglianza particolare, così recita al primo comma: "*Possono essere sottoposti a regime di sorveglianza particolare per un periodo non superiore a sei mesi, prorogabile anche più volte in misura non superiore ogni volta a tre mesi, i condannati, gli internati e gli imputati: a) che con i loro comportamenti compromettono la sicurezza ovvero turbano l'ordine negli istituti; b) che con la violenza o minaccia impediscono le attività degli altri detenuti o internati; c) che nella vita penitenziaria si avvalgono dello stato di soggezione degli altri detenuti nei loro confronti*". I commi successivi dell'articolo trattano delle modalità di attuazione di questo regime di sorveglianza particolare. Sempre alla legge Gozzini si deve l'abrogazione dell'articolo 90 ord. pen. e l'introduzione dell'art. 41-*bis*, che sarà più volte rimaneggiato negli anni successivi.

[179] PAVARINI, M., *L'inferno esiste, anche se all'inferno non c'è nessuno*, in Questione giustizia, 1986, 4, 804, pp. 808-809.

al condannato dei vari benefici. Il primo passo (*o forse il secondo, più deciso, passo*) verso la mancanza di certezza a favore della rieducazione, intesa come necessità di valutare caso per caso, in fase esecutiva, quale processo alternativo sia più adatto alla riabilitazione del condannato, sembra compiuto.

5.5.2. *La legislazione antimafia.*

All'inizio degli anni Novanta[180] il legislatore si preoccupa di riservare ai condannati per gravi reati di criminalità organizzata un modello di esecuzione della pena particolarmente rigoroso, tanto da dare vita ad una sorta di "pena detentiva a doppio binario: nei confronti degli esponenti del crimine organizzato il cui collegamento con le organizzazioni di appartenenza non si è interrotto, l'ordinamento italiano mette in primo piano le esigenze di *neutralizzazione*"[181].

E' espressione del maggior rigore di questi tempi la legge 12 luglio 1991, n. 203, recante «Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata (…)» con la quale si è introdotta nell'ordinamento penitenziario una nuova norma, l'art. 4-*bis*, che esclude la possibilità di concedere i benefici penitenziari, ad eccezione della liberazione anticipata, ai condannati per alcuni delitti particolarmente gravi[182], a meno che essi non decidano di collaborare con la giustizia, ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. pen. sulla *collaborazione giudiziaria*[183].

---

[180] Si tratta di un periodo in cui la criminalità organizzata conosce momenti di grande arroganza ed espansione sul territorio, così che "*la sua azione destabilizzante, la pretesa di porsi come centro di un potere alternativo, fino alla commissione di fatti gravissimi (…) hanno avallato la necessità di nuovi interventi tesi ad emarginare i soggetti che, dal carcere, avrebbero potuto esercitare un ruolo di appoggio, direzione e collaborazione della attività criminosa*" (TIRELLI, M., *Sicurezza penitenziaria e rieducazione: obiettivi tendenzialmente incompatibili?,* in DOLCINI – PALIERO, *op. cit*., p. 1266).
Risalgono infatti all'estate del 1992 la strage di Capaci, del 23 maggio, e quella di via d'Amelio, il 19 luglio. Nella *Nota illustrativa del Ministro di grazia e giustizia* che accompagna la modifica si legge che queste dure previsioni avrebbero dovuto rappresentare il «segno certo di non cedere neppure di fronte alla più eversiva delle offensive della criminalità». CESARIS, L., *Art. 41-bis ord. pen.*, in *op. cit.*, p. 416.

[181] DOLCINI, E., *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in DOLCINI – PALIERO (*a cura di*), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II Teoria della pena – Teoria del reato, Giuffrè, Milano 2006, p. 1080. Nel sistema di doppio binario, la pericolosità del condannato non è più desunta dal comportamento penitenziario, bensì dalla gravità del fatto in ordine al quale la condanna è stata pronunciata. Su questo cfr. TIRELLI, M., *Sicurezza penitenziaria e rieducazione: obiettivi tendenzialmente incompatibili?,* in DOLCINI – PALIERO, *op. cit*., pp. 1266 ss.

[182] Nello specifico, l'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario prevede, nella sua attuale versione, che benefici come l'assegnazione del lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione non siano concesse ai detenuti che abbiano commesso tutta una serie di delitti tra cui figurano i delitti di terrorismo, anche internazionale, di eversione dell'ordine democratico, il

L'articolo più emblematico del rigore che l'ordinamento penitenziario riserva ai soggetti che sono stati condannati per i reati di cui all'elenco del 4-*bis* è sicuramente l'art. 41-*bis*, noto per prevedere il regime del cd. *carcere duro*, introdotto nel 1986 ed oggetto di numerose modifiche successive, l'ultima della quale risale alla legge n. 733 del 2 luglio 2009.

Il comma II di tale articolo, inserito nel 1992[184], accentua il sistema del *doppio binario* della pena, prevedendo che nei confronti dei detenuti per delitti legati al terrorismo ed alla criminalità organizzata, qualora vi sia ragione di ritenere che essi mantengono i contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza, possono essere sospese le normali regole di trattamento penitenziarie, ad esempio attraverso l'imposizione di limitazioni alle conversazioni con i familiari ed alla corrispondenza telefonica o al controllo della corrispondenza epistolare. La previsione mira a creare un regime di *isolamento* in modo tale da spezzare ogni legame fra il carcerato ed il mondo esterno ed indebolire l'organizzazione[185]. Attraverso l'introduzione degli articoli 4-*bis* e 41-*bis*, che, benché previsti per casi eccezionali, non tardano e divenire la regola di trattamento per alcune categorie di detenuti, è testimoniata "la rinuncia dell'ordinamento (sia pure limitatamente ad alcuni detenuti o internati) alla rieducazione che tuttavia resta uno dei fini dell'ordinamento penitenziario. Il trattamento rieducativo da obbligatorio diventava subordinato a condizione e sul

---

delitto di cui all'art. 416-bis del codice penale (associazione di tipo mafioso) e reati collegati a queste associazioni, i delitti legati alla pornografia ed alla prostituzione minorile ed alcuni altri. La versione originaria dell'art. 4-bis aveva come oggetto solo i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare le attività delle associazioni ivi indicate. Cfr. CESARIS, L., *Art. 41-bis ord. pen.*, in GREVI – GIOSTRA – DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 421.

[183] La collaborazione con la giustizia di cui all'art. 58-*ter* ord. pen. consiste nell'adoperarsi per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero nell'aiutare l'autorità giudiziaria nella ricostruzione dei fatti e nella persecuzione degli altri eventuali colpevoli. Coloro che decidono di collaborare con la giustizia vengono comunemente definiti "*pentiti*" e si potrebbe dire che costituiscono un *tertium genus* di detenuti fra quelli che hanno commesso reati di criminalità organizzata e gli altri.

[184] Il comma secondo dell'art. 41-*bis* fu inserito con il d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito in legge il 7 agosto 1992, con l. n. 356. La più recente delle modifiche aventi per oggetto tale articolo è stata la legge n. 733 del 2 luglio 2009.

[185] Per la disamina di tutte le vicissitudini che hanno interessato l'art. 41-*bis* si rimanda al commento di CESARIS, L., *Art. 41-bis ord. pen.*, in *op. cit.*, pp. 411 ss.

trattamento penitenziario potevano essere disposte delle modificazioni all'interno delle quali la tutela dei diritti fondamentali assumeva contorni incerti"[186].

La recente legge recante disposizioni in materia di sicurezza pubblica, approvata il 2 luglio 2009, inasprisce ulteriormente il regime riservato ai condannati dall'art. 41-*bis*: fra le introduzioni più significative, si segnala la riduzione del numero dei colloqui mensili da due ad uno, l'obbligatoria (e non più discrezionale) registrazione o videoregistrazione di tali colloqui, e la concessione delle telefonate solo a coloro che non effettuano colloqui.

Questi interventi emergenziali svuotano il contenuto della legge 663/86, tanto che lo stesso Gozzini commentò che la sua legge risultava "praticamente abolita dal decretone del governo" ed espresse anche sincere preoccupazioni sui rischi collegati al nuovo regime differenziato in termini di violenza all'interno delle carceri, sottolineando che "gli eccessi nella custodia non servono a combattere la mafia"[187].

5.5.2. *La legge n. 165/98 (cd. riforma Simeone).*

La legge del 27 maggio 1998, n. 165, alla cronaca legge Simeone, dal nome dell'originario proponente, muta la morfologia delle misure alternative e prevede significative modifiche dell'articolo 656 c.p.p. sulla sospensione dell'esecuzione delle pene detentive.

Il legislatore è mosso sostanzialmente dall'intento di deflazionare il numero dei detenuti in carcere, soprattutto se condannati a pene di breve durata, e di rendere accessibili a tutti i detenuti, anche quelli appartenenti a classi sociali più disagiate, le misure alternative alla detenzione.

Nella *Relazione della II Commissione permanente (Giustizia)*[188], il relatore on. SARACENI osserva infatti come, "il sovraffollamento negli istituti

---

[186] TIRELLI, M., *Sicurezza penitenziaria e rieducazione: obiettivi tendenzialmente incompatibili?,* in DOLCINI – PALIERO, *op. cit.*, p. 1271. L'autrice continua nell'esame della legislazione di emergenza trattando della legge 279/20002, che in un certo senso stabilizza il regime previsto dagli articoli 4-bis e 41-bis comma II, limitando il campo di applicazione dei delitti ostativi ai benefici penitenziari ed adeguandosi ad alcune pronunce della Corte Costituzionale.

[187] GOZZINI, M., *E nelle carceri sparì la legalità*, in l'Unità, 22 ottobre 1992, p. 2, nell'archivio online del giornale al sito http://archivio.unita.it, consultato il 6 luglio 2009.

[188] *Relazione n. 464-C, presentata alla Presidenza il 23 aprile 1998* (Relatore: SARACENI) sulla *Proposta di Legge n. 464-B, approvata dalla Camera dei Deputati il 1° ottobre 1996,* su

penitenziari condizioni gravemente l'intero sistema penitenziario italiano, talvolta addirittura vanificando le finalità che il legislatore e, ancora prima, il costituente hanno inteso attribuire alla pena detentiva". Egli fa inoltre riferimento all'esigenza di ridurre il numero dei detenuti in carcere, sottolineando che proprio in quest'ottica "si pone dunque la proposta di legge in esame, (…) che è diretta ad evitare che i condannati con pena definitiva di breve durata possano contribuire ad aumentare il numero dei detenuti, senza che sia assicurata la funzione rieducativa della pena"[189].

Insieme alla volontà di ridimensionare la popolazione carceraria, la legge persegue anche l'intento di eliminare le sperequazioni che l'originaria disciplina processuale comportava a carico dei soggetti più deboli. Nel regime previgente, infatti, capitava spesso che tali soggetti non riuscissero ad ottenere la sospensione dell'esecuzione e ad accedere direttamente alle misure alternative, ossia senza trascorrere nessun giorno in carcere, a causa della mancanza di prontezza dei "pigri" difensori d'ufficio, i quali non la richiedevano entro i rigidi termini richiesti. Anche questo obiettivo è indicato nella Relazione al disegno di legge: "La più significativa delle innovazioni (…) interviene peraltro su una disposizione del codice di procedura penale (l'articolo 656) e riguarda le modalità di accesso alle misure alternative alla detenzione. (…) già il vigente articolo 47, comma 4, dell'ordinamento penitenziario, persegue lo stesso scopo della proposta, di consentire l'applicazione delle predette misure senza che sia necessario il passaggio dal carcere. La predetta norma tuttavia subordina tale effetto alla presentazione dell'istanza da parte dell'interessato 'prima della emissione o dell'esecuzione dell'ordine di carcerazione', con la conseguenza che dell'effetto sospensivo riescono a beneficiare soltanto coloro che sono in grado di presentare l'istanza tempestivamente, (…). Evidente è, in questo quadro, la disparità di trattamento tra coloro che sono in grado di seguire, con adeguata assistenza legale, la loro vicenda giudiziaria e coloro che - per ragioni legate soprattutto alle loro condizioni economiche, sociali e culturali - non sono in grado di farlo. L'iniquo risultato pratico - puntualmente confermato dall'esperienza - è che talune categorie

---

http://fr.camera.it/_dati/leg13/lavori/stampati/sk0500/relazion/04640c.htm, consultato il 5 luglio 2009.

[189] SARACENI, L., *Relazione n. 464-C, loc. cit.*

di soggetti (…) non riescono a fruire delle misure alternative alla detenzione per la sola e ingiustificata ragione della loro appartenenza a categorie sociali estremamente deboli"[190].

La legge Simeone risolve dunque il problema prevedendo che se la pena da scontare non è superiore a tre anni, il pubblico ministero ne sospende l'esecuzione. Il decreto di sospensione deve essere notificato al condannato, il quale ha trenta giorni di tempo per presentare con maggiore consapevolezza la richiesta di ottenere la concessione di una delle misure alternative alla detenzione[191].

Quanto alle misure alternative, la legge 165/98 ne accresce ulteriormente le potenzialità applicative, allargandone le condizioni di accessibilità. In particolare si deve a questa legge l'introduzione della cd. *detenzione domiciliare generica*, che prevede che ogni detenuto, negli ultimi due anni di carcerazione, possa chiedere di essere ammesso alla detenzione domiciliare indipendentemente dall'esistenza dei presupposti tipici della misura. Tale previsione risponde "ad una scelta di politica penitenziaria che ritiene insussistente la pericolosità dei soggetti condannati ad una pena residua non superiore ai due anni di reclusione e non è sorda al costo economico che comporta l'esecuzione in carcere di tali condanne"[192].

All'indomani della riforma, le critiche più frequenti riguardavano in primo luogo l'inadeguatezza dei mezzi forniti all'amministrazione penitenziaria ed ai vari organi (Sert, assistenti sociali, Comunità, Centri di servizio sociale) a fronteggiare la nuova ondata di condannati in misure alternative da seguire[193].

In secondo luogo, lo stesso dichiarato obiettivo deflattivo della legge fu oggetto di disappunto: "In particolare, *l'affidamento in prova al servizio sociale* ha perso la sua funzione di moderno strumento di lotta alle pene detentive brevi e di

---

[190] SARACENI, L., *Relazione n. 464-C, loc. cit.*

[191] Questo, in estrema sintesi, il contenuto del comma V dell'articolo 656 c.p.p., il quale riguarda anche la sospensione della pena detentiva per le persone condannate ad una pena non superiore a quattro anni per reati commessi in relazione al proprio stato di tossicodipendenti. Per l'approfondito esame della riforma in merito a questa categoria di detenuti si rimanda a MACCORA, V., *Ordinamento penitenziario e legge Simeone: buone intenzioni e strumenti discutibili*, in Questione Giustizia, 1998, 2, 291.

[192] MACCORA, V., *Ordinamento penitenziario e legge Simeone: buone intenzioni e strumenti discutibili*, in Questione Giustizia, 1998, 2, 291, 297.

[193] Cfr. MACCORA, V., *op. cit.* pp. 298 ss.

umanissimo aiuto agli emarginati sociali, per trasformarsi in incontrollata forma di "grazia giudiziale" per reati anche molto gravi, al solo scopo di tamponare, in qualche modo, il *sovraffollamento delle carceri italiane*"[194].

Infine, ci fu anche chi non mancò di ravvisare nella legge alcune carenze, dovute al fatto che i propositori omisero di considerare nella redazione del progetto alcune sentenze della Corte costituzionale che imponevano un intervento legislativo correttivo di adeguamento[195].

6. Le evoluzioni più recenti della legislazione, in particolare in ambito penitenziario.

6.1 Il momento attuale.

In questi ultimi dieci anni, il legislatore non ha mancato di apportare svariate modifiche all'ordinamento penitenziario, intervenendo con leggi che, in modo non molto organico[196], hanno modificato singoli istituti in esso contenuti. Volendosi limitare ad una mera elencazione, si ricordano, in ordine cronologico, la legge 40/2001, che ha introdotto una nuova figura di detenzione domiciliare per le condannate-madri, la l. 277/2002, che semplifica la procedura per la concessione della liberazione anticipata e la l. 279/2002, che rivede l'art. 41-*bis*[197]. Riguardano infine il trattamento penitenziario anche la l. 95/2004 che si preoccupa di assicurare al detenuto nuove e più puntuali garanzie in tema di limitazioni e controlli della corrispondenza, la l. 154/2005 che tratta della carriera

---

[194] MARINUCCI, G., *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in Riv. it. dir. e proc. pen. 2000, 1, 160, p. 168.

[195] Ci si riferisce qui a sentenze in materia di misure alternative e permessi premio che verranno prese in considerazione nei paragrafi dedicati esclusivamente a questi istituti. Per questo ordine di critiche alla legge cfr. CATELANI, G., *Le novità della legge Simeone in tema di condanna a pena detentiva e misure alternative*, in Dir. Pen. e Processo, 1998, 7, 809.

[196] Cfr. GREVI – GIOSTRA – DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario, cit.*: nella Premessa alla terza edizione dell'opera, i tre Autori esprimono le loro rafforzate "perplessità (…) circa l'assenza, nelle più recenti innovazioni, di un disegno coerente e di una visione non limitata al breve periodo" (p. IX).

[197] Questa legge riformula il dettato del 41-*bis* per metterlo in linea con le indicazioni più aderenti al dettato costituzionale manifestate dalla Corte Costituzionale (Sent. 349/93, 410/93, 351/96 e 376/97) e per incorporarlo definitivamente nell'Ordinamento Penitenziario. A questo proposito cfr. nuovamente CESARIS L., *Art. 41-bis ord. pen.*, in *op. cit.*, pp. 411 ss.

dirigenziale penitenziaria ed infine la l. 251/2005[198], che sarà qui esaminata solo nella parte relativa alla recidiva ma che è emblema, essa stessa, delle anime opposte che caratterizzano il legislatore: "ad una *ratio* garantista, volta alla tendenziale riduzione dei termini prescrizionali, si accompagna, infatti, un generale inasprimento del sistema penale, con particolare riferimento ai recidivi, ai quali vengono applicati maggiori aumenti di pena e ulteriori limitazioni all'accesso a varie misure penitenziarie"[199].

6.1.1. *La legge 251/2005 (legge ex-Cirielli).*

Quest'ultima legge, inserendosi perfettamente nel movimento pendolare fra il permissivo ed il restrittivo di cui si diceva poc'anzi, "rappresenta il ritorno ad un atteggiamento di chiusura da parte del legislatore (…). A parte la disposizione di cui all'art. 7, comma 2, della legge n. 251/05, che prevede la possibilità di espiare la pena in detenzione domiciliare senza limiti di tutela per gli ultrasettantenni (…), tutte le altre norme comportano una cospicua restrizione delle maglie esecutive. E tale restrizione è organizzata lungo tre direttrici principali, collegate prevalentemente alla situazione di recidivo reiterato: a) previsione di limiti più severi per l'accesso alle misure alternative alla detenzione (…), b) esclusione dei recidivi dal meccanismo di sospensione dell'ordine di esecuzione (art. 656, comma 9, cpp) c) limitazione dei benefici ottenibili (…)"[200].

La legge colpisce dunque principalmente il delinquente recidivo[201], ossia colui che, ai sensi dell'art. 99 c.p., *dopo essere stato condannato per un reato, ne commette un altro*, ed è dichiarato recidivo dal giudice[202].

---

[198] Per la panoramica degli interventi legislativi dell'ultimo decennio cfr. la Premessa alla terza edizione de GREVI – GIOSTRA – DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario, cit.,* pp. IX-X.

[199] BRUNETTI, C., *Le principali novità introdotte dalla legge 251/05 (cd. ex-Cirielli) in materia di esecuzione penale e di diritto penitenziario - Questioni interpretative*, in Rassegna penitenziaria e criminologica, 2006, 3, 47, p. 48.

[200] BRUNETTI, C., *op. cit.,* p. 54. Si ricorda tuttavia che la legge 251/2005 restringe in realtà il campo di applicazione della recidiva, limitandolo ai soli delitti non colposi.

[201] Sul contenuto della legge 251/2005 in materia di prescrizione, e sulla relativa sentenza della Corte Costituzionale n. 393 del 23 ottobre 2006 si rimanda a BRUNETTI, C., *op. cit.,* pp. 68 ss.

[202] Sul dibattuto concetto giuridico di recidiva cfr. BRESCI, V., L., *I riflessi delle novità introdotte dalla ex Cirielli in materia di esecuzione penale*, Cap. I, 2, d) in http://www.altrodiritto.unifi.it/misure/bresci/index.htm, documento del portale web "L'altro Diritto", centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità, consultato il 7 luglio 2009. Inoltre, sulla necessità che la recidiva, per poter operare, sia dichiarata espressamente dal giudice di merito, questo Autore scrive, nello stesso Cap. I dell'articolo: "*Si deve ritenere, dunque, la*

La recidiva consiste dunque nella reiterazione del comportamento criminoso, e questa legge di riforma "parte dal presupposto che il recidivo, in quanto tale, merita un trattamento più severo"[203]. In particolare, diviene più gravoso l'accesso alle misure *premiali* ed *alternative per i recidivi* (soprattutto per *i recidivi reiterati*[204]): è infatti aumentato il periodo di pena che è necessario aver scontato per poter accedere ai permessi premio (*art. 7 co. I l. 251/05*) ed alla semilibertà (*art. 7 co. V l. 251/05*). Inoltre, la legge esclude la possibilità, per i recidivi, di accedere alla detenzione domiciliare cd. *generica*, mentre consente quella cd. *speciale*[205] (art. 7 co. I.1 *l. 251/05*).

Appare chiaro come questo intervento finisca per aggravare il perenne problema del sovraffollamento delle carceri italiane, che il legislatore aveva appena cercato di risolvere con la legge n. 207, entrata in vigore il primo agosto 2003 (cd. *indultino*[206]).

Inoltre, la legge si pone in netto contrasto con la *ratio* sottesa all'ordinamento penitenziario, che è quella di creare un sistema in cui la pena sia *flessibile*, data la possibilità di intraprendere la serie di percorsi alternativi al carcere, il quale dev'essere un momento di opportunità per una eventuale risocializzazione del condannato[207]. L'aver collegato così strettamente l'esclusione dei benefici alla recidiva reiterata ha creato un sistema di "presunzioni *iuris et de jure* di pericolosità che escludono, in sede esecutiva, un qualsiasi vaglio concreto della situazione del condannato e della sua pericolosità

---

necessità di una formale contestazione della recidiva per l'applicazione dei vari effetti che l'ordinamento ad essa riconduce. La recidiva deve ritenersi formalmente contestata allorquando nella sentenza sia stato richiamato l'art. 99 c.p. ovvero sia stata espressamente menzionata la parola recidiva".

[203] BRUNETTI, C., *op. cit.*, p. 51.

[204] Si parla di recidiva *reiterata* nel caso in cui un determinato soggetto, già dichiarato recidivo, commetta un altro delitto non colposo. L'art. 99 c.p. prevede al comma IV un aumento di pena per la recidiva reiterata che può essere della metà o, nei casi aggravati di cui al 99 II c.p., di due terzi.

[205] Secondo l'interpretazione di BRUNETTI, C., *op. cit.*, pp. 60-63, i commi I ed I.1 della legge ex-Cirielli limitano infatti la detenzione domiciliare speciale, mentre consentono "*la detenzione domiciliare istituita a favore dei condannati in particolari situazioni personali, tali da consentire di scontare in modalità non carceraria una pena residua fino a tre anni se recidivo reiterato*" (*op. cit.*, p. 63).

[206] La legge 1 agosto 2003 n. 207 prevede la *Sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva nel limite massimo di due anni.* Tale sospensione era subordinata a condizioni particolarmente restrittive , così che ne poté beneficiare un numero assai ristretto di reclusi. Su questo cfr. SANTORO, E., *Dall'indulto all'insulto*, in http://www.altrodiritto.unifi.it/index.htm?document/indulto.htm, consultato il 7 luglio 2009.

[207] Cfr. BRESCI, V., L., *I riflessi delle novità introdotte dalla ex Cirielli in materia di esecuzione penale*, in *loc. cit.*, cap. III, punti 3) e 4).

sociale. Parte della dottrina non ha esitato a denunciare l'incompatibilità del sistema con i parametri di legittimità fissati dagli artt. 3 e 27, terzo comma, della Costituzione"[208]. Tali presunzioni di pericolosità opererebbero sempre, anche nel caso in cui i reati non colposi per cui è stata dichiarata la recidiva siano molto diversi tra loro per genere e per il momento in cui sono stati commessi. Appare chiaro come la riforma abbandoni, nei confronti dei recidivi, qualsiasi tentativo di recupero, disattendendo così il dettato costituzionale. Particolarmente problematico sotto il profilo della compatibilità con il fine rieducativo risulta infine il nuovo comma V dell'articolo 99 c.p., che prevede che se il condannato ha commesso uno dei delitti di cui all'art. 407, co. II lett a) del c.p.p. (delitti collegati alla criminalità organizzata, ai reati di pedofilia, pornografia e tratta di persone, delitti di stampo terroristico) l'aumento di pena per la recidiva è obbligatorio, così che il giudice nel suo giudizio dovrà totalmente trascendere dalla valutazione sulla persona del condannato[209].

All'indomani dell'entrata in vigore della legge, si leva l'eco di coloro che temono un ulteriore collasso del sistema carcerario e richiedono il ritorno al carcere come *l'extrema ratio* delle soluzioni penali possibili[210].

6.2 Prospettive *de iure condendo*.

Dalla sintetica analisi delle modificazioni legislative che si sono succedute dagli anni '30 in poi emerge che il quadro attuale del sistema sanzionatorio è stratificato, frutto di modifiche mosse da intenti antitetici, secondo un

---

[208] BRUNETTI, C., *op. cit*., p. 73, che si riferisce ai contributi dottrinali di PADOVANI, T., *Una novella piena di contraddizioni*, in Guida dir., 1 (dossier), 32 ss., CARDILE, E., *L'ex Cirielli e la pena: rischi di abnormità*, in Diritto e Giustizia, 2006, 5, 55.

[209] Cfr. BRUNETTI, C., *op. cit*., p. 51-53.

[210] Cfr. BRESCI, V., L., *op. cit*., cap. III, punti 3 e 4, BRUNETTI, C., *op. cit*., p. 74, e GUAZZALOCA, B., *Le più recenti riforme della disciplina penitenziaria*, in PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Saggi sul governo della penalità*, Martina, Bologna 2007, pp. 123 ss. Si ricorda che nell'agosto 2006 il legislatore reagì al problema del sovraffollamento delle carceri e alle forti proteste dei detenuti, che vivevano spesso in condizioni molto critiche a causa della mancanza di spazi e di mezzi degli Istituti Penitenziari, con l'indulto: la legge 31 luglio 2006, n. 241 "*Concessione di indulto*" pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 176 del 31 luglio 2006 prevede uno sconto di pena di tre anni per i reati commessi prima del 2 maggio di quell'anno. Dal provvedimento vennero esclusi gli autori di reati di terrorismo, strage, associazione a delinquere, pedo-pornografia, ma anche molti reati comuni; fu incluso invece il falso in bilancio. DE VITO, C. G., in *op. cit.*, pp. 156 ss., considera questa legge il segnale di una profonda ambiguità politica, e ne narra lo svolgimento storico. Egli stima che beneficiarono dell'indulto circa 24.500 detenuti, cui si aggiungevano 7000 persone in custodia cautelare e circa 17500 in misura alternativa.

orientamento oscillante a più voci definito *pendolare*. Fra l'altro, non sono mai state risolte le problematiche conseguenti al mancato coordinamento della riforma penitenziaria con il codice penale ed il sistema processuale[211]. Proprio a causa dello stretto legame fra i la disciplina sostanziale, quella processuale e quella dell'esecuzione della pena le modifiche del sistema sanzionatorio sono oggetto sia delle proposte di riforma del Codice penale, sia di disegni di legge più mirati che si ripropongono invece di modificare unicamente l'Ordinamento penitenziario. Nonostante le differenti soluzioni di volta in volta proposte, tutti i progetti di riforma sono mossi dall'intento trasversale di ridare sistematicità, razionalità ed effettività all'impianto sanzionatorio[212]. Le affinità di fondo sono riassumibili "nella necessità di procedere ad un ampliamento e ad una differenziazione delle tipologie sanzionatorie, con l'affiancamento alla pena detentiva di altre pene, limitative ma non privative della libertà personale, allo scopo precipuo di ridurre sensibilmente il ricorso alla pena detentiva"[213].

Si esamineranno ora per primi i più recenti progetti di riforma del codice penale, limitatamente alle proposte che incidono sul sistema delle pene, ed in

---

[211] Un esempio di questa incoerenza è dato dalla situazione creata in seguito all'introduzione, nel nostro sistema processuale, dei riti cosiddetti "*premiali*" (*rito abbreviato*, *applicazione della pena su richiesta delle parti* (art. 444 c.p.p.), *decreto penale di condanna*. Su questo cfr. LOZZI, G., *Lezioni di procedura penale*, VII Ed., Giappichelli, Torino 2008, pp. 443 ss.): grazie alla possibilità di optare per tali riti, il condannato per un reato molto grave che scelga un rito processuale alternativo a quello ordinario può ottenere sconti di pena tali da permettergli l'accesso alle misure alternative o alle sanzioni sostitutive, che sarebbero state in realtà concepite per reati di minore entità. Cfr. DERIU, A. – MORGANTE, L., *Le misure alternative e il trattamento rieducativo nelle nuove proposte di riforma dell'Ordinamento penitenziario*, in Rass. pen. e crimin., 2008, 1, 119, p. 137. Sul problema si tornerà.

[212] Cfr. la *Relazione al "progetto preliminare di riforma del codice penale – parte generale*" elaborato dalla Commissione GROSSO in Riv. it. dir. e proc. pen., 2001, 574 o *l'Introduzione alla Relazione al "progetto di codice penale"* della Commissione NORDIO, in Cassazione penale, 2005, 1, 250.

[213] NIRO, M., *Le misure alternative tra deflazione carceraria e revisione del sistema sanzionatorio penale*, in Rass. pen. e crimin., 2008, 1, 105, p. 116. In effetti, però, sul sistema sanzionatorio si può incidere anche modificando istituti di parte generale (si pensi alla tematica delle circostanze, o a quella della commisurazione della pena entro i limiti edittali, che pure hanno delle conseguenze sulla determinazione finale della pena), ovvero istituti processuali come i riti alternativi (cfr. *penultima nota*). Inoltre, anche gli interventi normativi di parte speciale sono strettamente legati alle dinamiche che regolano nei fatti l'ordinamento penitenziario: "*l'utilità di una disamina di questa (...) proposta di riforma dell'ordinamento penitenziario risiede anche (...) nello stretto raccordo esistente tra questo tipo di intervento ed altri interventi normativi nell'ambito penale di cui si auspica la contemporanea attuazione: si pensi, ad esempio, alla disciplina relativa agli stupefacenti e a quella in materia di immigrazione, tanto per indicare due comparti che oggi incidono significativamente sulla c.d. area della penalità, e, quindi, sull'area del carcere.*" (*Ibidem*, p. 106).

seguito saranno trattati i punti salienti delle proposte di modifica dell'ordinamento penitenziario.

6.2.1. *Gli ultimi progetti di riforma del codice penale:*
1. il lavoro della "Commissione Pagliaro"

Volendosi limitare solo ai progetti presentati dagli anni '90 in poi, si ricorderà fra i primi il lavoro della Commissione presieduta dal prof. PAGLIARO[214], che nel 1992 elabora uno schema di legge delega per un nuovo codice penale, relativo sia alla parte generale sia alla parte speciale.

Nello sforzo di dare attuazione al principio rieducativo, la legge delega attribuisce grande importanza alle sanzioni sostitutive, mentre la sospensione condizionale della pena è organizzata secondo una "modulazione gradualistica" delle sue forme che l'avrebbe resa più rispondente alle esigenze riabilitative del condannato. Riguardo alla pena pecuniaria, si prevede la tecnica dei tassi giornalieri, la quale avrebbe consentito di adeguare la misura della sanzione alle condizioni economiche del reo.

Allo scopo di limitare il ricorso alla pena detentiva, la pena dell'arresto è sostituita dalla semidetenzione *(art. 37 I co.)*, ed inoltre si interviene sul rapporto fra pene principali e pene accessorie, prevedendo che il giudice possa escludere l'applicazione della pena principale, quando la pena accessoria risulti da sola adeguata alla gravità del reato e in grado di impedire la commissione di reati da parte del condannato *(art. 37 IV co.)*[215].

Nel catalogo delle pene è ancora presente l'ergastolo. Ciò è dovuto, secondo la spiegazione dello stesso Pagliaro, al fatto che per i delitti più atroci i cittadini ritengono che questa, ancora oggi, sia la pena più adeguata, la più giusta, la cui previsione consente di raggiungere i maggiori risultati sotto il profilo della

---

[214] La Commissione, presieduta da ANTONIO PAGLIARO, fu nominata dal Ministro della Giustizia, GIULIANO VASSALLI nel febbraio del 1988, con il compito di preparare uno schema di legge-delega per un nuovo codice penale. Il progetto fu reso pubblico nel 1993. Cfr. NEPPI MODONA, G., *Il sistema sanzionatorio: considerazioni in margine ad un recente schema di riforma*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, II, 315.

[215] Cfr. MUSIO, S., *La vicenda del Codice Rocco nell'Italia repubblicana*, su http://www.altrodiritto.unifi.it/law-ways/musio/index.htm, consultato il 14 luglio 2009, cap. IV, punto 4.

prevenzione generale e speciale[216]. La pubblicazione di questo progetto ha suscitato un'ampia discussione ma non ha avuto sbocchi politici.

2. pene più miti ma più effettive: il "Progetto Grosso"

Risalgono invece al 1998 i lavori di riforma della Commissione presieduta dal Professor Carlo Federico GROSSO[217], che elabora un progetto nel quale, "muovendo dalla convinzione della urgenza di modificare il sistema punitivo vigente, giudicato deficitario sotto ogni aspetto: ineffettivo e, là dove efficace, vessatorio"[218], propone di eliminare l'ergastolo (sostituito con la "reclusione speciale" da 25 a 30 anni)e di ridurre a 18 anni il limite massimo della reclusione, mentre diminuisce in generale i tipi di pena per tutti i reati. Nel Progetto Grosso, la detenzione domiciliare diviene pena principale, si introduce il lavoro di pubblica utilità come pena sostitutiva delle pene detentive brevi e delle pene pecuniarie; la pena pecuniaria è strutturata secondo il sistema delle quote giornaliere ed infine sono previste numerose sanzioni interdittive, sia fra le pene principali sia fra le pene accessorie[219].

Il Progetto Grosso si caratterizza dunque per l'introduzione di pene più miti, che dovrebbero però essere più effettive, e per porre l'accento sulla funzione rieducativa: " la pena viene determinata dal giudice, entro il limite della proporzione con la colpevolezza per il fatto commesso, avendo riguardo alle finalità di prevenzione speciale, in particolare sotto l'aspetto della reintegrazione del condannato nella società" *(art. 71, comma 2, del Progetto di Riforma).*

3. il "Progetto Nordio"

Un breve accenno merita anche il progetto di riforma del codice penale elaborato dalla Commissione NORDIO[220], che ha concluso i lavori nel 2004.

---

[216] Cfr. A. PAGLIARO, *Schema di legge delega per un nuovo codice penale*, A. PAGLIARO, *Lo schema di legge delega per un nuovo codice penale; metodo di lavoro e principi ispiratori*, in L'indice penale, 1994, 244, p. 273.

[217] Si tratta della Commissione Ministeriale per la riforma del codice penale istituita dal Ministro Flick con D.M. 1 ottobre 1998. Cfr. *Relazione al "Progetto preliminare di riforma del codice penale" – Parte generale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2001, 574.

[218] *Relazione al "Progetto preliminare di riforma del codice penale"*, *loc. cit*., p. 578.

[219] Cfr. *ibidem*, pp. 615 ss.

[220] La Commissione è stata istituita con D.M. del 23 novembre 2001. Cfr. *Il progetto della Commissione Nordio* in Cass. pen. 2005, I, 244.

In materia di pena, il progetto Nordio si caratterizza per una scelta di fondo che non trascura la funzione retributiva: "Il sistema è stato rimodellato secondo la struttura logica e teleologica della sanzione penale quale emerge dal lessico normativo: una logica di proporzione, perché malgrado ogni tentativo di forzatura ermeneutica, il concetto di pena contiene etimologicamente e ontologicamente quello di espiazione; e una teleologia di rieducazione, espressamente indicata dal canone costituzionale"[221].

La certezza della pena è perseguita, in questo progetto, attraverso "una semplificazione dei criteri di previsione sanzionatoria, fondata sulla sostanziale eliminazione della pena pecuniaria, e sulla reclusione come unità di misura della pena, ampiamente temperata da un ampio spettro di opzioni di conversione"[222]. Nel progetto, la pena detentiva può dunque essere sostituita con altri tipi di pene comunque restrittive della libertà personale, fra cui le pene definite "prescrittive", categoria eterogenea che ricomprende vari tipi di sanzioni dal contenuto molto specifico come l'allontanamento dalla famiglia, il divieto di accesso o di permanenza in determinati luoghi o il divieto di avvicinare determinate persone (e molti altri divieti: cfr. *artt. 66-71 del Progetto*).

Rispetto al Progetto Grosso, quest'ultima proposta di codice pone meno l'accento sulle esigenze rieducative e di reinserimento sociale del condannato, occupandosi piuttosto di soddisfare esigenze di controllo e di prevenzione dei reati[223].

4. la nuova ripartizione delle pene nel d.d.l. "Pisapia"

Il 27 luglio 2006 è stata infine istituita una Commissione Ministeriale presieduta dall'On. PISAPIA, il quale ha a sua volta elaborato uno schema di disegno di legge[224] che, superando la distinzione tra pene principali e pene

---

[221] *Ibidem*, p. 140.
[222] *Introduzione* della Relazione al "progetto di codice penale", Cassazione penale, 2005, 1, 250.
[223] Cfr. NIRO, M., *Le misure alternative tra deflazione carceraria e revisione del sistema sanzionatorio penale*, in Rass. pen. e crimin., 2008, 1, 105, p. 116.
[224] Nella Relazione che accompagna il disegno di legge di riforma del codice penale, presentata al Ministro della Giustizia il 19 novembre 2007, si legge che fra i redattori del progetto "*si è ritenuto unanimemente di tenere in gran conto il prezioso lavoro delle precedenti Commissioni ministeriali (autorevolmente presiedute dal prof. Pagliaro, dal prof. Grosso e dal dr. Nordio) e quello del Comitato istituito dalla Commissione Giustizia del Senato che, nel 1995, aveva approvato un progetto di riforma della parte generale del codice penale (progetto Ritz). La Commisione ha*

accessorie, propone una nuova articolazione delle pene, che si dividono in: *pecuniarie, prescrittive, interdittive e detentive (art. 26 Progetto).* Tra le pene *prescrittive* rilevano alcune specifiche prescrizioni comportamentali e la libertà sorvegliata, mentre le pene *detentive* sono distinte tra detenzione domiciliare, detenzione ordinaria e detenzione di massima durata, corrispondente a 32 anni[225]. Anche questo Progetto abolisce l'ergastolo, motivando questa scelta con ragioni di carattere etico-politico: "L'ergastolo, infatti, non è assimilabile alla reclusione, ma è una pena qualitativamente diversa, assai più simile alla pena di morte. Al pari di questa, è una pena capitale, nel senso della *capitis deminutio* del diritto romano, in quanto è una privazione della vita futura, e non solo della libertà e in quanto è una pena eliminativa che, con l'interdizione legale, esclude per sempre una persona dal consorzio umano. Equivale (...) alla 'morte civile'"[226]. Inoltre nella Relazione al Progetto è ripreso l'argomento, caro agli oppositori dell'ergastolo, secondo il quale la pena detentiva perpetua sarebbe logicamente incompatibile con l'ideale rieducativo, mentre sottesa agli altri tipi di pena di cui si propone l'introduzione sarebbe la volontà di favorire il reinserimento sociale del condannato[227].

Anche il Progetto della Commissione Pisapia è rimasto tale, poiché la XV legislatura è volta al termine prima che esso fosse trasformato in disegno di legge dalla Commissione Giustizia del Senato.

---

altresì approfondito con particolare attenzione i commenti che, su tali progetti, sono apparsi in numerosi articoli pubblicati sulle principali riviste giuridiche". (*Relazione al d.d.l. "riforma del codice penale"* elaborato dalla Commissione presieduta dall'on. GIULIANO PISAPIA, in *http://www.giustizia.it/commissioni_studio/commissioni/xvleg/comm_pisapia.htm*, consultato l'11 luglio 2009).

[225] Cfr. DERIU, A. – MORGANTE, L., *Le misure alternative e il trattamento rieducativo nelle nuove proposte di riforma dell'Ordinamento penitenziario*, in *loc. cit.*, p. 140.

[226] *Relazione al d.d.l. "riforma del codice penale"* elaborato dalla Commissione presieduta dall'on. GIULIANO PISAPIA, in *loc. cit.*, punto XXIII. Le pene.

[227] Cfr. *ibidem*, punto XXIII. Le pene. Sempre in questo paragrafo, gli Autori della Relazione sottolineano inoltre come le pene interdittive, là dove applicate, si rivelino molto efficaci ad eliminare i presupposti di determinate condotte criminose, mentre l'importanza delle pene prescrittive viene in rilievo non solo nel momento in cui evita la pena detentiva in carcere, emblema di desocializzazione, ma anche ove cerca di favorire condotte riparative o conciliative.

6.2.2. *Le proposte di modifica dell'ordinamento penitenziario:*

1. la proposta di legge n. 6164 del 3 novembre 2005

La proposta di legge n. 6164, dal titolo *Nuovo ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle pene e delle altre misure privative o limitative della libertà* è stata presentata alla Camera il 3 novembre 2005. Essa è il frutto del lavoro di un gruppo di esperti coordinati dall'ex magistrato di sorveglianza Alessandro MARGARA[228], e prospetta un riassetto della normativa che avrebbe un grande impatto sull'impianto generale dell'Ordinamento penitenziario, allo scopo di "riportare al centro della elaborazione le indicazioni costituzionali sulla legalità e la finalizzazione della pena, quali ci sono consegnate dal terzo comma dell'art. 27. Su tali basi, il titolo I° riconosce una serie di diritti dei detenuti e degli internati che definiscono gli istituti penitenziari come la sede del recupero di risorse e relazioni (...). Il titolo II° è destinato a un rilancio dell'efficacia delle *misure alternative* alla detenzione, individuate come una *modalità ordinaria per la finalizzazione riabilitativa della esecuzione penale*. [...] Il titolo III°, (...), è rivolto ad una riorganizzazione della istituzione penitenziaria, (...) nonché del personale"[229]. Seguono un titolo IV dedicato specificamente alla realizzazione di percorsi individualizzati di reinserimento sociale ed un titolo V che si occupa del problema delle risorse, umane ed economiche, da riservare al sistema di esecuzione della pena.

La proposta è mossa dall'intento di facilitare un ricorso più esteso alle misure alternative alla detenzione, ritenute essenziali nello svolgersi del percorso penitenziario-riabilitativo dei condannati. Si legge sempre nella Relazione di MARGARA: "Su questo punto [*l'essenzialità delle misure alternative, nda*] è stato inserito un articolo preliminare, che è divenuto il n. 57 della proposta, formato dalla citazione di parti delle sentenze della Corte Costituzionale in materia, dalle quali si ricava che il passaggio alla misura alternativa non è uno sviluppo eccezionale, ma deve essere considerato la conclusione ordinaria della

---

[228] ALESSANDRO MARGARA partecipò anche alla redazione della legge Gozzini, (v. *supra, sub e)).* Tale proposta è spesso denominata anche "*Proposta Margara*", o "*Proposta Boato*", dal nome del Parlamentare che l'ha depositata in Parlamento.

[229] MARGARA, A, *Relazione alla proposta di modifica della L. 26/7/1975, n. 354 sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle pene e delle altre misure privative o limitative della libertà*, aprile 2005, alla pagina web http://www.dignitas.it/margara%20relazione.pdf (consultata l'11 luglio 2009), p. 7. Il corsivo è di chi scrive.

esecuzione penale. Il che, si sottolinea, vale anche, secondo la stessa logica, nei numerosi casi in cui la esecuzione in carcere è stata solo parziale o non vi è stata, in quanto si attribuisce al percorso comunque compiuto in libertà, dopo il reato e prima della esecuzione, la stessa efficacia di valutazione"[230]. L'importanza delle misure alternative è dunque desunta anche dalla giurisprudenza costituzionale in materia, ben riportata ai passi seguenti della Relazione[231], e si rispecchia nella previsione dell'art. 57 dell'articolato. Appare di grande rilievo il ruolo che il comma VI di tale articolo riserva alla magistratura di sorveglianza, che nel prendere le decisioni inerenti alle misure alternative dovrebbe attuare quella che è definita una gestione *dinamica* dell'esecuzione della pena[232]. Questo riferimento al dinamismo non può che far pensare ad una pena *flessibile*, con conseguente vanificazione delle esigenze di certezza della punizione dello Stato. L'Autore della Relazione prende chiaramente posizione anche in questo dibattito, sostenendo che sarebbe la stessa Corte Costituzionale a difendere la finalità rieducativa della pena nel momento della sua esecuzione: "i vari e più recenti interventi della Corte Costituzionale sono volti proprio ad individuare situazioni di rigidità che contrastano con il principio di flessibilità e a rimuovere le prime per riaffermare il secondo"[233].

Questo Progetto si schiera apertamente a favore di un sistema di pena flessibile, intesa come l'unico modo di ottenere la rieducazione, ed offre il fianco alle critiche di chi, invece, manifesta perplessità di fronte all'effettiva capacità delle misure alternative di ridurre i tassi di carcerazione e di recidiva ed alla

---

[230] *Ibidem*, p. 22. La sentenza della Corte Costituzionale a cui fa riferimento l'Autore è la n. 343/87.

[231] Si tratta delle pagg. da 22 a 25, ricomprese nel titolo *A. L'accesso alle misure alternative nella giurisprudenza costituzionale.*

[232] Il comma VI del neo-introdotto art. 57, riportato a pag. 130 della Relazione, così recita: "*6. L'organo giudiziario competente agli interventi di cui al comma precedente è rappresentato dalla magistratura di sorveglianza. La funzione di questa consiste, pertanto, nella gestione dinamica della esecuzione della pena attraverso la utilizzazione degli strumenti ordinari previsti a tale scopo, rappresentati, prima, dalla promozione della redazione e della attuazione dei programmi di trattamento per la definizione dei percorsi di reinserimento sociale e dalla ammissione, poi, se ne ricorrano le condizioni, alle varie alternative alla detenzione, strumenti, tutti, rivolti al fine di tendere alla risocializzazione dei condannati e degli internati*".

[233] MARGARA, A., *Relazione alla proposta di modifica della L. 26/7/1975, n. 354, loc. cit.*, p. 23. Egli cita in particolare le Sentenze della Corte n. 343/1987, 282/89, 125/92, 306/93, 186/95, 445/97. Si segnala che tali sentenze parlano della rieducazione solo nell'ambito dell'esecuzione della pena. Ciò non è in contrasto con ciò che si dirà nel seguente punto 8, ove si evidenzia come manchi, nella giurisprudenza costituzionale, un riferimento univoco alle funzioni della pena "in generale". Cfr. *infra*, punto 8.

possibilità che tali misure siano applicate automaticamente, ossia senza una valutazione discrezionale del magistrato di sorveglianza sulla personalità del condannato[234].

2. il d.d.l. n. 623 del 21 maggio 2008

Il disegno di legge n. 623, comunicato alla Presidenza del Senato il 21 maggio 2008 d'iniziativa dei senatori BERSELLI e BALBONI[235], reca proposte di modifica alla l. n. 354/75 volte a recuperare "certezza ed effettività della pena"[236].

In particolare, facendo leva sulla narrazione di un fatto di cronaca che vede come protagonista di una rapina in banca un ergastolano al quale era stata concessa la semilibertà[237], i propositori del d.d.l. propongono di ridurre la durata delle pene detentive in presenza delle quali è concesso l'accesso a misure alternative[238], di abrogare l'istituto della liberazione anticipata e di ridurre ad un anno il limite entro il quale, ai sensi dell'art. 656 c.p.p., è prevista la sospensione della pena. Le misure premiali ed alternative sarebbero infatti "istituti di cui troppo si è abusato in nome di una malintesa indulgenza che tende sempre più a perdonare il reo senza più pretendere che prima venga espiata la pena inflittagli. In tal modo viene disattesa la stessa funzione rieducatrice della pena, per la quale è indispensabile quell'adeguato grado di afflittività che solo con la privazione della libertà si può ottenere"[239].

---

[234] Tale possibilità sembra emergere dall'art. 57 IV dell'articolato. Le critiche sono ben espresse da DERIU, A. – MORGANTE, L., *Misure alternative e trattamento rieducativo*, *§ 2.1 La crisi del sistema rieducativo*, loc. cit., pp. 127 ss.

[235] La versione .pdf del *Disegno di legge n. 623/08* è stata reperita sul sito del Senato all'indirizzo http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00303168.pdf, e sempre su questo portale è riportato che la più recente discussione del d.d.l. nella 2ª Commissione Giustizia risale al 7 ottobre 2008 (http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/31329.htm). Entrambe le pagine sono state consultate l'11 luglio 2009.

[236] *Disegno di legge n. 623/08, loc. cit.,* p. 2.

[237] Si tratta della rapina alla sede centrale del Monte dei Paschi di Siena avvenuta il primo ottobre 2007 ad opera di CRISTOFORO PIANCONE, ex-brigatista condannato all'ergastolo per concorso in sei omicidi ed in due tentati omicidi. Cfr. *Disegno di legge n. 623/08, loc. cit.*, p. 3.

[238] Es. la detenzione domiciliare dovrebbe essere concessa in presenza di pene fino a due anni, e non più fino a quattro, l'affidamento in prova per le pene fino ad un anno (non tre, come è attualmente), la semidetenzione potrebbe scattare dopo che il condannato abbia scontato 2/3 della pena, non più la metà e la liberazione anticipata andrebbe soppressa. Questo in sostanza il contenuto degli artt. da 1 a 5 del disegno di legge. L'art. 6 prevede invece di modificare gli articoli 444 II e 656 V del codice di procedura penale. *Disegno di legge n. 623/08, loc. cit.,* pp. 4 e 5 .

[239] *Ibidem*, p. 2.

Tale concezione della funzione rieducativa come imprescindibilmente composta da un grado di sofferenza trova il suo fondamento nelle recenti teorie che sostengono la grande importanza della componente retributiva della pena, anche allo scopo di ottenere, in un secondo momento, la rieducazione[240].

E' infine interessante notare come, al momento della discussione del d.d.l. alla Commissione Giustizia del Senato, alcuni senatori abbiano richiesto dei dati statistici che confermino sia l'abuso delle misure alternative, sia la loro inefficacia[241].

3. il d.d.l n. 636 del 22 maggio 2008

Il disegno di legge n. 636, comunicato alla Presidenza del Senato il 22 maggio 2008 d'iniziativa del senatore VALDITARA[242] e rubricato *Modifiche alla legge 354/75 in materia di permessi premio e di misure alternative,* parte da premesse analoghe (e si riferisce a fatti di cronaca analoghi) a quelle poste alla base del d.d.l. n. 623, ma propone altri strumenti per "rendere meno aleatoria la

---

[240] Scrive ad esempio MAURO RONCO, uno dei maggiori sostenitori di questo "*dogma*" (l'espressione è di LUCIANO EUSEBI, che dal canto suo la critica) della *prevenzione mediante retribuzione*: *"La fondazione realistica della finalità rieducativa implica necessariamente il riconoscimento del significato retributivo della pena. Perché soltanto una fondazione retributiva consente di evitare, per un verso, la distorsione illiberale della pena (...) e, per un altro verso, di impedire la pratica frustrazione della pena in una prassi che irride il valore oggettivo della giustizia punitiva e strumentalizza la rieducazione a vantaggio del radicamento nel crimine del condannato. [...]Se la retribuzione costituisce il fondamento della pena, (...) la rieducazione ne costituisce il contenuto ontologico, nel senso che disvela al soggetto il primato del bene giuridico, mortificato nell'atto delittuoso, sulla libertà anomica dell'autore del fatto, che ha empiricamente distrutto il bene."(* RONCO, M., *Una proposta per la riacquisizione di senso della pena riabilitativa,* in PAVARINI, M. *(a cura di), Silète poenologi in munere alieno!,* Monduzzi, Bologna 2006, pp. 52-54).

[241] Si fa qui riferimento agli interventi dei senatori MARITATI, LI GOTTI E CASSON al momento della Presentazione del d.d.l. BERSELLI-BALBONI alla Commissione Giustizia (2ª) di mercoledì 24 settembre 2008, su http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/31329.htm (consultato l'11 luglio 2009). Si legge nel resoconto della riunione che "*il senatore MARITATI (PD), osserva che, ai fini di una valutazione del disegno di legge in titolo sufficientemente ponderata (...), sarebbe opportuno che il Governo fornisse alla Commissione dei dati sul funzionamento del sistema delle misure previste dalla legge n. 354 del 1975 negli ultimi dieci anni, con particolare riferimento ai tassi di recidiva e di evasione dei soggetti ammessi ai permessi premio e alle misure alternative*".

[242] La versione .pdf del *Disegno di legge n. 636/08* si trova all'indirizzo http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00307413.pdf. Quanto all'iter di questo progetto, in data 11 luglio 2009 il portale del Senato riporta che esso è stato assegnato alla 2ª Commissione permanente (Giustizia) in sede referente il 7 agosto 2008. L'indirizzo consultato è: http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/31353.htm.

pretesa punitiva, nella consapevolezza dell'esigenza di non veder totalmente vanificata la portata dissuasiva delle condanne"[243].

Infatti, anche questo progetto restringe le condizioni per la concessione delle misure alternative, ma lo fa in modo meno restrittivo rispetto alla proposta BERSELLI – BALBONI[244], soffermandosi piuttosto su altri aspetti dell'esecuzione penale. In particolare, il progetto valorizza la funzione dell'autorità di pubblica sicurezza nell'indicare al magistrato di sorveglianza se vi sono elementi che depongono a sfavore dell'ammissione di un determinato condannato all'una o all'altra misura alternativa e nel segnalare se le condotte dei soggetti ammessi al regime di semilibertà appaiono "incompatibili con la volontà di un positivo reinserimento nella società, [e] siano tali da giustificare la revoca del provvedimento di ammissione a detto regime"[245].

Si propone inoltre di potenziare l'utilizzo di strumenti elettronici o tecnici di controllo delle persone alle quali sono concessi i permessi premio, l'affidamento in prova o la detenzione domiciliare speciale, così che "l'utilizzo di queste tecnologie eviterà di rendere evanescente e meramente teorica la verifica del rispetto delle prescrizioni imposte dall'autorità giudiziaria al momento dell'adozione delle misure alternative alla detenzione ed al contempo permetterà di ridurre il dispendio di perso-nale e di energie umane altrimenti necessarie al riguardo"[246].

Anche questa proposta di legge, se approvata, inciderebbe in senso restrittivo sulle parti della legge 354/75 introdotte dalla legge Gozzini, benché nell'intento del suo proponente il fine rieducativo non dovrebbe essere vanificato[247].

---

[243] *Disegno di legge n. 636/08, loc. cit.,* p. 2.
[244] Molto schematicamente, si segnala che questa proposta propone di elevare a 16 anni il periodo minimo di espiazione della pena necessario alla concessione di permessi premio all'ergastolano, mentre il d.d.l. BERSELLI-BALBONI lo vuole portare a 20. Il d.d.l. VALDITARA vuole inoltre mantenere come tetto minimo per la concessione della semilibertà l'espiazione di metà della pena, che l'altro progetto intende portare a due terzi e talvolta a tre quarti, e non propone l'abrogazione della liberazione anticipata. Cfr. *Disegno di legge n. 636/08, loc. cit.,* pp. 5 ss.
[245] *Ibidem*, p. 2.
[246] *Ibidem*, p. 2.
[247] *Ibidem*, p. 2.

7. La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale

Così come il dibattito dottrinale, anche la giurisprudenza della Corte Costituzionale in tema di funzione della pena è andata "storicamente evolvendo secondo linee complesse e non prive di una certa ambiguità"[248]. Pur se tale evoluzione "finisce per lo più col riecheggiare orientamenti già affermati nella dottrina penalistica: per cui le stagioni giurisprudenziali che si succedono nel tempo seguono una linea evolutiva corrispondente ad altrettante stagioni dottrinali, anche se è dato riscontrare (...) un certo tendenziale ritardo della Corte nel tenere dietro agli sviluppi della riflessione teorica"[249], ci sembra qui utile ripercorrerne i momenti più significativi. In questa analisi si farà riferimento alla distinzione proposta da Giovanni FIANDACA, il quale individua grossomodo tre grandi *stagioni* giurisprudenziali[250].

7.1 La teoria della polifunzionalità nelle iniziali prese di posizione della Corte.

In quella che può definirsi una giurisprudenza *costante*[251] dal 1966 al 1988, la Corte accoglie la teoria *polifunzionale* secondo la quale "la pena assolve contemporaneamente più funzioni, e cioè afflittivo-retributiva, generalpreventiva, specialpreventiva, e satisfattoria o di reintegrazione dell'ordine giuridico violato. In questo quadro composito, trova spazio anche la finalità rieducativa, la quale viene tuttavia tendenzialmente circoscritta alla sola fase dell'esecuzione penitenziaria"[252].

---

[248] FIANDACA, G., *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in VASSALLI, G. *(a cura di), Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2006, p. 131. Secondo l'Autore tale oscillazione giurisprudenziale è dovuta all'influenza che il mutare dei contesti esterni ha esercitato sulle figure dei giuristi interpreti.
[249] *Ibidem*, p. 134.
[250] Cfr. *ibidem*, p. 131 ss. Nei seguenti punti ci si limiterà a prendere in esame le sentenze in cui la Corte ha fatto riferimento alle funzioni della pena, e non a quelle con le quali è intervenuta a sindacare la legittimità di questo o quell'istituto penale o penitenziario (in particolare, l'ergastolo).
[251] Cfr. *ibidem*, p. 134. L'Autore fa riferimento alle sentenze della Corte Cost. n. 48/1962, n. 67/1963, n. 12/1966, n. 124/1970, n. 179/1973, n. 264/1974 e n. 306/1993.
[252] *Ibidem*, p. 134.

Particolarmente significativa, in questo senso, risulta la sentenza n. 12 del 1966, con la quale la Consulta si pronuncia sulla legittimità costituzionale della pena pecuniaria, che secondo il giudice *a quo* non pareva idonea a svolgere la funzione rieducativa[253].

La Corte risponde dichiarando infondato il dubbio di costituzionalità, e spiega nella sentenza che i due assunti dell'art. 27 comma terzo non si possono separare l'uno dall'altro, ma formano insieme i connotati della pena, fino a creare un contesto unitario e non dissociabile[254], in cui la componente afflittiva, o retributiva, non va trascurata, così che anche la pena pecuniaria risulta legittima.

Essa coglie quindi l'occasione per ribadire il vero significato della norma, la quale, pur riconoscendo l'importanza della rieducazione del condannato, la inserisce pur sempre nel trattamento penale vero e proprio, il quale a sua volta trova un limite nel divieto di superare il punto oltre il quale la pena si pone in contrasto col senso di umanità[255].

La Corte conclude riferendosi a concetti che la dottrina degli anni '50 e '60 aveva spesso ribadito, quali il significato meramente eventuale del verbo *tendere* e l'importanza delle altre funzioni della pena, insieme alla rieducazione, che non può essere intesa in senso esclusivo ed assoluto. Si legge nella sentenza: "Del resto la portata e i limiti della funzione rieducativa (...) appaiono manifesti nei termini stessi del precetto. Il quale stabilisce che le pene "devono tendere" alla rieducazione del condannato: espressione che, nel suo significato letterale e logico, sta ad indicare unicamente l'obbligo per il legislatore di tenere

---

[253] Il giudice *a quo* aveva posto la questione se la pena pecuniaria "in quanto ritenuta, a differenza della pena detentiva, non idonea a svolgere funzione rieducativa, sia da considerarsi non conforme al principio costituzionale di cui al comma terzo, seconda parte, dell'art. 27 della Costituzione". C. Cost. sent. n. 12 del 4 febbraio 1966, in Giur. Cost., 1966, I, 143, p. 150.

[254] Si legge nella motivazione della Sentenza: *"È arbitrario, innanzi tutto, il modo con cui viene presentato il comma terzo dell'art. 27, del quale l'ordinanza pone in esclusiva evidenza una parte tacendone del tutto l'altra. Invero la norma non si limita a dichiarare puramente e semplicemente che "le pene devono tendere alla rieducazione del condannato", ma dispone invece che "le pene ' non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità ' e devono tendere alla rieducazione del condannato": un contesto, dunque, chiaramente unitario, non dissociabile, (...), in una prima e in una seconda parte separate e distinte tra loro, né, tanto meno, riducibile a una di esse soltanto. Oltre tutto, le due proposizioni sono congiunte (...) anche perché logicamente in funzione l'una dell'altra. Da un lato infatti un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato; dall'altro è appunto in un'azione rieducativa che deve risolversi un trattamento umano e civile, se non si riduca a una inerte e passiva indulgenza"*. C.Cost., Sent. n. 12/1966, *loc. cit.*, pp. 151-152.

[255] Cfr. *ibidem*, p. 153.

costantemente di mira, nel sistema penale, la finalità rieducativa e di disporre tutti i mezzi idonei a realizzarla. Ciò, naturalmente, là dove la pena, per la sua natura ed entità, si presti a tal fine. [...] In conclusione, con la invocata norma della Costituzione si volle che il principio della rieducazione del condannato (...) fosse elevato al rango di precetto costituzionale, ma senza con ciò negare la esistenza e la legittimità della pena là dove essa non contenga, o contenga minimamente, le condizioni idonee a realizzare tale finalità. E ciò, evidentemente, in considerazione delle altre funzioni della pena che (...) sono essenziali alla tutela dei cittadini e dell'ordine giuridico contro la delinquenza, e da cui dipende la esistenza stessa della vita sociale"[256].

Le "altre funzioni della pena" a cui fa riferimento la Corte sono gli obiettivi di prevenzione generale e di retribuzione, i quali emergono soprattutto nelle fasi precedenti all'espiazione della pena, ossia nel momento della minaccia legislativa ed in quello dell'applicazione giudiziale della pena[257].

7.2 Una svolta di principio[258]: la sentenza n. 313 del 1990.

All'inizio degli anni '90, la Corte abbandona in parte la concezione polifunzionale per attribuire "una decisa prevalenza (...) alla prospettiva della prevenzione (generale e speciale), mentre il paradigma retributivo finisce col perdere un ruolo autonomo, riducendosi a mera esigenza di proporzione tra pena da infliggere in concreto e grado di colpevolezza"[259].

---

[256] *Ibidem*, pp. 155-156.

[257] Cfr. FIANDACA, G., *op. cit.*, p. 135. L'autore aggiunge una valutazione di merito di questa teoria polifunzionale, scrivendo che "*la sua maggiore utilità si ricollega proprio al generico eclettismo, connesso al fatto che le generiche ed eterogenee funzioni assegnate alla pena vengono alquanto confusamente sommate una all'altra, senza instaurare tra le stesse un ordine gerarchico o di priorità: ciò infatti conferisce ai giudici delle leggi l'opportunità di potere disporre di uno strumento concettuale flessibile e duttile, in una prospettiva strumentale al soddisfacimento di esigenze politico-criminali considerate di volta in volta prevalenti*". FIANDACA, G., *op. cit.*, p. 135.

[258] L'espressione si deve a PULITANÒ, D., *Diritto penale*, II Ed., Giappichelli, Torino 2007, p. 173. Concorde nel valutare la portata innovativa della sentenza è ETTORE GALLO, *L'evoluzione del pensiero della Corte Costituzionale in tema di funzione di pena*, in Giur. cost., 1994, 3203, pp. 3204-3205. L'Autore in tale articolo commenta un'altra sentenza della Corte, la n. 341/94, nella quale essa rimane nella scia di quanto affermato nel 1990, in particolare a proposito della necessità che la finalità rieducativa della pena sia l'obiettivo del legislatore stesso nel momento in cui egli pensa a come sanzionare un determinato fatto reato. Una sanzione sproporzionata, e dunque irragionevole non può *tendere alla rieducazione del condannato* (cfr. *op. cit.*, p. 3207).

[259] FIANDACA, G., *op. cit.*, p. 136. Anche questo cambiamento avviene sul riflesso degli sviluppi teorici già maturati sul versante dottrinale, di cui *supra* ai punti c) ed e) del paragrafo 5.

In questo senso, la *svolta di principio* si è avuta con la sentenza n. 313 del 1990[260]. Nella pronuncia la Corte esordisce con l'analisi attenta e critica della sua passata giurisprudenza sulla concezione polifunzionale[261], sottolineando come essa trascurasse, in realtà "il *novum* contenuto nella solenne affermazione della finalità rieducativa; questa, perciò, veniva assunta in senso marginale o addirittura eventuale e, comunque, ridotta entro gli angusti limiti del trattamento penitenziario"[262].

In un secondo momento, essa ribadisce che la pena ha un carattere in qualche misura afflittivo, ed insieme di difesa sociale e di prevenzione generale, ma queste sono le caratteristiche minime che descrivono la pena in quanto tale, e non possono "autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione nel contesto dell'istituto della pena. Se la finalizzazione venisse orientata verso quei diversi caratteri, anziché al principio rieducativo, si correrebbe il rischio di strumentalizzare l'individuo per fini generali di politica criminale (prevenzione generale) o di privilegiare la soddisfazione di bisogni collettivi di stabilità e sicurezza (difesa sociale), sacrificando il singolo attraverso l'esemplarità della sanzione. È per questo che, in uno Stato evoluto, la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stesse della pena"[263].

In terzo luogo, la Corte rivede le sue posizioni anche in merito all'interpretazione del verbo "*tendere*": "L'esperienza successiva ha (...)

---

[260] Sent. C. Cost. n. 313 del 3 luglio 1990, in Giur. cost. 1990, III, 1981. In tale occasione l'intervento della Corte era stato richiesto per valutare la costituzionalità di una disposizione che riguardava l'originaria disciplina dell'applicazione della pena su richiesta delle parti di cui all'art. 444 c.p.p. e che toglieva al giudice ogni margine di discrezionalità nel valutare l'adeguatezza della pena "patteggiata" dalle parti.

[261] "*In realtà la passata giurisprudenza di questa Corte (come, del resto la dottrina imperante nei primi anni di avvento della Costituzione) aveva ritenuto che il finalismo rieducativo, previsto dal comma terzo dell'art. 27, riguardasse il trattamento penitenziario che concreta l'esecuzione della pena, e ad esso fosse perciò limitato (quale esempio del lungo percorso di questo leit motiv si vedano le sentenze n. 12 del 1966; n. 21 del 1971; n. 167 del 1973; n.i 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). A tale risultato si era pervenuto 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. Per tal modo si negava esclusività ed assolutezza al principio rieducativo, che come dimostrerebbe l'espressione testuale - doveva essere inteso esclusivamente quale "tendenza" del trattamento*". C. Cost., sent. n. 313/1990, *loc. cit.*, p. 1994.

[262] *Ibidem*, p. 1994.

[263] *Ibidem*, p. 1994.

dimostrato che la necessità costituzionale che la pena debba 'tendere' a rieducare, lungi 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. Ciò che il verbo 'tendere' vuole significare è soltanto la presa d'atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione (...)"[264].

Infine, si estende l'ambito di valenza della finalità rieducativa al di là della sola fase esecutiva della pena: "Se la finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero state calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto. [...] Dev'essere, dunque, esplicitamente ribadito che il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie"[265].

L'aspetto più innovativo della pronuncia consiste nel "pretendere che la prospettiva della rieducazione espanda la sua sfera di operatività trascendendo il momento dell'esecuzione"[266], così che tale prospettiva arrivi ad orientare sia la determinazione della pena ad opera del giudice sia, ancora prima, la scelta legislativa di tipologie sanzionatorie atte a favorire l'effetto rieducativo.

7.3 Il ripiego su posizioni più in linea con la tradizione.

La sentenza 313/90 è stata oggetto di commenti discordanti, divisi tra chi, sostenendo l'importanza della rieducazione, la salutava come un nuovo manifesto programmatico e chi invece la liquidava come un'utopia irrealizzabile[267]. La stessa Consulta non si mantenne ferma su queste posizioni, ma ritornò più in linea

---

[264] *Ibidem*, p. 1995.
[265] *Ibidem*, p. 1995.
[266] FIANDACA, G., *op. cit.*, p. 138, il quale in un passo successivo definisce *potenzialmente rivoluzionarie* le conseguenze di questa sentenza.
[267] Cfr. FIANDACA, G., *op. cit.*, p. 139, che fra gli studiosi più sensibili all'ideale rieducativo cita EMILIO DOLCINI, mentre fra i più refrattari individua LUCIO MONACO e CARLO ENRICO PALIERO.

con la tradizione, sino a riproporre la vecchia concezione eclettica della polifunzionalità della pena.

Si legge, infatti, nelle premesse generali della sentenza n. 306 del 1993: "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 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 (cfr. sentenza n. 282 del 1989). Il legislatore può cioè - 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"[268].

8. Riflessioni *in itinere*.

Dal momento in cui i Costituenti hanno deciso di inserire il breve inciso *"e devono tendere alla rieducazione del condannato"* in riferimento alle pene nella Carta Costituzionale è iniziato il dibattito sulla portata di queste poche parole, così sintetiche eppure così significative. In questo capitolo si è cercato di concentrarsi sulle evoluzioni del concetto di "rieducazione", facendo riferimento soprattutto ai contributi forniti dai vari *formanti*, quello legislativo, quello dottrinale e quello giurisprudenziale.

Ne esce, come già si è avuta occasione di sottolineare nei passi precedenti, un quadro molto frastagliato, in cui due orientamenti principali, l'uno più tendente alla valorizzazione della rieducazione e l'altro che invece si concentra sulla componente afflittiva e retributiva della pena, vivono alterni momenti di successo, mentre la funzione generalpreventiva della pena rimane sullo sfondo, sempre presente. Il legislatore mostra di intervenire in maniera *pendolare*, valorizzando ora le esigenze retributive, ora quelle rieducative, come appare in modo molto evidente confrontando le proposte *de iure condendo* che si sono esaminate: la proposta "Margara" vorrebbe ampliare lo spazio concesso alle misure alternative

[268] C. Cost., sent. n. 306/1993, Giur. cost., 1993, II, 2466, pp. 2497-8.

intese come unica possibilità di rieducazione e reinserimento sociale, mentre i disegni di legge presentati nel 2008 vanno nella direzione opposta. Lo stesso giudice costituzionale, col sostenere il modello polifunzionale, non dà un indirizzo univoco in materia.

Si è osservato che ciò avviene "in conformità, del resto, alle contraddittorie e confuse esigenze che prevalgono in questo tormentato frangente storico, caratterizzato, per un verso, da una crescente domanda di sicurezza collettiva e, per altro verso, dalla mancanza di un 'senso comune' univocamente dominante circa il significato attuale della punizione statuale"[269].

Nei prossimi capitoli si cercherà di dare concretezza ai concetti finora esposti, con attenzione non solo alla legislazione ma anche alla sua attuazione, allo scopo di mettere in evidenza i momenti in cui la pena perde non solo di certezza, ma anche di effettività. Parallelamente si farà attenzione alle situazioni in cui viene in rilievo la funzione rieducativa della pena, ed ai modi pensati per attuarla.

Proprio a quest'ultimo proposito, pare opportuno sottolineare che se è vero che in materia di pena si scontrano esigenze sociali e personali molto diverse, le quali non vanno forse disattese, il tanto discusso riferimento alla necessità che la pena abbia una funzione rieducativa è e deve rimanere *imprescindibile*, in forza del suo (poco importa se consapevole o meno) inserimento nella Costituzione[270].

---

[269] FIANDACA, G., *op. ult. cit.*, p. 142.

[270] Più estrema l'opinione di DOLCINI, secondo il quale "*i connotati dello Stato descritto nella Costituzione italiana – uno stato sociale di diritto, laico ed interventista – impongono di individuare il fondamento giustificativo della pena soltanto nella prevenzione (...): nella prevenzione generale e nella prevenzione speciale, in un rapporto dialettico variamente modulato nei diversi stadi della dinamica punitiva (minaccia legislativa, inflizione ad opera del giudice, esecuzione)*" (DOLCINI, E., *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero, della lungimiranza del costituente,* in Rass. pen. e criminol., 2005, II-III, 69, p. 70).

Capitolo II.
LA PENA INFLITTA

1. I tipi di pena originariamente previsti dalla legislazione italiana.

Prima di affrontare le singole pene previste dall'ordinamento italiano e contenute nel codice penale fin dalla sua versione originaria, si ricorderà ciò che si è poc'anzi scritto al proposito: anche per le pene vale il *principio di legalità*, così come sancito dall'art. 25 della Costituzione, ed inoltre la riserva di legge in materia di pene è *assoluta*, con esclusione della possibilità di integrazioni, sia pure marginali, da parte di fonti diverse dalla legge[271].

Il principio di legalità in materia di pene era già presente nella legge ordinaria, insieme a quello del *nullum crimen sine lege*:

> *Art. 1 c.p. (Reati e pene: disposizione espressa di legge).*
> *Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite.*

In questo capitolo si descriveranno le caratteristiche delle pene e si vedrà come il principio di legalità si sposa con il potere discrezionale del giudice, che talvolta è chiamato a scegliere fra più sanzioni indicate alternativamente o a stabilire, in basi a precisi criteri, quale sia l'ammontare della pena da irrogare in concreto, scegliendo nei limiti della cornice edittale.

[271] Cfr. *Cap. I, punto n. 4 a).*

Accanto alle pene in senso stretto, il codice Rocco prevede le *misure di sicurezza*[272], che consistono in ulteriori forme di risposta al delitto che hanno come presupposto la pericolosità sociale dell'autore[273], e come scopo la sua riabilitazione.

Le misure di sicurezza possono essere applicate a due categorie di delinquenti:

a) ai soggetti *non imputabili* (art. 88 c.p.) o *semi-imputabili* (art. 89 c.p.): ai primi è applicata la misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario in sostituzione della pena detentiva, mentre i secondi sono assegnati ad una casa di cura o custodia, e beneficiano di una diminuzione di pena;

b) ai delinquenti *abituali, professionisti o per tendenza* (art. 216 c.p.): in aggiunta alla pena, può essere loro applicata la misura di sicurezza della assegnazione ad una colonia agricola o ad una casa di lavoro[274].

In realtà, le misure di sicurezza vivono oggi un momento di grande crisi, dovuto da una parte alla loro scarsa applicazione e dall'altra addirittura ad un "drastico interrogativo, sulla stessa legittimità della sopravvivenza delle misure di sicurezza in un sistema penale improntato agli odierni valori costituzionali"[275]. La tematica della crisi delle misure di sicurezza, sebbene appaia in qualche modo connessa con le funzioni della pena, dato che talvolta tali sanzioni possono essere inflitte congiuntamente, non sarà qui approfondita. Ci si accontenterà di averne ricordato l'esistenza e di segnalare che, *de iure condendo*, molte sono le proposte volte a superare il sistema del doppio binario a favore dell'introduzione di un sistema monistico di sanzioni. Tale superamento sembra peraltro anche sostenuto

---

[272] La disciplina delle misure di sicurezza è contenuta nel libro I, Titolo VIII capo I del c.p., agli artt. 199 e seguenti.

[273] La *pericolosità sociale* di un soggetto si desume, secondo l'art. 203 c.p., dal fatto che egli ha commesso uno o più reati ed è probabile che ne commetta altri in futuro. Il codice del 1930 conteneva numerose *presunzioni* di pericolosità sociale, ora abolite in seguito alla legge 10 ottobre 1986, n. 663. Cfr. DOLCINI, E., *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in DOLCINI, E. – PALIERO, C. E., *Studi in onore di Giorgio Marinucci, Vol. II Teoria della pena – Teoria del reato*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 1088 ss.

[274] Cfr. per un inquadramento sulle misure di sicurezza FIANDACA, G. – DI CHIARA, G., *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli 2003, pp. 48 ss.

[275] CADOPPI, A. – VENEZIANI, P., *Elementi di diritto penale – Parte generale, cit.,* p. 490.

dalla Costituzione, che non ha esplicitamente legittimato al suo interno il sistema del cumulo di pene e misure di sicurezza[276].

1.1 Le pene *principali*.

La distinzione tra pene principali e pene accessorie fa riferimento al fatto che le prime costituiscono oggetto necessario ed autonomo della sentenza di condanna, mentre le seconde possono o debbono essere applicate solo congiuntamente ad una pena principale[277].

Nel codice penale, gli articoli che si occupano delle pene principali propongono due ordini di classificazioni: l'art. 17 ricorda quali sono le pene previste per i delitti e quali per le contravvenzioni, mentre l'art. 18 propone una distinzione basata sulla natura della pena.

> *Art. 17 c.p. (Pene principali: specie). Le pene principali stabilite per i delitti sono: [1) la morte;];[278] 2) l'ergastolo; 3) la reclusione; 4) la multa.*
>
> *Le pene principali stabilite per le contravvenzioni sono: 1) l'arresto; 2) l'ammenda.*
>
> *Art. 18 c.p. (Denominazione e classificazione delle pene principali). Sotto la denominazione di «pene detentive» o «restrittive della libertà personale» la legge comprende: l'ergastolo, la reclusione o l'arresto.*
>
> *Sotto la denominazione di «pene pecuniarie», la legge comprende: la multa e l'ammenda.*

In questa analisi si farà alla distinzione proposta dall'art. 18, prendendo in esame prima le *pene detentive* o *restrittive della libertà personale* ed in seguito quelle *pecuniarie*. Si concentrerà l'attenzione sulle pene detentive, poiché è a queste che più sovente ci si riferisce quando si parla di certezza della pena, ed è proprio in riferimento a queste ultime che più spesso si pone la questione

---

[276] Cfr. FIANDACA, G. – DI CHIARA, G., *op. cit.*, pp. 51 ss. Gli Autori definiscono le misure di sicurezza "*una sorta di 'ramo secco' che va eliminato*", soprattutto nei casi in cui la legge prevede che siano comminate sia la pena, sia la misura di sicurezza (*op. cit., p. 50*).
[277] Cfr. NUVOLONE, P., *Pena* (dir. pen.), *op. cit*., p. 792.
[278] Sull'abolizione della pena di morte, cfr. *Cap. I, punto 4 a).*

dell'intento rieducativo. In particolare, il luogo in cui si scontano le pene detentive, il carcere, presenta molti problemi: non manca infatti chi lo definisce l'emblema del fallimento della pena moderna, in quanto sovraffollata *scuola del crimine* e *luogo dell'esclusione* per eccellenza[279]. Sono inoltre sempre attuali le spinte sociali e politiche che vorrebbero che la popolazione carceraria diminuisse, sia per motivi legati alle cattive condizioni in cui versano i condannati a causa del sovraffollamento[280], sia per motivi economici legati ai costi di mantenimento delle strutture. Ciò nonostante, i più recenti interventi del legislatore seguono una direzione contraria, essendo caratterizzati da un inasprimento delle pene, in particolare di quella detentiva a scapito di altre sanzioni[281].

1.1.1. *Una parentesi: la nascita della prigione.*

La comparsa dell'istituzione *prigione* nel panorama delle pene è piuttosto recente, e successiva al lungo periodo antico e medioevale in cui le pene consistevano nella morte, in atroci supplizi oppure nel lavoro forzato.

La svolta si verifica verso la fine del '700: in questo momento fiorisce il dibattito sulla penalità e gli studiosi del diritto, soprattutto francesi, condannano le crudeli usanze medioevali per privilegiare le *pene dolci*[282]. Essi sostengono infatti che sia necessario trovare per ciascun delitto un castigo conveniente,

---

[279] Cfr. PAVARINI, M., *La penalità, oggi, nella critica penologica*, in PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Saggi sul governo della penalità,* Martina, Bologna 2007, pp. 23 ss. Analizza nello specifico i punti nodali dell'azione diseducativa esercitata dal carcere, considerati la *regressione* del detenuto ad uno stadio *infantile* e la sua adesione ad una *subcultura carceraria* molto lontana dalla scala di valori della società, o per meglio dire della legalità, DOLCINI, E., *La "rieducazione del condannato" fra mito e realtà,* in Riv. it. dir. proc. pen., 1979, 469, pp. 475 ss.

[280] Molto forti in questo senso sono generalmente le posizioni delle associazioni che conoscono da vicino la realtà carceraria, dai gruppi locali alle organizzazioni nazionali, dalle comunità terapeutiche alle cooperative sociali. Sulle condizioni delle carceri italiane si segnalano i rapporti periodici dell'associazione Antigone consultabili sul sito www.associazioneantigone.it. In tali rapporti è segnato, per ogni carcere d'Italia, il numero di posti ed il numero dei detenuti presenti al momento della visita dell'associazione. La seconda cifra supera la prima in quasi tutti gli istituti d'Italia.

[281] Molto recente è l'esempio della l. n. 94 del 15 luglio 2009, che contribuisce ad un generalizzato inasprimento del sistema sanzionatorio, introducendo nuove fattispecie di reato da un lato (oltraggio a pubblico ufficiale, art. 341-bis c.p., ingresso o soggiorno illegale nel territorio dello Stato, art. 10-*bis* T.U. sull'immigrazione, vari reati in materia di insozzamento delle pubbliche vie e strade) ed aumentando le pene per le fattispecie esistenti dall'altro. A ben vedere, questa è la tendenza di tutti i "pacchetti sicurezza" che si sono succeduti negli ultimi anni, come ad esempio quello dell'anno scorso, la l. 125/2008.

[282] L'espressione è di FOUCAULT, che la riprende dal titolo del cap. XXVII dell'opera di BECCARIA.

predeterminato, differenziato, svantaggioso per il colpevole ma vantaggioso per la società, esemplare: ciò spinge a proporre "tutto un arsenale di castighi pittoreschi"[283]. Tra questi castighi "teorici", tuttavia, la prigione ha importanza marginale nel panorama delle punizioni: "La prigione, nell'insieme, è incompatibile con tutta la tecnica della pena-effetto, della pena-rappresentazione, della pena-funzione generalizzata, della pena-segno e discorso. Esso è l'oscurità, la violenza, il sospetto"[284]. Vi è perfino chi definisce la prigione un esercizio di tirannia, poiché tale è considerata l'azione di privare un uomo della propria libertà e di sorvegliarlo in prigione[285].

Tuttavia, la pena detentiva trova uno spazio molto ampio nei codici penali di inizio '800: "nel codice penale *[francese, nda]* del 1810, tra la morte e le ammende, essa occupa, sotto un certo numero di forme, quasi tutto il campo delle possibili punizioni"[286]. Michel Foucault mette ben in evidenza come, sebbene ammettere un largo uso della pena detentiva sia in contrasto con le esigenze di una pena scientifica, adeguata ed efficace, il grande apparato delle prigioni si diffonde in pochi anni in tutta la Francia e l'Europa, anche a discapito del successo che sembrava aver ottenuto la lezione di Beccaria sulla specificità e la varietà delle pene[287]. Tale "passaggio ad una penalità di detenzione"[288] è dovuto da un lato al successo che ebbero, in quegli anni, alcuni grandi modelli di carcerazione punitiva, in Olanda ed in Inghilterra, e dall'altro al fatto che il carcere ben si adattava al modello di società di quegli anni: "Nella svolta determinante, a cavallo dei due secoli, una nuova legislazione definisce il potere di punire come funzione generale della società, che si esercita in ugual modo su tutti i membri, e nella quale ciascuno di essi è ugualmente rappresentato; ma facendo della detenzione la pena per eccellenza, essa introduce procedure di dominio caratteristiche di un tipo particolare di potere. [...] E' facile capire il carattere di evidenza che la prigione-

[283] FOUCAULT, M., *Sorvegliare e punire*, *cit.*, p. 124.
[284] *Ibidem,* pp. 124-125. Fra i maggiori esponenti del dibattito settecentesco e rivoluzionario sulla penalità, FOUCAULT cita C. E. DUFRICHE DE VALAZÉ , G. DE MABLY, F. M. VERMEIL, J. M. SERVAN e J. P. BRISSOT. Cfr. FOUCAULT, *op. cit.*, pp. 113 ss.
[285] Cfr. FOUCAULT, M., *op. cit.*, p. 124, che si riferisce in particolare a G. DE MABLY.
[286] *Ibidem*, p. 125.
[287] L'Autore fa riferimento alla legislazione del Granducato di Toscana ed a quella dell'impero Austroungarico: entrambi i codici prevedono l'imprigionamento come pena quasi uniforme, nonostante l'intenzione originaria dei regnanti dei due territori fosse quella di prevedere una vasta gamma di pene differenziate (FOUCAULT, M., *op. cit.*, p. 127).
[288] *Ibidem*, p. 251,

castigo assume ben presto. (...) essa appare talmente legata, e in profondità, col funzionamento stesso della società, da respingere nell'oblio tutte le altre punizioni che i riformatori del secolo XVIII avevano immaginato. Sembrò senza alternative, e portata dal moto stesso della storia"[289].

La *nascita della prigione* sarebbe dunque, secondo l'analisi di Michel Foucault, un fenomeno non voluto dai teorici, ma che si verifica quasi necessariamente, a causa della temperie storica e sociale. Benché sia naturale che la prigione rappresenti la pena per eccellenza in una società in cui la libertà è un bene che appartiene a tutti allo stesso modo, essa non è priva di aspetti negativi: "Conosciamo tutti gli inconvenienti della prigione, e come sia pericolosa, quando non è inutile. E tuttavia non «vediamo» con quale altra cosa sostituirla. Essa è la detestabile soluzione, di cui non si saprebbe fare a meno. [...] Bisogna anche ricordare che il movimento per riformare le prigioni, per controllarne il funzionamento non è un fenomeno tardivo (...). La «riforma» della prigione è quasi contemporanea alla prigione stessa"[290].

Si è scelto di riportare diffusamente il pensiero del filosofo francese allo scopo di evidenziare come il luogo ove si sconta la pena detentiva, il carcere, sia un'istituzione problematica, non voluta ma tuttavia largamente prevista, ben presto oggetto di proposte di riformarne il funzionamento, le regole, l'organizzazione interna e perfino l'architettura. Il discorso sul fallimento del carcere è antico come il carcere stesso, e così quello sui trattamenti che dovrebbero garantire la disciplina del condannato ed ottenere che egli torni sulla strada della legalità, una volta uscito.

Ma prima di decantare il fallimento della pena detentiva, si cercherà di analizzarne le caratteristiche nello specifico.

1.1.2. *L'ergastolo.*

La massima pena prevista dal diritto penale italiano è l'ergastolo, cioè la pena detentiva a vita. Essa è regolata dall'art. 22 c.p., così come modificato con legge n. 1634/1962, che ha introdotto la possibilità del lavoro all'aperto:

---

[289] *Ibidem*, p. 252.
[290] *Ibidem*, pp. 253-254.

> *Art. 22 c.p. (Ergastolo). La pena dell'ergastolo è perpetua, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno. Il condannato all'ergastolo può essere ammesso al lavoro all'aperto.*

La riforma penitenziaria del 1975 ha eliminato le differenze trattamentali che esistevano in precedenza fra l'esecuzione dell'ergastolo e quella della reclusione, così che ora l'ergastolo si sconta nelle case di reclusione, secondo le stesse regole che valgono per i condannati a pene detentive temporanee. Quanto all'ambito di applicazione di questa pena, esso è molto ristretto: l'ergastolo è previsto per alcuni delitti particolarmente gravi contro la personalità dello stato, e per fatti offensivi della vita, variamente collocati nel codice, fra cui alcuni delitti contro l'incolumità pubblica *(artt. 422 strage, 438 epidemia, 439 avvelenamento di acque o di sostanze alimentari)* contro la vita, come ad esempio alcuni casi di omicidio aggravato *(es. artt. 576 e 577)*. L'art. 73 II comma sul concorso di reati specifica inoltre che l'ergastolo può essere applicato anche quando concorrono più delitti, per ciascuno dei quali deve infliggersi la pena della reclusione non inferiore a 24 anni[291].

L'art. 22 descrive l'ergastolo come pena *perpetua*, e pertanto anche *fissa* a livello edittale. Ciò solleva dei problemi sulla legittimità costituzionale di questa pena, alcuni dei quali sono stati corretti da interventi della Corte Costituzionale, altri dallo stesso legislatore.

In primo luogo si pone la questione di una violazione dell'art. 27 III: in quanto *perpetuo*, l'ergastolo non sarebbe adatto ad offrire al condannato alcuna possibilità di rieducazione. La Corte Costituzionale, chiamata a risolvere il dubbio di costituzionalità, ha ritenuto legittimo l'ergastolo, sostenendo che esso non è in contrasto con la *funzione polifunzionale della pena* di cui essa stessa è stata sempre sostenitrice, soprattutto fino alla "svolta" del 1990[292].

---

[291] Cfr. PULITANÒ, D., *op. cit.*, p. 563. Invece, nel caso in cui una persona sia stata condannata per uno o più delitti che comportano l'ergastolo tale pena, non potendo subire una modificazione quantitativa, subisce una modificazione qualitativa, così che all'ergastolo si aggiunge l'isolamento diurno per un periodo di tempo compreso fra i due ed i diciotto mesi. Cfr. FASSONE, E., *Reclusione,* in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXXIX, Giuffrè, Milano 1988, p. 146.

[292] Si fa qui riferimento al lungo periodo giurisprudenziale, che va dalla nascita della Corte fino agli anni '90, durante il quale la Consulta sostenne apertamente l'eclettica teoria secondo la quale

Si legge nella sentenza n. 264/74: "funzione (e fine) della pena non è certo il solo riadattamento dei delinquenti, purtroppo non sempre conseguibile. A prescindere sia dalle teorie retributive secondo cui la pena è dovuta per il male commesso, sia dalle dottrine positiviste secondo cui esisterebbero criminali sempre pericolosi e assolutamente incorreggibili, non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena. E ciò basta per concludere che l'art. 27 della Costituzione (...) non ha proscritto la pena dell'ergastolo (come avrebbe potuto fare), quando essa sembri al legislatore ordinario (...) indispensabile strumento di intimidazione per individui insensibili a comminatorie meno gravi, o mezzo per isolare a tempo indeterminato criminali che abbiano dimostrato la pericolosità e l'efferatezza della loro indole"[293].

A prescindere dalla condivisione o meno degli argomenti della Corte[294], "va riconosciuto che la natura perpetua dell'ergastolo è, in concreto, andata sempre più ridimensionandosi, per cui il problema della sua costituzionalità ha finito con lo sdrammatizzarsi"[295]. Se nel sistema originario del codice Rocco, infatti, l'ergastolo era effettivamente una pena perpetua, irreversibile, salva la concessione della grazia, con il tempo la situazione è cambiata.

---

la pena ricopre svariate funzioni contemporaneamente, nessuna delle quali prevale sulle altre (t. *polifunzionale*). Tale orientamento subisce, appunto, una svolta con la sent. n. 313/90, nella quale si attribuisce una decisa prevalenza alla funzione della prevenzione, generale e speciale, della pena. Cfr. *supra, Cap. I., punto 7 a).*

[293] C. Cost., sent. n. 264 del 22 novembre 1974, in Riv. it. dir. proc. pen., 1976, 262, pp. 265-266.

[294] Per le critiche alla funzione polifunzionale della pena si rimanda a FIANDACA, G., *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, *loc. cit*., p. 135, e a ciò che in merito si è riportato nella parte conclusiva del Cap. I di questo lavoro. In particolare, l'aspetto positivo della teoria polifunzionale della pena consisterebbe proprio nell'eclettismo e nella duttilità che caratterizzano questo termine, tale da potersi adattare alle varie esigenze politico-criminali di volta in volta prevalenti. D'altro canto MASSIMO PAVARINI, nella sua nota alla sentenza in esame, critica fortemente le posizioni della Corte, che peraltro rispecchiano l'orientamento giurisprudenziale costante di quegli anni: "*la Corte è riuscita, bene o male, a contrabbandare come teoria l'assenza assoluta di ogni concezione coerente intorno alla pena. [...] Pensare quindi che la pena possa – anzi debba – perseguire scopi tra loro così eterogenei, significa semplicemente non volersi porre il problema dello scopo di fatto perseguito dalla sanzione penale*" (PAVARINI, M., *La Corte Costituzionale di fronte al problema penitenziario: un primo approccio in tema di lavoro carcerario*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1976, I, 263, pp. 263-264). L'errore della Corte starebbe proprio in questo non voler affrontare direttamente il nodo cruciale dello scopo della pena, e così non riconoscere il valore dell'art. 27 III Cost. Tale atteggiamento servirebbe ad "*occultare sotto il velo della teoria della polifunzionalità una concezione ancora afflittiva della sanzione penale*". (*op. ult. cit.*, p. 276).

[295] FIANDACA, G. – MUSCO, E., *Diritto penale – Parte generale, cit.,* p. 717.

Fra gli interventi del legislatore si ricorda per prima la legge n. 1634/1962. Essa, oltre alla già citata previsione sul lavoro all'aperto, ha introdotto la possibilità, anche per i condannati all'ergastolo, di accedere alla liberazione condizionale dopo almeno 28 anni di carcere *(art. 176 III c.p.: il periodo è stato successivamente abbassato a 26 anni da un secondo significativo intervento legislativo, la l. Gozzini)*. In materia di liberazione condizionale la Corte è intervenuta per specificare che l'ammissione a tale beneficio, in presenza di un accertato ravvedimento, è da considerarsi "dovuta", poiché costituisce un vero e proprio diritto del condannato (Sent. C. Cost. n. 204/74)[296], e che anche a tale condannato si applicano le riduzioni di pena che servono ad anticipare di 90 giorni all'anno i termini della liberazione condizionale (Sent. C. Cost. n. 274/1983)[297].

La n. 663/1986 ha inoltre esteso ai condannati all'ergastolo l'applicabilità della misura alternativa della semilibertà, dopo aver espiato almeno 20 anni di pena; mentre dopo 10 anni possono essere loro concessi permessi-premio per non più di 45 giorni all'anno[298].

In secondo luogo, il fatto che l'ergastolo sia una pena *fissa a livello edittale* comporta l'impossibilità che essa sia in qualche modo commisurata all'autore del reato, individualizzata[299], con il risultato che la stessa sanzione è prevista per gli autori di reati molto diversi, pensiamo ad esempio all'autore di un omicidio premeditato e a quello di una strage, entrambi reati sanzionati con l'ergastolo. In generale le pene fisse, equiparando sotto il profilo sanzionatorio situazioni diverse, potrebbero violare il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione[300].

---

[296] Cfr. FIANDACA, G. – MUSCO, E., *Diritto penale – Parte generale*, *cit*., p. 717. Tale sentenza "*manipolativa*" trasferisce il potere di decidere sull'ammissibilità o meno del condannato alla liberazione condizionale dal Ministro della Giustizia all'autorità giudiziaria. In merito cfr. PULITANÒ, D., *Diritto penale, cit*., p. 564.

[297] Cfr. PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, Martina, Bologna 2004, p. 40.

[298] Cfr. FIANDACA, G. – MUSCO, E., *op. cit*., p. 718.

[299] Cfr. *ibidem*, p. 40.

[300] Si allude qui all'importante significato del principio di uguaglianza *sostanziale* secondo il quale lo Stato deve trattare in modo uguale i cittadini che si trovano nella stessa situazione, ma anche adottare trattamenti differenziati ove le situazioni di fatto siano diverse. Tale principio è stato enunciato dalla stessa Corte nella sentenza n. 90 del 29 aprile 1971, in Giur. cost., 1971, I, 733: "*il principio di eguaglianza postula due corollari: a situazioni uguali deve corrispondere trattamento uguale, a situazioni diverse trattamento differenziato; il tutto nei limiti di valutazioni razionali*". Cfr. CARETTI, P. - DE SIERVO, U., *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., pp. 442 ss.

La Corte ha avuto occasione di occuparsi della questione con la Sentenza n. 50 del 1980[301], che ha per oggetto una norma del codice della strada del 1976 che prevede che una determinata violazione sia sanzionata con una pena fissa consistente nell'ammenda di lire 800.000 ed in 15 giorni di arresto.

Nella Sentenza, che rigetta l'eccezione di incostituzionalità della sanzione in esame, si riconosce che la previsione di una cornice edittale all'interno della quale fissare una pena adatta alla situazione concreta è attuazione del principio costituzionale di uguaglianza[302], così che in linea di principio le previsioni sanzionatorie rigide non appaiono in armonia con una lettura costituzionalmente orientata del sistema penale. D'altro canto, però, si deve anche riconoscere che anche una pena fissa, ma sufficientemente proporzionata al reato per cui è prevista, assolve comunque allo scopo di trovare per ogni reato una risposta ragionevole. Di conseguenza, "il dubbio d'illegittimità costituzionale potrà essere, caso per caso, superato a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, questa ultima appaia ragionevolmente «proporzionata» rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato"[303].

La Corte richiede dunque una valutazione caso per caso, e la effettua per la disposizione oggetto del ricorso, senza allargarsi ad ulteriori ipotesi. Essa però sottolinea in più punti come la regola in materia di sanzioni dovrebbe essere quella di un sistema sanzionatorio articolato ed aperto in modo che il giudice individui il trattamento individualizzato più idoneo nel caso specifico. Per questo motivo in dottrina non manca chi sostiene che l'ergastolo sarebbe stato "indirettamente censurato, dalla sentenza (...) che invita a riconsiderare se tutte le

---

[301] C. Cost., Sent. n. 50 del 2-14 aprile 1980, in Riv. it. dir. proc. pen., 1981, I, 725.

[302] Scrive infatti la Corte: "*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. Il principio d'uguaglianza trova in tal modo dei concreti punti di riferimento, in materia penale, nei presupposti e nei fini (e nel collegamento fra gli uni e gli altri) espressamente assegnati alla pena nello stesso sistema costituzionale. L'uguaglianza di fronte alla pena viene a significare, in definitiva, "proporzione" della pena rispetto alle "personali" responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguano, svolgendo una funzione che è essenzialmente di giustizia e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statuale*". C. Cost., Sent. n. 50/1980, *loc. cit*., pp. 735-736.

[303] C. Cost., Sent. n. 50/1980, *loc. cit,* p. 737.

ipotesi punite con la massima pena siano proporzionate o congrue rispetto ai fatti tipicizzati"[304].

Nonostante i numerosi interventi ora ricordati, l'istituto dell'ergastolo è dunque ancora presente nel nostro ordinamento. Si ricordi inoltre che tale pena ha ricevuto una "legittimazione popolare" all'epoca del referendum abrogativo del 17-18 maggio 1981: interrogati sulla possibilità di eliminare la pena dell'ergastolo, il 77,40 % dei votanti rispose negativamente[305].

Se infatti è vero che nella realtà ergastolo non significa più *pena a vita*, esso mantiene un certo significato simbolico[306], così che su questo terreno si scontrano posizioni a favore del suo mantenimento e posizioni abolizioniste[307]. Le seconde si ritrovano anche nelle più recenti proposte di modifica del codice penale, come il progetto Grosso ed il progetto Pisapia, mentre le prime sono rappresentate dal progetto Pagliaro.

Non è invece sopravvissuto alle censure della Corte l'ergastolo inflitto ai minori d'età: con la Sent. 168/1994[308] essa ha infatti riconosciuto l'incompatibilità tra pena perpetua e minore età. Tale pena sarebbe in contrasto non solo con l'art. 27 III Cost. ma anche con l'art. 31 sulla protezione dell'infanzia e della gioventù, il quale impone, secondo la Consulta, "una incisiva diversificazione, rispetto al sistema punitivo generale, del trattamento penalistico dei minorenni. Dall'art. 31 della Costituzione, che prevede una speciale protezione per l'infanzia e la gioventù e favorisce gli istituti necessari a tale scopo, deriva l'incompatibilità della

---

[304] PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, Ed. Martina, Bologna 2004, p. 40.

[305] Al momento di tale *referendum*, che sottoponeva al vaglio popolare cinque differenti quesiti, fu raggiunto il *quorum* grazie alla partecipazione del 79,40%. Nel quesito a favore dell'abrogazione della pena dell'ergastolo vinse il NO con il 77,40% dei voti, mentre il sì ottenne il 22,60% dei voti. Fonte: BARBERA, A. – MORRONE, A., *La Repubblica dei referendum,* Il Mulino, Bologna 2003, pp. 255-256.

[306] Cfr. PULITANÒ, D., *loc. cit*., p. 566.

[307] Scrive ETTORE GALLO nel 1994, riferendosi all'ergastolo: "*poco conta, sul piano dei princìpi, che siano stati introdotti accorgimenti per rendere possibile una liberazione dopo lunga espiazione, giacché non si tratta di emendamenti normativi alla pena ma di provvedimenti premiali che l'ergastolano deve meritare secondo l'accertamento discrezionale del giudice, e che perciò sono soltanto eventuali, dipendono dalla volontà altrui, e non è detto che siano dovuti. [...] Parimenti deve dirsi in ordine alla possibilità che l'ergastolo di fatto possa tradursi in pena temporanea, giacché, ammesso che in concreto ciò spesso si verifichi, non esclude l'astratta possibilità che, al contrario, il condannato rimanga in carcere per tutta la vita. Sicché, per sua natura, l'ergastolo non è compatibile con la finalità risocializzante della pena ex art. 27 comma 3 Cost.*". (GALLO, E., *Un primo passo per il superamento dell'ergastolo,* in Riv. it. dir. proc. pen., 1994, I, 1267, p. 1271).

[308] Sent. 27-28 aprile 1994 n. 168, in Giur. cost., 1994, 1254.

previsione dell'ergastolo per gli infradiciottenni, perché accomuna, per tale particolare istituto di indubbia gravità, nel medesimo contesto punitivo tutti i soggetti, senza tener conto della particolare condizione minorile"[309]. Nei confronti dei minorenni lo stesso fine rieducativo rivestirebbe un'importanza maggiore che nel caso di soggetti maggiorenni, così che neanche le svariate previsioni premiali collegate all'ergastolo basterebbero a renderlo conforme alla Costituzione[310]. Questa Sentenza, benché dettata dall'encomiabile volontà di lasciare ai soggetti minorenni uno spiraglio più grande verso la rieducazione ed il ritorno alla legalità, finisce con il legittimare una situazione di diseguaglianza fra i cittadini[311].

La pena inflitta: secondo i dati forniti dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria e riferiti al 31 Dicembre 2008, i condannati all'ergastolo o ad una pena detentiva superiore ai 20 anni corrispondono all'11,4% dei condannati definitivi presenti negli istituti penitenziari[312]. I dati dell'Associazione Antigone si occupano specificamente degli ergastolani, che sarebbero 1.357 e corrisponderebbero al 2,4% dei condannati totali[313].

---

[309] Sent. n. 168/1994, *loc. cit*., p. 1262.

[310] La necessità di una diversificazione di trattamento tra soggetti minori e maggiori d'età "*fa assumere all'art. 27, terzo comma, della Costituzione, relativamente a questi ultimi, un significato distinto da quello che, (...), è riferibile alla generalità dei soggetti quanto alla funzione rieducativa della pena. Questa funzione - data la particolare attenzione che deve essere riservata, in ossequio all'art. 31 della Costituzione, ai problemi educativi dei giovani - per i soggetti minori di età è da considerarsi, se non esclusiva, certamente preminente, per cui si manifesta un insanabile contrasto fra essa e le norme denunciate - e cioè l'art. 17 del codice penale, che elenca fra le pene che accedono ai reati quella dell'ergastolo, e l'art. 22 del codice stesso che caratterizza questa pena con la perpetuità - riferendosi entrambi alla generalità dei soggetti, senza escludere i minori"*. (C.Cost., Sent. 168/94, *loc. cit.,* p. 1262).

[311] Se da una parte infatti è vero che la convenzione di distinguere i cittadini fra maggiorenni e minorenni comporta necessariamente delle diversità trattamentali e giuridiche, è anche difficile sostenere che un ragazzo di diciannove anni appena compiuti abbia meno diritto ad un trattamento "rieducativo" rispetto ad un diciassettenne, suo eventuale complice in un reato.

[312] Tali dati sono stati rinvenuti sul sito del Ministero della Giustizia, D.A.P., all'indirizzo: http://www.giustizia.it/statistiche/statistiche_dap/det/detg52_pena_inflitta.htm, consultato il 25 luglio 2009. Non si sono rinvenuti dati relativi ai soli condannati all'ergastolo, che sono invece presenti nel rapporto dell'Associazione Antigone.

[313] Cfr. ASSOCIAZIONE ANTIGONE *(a cura di*), *In galera! V Rapporto sulle condizioni di detenzione in Italia*, L'Harmattan Italia, Torino 2008. Secondo tale rapporto il numero dei condannati ammonta a 54.605 persone, fra le quali 1.357 sconterebbero la pena dell'ergastolo. Fra queste cifre e quelle del DAP vi è uno scarto, dovuto, secondo il rapporto, al diverso mese del 2008 in cui i dati sono stati rilevati.

1.1.3. *La reclusione e l'arresto.*

La reclusione è la pena detentiva temporanea prevista per i delitti, mentre l'arresto è previsto per le contravvenzioni.

> *Art. 23 c.p. (Reclusione). La pena della reclusione si estende da quindici giorni a ventiquattro anni ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno.*
>
> *Il condannato alla reclusione, che ha scontato almeno un anno della pena, può essere ammesso al lavoro all'aperto.*
>
> *Art. 25 (Arresto). La pena dell'arresto si estende da cinque giorni a tre anni, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati o in sezioni speciali degli stabilimenti di reclusione con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno.*
>
> *Il condannato all'arresto può essere addetto a lavori anche diversi da quelli organizzati nello stabilimento, avuto riguardo alle sue attitudini e alle sue precedenti occupazioni.*

I limiti massimi previsti per queste due pene, rispettivamente ventiquattro e tre anni, sono invalicabili solo per il giudice nella scelta della pena da irrogare nel caso concreto, mentre il legislatore può fissare liberamente tali limiti: per questo motivo le pene previste per alcuni tipi di reati particolarmente gravi possono superarli[314]. Di fatto, l'arresto e la reclusione sottostanno alla stessa disciplina e tendono a distinguersi solo nominalmente, dal momento che gli istituti

[314] Cfr. PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, *loc. cit*., p. 41. L'esempio più classico di reato che disattende i limiti di pena fissati dal legislatore è quello del sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione, reato previsto dall'art. 289-*bis*, introdotto nel 1978: la pena per tale reato è fissata in 25 anni nel minimo e 30 nel massimo. Il limite massimo della reclusione, fissato in 24 anni, può inoltre essere oltrepassato quando alla pena che avrebbe dovuto essere inflitta accede un aumento dovuto ad una o più circostanze aggravanti, quando viene pronunciata una condanna unitaria per più reati attribuiti alla stessa persona o ancora quando si deve giudicare la stessa persona per un altro reato commesso anteriormente o posteriormente alla condanna. In ogni caso, tuttavia, tale limite non può oltrepassare i 30 anni. Per i meccanismi che regolano il cumulo delle pene detentive temporanee cfr. FASSONE, E., *Reclusione,* in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXXIX, Giuffrè, Milano 1988, pp. 145-146.

all'interno dei quali le due pene sono scontate spesso coincidono e che il trattamento si rivela nella pratica lo stesso: "Ferma restando la diversità di effetti giuridici tra reclusione ed arresto, si registra pertanto un sostanziale allineamento dei contenuti concreti delle pene detentive: ne è riprova la constatazione che la medesima sanzione sostitutiva può subentrare indifferentemente sia alla reclusione sia all'arresto (..), e lo stesso vale per le misure alternative (...)"[315]. Un'unica differenza fra i due istituti riguarda la disciplina della semilibertà, come vedremo.

La pena inflitta: dalla lettura delle statistiche, risulta che tra i condannati definitivi negli istituti penitenziari più della metà deve scontare una pena di durata inferiore ai sei anni: più precisamente, il 37,2 % di essi sconta una pena sotto i tre anni, mentre il 26,4% una pena dai tre ai sei anni[316]. In generale si registra in Italia un grande aumento dei condannati in espiazione di una pena detentiva, comminata soprattutto per reati contro il patrimonio (29,6% dei reclusi), reati contro la persona (16,4%) e reati in materia di stupefacenti (15,9%). Si calcola che tale incremento, tra il 1974 ed il 2003, si aggiri intorno al 187%: esso è di molto superiore, ad esempio, all'incremento della popolazione residente in Italia in quegli stessi anni (pari all'8% della popolazione)[317].

La popolazione penitenziaria è dunque molto nutrita: a dicembre 2008, il Dipartimento Amministrazione Penitenziaria calcolava che i detenuti fossero 58.127. L'associazione Antigone, nel suo annuale rapporto, che è invece aggiornato al febbraio 2009, scrive che i detenuti totali sono 60.036, mentre la capienza regolamentare degli istituti di pena ammonta a 43.102 posti[318].

---

[315] FASSONE, E., *Reclusione, loc. cit.*, p. 144.

[316] I dati, salvo diverse indicazioni, sono, d'ora in poi, quelli forniti dall'amministrazione penitenziaria, e pubblicati sul sito del Ministero della Giustizia, come nel caso dell'ergastolo.

[317] Cfr. DOLCINI, E., *Pene detentive, pene pecuniarie, pene restrittive della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, I, 95, p. 98.

[318] Tuttavia la stessa Associazione stima che tali istituti avrebbero una capienza "*tollerabile*" di 63.557 posti: cfr. la tabella sulla capienza degli istituti di pena e detenuti presenti, aggiornata al 26 febbraio 2009, elaborazione del centro studi di Ristretti Orizzonti su dati del Ministero della Giustizia - Dap, su http://www.osservatorioantigone.it/upload/images/975detenuti_26febbraio.pdf, consultato il 25 luglio 2009.

1.1.4. *La pena pecuniaria.*

La pena pecuniaria prevista per i delitti è la multa *(art. 24 c.p.)*, quella per le contravvenzioni è l'ammenda *(art. 26 c.p.)*. L'importo delle sanzioni pecuniarie è stato recentemente innalzato dalla legge n. 94 del 15 luglio 2009[319] recante disposizioni sulla sicurezza pubblica. Dopo la riforma, la pena della multa consiste nel pagamento allo Stato di una somma che va da 50 a 50.000 € (in precedenza da 5 a 5.164 €), mentre l'importo dell'ammenda è non inferiore a 20 € e non superiore a 25.000 € (prima l'ammenda era contenuta tra i 2 ed i 1032 €).

Ambedue le pene possono essere adempiute ratealmente in ragione delle condizioni economiche del condannato *(art 133 bis c.p., v. infra, punto 3 c))*.

Il legislatore ordinario disattende sistematicamente i limiti massimi di pena nella previsione delle norme di parte speciale[320]. In ogni caso, la legge n. 94/09 ha inciso anche sulla parte speciale, prevedendo che il Governo dovrà, attraverso l'adozione di più di decreti legislativi, occuparsi di innalzare sistematicamente l'importo di tutte le pene pecuniarie previste dalle norme di parte speciale, secondo dei precisi criteri di ragguaglio elencati all'art. 3, punto 65 della legge, lett. *a)-e)*.

Le pene pecuniarie possono essere previste sia in modo fisso sia proporzionale: le pene proporzionali, inoltre, non hanno alcun limite massimo *(art. 27 c.p.)*. Le pene *fisse* consistono in sanzioni comminate dalla legge in misura unica, e non attraverso l'individuazione di una cornice edittale: in tali ipotesi il giudice può aumentare o diminuire la pena in presenza di circostanze attenuanti o aggravanti, ma non può fare la valutazione discrezionale di cui all'art. 133 c.p. Ciò comporta l'impossibilità di individualizzare la pena, di adattarla all'autore del reato.

La Corte Costituzionale ha avuto occasione di occuparsi della questione con l'ormai nota Sent. n. 50 del 1980[321]. Interpellata per vagliare la legittimità di

---

[319] Legge 15 luglio 2009, n. 94, recante *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*, pubblicata sulla GU n. 170 del 24/07/2009 ed in vigore dal 08/08/2009.

[320] Solo a titolo esemplificativo si segnala che la multa prevista per il reato di *pornografia minorile* va dai 25.822 ai 258.228 € (art. 600-*ter* c.p.): tale somma, prima della riforma del 2009, superava le soglie massime della multa già nel minimo, ora le supera solo nel massimo. Le multe così alte sono frequenti nel caso di reati molto gravi contro la persona oppure di reati in materia finanziaria.

[321] C. Cost., Sent. n. 50 del 2-14 aprile 1980, in Riv. it. dir. proc. pen., 1981, I, 725. A questa Sentenza si è accennato poc'anzi, parlando dell'ergastolo. La disposizione oggetto della pronuncia

una norma che in presenza di una determinata violazione prevedeva una pena *fissa,* senza consentire al giudice di tener conto né della gravità del fatto né dei precedenti dell'imputato o del suo comportamento processuale[322], la Corte rigetta l'eccezione di incostituzionalità.

Nella motivazione, la Consulta tuttavia riconosce che le esigenze di individualizzazione espresse dall'art. 27 Cost. commi I e III richiedono un'articolazione del sistema sanzionatorio che renda possibile un adeguamento individuale: è già il legislatore, prima del giudice, che deve prevedere delle pene che si possano modellare sul caso concreto. Di conseguenza, la pena fissa sarà ammissibile ove essa risulti proporzionata, e dunque "congrua ancorché priva di elasticità. Ma ciò può avvenire solo in quanto la particolare struttura della relativa fattispecie la renda «proporzionata» all'intera gamma dei comportamenti tipicizzati"[323]. In sintesi, l'importanza di questa sentenza è insita nel fatto che la Corte, pur ammettendo che talvolta si possano prevedere le pene fisse, ribadisce che le pene edittali dovrebbero essere la regola nel nostro sistema sanzionatorio.

Quanto alle pene proporzionali, esse sono piuttosto rare nel codice penale, mentre si presentano con maggior frequenza nella legislazione speciale. Si suole distinguere due tipi di pene pecuniarie proporzionali[324]:

- pene pecuniarie proporzionali *proprie* (o pene a *proporzionalità costante*): l'importo finale è ottenuto moltiplicando un coefficiente indicato dalla norma per una entità variabile, ricavabile dalla fattispecie concreta (es.: la pena corrisponde al doppio dell'ammontare del tributo evaso);

---

era una norma della legge 5 maggio 1976, n. 313 che prevedeva, per la contravvenzione considerata, una pena pecuniaria ed una pena detentiva fisse.

[322] Si tratta della Sentenza n. 50 del 2-14 aprile 1980. In tale Sentenza la Corte fa riferimento ad un suo precedente costituito dalla Sent. n. 67 del 1963, ove essa aveva già "*dichiarato non fondate, con riferimento agli artt. 3 e 27, commi 1° e 3°, Cost., analoghe questioni di legittimità costituzionale di altra disposizione comminante una pena pecuniaria in misura fissa (art. 54 del d.l. 15 ottobre 1925, n. 1033), pur rilevando in motivazione come lo strumento più idoneo al conseguimento delle finalità della pena, e più congruo rispetto al principio d'uguaglianza, sia «la mobilità della pena, cioè la predeterminazione della medesima da parte del legislatore fra un massimo ed un minimo»*". C. Cost. Sent. 50/1980, in Riv. it. dir. proc. pen., 1981, 725, p. 733.

[323] PALIERO, C. E., *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1981, I, 726, p. 738.

[324] Tale distinzione è riportata da BROLI, L. – KING, F., *Art. 27*, in DOLCINI, E. – MARINUCCI, G., *Codice Penale Commentato*, vol. I, II Ed., Ipsoa 2006, p. 256. Si tratta di una distinzione dottrinale che però sembra aver preso piede anche in giurisprudenza e dal legislatore. Cfr. BROLI, L. – KING, F., *loc. cit.*, p. 257.

- pene pecuniarie proporzionali *improprie* (o pene a *proporzionalità progressiva*): si determinano moltiplicando una base monetaria indicata dalla legge per un coefficiente ricavabile dalla fattispecie concreta (si pensi ad una norma in materia di diritto del lavoro la cui violazione è sanzionata con l'ammenda di euro 50 per ogni lavoratore illegittimamente occupato e per ogni giornata di lavoro[325]).

Sia la pena fissa, sia quella proporzionale sollevano "perplessità di legittimità costituzionale: la pena pecuniaria fissa perché non consentirebbe di commisurarla alla personalità del condannato; quella proporzionale perché indeterminata nel massimo e quindi in contraddizione con il principio di legalità. La Corte Costituzionale ha comunque sempre rigettato come infondate tali eccezioni"[326]. Si deve però segnalare che anche la rigidità delle pene fisse può essere attenuata attraverso l'applicazione, in fase commisurativa, di circostanze aggravanti o attenuanti.

In effetti, la pena pecuniaria presenta molti aspetti contraddittori: benché la Corte Costituzionale, con la citata sentenza n. 12/66[327], abbia negato che essa sia in contrasto con l'art. 27 III della Costituzione, rimane il fatto della sua difficile conciliabilità con la finalità special-preventiva. Inoltre essa mal si armonizza anche con il principio di uguaglianza sostanziale dei cittadini, dal momento che non è mai calibrata con le capacità economiche del condannato. Ciononostante, "di fronte alle proposte ripetutamente avanzate di introdurre anche nel nostro sistema alcuni criteri capaci di commisurare l'entità della sanzione pecuniaria alle reali capacità contributive del condannato si è finito per dover soprassedere stante le peculiari caratteristiche del nostro sistema fiscale che non sembra in grado di assicurare certezza sui redditi"[328].

---

[325] E' questa la sanzione prevista per la contravvenzione dell'esercizio non autorizzato dell'attività di intermediazione nella manodopera, introdotta dall'art. 18 del d.lg. 276 del 2003 (c.d. *legge Biagi di riforma del mercato del lavoro*), successivamente modificata dal Decreto legislativo correttivo del 6 ottobre 2004, n. 251.

[326] PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, *loc. cit.*, p. 42.

[327] C. Cost., Sentenza n. 12 del 4 febbraio 1966, cfr. *Cap. I, punto 7.1.*

[328] PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, *loc. cit.*, p. 42. In particolare, il problema potrebbe essere risolto da un'introduzione, più decisa, anche nel nostro sistema, del c.d. *sistema delle quote giornaliere*, che appare più calibrato alle condizioni economiche del condannato, poiché se il numero delle quote è fissato dal legislatore entro una cornice edittale, l'importo delle quote sarà calcolato in ragione delle condizioni economiche del condannato. Tale sistema si ritrova oggi solo in alcune disposizioni sulla responsabilità da reato degli enti, sulla

Nella previsione originaria del codice, la pena pecuniaria non eseguita per insolvibilità del condannato si convertiva in una pena detentiva fino a tre anni, ma tale forma di conversione è stata dichiarata incostituzionale dalla Corte con sentenza n. 131/1979[329]. La Corte ha sostenuto, *in primis*, che la norma che prevedeva la conversione, l'art. 136 c.p., fosse in contrasto con il principio del finalismo rieducativo della pena, che ha portato, storicamente, ad una riduzione delle pene detentive brevi e ad una loro sostituzione con le pene pecuniarie. In secondo luogo, l'art. 136 c.p. lederebbe gravemente il principio di eguaglianza di tutti i cittadini, indipendentemente dalle loro condizioni economiche, tanto da far quasi rivivere l'istituto, ormai superato, della prigione per debiti[330].

Tale situazione fu superata con la legge di modifiche al sistema penale del 1981 che, modificando l'art. 136 c.p., prevede che le pene della multa e dell'ammenda non eseguite si convertono nelle pene sostitutive della libertà controllata e del lavoro sostitutivo, secondo i criteri di ragguaglio cui agli artt. 102 e seguenti della l. 689/81. I giorni di durata di queste sanzioni si computano in base all'ammontare della somma da pagare, ed è previsto un limite temporale massimo[331].

Quanto alla *pena pecuniaria inflitta*, si calcola che le condanne alla sola pena pecuniaria ammontassero nel 2003 al 47% del totale delle condanne, sia per delitto sia per contravvenzione: una percentuale molto al di sotto di altri paesi europei come l'Inghilterra o la Germania, ove tale percentuale si aggira intorno all'80%[332].

---

commisurazione della pena pecuniaria sostitutiva ed altre disposizioni isolate. La legge recante modificazioni in materia di sicurezza pubblica approvata il 2 luglio 2009 ha inoltre previsto la pena pecuniaria per quote per alcuni reati legati alla criminalità organizzata (*Art. 2, punto 29*). In materia di quote giornaliere cfr. PULITANÒ, D., *Diritto penale, cit.*, p. 590.

[329] Corte Cost., Sent. n. 131 del 21 novembre 1979, in Giur. cost., 1979, I, 1046.

[330] Cfr. NUVOLONE, P., *Pena* (dir. pen.), *op. cit.*, p. 800.

[331] Nel caso di conversione della pena pecuniaria nella misura della *semilibertà*: 12 Euro corrispondono ad un giorno, durata massima di un anno e sei mesi per la multa e di nove mesi per l'ammenda. Conversione nella sanzione del *lavoro sostitutivo*: ogni giorno di lavoro corrisponde a 25 Euro, durata massima della sanzione sessanta giorni. Tale soluzione ha retto al controllo di legittimità costituzionale, cfr. C. Cost., Sent. n. 108 del 7 aprile 1987, in Giur. cost., 1987, I, 802.

[332] Cfr. DOLCINI, E., *Pene detentive, pene pecuniarie, pene restrittive della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, I, 95, p. 98. Nella sua analisi, l'Autore fa riferimento, per quanto riguarda i dati italiani, alle Statistiche giudiziarie penali contenute negli Annuari Istat del 2005, i cui dati si riferiscono al 2003.

1.2 Le pene *accessorie*.

L'ordinamento italiano prevede che in presenza di determinati reati il giudice, accanto alle pene principali, infligga anche delle pene accessorie, che si aggiungono alla condanna e ne costituiscono gli *effetti penali*. Di regola le pene accessorie conseguono automaticamente alla sentenza di condanna, ma talvolta la loro applicazione è rimessa alla discrezionalità del giudice[333].

> *Art. 20 (Pene principali e accessorie). Le pene principali sono inflitte dal giudice con sentenza di condanna; quelle accessorie conseguono di diritto alla condanna, come effetti penali di essa.*

Per le pene accessorie manca il momento della commisurazione discrezionale del giudice, che invece caratterizza le pene principali: la durata delle pene accessorie temporanee, se non determinata dalla legge, è pari a quella della pena principale inflitta *(art. 37 c.p.)*, mentre se la pena è pecuniaria l'art. 135 c.p. fornisce i criteri di ragguaglio.

L'inosservanza delle prescrizioni della pena accessoria costituisce reato contro l'amministrazione della giustizia ai sensi dell'articolo 389 c.p.

Senza entrare nel dettaglio delle singole pene, previste dall'articolo 19 c.p. in un elenco peraltro non tassativo, si ricorderà che esse consistono principalmente in interdizioni di svolgere determinate professioni o attività, generalmente collegate alla natura del delitto commesso[334].

Da un lato, le pene accessorie sono molto interessanti sotto il profilo della politica criminale, perché astrattamente esse sembrano il metodo più adatto per

---

[333] Sono infatti numerose le disposizioni sia di parte generale sia di parte speciale del codice che prevedono discrezionalità del giudice non solo nel *quantum*, ma anche nell'*an* dell'applicazione delle pene accessorie. Cfr. PITTARO, P., *Le pene accessorie: un'introduzione*, in AA.VV., *Pene accessorie e sistema penale*, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Trieste, E.U.T, Trieste 2001, p. 8.

[334] Stabilisce l'art. 19 c.p.: *"I. Le pene accessorie per i delitti sono:1) l'interdizione dai pubblici uffici;2) l'interdizione da una professione o da un'arte;3) l'interdizione legale;4) l'interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese; 5) l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione;6) la decadenza o la sospensione dall'esercizio della potestà dei genitori. II. Le pene accessorie per le contravvenzioni sono:1) la sospensione dall'esercizio di una professione o di un'arte;2) la sospensione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese. III. Pena accessoria comune ai delitti e alle contravvenzioni e' la pubblicazione della sentenza penale di condanna. IV. La legge penale determina gli altri casi in cui le pene accessorie stabilite per i delitti sono comuni alle contravvenzioni."*Altre pene accessorie sono previste nelle leggi speciali. Per una introduzione sulle pene accessorie cfr. MENGHINI, A., *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo*, *cit*., pp. 69 ss.

impedire che un soggetto compia le stesse attività che l'hanno portato a delinquere, così da incarnare perfettamente la funzione di prevenzione speciale, ottenuta non attraverso un trattamento rieducativo ma attraverso degli specifici divieti comportamentali. I fatti però smentiscono questa teoria, poiché l'applicazione di tali pene "risulta svincolata da ogni valutazione finalistica. Pertanto è la natura meramente afflittiva – o se si vuole di censura sociale - che in ogni caso viene esaltata"[335]. Ciò sembra derivare direttamente dall'origine storica delle pene accessorie, che trovano la loro matrice nelle "pene c.d. infamanti dell'*ancient régime*: la pubblicazione della sentenza di condanna ricorda il libello e la gogna, l'interdizione legale e la perdita della capacità di testare la vetusta morte civile e le rimanenti incapacità penali lo stigma e l'esclusione sociale che accompagnavano la (...) condanna criminale"[336].

Proprio il fatto che le pene accessorie fossero originalmente concepite come infamanti, e probabilmente lo siano tuttora[337], rende difficile il discorso intorno al loro scopo. Generalmente si attribuisce loro la funzione di prevenzione generale. A ben vedere, infatti, poiché al giudice che applica la pena accessoria non è richiesto alcun giudizio sulla personalità del reo, appare difficile sostenere che esse abbiano una funzione di prevenzione speciale[338].

Gli interventi più recenti del legislatore, quali il d.lgs. n. 271 del 1981 che abroga l'applicazione provvisoria delle pene accessorie ed aumenta in generale le pene accessorie previste dalle norme di parte speciale[339] e la legge n. 19 del 7 febbraio 1990 che ha esteso la sospensione condizionale della pena anche alle

---

[335] PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *loc. cit.*, p. 44.
[336] PITTARO, P., *Le pene accessorie: un'introduzione*, *loc. cit.*, p. 12.
[337] Cfr. PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *loc. cit.*, p. 43, i quali sostengono che sarebbe opportuno che una riforma trasformasse le pene accessorie in pene principali, in modo da valorizzarne l'aspetto rieducativo e la neutralizzazione del reo rispetto al pericolo di recidività specifica.
[338] Cfr. PITTARO, P., *Le pene accessorie: un'introduzione*, *loc. cit.*, p. 11. In senso contrario, parte della dottrina ha recentemente messo in evidenza che in merito alle sanzioni accessorie che dipendono quale presupposto per la loro applicazione dalla modalità di realizzazione del reato si possa anche parlare di finalità spiccatamente specialpreventiva. Inoltre, a prescindere dal dibattito intorno all'applicabilità del dettato dell'art. 27 III Cost. anche alle pene accessorie, oltre che a quelle principali, si segnala che il raggiungimento di un punto fermo: tale articolo funge da garanzia minimale che vieta la configurazione di pene accessorie che, per struttura e contenuto, rendano impossibile il reinserimento sociale del condannato. Cfr. MENGHINI, A., *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo: una proposta de iure condendo*, Giappichelli, Torino 2008, p. 121.
[339] Sull'ampliamento delle della tipologia sanzionatoria ad opera del legislatore del 1981 cfr. LARIZZA, S., *Le pene accessorie: normativa e prospettive*, in AA.VV., *Pene accessorie e sistema penale*, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Firenze, E.U.T, Trieste 2001, pp. 25 ss.

pene accessorie possono essere letti sotto due differenti prospettive. Da un lato vi è che ci vede il tentativo del legislatore di trasformarle in pene meramente interdittive che in una prospettiva di riforma potrebbero essere elevate al rango di pene principali[340]; dall'altro lato queste modifiche sono state interpretate come una "*fuga*" dalle pene interdittive: "il nuovo corso impresso alle pene accessorie a partire dal 1988 è (...) tendente a ridurre, se non addirittura ad annullare, lo spazio di operatività di tali sanzioni, soprattutto di quelle utilizzate in chiave specialpreventiva"[341].

In teoria, le pene accessorie potrebbero costituire delle *credibili alternative alle pene detentive,* ma al momento attuale tale potenzialità non è adeguatamente sfruttata. In una prospettiva *de lege ferenda*, al fine di potenziarne l'aspetto rieducativo si propone di eliminare l'automatismo che caratterizza la loro applicazione e di concepirle come pene principali[342].

2. Le pene successivamente introdotte dal legislatore.

Fin dalla fine del secolo XIX[343], si sono diffuse le riflessioni di chi osservava come le pene detentive di breve durata fossero inutili per la società e non risolvessero i problemi di sovraffollamento del carcere, mentre invece si erano già resi necessari interventi deflattivi: "l'esperienza detentiva che si limiti ad un 'assaggio di carcere' si mostra inidonea a scopi special-preventivi positivi in quanto non consente l'attuazione di alcuna pratica trattamentale; nel contempo

---

[340] Cfr. PITTARO, P., *Le pene accessorie: un'introduzione*, loc. cit., p. 14. La proposta di trasformare le sanzioni interdittive in sanzioni principali è presente anche nell'opera di MENGHINI, A., *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo: una proposta de iure condendo*, *cit*., in particolare pp. 263 ss.

[341] LARIZZA, S., *Le pene accessorie: normativa e prospettive, loc. cit.,* p. 32.

[342] Cfr. LARIZZA, S., *Le pene accessorie: normativa e prospettive, loc. cit., p. 60.* D'altra parte, neanche i progetti di riforma del codice penale elaborati dalla Commissione Pagliaro e dalla Commissione Grosso, propongono di parificare le pene accessorie alle pene principali.

[343] Cfr. DOLCINI, E. – PALIERO, C. E., *Il carcere ha alternative?*, Giuffrè, Milano 1989, pp.1 ss. Gli Autori affermano che, volendo fissare una data convenzionale per l'inizio di questo dibattito, si potrebbe scegliere il 1864, anno in cui in Francia ARNOULD BONNEVILLE DE MARSANGY (magistrato francese) presentava il suo vasto programma di politica criminale, che era incentrato su di un drastico ridimensionamento della penalità detentiva. Proposte simili furono comunque avanzate da molti altri penalisti europei dell'epoca, ed erano motivate dalla consapevolezza del fallimento rieducativo delle sanzioni detentive brevi. Sostiene invece il contrario la c.d. *teoria della pena shock*, secondo la quale anche le pene brevi, se molto severe, avrebbero una forte funzione deterrente. Per un'analisi critica della *pena shock* cfr. DOLCINI, E. – PALIERO, C. E., *op. cit.*, p. 10.

esigenze di neutralizzazione contenute nel tempo non si palesano capaci di perseguire finalità di difesa sociale" [344]. Così, la necessità di economizzare la risorsa carceraria e la crisi della pena detentiva *breve* hanno favorito l'emergere di politiche di decarcerizzazione, aventi per oggetto principalmente le condanne a pene di durata contenuta nel tempo[345].

Le strategie adottate nei paesi occidentali per contenere il peso delle pene detentive brevi, sia sull'erario dello Stato sia sulla società, sono essenzialmente tre:

1) introduzione di *surrogati penali*, quali le sanzioni sostitutive e le misure alternative alla detenzione;

2) introduzione di misure *sospensive* della condanna ovvero dell'esecuzione della pena;

3) potenziamento dell'utilizzo della *pena pecuniaria*[346].

Sebbene le misure sospensive siano state quelle introdotte cronologicamente prima, si analizzeranno in questo capitolo prima le sanzioni sostitutive, poi quelle alternative, ed infine il meccanismo della sospensione condizionale della pena.

2.1 Le pene sostitutive della detenzione breve[347].

L'introduzione delle pene sostitutive, risalente alla legge 689/1981[348], obbedisce all'intento di contenere l'area della penalità detentiva, perseguendo una

---

[344] PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *loc. cit.*, p. 47.

[345] Benché sulla disfunzionalità della pena breve ci sia un consenso quasi unanime, non solo in Italia ma in tutta Europa, il concetto di *breve* non è univoco: c'è chi vi fa rientrare le pene fino a sei settimane (VON LISZT, *Programma di Marburgo*), chi allarga fino a tre mesi ed infine chi, come il legislatore italiano nel 1981, fa rientrare sotto questo concetto le pene fino ai sei mesi, salvo poi allargare la definizione alle pene fino ai due anni *(l. 134/1003)*. In merito cfr. DOLCINI, E. – PALIERO, C. E., *Il carcere ha alternative?*, *cit.*, pp. 4-5.

[346] Cfr. DOLCINI, E. – PALIERO, C. E., *Il carcere ha alternative?*, Giuffrè, Milano 1989, pp. 8 ss.

[347] Esiste in realtà nel nostro ordinamento anche una sanzione sostitutiva della pena pecuniaria non superiore a 516 €, ossia il *lavoro sostitutivo*, previsto agli artt. da 102 a 105 l. 689/81. Tale sanzione consiste nella prestazione di una attività non retribuita a favore della collettività e deve essere sempre richiesta dal condannato. Secondo l'analisi di PAVARINI "*nella pratica non risulta che questo istituto sia applicato*" (PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *loc. cit*., p. 50).

[348] Tale legge, recante *Modifiche al sistema penale*, ha introdotto le sanzioni sostitutive. I successivi interventi in materia, che hanno allargato il campo di applicazione di tali sanzioni, sono la *legge 12 agosto 1993, n. 296* ed in seguito la *legge 12 giugno 2003, n. 134.*

funzione di "prevenzione speciale in negativo: evitare o ridurre effetti di desocializzazione carceraria"[349].

Le pene sostitutive si possono ricondurre al *genus* delle pene principali di cui all'art. 20 c.p., poiché esse sono applicate dal giudice con la sentenza di condanna *(art. 53 l. 689/81).*Tuttavia esse, a differenza delle pene principali, non sono previste come pene edittali per specifici delitti di parte speciale, né sono oggetto di un autonomo giudizio di commisurazione: una volta che il giudice di cognizione ha stabilito quale sarebbe la pena detentiva applicabile nel caso concreto, egli *può scegliere* di operare la sostituzione con quella, fra le pene sostitutive teoricamente applicabili, che è più idonea al reinserimento sociale del condannato *(art. 53 ed art. 58 l. 689/81)*[350]. Al fine del giudizio sull'*an* della sostituzione si ricava, in forza del riferimento che l'art. 58 fa all'art. 133 c.p., che il giudice deve tener conto della gravità del reato e della capacità a delinquere del reo. "Il giudice dovrà dunque domandarsi se, in base alla capacità a delinquere dell'agente e alla stessa gravità del reato, la sanzione sostitutiva possa risultare meno desocializzante e, al contempo, sufficiente ad ammonire il condannato. Entrambi gli interrogativi dovrebbero di regola trovare risposta affermativa"[351]. Quanto al giudizio di idoneità della pena scelta fra le tre possibili, dall'interpretazione *a contrario* del comma II dello stesso art. 58 si deduce che il giudice deve scegliere una sanzione le cui prescrizioni saranno prevedibilmente rispettate dal condannato[352].

La possibilità di irrogare la sanzione sostitutiva sottosta a due ordini di condizioni: da un lato vi sono i limiti soggettivi, legati ai casi di recidiva

---

[349] PULITANÒ, D., *Diritto penale, cit.,* p. 586.

[350] Cfr. PULITANÒ, D., *Diritto penale, cit.,* p. 586. L'art. 58 I comma così recita: "*Il giudice, nei limiti fissati dalla legge e tenuto conto dei criteri indicati nell'art. 133 del codice penale, può sostituire la pena detentiva e tra le pene sostitutive sceglie quella più idonea al reinserimento sociale del condannato*".

[351] DOLCINI, E. – PALIERO, C. E., *Il carcere ha alternative?*, *cit.*, p. 229.

[352] Tale interpretazione si deve a PULITANÒ, D., *Diritto penale, cit.,* p. 586: secondo l'Autore, dato l'art. 58 II prescrive che il giudice "*Non può tuttavia sostituire la pena detentiva quando presume che le prescrizioni non saranno adempiute dal condannato*" se ne deduce che l'individuazione della sanzione sostitutiva più idonea dipende anche dalle concrete possibilità del destinatario di rispettare le specifiche prescrizioni. In ogni caso, l'operato del giudice può essere "tenuto sotto controllo" dall'obbligo di motivazione della scelta del tipo di pena irrogata, di cui all'ultimo comma dell'art. 58 l. 689/81. La motivazione rende più trasparente e controllabile l'esercizio del potere discrezionale nella scelta della sanzione sostitutiva. Cfr. FIANDACA, G. – MUSCO, E., *op. cit.*, p. 761.

qualificata o a svariate ipotesi in cui il soggetto sia già stato in precedenza sottoposto ad una sanzione alternativa o sostitutiva e non ne abbia rispettato le prescrizioni *(art. 59 l. 689/81, modificato da l. 134/2003)*. Dall'altro lato vi è la durata della pena detentiva inflitta, che vedremo essere di sei mesi, un anno o due anni a seconda del tipo di sanzione. I criteri di ragguaglio fra durata della pena detentiva e della sanzione sostitutiva sono fissati dall'art. 57 l. 689/81, cui si rimanda[353].

La normativa originaria prevedeva anche dei limiti oggettivi, che corrispondevano grossomodo alla commissione di reati particolarmente gravi, ma tali limiti sono stati rimossi dalla legge del 2003, che ha avuto l'effetto di allargare notevolmente l'ambito applicativo delle sanzioni sostitutive, anche grazie all'innalzamento delle soglie di pena sostituibile.

La pena sostitutiva potrà essere richiesta anche dallo stesso condannato nell'ambito dello speciale procedimento processuale di cui agli artt. 444 ss. c.p.p. che regola l'applicazione della pena su richiesta delle parti[354].

Il susseguirsi di interventi legislativi in materia di pene sostitutive ha creato una situazione un po' confusa: "questa espansione ha finito con il sovrapporre il campo di applicabilità delle sanzioni sostitutive a quello della sospensione condizionale e ad una parte del campo d'applicabilità dell'affidamento in prova al servizio sociale"[355]. In questo quadro le sanzioni sostitutive faticano a trovare il loro spazio, sì che non manca chi ne dichiara il fallimento, nel senso della loro quasi assoluta ineffettività, considerato che la giurisprudenza ritiene applicabile anche a tali pene la sospensione condizionale[356].

---

[353] Si ricordi che un giorno di pena detentiva corrisponde ad un giorno di semilibertà ed a due giorni di libertà controllata, mentre per la sostituzione della pena pecuniaria valgono le regole di cui all'art. 135 c.p. Le pene della semilibertà e della libertà controllata non rispettate si convertono nella pena detentiva sostituita per la durata della periodo ancora da espiare, mentre se la pena pecuniaria è inadempiuta valgono le regole generali per l'inadempimento della pena pecuniaria. Cfr. PULITANÒ, D., *Diritto penale, cit.,* pp. 587-588.

[354] Sui profili del patteggiamento ci si soffermerà in seguito. Per un primo sguardo sullo scenario dei rapporti fra patteggiamento e pene sostitutive cfr. PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *loc. cit.*, p. 50.

[355] PULITANÒ, D., *Diritto penale, cit.,* p. 587.

[356] Cfr. PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *loc. cit.*, p. 48, il quale porta qualche illuminante esempio di come generalmente il giudice, dovendo scegliere se applicare la sanzione sostitutiva o se sospendere condizionalmente la pena, quasi sempre preferisce la seconda opzione alla prima.

Si considererà ora la disciplina delle singole sanzioni sostitutive. A tal proposito si ricorda che la semidetenzione e la libertà controllata presentano alcuni elementi fissi, di cui rispettivamente agli artt. 55 e 56 l. 689/81, ed alcuni elementi che sono lasciati alla discrezionalità del magistrato di sorveglianza, il quale secondo l'art. 64 l. 689/81 può modificare le modalità di esecuzione della pena *per sopravvenuti motivi di assoluta necessità*[357].

2.1.1. *Sanzioni pecuniarie sostitutive (art. 57 co. II l.689/81).*

Si applicano quando la condanna in concreto non supera i due mesi di detenzione, e sottostanno al regime delle pene pecuniarie principali della multa e dell'ammenda, salvo deroghe espressamente previste dalla legge. Per la commisurazione della pena sostitutiva la legge 134/2003 ha introdotto il sistema del computo per tassi giornalieri, calibrato sulla capacità economica del condannato *(art. 53 co. II l. 689/81)*[358].

La pena inflitta: l'applicazione della pena pecuniaria sostitutiva costituisce la regola nel caso delle condanne alla detenzione inferiori a due mesi[359].

2.1.2. *La semidetenzione (art. 55 l.689/81).*

Tale pena può sostituire una condanna che non supera i due anni di pena detentiva, e consiste nell'obbligo di trascorrere in un apposito istituto penitenziario almeno dieci ore al giorno, determinate in relazione alle esigenze di lavoro o di studio del condannato. A ciò si aggiungono una serie di divieti ed interdizioni, quali ad esempio il divieto di detenere a qualsiasi titolo armi, munizioni ed esplosivi, la sospensione della patente di guida, il ritiro del passaporto, nonché la sospensione della validità, ai fini dell'espatrio, di ogni altro documento equipollente.

---

[357] Cfr. PULITANÒ, D., *Diritto penale, cit.,* p. 585.
[358] Nello specifico sul funzionamento del modello dei tassi giornalieri cfr. GOISIS, L., *La pena pecuniaria*, *cit.*, pp. 59-60 e 101 ss.
[359] Cfr. TURRINI VITA, R., *Riflessioni sul futuro dell'esecuzione penale*, in Rass. pen. e criminol., 2005, II-III, 55, p. 56.

La pena inflitta: i dati del Dipartimento Amministrazione penitenziaria registrano, al primo gennaio 2008, un totale di 4 soggetti ammessi alla semidetenzione.

2.1.3. *La libertà controllata (art. 56 l.689/81).*

La libertà controllata è la sanzione sostitutiva delle pene detentive fino ad un anno e consiste in varie limitazioni del diritto alla libera circolazione, tra cui il divieto di allontanarsi dal comune di residenza salvo autorizzazione concessa di volta in volta, l'obbligo di presentarsi almeno una volta al giorno presso il locale ufficio di pubblica sicurezza o, in mancanza di questo, presso il comando dell'Arma dei carabinieri territorialmente competente; il divieto di detenere armi, munizioni ed esplosivi, nonché la sospensione della patente di guida e il ritiro del passaporto.

La pena inflitta: secondo le statistiche dell'Amministrazione penitenziaria sono 127 i soggetti in libertà controllata al 1° gennaio 2008[360].

2.1.4. *L'espulsione dello straniero privo di permesso di soggiorno*

Il c.d. *Testo unico sull'immigrazione*, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, introduce all'art. 16 la nuova sanzione dell'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione[361]. Tale disposizione è stata in seguito modificata dalla legge 189/2002 *(c.d. Bossi-Fini)*, e dalla legge 15 luglio 2009, n. 94, ossia il più recente dei numerosi *pacchetti sicurezza*.

L'art. 16 prevede che il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna o nell'applicare la pena ex art. 444 c.p.p. per un reato non colposo nei confronti dello straniero privo del permesso di soggiorno, quando ritiene di dovere irrogare la pena detentiva entro il limite di due anni (e non ricorrono le condizioni per

[360] Dati relativi al 2005 riportano cifre più alte, corrispondenti a 58 persone punite con la semidetenzione e 645 con la libertà controllata. Si tratta tuttavia comunque di cifre modestissime, in rapporto alle condanne pronunciate. Cfr. TURRINI VITA, R., *Riflessioni sul futuro dell'esecuzione penale*, in *loc. cit.*, p. 56.

[361] L'espulsione è *sostitutiva* quando inflitta dal giudice di cognizione in luogo della sanzione detentiva contenuta nel limite di due anni, mentre è *alternativa* alla detenzione quando è ordinata dal Magistrato di Sorveglianza, durante l'esecuzione della pena. Cfr. CANEPA, M. – MERLO, S., *Manuale di diritto penitenziario,* VII Ed. Giuffrè, Milano 2004, p. 357.

ordinare la sospensione condizionale della pena) può sostituire la pena detentiva con la misura dell'espulsione per un periodo non inferiore a cinque anni[362]. L'espulsione non può essere disposta se ricorrono le condizioni ostative all'espulsione, come ad esempio se è necessario prestare soccorso allo straniero, fare accertamenti supplementari sulla sua identità o nazionalità, se mancano i documenti per il viaggio o un vettore o altro mezzo di trasporto idoneo *(art. 14 T.U. immigrazione)*.

2.2 Le misure alternative alla detenzione *(rinvio)*.

Le prime misure alternative alla detenzione, vale a dire l'affidamento in prova al servizio sociale e la semilibertà, sono state introdotte dalla legge di riforma dell'Ordinamento Penitenziario del 1975. Nell'ottica di questa riforma, si prevedeva che il soggetto condannato ad una pena detentiva potesse espiare la pena in un ambito diverso da quello carcerario, ma solo dopo aver sofferto un periodo all'interno di una struttura penitenziaria. Le misure alternative in origine non erano pertanto volte "ad impedire l'inizio dell'esecuzione carceraria, ma solo a modificarne il contenuto una volta che essa si sia protratta per un certo periodo. In questo senso si può quindi parlare di misure alternative *dallo stato detentivo*"[363].

La legge *Gozzini* (1986) è fortemente intervenuta sull'impianto generale dell'ordinamento penitenziario, introducendo la misura della detenzione domiciliare e prevedendo la possibilità di applicare le misure alternative fin dallo stato di libertà, così che ora, anche grazie alle ulteriori modifiche introdotte dalla legge *Simeone* (1998), si può affermare che si è creato un secondo e distinto circuito di misure alternative *dalla libertà*. "Il duplice percorso di alternatività finisce così per rispondere a due distinte logiche di politica criminale: in un caso – attraverso le misure alternative dallo stato di libertà – si risparmia l'esperienza carceraria per i condannati ad una pena medio-breve, compresa – a seconda delle ipotesi – al di sotto dei due o quattro anni; nell'altro caso – attraverso i benefici penitenziari dello stato detentivo – si consente, in una logica di trattamento

---

[362] Cfr. DOLCINI, E., *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in DOLCINI, E. – PALIERO, C. E., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, *cit.*, p.1086.
[363] PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *loc. cit.*, p. 51. Il corsivo nella citazione è di chi scrive.

progressivo, che la parte terminale di pene carcerarie medio-lunghe possa essere in tutto o in parte sofferta al di fuori delle mura del carcere"[364].

La *pena inflitta* può dunque consistere direttamente in una misura alternativa alla detenzione: così è per l'affidamento in prova ordinario e speciale, la detenzione domiciliare ed in parte la semilibertà. Al contrario, la liberazione anticipata e quella condizionale operano unicamente nella fase terminale delle pene detentive. A differenza delle sanzioni sostitutive, però, le misure alternative alla detenzione non sono applicate con la sentenza di condanna a pena detentiva, ma successivamente ad essa, e sono di competenza del Tribunale di sorveglianza, non del giudice del processo di cognizione[365]. Si tratta dunque di misure che vengono sempre in rilievo al momento dell'*esecuzione* della pena.

La procedura per la concessione di tali misure viene attivata dopo che il giudice del Tribunale penale di cognizione ha emesso la sentenza di condanna: ove sussistano i requisiti oggettivi (generalmente la pena deve rientrare in una soglia minima) e soggettivi (sono spesso esclusi dalla concessione delle misure alternative i soggetti recidivi, o quelli che hanno compiuto reati particolarmente gravi) il condannato può fare richiesta al Tribunale di sorveglianza competente per quel foro di essere ammesso alla misura senza passare per il carcere.

Le vicissitudini relative alle singole misure alternative si analizzeranno nel dettaglio nel Capitolo III di questo lavoro, dedicato alla *pena eseguita*; in questa sede preme solamente evidenziare a grandi linee a quali misure si può accedere *dallo stato di libertà*.

- *l'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 ord. pen.):* può esservi ammesso il soggetto condannato ad una pena detentiva non superiore ai tre anni che dopo la commissione del reato abbia tenuto un comportamento tale da far

[364] PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *loc. cit.*, p. 51.
[365] Le procedure di accesso a tale misura sono regolamentate dall'art. 656, V co. c.p.p., che prevede che il PM sospenda automaticamente l'esecuzione della pena e che il condannato abbia trenta giorni per presentare istanza di ammissione al provvedimento. Cfr. PULITANÒ, D., *Diritto penale, cit.*, p. 571.

ritenere che la misura alternativa contribuisca alla sua rieducazione e assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati[366].

Dal punto di vista procedurale, la concessione dell'affidamento in prova è quasi *automatica*: l'art. 656 c.p.p. prevede infatti che sia il pubblico ministero a sospendere l'esecuzione della pena detentiva, per concedere al condannato di presentare l'istanza di concessione della misura[367].

- *la detenzione domiciliare:* l'istituto nasce per consentire l'espiazione della pena presso il proprio domicilio o in una casa di cura a soggetti condannati alla pena dell'arresto ovvero della reclusione *non superiore a quattro anni* che, per seri motivi di salute o di famiglia, avrebbero incontrato particolari difficoltà a risiedere in un istituto di reclusione.

A questa ipotesi di detenzione domiciliare *umanitaria* si aggiunge nel 1998 la previsione della detenzione domiciliare biennale per i condannati a pene *non superiori ai due anni*, che non possiedono i requisiti per l'affidamento in prova al servizio sociale, alla sola condizione che tale misura sia idonea ad evitare il pericolo della recidiva[368]. A tale epoca risale anche l'introduzione della detenzione domiciliare *sostitutiva del rinvio di esecuzione della pena,* che prevede che il tribunale di sorveglianza può concedere la misura nei casi in cui opererebbe il rinvio facoltativo o obbligatorio della esecuzione della pena ex artt. 146 e 147 c.p., a prescindere dalla durata della pena.

Infine, la legge n. 251/2005 (ex-Cirielli) ha allargato l'ambito di applicabilità della misura anche alla persona che al momento dell'inizio dell'esecuzione della pena, o in un momento successivo, abbia compiuto i settanta anni, con alcune esclusioni *ratione personae*.

- *la semilibertà (art. 50 I ord. pen.):* possono esservi ammessi *dalla libertà* i condannati alla pena dell'arresto in ogni caso e della reclusione non superiore ai

---

[366] Dal punto di vista contenutistico, questa misura si caratterizza per richiedere al condannato, che si trova in stato di libertà, il rispetto di determinate prescrizioni in ordine ai suoi rapporti con il servizio sociale, alla dimora, alla libertà di locomozione ed ai divieti di frequentazione di determinati luoghi *(art. 47 Ord. pen., co. III e V).*

[367] Cfr. PULITANÒ, D., *Diritto penale, cit.*, p. 572.

[368] Per una riflessione sugli *scopi* della pena della detenzione domiciliare biennale si rimanda a *infra*, *Cap. III*.

sei mesi, sempre che il condannato non sia affidato in prova al servizio sociale. Il primo comma dell'art. 50 ord. pen. stabilisce infatti espressamente la prevalenza di quest'ultima misura, più favorevole, sulla semilibertà, che ha un contenuto afflittivo più marcato.

Nei fatti, però, non sempre l'affidamento in prova prevale, sia per ragioni logiche, sia per motivi di coerenza sistematica, così che talvolta il giudice, soprattutto nel caso di pene detentive inferiori ad un mese, applica al suo posto la semilibertà[369].

2.3. Le pene che possono essere applicate dal giudice di pace.

Il Decreto Legislativo 28 agosto 2000, n. 274 contiene la disciplina del procedimento penale per i reati di competenza del giudice di pace, cioè per quelle situazioni di microconflittualità individuale che non sono particolarmente complesse quanto al loro accertamento e che si prestano a soluzioni conciliative e risarcitorie[370]. La competenza per materia del giudice di pace riguarda i reati menzionati dall'art. 4 d.lgs. 274/2000: l'elenco di cui a questo comma è stato modificato più volte, da ultimo con la legge del 24 luglio 2008, n. 125 e con la legge del 15 luglio 2009, n. 94[371]. Sono questi, si ricorderà, i due più recenti interventi del legislatore in materia di sicurezza pubblica.

Ai nostri fini interessa rilevare che il d.lgs. 274/2000 all'art. 52 si occupa delle sanzioni che può infliggere il giudice di pace: ove la norma di parte speciale preveda la multa o l'ammenda, continueranno ad applicarsi le pene pecuniarie

---

[369] Alla base di questa prassi vi sono in primo luogo le ragioni logiche che impongono di applicare la semilibertà, e non l'affidamento, nel caso di condanna a pena detentiva per una durata contenuta nell'arco di un mese: in tal caso, ove non sia possibile concedere direttamente l'affidamento in prova senza osservazione in carcere per insussistenza dei requisiti richiesti dall'art. 47 III, è chiaro che richiedere un mese di osservazione non ha senso, così che sarà da preferirsi l'applicazione della semilibertà. In secondo luogo vengono in rilievo motivi di coerenza sistematica con l'apparato delle sanzioni sostitutive: nel caso in cui il giudice di cognizione abbia ritenuto di non applicare la sanzione sostitutiva della semidetenzione, infatti, appare contraddittorio che il giudice dell'esecuzione, disattendendone le valutazioni, disponga l'affidamento in prova, misura molto meno incisiva della semidetenzione. Di conseguenza, sarà più coerente con le valutazioni del giudice di cognizione che egli applichi, eventualmente, la semilibertà. Cfr. PRESUTTI, A., *Art. 50,* in GREVI, V. – GIOSTRA, G. – DELLA CASA, F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, pp. 639-640.

[370] Sulla competenza penale del giudice di pace cfr. LOZZI, G., *Lezioni di procedura penale*, VII Ed., Giappichelli, Torino 2008, pp. 607.

[371] Tale legge ha attribuito alla competenza del giudice di pace il nuovo reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato *(art. 10-bis D.Lgs. 286/98)*, ed ha inoltre introdotto un procedimento di presentazione immediata a giudizio davanti a questo giudice, possibile in casi particolari *(Art. 1, punto 17 l. 15 luglio 2009, n. 94).*

vigenti. Se invece il reato devoluto alla competenza del giudice di pace potrebbe essere punito con pena detentiva, l'art. 52 prevede al comma II che in luogo della pena della reclusione o dell'arresto si applicano la pena della multa o dell'ammenda ovvero le nuove sanzioni della permanenza domiciliare ed il lavoro di pubblica utilità. Tale articolo enuncia anche i criteri per la conversione della pena, stabilendo quali sono le corrispondenze fra giorni di pena detentiva e durata delle nuove sanzioni. Alternativamente, si prevede in molti casi che la pena detentiva può essere sostituita con una pena pecuniaria[372]. A differenza che per tutti gli altri tipi di sanzioni, anche sostitutive o alternative, la legge prevede che sia non il magistrato di sorveglianza, bensì il giudice di pace stesso ad avere la competenza sull'esecuzione della pena, ed a dover provvedere nel caso in cui si rendano necessarie modifiche al regime sanzionatorio imposto[373].

Le pene applicabili dal giudice di pace non possono essere convertite nelle sanzioni sostitutive di cui alla l. 689/81 *(v. supra, sub.a)),* né sospese condizionalmente. Il primo limite si fonda sul fatto che i due tipi di sanzioni hanno un contenuto molto vicino tra loro, il secondo muove dalla constatazione che "in una riforma che si fonda sulla rinuncia alla pena detentiva e sulla valorizzazione delle possibilità di conciliazione, (...) il ricorso alla sospensione condizionale della pena avrebbe oltremodo pregiudicato la funzione dissuasiva delle sanzioni applicate dal giudice di pace"[374]. La legge n. 94/2009 prevede infine che anche il giudice di pace può applicare la misura sostitutiva

---

[372] Art. 52 d.lgs. 274/00. co. II: "*Per gli altri reati di competenza del giudice di pace le pene sono così modificate: a) quando il reato è punito con la pena della reclusione o dell'arresto alternativa a quella della multa o dell'ammenda, si applica la pena pecuniaria della specie corrispondente da € 258 a € 2.582; se la pena detentiva è superiore nel massimo a sei mesi, si applica la predetta pena pecuniaria o la pena della permanenza domiciliare da sei giorni a trenta giorni ovvero la pena del lavoro di pubblica utilità per un periodo da dieci giorni a tre mesi;b) quando il reato è punito con la sola pena della reclusione o dell'arresto, si applica la pena pecuniaria della specie corrispondente da € 516 a € 2.582 o la pena della permanenza domiciliare da quindici giorni a quarantacinque giorni ovvero la pena del lavoro di pubblica utilità da venti giorni a sei mesi;c) quando il reato è punito con la pena della reclusione o dell'arresto congiunta con quella della multa o dell'ammenda, si applica la pena pecuniaria della specie corrispondente (…)3. Nei casi di recidiva reiterata infraquinquennale, il giudice applica la pena della permanenza domiciliare o quella del lavoro di pubblica utilità, (…).4. […].*"

[373] Cfr. MARZADURI, E., *Procedimento penale davanti al giudice di pace*, in CONSO, G. – GREVI, V., *Compendio di procedura penale*, III Ed., Cedam, Padova 2006, p. 1103.

[374] MARZADURI, E., *Procedimento penale davanti al giudice di pace*, *loc. cit.*, p. 1105.

dell'espulsione dello straniero irregolare, ove ne ricorrano i presupposti di cui all'art. 16 del T.U. sull'immigrazione[375].

2.3.1. *La permanenza domiciliare*

Tale pena è prevista dall'art. 53 d.lgs. 274/2000 e comporta l'obbligo di rimanere presso la propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in un luogo di cura, assistenza o accoglienza nei giorni di sabato e domenica. Il giudice, avuto riguardo alle esigenze familiari, di lavoro, di studio o di salute del condannato, può disporre che la pena venga eseguita in giorni diversi della settimana ovvero, a richiesta del condannato, continuativamente. La durata della permanenza domiciliare non può essere inferiore a sei giorni né superiore a quarantacinque. Il condannato non è considerato in stato di detenzione e il giudice può altresì imporgli il divieto di accedere a specifici luoghi, in base alla sua valutazione della capacità a delinquere del colpevole desunta dai criteri di cui all'art. 133 co. II c.p.

2.3.2. *Il lavoro di pubblica utilità*

L'art. 54 d.lgs. 274/00 stabilisce che tale pena può essere applicata solo su richiesta dell'imputato. Il lavoro di pubblica utilità non può essere inferiore a dieci giorni né superiore a sei mesi e consiste nella prestazione di attività non retribuita in favore della collettività da svolgere presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni o presso enti o organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato. Salvo che il condannato ne richieda un aumento, le ore settimanali di lavoro sono fissate dalla legge a sei, da svolgersi con modalità e tempi che non pregiudichino le esigenze di lavoro, studio, famiglia e salute del condannato. In ogni caso egli non può lavorare per più di otto ore al giorno.

La pena inflitta: nell'impossibilità di reperire dei dati su scala nazionale, ci si limiterà a fare riferimento ad alcune rilevazioni locali, che indicano che nella prassi dei giudici di pace di Milano e Napoli si applica prevalentemente la pena

[375] L'art. 1, punto 17 lett. d) della legge 15 luglio 2009, n. 94, *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica* (GU n. 170 del 24/07/2009) inserisce nel d.lgs. 274/2000 un articolo 62-*bis*, rubricato "*Espulsione a titolo di sanzione sostitutiva*".

pecuniaria. Molto rara è l'applicazione della permanenza domiciliare, mentre nella prassi napoletana non c'è traccia del lavoro di pubblica utilità, marginalmente presente a Milano a partire dal 2003[376].

Un'analisi delle Sentenze emanate negli ultimi anni dai giudici di pace operanti nella Province Autonome di Trento e Bolzano conferma questa tendenza. Dal 2006 la pena della permanenza domiciliare è stata inflitta solamente in tre casi[377], mentre quella del lavoro sostitutivo risulta richiesta una sola volta dal pubblico ministero e mai applicata.

Va tuttavia considerato che molte delle sentenze recentemente depositate hanno per oggetto fatti avvenuti in data antecedente al 2 maggio 2006, così che la pena inflitta dev'essere dichiarata estinta per effetto dell'indulto previsto dall'art. 1 della Legge n. 241 del 2006, sempre che si verifichino tutte le condizioni richieste da tale legge. La consapevolezza dell'*effetto indulto* potrebbe dunque costituire, per il giudice di pace, un disincentivo a convertire la pena pecuniaria in una delle due nuove sanzioni, perché il risultato pratico è sempre quello dell'estinzione della pena.

Ma anche la situazione precedente al 2006 non si discosta dal trend degli anni successivi all'indulto: dati della Direzione generale di Statistica del Ministero della Giustizia riportano che nel 2004 sono state pronunciate dal giudice di pace 225 condanne al lavoro di pubblica utilità. Il dato è parziale, perché alcuni distretti non hanno fornito alcun dato, ma "anche raddoppiando il numero la marginalità dell'istituto appare evidente"[378].

---

[376] Cfr. DOLCINI, E., *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in DOLCINI, E. – PALIERO, C. E., *op. cit.*, p. 1101. Tale opera tiene conto dei dati disponibili nel 2004.

[377] Giudice di pace di Rovereto, Sent. 132/07 del 10/07/2007, Giudice di pace di Pergine Valsugana, Sent. 23/08 del 07/10/2008 e Giudice di pace di Bressanone, Sent. 21/08 del 01/12/2008, su http://www.giurisprudenzadipace.taa.it/ricerca.php, consultato il 3 settembre 2009.

[378] TURRINI VITA, R., *Riflessioni sul futuro dell'esecuzione penale*, in *loc. cit.*, p. 56. L'Autore segnala che, dopo l'entrata in vigore del decreto, i Presidenti dei Tribunali italiani si sono adoperati per stipulare delle convenzioni che permettono il concreto esperimento del lavoro presso gli organi e gli enti individuati dal D.Lgs. 274/00. Al 28 novembre 2005 erano state stipulate 782 convenzioni, più dei condannati al lavoro sostitutivo.

3. La "prima fase" della commisurazione della pena[379].

Il giudice del processo di cognizione, una volta che ha accertato qual è il reato integrato dal comportamento del soggetto, deve compiere una scelta in ordine alla *durata* e talvolta al *tipo* di pena da irrogare nel caso concreto. Sia che si tratti di una sanzione pecuniaria, sia che si tratti di una pena detentiva, il *quantum* di pena è di regola stabilito dalla legge sotto forma di un limite *minimo* ed un limite *massimo*, e talvolta la norma prevede più sanzioni *alternativamente irrogabili*. "Si definisce commisurazione della pena la determinazione, da parte del giudice, della quantità di pena da infliggere in concreto al reo tra il minimo ed il massimo edittali, come pure, la scelta del tipo di sanzione da applicare per il reato commesso. Nello scegliere la pena adatta al caso concreto, il giudice esercita un *potere discrezionale*"[380].

In dottrina si suole definire il primo momento della determinazione come commisurazione *in senso stretto*, mentre in riferimento alla scelta del tipo di sanzione si parla di commisurazione *in senso lato*[381].

La concreta irrogazione della pena è affidata all'autorità giudiziaria poiché è chiaro che il legislatore non è in grado di fissare in linea generale ed astratta tutte le sfumature di valore o di disvalore del singolo episodio criminoso, e solo il giudice di cognizione ha gli strumenti per determinare qual è la pena più adatta al caso concreto, in ossequio ad esigenze di individualizzazione della sanzione, anch'esse di derivazione costituzionale.[382].

---

[379] In materia di commisurazione della pena, le opere più importanti, riprese da molte delle trattazioni manualistiche, sono DOLCINI, E., *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1974, 338, dello stesso Autore, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Cedam, Padova 1979 e *La commisurazione della pena tra teoria e prassi,* in Riv. it. dir. proc. pen., 1991, 55 e PAGLIARO, A., *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1981, I, 25.

[380] FIANDACA, G. – MUSCO, E., *Diritto penale – Parte generale*, *cit*., pp. 741-742.

[381] Cfr. PULITANÒ, D., *op. cit*., pp. 528 ss., e MENGHINI, A., *Sistemi sanzionatori a confronto*, in FORNASARI, G. – MENGHINI, A., *Percorsi europei di diritto penale, cit*., pp. 155 ss. La commisurazione *in senso lato* si concreta nella scelta tra più pene principali alternativamente applicabili nel caso concreto, ovvero tra pene principali e pene sostitutive, ovvero ancora tra le varie modalità esecutive con riferimento alle misure alternative alla detenzione.

[382] Cfr. NUVOLONE, P., *Pena* (dir. pen.) *loc. cit*., pp. 806-807. La necessità che la sanzione sia individualizzata si fa derivare direttamente dal dettato costituzionale: in particolare, ciò è richiesto dal principio di uguaglianza materiale, secondo il quale fatti diversi devono essere trattati diversamente, e dai principi di personalità della responsabilità penale e di rieducazione del condannato, rispettivamente previsti dai commi primo e terzo dell'art. 27. Cfr. KING, F., *Art. 132*,

L'attribuzione al giudice di un potere di scelta della misura concreta della sanzione risulta, peraltro, compatibile con il rispetto del principio di legalità riferito non solo al precetto penale, ma anche alle conseguenze sanzionatorie. Nel difendere la legittimità dell'art. 132, la Corte Costituzionale ha escluso che il principio di legalità sia di ostacolo all'attribuzione all'organo giudicante di un adeguato ambito di discrezionalità, ricompreso nella cornice edittale, proprio perché ciò risponde all'esigenza di rendere veramente personale la responsabilità penale e di determinare una pena il più possibile tendente alla rieducazione del condannato[383].

In ogni caso, i limiti edittali non devono essere né eccessivamente dilatati, cosa che consentirebbe di eludere nella sostanza il principio di legalità, né indeterminati, sia pure solo nel massimo[384].

3.1. Il potere discrezionale del giudice nella prima fase di commisurazione.

Il potere discrezionale concesso al giudice nel momento della commisurazione è riconosciuto in maniera esplicita dall'art. 132 c.p.

> *Art. 132 c.p. (Potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena: limiti). Nei limiti fissati dalla legge, il giudice applica la pena discrezionalmente; esso deve indicare i motivi che giustificano l'uso di tale potere discrezionale. Nell'aumento o nella diminuzione della pena non si possono oltrepassare i limiti stabiliti per ciascuna specie di pena, salvi i casi espressamente determinati dalla legge.*

Si discute in dottrina se tale potere discrezionale debba considerarsi *libero* oppure *vincolato*, e la seconda opzione è quella nettamente prevalente[385]. Essa si

---

in DOLCINI, E. – MARINUCCI, G. *(a cura di)*, *Codice penale commentato*, Vol. I, II Ed., Ipsoa 2006, p. 1260.

[383] La Sentenza della Corte Costituzionale più importante in materia, peraltro già trattata *sub Cap. I*, è la 50/80.

[384] Per le questioni legate al rispetto del principio di legalità cfr. il sunto delle sentenze della Corte Costituzionale in materia in *Cap. I, punto 4 a)*.

[385] Cfr. FIANDACA, G. – MUSCO, E., *Diritto penale – Parte generale, cit.*, p. 742, MENGHINI, A., *Sistemi sanzionatori a confronto, cit.*, p. 155, PULITANÒ, D., *Diritto penale, cit.*, p. 529,

fonda sulla constatazione che il giudice penale, nell'irrogare la pena, va incontro a "limiti legislativamente predeterminati"[386].

Tali limiti sarebbero costituiti in primo luogo dal quadro edittale della pena, in secondo luogo dalla previsione esplicita dei criteri di commisurazione della pena di cui all'art. 133 c.p., ed infine dall'obbligo di motivazione previsto dall'art. 132 c.p., il quale costringerebbe il giudice a dar conto delle sue decisioni e renderebbe possibile un controllo giurisdizionale sull'esercizio dei poteri discrezionali[387].

Tuttavia, un'analisi della prassi rileva come i limiti di tale discrezionalità assumano sovente dei contorni piuttosto sfumati[388].

Nella realtà, infatti, si rileva *in primis* che l'importanza dell'obbligo di motivazione di cui all'art. 132 è costantemente svilita da una prassi giurisprudenziale che "riduce al minimo la motivazione sulla pena, ridotta spesso a formule di stile (visto l'art. 133 c.p., si considera equa la pena di...): *formulette pigre* che nulla dicono sul concreto processo di valutazione e sulle effettive ragioni della decisione"[389]. Ne consegue che i giudici possono limitarsi ad affermare che essi ritengono *congrua* una certa pena, senza dover entrare più nello specifico della scelta: questo atteggiamento è tendenzialmente avallato dalla Corte di Cassazione, che tende a fornire interpretazioni assai riduttive dell'obbligo di motivazione di cui all'art. 132, accontentandosi appunto di tali *formulette*[390] e

---

MARINUCCI, G. – DOLCINI, E., *Manuale di diritto penale – Parte generale*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 402 ss., i quali scrivono: "*Attraverso la normativa contenuta negli artt. 132 e 133 c.p. il legislatore prende altresì posizione – in modo implicito, ma netto - sul dibattuto problema relativo al carattere libero o vincolato della discrezionalità penale, optando per la seconda alternativa. [...] il codice del '30 ha dunque inteso configurare la discrezionalità nella commisurazione della pena come realizzazione nel caso concreto dei giudizi di valore già espressi dalla legge, dettando direttive per il giudice e tentando di assoggettare le sue scelte ad un controllo di legittimità*" (*op. cit*., p. 402).

[386] FIANDACA, G. – MUSCO, E., *Diritto penale – Parte generale*, *cit*., p. 742.

[387] L'obbligo di motivazione è garanzia di oggettività e legalità, benché esso costringa il giudice a motivare una sua determinata scelta, e mai a spiegare per quale motivo egli ha escluso un'altra soluzione astrattamente possibile: cfr. NUVOLONE, P., *Pena* (dir. pen.) *loc. cit*., p. 806.

[388] E' questa ad esempio l'opinione di FIANDACA, G. – MUSCO, E., *Diritto penale – Parte generale*, *cit*., p. 742, i quali rilevano come, nei fatti, il potere discrezionale del giudice si riveli quasi illimitato.

[389] PULITANÒ, D., *op. cit*., pp. 529-530.

[390] Cfr. MARINUCCI, G. – DOLCINI, E., *Manuale di diritto penale – Parte generale*, *cit.*, p. 403, che fra le formule ricordano espressioni come "*pena congrua*", "*pena adeguata*", "*pena equa*", che si limitano a richiamare gli articoli 132 e 133 e nulla dicono sul caso specifico. In generale, la giurisprudenza non richiede mai che si faccia un richiamo a tutti i criteri indicati dall'articolo 133, ma ritiene sufficiente che il giudice citi quelli, tra questi elementi, che hanno avuto un ruolo

richiedendo che si utilizzino motivazioni specifiche, più in accordo con gli elementi obiettivi acquisiti agli atti, solamente nel caso in cui la pena irrogata sia superiore al medio edittale.

Si legge ad esempio in una sentenza della Corte che "il giudice, qualora reputi di irrogare una pena molto elevata e prossima al massimo edittale, deve indicare esplicitamente e dettagliatamente i motivi della sua decisione, con specifico riferimento alle modalità del fatto, alla gravità del danno o del pericolo e ad ogni altra circostanza relativa alla capacità a delinquere del reo"[391].

Al contrario, quando la pena inflitta rimane vicina al minimo edittale, l'obbligo di motivazione si deve ritenere adempiuto tutte le volte che la scelta del giudice di merito venga a cadere su una pena che per sua entità globale non appare, sul piano della logica, manifestamente sproporzionata rispetto al fatto oggetto della sanzione[392].

Il criterio della non manifesta sproporzionalità tra fatto e pena non sembra fornire al giudice indicazioni troppo rigorose sul *modus operandi* durante la commisurazione, mentre la richiesta di una motivazione più precisa solo nel momento in cui la pena irrogata è molto elevata non trova alcun appiglio legislativo.

Non mancano tuttavia anche sentenze più attente alla questione, con le quali la Corte ha censurato le formule stereotipate ed ha rivalutato la necessità di

---

determinante nella decisione. Cfr. ad esempio Cass., Sez. I, 27 novembre 1989, *Andreini*, in Cass. pen. 1991, I, 1059 (s.m.): in tale occasione la Cassazione sentenzia che, di fronte ad una gamma di discrezionalità tanto vasta quale quella affidata al giudice di merito dal combinato disposto degli artt. 132 e 133 c.p., non si può esigere dal giudice di merito una motivazione che spieghi specificamente le ragioni delle differenze tra l' entità della pena concretamente prescelta ed un'altra differente, e perciò l'obbligo della motivazione deve intendersi adempiuto *tutte le volte che la scelta del giudice di merito venga a cadere su una pena che per la sua entità globale non appare, sul piano della logica, manifestamente sproporzionata rispetto al fatto oggetto di sanzione.*

[391] Cass. pen., Sent. 13 marzo 1989, in Cass. pen. 1990, I, 1061, in precedenza cfr. Cass. 6 ottobre 1981, in Giust pen. 1982, III, c. 340.

[392] Cfr. *supra*, nota 115. Dal ragionamento della Corte sembra che il punto di partenza per calcolare l'entità della pena debba essere il *minimo edittale*. Ciò si pone in palese contrasto con le indicazioni dottrinali sul meccanismo di commisurazione. A rigor di logica, infatti, la commisurazione della pena dovrebbe prendere le mosse dal medio edittale, mentre il minimo ed il massimo dovrebbero essere riservati, rispettivamente, al meno grave ed al più grave fra tutti i casi concreti riconducibili alla previsione della norma incriminatrice (cfr. DOLCINI, E., *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1991, 55, p. 56). Di conseguenza, se il giudice infligge una pena nel minimo, egli non è affatto esonerato dal rendere conto della sua decisione, perché il minimo non è il punto di partenza usuale per la commisurazione.

una motivazione completa, tale da giustificare tutte le scelte compiute dal provvedimento giurisdizionale. Si tratta peraltro di prese di posizione nettamente minoritarie[393], dalle quali la giurisprudenza di merito si mantiene lontana. Infatti, soprattutto nelle sentenze dei giudici di primo grado, l'obbligo di motivazione è sovente eluso[394], e la tendenza prevalente è quella di applicare una pena corrispondente o molto vicina al minimo edittale: "Se questo fenomeno si spiega come un espediente diretto a rimediare all'esasperato rigorismo delle originarie scelte sanzionatorie (...), non è però meno vero che si tratta di un orientamento che va incontro a limiti e rischi: da un lato, *[tale]* intento (...) può anche sfociare in una forma di poco controllata indulgenza; dall'altro, la tentazione della supplenza (...) rischia di far sposare una logica che collide con le specifiche esigenze della commisurazione della pena"[395].

In ogni caso, i contrasti giurisprudenziali sulla pregnanza e sui contenuti dell'obbligo di motivazione contribuiscono ad aumentare la discrezionalità del giudice nel caso concreto. La situazione di incertezza è ulteriormente aggravata dal fatto che l'art. 133 c.p., che si analizzerà *infra, sub b)*, non fornisce dei parametri univoci per orientare la scelta del giudice. In effetti tale disposizione,

---

[393] *"Contro la tendenza a ridurre la motivazione della pena a mere clausole di stile si registrano alcune prese di posizione della Corte di Cassazione, peraltro nettamente minoritarie. Così, ad esempio, si è affermato che il giudice (...) «è tenuto ad esprimere le ragioni che hanno indotto tale determinazione per far intendere chiaramente il processo logico seguito e per consentire il controllo di legittimità sulla conformità delle ragioni stesse ad esatti criteri giuridici» e che il giudice «non può limitarsi a dichiarare giusta ed equa la misura della pena adottata, perché una siffatta affermazione è del tutto generica ed apodittica (...)» [Cass., 5 ottobre 1978, in RP 1979, 665, Cass., 18 novembre 1999, CED 217333 ...]"* (KING, F., *Art. 132*, in DOLCINI, E. – MARINUCCI, G. *(a cura di)*, *Codice penale commentato*, Vol. I, II Ed., Ipsoa 2006, p. 1266).

[394] Un'analisi empirica compiuta sulle motivazioni delle sentenze emanate dal Tribunale di Milano negli anni da 1980 a 1989 ed integrata da dati ministeriali sulla prassi diffusa in altre zone d'Italia porta a concludere che le motivazioni delle sentenze dei giudici di merito si fanno più precise e dettagliate, nonché attente al meccanismo di commisurazione, nei casi in cui il fatto-reato gode di una *buona risonanza sociale*. In tali situazioni, infatti, caso sembra che i giudici debbano rendere conto all'opinione pubblica delle loro scelte, sia per dimostrare la loro attenzione all'ingiustizia dell'episodio, sia per motivare le loro scelte a fronte alla domanda sociale di punizione che generalmente si scatena quando si verificano delitti piuttosto efferati. Al contrario, la giurisprudenza di merito tende ad adottare formule standardizzate per i delitti di minore gravità e maggiore frequenza, come il furto nei supermercati o nelle auto, così che si determinano vere e proprie pene-tariffa, omogenee all'interno di una stessa circoscrizione giudiziaria ma disomogenee tra circoscrizioni diverse. La povertà delle motivazioni, correlata però dalla mancanza di omogeneità quanto alla durata della pena inflitta, caratterizza anche le sentenze aventi per oggetto reati più gravi, quali ad esempio le violazioni della legge sulla droga. In conclusione, nella giurisprudenza di merito si rileva un *divario abissale* tra il dettato codicistico e la prassi. Cfr. DOLCINI, E., *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1991, 55, pp. 63 ss.

[395] FIANDACA, G. – MUSCO, E., *op. cit.,* p. 752.

richiedendo che si faccia riferimento a criteri c.d. *fattuali*, è suscettibile di interpretazioni differenti a seconda della finalità prevalente che l'interprete assegna alla pena nel momento in cui effettua la commisurazione.

3.2. I criteri di commisurazione.

L'art. 133 c.p. integra la disciplina dei poteri discrezionali del giudice contenuta all'art. 132, enumerando una serie di *criteri fattuali* di commisurazione, raggruppati all'interno di due categorie generali: la *gravità del reato* e la *capacità di delinquere del reo*[396].

Tale articolo però non fornisce dei criteri che si potrebbero definire *finalistici*, vale a dire non specifica quale delle funzioni della pena dovrebbe prevalere al momento della commisurazione, cosa che avrebbe delle serie ricadute sull'entità della pena irrogata[397]. Se infatti il giudice nello stabilire l'ammontare della pena dovrà essere orientato ad una finalità special-preventiva, è facile pensare che arriverà a determinare una pena diversa rispetto al caso in cui prevalgano la retribuzione o la prevenzione generale. Nel silenzio della legge, il criterio finalistico applicato in concreto è rimesso "alle discordanti vedute di politica criminale manifestate dal singolo giudice in relazione a ciascun caso concreto"[398].

Si vedrà ora nello specifico quali sono i criteri relativi agli elementi di fatto indicati dall'art. 133 c.p. ed in seguito si analizzeranno i suggerimenti della dottrina sulle finalità che il giudice dovrebbe perseguire nel momento della commisurazione della pena.

---

[396] In una prospettiva *de lege ferenda*, vi è chi propone di aggiungere ai due criteri commisurativi dell'art. 133 anche il criterio della *condotta successiva al reato*, inteso autonomamente e comprendente le condotte riparative o di riconciliazione autore-vittima. Tale criterio, che dovrebbe operare solo *in bonam partem*, servirebbe ad introdurre la prospettiva della riparazione nel paradigma commisurativo. Cfr. MANNOZZI, G., *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in DOLCINI, E. – PALIERO, C. E., *Studi in onore di Giorgio Marinucci, cit.*, p. 1163-1164.

[397] Cfr. MARINUCCI, G. – DOLCINI, E., *op. cit.*, p. 405. I due autori sottolineano come sarebbe importante chiarire quali finalità la pena deve perseguire in questo passaggio della commisurazione, "*giacché le conseguenze che il giudice deve trarre da ciascun aspetto del reato e della personalità del reo possono essere diversi, a seconda dei criteri 'finalistici' ai quali vengano correlati i criteri 'fattuali' di commisurazione. Tra i diversi scopi della pena possono in effetti delinearsi vere e proprie antinomie, tendendo le esigenze della prevenzione speciale, della prevenzione generale e della retribuzione verso quantità di pena differenziate fra loro*" (*op. cit.*, p. 405).

[398] MARINUCCI, G. – DOLCINI, E., *op. cit.*, p. 405.

3.2.1. *Criteri fattuali di commisurazione della pena:*[399]

a) la gravità del reato (art. 133 I c.p.)

Il primo dei due criteri è la *gravità del reato*[400], inteso come gravità del fatto concreto, costituente reato, che è oggetto del giudizio di colpevolezza. Tale gravità va desunta da un lato dagli aspetti concreti del fatto, dalle modalità dell'azione e dall'entità dell'offesa, e dall'altro dalla pregnanza degli elementi soggettivi da cui dipende il rimprovero di colpevolezza, vale a dire dall'*intensità del dolo o dal grado della colpa*. Questi ultimi due elementi servono a ricostruire il livello di colpevolezza dell'antigiuridicità del fatto, da cui consegue il livello di rimproverabilità dell'autore[401].

Il riferimento alla gravità del fatto pare criterio imprescindibile in qualsiasi prospettiva si consideri la funzione della pena: "un modello di commisurazione della pena centrato sulla gravità del reato è coerente con una concezione retributiva del diritto penale; ma anche in un'ottica diversa, finalizzata alla prevenzione ed ancorata a principi garantisti, il riferimento alla gravità del fatto di reato (..) non può non essere il punto di partenza ed il criterio di base. Se la pena si legittima in quanto risposta al reato (...) una commisurazione della pena che ecceda la valutazione di gravità del fatto concreto non ha alcuna legittimazione (...)"[402].

---

[399] L'art. 133 del codice penale prevede *due criteri essenziali* che devono orientare il giudice nell'applicazione discrezionale della pena entro i limiti stabiliti dalla legge. Si è detto che esso rappresenta un segno manifesto del compromesso raggiunto dalle due diverse scuole di pensiero di diritto penale al momento dell'emanazione del codice: il primo comma fa riferimento al fatto, ricordando le teorie della scuola classica, mentre invece il secondo comma, che richiede un giudizio sulla personalità del reo, sembra tener conto delle istanze del positivismo criminologico, tutto concentrato sulla pericolosità sociale del soggetto criminale. In merito cfr. FIANDACA, G. – MUSCO, E., *op. cit.*, p. 747.

[400] Art. 133 c.p. (Gravità del reato: valutazione agli effetti della pena)*: "Nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'articolo precedente, il giudice deve tener conto della gravità del reato, desunta: 1) dalla natura, dalla specie, dei mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione; 2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato; 3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa".*

[401] Cfr. MENDOZA, R., *Art. 133*, in LATTANZI, G. – LUPO, E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Vol. IV, (*a cura di* DIOTALLEVI, FIDELBO – FUZIO – GALLUCCI, MENDOZA – VESSICHELLI,) Giuffrè, Milano 2000, p. 22.

[402] Cfr. PULITANÒ, D., *op. cit.*, p. 533.

b) la capacità a delinquere del reo (art. 133 II c.p.)

Il secondo dei due criteri è costituito dalla *capacità a delinquere del reo,* le cui caratteristiche devono essere desunte, nell'indicazione del secondo comma dell'art. 133[403], da elementi quali i motivi che hanno spinto il reo a delinquere, che possono anche essere legati a fattori socio-ambientali di criminogenesi, e dal carattere del reo, ivi compresi aspetti quali la sua capacità di autocontrollo, la sua stabilità emotiva o il senso della realtà[404].

L'articolo menziona anche i precedenti penali e giudiziari del reo e la sua condotta processuale: tali elementi si rivelano particolarmente rilevanti nel giudizio, poiché sono i più facilmente conoscibili dal giudice[405].

Sono da considerare infine anche il comportamento tenuto dall'agente dopo la consumazione del reato e le sue condizioni di vita individuale, sociale e familiare[406].

Si discute se il giudizio sulla capacità a delinquere debba avere per oggetto il passato del reo ovvero il suo futuro. In una interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina della commisurazione "tra le possibili interpretazioni della formula codicistica dovrà prevalere quella che, riferendo al *futuro* il giudizio sulla capacità a delinquere, in attuazione del principio costituzionale chiami il giudice a prendere in considerazione le **esigenze di intimidazione-ammonimento** del reo, nonché l'opportunità di evitargli inutili rischi di desocializzazione e di aprirgli (...) prospettive di **reinserimento nella società**"[407]. Infatti, proprio il

---

[403] Art. 133 c.p., co. II: *"Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta: 1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo; 2) dai precedenti penali e giudiziari, e in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato; 3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato; 4) dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo"*.

[404] Cfr. NUVOLONE, P., *Pena* (dir. pen.) *loc. cit*., pp. 803-806, il quale evidenzia come il legislatore non ha inteso distinguere tra la predisposizione caratteriale ed il carattere acquisito del reo, così che entrambi i fattori rilevano ai fini del giudizio sulla capacità a delinquere (cfr. *op. cit*., p. 804).

[405] Cfr. MARINUCCI, G. – DOLCINI, E., *op. cit*., p. 409.

[406] Cfr. KING, F., *Art. 132*, in DOLCINI, E. – MARINUCCI, G. *(a cura di)*, *Codice penale commentato*, Vol. I, II Ed., Ipsoa 2006, pp. 1280-81

[407] MARINUCCI, G. – DOLCINI, E., *op. cit*., p. 409. La completezza del giudizio sulla capacità a delinquere del reo trova un ostacolo nel divieto di sottoporre a perizia il carattere e la personalità del reo contenuto all'art. 220, II comma, c.p.p., che così recita: "*Salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, non sono ammesse perizie per stabilire l'abitualità o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche*". Tale divieto, insieme al rilievo pratico che di regola nel procedimento penale manca un'attività istruttoria specificamente rivolta all'accertamento degli elementi di cui all'art. 133 comma II rende di fatto

giudizio sulla capacità a delinquere è il momento nel quale viene maggiormente in rilievo la finalità di prevenzione speciale, come riconosce anche la Corte di Cassazione[408].

3.2.2. *Criteri finalistici di commisurazione della pena.*

Si è detto poc'anzi che il codice penale, all'articolo 133, si limita a fornire unicamente degli elementi oggettivi a cui il giudice si deve riferire per commisurare la pena in concreto, ma non dice quale è la *finalità della pena* che viene in rilievo in questa fase del processo.

Per rinvenire criteri di orientamento capaci di avere una qualche efficacia vincolante sul piano giuridico e di garantire una certa uniformità nella prassi, si è sostenuta la necessità di dare alla norma una lettura costituzionalmente orientata[409]. Tale prospettiva porta ad affermare che anche nel momento della commisurazione (come in quello dell'esecuzione) il primato è detenuto dalla *prevenzione speciale*, poiché il giudice deve pensare ad una pena che sia individualizzata e consenta la rieducazione del condannato: "Posto che la responsabilità penale è personale, fondata sulla soggettiva colpevolezza (art. 27, I co.), la colpevolezza è criterio fattuale fondamentale per l'attribuzione di responsabilità, e quindi per la risposta al reato; la 'rieducazione' o risocializzazione del condannato è criterio finalistico espressamente indicato dal 3° comma. Un rilievo essenziale ha inoltre l'art. 3, con l'affermare la pari dignità di tutti i cittadini e l'uguaglianza dinanzi alla legge. Nelle applicazioni ai casi

---

molto difficile che il giudice riesca ad applicare in modo equamente calibrato la sanzione penale. In particolare, è difficile che egli riesca a fare riferimento alle esigenze di rieducazione del colpevole. In materia cfr. CAPRIOLI, F., *Processo penale e commisurazione della pena*, in PAVARINI, M. *(a cura di), Siléte poenologi in munere alieno, cit.*, pp. 137 ss.

[408] Cfr. PULITANÒ, D., *op. cit*., p. 534. Proprio la valorizzazione della prospettiva della prevenzione speciale potrebbe ad esempio "*portare all'applicazione di una pena più mite, anche se la capacità a delinquere evidenziata nella commissione del reato è significativa, sempre che appaia di scarsa entità il pericolo di una recidiva*" (NUVOLONE, P., *Pena* (dir. pen.), *loc. cit*., pp. 805). Per l'elenco della giurisprudenza della Cassazione in merito cfr. KING, F., *Art. 133*, in DOLCINI, E. – MARINUCCI, G. *(a cura di)*, *op. cit*., p. 1278.

[409] Tale esigenza di una lettura costituzionalmente orientata, introdotta da DOLCINI, E., *La commisurazione della pena tra teoria e prassi, loc. cit.,* p. 56, è ripresa pressoché unanimemente da molte trattazioni manualistiche: cfr. FIANDACA, G. - MUSCO, E., *op. cit*., pp. 752 ss. e MARINUCCI, G. – DOLCINI, E., *op. cit*., pp. 408 ss.

concreti la legge deve essere 'uguale per tutti'; le differenze di trattamento debbono avere una ragionevole giustificazione"[410].

Proprio il principio di personalità della responsabilità penale porta ad escludere che nel momento commisurativo possano prevalere finalità di prevenzione generale, poiché esse porterebbero all'applicazione di una *pena esemplare*, che prescinde dalle particolarità del caso concreto[411]. Dal principio della dignità dell'uomo (*art. 3 Cost.*) e da quello del divieto di responsabilità penale per fatto altrui (desumibile *a contrario* dall'*art. 27 Cost.*) si traggono due ordini di conclusioni. La prima è quella secondo la quale un uomo non può essere usato come mezzo per il perseguimento di finalità politico-criminali, mentre la seconda porta ad escludere che un singolo possa esemplarmente pagare per le malefatte di altri potenziali futuri criminali. Inoltre le statistiche, sia italiane sia straniere, non riescono a dimostrare che a livelli di sanzionatori molto alti corrisponda un abbassamento del tasso di criminalità. Ne consegue necessariamente che la *prevenzione generale* non merita uno spazio tra i criteri finalistici di commisurazione della pena[412]. Il principio di colpevolezza funge in questa prospettiva da "argine a garanzia del cittadino, contro il rischio che il perseguimento di scopi preventivi si traduca in una strumentalizzazione del reo, in funzione di bisogni propri della collettività"[413].

L'interpretazione che privilegia le finalità di *prevenzione speciale* avrebbe trovato un'importante affermazione nella sentenza n. 313/90 della Corte Costituzionale, la quale è nota per rappresentare un punto di svolta dalla

---

[410] PULITANÒ, D., *op. cit.*, p. 530.

[411] Scrive in merito sempre PULITANÒ, D., *op. cit.*, p. 531: "*Le esigenze di prevenzione generale sono state considerate (...) dal legislatore nel segnare i limiti del potere discrezionale del giudice e i livelli minimi della risposta ritenuta congrua. Nell'individualizzare la risposta, entro i limiti (...), non v'è spazio se non per considerazioni che abbiano a che fare con la responsabilità personale e con la persona del reo*".

[412] Cfr. MARINUCCI, G. – DOLCINI, E., *op. cit.,* pp. 410-411. Non manca però in dottrina chi invece rivendica l'importanza di considerare anche la *prevenzione generale* nel momento dell'irrogazione concreta della pena, per lo meno in una prospettiva polifunzionale degli scopi della pena. In questo senso, commisurare la pena secondo esigenze di prevenzione generale consentirebbe da un lato di adattarla al caso concreto senza vanificare le considerazioni generalpreventive che sicuramente avevano mosso il legislatore nel momento in cui egli aveva codificato la sanzione per il reato e dall'altro assicurerebbe la proporzionalità della pena al fatto commesso, mentre la prevenzione speciale porterebbe solo alla pronuncia di sentenze di *generico indeterminato lassismo*. Cfr. PAGLIARO, A., *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1981, I, 25. Per una critica a questa prospettiva cfr. FIANDACA, G. – MUSCO, E., *op. cit.*, pp. 755-758.

[413] CADOPPI, A. – VENEZIANI, P., *Elementi di diritto penale – Parte generale, cit.,* p. 456.

concezione polifunzionale della pena ad una concezione orientata in senso più finalistico[414]. In tale Sentenza, infatti, la Corte ricorda che la prospettiva della tendenza alla rieducazione non deve essere confinata al momento dell'esecuzione, ma deve orientare anche la determinazione della pena ad opera del giudice di cognizione[415].

Tuttavia, il lasciare totalmente nelle mani del giudice di cognizione la determinazione della "pena giusta" pone il fianco alle obiezioni di chi sostiene che non vi sarebbero abbastanza garanzie di legalità in un meccanismo come quello attuale, che di fatto manca di una sua coerenza interna e porta ad esiti molto diversi fra loro. Ad esempio, il riferimento dell'articolo 133 c.p. a indici oggettivi come la gravità del reato e della condotta ha portato alcuni a ritenere che nella commisurazione il giudice si debba attenere "ad una valutazione di tipo retributivo, nel senso appunto indicato dalla concezione classica della retribuzione legale di una pena giusta perché equivalente alla gravità dell'illecito penale"[416].

In conclusione, occorre prendere atto del fatto che nel momento presente la tenuta del sistema di commisurazione è *incerta*, poiché in questa materia "si addensano tutte le tensioni che attraversano il sistema penale"[417], così che non si può dire che sia chiaro quale ruolo nella fase commisurativa sia da attribuire rispettivamente alla retribuzione ed alla prevenzione speciale.

3.2.3. *Il rapporto fra i due commi dell'art. 133 c.p.*

Ai fini di un'equa commisurazione, è molto importante anche stabilire quale sia l'ordine da attribuire ai due criteri fattuali di cui all'art. 133, così come ai vari elementi da cui desumere tali criteri. Anche in questa operazione vengono in

---

[414] Cfr. C. Cost., Sent. n. 313/1990, in Giur. cost. 1990, III, 1981. In alcune sentenze precedenti la Corte aveva affermato, nella prospettiva di una riforma degli artt. 132 e 133 del codice penale, l'imprescindibilità della indicazione legislativa dei criteri finalistici di commisurazione. Cfr. C. Cost., Sent. 222/83 e 206/1987.

[415] Cfr. Sent. C. Cost. n. 313 del 3 luglio 1990, in Giur. cost. 1990, III, 1981, commentata *supra, Capitolo I, punto 6 b).*

[416] PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *op. cit.*, p. 34. Questi autori, benché mettano in guardia dal credere ciecamente alla corrispondenza tra ciò che il giudice scrive nella motivazione ed il suo reale pensiero, si schierano infine a favore della teoria della commisurazione della pena costituzionalmente orientata. Anche NUVOLONE, P., *Pena* (dir. pen.), in *loc. cit.*, p. 805 rinviene nell'articolo 133 c.p. la necessità di rispondere ad esigenze di retribuzione, ma a fianco delle esigenze di prevenzione speciale.

[417] PULITANÒ, D., *op. cit.*, p. 532.

aiuto le indicazioni costituzionali: dal momento che l'art. 27 comma I della Costituzione ha in qualche modo codificato il principio di colpevolezza[418], si ritiene che, fra gli elementi da cui si deve desumere la gravità del fatto, importanza preminente andrebbe data a quelli che riguardano la colpevolezza, vale a dire il dolo e la colpa.

Di conseguenza, le componenti incolpevoli del fatto dovrebbero contribuire a diminuirne la gravità, la quale "dovrebbe essere valutata dal giudice all'interno dei limiti segnati dalla colpevolezza" [419], così che il peso attribuito alla *gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato* (*art. 133 I n. 2 c.p.*) non potrà indurre l'organo giudicante ad infliggere una pena superiore a quella proporzionata al grado della colpevolezza.

Inoltre, si è già visto che le indicazioni dell'art. 27 III Cost. portano ad effettuare il giudizio sulla capacità a delinquere di cui al secondo comma dell'art. 133 c.p. in una prospettiva di prevenzione speciale rivolta al *futuro*. Ciò implica però che il giudice non potrebbe, in considerazione della capacità a delinquere del reo, irrogare una sanzione eccedente il grado di colpevolezza: "una pena inflitta in concreto in misura sproporzionata o sganciata dalla colpevolezza individuale non può certo favorire la 'collaborazione' indispensabile per ogni sensato programma di risocializzazione, e sortisce anzi gli effetti desocializzanti propri di ogni giudizio sentito come ingiusto"[420]. Esigenze di risocializzazione potrebbero dunque fondare solo l'irrogazione di pene inferiori, comprese cioè fra quella che

---

[418] Nell'art. 27 I Cost., che ricorda che la responsabilità penale è *personale,* la Corte Costituzionale, nella Sentenza n. 1085 del 13 dicembre 1988 ha scorto la *codificazione del principio di colpevolezza*. Cfr. MARINUCCI, G. – DOLCINI, E., *op. cit*., pp. 212 ss.

[419] MARINUCCI, G. – DOLCINI, E., *op. cit.*, pp. 409-410. Un esempio può chiarire la portata del problema. Si pensi al caso di un soggetto che, gettando un mozzicone di sigaretta accesa sul ciglio della strada, abbia provocato per colpa un incendio di grandi dimensioni, tale da mettere a rischio la vita di molte persone. L'incidenza dell'elemento soggettivo, vale a dire l'entità della colpa, sarà diversa a seconda che egli dalla sua posizione potesse o meno vedere che nei paraggi c'era, poniamo, un centro abitato, o un enorme campeggio. Nella commisurazione della pena il giudice deve tener conto di questo aspetto, vale a dire del rischio percepito dal soggetto, così da valutare la gravità del fatto nel *limite della colpevolezza dell'agente*. L'opera di riferimento al proposito rimane DOLCINI, E., *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, Riv. it. dir. proc. pen., 1974, 338, in particolare pp. 366 e 367 ss. Di avviso opposto è invece NUVOLONE, P., *Pena* (dir. pen.) in *loc. cit.*, che sottolinea che "*la pena dev'essere commisurata con riferimento alla proporzione tra danno e relazione sociale e al grado di colpevolezza. Erra, pertanto, chi fa cadere l'accento, in tema di commisurazione della pena, principalmente sulla colpevolezza*" (*op. cit.*, p. 804).

[420] MARINUCCI, G. – DOLCINI, E., *op. cit.*, p. 410. Sulla necessità che la prevenzione speciale debba rilevare solo *in bonam partem* cfr. MENGHINI, A., *Sistemi sanzionatori a confronto,* in FORNASARI, G. – MENGHINI, A., *op. cit.,* pp. 157-158.

era stata considerata in un primo momento la misura della colpevolezza ed il minimo edittale.

Quest'ultima osservazione suggerisce anche una lettura del rapporto intercorrente fra i due commi dell'art. 133 c.p.: al proposito, si ritiene che il principale parametro di commisurazione sia offerto dal primo comma, che indica al giudice di stabilire il massimo edittale di pena entro i limiti della colpevolezza relativa al fatto oggetto del giudizio. Il secondo comma svolgerebbe invece un *ruolo subordinato*, come dimostra anche la lettera della legge che richiede che il giudice tenga conto "*altresì, della capacità a delinquere del colpevole*": una volta determinata la pena corrispondente alla gravità del fatto, egli può infatti decidere di abbassarla in funzione della capacità a delinquere del colpevole[421].

3.3. La commisurazione della pena pecuniaria.

L'art. 133-*bis* prevede un ulteriore criterio di commisurazione per la pena pecuniaria, di cui il giudice deve tener conto in aggiunta a quelli di cui all'art. 133 c.p.. Tale criterio è costituito dalle *condizioni economiche del reo*[422]. In effetti, la pena pecuniaria sacrifica un bene molto disomogeneo, vale a dire il patrimonio: un identico ammontare di pena pecuniaria, quale conseguenza sanzionatoria di un identico fatto di reato, colpisce in maniera diseguale a seconda della condizione economica dei condannati.

Tuttavia, l'art. 133-*bis* tace sugli indici che servono ad effettuare la valutazione delle condizioni economiche del condannato, lasciando una vera e propria lacuna che gli interpreti hanno colmato suggerendo che il giudice debba in primo luogo tener conto del *reddito* dell'autore del reato al momento della condanna.

---

[421] Cfr. FIANDACA, G. – MUSCO, E., *op. cit.,* p. 755, che fanno riferimento a DOLCINI, E., *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena, loc. cit.*

[422] L'articolo 133-*bis* è stato introdotto dalla legge introdotto dalla legge n. 689/1981. L'innovazione legislativa si deve certamente alle pressioni dottrinali che premevano affinché il legislatore introducesse un metodo di commisurazione della pena pecuniaria più calibrato sulle effettive condizioni economiche del reo. Tuttavia, il legislatore del 1981 ha scelto di inserire solamente il criterio aggiuntivo della capacità economica, discostandosi dai suggerimenti di introdurre in maniera generalizzata il sistema del computo per tassi giornalieri che, come si è visto *supra*, è oggi presente solo in alcuni ambiti della legislazione speciale. Cfr. FIANDACA, G. – MUSCO, E., *op. cit*., pp. 758-759.

Quanto alla possibilità di valutare il suo *patrimonio*, la questione si fa più delicata: se egli possiede un patrimonio particolarmente ingente, infatti, c'è il rischio che la pena pecuniaria rappresenti una *malcelata confisca sociale*. Per questo, si propone di tener conto "soltanto di beni patrimoniali il cui valore superi uno standard medio rispetto alla contingente situazione economica"[423].

Il secondo comma dell'art. 133-*bis* prevede inoltre che il giudice possa, ove lo ritenga opportuno, aumentare fino al triplo o diminuire fino ad un terzo la multa e l'ammenda stabilite dalla legge quando egli, considerate le condizioni economiche del reo, ritenga che la misura massima sia *inefficace* ovvero che la misura minima sia *eccessivamente gravosa*. La sanzione pecuniaria sarà inefficace se non provocherà un sensibile sacrificio al reo, mentre l'eccessiva gravosità si ravvisa ove il sacrificio sia intollerabile. Si segnala come entrambe queste valutazioni siano molto difficili, in quanto strettamente dipendenti da fattori soggettivi e psicologici legati alla percezione della vita e dei valori del reo[424].

4. La "seconda fase" della commisurazione: le circostanze del reato.

Una volta individuata nell'*an* e nel *quantum* la pena (detta anche *pena base*) secondo i criteri dell'art. 133 c.p., il giudice può operare un nuovo aumento o una diminuzione di pena ove lo ritenga necessario a causa della presenza di ulteriori elementi che caratterizzano la fattispecie di reato, le *circostanze*. Queste non sono elementi costitutivi del reato, ma rappresentano, secondo la definizione più diffusa e ricorrente "situazioni, inerenti al reato o alla persona del colpevole, che presuppongono la sussistenza nel caso concreto di una responsabilità penale e comportano soltanto una modificazione della pena, aggravandola o attenuandola"[425]. In tale impostazione, le circostanze sarebbero elementi

---

[423] FIANDACA, G. – MUSCO, E., *op. cit*., p. 759, i quali aggiungono che dal computo delle disponibilità economiche del reo dovranno essere detratte le obbligazioni pecuniarie che gravano su di lui, come ad esempio obblighi di alimenti nei confronti dei famigliari, rate di un mutuo da pagare, etc. La stessa ricostruzione si ritrova in GOISIS, L., *La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata, cit.,* pp. 51-52.

[424] Cfr. FIANDACA, G. – MUSCO, E., *op. cit*., p. 760.

[425] MARINUCCI, G. – DOLCINI, E., *Manuale di diritto penale – Parte generale*, *cit.,* p. 327. Sui criteri di distinzione delle circostanze dagli elementi essenziali del reato non si può che rimandare ad una trattazione manualistica, quale ad esempio quella di CADOPPI, A. – VENEZIANI, P., *Elementi di diritto penale – Parte generale, cit.,* pp. 353 ss. Le circostanze possono essere cronologicamente

accidentali del reato e svolgerebbero un ruolo puramente *accessorio* avendo delle ricadute, appunto, solo sul *quantum* della pena da infliggere e non sulla natura del fatto punibile o sulla struttura intrinseca del reato[426].

L'attribuzione di un ruolo accessorio alle circostanze è frutto di una interpretazione dottrinale talmente radicata da appartenere ormai alle "vere e proprie costanti dell'ordinamento giuridico penale, fondate su canoni di valore pressoché assiologico e pregiuridico"[427] e tali da fondare soluzioni applicative ricorrenti e consolidate. Tuttavia, parte della dottrina ha sollevato alcune perplessità in merito all'effettiva legittimità di questa soluzione applicativa ed alla sua conformità alla dimensione legalistica dell'ordinamento, poiché essa è fonte di innumerevoli problemi: in materia di criteri di individuazione delle circostanze e della loro distinzione dagli elementi essenziali del reato dominano il caos e l'incertezza[428]. Per questo motivo, nell'ottica di una verifica del fondamento giuridico-penale della categoria delle circostanze[429] si propone di non parlare più di *fattispecie di reato circostanziato* ma di un vero e proprio *titolo autonomo di reato*[430]. Le circostanze, in questa nuova prospettiva, inciderebbero,

---

anteriori, contemporanee o successive al reato. Si sofferma in particolare sulle circostanze successive al delitto che, integrandone in qualche modo una riparazione, potrebbero portare ad una soluzione conciliativa del conflitto MANNOZZI, G., *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in DOLCINI, E. – PALIERO, C. E., *Studi in onore di Giorgio Marinucci, Vol. II Teoria della pena – Teoria del reato*, pp. 1149 ss. In effetti, premiare le condotte susseguenti al reato che siano volte a ripristinare la situazione precedente ad esso risponde ad esigenze sia di prevenzione generale, sia di prevenzione speciale. La presenza di questi elementi accidentali chiamati circostanze è una particolarità tutta italiana: per accenni comparatistici cfr. MANNA, A., *Circostanze del reato*, in Enc. giur. Treccani, Vol. VI, 1993, p. 1, e MELCHIONDA, A., *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Cedam, Padova 2000, pp. 53 ss.

[426] Cfr. FIANDACA, G. - MUSCO, E., *op. cit*., p. 410.

[427] MELCHIONDA, A., *Le circostanze del reato, cit.*, p. 2.

[428] Cfr. MELCHIONDA, A., *op. cit*., pp. 10-11. L'A. continua evidenziando come il problema emerga in tutta la sua problematicità nel momento in cui occorre stabilire se un particolare elemento abbia natura circostanziale ai fini dell'affermazione o meno della responsabilità penale oppure dell'esistenza delle condizioni di procedibilità per la persecuzione di un reato. *L'impostazione teorica elaborata sulla scorta dell'iniziale assetto del codice* non riesce a fornire strumenti univoci per distinguere le circostanze dagli elementi essenziali del reato, così che la situazione è molto incerta, anche alla luce dei più recenti interventi novellistici (cfr. op. cit., pp. 12-13).

[429] Cfr. MELCHIONDA, A., *op. cit*., p. 46.

[430] Cfr. MELCHIONDA, A., *op. cit, pp. 771 ss.* Tali posizioni sono state recentemente riprese da SPENA, A., *Accidentalia delicti? Le circostanze nella struttura del reato*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2009, II, 639.

modificandoli, su aspetti essenziali del reato base, fino ad integrare un reato diverso dal reato base, ma da esso in qualche modo dipendente[431].

4.1. La classificazione delle circostanze[432].

In materia di circostanze del reato si conoscono diverse classificazioni:

• *circostanze comuni e speciali:* le prime sono previste dagli artt. 61-62 e 62-bis c.p. e sono applicabili per qualsiasi tipo di reato. Le seconde invece operano in relazione ad uno o più reati determinati e sono espressamente qualificate come *circostanze* dalla rubrica dell'articolo o dal testo della disposizione[433];

• *circostanze aggravanti ed attenuanti:* le aggravanti comportano un inasprimento della pena base, mentre le attenuanti ne causano una diminuzione. Aumento e diminuzione possono incidere sul *quantum* (es.: aumento o diminuzione fino ad un terzo) oppure sulla *species* di pena (es.: pena della reclusione diviene ergastolo);

• *circostanze ad efficacia (o effetto) comune e a efficacia speciale*: tale distinzione si deve alla dottrina, che definisce circostanze ad efficacia comune quelle che comportano un aumento o una diminuzione *fino ad un terzo* della pena base[434] e circostanze ad efficacia speciale quelle per le quali la legge stabilisce una pena *di specie diversa* rispetto a quella prevista per il reato semplice, quelle che portano all'applicazione di una *cornice diversa di pena*[435] e quelle che causano un aumento o una diminuzione *superiori ad un terzo.* Queste ultime sono anche conosciute come *circostanze indipendenti;*

---

[431] Cfr. SPENA, A., *Accidentalia delicti? Le circostanze nella struttura del reato*, *loc. cit*., p.647. Il reato circostanziato costituirebbe, nella ricostruzione dell'A., "*un reato diversamente tipico rispetto al reato base, o dotato di un diverso grado di illiceità, oppure ancora opera di un autore diversamente colpevole per averlo commesso*" (*op. cit*., p. 641).

[432] La stringata classificazione delle circostanze qui riproposta ha come riferimento le distinzioni di proposte da MARINUCCI, G. – DOLCINI, E., *Manuale di diritto penale – Parte generale*, *cit.,* pp. 332- 335, cui si rimanda per una trattazione più specifica e per gli esempi chiarificativi.

[433] Es. di *circostanze speciali* sono l'*art. 339 c.p.* che elenca le circostanze aggravanti in alcuni reati, come la violenza e la resistenza ad un pubblico ufficiale, o gli *artt. 576 e 577 c.p.*, che elencano le circostanze aggravanti del delitto di omicidio doloso.

[434] L'aumento o diminuzione di un terzo si apporta in tutti i casi in cui la legge parli genericamente di attenuanti o aggravanti senza specificare il *quantum* che va aggiunto o sottratto.

[435] Un esempio è fornito dal reato di *furto*: il furto semplice è punito ex art. 624 c.p. con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da € 154 ad € 516, mentre le circostanze aggravanti di cui all'art. 625 c.p. comportano la reclusione da uno a sei anni e la multa da € 103 ad € 1032.

• *circostanze definite ed indefinite*: nel primo caso il contenuto delle circostanze è compiutamente descritto dalla legge, mentre nel secondo la loro individuazione è rimessa alla discrezionalità del giudice, come nell'esempio delle *circostanze attenuanti generiche* di cui all'art. 62-*bis* c.p.[436] o alle occasioni in cui la diminuzione è consentita da espressioni che vanno riempite di significato come "lieve entità del fatto", "particolare tenuità del fatto" o "casi di minore gravità";

• *circostanze oggettive e soggettive*: tale distinzione è di origine legislativa. In base all'art. 70 co. I c.p., circostanze oggettive sono quelle che concernono gli elementi oggettivi dell'azione, del danno e del pericolo, mentre le circostanze soggettive fanno riferimento agli elementi psicologici quali il dolo o la colpa, le condizioni e le qualità del colpevole ed i suoi rapporti con l'offeso[437]. Le espressioni utilizzate dalla norma evocano quelle che l'art. 133 utilizza in materia di gravità del fatto e capacità a delinquere, soprattutto nella definizione dell'elemento soggettivo: in questa situazione è molto difficile, per il giudice, attenersi al divieto di doppia valutazione (cfr. *infra*, *sub* b)).

---

[436] L'articolo 62-*bis* è stato introdotto dal d.l.lt. 14 settembre 1944, n. 288, che ha inserito nel codice Rocco un istituto già previsto all'art. 59 del codice Zanardelli. All'art. 62-*bis* c.p. le attenuanti generiche sono definite come *altre* circostanze, *diverse* da quelle di cui all'art. 62, ritenute *tali da giustificare una diminuzione della pena*. Una definizione sì indeterminata ha fondato una giurisprudenza amplissima, impossibile da elencare nella sua completezza. Al solo scopo di comprendere come sia stata interpretata la nozione legislativa, si menzionano qui le tre diverse categorie secondo le quali sono state divise le attenuanti generiche: a) *circostanze quasi giustificanti*, ossia circostanze che presentano alcuni dei requisiti delle cause di giustificazione, ma non tutti (consenso nullo dell'offeso, difesa non necessaria, difesa legittima ma volutamente non proporzionata, necessità di salvare sé od altri dal pericolo non attuale di un danno grave alla persona); b) *circostanze attenuanti dell'azione*, vale a dire modalità della condotta che destano scarso allarme sociale (danno modesto, ma non di speciale tenuità; lieve pregiudizio subito dall'offeso o suo concorso colposo nel danno, concorso di fattori causali non preveduti e poco verosimili); c) *circostanze attenuanti che attengono al soggetto* (l'ambiente dell'atto criminale, la personalità del soggetto, l'ambiente in cui egli è cresciuto). Cfr. MALINVERNI, A., *Circostanze del reato*, in Enc. Dir., Vol. VII, Giuffrè, Milano 1960, p. 66, pp. 93 ss. L'introduzione delle circostanze attenuanti generiche è il primo passo verso l'allontanamento dal criterio di necessaria tipicità che era stato posto dal legislatore del codice Rocco a fondamento della complessiva disciplina delle circostanze. Cfr. MELCHIONDA, A., *op. cit*., p.660.

[437] *Art. 70 c.p. (Circostanze oggettive e soggettive). Agli effetti della legge penale: 1) sono circostanze oggettive quelle che concernono la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo, il luogo e ogni altra modalità dell'azione, la gravità del danno e del pericolo, ovvero le condizioni o le qualità personali dell'offeso; 2) sono circostanze soggettive quelle che concernono la intensità del dolo o il grado della colpa, o le condizioni e le qualità personali del colpevole, o i rapporti fra il colpevole e l'offeso, ovvero che sono inerenti alla persona del colpevole.*

4.2. La commisurazione delle circostanze.

La modificazione della pena a causa della presenza della circostanza avviene secondo il procedimento di cui all'art. 63 c.p., che delinea il modello c.d. *bifasico* di commisurazione.

> *Art 63 c.p. (Applicazione degli aumenti o diminuzioni di pena). Quando la legge dispone che la pena sia aumentata o diminuita entro limiti determinati, l'aumento o la diminuzione si opera sulla quantità di essa, che il giudice applicherebbe al colpevole, qualora non concorresse la circostanza che la fa aumentare o diminuire.*

Tale modificazione costituisce un vero e proprio *secondo momento di commisurazione*, che rimane nei limiti delle modificazioni di pena previste da ciascuna circostanza. Gli elementi valutati ai fini della commisurazione della pena base non possono coincidere con quelli che vengono in rilievo ai fini della valutazione delle circostanze: è questo il problematico principio del *divieto di doppia valutazione*: "il rispetto di tale divieto è reso difficoltoso dal fatto che il contenuto di alcune attenuanti o alcune aggravanti ricalca in maniera pressoché identica il contenuto di alcuni dei criteri contenuti nell'art. 133 c.p.. E' quindi possibile che il giudice, valutando una medesima situazione di fatto, finisca per prenderla in considerazione due volte, sia a livello di 133 sia come circostanza, violando così il divieto del *ne bis in idem* sostanziale"[438].

Inoltre, il codice non detta espliciti criteri per l'esercizio della discrezionalità del giudice nel commisurare l'aumento o la diminuzione di pena. Gli interpreti, basandosi su criteri logici legati alla natura dell'istituto, segnalano che la modificazione di pena per la circostanza dovrà avvenire "tenendo conto del significato di essa nel determinare la gravità del reato o la colpevolezza

---

[438] MENGHINI, A., *Sistemi sanzionatori a confronto,* in FORNASARI, G. – MENGHINI, A., *op. cit.,* p. 158. PIETRO NUVOLONE entra nel merito della questione, specificando che tutto il dibattito sul divieto di doppia valutazione parte in realtà da "*un evidente equivoco concettuale. I «motivi», nell'economia dell'art. 133, non sono 'di per sé' oggetto di valutazione per un aumento o una diminuzione di pena, ma rappresentano solo un elemento che, con gli altri, concorre a delineare la capacità a delinquere del soggetto. (...) Non vi sarà nessun doppione; ma una stessa finalità considerata con un diverso finalismo, premessa di conseguenze ontologicamente distinte*" (NUVOLONE, P., *Pena* (dir. pen.) *loc. cit*., p. 806).

dell'agente o le esigenze di prevenzione speciale in relazione al commesso reato circostanziato"[439].

Il procedimento bifasico di commisurazione si dimostra nei fatti piuttosto complicato, sì che non raramente il giudice compie il procedimento opposto a quello richiesto dal codice: "di regola, il giudice valuta innanzi tutto, in modo globale, la pena ritenuta 'di giustizia', e da questa parte per ricostruire 'a ritroso' la pena base e le successive variazioni in più o in meno, corrispondenti alle circostanze"[440].

4.3. Il concorso fra circostanze.

Qualora sussista una sola circostanza attenuante o aggravante, il giudice deve modificare in base a questa l'ammontare della pena calcolata secondo gli indici di cui al 133 c.p., ma con dei limiti: in caso di sussistenza di una sola circostanza aggravante la pena da applicarsi non può superare gli anni 30 *(art. 64 co. II c.p.)*; ove invece ci sia una sola circostanza attenuante, alla pena dell'ergastolo è sostituita la detenzione da 20 a 24 anni *(art. 65 n. 2 c.p.)*.

In caso di concorso di più circostanze si distingue a seconda che si tratti di circostanze *omogenee*, (cioè tutte dello stesso genere) o di circostanze *eterogenee*.

Nella prima ipotesi, l'art. 63 co. II c.p. prevede che l'aumento o la diminuzione di pena si operi sulla quantità di essa risultante dall'aumento o dalla diminuzione precedente, nei limiti di cui agli artt. 66 e 67 c.p.[441]

Se concorrono più circostanze eterogenee, è previsto il meccanismo del c.d. *bilanciamento* fra circostanze, esplicato dall'art. 69 c.p[442], il quale ai primi

---

[439] PULITANÒ, D., *op. cit*., p. 538.

[440] *Ibidem,* p, 538. Questa situazione di fatto è stata spesso avallata dalla Corte di Cassazione, la quale ha sovente affermato che l'irrogazione della pena in concreto costituisce il risultato di un'intuizione, più che di un processo logico (Cfr. Cass, 9 ottobre 1984, Riv. it. dir. proc. pen., 1985, 440, in . DOLCINI, E., *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, *loc. cit*., pp. 57-58 ss.).

[441] Al comma III l'articolo 67 regola il concorso fra circostanze omogenee che prevedano una pena di specie diversa rispetto a quella ordinaria comminata per il reato, stabilendo che le variazioni di pena si applicheranno sulla pena del reato circostanziato.

[442] Tale articolo, nella sua formulazione originaria, prevedeva talune esclusioni *ratione personae* e *ratione materiae* che impedivano di applicare il giudizio di bilanciamento per le circostanze indipendenti, o ad efficacia speciale, e per quelle inerenti alla persona del colpevole, mentre ora dev'essere esteso anche ad esse (la modifica si deve al d.l. 11 aprile 1974, n. 99, convertito in legge il 7 giugno 1974, n. 220). Cfr. MANNA, A., *Circostanze del reato*, in Enc. giur. Trecc., *cit*., p. 8. Alcune leggi successive, in particolare in materia di terrorismo o eversione dell'ordine

due commi esamina la possibilità che le circostanze di un tipo prevalgano su quelle dell'altro tipo: in tal caso, al giudice è concesso di non tener conto delle circostanze "*soccombenti*"[443].

> *Art. 69 c.p. (...). Quando concorrono insieme circostanze aggravanti e circostanze attenuanti, e le prime sono dal giudice ritenute prevalenti non si tien conto delle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti, e si fa luogo soltanto agli aumenti di pena stabiliti per le circostanze aggravanti.*
>
> *Se le circostanze attenuanti sono ritenute prevalenti sulle circostanze aggravanti, non si tien conto degli aumenti di pena stabiliti per queste ultime, e si fa luogo soltanto alle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti.*

Se invece il bilanciamento fra circostanze porta ad un giudizio di *equivalenza* delle une nei confronti delle altre, le circostanze vengono praticamente azzerate ai fini della commisurazione della pena, come stabilisce il III co. dell'art. 69:

> *Se fra le circostanze aggravanti e quelle attenuanti il giudice ritiene che vi sia equivalenza, si applica la pena che sarebbe inflitta se non concorresse alcuna di dette circostanze.*

La legge si preoccupa anche di specificare il peso, nel bilanciamento, delle circostanze attenuanti c.d. *generiche*, le quali hanno il peso di una sola circostanza.

---

costituzionale, mafia e pedofilia hanno reintrodotto alcune delle esclusioni relative alle aggravanti speciali, sì che in tali casi l'aggravante speciale si applica sempre, mentre eventuali attenuanti possono trovare applicazione a partire dalla pena risultante dall'aumento per l'aggravante speciale. L'applicabilità delle attenuanti, che non era inizialmente menzionata nelle leggi speciali in materia di terrorismo, è stata dichiarata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 38 del 13 febbraio 1985, in Giur. Cost., 1985, I. 152. In merito cfr. PULITANÒ, D., *op. cit.*, p. 541.

[443] Sia le circostanze soccombenti nel bilanciamento sia le circostanze rese inapplicabili dal giudizio di equivalenza di cui all'art. 69 III c.p. non si elidono, ma restano sussistenti ad ogni altro effetto che non si ricollega al *quantum* di pena. *Es*: se l'esistenza di una circostanza aggravante fonda la perseguibilità d'ufficio di un delitto altrimenti perseguibile a querela, l'azzeramento di tale circostanza aggravante lascia intatta la perseguibilità d'ufficio. Cfr. MANNA, A., *Circostanze del reato*, in Enc. giur. Trecc., *cit.*, p. 8.

Da questa pur breve analisi emerge come il bilanciamento sia per sua natura un istituto affidato alla *discrezionalità* del giudice: "Il modo in cui esso è congegnato ne fa uno strumento particolarmente penetrante di tale potere discrezionale: l'ambito di discrezionalità, che esso segna, è amplissimo"[444]. Se infatti da un lato il meccanismo in sé del bilanciamento è ben determinato dalla legge, dall'altro il giudizio del giudice sulla *prevalenza* di una circostanza sull'altra, così come quello sull'*equivalenza* delle une sulle altre implica necessariamente un giudizio di valore avente per oggetto aspetti fattuali come ad esempio "la gravità" o la "tenuità" del fatto. La legge non indica i criteri secondo i quali il giudice deve effettuare il bilanciamento, che dovrebbe riflettere "non valutazioni generali sulla gravità del reato o della colpevolezza, ma valutazioni puntuali sul significato delle circostanze a confronto, nella concreta realizzazione del reato. A tal fine, non è decisivo il numero delle circostanze, ma la loro intensità, da valutare in concreto"[445]. In mancanza di più precise indicazioni, generalmente il giudice si orienta a *criteri di equità* nella commisurazione complessiva della pena, ma sostanzialmente egli non sottosta ad alcun legame[446].

4.4. Problemi legati alle *circostanze indipendenti*.

Un ulteriore aspetto problematico della commisurazione è sollevato dal caso in cui la legge preveda che, in presenza di determinate circostanze, l'aumento di pena sia *automatico.*

> *Es.: per le lesioni semplici, l'art. 582 c.p. prevede una pena compresa fra i tre mesi ed i tre anni, ma ove sia integrata la fattispecie aggravata di lesioni dolose gravissime l'art. 538 prevede la pena della reclusione da*

---

[444] PULITANÒ, D., *op. cit*., p. 541. L'Autore porta un chiarificante esempio dell'ampiezza del potere discrezionale del giudice che si trovi a dover stabilire qual è la pena per un reato di furto aggravato ai sensi dell'art. 625 c.p., in presenza di attenuanti ed aggravanti da bilanciare. In particolare, è messo in evidenza come dopo la riforma del 1974 l'ambito di discrezionalità del giudice si sia sensibilmente allargato (cfr. *op. cit*., p. 541-542). Le circost

[445] PULITANÒ, D., *op. cit*., p. 542.

[446] Cfr. *ibidem*, p. 542. Se si accogliesse la concezione di circostanze quali elementi non accessori ma essenziali ala configurazione di una nuova fattispecie normativa, quella del *reato circostanziato*, come auspicato da MELCHIONDA, e SPENA (cfr. *supra*, note 427 ss.), si supererebbero anche molti dei problemi legati al bilanciamento fra circostanze, poiché si potrebbe arrivare ad una rilettura dell'art. 69 c.p. più rigorosa ed omogenea di quella attuale. Cfr. MELCHIONDA, A., *Le circostanze del reato, cit*., pp. 758 ss.

sei a dodici anni. La legge non prevede possibilità intermedie, vale a dire che in nessun caso la pena potrà essere compresa fra i tre ed i sei anni.

Un sistema come quello dell'esempio crea una sorta di *scarto* fra la cornice edittale del reato semplice (o a circostanze azzerate[447]) e quella del reato circostanziato, con l'esclusione di possibilità intermedie. Ciò solleva le critiche di chi, pur riconoscendo che "un salto secco nella misura della pena è di per sé giustificabile, là dove sia il legislatore ad imporre aumenti o riduzioni in maniera fissa, o comunque non inferiore ad una data soglia, in ragione di una diretta valutazione normativa del peso da assegnare a date circostanze (...)"[448]; rileva che nei casi come quello dell'esempio or ora riportato, però, la situazione è diversa: "ci troviamo di fronte ad uno spazio di *discrezionalità discontinua*, per così dire lacerato al suo interno, nel senso che il giudice, secondo gli esiti di un discrezionale bilanciamento, può andare *o al di sopra o al di sotto di certe soglie, con esclusione di possibilità intermedie*"[449].

Tale discontinuità mal si concilia con l'idea che l'entità della sanzione deve corrispondere ad una discrezionale valutazione di gravità secondo una scala continua, poiché un ammontare consistente di pena è escluso da tale scala: "là dove la disciplina del bilanciamento si applica a circostanze che spostano i limiti edittali, si apre un buco nero nella scala delle possibili scelte sanzionatorie che è incoerente con la stessa logica del bilanciamento e può condurre ad applicazioni non compatibili col principio di uguaglianza-ragionevolezza"[450].

4.5. La discrezionalità del giudice nella valutazione delle circostanze.

La previsione legale delle *circostanze del reato* trae origine dall'esigenza costituzionale di "adeguare la pena all'effettivo disvalore del caso concreto,

---

[447] E' chiaro infatti che la decisione del giudice di comminare la pena nei limiti della fattispecie non circostanziata può anche essere il risultato del bilanciamento fra aggravanti ed attenuanti, con il conseguente annullamento reciproco delle une e delle altre.
[448] PULITANÒ, D., *op. cit*., p. 543.
[449] *Ibidem,* p. 543.
[450] *Ibidem,* p. 543. In effetti, si pensi al caso dell'articolo 62-*bis* c.p.: la legge consente di diminuire la pena in presenza di indefinite circostanze attenuanti generiche, descritte semplicemente come *tali da giustificare una diminuzione della pena*. Se è vero che il dettato legislativo risponde alle esigenze costituzionali di individuazione della sanzione, è innegabile che una formula così *lata* si presta alle più svariate interpretazioni.

valutato anche in rapporto alle caratteristiche soggettive del reo e ad un contesto più ampio, che può tenere conto di fattori anche estranei al fatto di reato in senso stretto"[451]. Fra questi, proprio l'adattamento della pena alle caratteristiche personali del reo gioca un ruolo molto importante in vista della sua *rieducazione*[452].

Benché la legge descriva quasi sempre in modo chiaro e ben determinato quali sono gli elementi di fatto che possono portare al riconoscimento di una circostanza, e di conseguenza ad una variazione del *quantum* della pena, si deve riconoscere si tratta di indicazioni suscettibili di interpretazioni anche molto discostanti tra loro. Pertanto, in questo campo il giudice dispone di un ampio potere discrezionale, sottratto al controllo di legittimità della Cassazione[453], che si traduce in una vera e propria "sovranità del caso concreto"[454].

Sotto il profilo della discrezionalità dell'organo giudicante, è emblematica la generica previsione di una diminuzione di pena dovuta alla sussistenza delle *attenuanti generiche*, che sono peraltro le più applicate dalla giurisprudenza: il dettato dell'art. 62-*bis* "lascia il giudice completamente libero nella ricerca del

---

[451] CADOPPI, A. – VENEZIANI, P., *Elementi di diritto penale – Parte generale, cit.,* p. 352. In senso contrario sono state avanzate anche altre letture del ruolo delle circostanze: oltre al "*tradizionale richiamo ad una diretta rilevanza delle circostanze nella prospettiva della c.d. individualizzazione della responsabilità penale, si è, ad esempio, accennato ad una loro più specifica afferenza alla sfera della colpevolezza del reo, ovvero, secondo altri, al diverso versante della pericolosità individuale del colpevole*" (MELCHIONDA, A., *op. cit*., p. 581). L'A. continua affermando che attribuire alle circostanze la funzione di individualizzare la pena al suo autore è divenuto un vero e proprio "*postulato di valore assiomatico*" basato sulla premessa non scontata che, se la previsione della circostanza contribuisce a rendere il reato base "*più specifico*", allora è necessario che sia più specifica anche la conseguenza sanzionatoria. Inoltre, "*la maggior specificità delle conseguenze previste per una certa ipotesi circostanziale (soprattutto se predeterminate in astratto) non è (...) già di per sé indicativa di una loro maggior aderenza alle caratteristiche 'individuali' del fatto e della personalità dell'autore*" (*op. cit*., p. 586).

[452] Cfr. FIANDACA, G. – MUSCO, E., *op. cit*., p. 74.

[453] Cfr. MANNA, A., *Circostanze del reato*, in Enc. giur. Trecc., *cit*., p. 8. Ad esempio, le statuizioni relative al *giudizio di comparazione* tra circostanze aggravanti ed attenuanti sono censurabili con ricorso per cassazione soltanto nella ipotesi in cui siano frutto di *mero arbitrio* o di *ragionamento illogico*, poiché per giustificare la decisione del giudice basta che egli l'abbia ritenuta la più idonea a realizzare *l'adeguatezza della pena nel caso concreto* (Cfr. DELL'ANNO, P., *Art. 69.1*, in LATTANZI, G. – LUPO, E., *Codice penale. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, Aggiornamento 2000-2005, Giuffrè, Milano 2005, p. 711, che fa riferimento a Cass., 16 febbraio 2001, Pelini, in Cass. pen. 202, 3452).

[454] NUVOLONE, P., *Pena* (dir. pen.), in *loc. cit*., p. 7911. Il passaggio è già stato ripreso in precedenza *sub Cap. I, punto 4 a).* La discrezionalità del giudice trova la sua *massima espansione* nel concorso di circostanze, in particolare se si tratta di circostanze eterogenee. Cfr. DOLCINI, E., *Potere discrezionale (dir. proc. pen.)*, in Enc. Dir.,Volume XXXIV, Giuffrè, Milano 1985, p. 765.

valore attenuante. Né a tale situazione si riesce ad ovviare attraverso i consueti richiami, in via di interpretazione, all'art. 133 c.p"[455].

Parte della dottrina ritiene che la discrezionalità del giudice nel momento commisurativo sia eccessiva. In particolare essa critica il meccanismo del bilanciamento-annullamento di circostanze, il quale, lungi dal consentire di valorizzare gli elementi più significativi del fatto, si traduce in "un'amputazione radicale del materiale valutativo, sulla base di un raffronto che, oltre ad esser di per sé ben difficilmente orientabile, è per giunta chiamato a svolgersi su dati per lo più eterogenei e spesso incommensurabili"[456], ed auspica, in una prospettiva *de iure condendo*, un ritorno a criteri in cui le indicazioni legislative siano più precise e maggiormente vincolanti[457]. A questo proposito vale la pena di ricordare che la proposta di riforma della parte generale del codice penale della Commissione Grosso proponeva di ridurre notevolmente l'eccessivo potere discrezionale del giudice[458]: a fronte di questo progetto, due magistrati componenti della Commissione hanno però sostenuto che "la limitazione della discrezionalità

---

[455] DOLCINI, E., *Potere discrezionale (dir. proc. pen.)*, in *loc. cit.*, p. 764.

[456] Commissione per la riforma del codice penale, presieduta dal prof. A. PAGLIARO, *Relazione illustrativa della bozza di articolato di legge – delega* (25 ottobre 1991) in Ind. pen., 1992, 579, p. 588.

[457] Il Progetto della Commissione Pagliaro prevedeva l'applicazione integrale di tutte le circostanze relative al reato commesso, mentre altre voci richiedono una "*radicale revisione dell'intera disciplina degli elementi circostanziali*" che elimini o per lo meno riduca la discrezionalità ora vigente (Cfr. MANNA, A., *Circostanze del reato*, in Enc. giur. Trecc., *cit.*, p. 8. Lo stesso Autore successivamente propone l'eliminazione definitiva della categoria delle circostanze, in *loc. cit.*, p. 15).

[458] Nella *Relazione Conclusiva ai lavori della Commissione Grosso*, resa pubblica il 15 luglio 1999, si legge che "*la disciplina in vigore, caratterizzata da una opzione teorica apparentemente ispirata ad un modello di discrezionalità vincolata (artt. 132 e 133), ma da una situazione concreta contraddistinta da una discrezionalità incondizionata del giudice, elude le più elementari esigenze di legalità e di certezza del diritto. [...] La Commissione ritiene che presupposto indispensabile di una disciplina accettabile sia la rimozione delle cause a monte della sopra menzionata discrezionalità non vincolata: la riduzione (...) dello scarto fra minimo e massimo edittale e la eliminazione degli istituti che hanno aumentato la discrezionalità giudiziale in materia di determinazione in concreto della pena (...).*" Nel successivo punto della Relazione dedicato nello specifico alle circostanze del reato si legge: "*Rilevata l'eccessiva discrezionalità giudiziale conseguente alla disciplina vigente del calcolo delle circostanze, la Commissione propone: 1.una tendenziale diminuzione delle circostanze del reato previste nella parte speciale del codice penale, la rivalutazione delle circostanze ad effetto speciale (...); 2. il superamento del sistema vigente di calcolo delle circostanze eterogenee (...); 3. la valorizzazione della recidiva*" (*Relazione della Commissione Grosso*, in http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previsiousPage=mg_14_7&contentId=SPS31493, consultato il 5 settembre 2009).

giudiziale che scaturisce dal complesso delle innovazioni proposte condurrebbe, a loro avviso, ad un eccessivo irrigidimento del sistema delle pene"[459].

Il fatto che il punto di vista degli "addetti ai lavori" sulla discrezionalità del giudice sia così distante da quello della dottrina, la quale dal lato suo invece la stigmatizza, fa riflettere: "la eccessiva discrezionalità giudiziale nella concreta declinazione delle pene (...) non costituisce un incidente, un effetto indesiderato casualmente prodotto da un legislatore confusionario, quanto piuttosto la dimostrazione (...) del carattere irragionevole della moderna narrativa penalistica"[460].

In questa sede preme unicamente prendere atto del fatto che il giudice, nel momento in cui decide sull'applicazione delle circostanze ovvero compie il bilanciamento, gode di una libertà tale da avere delle significative ricadute sulla *certezza* della pena inflitta.

5. "Sconti" di pena e tecniche premiali.

Il sistema delle circostanze, particolarmente quello delle attenuanti, è pensato per favorire i soggetti che, pur avendo delinquito, mantengono, o hanno mantenuto, una condotta tale da giustificare un trattamento meno rigoroso nella commisurazione della pena. Rispondono a questa *ratio* ad esempio l'attenuante comune di cui all'art. 62, n. 6 c.p., che si applica a chi, dopo aver commesso il reato, si adopera per la riparazione del danno o il suo risarcimento, o anche la previsione, all'art. 62-*bis*, di circostanze attenuanti generiche.

L'ordinamento italiano prevede però anche altri meccanismi, molto più fortemente rivolti ad una riduzione di pena in senso premiale, tanto da creare, soprattutto nei settori della criminalità organizzata di stampo mafioso e terroristico, un sistema di punizione definito *a forbice*: da un lato vi è un sistema sanzionatorio molto più rigoroso che per i delinquenti comuni, dall'altro si

---

[459] R*elazione Conclusiva ai lavori della Commissione Grosso,* punto 8. Il sistema delle pene, *loc. cit.* A tal proposito cfr. INSOLERA, G., *La «macchina ingolfata» della giustizia penale, il processo e la pena*, in Quest. giust., 1999, V, 867, p. 873.

[460] INSOLERA, G., *La «macchina ingolfata» della giustizia penale, il processo e la pena*, in Quest. giust., 1999, V, 867, p. 874.

prevedono sconti di pena molto significativi a favore di chi collabori con le autorità di giustizia.

Un ulteriore ordine di riduzioni di pena è poi previsto in ambito processuale penale, attraverso l'introduzione, al libro VI del codice di procedura penale, dei procedimenti, o riti, *speciali*[461]. Tali riti sono stati introdotti allo scopo precipuo di ridurre e contemporaneamente di velocizzare il processo penale, ma comportano necessariamente una perdita sul piano delle garanzie processuali dell'imputato, alla quale si cerca di ovviare offrendo all'imputato una riduzione di pena[462].

Si analizzeranno ora brevemente i meccanismi premiali previsti per i soggetti che decidono di collaborare nel processo ed in seguito si cercherà di mettere in evidenza i punti più critici legati ai riti processuali alternativi ed agli sconti di pena ad essi connessi.

Il punto di vista privilegiato in questa analisi sarà ancora una volta il profilo della certezza della pena, intesa come prevedibilità dell'ammontare finale della pena una volta che sono intervenuti gli sconti, e della sua valutazione sul piano dell'uguaglianza e della legalità.

5.1. Il premio per la collaborazione processuale *(un rapido accenno)*.

Sono tendenzialmente due gli ambiti nei quali l'ordinamento prevede da un lato, la regola di un trattamento sanzionatorio molto severo (composto dalla previsione di cornici edittali molto alte nel massimo e dalla previsione di aggravanti speciali), e dall'altro l'eccezione di considerevoli diminuzioni di pena a favore dei soggetti che offrano la loro collaborazione all'autorità giudiziaria penale: il campo dei delitti di eversione dell'ordine costituzionale ed i delitti legati alle attività delle associazioni criminose, in particolare di stampo mafioso.

La condotta di *collaborazione* consiste principalmente nel dissociarsi dall'organizzazione d'appartenenza e nell'aiutare la polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura di altri

---

[461] Cfr. LOZZI, G., *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, Torino 2008, pp. 443-444.

[462] Cfr. *Relazione al progetto preliminare di riforma del codice di procedura penale*, in G.U. del 24 ottobre 1988 – Serie generale, n. 250, Supplemento ord. n. 2., pp. 103-104. Nella Relazione si legge che dalla larga applicazione dei riti abbreviati dipende il buon funzionamento di tutto il processo penale (p.104).

appartenenti all'associazione[463]. La corrispondente diminuzione di pena è generalmente molto consistente: alla pena dell'ergastolo è sostituita la reclusione da 12 a 20 anni, mentre le altre pene sono diminuite da un terzo alla metà[464]. Inoltre, i pentiti possono avere accesso alle misure alternative alla detenzione, che altrimenti sarebbero loro precluse[465].

A prescindere dagli aspetti più specifici del fenomeno, in questa sede interessa soffermarsi sulle finalità che esso persegue.

La collaborazione processuale, detta anche *pentitismo*[466], è stata criticata da chi ravvisa nelle diminuzioni di pena la perdita della necessaria corrispondenza proporzionale tra reato e pena. A questa osservazione *retribuzionista* si è soliti ribattere che tale perdita avviene solo *in bonam partem*, poiché gli sconti sono giustificati da una condotta collaborativa del reo, ben comprensibile in un'ottica special-preventiva.

In realtà, la funzione primaria delle riduzioni di pena è quella della prevenzione generale, vale a dire della prevenzione di futuri delitti grazie alle informazioni fornite dal pentito, più che quella della rieducazione-riabilitazione del soggetto: "*la legittimazione di tecniche premiali 'spinte' non può che essere ricercata nella prevenzione generale*: nel contributo che la collaborazione processuale, incentivata dalla promessa d'un trattamento meno sfavorevole, può dare *al funzionamento della giustizia penale, e mediatamente al raggiungimento di obiettivi di prevenzione di futuri delitti*"[467].

In questo specifico campo, lo scopo di prevenzione generale sarebbe dunque nettamente prevalente rispetto a quello della prevenzione speciale: pur considerando la volontà di collaborare come un indice di ravvedimento che fa sì che il soggetto "si meriti" una pena più mite, è stato attentamente osservato che per tener conto del ravvedimento basterebbero i normali indici di commisurazione

---

[463] Il primo modello di disciplina premiale per la collaborazione processuale si trova all'art. 4 del d.l. 15 dicembre 1979, n. 625, convertito con legge n. 5 del 6 febbraio 1980 per i delitti con finalità di terrorismo o eversione, ed è stato ripreso nelle norme antimafia del 1991-1992.
[464] Cfr. PULITANÒ, D., *op. cit.*, p. 543.
[465] Cfr. DI MARTINO, C., *Il difficile connubio tra funzione rieducativa della pena e benefici penitenziari a favore dei pentiti,* in Rass. pen. e criminol., 2003, I-II, 227, p. 240.
[466] Nella prassi i due termini sono usati come sinonimi, benché i loro significati siano parzialmente diversi, cfr. RUGGIERO, A., *Pentitismo e collaborazione processuale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, IV Ed., Tomo II, Aggiornamento *** 2005, UTET Giuridica, Torino, 2005, p. 1028.
[467] PULITANÒ, D., *op. cit.*, p. 548. Il corsivo è dell'Autore.

specialpreventiva. Il sistema del pentitismo opera invece una *forzatura* di tali indici, discostandosi dalle finalità di rieducazione per privilegiare, appunto, obiettivi come la sicurezza sociale e la prevenzione di futuri delitti[468].

I "premi" previsti per la collaborazione processuale potrebbero forse sollevare qualche dubbio in materia di rispetto del principio di uguaglianza. In merito, si ritiene che il fatto di prestare o meno la collaborazione alle autorità di giustizia sia di tale rilievo da integrare una differenza soggettiva fra chi collabora e chi no, così che la differenziazione di trattamento è "non irragionevolmente valutabile dal punto di vista di interessi e criteri rilevanti per il sistema penale"[469] e può legittimamente fondare la scelta di dare risposte sanzionatorie diverse nelle due situazioni.

Se dunque il fenomeno del pentitismo non pone problemi dal punto di vista del rispetto del principio di uguaglianza, non rimane che prendere atto che la scelta del legislatore in questo campo è stata quella di far prevalere esigenze di prevenzione generale su esigenze di prevenzione speciale.

5.2. La scelta dei riti processuali alternativi.

Il nuovo codice di procedura penale del 1989 ha introdotto la possibilità che l'imputato sia giudicato secondo riti alternativi al giudizio ordinario, i quali si distinguono in due categorie: quelli diretti a deflazionare il dibattimento (ossia l'applicazione della pena su richiesta delle parti, il giudizio abbreviato ed il procedimento per decreto penale di condanna) e quelli che escludono l'udienza preliminare anticipando il dibattimento stesso, vale a dire il giudizio direttissimo ed il giudizio immediato[470].

---

[468] Cfr. PULITANÒ, D., *op. cit*., pp. 548-549. Si è diffusa fra gli studiosi la convinzione che quello del pentitismo è un *male necessario*, poiché le organizzazioni mafiose sono troppo ben chiuse ed organizzate per essere scoperte senza un aiuto dall'interno, ed i tradizionali mezzi investigativi da soli possono ottenere ben poco nella lotta contro la criminalità organizzata di questo stampo. L'Autrice sottolinea inoltre come la funzione rieducativa della pena non riesca a trovare spazio in questo meccanismo. Cfr. DI MARTINO, C., *Il difficile connubio tra funzione rieducativa della pena e benefici penitenziari a favore dei pentiti,* in *loc. cit*., p. 228.

[469] PULITANÒ, D., *op. cit*., p. 549.

[470] Cfr. LOZZI, G., *Lezioni di procedura penale*, *cit.*, p. 444. Vi è chi fa rientrare tra questi riti speciali anche il procedimento di *oblazione*, sebbene esso non sia previsto dal libro VI del codice di procedura penale, bensì dal codice penale *(Artt. 162 e 162-bis c.p.)*: "*l'oblazione appartiene, a pieno titolo, alle procedure speciali di tipo consensuale, considerato che essa si risolve in una chiusura anticipata del processo, provocata da una richiesta dell'imputato, di regolare in denaro la propria pendenza processuale. Il termine «oblazione» designa per l'appunto il comportamento*

I riti nei quali vi è rinuncia al dibattimento comportano una riduzione di pena: questo è il *premio*[471] per l'imputato che accetta di venire giudicato solo sulla base degli atti di indagine preliminare, rinunciando a tutte le garanzie che vengono offerte dal dibattimento, primo fra tutti un più ampio rispetto del diritto del contraddittorio nell'acquisizione della prova[472]: "Una simile rinuncia – del tutto legittima sul piano costituzionale, in quanto espressamente giustificata da quel richiamo al 'consenso' che compare nel novellato testo dell'art. 111 comma 5° Cost. – comporta una comprensibile accelerazione dello svolgimento processuale, ma in modo da avvantaggiare sensibilmente l'accusa"[473].

L'aver introdotto questi procedimenti nel codice di rito risponde ad esigenze di deflazione del numero e della lunghezza dei processi ma presenta innegabili risvolti problematici, soprattutto in riferimento ai princìpi costituzionali di legalità ed uguaglianza. La disciplina che li riguarda, di fatto, è stata più volte oggetto di pronunce della Corte Costituzionale. Tuttavia, essi sono sopravvissuti agli interventi legislativi[474] e giurisprudenziali successivi, fino ad entrare ormai nella quotidianità del processo penale: se non ci fossero, il collasso del sistema

---

del soggetto che 'offre' spontaneamente una somma di denaro, al fine di conseguire l'estinzione del reato, facendo così cessare immediatamente il processo a suo carico. Il rito in questione è esperibile unicamente per i reati contravvenzionali punibili con l'ammenda" (ORLANDI, R., *Procedimenti speciali*, in CONSO, G. – GREVI, V., *Compendio di procedura penale*, III Ed. Cedam, Padova 2006, pp. 571-572).

[471] Parla di *tecniche premiali* ORLANDI, R., *Procedimenti speciali*, in *loc. cit.*, p. 571.

[472] Uno dei princìpi cardine del nostro sistema processuale penale, molto legato alla sua natura tendenzialmente *accusatoria*, è quello secondo il quale il soggetto deve essere giudicato solo in base a prove che si sono potute formare oralmente nel contraddittorio tra le parti, come sancito anche dall'attuale articolo 111 della Costituzione. Nel processo penale, "*il contraddittorio può dirsi pienamente attuato allorché, potendo partecipare al procedimento personalmente, o, se lo voglia, per mezzo di un rappresentante nei casi consentiti dalla legge, la parte abbia garantita la possibilità di a) conoscere le opinioni, argomentazioni, conclusioni altrui; b) manifestare al giudice le proprie; c) indicare gli elementi di fatto e diritto che le suffragano; d) esercitare un'attività propulsiva del processo*" (CAVALLARI, V., *Contraddittorio (dir. proc. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. IX, Giuffrè, Milano 1961, p. 730). Nei riti alternativi, il soggetto sceglie di essere giudicato sulla base degli atti raccolti dalla polizia giudiziaria e dal pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari, ed anche i suoi poteri propulsivi del processo sono notevolmente ridotti, così che il suo diritto al contraddittorio ne risulta *menomato*.

[473] ORLANDI, R., *Procedimenti speciali*, in *loc. cit.*, pp. 570-571. L'art. 111 Cost. al comma V stabilisce infatti che "*La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita*".

[474] Modifica e corregge la disciplina, ampliandone nel contempo in modo cospicuo l'ambito applicativo, la legge n. 479/99, conosciuta anche come legge *Carotti*. Ulteriori interventi su singoli riti si devono alla legge n. 134/2003, alla l. n. 38/2006 ed alla l. n. 125/2008.

penale sarebbe ancora più grave di quanto non lo sia oggi, così che, pur criticamente, si afferma che la loro esistenza va accettata[475].

5.2.1. *Rito abbreviato (art. 438 c.p.p.).*

Il giudizio abbreviato è un rito speciale che può essere richiesto solo dall'imputato[476], semplicemente o subordinatamente alla richiesta di una integrazione probatoria. La richiesta semplice "comporta l'obbligatoria adozione di questo rito speciale"[477], mentre la richiesta condizionata è accettata dal giudice solo se egli non ritiene che le prove richieste sono irrilevanti o inammissibili, o che la loro assunzione comporterebbe un *iter* troppo lungo *(art. 438 V c.p.p.)*.

Una volta accettata la richiesta dell'imputato, il giudice decide allo stato degli atti durante l'udienza preliminare: al termine della discussione egli provvede pronunciando sentenza di proscioglimento o di condanna, ma nel secondo caso la pena determinata tenendo conto di tutte le circostanze (vale a dire la pena che è già stata oggetto del processo bifasico di commisurazione) è *diminuita di un terzo*. Alla pena dell'ergastolo è sostituita la reclusione di anni 30, mentre alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno è sostituita quella dell'ergastolo (art. 442 II c.p.p.)[478].

Nei fatti, il rito abbreviato appare vantaggioso per chi è colpevole e non ha possibilità di difesa, e quindi non trarrebbe alcun vantaggio da un lungo dibattimento. Al contrario, il soggetto innocente non è incentivato a scegliere

---

[475] Mantiene un atteggiamento critico ma tollerante verso questi riti il Professor MARCELLO BUSETTO nelle sue *Lezioni di Procedura Penale* tenutesi presso l'Università di Trento nel Semestre Estivo dell'Anno Accademico 2008-09, cui si farà più volte riferimento *infra*.

[476] La versione originaria della disciplina, prima della modifica apportata con la legge 479/99, richiedeva, per l'instaurazione del giudizio abbreviato, sia il consenso del pubblico ministero sia che il giudice ritenesse di poter decidere il processo allo stato degli atti. Cfr. LOZZI, G., *Lezioni di procedura penale*, *cit.*, p. 444.

[477] LOZZI, G., *Lezioni di procedura penale*, *cit.*, p. 445.

[478] La questione dell'applicabilità della riduzione di pena all'ergastolo è piuttosto complessa: la versione originaria dell'art. 442 II c.p.p., che prevedeva appunto che all'ergastolo fosse sostituita la reclusione di anni 30, era stata dichiarata incostituzionale per eccesso di delega dalla Corte Costituzionale con Sent. 23 aprile 1991, n. 176. Il Parlamento, con la legge n. 479/99, ha però reintrodotto la disposizione, questa volta in modo legittimo. Dopo questo intervento era ancora poco chiaro, però, se si dovesse operare la trasformazione in 30 anni di reclusione anche per il caso dell'ergastolo con isolamento diurno, pena prevista per il colpevole di più delitti, ognuno dei quali punibile con l'ergastolo (art. 72 c.p.). La legge n. 4 del 2001 ha risolto la questione, aggiungendo all'articolo 442 II comma un inciso che riguarda la trasformazione dell'ergastolo con isolamento diurno in ergastolo semplice. Cfr. LOZZI, G., *Lezioni di procedura penale*, *cit.*, p. 449. Anche un esame superficiale della disposizione lascia capire come scegliere il giudizio abbreviato c*onvenga moltissimo* a chi rischia di essere condannato all'ergastolo.

questo rito, dal momento che esso offre meno possibilità di difesa: d'altro canto, il giudizio abbreviato è meno costoso di quello ordinario, sia in termini di tempo sia in termini di denaro. Ne consegue un meccanismo poco lucido, nel quale il diritto di difesa, che trova la sua spiegazione massima nel dibattimento, diviene disponibile in nome di esigenze lontane dal processo quali il risparmio economico e la possibilità di uno sconto di pena[479].

Un'altra distorsione sistematica provocata dal rito in esame riguarda la composizione dell'organo giudicante: se un soggetto imputato di un reato che secondo i criteri ordinari di attribuzione risulta di competenza di un giudice collegiale sceglie il rito abbreviato, egli verrà giudicato in udienza preliminare da un giudice monocratico senza il rispetto del contraddittorio fra le parti[480].

La normativa sul giudizio abbreviato pone infine, ed è questo che più interessa evidenziare in questa sede, alcuni problemi di compatibilità con il principio di legalità dei reati e delle pene sancito dall'articolo 25 II Cost.

La riduzione obbligatoria di pena sarà infatti ottenuta dall'imputato solo in base ad una sua scelta personale, cui il giudice deve attenersi. "Pertanto, non può dirsi quale pena può essere comminata per un determinato reato posto che la riduzione di un terzo o la sostituzione della pena dell'ergastolo con la reclusione ad anni trenta dipende dalla richiesta oppure no del giudizio abbreviato, e, se si tratta di richiesta condizionata, dipende, altresì, da un giudizio discrezionale del giudice, che comporta il realizzarsi o no della condizione"[481].

Il rito abbreviato pone dunque dei problemi di incertezza in merito al *quantum* di pena, non a sfavore dell'imputato ma per i consociati, e pare sollevare dei problemi anche sotto il profilo dell'uguaglianza: si pensi ad esempio a due richieste condizionate all'assunzione di nuove prove, la prima accolta dal giudice, l'altra rigettata: il diverso trattamento sanzionatorio per i due imputati dipenderà

---

[479] Questi rilievi critici sono stati evidenziati da MARCELLO BUSETTO, *Lezioni di procedura penale*, Università di Trento, Semestre Estivo 2008-2009.

[480] La scelta di demandare il giudizio sui reati più gravi alla competenza del Tribunale collegiale o della Corte d'Assise è solitamente dovuta al fatto che il legislatore ritiene che lesioni particolarmente gravose dei beni giuridici dovrebbero essere giudicate da un organo composto da più persone: la scelta del rito abbreviato consente di aggirare tale prescrizione. La distorsione introdotta dal rito abbreviato solleva dei dubbi in merito al rispetto del principio del giudice naturale precostituito per legge, enunciato dall'articolo 25 I co. della Costituzione. Cfr. LOZZI, G., *Lezioni di procedura penale*, *cit.*, pp. 459-460.

[481] LOZZI, G., *Lezioni di procedura penale*, *cit.*, p. 458.

qui non da una loro scelta, ma dall'esistenza o meno di elementi tali da consentire il giudizio *allo stato degli atti*[482].

5.2.2. *Applicazione della pena su richiesta delle parti (art. 444 c.p.p.).*

Anche il procedimento dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, detto anche "patteggiamento", esclude il dibattimento, consentendo di risolvere il processo durante l'udienza preliminare.

Nel patteggiamento l'aspetto *negoziale* è ancora più marcato che nel giudizio abbreviato, poiché qui l'imputato decide di rinunciare ad essere giudicato per concordare, insieme al PM, con quale quantità e tipo di pena egli sarà punito, sottomettendosi *volontariamente* alla sanzione penale[483].

La procedura richiede che una delle parti faccia richiesta di patteggiamento e l'altra acconsenta: nel caso in cui sia il PM a negare il consenso, egli deve motivare la sua scelta, in modo che il diniego non si traduca in una arbitraria decisione dell'organo dell'accusa.

Imputato e pubblico ministero, in seguito, individueranno la misura ed il genere della pena da applicare nel caso concreto applicando essi stessi i meccanismi di commisurazione, per poi diminuirla fino ad un terzo, così che anche la libertà delle parti nella determinazione della pena è superiore rispetto al rito analizzato poc'anzi.

> *Art. 444 c.p.p. (Applicazione della pena su richiesta). L'imputato ed il pubblico ministero possono chiedere al giudice l'applicazione, nella specie e nella misura indicata, di una sanzione sostitutiva o di una pena pecuniaria, diminuita fino ad un terzo, ovvero di una pena detentiva quando questa, tenuto conto delle*

[482] In realtà sulla questione è intervenuta la Corte Costituzionale, la quale con sent. 23 maggio 2003, n. 169 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 438 VI c.p.p. nella parte in cui non prevede che, in caso di rigetto della richiesta di giudizio abbreviato subordinata ad una integrazione probatoria, l'imputato possa rinnovare la richiesta prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado e il giudice possa disporre il giudizio abbreviato. Grazie all'intervento della Corte, dunque, la disparità di trattamento è stata affievolita.

[483] Cfr. ORLANDI, R., *Procedimenti speciali*, in *loc. cit*., p. 573, il quale evidenzia come fulcro di questo rito sia l'accordo fra le parti principali del processo avente per oggetto il *quantum* di pena da applicare (*loc. cit*., p. 575).

circostanze e diminuita fino ad un terzo, non supera i cinque anni soli o congiunti a pena pecuniaria.

Il campo di applicazione del patteggiamento è dunque limitato alle pene la cui durata, diminuita fino ad un terzo, è contenuta nei dei cinque anni di reclusione[484]. Il comma I-*bis* dell'articolo 444 prevede inoltre un'esclusione *ratione materiae* dal patteggiamento per alcune categorie di reati particolarmente gravi, e per coloro che sono stati dichiarati delinquenti abituali, professionali e per tendenza o recidivi, qualora la pena da applicare superi i due anni.

Le componenti premiali del patteggiamento sono molto incisive nel caso in cui la pena patteggiata non superi i due anni: in tal caso, la richiesta di patteggiamento può essere subordinata alla concessione della sospensione condizionale della pena (art. 444 comma III c.p.p.). Ciò costituisce un ulteriore incentivo per l'imputato a scegliere il rito in esame.

In presenza di tutti i requisiti formali, il giudice decide sulla base degli atti di applicare la pena proposta dalle parti se la ritiene *congrua (art. 444 co. II)*. Il requisito della congruità della pena, introdotto dalla l. 479/1999, era stato richiesto in precedenza dalla Corte Costituzionale con la sentenza 313 del 1990, la quale aveva dichiarato illegittimo il comma II dell'art. 444 nella parte in cui non richiedeva la congruità della pena ai fini e nei limiti di cui all'art. 27 co. III della Costituzione[485].

Se il giudice trova che la pena non sia congrua egli può negare il suo consenso e le parti possono riproporre un'altra richiesta se lo ritengono opportuno. Proprio il riferimento alla congruità della pena solleva un primo problema del patteggiamento: dal punto di vista dell'uguaglianza sostanziale e della legalità, è

---

[484] Nella versione originaria del codice, il patteggiamento si poteva applicare soltanto quando la pena detentiva concordata non superasse i due anni, ma tale limite è stato notevolmente aumentato dalla legge n. 134 del 2003. Permangono tuttavia delle differenze consistenti quanto ai benefici connessi alla pena, a seconda che essa superi o meno i due anni di reclusione: nel primo caso trovano applicazione solo i benefici comuni, vale a dire lo sconto di pena e l'assenza di efficacia vincolante nei giudizi civili ed amministrativi, nel secondo caso invece vi sono benefici ulteriori quali l'esclusione dal pagamento delle spese processuali, l'esclusione delle pene accessorie e la non menzione nel casellario giudiziale richiesto dai privati (art. 445, co. I e I-*bis*). Le differenze sono tali che si parla addirittura di *due forme di patteggiamento*. Per i particolari cfr. ORLANDI, R., *Procedimenti speciali*, in *loc. cit*., pp. 576-577.

[485] Cfr. C. Cost., Sent. 26 giugno – 2 luglio 1990, n. 313, in Foro it., 1990, I, c. 2385, con due note molto interessanti, la prima della quale si deve a G. FIANDACA e prende in considerazione la compatibilità del patteggiamento con il principio rieducativo. La seconda nota è di G. TRANCHINA e considera la compatibilità del rito con gli altri principi costituzionali.

difficile sostenere che una pena patteggiata, e dunque minore, sia più rieducativa rispetto alla pena di maggiore entità cui è sottoposto chi, per aver commesso lo stesso fatto, non ha patteggiato[486].

In generale, la questione più complessa nel campo del patteggiamento è quella che riguarda la *natura* della sentenza con la quale il giudice applica la pena richiesta dalle parti: si discute infatti se essa contenga o meno un accertamento della responsabilità della parte e se la si possa o meno definire una sentenza di condanna[487]. La questione si riflette anche sulla legittimazione della pretesa punitiva, poiché è difficile comprendere quale debba essere la funzione della pena comminata ad un soggetto che non è stato condannato, né giudicato, ma ha deliberatamente accettato di sottoporvisi per veder concluso rapidamente il processo, o per ottenere una pena che, grazie alla riduzione di un terzo, potesse essere sospesa condizionalmente. Le conseguenze di questo sistema sono facilmente intuibili: "con questo rito il legislatore ha aperto una sorta di autostrada verso l'impunità, accessibile anche all'autore di reati nient'affatto bagatellari. Il patteggiamento rappresenta dunque un elemento non marginale in un processo degenerativo del sistema sanzionatorio che, sotto la bandiera della *'lotta alla pena detentiva'*, muove non tanto nel senso della *mitigazione*, quanto nel senso della *'liquidazione' totale*"[488].

---

[486] Questa critica proviene da BUSETTO, M., *Lezioni di procedura penale*, Trento, Semestre Estivo 2008-2009, lezione del 23 aprile 2009.

[487] Cfr. LOZZI, G., *Lezioni di procedura penale*, *cit.*, pp. 475-476. L'Autore afferma che nel patteggiamento deve essere forzatamente contenuto un accertamento, altrimenti non si giustificherebbe la restrizione di libertà personale che deriva dalla condanna. In mancanza di un accertamento si andrebbe inoltre contro la presunzione di non colpevolezza di cui all'articolo 27 II Cost. Al contrario, la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria, nonché la relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale negano che la sentenza patteggiata contenga un accertamento, contentandosi di considerarla diversa dalla normale sentenza di condanna ed a questa equiparata dall'articolo 445 co. I-*bis* c.p.p., seconda parte: "*Salvo diverse disposizioni di legge, la sentenza è equiparata ad una pronuncia di condanna*".

[488] DOLCINI, E., *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in DOLCINI, E. – PALIERO, C. E., *op. cit.*, p. 1092. Parlando di reati "*nient'affatto bagatellari*", l'Autore fa riferimento ad una ricerca empirica compiuta pochi anni prima (ossia quando ancora il limite per l'applicazione del rito era di due anni) da GIORGIO MARINUCCI sui reati per i quali si applicava il patteggiamento nel Tribunale di Milano: fra questi figuravano la corruzione propria, la concussione e la bancarotta fraudolenta. Cfr. MARINUCCI, G., *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma,* in *loc. cit.*, p. 166. Lo stesso quadro si ripropone a Torino, secondo la ricostruzione di LOZZI, antecedente alla riforma del 2003: "è evidente, che, allorquando per una concussione di miliardi o per una bancarotta fraudolenta aggravata di decine di miliardi, si giunge ad un patteggiamento, inevitabilmente, per rientrare nel limite (dei due anni), si parte, nel computo della pena, dal minimo edittale, in palese violazione dei parametri enunciati nell'art. 133 c.p. e, conseguentemente, del principio di legalità in tema di applicazione della pena nonché del principio

5.2.3. *Decreto penale di condanna (art. 459 c.p.)*

Il procedimento per decreto penale di condanna può essere richiesto dal pubblico ministero per i reati perseguibili d'ufficio e per quelli perseguibili a querela, se la querela è stata presentata, nel caso in cui egli ritenga che si debba applicare solo una pena pecuniaria, anche in sostituzione di una pena detentiva. Nell'istanza del decreto il PM deve indicare l'ammontare della pena, che può essere diminuita *fino alla metà* rispetto al minimo edittale. Il decreto penale ha la natura di una sentenza di condanna, ma non ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo[489]. All'imputato è inoltre data la possibilità di opporsi al procedimento e di richiedere che di essere sottoposto a processo *(art. 461 c.p.p.)*.

In questo procedimento la diminuzione di pena è la più sensibile, ma d'altra parte il suo campo di applicazione è ridotto ai reati punibili con la sola pena pecuniaria, così che "il procedimento per decreto si inquadra dunque tra gli strumenti di deflazione processuale, ma non fra gli strumenti di deflazione penitenziaria"[490].

5. 3. L'incidenza dei riti alternativi sulla *certezza* e sullo *scopo* della pena.

La diminuzione di pena connessa ai riti alternativi non è inclusa nella disciplina delle circostanze attenuanti, né rientra nel bilanciamento con eventuali circostanze aggravanti. Ciò fa sì che in questo contesto "la commisurazione della pena (...) presenti caratteristiche spiccatamente *'autonome'*, soprattutto per la 'concentrazione' del potere discrezionale nelle mani delle 'parti processuali' (...). Fatto, questo, che autorizza a parlare, piuttosto, di una «*pseudo-commisurazione*»

---

di eguaglianza posto che, nel determinare la pena base della bancarotta fraudolenta, si tratta il grande imprenditore che ha distratto decine di miliardi così come si tratta il panettiere imputato di una distrazione di pochi milioni" (LOZZI, G., *La durata irragionevole della pena*, in AA.VV., *Le risposte penali all'illegalità*, Ed. Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1999 p. 25).

[489] Altri elementi premiali del decreto penale di condanna sono la non condanna al pagamento delle spese processuali, l'esclusione delle pene accessorie e l'estinzione del reato se nei termini prestabiliti l'imputato non commette un delitto o una contravvenzione della stessa indole. Cfr. art. 460 V comma c.p.p., come modificato dalla legge n. 479/99.

[490] DOLCINI, E., *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in DOLCINI, E. – PALIERO, C. E., *op. cit.*, p. 1092. L'Autore sottolinea come, dopo che la legge n. 134 del 2003 ha portato a sei mesi il limite massimo della pena detentiva sostituibile con la pena pecuniaria, l'ambito di applicazione del decreto penale fosse destinato ad allargarsi. In effetti, ora tale procedimento si applica in media in un caso su quattro.

in cui si prescinde da ogni individualizzazione della sanzione, sia riguardo alle particolarità del fatto che alle caratteristiche individuali dell'autore"[491].

La pena che scaturisce dai riti alternativi, benché giustificata sotto il profilo costituzionale dalla presenza del *consenso* dell'imputato, presenta due profili problematici: il primo riguarda la compatibilità con le teorie sul finalismo della pena ed il secondo il rispetto del principio di uguaglianza.

Quanto alla *finalità* della pena diminuita grazie alla scelta del rito speciale, si è sostenuto che essa consiste in una esigenza di prevenzione generale, perché la minore severità della pena verrebbe ad essere controbilanciata da un incremento di prontezza e certezza della punizione[492]. Questa teoria non sembra però convincente, poiché i riti speciali portano all'applicazione di una pena che "non corrisponde più, per difetto, né alla gravità del reato, né alle esigenze di prevenzione speciale: non alla prima perché il reato non diviene certo meno grave per il fatto che la sua repressione risulti più spedita; ma neppure alle seconde, perché la rinuncia all'imputato del procedimento ordinario non è in grado di esprimere alcun significato in chiave di adattamento sociale"[493]. Inoltre, se forse è vero che grazie a questi riti più rapidi maggiore è la certezza che il soggetto sarà punito, non sono affatto prevedibili né il *quantum* della pena cui egli sarà sottoposto (non si sa a cosa porterà l'accordo), né l'*an*, dato che il meccanismo consente di diminuire a tal punto la pena da farla rientrare nella sospensione condizionale.

---

[491] MANNOZZI, G., *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione della pena. Il just desert model e la riforma del sentencing nord-americano*, Cedam, Padova 1996, p. 15. In effetti, vi è una grande discrepanza fra il sistema di commisurazione ordinario, nel quale la determinazione della pena è affidata alla piena discrezionalità del giudice, e sistemi come il patteggiamento, nel quale il giudice è invece vincolato alla tattica processuale delle parti (cfr. MANNOZZI, G., *loc. cit.*, p. 18).

[492] Cfr. FIANDACA, G., *Pena «patteggiata» e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in Foro it., 1990, I, 2385, che segnala fra i principali sostenitori della tesi secondo la quale il patteggiamento risponderebbe ad esigenze di prevenzione generale PAGLIARO, A., *Aspetti giuridici della prevenzione*, in Indice pen., 1976, 5 e PADOVANI, T., *L'utopia punitiva*, Giuffrè, Milano 1981, 251 e dello stesso Autore *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1989, 916. Queste teorie si fondano sulla premessa che una punizione certa e pronta, quale quella conseguente al rito alternativo, è efficace e gode di legittimazione popolare. Si tratta tuttavia di un ragionamento che non trova dimostrazioni nella realtà ed, anzi "pecca di idealistico ottimismo" (FIANDACA, G., *op. cit., c.* 2388).

[493] PADOVANI, T., *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1989, 916, p. 932.

D'altro canto, non è provato che "la prontezza e la certezza della punizione (...) svolgano efficacemente da sole – cioè distanziate da un congruo parametro di gravità della sanzione – una funzione di intimidazione e di orientamento dei consociati"[494].

Il secondo nodo problematico riguarda il rispetto del principio di eguaglianza: da un lato, si avranno sanzioni diverse per soggetti che hanno compiuto lo stesso reato nelle stesse condizioni ma hanno scelto di essere giudicate secondo riti diversi, e, dall'altro, sarà possibile che una pena di eguale specie ed ammontare sia inflitta per un reato grave giudicato con un rito speciale e per un reato più lieve deciso con rito ordinario. Tutto questo crea una forte disparità nelle condanne, che vanifica gli effetti di prevenzione generale cui dovrebbero ricollegarsi i riti abbreviati[495].

Inoltre, la distorsione sembra poco giustificabile anche sotto il profilo della prevenzione speciale, perché c'è il rischio che il condannato percepisca più l'aspetto negoziale e contrattuale della sanzione dell'ideale rieducativo. Non manca infine in dottrina chi sostiene che i riti speciali, in particolare il patteggiamento, "producono gravissimi effetti criminogeni"[496], poiché nei fatti si crea una situazione in cui il legislatore *con la mano destra* minaccia sanzioni detentive molto alte e *con la mano sinistra* avverte il delinquente che, se patteggia la pena, potrà arrivare ad ottenere una misura alternativa di durata molto contenuta[497].

La conclusione più vicina alla realtà sembra dunque quella che prende atto del fatto che questi riti sono stati creati dal legislatore con il preciso intento di facilitare le possibilità di funzionamento del rito ordinario, privilegiando ragioni

---

[494] MANNOZZI, G., *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione della pena. Il just desert model e la riforma del sentencing nord-americano*, Cedam, Padova 1996, pp. 16-17. L'Autrice osserva inoltre che, dato che i riti alternativi sono generalmente celebrati in camera di consiglio, manca loro quella visibilità *coram populo* che ne garantirebbe l'efficacia generalpreventiva.

[495] Cfr. MANNOZZI, G., *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione della pena. Il just desert model e la riforma del sentencing nord-americano*, Cedam, Padova 1996, pp. 17-18.

[496] MARINUCCI, G., *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma,* in *loc. cit*., p. 171.

[497] Cfr. MARINUCCI, G., *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma,* in *loc. cit*., p. 171, che così continua il suo ragionamento: "*Stando così le cose, chi mai prenderà sul serio un simile legislatore che invita, quasi, a non prendere sul serio i suoi editti penali, anche i più draconiani? e quale sarà mai, allora, la paura, il timore, il deterrente che potrà trattenere chi progetta anche i più gravi reati (rapine, estorsioni, corruzioni, concussioni, ecc.) dal tradurli nella realtà*?" (*loc. cit*., pp. 171-172).

di economia processuale[498], piuttosto che pensare a quale finalità dovesse rispondere la pena applicata in seguito a questi riti, o a garantirne la certezza.

L'applicazione dei riti speciali: nel 2004, su un totale di circa 255.742 condanne pronunciate dai tribunali italiani, il 42% è seguito ad un giudizio ordinario, mentre il 58% è conseguenza di un rito speciale. In particolare, le sentenze di patteggiamento consistono nel 34% del totale delle condanne. Dai primi anni novanta sino al 2002 i patteggiamenti rappresentano, rispetto al totale delle condanne, una quota compresa tra il 30% ed il 40%, tanto da rappresentare il più applicato tra tutti i riti speciali[499].

6. La sospensione condizionale della pena.

6.1. Evoluzione storica dell'istituto.

La sospensione condizionale della pena fa la sua comparsa nel codice Zanardelli come prodotto del positivismo Ottocentesco. Essa prevede che, in presenza di determinate condizioni, sia possibile per il condannato evitare di dover eseguire la pena detentiva, a patto che egli non commetta altri reati durante un periodo di prova: se l'esito della prova è positivo, il reato è estinto.

La sospensione rappresenta una tappa fondamentale nel processo di allontanamento dalla funzione *retributiva* della pena a favore delle teorie che ravvisano uno *scopo* nella pena. Essa svolge sostanzialmente due compiti, il primo dei quali è quello di razionalizzare la clemenza sovrana, introducendo una disciplina giuridica oggettiva al posto della volontà arbitraria del principe nel governare gli strumenti di rinuncia alla punizione. In secondo luogo, la sospensione condizionale contribuisce alla eliminazione della pena detentiva di breve durata, soprattutto dopo che si è dimostrato essa non riesce a rieducare-

[498] Cfr. *Relazione al progetto preliminare di riforma del codice di procedura penale*, in G.U. del 24 ottobre 1988 – Serie generale, n. 250, Supplemento ord. n. 2., pp. 103 ss.
[499] Cfr. DOLCINI, E., *Problemi vecchi e nuovi in tema di riti alternativi: patteggiamento, accertamento di responsabilità, misura della pena*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2009, II, 569, p. 576.

riabilitare il condannato, ed anzi produce effetti molto negativi sulla sua persona[500].

La sospensione condizionale è disciplinata dagli artt. 163 ss. del codice penale. Nella versione originaria del codice, la soglia massima di pena sospendibile era un anno di pena detentiva[501]. Da allora, l'istituto ha subìto svariate modifiche che ne hanno progressivamente esteso l'ambito di applicabilità: nel 1962 si realizza un primo alleggerimento delle condizioni ostative alla concessione della sospensione, mentre nel 1974 si ha una riforma di respiro più ampio, che porta a due anni il limite di pena entro il quale è possibile la sua applicazione, prevede la possibilità di concedere più di una volta la sospensione e riduce le ipotesi di revoca. Nel 1990 gli effetti della sospensione vengono estesi alle pene accessorie, oltre a quelle principali, e si introduce una ipotesi speciale di sospensione per soggetti tossicodipendenti, applicabile a pene detentive fino a quattro anni, alla condizione che essi si sottopongano ad un trattamento terapeutico riabilitativo.

Parallelamente, però, intervengono in quegli stessi anni riforme che rafforzano gli obblighi che accompagnano la sospensione, come quello del risarcimento del danno civile, cui si aggiunge nel 1981 l'obbligo di eliminare le conseguenze dannose e pericolose del reato. Tali obblighi sono stati ulteriormente aggravati dalla legge n. 274 del 2004, che li ha resi obbligatori nel caso in cui la sospensione condizionale sia concessa ad una persona che ne ha già usufruito in passato (art. 165 co. II c.p.).

Da questa rapida analisi emerge come gli interventi del legislatore in materia di sospensione obbediscano a due opposte tendenze generali: da un lato vi è la volontà di dilatare gli effetti favorevoli della sospensione, mentre dall'altro si

---

[500] Cfr. PALAZZO, F., *Trasformazione o declino della sospensione condizionale della pena nel sistema penale italiano?* in PALAZZO, F. – BARTOLI, R., *Certezza o flessibilità della pena? Verso la riforma della sospensione condizionale*, Giappichelli, Torino 2007, pp. 3 ss. Sugli aspetti controproducenti della pena detentiva di breve durata si rimanda a quanto detto in materia di sanzioni sostitutive, anch'esse nate per evitare gli effetti negativi e desocializzanti della detenzione breve.

[501] Benchè con più ristrette possibilità applicative, la sospensione condizionale rappresentava, anche nel codice Rocco, un momento di *umana apertura al potere discrezionale del giudice*. Cfr. VASSALLI, G., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, in Riv. it. dir. proc. pen. 2008, I, 3, p. 4.

rafforzano ed inaspriscono gli obblighi e le prescrizioni che ne accompagnano la funzione sanzionatoria[502].

6.2. Lo scopo della sospensione in una prospettiva rieducativa.

L'istituto in esame è caratterizzato da un duplice ordine di funzioni, le prime rivolte ad evitare l'esecuzione della pena, sia essa detentiva o di altro genere, le seconde orientate in una prospettiva rieducativa. La sospensione, infatti, può essere considerata essa stessa come uno strumento alternativo all'esecuzione, dotato di un suo meccanismo e di una sua dignità di sanzione. In questo senso, assume un grande rilievo la possibilità, o per meglio dire la *minaccia*, della revoca della sospensione nel caso in cui il condannato non ottemperi agli obblighi ad essa collegati, primo fra tutto quello di non delinquere nuovamente: il fondamento giustificativo della sospensione si ritrova dunque nella sua funzione di intimidazione speciale. Tale visione avvicina la sospensione all'istituto di matrice francese del *sursis avec mise à l'épreuve*[503], e consente di ravvisare nella sospensione una finalità rieducativa: "nella prospettiva della sospensione *avec mise à l'èpreuve* questo fondamento *[giustificativo, nda]* si rinviene nel principio rieducativo, che oggi è dotato della dignità necessaria per condividere il campo penale a pari titolo con lo scopo di prevenzione generale"[504].

6.3. L'operatività dell'istituto e le pene sospendibili.

Il giudice dispone la sospensione condizionale della pena quando essa rientra nei limiti temporali richiesti, quando si presume che il condannato non reitererà la commissione di reati ed quando le sue condizioni personali, in particolare l'assenza di precedenti penali significativi, lo consentono. In ogni caso, l'estinzione definitiva della pena è subordinata all'esito positivo di un periodo di prova.

---

[502] Cfr. PALAZZO, F., *op. cit.*, p. 4.
[503] Il *sursis avec mise à l'épreuve* consiste nella sospensione dell'esecuzione di una pena detentiva alla condizione di rispettare un certo numero d'obbligazioni o di interdizioni. La dottrina la fa rientrare fra la categoria di pene principali dette "*aménagées*" previste per i delitti. Art. 132 code pénal: "*La juridiction qui prononce un emprisonnement peut (..) ordonner qu'il sera sursis à son exécution, la personne physique condamnée étant placée sous le régime de la mise à l'épreuve*". Cfr. MENGHINI, A., *Sistemi sanzionatori a confronto*, in FORNASARI, G. – MENGHINI, A., *Percorsi europei di diritto penale, cit.*, p. 154.
[504] PALAZZO, F., *op. cit.*, p. 7.

6.3.1. *Soglia temporale e campo di applicabilità dell'istituto.*

La soglia massima di pena entro la quale può applicarsi la sospensione condizionale è di regola di due anni, mentre eccezioni sono previste per i reati commessi dai soggetti minorenni (3 anni), per i giovani fra i 18 ed i 21 anni e per gli ultrasettantenni (2 anni e 6 mesi). All'interno di questo limite, la sospensione può riferirsi ad una pena inflitta per una pluralità di reati in concorso fra loro. La riforma del 2004 ha introdotto l'ipotesi di sospensione condizionale *parziale* nel caso in cui siano state congiuntamente irrogate una pena detentiva ed una pecuniaria: la prima può essere sospesa, mentre la seconda dovrà essere eseguita. La sospensione condizionale si applica inoltre anche alla pena pecuniaria, alle pene accessorie[505]e secondo l'opinione prevalente anche alle sanzioni sostitutive[506], mentre sono escluse le sanzioni irrogabili dal giudice di pace[507].

L'art. 164 prevede che la sospensione può essere concessa due volte, sempre che la pena inflitta con la seconda condanna, cumulata con la precedente, non superi le soglie di cui all'art. 163. La rinnovazione del beneficio deve sempre fondarsi sulla prognosi favorevole di un futuro comportamento del condannato.

6.3.2. *Obblighi di risarcimento o di riparazione dell'offesa.*

Nella prospettiva della sospensione *avec mise à l'épreuve*, caratterizzata da una funzione *rieducativa*, gli obblighi e le prescrizioni hanno il compito di realizzare il programma di trattamento personalizzato al fine del recupero del condannato, realizzando così lo scopo della sospensione[508]. Tali obblighi, che

---

[505] Cfr. PULITANÒ, D., *op. cit.*, pp. 556-557. L'estensione della sospensione condizionale alle pene accessorie risale alla riforma operata con legge n. 19/90. Cfr. quanto già detto in tema di pene accessorie. In una prospettiva de iure condendo, si propone di eliminare tale automatismo nella sospensione, in modo che il sistema repressivo recuperi effettività. Cfr. MENGHINI, A., *Sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo, cit.*, pp. 330 ss.

[506] Cfr. PALAZZO, F., *Trasformazione o declino della sospensione condizionale della pena nel sistema penale italiano?,* in *loc. cit.*, p. 9, che così motiva questa interpretazione dottrinale: "*un'eventuale esclusione della sospensione rispetto a tipologie di pene meno afflittive della detenzione potrebbe andare incontro a dubbi addirittura di costituzionalità sotto il profilo della irragionevole disparità di trattamento. Sarebbe cioè difficile spiegare perché solo le sanzioni più afflittive, e dunque i reati più gravi, potrebbero beneficiare di un trattamento più favorevole e le sanzioni ed i reati meno gravi dovrebbero invece essere assoggettati ad un trattamento più sfavorevole*" (*op. cit.*, p. 9).

[507] Cfr. l'art. 60 del D.lgs. 274/2000.

[508] Cfr. PALAZZO, F., *op. cit.*, pp. 13-14, il quale osserva come il fine rieducativo perseguito dalla sospensione giustifichi in realtà anche delle "*flessioni*" del principio di legalità, poiché il contenuto specifico di obblighi e prescrizioni è determinato in concreto dal giudice e non dalla legge, e di

secondo l'art. 165 c.p. possono consistere in restituzioni, risarcimento del danno ed eliminazione delle conseguenze negative del reato o pubblicazione della sentenza a titolo di riparazione sono volti ad eliminare le conseguenze negative del reato. Inoltre, essi stessi presentano un vero e proprio contenuto sanzionatorio, tanto che vi è chi ha letto nella loro introduzione un mezzo per recuperare un minimo di effettività della risposta sanzionatoria dello Stato altrimenti percepita come troppo indulgente[509].

Tuttavia, dal momento che l'imposizione di questi obblighi aggiuntivi è di regola facoltativa, divenendo obbligatoria solo nel caso in cui la sospensione sia concessa per la seconda volta *(art. 165 II c.p)*, si fatica a ravvisare nella loro previsione un modo per connotare la sospensione in senso sanzionatorio.

Di conseguenza, l'istituto italiano si è nella sostanza allontanato dalla *sursis avec mise à l'épreuve francese:* "gli obblighi di vocazione specialpreventiva, riparazione del danno ed eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose, che accompagnano l'istituto, peraltro obbligatori solo in caso di seconda concessione, in realtà non sono in grado di caratterizzarlo in maniera significativa"[510].

6.3.3. *Durata del periodo di sospensione e messa alla prova.*

A decorrere dalla data della sentenza definitiva la pena è sospesa inizia un periodo di prova di 5 anni in caso di condanna per delitto e di 2 in caso di condanna per contravvenzione. "Questa soluzione pare del tutto coerente con una prospettiva funzionale in cui la sospensione operi come rimedio alle pene detentive brevi, ma anche con una sua utilizzazione quale meccanismo sanzionatorio dotato di una sua peculiare efficacia di intimidazione speciale. [...] è sufficiente, da un lato, che il termine abbia una durata sufficientemente lunga, maggiore della pena originaria, tale da assicurare una ragionevole effettività al risultato di intimidazione speciale; dall'altro che la proporzione sussista non già

---

quello di proporzione, poiché non è escluso che i contenuti degli obblighi e prescrizioni e soprattutto il loro cumulo non finisca per attribuire alla sospensione un peso di afflittività complessivamente superiore a quello della pena originaria.

[509] PALAZZO, F., *Trasformazione o declino della sospensione condizionale della pena nel sistema penale italiano?,* in *loc. cit*., p. 14-15.

[510] MENGHINI, A., *Sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo, cit*., p. 16.

con la specifica gravità del singolo reato bensì con la generica gravità dei reati che possono essere ammessi alla sospensione"[511].

La riforma operata nel 2004 con la legge n. 145 ha introdotto un'ipotesi speciale di sospensione di pena di durata non superiore ad un anno: il periodo sospensivo si protrae a sua volta per un solo anno e la sua concessione sottosta alla condizione che il reo abbia risarcito il danno ovvero abbia eliminato o attenuato le conseguenze dannose o pericolose del reato prima che intervenga la sentenza di condanna. La breve durata della sospensione mette in forse l'efficacia di intimidazione speciale della sospensione, avvicinandola molto ad una sanzione sostitutiva o alternativa, volta principalmente ad ottenere la deflazione carceraria: "il reale intento del legislatore sembra (...) quello di far leva sul «ravvedimento» del reo per far sì che il rischio di recidiva non comporti una probabilità altrettanto elevata di esecuzione della pena. Con la riduzione del termine di sospensione, infatti, la probabilità di esecuzione della pena si abbassa rispetto al rischio di recidiva (...) *[e]* si innalza corrispondentemente la probabilità che la sospensione produca il suo effetto estintivo della pena originaria"[512].

Se il condannato supera positivamente il periodo di prova, ed adempie agli obblighi impostogli, il reato è estinto e non ha definitivamente luogo l'esecuzione della pena *(art. 167 c.p.)*.

6.3.4. *Revoca della sospensione.*

La revoca della sospensione consegue all'eventuale infrazione commessa dal condannato, ed è l'elemento che distingue le soluzioni aventi carattere *probatorio*, come appunto la sospensione, da quelle aventi carattere sostitutivo.

La sospensione è revocata se, nei termini stabiliti, il condannato commetta un altro delitto o una contravvenzione della stessa indole, a meno che la seconda condanna, cumulata con la precedente, non rientri comunque nei limiti di pena entro i quali la sospensione può essere concessa *(art. 164 ult. co.)*.

La revoca interviene inoltre nel caso in cui il soggetto sia condannato per un delitto precedentemente commesso, se la nuova pena inflitta, cumulata con

[511] PALAZZO, F., *Trasformazione o declino della sospensione condizionale della pena nel sistema penale italiano?,* in *loc. cit*., p. 12.
[512] *Ibidem*, p. 13.

quella sospesa, supera i limiti di concedibilità del beneficio. Infine, causa di revoca è anche l'inadempimento degli obblighi imposti al condannato ex art. 165 c.p.[513].

6.4. La discrezionalità del giudice nel concedere la sospensione.

La valutazione discrezionale del giudice sulla concessione o meno della sospensione è "il momento centrale nella esistenza pratica della sospensione stessa. Poiché si tratta di un potere necessariamente discrezionale del giudice, le indicazioni legislative al riguardo non possono che essere estremamente ridotte. Ciò non può significare però che il giudice venga a disporre di un potere «arbitrario»: e per evitare il rischio di una simile degenerazione è fondamentale che egli assuma quale suo criterio guida la funzione impressa dal legislatore alla sospensione"[514].

Il legislatore italiano si limita a dire che il giudice dispone la sospensione condizionale quando egli presume che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati, ponendo così l'accento sulla *prevenzione speciale*, nel suo aspetto connesso di *intimidazione speciale*. In questo senso, il giudice dovrà fare riferimento alla capacità a delinquere del condannato in una prospettiva futura,

---

[513] Cfr. PULITANÒ, D., *op. cit*., pp. 560-561. L'Autore fa riferimento al problema che si presenta se la revoca della sospensione interviene dopo che il soggetto condannato abbia in parte adempiuto gli obblighi ad essa connessi: in tal caso sarebbe in contrasto con la Costituzione, e con quanto già affermato dalla Corte Costituzionale in materia di affidamento in prova e di liberazione condizionale, costringere il condannato ad eseguire integralmente la pena precedentemente sospesa. *De lege lata* non vi sono soluzioni alla questione, che invece è affrontata dal progetto Grosso, il quale prevede la detrazione del periodo di pena in corrispondenza degli adempimenti effettuati prima della revoca (per l'analisi della parte riguardante la revoca della sospensione condizionale del progetto Grosso e del progetto Nordio cfr. BARTOLI, R., *Contributo alla riforma degli istituti sospensivi della pena*, in PALAZZO, F. – BARTOLI, R., *Certezza o flessibilità della pena?*, *cit*., pp. 119 ss.).

[514] PALAZZO, F., *Trasformazione o declino della sospensione condizionale della pena nel sistema penale italiano?,* in *loc. cit*., p. 18. In taluni ordinamenti europei, il criterio guida suggerito dal legislatore per orientare la discrezionalità del giudice è quello della *prevenzione generale*. Tale criterio non solo comporta una strumentalizzazione del condannato, ma fa sì che sia il giudice a dover compiere di volta in volta una valutazione politica sulle necessità di dare un segnale sociale della tendenza sanzionatoria dello Stato, non avendone affatto gli strumenti. In merito si rimanda a BARTOLI, R., *Contributo alla riforma degli istituti sospensivi della pena*, in PALAZZO, F. – BARTOLI, R., *Certezza o flessibilità della pena?*, *cit*., pp. 99-101. La concezione secondo la quale l'unico criterio valido per l'interprete nella ricostruzione dei limiti della discrezionalità penale è costituito dalla funzione specifica assegnata dall'ordinamento all'istituto particolare preso in esame è stata introdotta da LATAGLIATA, A.R., *Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, in *Tommaso Natale*, 1975, 347, ed è ripresa da DOLCINI, E., *La commisurazione della pena: la pena detentiva*, Cedam, Padova 1979, p. 34.

avuto riguardo agli effetti che la non esecuzione della pena produrrà sul condannato: spesso, infatti, "la maggior efficacia di intimidazione può essere vantata proprio dalla sospensione, piuttosto che dalla esecuzione"[515]. Anche volendo dare al preferenza all'efficacia intimidatoria della sospensione, nel suo giudizio il giudice è tenuto ad attribuire un "rilievo significativo (...) alla personalità e alle condizioni di vita del reo, nonché alla vita anteatta e ai comportamenti successivi al reato"[516]. Tuttavia, il requisito della prognosi favorevole sulla personalità del condannato è "nei fatti totalmente obliato, e con ciò la vocazione specialpreventiva dell'istituto viene a perdere la sua preminenza in omaggio di una politica essenzialmente clemenziale"[517].

Nei fatti, la sospensione si rivela un rimedio alle pene detentive brevi, che si rispecchia nella tendenza ad una sua grandissima applicazione, con il risultato che la sospensione è la *regola* e l'esecuzione della pena detentiva breve l'*eccezione*[518].

---

[515] PALAZZO, F., *Trasformazione o declino della sospensione condizionale della pena nel sistema penale italiano?,* in *loc. cit*., p. 19, che così continua il discorso: "L'*esecuzione* della pena ha un suo insopprimibile ruolo nell'assicurare l'efficacia della intimidazione *generale*, ma nei confronti del singolo condannato essa svolge quella stessa efficacia intimidativa che dispiega nei confronti di ogni soggetto indeterminato della generalità. In effetti, una volta commesso il reato, l'autore sarà trattenuto dal commetterne di nuovi dalla astratta minaccia di pena prevista dalle leggi incriminatrici, così come ogni altro consociato. Rispetto a lui l'esecuzione non accresce né la quantità né la certezza del «male» minacciato per la futura commissione di altri reati". Al contrario, l'esecuzione della pena potrebbe avere un effetto controproducente sul condannato dal punto di vista della prevenzione speciale, indurendo in qualche modo la sua personalità ed aumentando la sua sopportazione del dolore, così che l'astratta minaccia di una nuova punizione lo lascia in realtà indifferente (cfr. *op. cit*., pp. 19-20).

[516] BARTOLI, R., *Contributo alla riforma degli istituti sospensivi della pena*, in *loc. cit*., p. 104. L'autore in seguito espone il contenuto delle proposte di riforma del codice sui criteri di giudizio del giudice, le quali tuttavia sono piuttosto lacunose.

[517] MENGHINI, A., *op. ult. cit*., p. 16.

[518] La sospensione condizionale è applicata nella generalità dei casi in maniera pressocchè automatica. Cfr. MENGHINI, A., *op. ult. cit*., p. 16.

7. La perdita di certezza nel momento in cui la pena è inflitta: il *punto della situazione.*

Si è scelto di dedicare questo Capitolo alla pena inflitta. Ciò ha significato, da un lato, soffermarsi sulle varie sanzioni previste in tempi diversi dal legislatore e sui loro scopi e dall'altro analizzare a grandi linee il meccanismo che porta il giudice a scegliere come adatta al caso concreto una pena piuttosto che un'altra.

Quanto al primo aspetto, emerge che la finalità che la Costituzione assegna alla pena, quella della prevenzione speciale, non sempre è perseguita dalle varie pene: la pena detentiva pone molti problemi in un'ottica di risocializzazione del condannato, e le pene accessorie non sono ancora riuscite ad emanciparsi dalla loro origine di pene infamanti, obbedienti ad esigenze di prevenzione generale.

Si deve tuttavia anche riconoscere che gli interventi più recenti del legislatore hanno cercato di porre rimedio a questa *fuga dalla risocializzazione*, attraverso l'introduzione di sanzioni, come le pene sostitutive o le nuove sanzioni del giudice di pace, che dovrebbero evitare i disagi indelebili del carcere ed indurre il condannato ad una condotta potenzialmente più lontana dalla recidiva.

Se però nella previsione delle fattispecie sanzionatorie il legislatore si fa carico del rispetto del dettato costituzionale, egli sembra discostarsene nel momento della commisurazione in concreto della pena. In tale occasione manca qualsiasi riferimento alle finalità cui deve orientarsi il giudice e parallelamente l'obbligo di motivazione di cui all'articolo 132 I c.p. non è abbastanza stringente da garantire un controllo sul suo operato. Gli aspetti più problematici della questione, già segnalati, sono l'applicazione tendenziale di pene vicine al minimo edittale, picchi di severità solo nei casi in cui la coscienza sociale la richieda e molte proposte *de iure condendo* mai andate in porto[519]. A fronte di questo si

[519] La concessione di tale potere discrezionale, pur se motivata dalla volontà di correggere le eccessive asprezze sanzionatorie del codice Rocco, ha finito con il creare un "primo rilevante momento di divaricazione tra la comminatoria edittale e la pena applicata in concreto dal giudice. Il collegamento tra la misura delle sanzioni previste dalla legge e le tariffe penali giudiziarie è divenuto meramente indicativo (...). Il giudice si è infatti trovato ad esercitare un ruolo sempre più incisivo di supplenza nei confronti delle mancate scelte del legislatore, talmente radicato nel costume giudiziario da essere considerato ormai come un fatto scontato e ineluttabile, connaturale alla giurisdizione penale" (NEPPI MODONA, G., *Il sistema sanzionatorio: considerazioni in margine ad un recente schema di riforma*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, II, 315, p. 323).

aggiunga la posizione di quei magistrati che, in merito alle proposte contenute nel Progetto Grosso, si dissero contrari alla diminuzione della discrezionalità del giudice, poiché ciò avrebbe portato al collasso del sistema.

Un ulteriore elemento che sembra minare fortemente il sistema, sia dal punto di vista della credibilità sia della coerenza interna, è la possibilità di scegliere i riti processuali alternativi, i quali incidono fortemente sugli equilibri del sistema sanzionatorio: "l'alterazione prodotta dai riti premiali nella sequenza reato-pena, in relazione all'*an* e al *quantum* di quest'ultima, interessa *un'aerea rilevantissima della giustizia penale*: il procedimento ordinario è tale solo dal punto di vista concettuale, mentre, in termini statistici, rappresenta l'eccezione rispetto ai riti speciali"[520].

I riti alternativi sfalsano la realtà sanzionatoria, poiché rendono la pena *incerta* e non si curano affatto che essa sia *rieducativa* (il riferimento alla congruità della pena richiesta dal patteggiamento non pare sufficiente allo scopo, essendo l'aspetto negoziale nettamente prevalente). Ciò solleva anche dei problemi di rispetto dell'art. 111 Cost.: "Non è 'giusto', infatti, un processo che assicuri l'impunità a soggetti penalmente responsabili, la cui punizione è reclamata da esigenze di prevenzione generale e speciale: il principio della ragionevole durata del processo non dovrebbe dunque essere invocato per legittimare la svendita del sistema penale"[521].

Nel contesto ordinario di commisurazione, occorre trovare un compromesso, o per meglio dire un equilibrio, tra l'esigenza di adattare la pena alla persona del condannato ed alle circostanze di fatto, e la necessità di rispettare il principio di legalità e di prevedibilità della sanzione, che sembrano i presupposti necessari per fondare la fiducia dei consociati nel sistema sanzionatorio.

Un'eccessiva discrezionalità giudiziaria in materia di pene sortisce l'effetto di "mettere (...) in pericolo la certezza del diritto, la quale riposa non solo sulla legalità formale, ma anche sulle garanzie di una sostanziale uguaglianza di trattamento contro i rischi di un soggettivismo arbitrario"[522], ovvero è una

---

[520] DOLCINI, E., *Problemi vecchi e nuovi in tema di riti alternativi: patteggiamento, accertamento di responsabilità, misura della pena*, in *loc. cit*., p 576. Il corsivo è dell'Autore.
[521] *Ibidem,* p. 590.
[522] NUVOLONE, P., *Pena* (dir. pen.), in *loc. cit*., p. 791.

condizione necessaria del sistema penale moderno? La questione è aperta. A questo punto della ricerca, ci si accontenta di rilevare come, già nel momento della pena inflitta, la certezza intorno all'*an* ed al *quantum* della sua applicazione è messa in discussione, mentre "facendo (...) riferimento solo alla divaricazione patologica tra pene edittali e commisurazione giudiziale, appare veramente difficile, se non impossibile, dire quale o quali siano attualmente le funzioni svolte dalla pena nell'ordinamento italiano"[523].

[523] NEPPI MODONA, G., *Il sistema sanzionatorio: considerazioni in margine ad un recente schema di riforma*, in *loc. cit.*, p. 324.

Capitolo III.
LA PENA ESEGUITA

1. Da *giudice di cognizione* a *giudice dell'esecuzione*.

1.1. L'ordine di esecuzione: emissione e sospensione.

Una volta che il giudice di cognizione ha commisurato giudizialmente la *species* ed il *quantum* della pena, arriva il momento in cui questa deve essere concretamente applicata.

Ciò si traduce sul piano concreto nella necessità che la sentenza che infligge la pena sia *eseguita*: "L'esecuzione penale deve (...) essere intesa come il complesso delle attività che costituiscono ed integrano quella fase del processo all'interno della quale si realizzano le condizioni formali che consentono al comando di tipo sanzionatorio penale, contenuto nel provvedimento terminativo del processo sul fatto, la responsabilità e la pena, di divenire operativo e di continuare ad esserlo" [524].

Nel nostro ordinamento, la fase dell'esecuzione è costruita come una fase processuale all'interno della quale si regolano tutte le attività necessarie all'attuazione del comando contenuto nella sentenza, alcune delle quali possono

[524] CORBI, F., *Esecuzione penale*, in GAITO, A. *(a cura di) Digesto delle discipline penalistiche*, Vol. X Appendice, IV Ed., Utet, Torino 1995, p. 664. L'*esecuzione* è il processo in virtù del quale il provvedimento giurisdizionale è *attuato* per poter raggiungere lo scopo per il quale è stato emanato. Si tratta di una procedura obbligatoria ed officiosa: "*può quindi definirsi l'esecuzione dei provvedimenti del giudice penale (...)come (...) il fenomeno attuativo dei provvedimenti stessi e consistente nel compimento obbligatorio ed officioso di quell'insieme di attività previste dalla legge che consentono e realizzano l'attuazione del comando* " (*loc. cit*., p. 656).

intervenire anche successivamente all'inizio dell'esecuzione della pena, della misura alternativa o della sanzione sostitutiva.

Il *controllo* sullo svolgimento dell'esecuzione è demandato a due figure diverse di giudici, il giudice di cognizione ed il magistrato di sorveglianza, mentre il ruolo *propulsivo* dell'esecuzione spetta al pubblico ministero[525].

Quest'ultimo organo, infatti, dopo aver ricevuto dalla cancelleria del Tribunale il provvedimento giurisdizionale divenuto irrevocabile ai sensi dell'art. 648 c.p.p.[526], deve emanare *l'ordine di esecuzione* ed intervenire in tutto il procedimento di esecuzione, proponendo le richieste pertinenti, occupandosi di adottare eventuali provvedimenti di cumulo di pene concorrenti e di determinare l'esatta durata della pena da eseguire. Se deve essere eseguita una sentenza di condanna a pena detentiva, il pubblico ministero con l'ordine di esecuzione dispone la carcerazione del detenuto[527].

La competenza a decidere su tutte le questioni che riguardano l'esecuzione di un provvedimento spetta al *giudice dell'esecuzione*, il quale di regola è lo stesso che ha emanato la sentenza[528]. L'articolo 665 c.p.p. prevede che tale giudice debba "*conoscere dell'esecuzione*" del provvedimento: si ritiene che questa espressione basti ad affidare al giudice una *competenza funzionale* in ordine a qualsiasi questione che attenga al titolo esecutivo. In primo luogo, egli verifica della legittimità e della validità della sentenza in virtù della quale si

---

[525] Cfr. CANEPA, M. – MERLO, S., *Manuale di diritto penitenziario,* VII Ed., Giuffrè, Milano 2004, p. 14. L'insieme dei compiti svolti dal pubblico ministero, definito *organo dell'esecuzione*, è contenuto negli artt. da 655 a 663 c.p.p.

[526] Secondo questa norma, l'irrevocabilità si verifica quando sia inutilmente decorso il termine per impugnare o quando siano esauriti tutti i possibili gradi di impugnazione ed il provvedimento non è più soggetto ad impugnazione diversa dalla revisione. Cfr. GAITO, A., *Esecuzione*, in CONSO, G. – GREVI, V., *Compendio di procedura penale*, III Ed., Cedam, Padova 2006, pp. 928 ss.

[527] Questa è la regola, dettata dall'art. 656 c.p.p.. Nel caso in cui il condannato si trovi già in prigione o vi abbia comunque trascorso un periodo di custodia cautelare è compito del pubblico ministero calcolare la riduzione di pena in considerazione appunto di tale periodo, detto "*presofferto*". Questo computo si fa solamente in relazione alla custodia cautelare e alle pene espiate dopo la commissione del reato per il quale deve essere determinata la pena da eseguire (anche sotto forma di sanzione sostitutiva o misura alternativa) e non si può estendere alle eventuali successive condanne ottenute per nuovi fatti illeciti (Art. 657 c.p.p.). Cfr. LOZZI, G., *Lezioni di procedura penale*, *cit*., pp. 791 ss.

[528] Questo il criterio generale di individuazione del giudice dell'esecuzione previsto dall'articolo 665 c.p.p., il quale al comma II elenca dei criteri specifici per individuare il giudice in relazione ai gradi del processo in cui il provvedimento è stato emanato.

procede alla privazione o alla limitazione della libertà personale[529], ed in secondo luogo garantisce la fedele attuazione della cosa giudicata[530], l'applicazione dell'amnistia e dell'indulto[531], ma anche le modifiche relative alla pena (in seguito all'applicazione del regime del concorso formale e del reato continuato ex art. 671 c.p.p.) ovvero la concessione della sospensione condizionale e la non menzione nel casellario giudiziale.

In taluni casi il pubblico ministero, emanato l'ordine di esecuzione, deve contestualmente *sospenderne l'efficacia esecutiva* con decreto. Ciò avviene, a norma dell'art. 656 V comma c.p.p. (modificato dalla l. n. 165/98) se la pena detentiva da eseguire, anche se costituente residuo di maggior pena, non sia superiore a tre anni, ovvero a sei anni in casi speciali legati ai delitti commessi dai soggetti tossicodipendenti. Scopo di questa necessaria sospensione è "consentire al condannato di chiedere ed ottenere più agevolmente l'accesso a quelle forme alternative di espiazione della pena per la concessione delle quali non è indispensabile l'osservazione del comportamento carcerario del detenuto"[532].

La disciplina conosce alcune esclusioni *ratione materiae* in ordine ad un elenco tassativo di reati e *ratione personae* quanto ai soggetti che si trovano illegalmente sul territorio dello stato, a coloro che si trovano in stato di custodia cautelare in carcere nel momento in cui la sentenza diviene definitiva ed ai soggetti cui sia stata applicata la recidiva *(art. 656 IX co. c.p.p)*[533].

---

[529] Cfr. CORBI, F., *Esecuzione penale*, in *loc. cit*., p. 665, che specifica che tale attività di controllo si concretizza "*da un lato nella verifica dell'esistenza del provvedimento giurisdizionale da eseguire e della sua esecutività, nonché delle possibilità che il comando contenuto in tale provvedimento possa essere integrato o modificato rispetto al suo assetto originario, indipendentemente dalle vicende dell'esecuzione (...). Dall'altro nella verifica che le attività attuative del comando si svolgano secondo le regole poste dalla legge, e quindi con l'adeguamento delle attività stesse alle vicende che possono intervenire nel corso dell'esecuzione"* (*op. cit.,* p. 666). Fra le vicende sopravvenienti, si ricordano ad esempio l'applicazione dell'amnistia o dell'indulto (Art. 672 c.p.p.), ovvero la revoca della sentenza per abolizione del reato (Art. 673 c.p.p.).

[530] Cfr. GAITO, A., *Esecuzione*, in CONSO, G. – GREVI, V., *Compendio di procedura penale*, III Ed., Cedam, Padova 2006, pp. 955.

[531] Il procedimento per l'applicazione dell'amnistia e dell'indulto è regolato dall'art. 672 c.p.p., mentre l'art. 674 tratta della revoca di tali provvedimenti, anch'essa di competenza del giudice dell'esecuzione.

[532] LOZZI, G., *Lezioni di procedura penale*, *cit*., p. 789. La sospensione dell'esecuzione serve a dare la possibilità al condannato di richiedere le misure alternative *dalla libertà*: affidamento in prova al servizio sociale ordinario e speciale, detenzione domiciliare e semilibertà.

[533] Quest'ultima esclusione è stata introdotta dalla legge n. 251/05, così che ora coloro che, pur trovandosi in stato di libertà al momento della condanna fino a tre mesi di reclusione, sono da considerarsi recidivi reiterati ai sensi della suddetta legge, non godono della sospensione

La procedura prevede dunque che il PM, emesso e sospeso l'ordine di esecuzione, li notifichi entrambi al condannato ed al suo difensore, con l'avviso che entro trenta giorni può essere presentata istanza per la concessione di una misura alternativa alla detenzione. In caso di mancata presentazione dell'istanza, l'esecuzione della pena avrà corso immediato.

L'istanza di concessione delle misure alternative deve essere presentata dal condannato o dal suo difensore al pubblico ministero, il quale lo trasmette al Tribunale di sorveglianza territorialmente competente, che entro 45 giorni deciderà sulla concessione o meno della misura *(Art. 656 co. VI c.p.p.)*.

1.2. L'esecuzione delle pene pecuniarie.

Entro trenta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza la cancelleria del giudice della esecuzione notifica al condannato l'estratto della sentenza in forma esecutiva o il decreto, unitamente all'atto di precetto contenente l'intimazione di pagare la pena pecuniaria entro dieci giorni dalla notificazione *(Art. 181 disp. att.)*.

1.3. L'esecuzione delle pene accessorie.

Anche per l'esecuzione delle pene accessorie è previsto l'intervento del pubblico ministero, il quale deve trasmettere l'estratto della sentenza di condanna agli organi di polizia giudiziaria, e di pubblica sicurezza, o agli altri organi amministrativi interessati *(Art. 662 c.p.p.)*.

1.4. L'esecuzione delle sanzioni sostitutive.

Per l'esecuzione della semidetenzione e della libertà controllata il pubblico ministero trasmette l'estratto della sentenza di condanna al magistrato di

---

dell'ordine di esecuzione. Per questi soggetti, "*l'unica possibilità di richiesta di misura alternativa sarà dallo stato di detenzione, non potendo il pubblico ministero sospendere l'ordine di esecuzione (...). La nuova disposizione ha suscitato in dottrina molte perplessità*" (BRUNETTI, C., *Le principali novità introdotte dalla legge 251/05 (cd. ex-Cirielli) in materia di esecuzione penale e di diritto penitenziario*, in Rass. pen. e crimin., 2006, III, 47, pp. 55-56). Tuttavia, una legge successiva, la n. 49/2006, ha specificato che tale preclusione non opera nei confronti dei condannati tossicodipendenti o alcooldipendenti che abbiano in corso un programma di recupero, così che anche le suddette perplessità si sono ridimensionate.

sorveglianza territorialmente competente, il quale provvederà in merito *(Art. 661 c.p.p.)*.

2. Un sistema di pena *flessibile*.

2.1. L'essenziale modificabilità della pena.

L'assetto del fenomeno esecutivo penale è strettamente dipendente dalla finalità e dalla regolamentazione che, nel diritto penale sostanziale, si dà alla pena. Un brevissimo *excursus* storico sarà sufficiente a dimostrarlo.

Nel sistema del codice penale del 1930, caratterizzato da una concezione retributiva in cui la pena altro non rappresentava se non afflizione, la sua attuazione era necessariamente inderogabile, statica: "una volta determinata dal giudice nella sentenza, la pena non è suscettibile di alcuna modificazione o riduzione nel corso della sua esecuzione; in linea di principio deve essere integralmente espiata, fatti salvi gli interventi di tipo clemenziale"[534]. La disciplina dell'esecuzione penale era dunque simile a quella di un procedimento amministrativo il cui organo principale, il giudice di sorveglianza, svolgeva un compito sostanzialmente burocratico[535].

Questa impostazione cambia necessariamente dopo l'entrata in vigore della Costituzione, che codifica la necessità che la pena sia rieducativa, così da dar vita, almeno nel dibattito teorico, ad "ansie adeguatrici in merito all'inquadramento del fenomeno esecutivo"[536].

Dagli anni settanta in poi, gli stessi interventi della Corte Costituzionale non mancano di menzionare anche la rieducazione fra gli scopi che la pena *polifunzionale* deve perseguire[537]. In particolare, nella giurisprudenza della Corte il momento in cui la funzione rieducativa può dispiegarsi è proprio il momento esecutivo, mentre nei momenti precedenti prevalgono la prevenzione generale e la

---

[534] CORBI, F., *Esecuzione penale*, in *loc. cit.*, p. 661.
[535] Cfr. MAMBRUCCHI, K., *Procedimento di sorveglianza*, in GAITO, A. *(a cura di), Digesto delle discipline penalistiche*, IV Ed., Tomo II, Aggiornamento *** 2005, UTET Giuridica, Torino, 2005, p. 1112.
[536] MAMBRUCCHI, K., *Procedimento di sorveglianza*, in *loc. cit.*, p. 1112.
[537] Sulla giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di finalità della pena e relativa concezione polifunzionale si rimanda a *Cap. I, punto 7*.

retribuzione. Nonostante lo scopo rieducativo non sia il solo che anima la pena, il riconoscimento della sua esistenza basta a sconvolgere la concezione dell'esecuzione: per ottenere la rieducazione del condannato, infatti, "non può certo pensarsi ad un'esecuzione della pena detentiva (...) che si articoli esclusivamente come momento del tutto statico di mera applicazione custodialistica del contenuto del comando nei suoi modi, limiti e termini originari"[538]. L'avvento della Costituzione muove dunque il primo passo verso un sistema di esecuzione caratterizzato dalla "*modificabilità in itinere* del trattamento punitivo sancito nella sentenza definitiva, e quindi la sperimentazione di graduali forme di restituzione anticipata della libertà del condannato"[539].

L'ultimo passaggio di questo cammino verso la flessibilità è rappresentato dalla riforma dell'ordinamento penitenziario che "rivoluziona l'intero impianto sanzionatorio, introducendo dei meccanismi che rendono la pena 'flessibile', sì che oggi la pena giudizialmente comminata è sempre più una pena *virtuale* rispetto a quella poi effettivamente espiata"[540]. Tale flessibilità è raggiunta grazie all'introduzione nel sistema di due istituti che "sono entrambi il risultato dell'affermazione del principio rieducativo della pena e della conseguente essenziale modificabilità della stessa. Il primo di tali istituti è rappresentato dal trattamento rieducativo (...). Il secondo, dalle misure alternative alla detenzione"[541].

A seguito di questi interventi, l'esecuzione della pena "perde la sua caratteristica quasi esclusivamente custodialistica e si sostanzia invece nell'attuazione di un trattamento, appunto rieducativo, effettuato nella prospettiva della possibile applicazione delle misure alternative alla detenzione, nel corso ed a seguito del trattamento stesso"[542].

Sono dunque le modifiche legislative che rendono quello italiano un modello di *pena flessibile*[543], in cui nel corso dell'esecuzione penale il contenuto

---

[538] CORBI, F., *Esecuzione penale*, in *loc. cit*., p. 663.
[539] MAMBRUCCHI, K., *Procedimento di sorveglianza*, in loc. cit., p. 1112.
[540] Cfr. PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario, cit*., p. 52.
[541] CORBI, F., *Esecuzione penale*, in *loc. cit*., p. 663.
[542] *Ibidem*, p. 663.
[543] La *ratio* della riforma dell'ordinamento penitenziario ed ancora di più della legge Gozzini era quella di operare un "*mutamento nei confronti di una tradizione ancorata al principio della intangibilità del giudicato in una logica ispirata alla meritevolezza del castigo nella*

sanzionatorio del provvedimento giurisdizionale è potenzialmente modificato: anche le modificazioni avverranno comunque ad opera di un giudice specializzato, la *magistratura di sorveglianza*, con precise garanzie ed all'interno di un procedimento giurisdizionalizzato, il *procedimento di sorveglianza*. Parallelamente all'evoluzione legislativa, si deve riconoscere alla Corte Costituzionale il merito di aver posto, fin dall'entrata in vigore dell'ordinamento penitenziario, le "pietre angolari di un percorso ermeneutico che porterà ad una piena valorizzazione dell'idea rieducativa soltanto alcuni lustri più avanti" [544], vale a dire negli anni novanta.

Si è detto che il sistema opera in termini di *scambio*, evidenziando che "ad un primo 'scambio negativo' (equivalenza tra reato e pena) che si opera nella fase di commisurazione del castigo legale al 'fatto di reato' si è venuto contrapponendo, in fase esecutiva, la praticabilità di uno 'scambio positivo' o 'scambio penitenziario' tra parte o intensità della sofferenza legale con altro: buona o cattiva condotta carceraria, progressi o fallimenti nel processo di risocializzazione, collaborazione e meno con la giustizia"[545].

Il risultato dello scambio è che la pena nei fatti può essere diversa da quella originariamente meritata, per ragioni che non si rivolgono più al passato, vale a dire alla gravità del reato commesso, ma al presente ed al futuro. Fra queste ultime, svolge un ruolo fondamentale il giudizio prognostico di non recidività, il quale si traduce nella sicurezza che il condannato, grazie al trattamento rieducativo, non tornerà a delinquere[546].

Le riforme successive dell'ordinamento penitenziario, ultima la legge Saraceni-Simeone del 1998, abbandonerebbero però il terreno dello scambio, per arrivare ad una "parziale rinuncia unilaterale a punire nei fatti, al fine di tenere la penalità in concreto – oramai fuori controllo – entro limiti di compatibilità

---

commisurazione della pena" (PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *cit*., p. 73). Questo cambierà parzialmente nelle modifiche successive, apportate nel 1998 dalla legge *Saraceni-Simeone*.

[544] PALIERO, C.E., *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte Costituzionale: conferme e aspettative*, in VASSALLI, G. *(a cura di), Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2006, p. 152.

[545] PAVARINI, M., *Lo scambio penitenziario. Manifesto e latente nella flessibilità della pena in fase esecutiva*, II Ed., Martina, Bologna 1996, Premessa, p. XII.

[546] Cfr. PAVARINI, M., *op. ult. cit.*, p. XIII.

sistemica"[547]. I più recenti interventi di modifica delle disposizioni in tema di esecuzione della pena sarebbero dunque, secondo questa analisi, volti ad ottenere più la deflazione carceraria che la rieducazione del condannato[548].

In ogni caso, la scelta di intervenire sulle norme dell'esecuzione per attuare il principio rieducativo, lasciando intatti i meccanismi operanti nelle fasi precedenti, dalla comminatoria edittale al potere discrezionale del giudice, ha "ulteriormente aggravato la discrasia già esistente tra la pena astrattamente prevista dal legislatore e quella concretamente applicata dal giudice di cognizione (...). Ne è risultata una situazione assolutamente patologica di divaricazione tra la pena determinata dal giudice e quella che effettivamente il condannato verrà chiamato a scontare"[549].

Una considerazione sorge spontanea: "il principio della inflessibilità della pena in fase esecutiva quale effetto necessitato del principio della inderogabilità del giudicato nel nostro sistema positivo non è mai esistito, se non appunto nella testa dei giuristi"[550]. In questo senso, se per certezza della pena si intende la sua inflessibilità, bisogna prendere atto del fatto che la pena in fase esecutiva non è certa, e soprattutto che non lo è mai stata, neanche quando la giustizia era amministrata da un Sovrano che aveva il potere di concedere la grazia a suo piacimento.

Si vedrà ora quali sono gli organi preposti a vigilare sull'esecuzione della pena, in quali attività si concreta l'idea secondo la quale la pena deve consistere in un "trattamento rieducativo" e poi i meccanismi che, intervenendo in fase esecutiva, incidono sul *quantum* e sul *quomodo* della pena.

2.2. La magistratura di sorveglianza.

Alla magistratura di sorveglianza competono "quelle materie, facenti parte del diritto penale sostanziale e non di quello processuale, in cui prevalente appare il giudizio sulla funzionalità ed efficienza della pena in relazione al fine specifico

---

[547] PAVARINI, M., *La penalità, oggi, nella critica penologica,* in PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Saggi sul governo della penalità,* Martina, Bologna 2007, p. 47.
[548] Cfr. PAVARINI, M., *op. ult. cit.,* pp. 48 ss.
[549] NEPPI MODONA, G., *Il sistema sanzionatorio: considerazioni in margine ad un recente schema di riforma,* in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, II, 315, p. 325-326.
[550] PAVARINI, M., *La penalità, oggi, nella critica penologica,* in PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *loc. ult. cit.*, p. 44.

della rieducazione del condannato ed in quelle dove appare essenziale l'accertamento della pericolosità del soggetto (...). A siffatti scopi, per così dire finali si ricollega necessariamente la valutazione dei risultati parziali del trattamento penitenziario, compito, questo, istituzionalmente attribuito alla magistratura di sorveglianza"[551].

Gli organi della magistratura di sorveglianza sono il magistrato di sorveglianza ed il tribunale di sorveglianza. Agli Uffici di sorveglianza, la cui ubicazione è stabilita da una tabella allegata all'ordinamento penitenziario, possono essere assegnati magistrati di Cassazione, di Appello e dei Tribunali, i quali mentre esercitano le funzioni di sorveglianza non possono svolgere altre funzioni giudiziarie *(Art. 68 ord. pen)*.

2.2.1. *Il magistrato di sorveglianza (art. 69 ord. pen.).*

Il magistrato di sorveglianza è stato definito il "garante di conformità alla legge dell'attività penitenziaria"[552]. Le sue funzioni, previste dall'art. 69 dell'ordinamento penitenziario, si possono distinguere tra funzioni di vigilanza e controllo, interventi a contenuto amministrativo e emanazione di provvedimenti ed interventi a contenuto giurisdizionale[553].

Quanto alle funzioni di vigilanza, il magistrato ha un notevole potere sulla supervisione dell'organizzazione e della gestione di ogni istituto penitenziario, nonché sulla legalità dell'esecuzione della pena di ogni detenuto, con particolare attenzione all'attuazione del trattamento rieducativo *(Art. 69 co. I ord. pen)*.

---

[551] Cfr. *Relazione al progetto preliminare di riforma del codice di procedura penale*, in G.U. del 24 ottobre 1988 – Serie generale, n. 250, Supplemento ord. n. 2., pp. 168-169. L'art. 677 c.p.p. stabilisce che la competenza a conoscere delle materie attribuite alla magistratura di sorveglianza appartiene al tribunale o al magistrato di sorveglianza che ha giurisdizione sull'istituto di detenzione ove si trova il soggetto detenuto, ovvero sul luogo in cui ha la residenza o il domicilio il soggetto sottoposto ad una misura alternativa. La competenza della magistratura di sorveglianza è dunque ripartita secondo un criterio *territoriale*. Molto critico in merito alla funzione demandata alla magistratura di sorveglianza GUIDO NEPPI MODONA: "i presupposti della funzione specialpreventiva demandata ai giudici di sorveglianza sono assolutamente aleatori. I giudizi prognostici sul processo di recupero e di riadattamento sociale del condannato sono basati su tassi di discrezionalità e di opinabilità talmente alti da rendere impossibile qualsiasi tentativo di tipicizzazione e da tradursi in valutazioni arbitrarie, al di là dell'impegno professionale e dei tentativi dei giudici di sorveglianza di uniformare i criteri applicativi delle misure" (NEPPI MODONA, G., *Il sistema sanzionatorio, loc. cit*., p. 326).

[552] DELLA CASA, F., *Art. 69*, in GREVI, V. – GIOSTRA, G. – DELLA CASA, F., *Ordinamento penitenziario, Commento articolo per articolo*, 3° Ed. Cedam, Padova 2006, p. 824.

[553] Cfr. CANEPA, M. – MERLO, S., *Manuale di diritto penitenziario,* VII Ed., Giuffrè, Milano 2004, p. 47.

Proprio quest'ultimo aspetto suscita molte discussioni, poiché è controverso quale debbano essere le modalità di attuazione del controllo: in particolare, ci si chiede con quale ampiezza debba essere consentito al magistrato di sorveglianza di visitare il carcere, dato che c'è il rischio che la sua terzietà non sia più garantita nel momento in cui egli deve decidere sulla concessione delle misure alternative a favore del condannato[554].

Fra gli interventi a contenuto amministrativo, si segnalano l'approvazione del programma di trattamento dei condannati e delle successive modificazioni e la decisione sulla richiesta di permessi di necessità e di permessi premio e sull'ammissione al lavoro all'esterno[555].

I poteri giurisdizionali del magistrato di sorveglianza sono molto ampi. Egli si occupa infatti non solo della dichiarazione di abitualità, professionalità nel reato o tendenza a delinquere ed alla sua revoca, ma gode anche di molto spazio nella determinazione della modalità esecutiva di misure alternative e sanzioni sostitutive, nonché può concederle provvisoriamente, in attesa della decisione definitiva del tribunale di sorveglianza[556].

Infine, si ricorda che spetta al magistrato di sorveglianza attivare la procedura automatica per beneficiare dell'*indultino* del 2003 (l. 207/2003), il

---

[554] Cfr. DELLA CASA, F., *Art. 69*, in *op. cit*., p. 826, che fa riferimento a MARGARA, A., *Carcere e libertà. Dalla negazione alla riaffermazione della libertà attraverso le misure alternative,* in Quest. giust., 2004, II-III, 457. L'art. 75 del Regolamento di esecuzione impone al magistrato di sorveglianza di visitare con frequenza i locali dove si trovano i detenuti, ma ciò nella pratica rimane inattuato, a causa dei troppi compiti affidati al magistrato. Proprio per risolvere il problema, ci sono state delle proposte di legge volte ad introdurre anche in carcere la figura del difensore civico delle persone private della libertà personale, il quale dovrebbe divenire il garante dei diritti civili dei detenuti, ascoltandone le lamentele e facendosi portatore delle loro istanze. Nessuna delle proposte, l'ultima delle quali risale all'iniziativa del deputato FINOCCHIARO ed altri (stamp. n. 334 del 4 ottobre 2002), ha mai avuto successo. Di conseguenza, l'ingresso in carcere di una figura garante è lasciato all'iniziativa delle singole Regioni, Province e Comuni, che talvolta hanno deciso di istituire tale figura. A Trento un compito simile a quello del garante è svolto dal 2007 dal Difensore civico della Provincia autonoma di Trento, il quale è l'unico difensore civico in Italia ad aver aperto uno sportello in carcere. Cfr. BORGONOVO RE, D., *Tra le sbarre di un carcere* (articolo del gennaio 2008), su http://www.giornalesentire.it/2009/agosto/205/tralesbarrediuncarcere.html, consultato il 30 agosto 2009.

[555] Cfr. CANEPA, M. – MERLO, S., *op. cit.,* pp. 49-51.

[556] E' infatti prerogativa del tribunale di sorveglianza decidere sulla concessione o sulla revoca delle misure alterative, mentre il magistrato ne può solo modificare in itinere il contenuto prescrittivo. Questa regola conosce però un'eccezione: dopo la legge n. 277/2002 infatti al magistrato di sorveglianza è data la competenza a decidere sulla concessione della misura della liberazione anticipata *(Art. 69-bis ord. pen.)*. Cfr. PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *op. cit.,* p. 199.

quale consente la sospensione della parte finale della pena, nel limite di due anni, per i condannati che abbiano espiato almeno metà della pena[557].

2.2.2. *Il tribunale di sorveglianza (art. 70 ord. pen.).*

Il tribunale di sorveglianza è un organo collegiale composto di quattro magistrati, due togati e due laici, scelti fra esperti in psicologia, psichiatria, servizi sociali e docenti di scienze criminalistiche.

L'art. 70 ord. pen. prevede, al sesto comma, che il magistrato di sorveglianza competente sul luogo di detenzione dell'interessato deve, a pena di nullità, far parte del collegio giudicante, a meno che non sia stato lui ad emettere i provvedimenti che sono oggetto di appello o di reclamo davanti al tribunale. Quest'ultimo infatti funge da grado di appello contro le decisioni adottate dal magistrato di sorveglianza.

Al tribunale spettano compiti esclusivamente giurisdizionali: esso decide, deliberando nelle forme del *procedimento di sorveglianza*, in materia di affidamento in prova al servizio sociale, detenzione domiciliare, semilibertà, riduzione di pena per liberazione anticipata, liberazione condizionale e rinvio dell'esecuzione della pena ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p.p[558]. Il progressivo ampliamento dell'ambito di applicazione delle misure extracarcerarie ha significato un aumento notevole dei poteri del tribunale di sorveglianza, la cui sfera di operatività, ma anche di discrezionalità, è ormai molto grande[559].

---

[557] Cfr. DELLA CASA, F., *Art. 69*, in *op. cit*., p. 858, per i problemi sostanziali e procedurali legati all'*indultino*.

[558] L'articolo 146 c.p. prevede che l'esecuzione della pena detentiva deve essere differita se deve aver luogo nei confronti di una donna incinta o madre di infante di età inferiore ad anni uno oppure nei confronti di una persona affetta da AIDS conclamata o da una malattia particolarmente grave, alla presenza di particolari condizioni relative all'incompatibilità dello stato di salute della persona con il regime carcerario. A queste ipotesi di rinvio obbligatorio per ragioni legate alla tutela dei diritti di cui agli artt. 31 e 32 Cost. l'art. 147 c.p. aggiunge delle ipotesi di rinvio facoltativo per altri motivi tassativamente elencati, fra le quali la presentazione di domanda di grazia, la presenza di un figlio di età inferiore ai tre anni ovvero condizioni di salute gravi ma non tali da giustificare un rinvio obbligatorio dell'esecuzione. Si tratta di cause che "*incidono esclusivamente in modo temporaneo sull'esecuzione della pena, senza, peraltro, eliminarla definitivamente, onde, non appena venga a cessare la situazione sospensiva, inizia o riprende il procedimento esecutivo della pena detentiva*" NUVOLONE, P., *Pena* (dir. pen.) in *Enciclopedia del diritto*, *cit*., p. 794. Anche il rinvio dell'esecuzione incide sulla certezza della pena, poiché posticipa il momento esecutivo, ma non ne intacca né l'*an* né il *quantum*. Inoltre, si potrebbe dire che esso è legato a ragioni umanitarie, e non rieducative, come gli altri provvedimenti che rendono la pena flessibile.

[559] Cfr. DELLA CASA, F., *Art. 70*, in GREVI, V. – GIOSTRA, G. – DELLA CASA, F., *op. cit*., p. 876. Nonostante la giurisdizionalizzazione della figura del Tribunale di Sorveglianza e le crescenti

2.3. Il procedimento di sorveglianza.

Il procedimento di sorveglianza è il "meccanismo destinato agli interventi manipolativi sul regime punitivo"[560], disciplinato dal codice di procedura penale all'art. 687, il quale fa riferimento all'art. 666 sul procedimento di esecuzione. La scelta di disciplinare la procedura di sorveglianza con norme sistematicamente vicine a quelle che regolano il processo penale è sintomatico dell'intenzione del legislatore di *giurisdizionalizzare* il momento dell'esecuzione della pena[561].

La soluzione introdotta con il c.p.p. del 1989 "si atteggia quale 'completamento e perfezionamento' di quel programma di graduale potenziamento delle attribuzioni del giudice penitenziario e di assimilazione dei corrispondenti congegni procedurali per tutte le questioni che (...) insistono su un adeguamento individualizzato della risposta sanzionatoria"[562]. Infatti, il rito di sorveglianza è pensato per attuare la finalità rieducativa che pervade il momento sanzionatorio[563].

L'art. 678 I comma c.p.p. elenca i casi in cui gli organi di sorveglianza devono decidere secondo il modello del procedimento di sorveglianza, il quale può essere attivato su richiesta dell'interessato o del suo difensore, del pubblico ministero ovvero d'ufficio[564].

Quanto al procedimento, dopo un iniziale controllo sull'ammissibilità della richiesta il magistrato di sorveglianza o il presidente del collegio fissano la data

---

garanzie che offre il procedimento di sorveglianza (v. infra, punto successivo) non mancano le proposte di chi ritiene che sarebbe meglio che la competenza ad irrogare la sanzione alternativa fosse demandata al giudice di cognizione. A sostegno di questa teoria si afferma che, se al giudice di cognizione fossero forniti i mezzi per conoscere la situazione personale del condannato, tale organo offrirebbe più garanzie di legalità nell'irrogazione della sanzione. Inoltre un tale sistema avrebbe un riflesso positivo anche sulla percezione sociale dell'istituto delle misure alternative e della loro efficacia. Cfr. TURRINI VITA, R., *Riflessioni sul futuro dell'esecuzione penale*, in *loc. cit*., p. 63.

[560] MAMBRUCCHI, K., *Procedimento di sorveglianza*, in *loc. cit.,* p. 1111.

[561] Tale intenzione è esplicitata dall'art. 2 n. 96 della legge delega con la quale si dà attuazione al codice di procedura penale vigente, la quale richiede "*garanzie di giurisdizionalità nella fase dell'esecuzione, con riferimento ai provvedimenti concernenti le pene e le misure di sicurezza*". Tali garanzie consistono nell'obbligo di comunicare o notificare al difensore i relativi provvedimenti, nella necessità del contraddittorio, nella impugnabilità dei provvedimenti del giudice di sorveglianza. Cfr. PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *op. cit*., p. 195.

[562] MAMBRUCCHI, K., *Procedimento di sorveglianza*, in *loc. cit.,* p. 1114.

[563] Cfr. GIOSTRA, G., *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, Giuffrè, Milano 1983, pp. 117 ss.

[564] L'attivazione d'ufficio del procedimento di sorveglianza si verifica soprattutto nel caso in cui il tribunale ritenga di dover revocare una misura alternativa. In questo caso, è evidente che il giudice perde tutte le sue garanzie di terzietà. Cfr. PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *op. cit*., p. 210.

dell'udienza, la quale si svolge in una situazione di contraddittorio "tecnico", essendo necessaria solo la presenza del pm e del difensore, mentre l'interessato può essere presente solo se detenuto in un istituto situato nella circoscrizione del giudice procedente. Al contrario, se egli si trova in un carcere ubicato in un'altra circoscrizione, "l'estrinsecazione del suo diritto di difesa è limitata all'audizione da parte del magistrato di sorveglianza territorialmente competente (...) che dovrà aderire alla sua richiesta (...) e procedere all'audizione con congruo anticipo rispetto alla data fissata per l'udienza"[565].

La legge non si sofferma a specificare quali sono le modalità di svolgimento dell'udienza, così che nella prassi essa si sviluppa secondo uno schema molto simile a quello del processo penale di cognizione, in modo da assicurare il massimo rispetto delle esigenze di tutela del contraddittorio. A differenza dal rito ordinario penale, però, in questo caso il giudice dispone di un autonomo potere d'iniziativa in materia probatoria. Tale aspetto, che avvicina il procedimento di sorveglianza ad un processo di stampo inquisitorio, solleva dei problemi di legittimità dopo la modifica dell'art. 111 Cost.[566].

Il procedimento si conclude con ordinanza, contro la quale è ammesso il ricorso per Cassazione per motivi di legittimità[567].

3. Il trattamento penitenziario.

Il trattamento penitenziario, "nella sua più vasta e comprensiva accezione, comprende quel complesso di norme e di attività che regolano ed assistono la privazione della libertà per l'esecuzione di una sanzione penale"[568]. Esso è

---

[565] DELLA CASA, F. – BERTOLOTTO, E., *Art. 678 c.p.p.*, in GREVI, V. – GIOSTRA, G. – DELLA CASA, F., *Ordinamento penitenziario, Commento articolo per articolo*, 3° Ed. Cedam, Padova 2006, p. 991.

[566] Cfr. DELLA CASA, F. – BERTOLOTTO, E., *Art. 678 c.p.p.*, in *loc. cit.*, p. 997. In materia di compatibilità tra procedimento di sorveglianza ed articolo 111 Cost., il quesito principale è quello della conformità della normativa in esame al secondo comma di tale articolo, che richiede che il giudice sia terzo ed imparziale.

[567] Per tutti gli ulteriori aspetti riguardanti il procedimento di sorveglianza e le problematiche ad esso inerenti, cfr. la diffusa analisi di DELLA CASA, F. – BERTOLOTTO, E., *Art. 678 c.p.p.*, in *loc. cit.*, pp. 954 ss.

[568] CANEPA, M. – MERLO, S., *op. cit.*, pp. 49-51. Molto criticamente, MASSIMO PAVARINI osserva che "*è difficile immaginare una espressione così eticamente insopportabile quale quella di 'trattare' gli uomini. Eppure, se non vogliamo perdere il senso della realtà, dobbiamo convenire*

disciplinato dall'articolo 1 dell'ordinamento penitenziario, il quale riecheggia il dettato costituzionale dell'articolo 27, comma III:

> *Art. 1 ord. pen. I. Il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona.*

L'esigenza che la pena sia umanizzata ha dei riflessi sugli aspetti del trattamento legati alla garanzia dei diritti umani dei soggetti privati della libertà e viene in rilievo soprattutto nei casi in cui si prevede che l'ordinamento possa rinunciare alla sua pretesa punitiva per privilegiare esigenze, appunto, *umanitarie*[569]. Più precisamente, il significato del primo comma dell'articolo "va oltre il richiamo al «senso di umanità» quale canone minimo di salvaguardia dell'individuo nella fase esecutiva (...) *[,]* manifesta il proposito (...) di porre la persona del detenuto al centro del sistema penitenziario (...) *[e]* fonda il principio dell'autodeterminazione del condannato, da cui deriva il divieto di strumenti coercitivi per finalità di trattamento"[570].

Dal punto di vista teorico, la questione più delicata rimane il determinare con esattezza quali sono i diritti che sopravvivono dopo che il detenuto è stato privato del diritto di libertà personale, poiché è evidente che tale privazione ha un necessario riflesso su tutti i diritti del soggetto. La costante opera di dottrina e giurisprudenza è stata volta proprio a cercare un equilibrio tra privazione della libertà e godimento degli altri diritti fondamentali: proprio in questo modo è avanzato il processo di umanizzazione delle pene[571].

---

che se la pena privativa della libertà comporta 'governare' moltitudini di esseri umani in cattività, comunque su di essi si dovrà esercitare un potere di disciplina" (PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, Ed. Martina, Bologna 2004, p. 103). Tuttavia, forse si può considerare pericoloso anche solo l'uso del termine trattamento, poiché nell'esperienza storica dei Paesi che affermavano l'affermazione del modello terapeutico si sono registrati "*abusi attraverso l'uso di condanne indeterminate, interventi medici a base di droghe, lobotomia, castrazione, e varie tecniche di modificazione del comportamento incompatibili con la dignità e i diritti fondamentali dell'uomo*" (DAGA, L., *Trattamento penitenziario*, in *Enc. Dir.*, Vol. XLIV, Giuffrè, Milano 1992, p. 1308).

[569] Rispondono ad esigenze di questo genere il *rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena* ex art. 146 c.p. ovvero gli istituti che privilegiano la tutela del diritto alla salute rispetto all'esigenza di scontare la pena in un istituto carcerario, come ad esempio la *detenzione domiciliare* nella sua formulazione originaria.

[570] GREVI, V., *Art. 1*, in GREVI, V. – GIOSTRA, G. – DELLA CASA, F., *Ordinamento penitenziario, Commento articolo per articolo*, 3° Ed. Cedam, Padova 2006, p. 10.

[571] Cfr. PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, *cit.*, pp. 103-104.

Lo stesso art. 1 disciplina poi, al suo ultimo comma, il *trattamento rieducativo*, il quale si pone nei confronti del trattamento penitenziario in un rapporto "da genere a specie"[572]. In particolare, il trattamento penitenziario ricomprende le regole sui diritti ed i doveri di tutti coloro che vivono nell'ambiente carcerario, imputati compresi, gli oneri gravanti sull'Amministrazione penitenziaria per il loro sostentamento e per la salvaguardia della loro salute. Al contrario, il trattamento rieducativo è riservato ai soli condannati, e consiste nella specifica attività che l'Amministrazione deve svolgere per ottenere la risocializzazione di questi ultimi[573].

La diretta esecuzione delle misure alternative è riservata agli *uffici locali di esecuzione penale esterna*, i quali compiono le indagini socio-familiari per l'applicazione delle misure alternative alla detenzione, propongono all'autorità giudiziaria il programma di trattamento da applicare ai condannati che chiedono di essere ammessi all'affidamento in prova ed alla detenzione domiciliare ed in generale controllano l'esecuzione dei programmi da parte degli ammessi alle misure alternative *(Art. 72 ord. pen.)*. Per assolvere a tali funzioni, gli uffici operano in stretto contatto con altre agenzie, come i servizi per i tossicodipendenti o, più spesso, le forze di polizia[574].

Si vedranno ora le disposizioni che riguardano nello specifico il trattamento rieducativo in senso stretto e il suo aspetto saliente costituito dal lavoro.

Nei punti successivi saranno poi analizzati i meccanismi che incidono sull'esecuzione della pena detentiva consentendone l'espiazione extracarceraria, vale a dire le misure alternative, motivate dall'intento di ottenere la rieducazione del condannato. Infine qualche cenno sarà riservato alle misure premiali, le quali, più che richiedere come presupposto una rieducazione del condannato, si contentano di costituire una ricompensa per la sua buona condotta. Come si vedrà, la distinzione tra premio e rieducazione è molto sfuggente.

---

[572] GREVI, V., *Art. 1*, in *loc. cit.*, p. 7.
[573] Cfr. CANEPA, M. – MERLO, S., *op. cit.,* pp. 1076-107.
[574] Cfr. TURRINI VITA, R., *Riflessioni sul futuro dell'esecuzione penale*, in *loc. cit.*, p. 56.

3.1. Il trattamento rieducativo.

La necessità che i condannati fruiscano di un trattamento rieducativo è codificata al sesto comma dell'art. 1 ord. pen[575].

> *Art. 1 ord. pen. [...] VI. 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 esigenze dei soggetti.*

Secondo l'ordinamento penitenziario, la rieducazione consiste nel reinserimento sociale dei condannati. Il regolamento di esecuzione (D.P.R. 230/00) specifica inoltre, all'articolo 1 comma II:

> *Il trattamento rieducativo è diretto (...) a promuovere un processo di modificazione delle condizioni e degli atteggiamenti personali, nonché delle relazioni familiari e sociali che sono di ostacolo ad una costruttiva partecipazione sociale.*

La Corte Costituzionale si riferisce alla rieducazione usando diverse espressioni, come "reinserimento del reo nel contesto economico e sociale" (sent. 126/83), "reinserimento nella società" (sent. 450/88), "ravvedimento" ovvero "recupero sociale" (sent. 271/98), "reinserimento del condannato nel consorzio civile" (sentt. 164/94, 161/97), "risocializzazione" (sentt. 282/89, 450/98, ord. 296/05)[576].

---

[575] Il dettato costituzionale della pena rieducativa è stato introdotto nella legge ordinaria con un certo ritardo: "*Parrebbe dunque che, sia pure a distanza di trent'anni, il legislatore italiano si sia finalmente impegnato con decisione nell'attuare il principio sancito dall'art. 27 III Cost.: almeno limitatamente alla sfera dell'esecuzione, l'unica nella quale gli interpreti non hanno mai seriamente contestato la sua applicabilità*" (DOLCINI, E., *La "rieducazione del condannato" fra mito e realtà,* in Riv. it. dir. proc. pen., 1979, 469, p. 470).

[576] Cfr. PALIERO, C.E., *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte Costituzionale: conferme e aspettative*, in VASSALLI, G. *(a cura di), op. cit.,* p. 154. Quando il principio rieducativo viene applicato ai condannati minorenni, esso si traduce, secondo la Corte, nella necessità di "*un progressivo armonico reinserimento nella società e (...) un'efficace rieducazione del minore*" (C. Cost., 403/97, in *loc. cit*., p. 156).

In ogni caso, è difficile identificare con precisione il concetto di rieducazione cui si riferisce il legislatore, così che ci si limita a richiedere che il condannato rieducato non ricada nel crimine: "in una prospettiva di tutela dei valori costituzionalmente orientata, la 'pena rieducativa' non può che proporsi il fine di garantire solamente una condotta puramente esteriore, cioè il mero rispetto della legge penale, considerato indipendentemente dai fattori che lo rendono possibile"[577]. In effetti, attribuire alla rieducazione anche un significato di *emenda morale* o di *profondo ravvedimento* del soggetto significherebbe concedere allo Stato la funzione di trasmettere valori trascendenti nell'amministrazione della giustizia, ma "[n]ulla, nella Costituzione, autorizza lo Stato a prendersi cura della 'moralità' dei cittadini"[578].

Inoltre, un tale atteggiamento è dovuto anche alla constatazione che il meccanismo previsto dalla legge per la predisposizione di un programma individualizzato e rieducativo si rivela molto difficile da attuare. L'ordinamento penitenziario prevede infatti che il trattamento risocializzante si costruisca intorno a tre momenti, in primo luogo l'osservazione scientifica della personalità del condannato ed in seguito la predisposizione di un programma suscettibile di venire integrato o modificato secondo le esigenze che si prospettano nel corso dell'esecuzione *(art. 13 commi I e III ord. pen.)*[579]. L'individualizzazione del trattamento rieducativo consiste "nell'adozione delle metodologie terapeutiche specificamente adeguate alla personalità dei singoli soggetti"[580], cosa che tuttavia non esclude la possibilità di attuare terapie di gruppo per soggetti con esigenze comuni (nelle cd. *comunità terapeutiche*).

La terza fase è quella *dell'attuazione* del programma.

Ben presto, si arriva in dottrina all'affermazione di un atteggiamento disilluso circa le possibilità diagnostiche dell'osservazione della personalità e

---

[577] BERNASCONI, A., *Art. 13*, in GREVI, V. – GIOSTRA, G. – DELLA CASA, F., *Ordinamento penitenziario, Commento articolo per articolo*, 3° Ed. Cedam, Padova 2006, p. 159.
[578] DOLCINI, E., *La "rieducazione del condannato" fra mito e realtà,* in *loc. cit.,* p. 472.
[579] La scienza criminologica suggerisce di procedere all'osservazione dei soggetti avendo riguardo ad indici come il disadattamento, l'antisocialità e la delinquenza. Tali indici andranno valutati con riferimento non solo alla personalità dell'individuo, ma anche all'ambiente in cui essa si è sviluppata. La collaborazione del soggetto durante la collaborazione non può essergli imposta, ma è un elemento fondamentale per la buona riuscita del programma di trattamento. Cfr. CANEPA, M. – MERLO, S., *Manuale di diritto penitenziario,* VII Ed., Giuffrè, Milano 2004, pp. 108-109.
[580] CANEPA, M. – MERLO, S., *Manuale di diritto penitenziario,* VII Ed., Giuffrè, Milano 2004, p. 113.

circa il successo degli interventi riabilitativi da porre in essere all'interno del carcere, così che l'obiettivo della carcere diviene quello di prevenire gli effetti desocializzanti o, ancor peggio, criminogeni della pena[581]. Criticamente si è osservato che "nei fatti il trattamento altro non è che lo strumento pratico per misurare il grado di accettazione (...) alla qualità della vita in carcere. Il solo parametro di valutazione della condotta del detenuto è quello che risponde al grado di problematicità o di resistenza dello stesso all'ordine carcerario"[582].

Gli organi dell'amministrazione penitenziaria sono gravati dall'obbligo di svolgere le attività di trattamento previste dalla legge, mentre esse non possono essere imposte ai condannati. Questi ultimi soggetti hanno dunque un vero e proprio "diritto al trattamento", ma non l'obbligo di sottoporvisi[583].

La valorizzazione del principio rieducativo nell'esecuzione penale si realizza attraverso la previsione di strumenti quali il lavoro, l'istruzione, la religione e le attività culturali, ricreative e sportive, nonché i contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia *(art. 15 ord. pen.)*. In questo senso, gli interventi di trattamento consistono in un insieme, molto esteso, di attività, tutte collegate fra loro dal fatto di essere inserite nel programma individualizzato di trattamento.

Le attività ricreative e sportive non operano direttamente in termini di risocializzazione, ma servono comunque alla distensione ed al maggior equilibrio della vita carceraria, mentre le attività culturali e l'istruzione sono forse più adatte a tal scopo[584].

Questo breve accenno a quello che dovrebbe essere il contenuto del trattamento rieducativo basta a far sorgere spontanei quesiti circa la sua effettiva

---

[581] Cfr. BERNASCONI, A., *Art. 13*, in *loc. cit.*, p. 159. L'Autore si riferisce agli scritti VASSALLI, G., *Il dibattito sulla rieducazione*, in Rass. pen. e criminol., 1982, 437, DAGA, L., *Trattamento penitenziario*, in *Enc. Dir*., Vol. XLIV, Giuffrè, Milano 1992, p. 1308. Secondo quest'ultimo autore, la critica al trattamento si rivolge in realtà al presupposto su cui esso si fonda, vale a dire "*critica la stessa utilità, possibilità concreta, legittimità di ogni operazione tendente a modificare il dato comportamentale, o comunque personale, di chi è sottposto a sanzione criminale*" (*op. cit*., p. 1308).

[582] PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, *cit*., pp. 110-111. L'Autore non usa mezzi termini e definisce il trattamento una "*recita trattamentale*", nella quale il detenuto punta unicamente ad ottenere dei vantaggi.

[583] GREVI, V., *Art. 1*, in GREVI, V. – GIOSTRA, G. – DELLA CASA, F., *Ordinamento penitenziario, Commento articolo per articolo*, *cit*., pp. 17-18.

[584] Cfr. BERNASCONI, A., *Art. 15*, in GREVI, V. – GIOSTRA, G. – DELLA CASA, F., *op. cit*., pp. 192 ss.

attuazione. I principali limiti delle previsioni normative derivano da un fattore ontologico, vale a dire il fatto che si pretende di esercitare l'azione rieducativa in un'istituzione chiusa, ma anche da altri fattori, di natura invece patologica, quali il sovraffollamento delle carceri, la mancanza di infrastrutture idonee allo svolgimento delle indagini psicologiche ed il grave problema del rapporto conflittuale fra gli esperti della rieducazione, psicologi, psicoterapeuti o educatori che siano, con gli agenti di custodia. Questi ultimi tendono infatti a considerare i primi come dei nemici, o intrusi, che turbano il regolare equilibrio del carcere[585]. Inoltre, proprio il fatto che uno degli elementi più importanti del trattamento sia costituito dall'istruzione porta a chiedersi quale può essere l'utilità di tale strumento nei confronti di quei soggetti che non vengono da fasce emarginate della popolazione, e posseggono un buon livello di istruzione[586].

Si prenderanno ora in considerazione due elementi particolarmente importanti del trattamento penitenziario, ossia *il binomio lavoro-istruzione*[587].

3.2. Il lavoro.

Negli istituti penitenziari deve essere favorita in ogni modo l'attività lavorativa dei detenuti e la loro partecipazione a corsi di formazione professionale *(Artt. 20 e 20-bis ord. pen.),* così che il lavoro si configura come la modalità principale di esecuzione della pena detentiva[588].

In ragione del rilievo che la Costituzione dà al lavoro come principio fondante della Repubblica *(Art. 1 comma I)*, "l'elemento lavoro riveste eccezionale importanza e costituisce indubbiamente, se non l'unico, il più importante strumento del trattamento rieducativo"[589]. Proprio il fatto che il lavoro sia considerato un metodo risocializzante tiene al riparo la disciplina dal rischio che esso, in quanto obbligatorio, sia considerato *lavoro forzato*, e pertanto

---

[585] Cfr. FIANDACA, G., *Il 3° comma dell'art. 27*, in *op. cit*., pp. 289-291.
[586] Tali rilievi critici erano già evidenziati quattro anni dopo la riforma dell'ordinamento penitenziario da DOLCINI, E., *La "rieducazione del condannato" fra mito e realtà,* in Riv. it. dir. proc. pen., 1979, 469, p. 487-488.
[587] Cfr. FIANDACA, G., *loc. ult. cit.,* p. 287.
[588] Cfr. PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *op. cit*., p. 111.
[589] CANEPA, M. – MERLO, S., *op. cit*., p. 124. La necessità di prevedere il lavoro carcerario come elemento del trattamento dei detenuti viene anche da fonti internazionali, come le *Regole minime per il trattamento dei detenuti* adottate dalle Nazioni Unite il 30 agosto 1955 (Rass. st. penit., 1956, 228) e le *Regole minime per il trattamento dei detenuti* adottate dal Consiglio d'Europa con risoluzione del 19 gennaio 1973 (Indice pen., 1973, 646).

illegittimo secondo le norme della Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo[590]. In ogni caso, il lavoro dei detenuti non ha contenuto afflittivo, ossia non deve essere un elemento che rende più severa la pena, e deve essere remunerato.

Il lavoro penitenziario deve riflettere l'organizzazione e i metodi del lavoro nella società libera, *al fine di fare acquisire ai soggetti una preparazione professionale adeguata alle normali condizioni lavorative per agevolarne il reinserimento sociale (art. 20 V ord. pen.).*

Inoltre, in tema di lavoro penitenziario e di tutela previdenziale ed assicurativa dei detenuti lavoranti trova applicazione la legislazione ordinaria, ad esclusione del diritto di sciopero e del diritto di riunirsi in sindacati. Normalmente i soggetti prestano la loro opera alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria, all'interno o all'esterno degli istituti, ma è anche previsto che ai soggetti in possesso di capacità professionali di carattere artigiano possa essere concesso di esercitare autonomamente le relative attività[591]. Le lavorazioni penitenziarie, inoltre, possono essere organizzate e gestite da imprese pubbliche, private e da imprese cooperative sociali. Vi è una differenza di trattamento salariale tra i detenuti che lavorano alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria, i quali ricevono una retribuzione stabilita equitativamente in misura non inferiore a due terzi delle tariffe sindacali, ed i detenuti che lavorano alle dipendenze dei privati, essendo questi soggetti remunerati come i lavoratori liberi.

La competenza a decidere le controversie in materia di lavoro penitenziario spetta al magistrato di sorveglianza, e non al giudice ordinario[592].

Il lavoro carcerario nei fatti: la situazione effettiva del lavoro carcerario è molto preoccupante: "sempre meno detenuti lavorano; oramai è definitivamente sparita ogni superstite forma di lavoro produttivo; non risulta che imprese private siano interessate ad offrire occasioni di lavoro; i detenuti ammessi al lavoro

---

[590] Cfr. PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *op. cit.*, p. 111. Nel giugno del 1982, la Corte ha affermato che le disposizioni dell'ordinamento penitenziario italiano fanno sì che il lavoro sia un trattamento risocializzante e non lavoro coatto.

[591] Cfr. CANEPA, M. – MERLO, S., *Manuale di diritto penitenziario, cit.*, pp. 124 ss.

[592] Cfr. FERLUGA, L., *Lavoro carcerario e competenza del magistrato di sorveglianza*, in Riv. it. dir. lav., 2000, 2, 394.

esterno superano a stento il centinaio; le poche (...) occasioni di lavoro offerte dall'amministrazione penitenziaria vengono ripartite tra più detenuti per attività di corvée di alcuni mesi all'anno, in un'ottica ormai caritativa-assistenziale [...]. In carcere sempre di più regna l'ozio forzato"[593].

Il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria fornisce alcune cifre anche in merito al numero dei detenuti lavoranti al 31 dicembre 2008.

Detenuti lavoranti alle dipendenze dell'Amministrazione Penitenziaria

Genere di impiego lavorativo	Lavorazioni	Colonie agricole	Servizi d'istituto	Manutenzione ordinaria fabbricati	Servizi extramurari (*)	**Totale nazionale**
N.° di detenuti	535	350	10.067	900	313	**12.165**

(*) Sono conteggiati i detenuti beneficiari dell'art.21 L.354/75 stipendiati dall'Amministrazione Penitenziaria e impiegati in servizi esterni all'istituto.

Detenuti lavoranti non per l'Amministrazione Penitenziaria

Tipo di impiego	Semiliberi (*)		Lavoro all'esterno ex art. 21 L. 354/75	Lavoranti (**) in istituto per conto di:		**Totale nazionale**
	in proprio	per datori di lavoro esterni		imprese	cooperative	
N.° det.	24	658	403	246	494	**1.825**

(*) Sono conteggiati esclusivamente i semiliberi impegnati in attività lavorative.

(**) Sono conteggiati i detenuti lavoranti in qualità di soci - collaboratori - dipendenti per cooperative/imprese, inclusi i lavoranti a domicilio ex art.52 DPR 230/2000 e anche gli impiegati in lavorazioni penitenziarie NON gestite dall'Amministrazione Penitenziaria

[593] Cfr. PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, *cit*., p. 114. In realtà, i dati forniti dall'amministrazione penitenziaria dimostrano che i detenuti che lavorano all'esterno sono più di 1800: si tratta di un dato superiore alle stime degli Autori, ma tuttavia piuttosto basso se si considera che, nelle previsioni della legge, *tutti* i detenuti dovrebbero lavorare.

3.3. L'istruzione *(art. 19 ord. pen.)*.

Secondo il dettato normativo, la formazione culturale e professionale negli istituti penitenziari è curata mediante l'organizzazione di corsi della scuola d'obbligo e corsi di addestramento professionale, mentre solo in via facoltativa è prevista l'istituzione di scuole di secondo grado. Sono inoltre agevolati gli studi universitari, per corrispondenza o tramite radio e televisione.

L'istruzione gioca un ruolo molto importante nel percorso di rieducazione del condannato, e si configura quale strumento rivolto, oltre che ad un approfondimento della formazione scolastica e professionale, alla promozione di nuovi interessi e stimoli per un miglioramento complessivo delle conoscenze e della personalità dell'individuo. Nel contesto dell'istruzione di base, un ruolo fondamentale è oggi rivestito dai corsi di lingua italiana per gli stranieri, che costituiscono una parte veramente considerevole della popolazione penitenziaria[594].

4. Le misure alternative alla detenzione in carcere.

4.1. L'affidamento in prova al servizio sociale *(art. 47 ord. pen.)*.

L'affidamento in prova al servizio sociale "rappresenta l'unica misura totalmente alternativa alla pena detentiva tra quelle previste dalla legge n. 354/1975. Definito «fiore all'occhiello» dell'intero ordinamento penitenziario[595], nell'intenzione del legislatore aveva la funzione di dare concreta attuazione, insieme alle altre misure alternative, al principio costituzionale descritto dall'art. 27, 3° co., Cost. [...] Il legislatore ha affidato all'affidamento in prova il preciso obiettivo di porsi come vera alternativa alla detenzione e di risocializzare il condannato attraverso un programma di recupero individualizzato, da attuarsi sin dai primi momenti in cui la pena deve espiarsi"[596].

---

[594] Cfr. SOTTANIS, R., *Art. 19*, in GREVI, V. – GIOSTRA, G. – DELLA CASA, F., *Ordinamento penitenziario, Commento articolo per articolo*, 3° Ed. Cedam, Padova 2006, pp. 256 ss.

[595] La definizione è di BRICOLA, F., *L'affidamento in prova al servizio sociale: "fiore all'occhiello" della riforma penitenziaria*, in Quest. Crim., 1976, 370.

[596] CECANESE, G., *Pena (profili reali della) e benefici penitenziari*, *Digesto delle discipline penalistiche*, *cit*., p. 1009. L'Autore, facendo riferimento alla teoria di DI RONZA e SCALFANI, *Linee di politica criminale nella recente legislazione greca in tema di sostituzione e di sospensione condizionale della pena*, AP, 1986, 199 ss., ricorda che il legislatore aveva deciso di prevedere la

4.1.1. *Natura della misura.*

A far data dal 1975 la misura, introdotta sul modello anglosassone della *probation*[597], è stato oggetto sia di riforme legislative, sia di interventi della Corte Costituzionale, che lo hanno di volta in volta "ritoccato". Si deve alla Consulta ad esempio l'indicazione sulla natura dell'affidamento in prova, che ha fatto chiarezza tra chi lo considerava una vera e propria pena, pur se alternativa alla detenzione, e chi invece lo definiva una misura sospensiva della pena[598]. Con Sent. n. 185/85 la Corte ha evidenziato come l'affidamento in prova al servizio sociale costituisca non una misura alternativa alla pena, ma *una pena essa stessa*, *alternativa alla detenzione*, o, se si vuole, una *modalità di esecuzione della pena*, nel senso che al trattamento carcerario viene sostituito il trattamento fuori dall'istituto, perché ritenuto più idoneo, sulla base dell'osservazione di cui all'art. 47 II o.p., al raggiungimento delle finalità di prevenzione proprie della pena[599].

---

possibilità dell'affidamento in prova per i casi di condanne a pene detentive di breve durata perché era ben conscio dell'effetto controproducente di "destabilizzazione morale" che tali pene producono sul condannato, il quale dopo averle scontate potrebbe addirittura essere invogliato a tornare a delinquere più ancora che se non fosse entrato in carcere. Ma le detenzioni di breve durata hanno anche un risvolto negativo rispetto a finalità di prevenzione generale: "occorre ancora considerare che l'efficacia intimidatrice della pena si affievolisce progressivamente alla riduzione del disvalore del fatto di reato: più il reato è lieve, più la condotta è connotata dalla occasionalità, ovvero legata a situazioni contingenti o eccezionali, più diventa difficile riconoscere la «giustizia» del ricorso alla pena inframuraria: qui, la stessa coscienza sociale ritiene sufficiente il ricorso a sanzioni di tipo diverso, capaci, comunque, di soddisfare le esigenze di prevenzione generale e speciale" (*op. cit*., p. 1009).

[597] Il *probation order* è utilizzato dai giudici anglossassoni quando essi ritengono che la detenzione non sia idonea al recupero del soggetto, e quindi si astengono dal condannarlo lasciandolo in libertà, ma con l'obbligo di rispettare determinate prescrizioni. Al contrario, nel diritto italiano l'affidamento in prova presuppone una sentenza di condanna e si colloca interamente nell'ambito penitenziario, non in quello del processo di cognizione. Cfr. PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, Ed. Martina, Bologna 2004, p. 121. Per alcuni accenni all'istituto del *probation order* cfr. MENGHINI, A., *Sistemi sanzionatori a confronto*, in FORNASARI, G. – MENGHINI, A., *Percorsi europei di diritto penale, cit*., pp. 151 ss.

[598] La prima teoria trovava sostegno negli scritti di PAGLIERO, GREVI, e GIOSTRA, mentre la seconda era difesa da MANTOVANI, PAGLIARO e FASSONE. Cfr. PRESUTTI, A., *Art. 47*, in GREVI, V. – GIOSTRA, G. – DELLA CASA, F., *Ordinamento penitenziario, Commento articolo per articolo*, 3° Ed. Cedam, Padova 2006, pp. 465-466.

[599] Cfr. C. Cost., Sent. 12-13 giugno 1985, n. 185, in Giur. cost., 1985, 1283. A tal proposito cfr. PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, Ed. Martina, Bologna 2004, p. 121.

4.1.2. *I presupposti di concedibilità:*

a) la soglia minima di pena

Originariamente la soglia di pena prevista per l'accesso all'affidamento in prova era di 2 anni e 6 mesi, portato a tre anni dalla legge Gozzini. L'attuale primo comma dell'art. 47 o.p. richiede dunque che la "*pena inflitta*" non superi i tre anni di detenzione: il dibattito sul significato di tale termine è pressoché contemporaneo alla sua introduzione. Ci si chiedeva infatti se per pena inflitta dovesse intendersi la pena così come irrogata nella sentenza di condanna pronunciata dal giudice di cognizione, ovvero la pena che residuava dopo aver applicato eventuali cause estintive, ovvero ancora se si dovesse prendere in considerazione la pena che rimaneva in capo al soggetto al momento della presentazione della richiesta per la concessione della misura, e quindi, se dalla pena irrogata con la sentenza si dovesse detrarre la parte già scontata[600].

La Corte Costituzionale, con Sent. n. 386/89[601], ha chiarito che per *pena inflitta* si deve considerare non solo la pena irrogata in sentenza nella misura di tre anni, ma anche la pena residua, cioè la pena che rimane dopo che una parte di essa è già stata espiata: "quindi praticamente il condannato può chiedere l'affidamento in prova per gli ultimi tre anni di pena da scontare"[602]. Nel 1992 il legislatore è intervenuto fornendo una interpretazione autentica dell'art. 47 I, secondo la quale per *pena inflitta* si intende la "pena da espiare in concreto, tenuto conto anche dell'applicazione di eventuali cause estintive"[603].

---

[600] Cfr. PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *op. ult. cit.*, p. 122. Per una trattazione molto diffusa del dibattito dottrinale e giurisprudenziale intorno al concetto di *pena inflitta* non si può che rimandare a PAVARINI, M., *Lo scambio penitenziario*, II Ed. Martina, Bologna 1996, pp. 8-23.

[601] C. Cost., Sent. 11 luglio 1989, n. 386, in Cass. pen., 1990, 189. In tale sentenza la Corte dichiarò illegittimo l'art. 47 co. I o.p. nella parte in cui non prevede che nel computo delle pene, ai fini della determinazione del limite dei tre anni, non si debba tener conto anche delle pene espiate.

[602] FILIPPI, L. – SPANGHER, G., *Manuale di esecuzione penitenziaria. Annotato con la giurisprudenza*, Giuffrè, Milano 2003, p. 40.

[603] Art. 14-*bis* d.l. 8 giugno 1992 n. 306, conv. dalla l. 7 agosto 1992, n. 356, rubricato proprio "*Interpretazione dell'articolo 47, 1° comma dell'ordinamento penitenziario*". Secondo MASSIMO PAVARINI tale interpretazione finisce in realtà per l'estendere l'ambito di applicazione dell'istituto, disattendendo la *ratio* originaria dell'art. 47 o.p.. E'chiaro infatti come in origine l'affidamento fosse stato pensato come sanzione applicabile alle pene detentive di breve durata, mentre questo intervento fa sì che esso sia accessibile anche ai condannati ad una pena più lunga: tale intento però si inserisce nell'ottica di ampliare sempre più i benefici penitenziari per i condannati ordinari, e corrispondentemente restringerli per chi ha commesso reati di stampo associazionistico o mafioso. Cfr. PAVARINI, M., *Lo scambio penitenziario*, *cit.*, pp. 18-19.

b) la preclusione di cui all'art. 67 l. 689/81

Sono esclusi dall'affidamento in prova i condannati che stanno scontando una pena che è stata convertita in pena detentiva a causa della violazione delle prescrizioni inerenti alla semidetenzione ed alla libertà controllata (art. 67 l. 689/81). Tale previsione trova il suo fondamento nel fatto che tali sanzioni sostitutive sono caratterizzate da "prescrizioni e controlli assimilabili a quelli stabiliti per la misura alternativa, per cui l'accertata violazione degli obblighi imposti rende incompatibile l'applicazione di un istituto che ha caratteristiche pressoché identiche a quello rivelatosi inadatto alla personalità del condannato"[604].

c) esclusioni soggettive dalla misura

I condannati per i reati di cui all'art. 4-*bis* co. I o.p. non possono usufruire, tra le altre, della misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale, a meno che non collaborino con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* ord. pen.[605]

d) l'aver scontato parte della pena in un istituto carcerario.

Nella sua formulazione originaria, l'art. 47 o.p. concepiva l'affidamento in prova come misura alternativa *dalla detenzione*: presupposto oggettivo della misura era l'osservazione della personalità del condannato da parte di un collegio di esperti per un periodo di tre mesi. Tale periodo fu ridotto ad un mese dalla legge Gozzini[606], mentre la legge Simeone ha introdotto la possibilità che

---

[604] PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, *cit*., p. 123.

[605] GIORGIO MARINUCCI commenta così il mantenimento di questa preclusione: "*Fortunatamente, l'astuzia della ragion pratica, refrattaria ad ogni spensierato umanitarismo, ha mantenuto in vita l'esclusione dall'affidamento in prova dei detenuti per associazione di tipo mafioso: la deflazione carceraria - l'odierna funzione assolta dall'affidamento in prova - è un obiettivo fortunatamente impensabile per capi e gregari della criminalità organizzata. Ci è stato così risparmiato lo spettacolo di esponenti di spicco della mafia, della camorra. della 'Ndrangheta aiutati dal "servizio sociale"*". (MARINUCCI, G., *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, Riv. it. dir. proc. pen., 2000, I, 160, pp. 172-173).

[606] Inoltre, la legge del 1986 aveva introdotto un'ulteriore ipotesi di affidamento in prova per il caso in cui il soggetto avesse già trascorso un periodo di custodia cautelare in carcere e fosse stato rimesso in libertà serbando un comportamento tale da consentire una prognosi favorevole in ordine alle prospettive di rieducazione e di reiterazione del reato: in tal caso egli poteva essere direttamente affidato al servizio sociale, senza passare per il carcere, che appariva come un luogo controproducente ai fini del reinserimento in società. Cfr. CECANESE, G., *Pena (profili reali della) e benefici penitenziari*, *loc. cit.,* p. 1010. Di difficile comprensione i motivi che hanno ispirato questo intervento: "*non si comprende la ratio di limitare questo beneficio ai soli condannati che*

l'affidamento sia concesso direttamente *dalla libertà*, così che ora l'art. 47 delinea in realtà due diverse ipotesi di affidamento in prova.

Il primo caso è quello in cui la misura è concessa al condannato dopo che egli ha trascorso in carcere un periodo di osservazione collegiale[607] di almeno un mese, durante il quale sia stato possibile formulare una prognosi favorevole circa la capacità della misura a contribuire alla rieducazione del reo e ad assicurare la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati (art. 47 II o.p.). Scegliendo di utilizzare il termine "contribuire", sembra che il legislatore abbia scelto di non richiedere che il condannato si sia completamente ravveduto sul proprio passato, ma basta che il Tribunale di Sorveglianza ritenga che la residua pericolosità sociale del reo sia fronteggiabile attraverso la sua "messa alla prova": "la rieducazione del reo, dunque, costituisce la finalità, e non il presupposto, della concessione della misura dell'affidamento in prova"[608]. L'applicazione di tale misura è oggi "per così dire, residuale, e riguarda soprattutto quei condannati a pene detentive medio-lunghe nei confronti dei quali residua una pena detentiva da scontare non superiore ad anni tre"[609]. L'istanza di affidamento in prova deve

---

abbiano comunque già sofferto di un periodo di custodia cautelare. Per di più questa limitazione sembra contraddire ogni criterio razionale di politica criminale, ove considerazioni eventuali di maggiore pericolosità dovrebbero discriminare negativamente proprio coloro nei cui confronti si è ritenuto, in fase processuale, di privare o limitare della libertà" (PAVARINI, M., *Riflessioni sulle modifiche dell'ordinamento penitenziario*, in Marginalità e società, 1987, I-II, 102, p. 106). In effetti, la Corte Costituzionale con Sent. 89/586 ha dichiarato illegittimo questo requisito della previa custodia cautelare perché comportava una discriminazione non compatibile con il principio di uguaglianza, soprattutto dopo che il codice di procedura penale del 1989 aveva riservato le misure cautelari coercitive alle figure di reato di maggiore gravità. La sentenza della Corte ha ampliato enormemente la sfera applicativa della misura. La legge 165/98 (*l. Saraceni*), sulla scia di quanto affermato dalla Corte, ha eliminato il riferimento al requisito della previa custodia cautelare per la concessione dell'affidamento in prova dallo stato di libertà, anzi al contrario ha modificato l'art. 656 IX co. nel senso di impedire l'affidamento in prova senza osservazione della personalità a i condannati che si trovano in stato di custodia cautelare al momento della pronuncia della sentenza di condanna. Cfr. PRESUTTI, A., *Art. 47*, in GREVI, V. – GIOSTRA, G. – DELLA CASA, F., *Ordinamento penitenziario, Commento articolo per articolo*, 3° Ed. Cedam, Padova 2006, pp. 485-490.

[607] L'osservazione della personalità è regolata dagli artt. 27 e 28 del d.p.r. n. 230/2000, e consiste in una "*attività preordinata al giudizio prognostico suscettibile di modifica per essere adeguato al caso concreto in funzione, proprio, del trattamento, il quale, a sua volta, è sotteso all'accertamento definitivo di responsabilità. [...] I risultati dell'osservazione (...) dovranno essere inseriti in un'apposita cartella personale del detenuto. [...] L'osservazione deve essere effettuata in funzione delle esigenze di ciascun soggetto, connesse alle eventuali carenze psico-fisiche, affettive, educative e sociali che si sono rivelate di pregiudizio all'instaurazione di una normale vita di relazione. [...] L'aspetto collaborativo del detenuto assume, nel nuovo contesto legislativo, valore preminente*" (CECANESE, G., *op. ult. cit.*, pp. 1013-1014).

[608] PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, *cit.*, p. 123.

[609] *Ibidem*, p. 125.

essere rivolta al Tribunale di sorveglianza, il quale ha 45 giorni per decidere in merito. Prima della decisione del Tribunale, il magistrato di sorveglianza può sospendere l'esecuzione e ordinare la liberazione del condannato quando può concretamente ritenere che sussistono i presupposti per l'affidamento in prova e che un ulteriore periodo detentivo potrebbe nuocere al condannato. Se l'istanza non è accolta riprende l'esecuzione della pena e non può essere accordata altra sospensione *(art. 47 IV co. o.p.)*. Tale automatica preclusione risulta *irragionevole* in quanto non tiene conto di eventuali cambiamenti, o miglioramenti, della situazione di fatto o dell'atteggiamento del condannato[610].

I parametri che orientano il Tribunale nella decisione sono ad esempio la condotta carceraria, i precedenti penali, le risultanze delle relazioni degli assistenti sociali e l'eventuale risarcimento dei danni alla vittima del reato, che la giurisprudenza considera talvolta imprescindibile requisito e talvolta mero criterio indicativo[611].

Il secondo caso, previsto dal comma III di tale articolo, consente di disporre l'affidamento in prova *dallo stato di libertà* al soggetto (condannato ad una pena non superiore ai tre anni) che dopo la commissione del reato abbia tenuto un comportamento tale da consentire il giudizio prognostico favorevole.

Qui non vi è l'osservazione, ma è il Tribunale di sorveglianza che nel decidere se concedere o meno la misura dovrà informarsi sul comportamento del soggetto. Si ritiene in giurisprudenza che, al fine della decisione, il Tribunale possa acquisire informazioni dalle autorità di pubblica sicurezza, ovvero dai servizi sociali e dalle forze di polizia addette alla vigilanza del condannato. In ogni caso, tale organo potrà disporre tutte le indagini che riterrà necessarie per ricavare esaurienti elementi di giudizio[612]. La giurisprudenza tende a ritenere indispensabile, ai fini dell'applicazione della misura, "l'effettiva reperibilità dell'interessato, postulando tale misura un contatto diretto tra la persona del condannato e il servizio sociale"[613].

---

[610] Cfr. FILIPPI, L. – SPANGHER, G., *Manuale di esecuzione penitenziaria*, *cit.*, p. 42.
[611] Cfr. *ibidem*, pp. 44-46.
[612] PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *loc. cit.*, p. 126
[613] FILIPPI, L. – SPANGHER, G., *loc. cit.,* p. 46, i quali specificano tuttavia che il solo fatto della mancata notifica dell'avviso di udienza al domicilio dichiarato dal richiedente non giustifica il rigetto della richiesta.

4.1.3. *Modalità concrete di svolgimento della misura:*

a) le prescrizioni comportamentali;

Il contenuto degli obblighi a cui il soggetto si dovrà attenere una volta affidato al servizio sociale sono impartiti dal Tribunale di sorveglianza con apposito verbale. L'art. 47, nell'indicare genericamente quale sarà l'oggetto delle prescrizioni da impartire al soggetto in affidamento sia *dalla libertà* sia *dalla detenzione* si limita a dire che esse riguardano i rapporti con il servizio sociale e gli obblighi ed i divieti di frequentazione di determinati luoghi o persone *(commi V e VI)*. L'affidando inoltre dovrà adoperarsi, per quanto possibile, in favore della vittima del reato ed adempiere regolarmente agli obblighi di assistenza familiare *(co. VII)*. Al magistrato di sorveglianza è inoltre concesso di modificare *in itinere* le prescrizioni, a seconda dell'esito delle osservazioni del comportamento del condannato che gli dovrebbero essere riferite dai servizi sociali *(co. X)*[614].

b) l'affidamento al servizio sociale.

Per tutta la durata della misura, il condannato è seguito dagli addetti dei centri di servizio sociale, che l'art. 72 o.p. chiama "uffici locali di esecuzione penale esterna", dipendenti dalla amministrazione penitenziaria[615]. Il servizio sociale, che talvolta può essere coadiuvato da volontari o dagli organi di polizia[616], ha il compito di controllare ed assistere l'affidato *(art. 47 IX o.p.)* e deve riferire periodicamente al magistrato di sorveglianza sul comportamento del soggetto *(art 47 X o.p.)*.

4.1.4. *La revoca della misura*[617].

Della revoca delle misure alternative si occupa l'art. 51-*ter* o.p., inserito solamente con la legge del 1986 e riguardante la procedura di revoca di tutte le

---

[614] Cfr. CECANESE, G., *Pena (profili reali della) e benefici penitenziari*, *loc. cit.*, pp. 1011.
[615] Cfr. PRESUTTI, A., *Art. 47*, in GREVI, V. – GIOSTRA, G. – DELLA CASA, F., *op. cit.*, pp. 500 ss.
[616] Cfr. PRESUTTI, A., *Art. 47*, in *loc. cit.*, pp. 504-505.
[617] Diverso dalla revoca è il caso *dell'annullamento dell'affidamento*, che si verifica ove sopravvengano delle cause vere e proprie di annullamento del provvedimento come una condanna che, cumulata alla precedente pena, supera il requisito del limite dei tre anni (art. 51-*bis* o.p.). Cfr. BERNASCONI, A., *Art. 51-bis*, in GREVI, V. – GIOSTRA, G. – DELLA CASA, F., *Ordinamento penitenziario, Commento articolo per articolo, cit.*, pp. 668 ss.

misure alternative alla detenzione. Se il comportamento del soggetto, contrario alla legge o alle prescrizioni adottate, appare incompatibile con la prosecuzione della prova *(art. 47 XI co.)*, il magistrato di sorveglianza sospende provvisoriamente la misura, trasmettendo successivamente gli atti al Tribunale di sorveglianza, che ha trenta giorni per decidere in merito[618].

Il problema connesso alla revoca riguarda il valore da attribuire al periodo di tempo trascorso in affidamento, e la sua incidenza sul periodo di pena da espiare. Dopo un iniziale orientamento che tendeva a riconoscere alla revoca un'efficacia retroattiva che non consentiva di considerare come espiato il periodo di prova conclusosi negativamente[619], la Corte Costituzionale ha riconosciuto al Tribunale di sorveglianza il potere discrezionale di determinare l'ammontare della pena residua da espiare, scomputando anche solo parte della pena in modo da adeguare la decisione alla specificità di ogni singolo caso[620]. Sempre la giurisprudenza è intervenuta per indicare i parametri di cui dovrà tenere conto il Tribunale nel decidere sulla revoca, specificando che una singola violazione delle prescrizioni non è sufficiente a giustificarla, occorrendo invece che il comportamento globale del soggetto si dimostri incompatibile con le finalità dell'istituto[621].

4.1.5. *L'esito positivo della prova.*

All'esito positivo della prova l'art. 47 o.p. al suo comma XII collega l'*estinzione della pena* e di ogni altro effetto penale, pene accessorie comprese[622].

---

[618] L'inosservanza di tale termine determina l'inefficacia del decreto con il quale si è disposta la sospensione provvisoria, così che se non interviene l'ordinanza collegiale la misura riprende la sua efficacia, fino all'eventuale pronuncia del provvedimento di revoca. Cfr. CECANESE, G., *Pena (profili reali della) e benefici penitenziari*, *loc. cit.,* pp. 1014, che si riferisce a Cass., Sez. I, Sent. del 12 febbraio 1997.

[619] Questa teoria emerge dalle sentenze Cass., sez. I, 5 gennaio 1985, Cass., sez. I, 15 novembre 1984, Cass., sez. I, 20 novembre 1980. In quest'ultima sentenza, la Corte afferma che in caso di *revoca* si ripristinava l'esecuzione della pena che nel frattempo era rimasta in uno stato di *quiescenza*.

[620] Corte Cost., sent. 29 ottobre 1987, n. 343, in Giur. cost., 1987, I, 2625. Cfr. CECANESE, G., *Pena (profili reali della) e benefici penitenziari*, *loc. cit.,* pp. 1014.

[621] Cfr. CECANESE, G., *op. ult. cit.,* pp. 1015.

[622] L'estensione dell'estinzione alle pene accessorie, nel silenzio della legge, è stata dedotta in via interpretativa sulla base del fatto che, ai sensi dell'art. 20 c.p., tali pene rientrano nell'ambito degli effetti penali. Inoltre si tale "*interpretazione analogica in bonam partem*" serve anche ad "*ovviare all'assurdo che l'esito positivo della prova estingua gli effetti penali lasciando in vita le pene*

A seguito della legge 21 febbraio 2006, n. 49 si ammette l'effetto estintivo anche della pena pecuniaria che non sia già stata riscossa, a condizione che l'interessato si trovi in disagiate condizioni economiche, mentre rimangono in vita le obbligazioni civili derivanti da reato e si ritiene che la sentenza di condanna debba rimanere annotata nel casellario giudiziario[623]. La dichiarazione di estinzione è pronunciata dal Tribunale di sorveglianza territorialmente competente.

Quanto al significato da attribuire alla locuzione *esito positivo della prova*, un primo orientamento giurisprudenziale più risalente sosteneva che al fine del suo accertamento non bastava che il periodo della prova fosse decorso senza l'intervento di revoche, ma era necessario che il giudice di sorveglianza accertasse l'avvenuta inequivocabile rieducazione del reo. Un giudizio negativo a tal proposito avrebbe comportato dunque la risoluzione *ex tunc* del beneficio[624].

Tuttavia, la dottrina non ha condiviso una soluzione così drastica. Essa infatti conferiva al tribunale di sorveglianza totale discrezionalità nella valutazione sull'avvenuto processo di rieducazione, senza fornire parametri legislativi di riferimento. Di conseguenza, "[a]nche alla luce delle considerazioni svolte dalla Corte cost. (sent. 87/343) – circa la fallacia del giudizio prognostico che prelude alla applicazione della misura e circa la scarsità del sostegno offerto dal servizio sociale nel corso della sua esecuzione – è parso più appropriato ritenere che l'esito positivo si identifichi con l'assenza di revoca e quindi collegare la meritevolezza del condannato al corretto svolgimento della prova"[625]. Corrisponde a quest'ultima definizione il fatto che l'affidato abbia tenuto, nel periodo di esecuzione della misura, uno stile di vita compatibile in generale con le finalità rieducative da essa perseguite[626].

---

accessorie – certamente e correttamente avvertite come 'più gravi'" (PAVARINI, M., *Lo scambio penitenziario*, *cit*., p. 51).

[623] Cfr. PAVARINI, M., *Lo scambio penitenziario*, *cit*., p. 51

[624] Cfr. PRESUTTI, A., *Art. 47*, in GREVI, V. – GIOSTRA, G. – DELLA CASA, F., *op. cit.*, pp. 509-510, la quale si riferisce a Cass., 20 nov. 1980, *Vezzosi*, in Cass. pen., 1982, 164; Cass., 1° aprile 1981, *Mellone*, in Giust. pen., 1982, III, 414; Cass. 13 genn. 1982, *Kerschbaumer*, in Cass. pen., 1983, 1212; Cass. 25 ottobre 1984, *Fracassini*, in Cass. pen. 1986, 1004; Cass., 5 maggio 1985, *Falcetelli*, ivi, 1986, 1383.

[625] PRESUTTI, A., *Art. 47*, in *op. cit.*, p. 510.

[626] Cfr. PIETRALUNGA, S., *L'affidamento in prova al servizio sociale*, Cedam, Padova 1990, p. 165.

4.1.6. *Qualche considerazione sulla funzione attuale dell'istituto*

Nell'intenzione del legislatore del 1975, l'affidamento in prova era concepito come "misura di controllo e sostegno indirizzata verso la criminalità medio-piccola dell'emarginato sociale"[627], ma a seguito dei rimaneggiamenti successivi esso ha finito con il trasformarsi in "una mera alternativa al carcere priva di connotazioni peculiari diverse dalla mancanza di pericolosità del soggetto" [628]. Nella prassi attuale, infatti, ogni volta che deve essere eseguita una pena detentiva di durata non superiore ai tre anni, il pubblico ministero emette l'ordine di esecuzione, lo sospende e invia l'atto al condannato che, entro 30 giorni dalla notifica del provvedimento può chiedere la concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale[629].

Quanto all'effettivo controllo svolto dal servizio sociale sull'esecuzione della misura e sul rispetto delle prescrizioni, vi sono due problemi principali: da un lato la carenza di mezzi e personale da parte del servizio sociale, che spesso non è in grado di seguire con cura tutti i condannati, dall'altro il limitato ruolo che esso può svolgere per i casi in cui l'affidamento è disposto nei confronti di un soggetto già integrato nella società. In effetti, la legge non richiede, fra i requisiti di ammissibilità, che i destinatari della misura siano solamente coloro i quali vivono in situazioni di emarginazione sociale, così che nei fatti possono essere affidati al servizio sociale anche quei soggetti che commettono delitti in ambito politico ed economico e che sono definiti dalla scienza criminologica "colletti bianchi"[630].

Ciò ha sempre suscitato dei dubbi in dottrina e nella giurisprudenza di merito, la quale talvolta ha richiesto dei requisiti ulteriori per la concessione della misura ai colletti bianchi[631]. Si trattava tuttavia elementi di pura creazione

---

[627] DOLCINI, E., *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?* in Riv. it. dir. proc. pen., 1999, III, 857, p. 859.
[628] CECANESE, G., *Pena (profili reali della) e benefici penitenziari*, *loc. cit.,* pp. 1011.
[629] Cfr. CECANESE, G., *loc. ult. cit.,* pp. 1011.
[630] Tale tipologia di delinquenti è giunta all'attenzione della magistratura di sorveglianza a seguito delle inchieste sui fenomeni di corruzione politica-imprenditoriale, note alle cronache come "Tangentopoli". Cfr. PRESUTTI, A., *Art. 47*, in GREVI, V. – GIOSTRA, G. – DELLA CASA, F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 497.
[631] Questi erano requisiti quali "*il decorrere di un notevole lasso di tempo dalla commissione dei reati, l'avvenuto risarcimento del danno e, soprattutto, un chiaro atteggiamento di resipiscenza del reo rispetto ai fatti delittuosi commessi*". PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, *cit.*, p. 124.

giurisprudenziale, ed al riguardo la Cassazione ha manifestato, dopo varie incertezze[632], un atteggiamento più vicino al dettato legislativo, negando la necessità di requisiti ulteriori legati al tipo di reato commesso ed al livello di disadattamento sociale dell'autore. Il giudice di legittimità, "specificando come ogni reato, in quanto violazione della legge penale, è espressione di disagio e disadattamento sociale, ha ritenuto anche i 'colletti bianchi' destinatari della rieducazione (quantomeno alla legalità) cui l'ammissione all'affidamento in prova è preordinata"[633].

In definitiva, l'innalzamento della durata della pena che consente di ottenere l'affidamento, così come la rimozione di preclusioni soggettive per la sua concessione hanno cambiato radicalmente la fascia dei suoi destinatari: "agli emarginati sociali, coinvolti in fatti di piccola criminalità, si sono aggiunti gli autori di reati di rilevantissima gravità, spesso perfettamente integrati (...) nei gruppi sociali da cui provengono"[634]. Sembra così di potersi concludere che l'affidamento in prova ha ormai perso ogni velleità rieducativa "per trasformarsi in incontrollata forma di 'grazia giudiziale' per reati anche molto gravi, al solo

---

[632] La stessa Cassazione, all'indomani dell'introduzione delle misure alternative nell'ordinamento positivo, pretendeva che il soggetto *iperintegrato* nella società dimostrasse, per potervi essere validamente ammesso, di aver rivisto le motivazioni e di aver abbandonato i disvalori che lo avevano indotto a scegliere di delinquere. Cfr. Cass., 13 marzo 1978, *Marzollo*, in Quale giust., 1978, f. 45/46, 346. In seguito la Corte si distaccò da una prospettiva così legata alla valutazione di un atteggiamento intellettivo ed etico, cfr. note successive.

[633] PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, *cit*., p. 124. Il riferimento giurisprudenziale qui è a Cass., 9 dicembre 1997, *Armanini*, in Giust. pen., 1998, II, 575; Cass., 5 febbraio 1998, *Cusani*, in R. pen., 1998, 813; Cass., 10 luglio 1998, *Schemmari*, in F. ambr. 1999, 84. Pur con qualche resistenza, la giurisprudenza di merito si è in seguito adeguata alle direttive della Cassazione. Cfr. PRESUTTI, A., *Art. 47*, in *op. cit.*, p. 500.
Nei confronti dei soggetti attivi dei reati afferenti la sfera del diritto penale dell'economia *latu sensu* inteso, i quali generalmente sono ben integrati nella società, le sanzioni a contenuto interdittivo potrebbero rivelarsi più efficaci delle sanzioni alternative: "*nei confronti di questo tipo di soggetti, per cui l'attività delittuosa non è altro che il frutto, il più delle volte, di una ponderazione circa l'opportunità di compiere il reato (un'analisi di costi e benefici), è allora forse ancora più propizio proporre questo tipo di sanzioni, in grado di estirpare il problema ab origine, nel senso di mettere il soggetto nell'incapacità di fatto di compiere il reato, proprio perché lo si interdice dalla professione, dall'incarico o dalla particolare posizione che hanno permesso la sua commissione. In relazione alla criminalità economica, pare forse opportuno rinunciare al canone della risocializzazione intesa (...) quale reinserimento del condannato nel tessuto sociale*" MENGHINI, A., *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo: una proposta de iure condendo*, *cit*., pp. 270-271.

[634] MARINUCCI, G., *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, Riv. it. dir. proc. pen., 2000, I, 160, p. 165.

scopo di tamponare, in qualche modo, il *sovraffollamento delle carceri italiane*"[635].

4.2. L'affidamento in prova *speciale (un accenno)*[636].

Nell'ambito dell'ordinamento penitenziario, sono previste ipotesi particolari di affidamento in prova, volte al recupero psico-fisico del soggetto che sia affetto da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, che sia un malato terminale ovvero che si trovi in uno stato di tossico- o alcooldipendenza, a prescindere dalla durata della pena detentiva da scontare.

Queste ipotesi di affidamento in prova, detto anche *terapeutico*, operano del tutto indipendentemente dal quello ordinario: più facile è l'accesso a tali misure, e diversa ne è la *ratio*, ravvisabile non solo nella prevenzione speciale ma anche, e soprattutto, nella tutela della salute: "In questo tipo di misura (...) il legislatore ha optato per una politica finalizzata al completo recupero del soggetto psicologicamente debole verso l'alcool e/o gli stupefacenti attraverso programmi attuabili in ambienti extra-carcerari tendenti al pieno recupero ed alla piena risocializzazione"[637]. Il condannato viene dunque affidato a centri specializzati per il recupero dalle dipendenze oppure a veri e propri ospedali, dal momento che "alla pena si è preferita la cura"[638].

Senza soffermarsi sulle particolarità e sugli aspetti procedurali della disciplina, si segnala qui che essa, in particolare nella parte sui condannati tossico e alcooldipendenti, solleva alcune perplessità per aver, di fatto, "pericolosamente coniugato realtà che si vorrebbero separate come quelle di pena e terapia, e di avere quindi nei fatti introdotto un'ipotesi di trattamento riabilitativo solo

---

[635] MARINUCCI, G., *op. ult. cit.*, p. 168. L'Autore fonda questa osservazione anche sulla lettura della *Relazione al disegno di legge Saraceni-Simeone*, ove si fa esplicito riferimento al problema del sovraffollamento del carcere e alla necessità di combatterlo attraverso la legge, che diventerà, com'è noto, la n. 165/98.

[636] Sulle ipotesi particolari di affidamento in prova si rimanda doverosamente a CECANESE, G., *Pena (profili reali della) e benefici penitenziari*, *loc. cit.,* pp. 1015-1017. In questa sede interessa solamente evidenziare come, in particolari casi, la finalità rieducativa prevalga nettamente sulla punizione.

[637] CECANESE, G., *loc. cit.,* p. 1016.

[638] *Ibidem*, p. 1015.

formalmente volontario, con il rischio di pregiudicare ulteriormente ogni speranza di uscita dal circuito della droga"[639].

A prescindere dalle critiche, si deve prendere atto che, a seguito dell'introduzione di queste ipotesi speciali, "la corsa dell'affidamento in prova (...) verso la conquista di una 'clientela' sempre più vasta continua dunque a ritmo frenetico"[640].

La pena eseguita: la seguente tabella riporta i dati del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, aggiornati al 30 giugno 2009 e relativi sia all'affidamento in prova *ordinario* sia a quello *speciale*[641].

AFFIDAMENTO IN PROVA	*Casi pervenuti*	*Casi seguiti **	*Revoche***
Affidati tossicodipendenti dalla libertà	406	906	37
Affidati tossicodipendenti dalla detenzione	528	1.141	115
Affidati tossicodip. dalla detenzione domiciliare	130	236	12
Affidati dalla detenzione	622	1.647	56
Affidati dalla libertà	1.649	3.778	98
Affidati dalla detenzione domiciliare	233	483	15
Totale	**3.568**	**8.191**	**333**

** Casi seguiti = casi pervenuti nel periodo di rilevazione + casi in carico al 1 gennaio 2009.*

[639] PAVARINI, M., *Riflessioni in merito alle modifiche dell'ordinamento penitenziario*, in Marginalità e società, 1987, I-II, 102, pp. 108-109. D'altro canto, è vero anche che lo strumento del carcere si rivela inadeguato sia a contrastare il fenomeno della tossico- e alcooldipendenza collegato alla commissione di reati sia a curare le patologie mediche più gravi, come l'AIDS, per mancanza di strutture sanitarie adeguate, così che era d'obbligo trovare una soluzione per queste specifiche categorie di delinquenti. Cfr. CECANESE, G., *op. ult. cit.*, p. 1015.

[640] DOLCINI, E., *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?* in Riv. it. dir. proc. pen., 1999, III, 857, p. 861.

[641] *Fonte*: Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria - Direzione generale dell'esecuzione penale esterna - Osservatorio delle misure alternative, su http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.wp;jsessionid=BD07412C6B66A4834CC04782D508EE7F.ajpAL02?previsiousPage=mg_1_14&contentId=SST62455, consultato l'8 settembre 2009. I detenuti condannati presenti negli istituti carcerari al primo settembre 2009 sono invece 31.562. La tabella riporta anche i casi in cui l'affidamento in prova è concesso non dalla libertà o dalla detenzione, ma da un'altra misura alternativa, nella fattispecie la detenzione domiciliare. Sui rapporti fra le varie misure alternative si tornerà alla conclusione di questo capitolo.

*** Revoche = si sono considerate le revoche intervenute al 30 giugno 2009 sul totale dei casi pervenuti. Per la suddivisione dell'indagine secondo i motivi di revoca si rimanda al sito del DAP. In totale, è stato revocato il 4,07% delle misure concesse.*

4.3. La semilibertà *(art. 48 ord. pen.)*.

Il regime di semilibertà consiste nella concessione al condannato di trascorrere parte del giorno fuori dall'istituto per partecipare ad attività lavorative[642], istruttive o comunque utili al reinserimento sociale[643].

Nell'intenzione originaria del legislatore del 1975, erano previste due differenti forme di semilibertà: la semilibertà *facoltativa*, concedibile fin dallo stato di libertà nel caso della pena dell'arresto o della reclusione non superiore a sei mesi, e la semilibertà *ordinaria*, subordinata all'espiazione di almeno metà della pena detentiva di durata più lunga[644].

La legge n. 663/86 ha introdotto una terza forma di semilibertà, detta *surrogatoria* dell'affidamento in prova: in caso di pena detentiva residua non superiore ai tre anni, se difettano i requisiti per concedere quest'ultima misura, si ritiene comunque di poter concedere la prima *(art. 50 II co. o.p.)*[645].

4.3.1. *Natura della misura*

Dal momento che il soggetto che espia la pena in regime di semilibertà continua a trascorrere parte della giornata in istituto, pur se in una sezione particolare[646], la semilibertà rappresenta, più che una misura alternativa, "una particolare *modalità di esecuzione della pena detentiva* volta a realizzare,

---

[642] Secondo Cass., sez. I, 21 marzo 2001, in Cass. pen., 2002, 1800, l'attività lavorativa proposta può essere anche non retribuita, nella fattispecie in favore di un centro sociale.

[643] La differenza tra la sanzione alternativa della *semilibertà* e la sanzione sostitutiva della *semidetenzione*, oltre che nella natura giuridica dei due istituti (la prima è un istituto che opera nella fase di esecuzione, mentre la seconda è applicabile dal giudice di cognizione), si ritrova anche nel contenuto delle due sanzioni: la semilibertà prevede che il tempo trascorso fuori dall'istituto sia occupato secondo un preciso programma di risocializzazione, mentre il regime di semidetenzione implica solo l'obbligo di trascorrere almeno dieci ore al giorno in istituto, restando indifferente l'impiego del tempo residuo. Anche da questo emerge la finalità più prettamente rieducativa delle sanzioni alternative rispetto alle sanzioni sostitutive. Cfr. FILIPPI, L. – SPANGHER, G., *Manuale di esecuzione penitenziaria, cit.,* p. 62.

[644] Cfr. CECANESE, G., *Pena (profili reali della) e benefici penitenziari*, *loc. cit.,* pp. 1017. Sull'evoluzione dell'istituto della semilibertà dalla libertà cfr. *supra*, *sub Cap. II, punto 2 b).*

[645] Cfr. CECANESE, G., *loc. cit.,* pp. 1017.

[646] Prescrive infatti l'art. 48 II co. o.p.: "*I condannati e gli internati ammessi al regime di semilibertà sono assegnati in appositi istituti o apposite sezioni autonome di istituti ordinari ed indossano abiti civili*".

attraverso lo svolgimento di attività lavorative e l'esercizio dei diritti ad esse connesse nell'ambiente libero, un parziale reinserimento sociale del detenuto, in vista della sua risocializzazione definitiva"[647]. In tal senso, la semilibertà assume anche la funzione di momento di passaggio tra la detenzione in senso stretto e l'eventuale applicazione di alternative alla pena più radicali o della liberazione *tout court*[648].

In particolare, la concessione della misura in caso di condanne a pene detentive medio-lunghe rappresenta "l'ipotesi tipica della misura, concepita come preparatoria alla libertà, collocata sovente come fase intermedia dell'esecuzione penitenziaria in prospettiva dell'accesso all'affidamento in prova, alla liberazione condizionale oppure alla stessa libertà"[649]. Inoltre, la misura serve anche a verificare quali sono stati i risultati conseguiti dal trattamento risocializzativo in istituto[650].

4.3.2. *I presupposti di concedibilità della semilibertà dalla detenzione*[651]*:*

a) la soglia minima di pena

Per l'applicazione della semilibertà in presenza di pene detentive di durata superiore ai sei mesi si richiede la previa espiazione di almeno metà della pena detentiva inflitta *(art. 50 II o.p.)*, a meno che non si tratti di condannati per uno dei reati di cui all'art. 4-*bis* o.p., relativamente ai quali la pena espiata deve essere almeno dei due terzi. Il condannato all'ergastolo, invece, può accedere alla misura dopo aver scontato vent'anni di pena *(art. 50 V co.)*.

La presenza di una eventuale pena pecuniaria è irrilevante ai fini del calcolo, mentre se il soggetto è condannato ad una pluralità di pene irrogate con una o più sentenze la pena di riferimento è quella che risulta dal cumulo delle pene inflitte[652].

---

[647] PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, *cit*., p. 129.
[648] Cfr. PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *loc. cit*., p. 130.
[649] *Ibidem*, p. 131.
[650] Cfr. PRESUTTI, A., *Art. 50*, in GREVI, V. – GIOSTRA, G. – DELLA CASA, F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 644.
[651] Lasciando da parte la semilibertà *facoltativa*, di cui si è parlato nel cap. II, ci si concentrerà qui sulla semilibertà come modalità di esecuzione delle pene medio-lunghe.
[652] Cfr. PRESUTTI, A., *Art. 50*, in *loc. cit.*, p. 645.

b) la preclusione di cui all'art. 67 l. 689/81

La preclusione prevista da tale articolo, già esposta durante la trattazione dell'affidamento in prova, vale anche per la semilibertà. Analoghe sono anche le ragioni che la giustificano.

c) criteri per la concessione della misura

L'attuale testo dell'art. 50 IV co. ord. pen., come modificato dalla legge Gozzini, così prescrive:

> *L'ammissione al regime di semilibertà è disposta in relazione ai progressi compiuti nel corso del trattamento, quando vi sono le condizioni per un graduale reinserimento nella società.*

Si ritiene che i *progressi compiuti* ed le *condizioni per il reinserimento nella società* siano due criteri distinti e cumulativi, che vanno valutati allo scopo di un completo e definitivo reinserimento sociale, il quale rappresenta l'obiettivo tendenziale, il *fine ultimo* della misura[653]. Bisogna dunque che l'applicazione della misura filtri attraverso due indagini separate, l'una riguardante i risultati del trattamento individualizzato, come ad esempio i miglioramenti nella condotta, il rispetto attivo delle regole carcerarie e l'avvio di un processo di revisione critica del passato e di abbandono dei disvalori che hanno spinto il condannato a delinquere. L'altra indagine ha per oggetto le condizioni che garantiscono il reinserimento nella società, soprattutto l'esistenza di attività lavorative o istruttive[654]. La mancanza di uno solo di questi criteri rende inutile l'indagine sull'esistenza dell'altro.

---

[653] Cfr. PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, *cit*., p. 132.

[654] A questo proposito si riporta un appunto critico: "*Certamente la pretesa che le condizioni per il reinserimento siano sussistenti e non restino a livello di speranza risulta in linea con l'esigenza di verifica dello scambio penitenziario e di serietà della prognosi, ma va sottolineato il pericolo che, qualora esse siano intese come necessità di un lavoro continuativo e di un valido contesto famigliare, si finisca con il penalizzare il condannato che ne sia privo senza sua colpa*" (PRESUTTI, A., *Art. 50*, in *loc. cit.*, p. 648).

4.3.3. *Presupposti di concedibilità della semilibertà surrogatoria dell'affidamento in prova*

L'art. 50 co. II o.p. prevede che il condannato a pena detentiva non superiore a tre anni possa essere ammesso alla semilibertà anche prima dell'espiazione di metà della pena, se mancano i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale.

Il dettato normativo fa sorgere numerose perplessità interpretative in relazione al significato da attribuirsi alla "mancanza dei presupposti", dal momento che è chiaro che essa non basta, da sola, a giustificare l'applicazione della misura[655].

In questo caso, siamo di fronte ad un vero e proprio vuoto normativo "inaccettabile dal punto di vista della legalità"[656]. Per rimediare a questa lacuna si suggerisce di provvedere in via interpretativa: da un lato si ritiene applicabile anche a questa misura il criterio della idoneità ad evitare che il soggetto commetta altri reati, già preteso per la detenzione domiciliare, e dall'altra si richiede l'esistenza di condizioni ambientali esterne favorevoli e della disponibilità del soggetto a trarne profitto[657].

4.3.4. *Modalità concrete di svolgimento della misura:*

a) le prescrizioni comportamentali

La disciplina della semilibertà è contenuta nel regolamento di esecuzione. Nei confronti del semilibero è formulato un particolare programma di trattamento, che contiene le prescrizioni che egli deve osservare durante la sua permanenza all'esterno e gli orari d'entrata e d'uscita dall'istituto. Il programma, redatto dal direttore dell'istituto e dall'organo collegiale che si occupa dell'osservazione dei

---

[655] Cfr. PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, *cit.*, p. 133. La versione precedente dell'articolo, *ante* riforma del 1998, richiedeva, per la concessione di questo tipo di semilibertà surrogatoria, che si facesse riferimento ai criteri generali per la concessione della semilibertà di cui all'art. 50 IV co. di fatto, si veniva a creare un ulteriore *species* del *genus* semilibertà, concedibile unicamente nel caso di condanna a pena detentiva non superiore ai tre anni. Ciò aveva sollevato non pochi problemi interpretativi, soprattutto perché si riteneva in dottrina che in realtà non dovessero essere valutati i progressi nel corso del trattamento. La riforma del 1998 non è però riuscita a chiarire la situazione. Cfr. PRESUTTI, A., *Art. 50*, in *loc. cit.*, p. 653.

[656] PRESUTTI, A., *Art. 50*, in *loc. cit.*, p. 653.

[657] Cfr. PRESUTTI, A., *Art. 50*, in *loc. cit.*, p. 653.

detenuti, deve essere approvato dal magistrato di sorveglianza, così da acquisire una natura vicina a quella di un atto giurisdizionale[658].

b) le licenze premio (art. 52 ord. pen.)

Al condannato ammesso al regime di semilibertà possono essere concesse a titolo di premio una o più licenze di durata non superiore nel complesso a 45 giorni all'anno. Scopo *specialpreventivo*[659] della licenza è in linea prevalente "consentire un più naturale mantenimento dei rapporti familiari e di preparare il soggetto ad acquisire progressivamente le necessarie capacità di autonomia per gestire la vita sociale dopo la dimissione"[660]. Durante la licenza, il semilibero è sottoposto alla libertà vigilata.

4.3.5. *La revoca della misura.*

Le cause tassative[661] di sospensione e revoca della misura sono, secondo l'art. 51 o.p., *l'inidoneità al trattamento* ed il *tardivo o mancato rientro* in istituto.

La prima causa fa riferimento alla presenza di precisi fatti comportamentali dai quali emerga che il trattamento non è adatto al soggetto, poiché egli non ha compiuto dei progressi tali da far pensare ad un suo graduale reinserimento nella società: è chiaro che in questa valutazione il potere discrezionale del giudice è enorme, e perciò esso è controbilanciato da un *penetrante obbligo di motivazione*[662]. In particolare, la giurisprudenza considera indice di inidoneità al trattamento il solo fatto che venga a mancare, per qualsiasi causa, la possibilità del soggetto di compiere un'attività lavorativa[663].

La seconda causa è di più facile comprensione, in quanto prevede il caso in cui il semilibero non rientri in istituto all'ora prefissata dal programma. Occorre

---

[658] Cfr. FILIPPI, L. – SPANGHER, G., *Manuale di esecuzione penitenziaria*, *cit.*, p. 65. Inoltre, il condannato ammesso al regime deve rendere conto dell'utilizzo del denaro di cui è autorizzato a disporre ed il suo operato è controllato dagli organi di polizia

[659] Così le definisce PRESUTTI, A., *Art. 52*, in *loc. cit.*, p. 679.

[660] Cfr. FILIPPI, L. – SPANGHER, G., *Manuale di esecuzione penitenziaria*, *cit.*, p.67.

[661] Sulla tassatività di tali ipotesi si è espressa la Cassazione con le Sent. 7 dicembre 1977, in Cass. pen. 1979, 1004, e 4 marzo 1985, in Cass. pen., 1986, 1180.

[662] Cfr. PRESUTTI, A., *Art. 51*, in *loc. cit.*, pp. 664-665.

[663] Si è così venuto a creare un automatismo tra la perdita del lavoro da parte del semilibero e la revoca della misura: tale meccanismo è però criticato, soprattutto nei casi in cui il condannato sia licenziato senza sua colpa. Le modifiche nell'orario di lavoro, invece, comportano solo delle modifiche nel programma di trattamento. Cfr. PRESUTTI, A., *Art. 51*, in *loc. cit.*, p. 665.

però fare una distinzione a seconda della durata del ritardo: se il ritardo senza giustificato motivo si contiene nelle dodici ore, la revoca è facoltativa, mentre oltre tale lasso di tempo, ovvero se il condannato non fa rientro, la revoca è obbligatoria[664], e si impone la denuncia del condannato per il delitto di evasione[665].

4.3.6. *Qualche considerazione sulla funzione attuale dell'istituto*

L'istituto della semilibertà nasce come funzionalmente connesso alla liberazione del condannato, ed è tuttora molto utilizzato quale ultima fase di *carcerazione attenuata* prima della definitiva scarcerazione, soprattutto nel caso di condanne a pene detentive medio lunghe.

Nei fatti, il condannato ammesso alla semilibertà può uscire dal carcere prima dell'avvenuta espiazione della pena, pur se in un regime molto controllato. Questo incide non sul *quantum*, ma sul *quomodo* dell'esecuzione della pena, mettendo in forse la certezza che la pena detentiva sia interamente scontata in carcere.

In particolare, il fatto che l'ergastolano possa essere ammesso al regime di semilibertà, uno degli elementi più eclatanti della riforma del 1986, sembra rappresentare l'emblema della flessibilità della pena in fase esecutiva, colpevole di aver trasformato per sempre la fisionomia della pena perpetua. Tuttavia, la portata della norma non deve essere sopravvalutata, poiché il suo inserimento ben si inserisce nell'ottica degli interventi della Corte Costituzionale, fra cui ad esempio la Sent. 274/83, con la quale essa dichiara la legittimità dell'applicazione all'ergastolano della liberazione condizionale. L'intervento del legislatore del 1986 ha "cercato di attuare pienamente il principio di cui al 3° comma dell'art. 27 Cost.: senza con ciò eliminare la pena dell'ergastolo dal nostro ordinamento"[666].

In generale, l'ampliamento delle possibilità di concessione della misura della semilibertà costituisce il superamento del compromesso tra istanze di

---

[664] L'art. 51 al comma IV prevede la revoca obbligatoria, ma "dottrina e giurisprudenza non escludono che, in caso di assenza dall'istituto protrattasi per oltre 12 ore, sia possibile disporre la revoca facoltativa (...) considerando tale condotta non come fatto-reato, bensì come mero fatto storico dimostrativo dell'inidoneità del soggetto al trattamento in regime di semilibertà" (PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, *cit*., p. 135).
[665] Cfr. PRESUTTI, A., *Art. 51*, in *loc. cit.*, p. 667.
[666] PAVARINI, M., *Lo scambio penitenziario, cit.*, p. 80.

prevenzione generale e istanze di special-prevenzione caratteristico dell'ordinamento penitenziario a favore di un'accentuazione delle finalità special-preventive dell'istituto[667]: il trattamento rieducativo prevale sulla certezza.

Al contrario, il fatto che la semilibertà sia largamente concedibile in caso di condanna a pena detentiva di breve durata, più che rispondere ad esigenze di prevenzione speciale, rappresenta un altro passo della lotta alle pene detentive brevi, ritenute dannose e criminogene.

La pena eseguita: i dati del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, aggiornati al 30 giugno 2009, riportano le seguenti cifre. Per la legenda della tabella si rimanda a quanto esplicato per l'affidamento in prova.

E' stato revocato il 6,25% dei provvedimenti di concessione della semilibertà.

SEMILIBERTA'	*Casi pervenuti*	*Casi seguiti*	*Revoche*
Semilibertà dalla detenzione	337	1.044	66
Semilibertà dalla libertà	101	172	10
Totale	**438**	**1.216**	**76**

4.4. La detenzione domiciliare *(art. 47-ter ord. pen.)*

Si tratta di un istituto introdotto con la legge Gozzini del 1986, e successivamente ampliato. Esso consiste nell'espiazione della pena nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza[668].

[667] Cfr. *ibidem,* pp. 56-57.

[668] Come nel caso dell'affidamento in prova, anche per la detenzione domiciliare sono previste ipotesi *speciali*: la prima riguarda i soggetti affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria (art. 47-*quater* o.p.), i quali abbiano in corso o intendano intraprendere una programma di cure ed assistenza presso centri ospedalieri specializzati. Nei confronti di questi soggetti non operano i limiti di pena ordinari. La seconda ipotesi di detenzione domiciliare speciale riguarda le condannate madri (o i condannati padri, in assenza di madre) di prole non inferiore ad anni dieci, se non sussiste concreto pericolo che esse commettano ulteriori delitti e se è possibile che esse vivano insieme ai figli. In presenza di questi due presupposti, alla madre è

4.4.1. *Natura della misura*

La detenzione domiciliare nasce come istituto volto ad evitare la detenzione in carcere nelle ipotesi in cui ne deriverebbero gravi pregiudizi per beni diversi dalla libertà personale del condannato (la salute, la formazione della personalità) o per soggetti diversi dalla persona del condannato (i figli giovani), tanto da guadagnarsi l'aggettivo di misura "umanitaria"[669]. Con il passare del tempo, o per meglio dire con il succedersi delle riforme, i limiti di applicabilità della misura si sono molto dilatati, così che al momento attuale essa è divenuta una misura "ad ampio spettro" utilizzata per sottrarre alla pena detentiva soggetti non pericolosi[670].

Inoltre, la detenzione domiciliare "si caratterizza per l'assenza di una qualsivoglia finalità rieducativa, configurandosi piuttosto come modalità alternativa di esecuzione della pena. Evidente è infatti la carica afflittiva dell'istituto, che limita fortemente il beneficiario della libertà, assumendo una funzione scevra di elementi che determinano valenza promozionale dei comportamenti del condannato verso il reinserimento sociale"[671].

4.4.2. *La detenzione domiciliare per esigenze di umanizzazione della pena (art. 47-ter co I. ord. pen).*

La concessione di questa tipologia di misura è sottoposta a due ordini di limiti, il primo dei quali concerne la durata o il tipo della pena detentiva inflitta, ed il secondo le categorie di soggetti a cui la misura è riservata.

> *Art.47-ter (Detenzione domiciliare). La pena della reclusione non superiore a quattro anni, anche se*

---

concessa la detenzione domiciliare dopo l'espiazione di almeno un terzo della pena o di almeno 15 anni di ergastolo (art. 47-*quinquies* o.p.).
Si tratta di casi in cui il legislatore ha ritenuto di privilegiare la situazione di salute o la situazione familiare del soggetto rispetto alla pretesa punitiva dell'ordinamento. Cfr. PULITANÒ, D., *Diritto penale*, *cit*., p. 574.

[669] Tale aggettivo si trova trasversalmente in dottrina. Fra i primi ad usarlo, nel suo commento a caldo sulla legge Gozzini, PAVARINI, M., *Riflessioni in merito alle modifiche sull'ordinamento penitenziario, loc. cit*., p. 110.

[670] Cfr. DOLCINI, E., *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?* in Riv. it. dir. proc. pen., 1999, III, 857, p. 860. In quest'opera, l'Autore si sofferma in particolare ad elencare le numerose modifiche introdotte dalla legge Simeone, che hanno notevolmente allargato l'ambito soggettivo di applicabilità della misura.

[671] PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, *cit*., p. 136.

costituente parte residua di maggior pena, nonché la pena dell'arresto, possono essere espiate nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza, quando trattasi di:

a) donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci, con lei convivente; b) padre, esercente la potestà, di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole; c) persona in condizioni di salute particolarmente gravi, che richiedano costanti contatti con i presidi sanitari territoriali; d) persona di età superiore a sessanta anni, se inabile anche parzialmente; e) persona minore di anni ventuno per comprovate esigenze di salute, di studio, di lavoro e di famiglia.

Il fatto che la concessione della misura sia subordinata ad una condanna alla pena dell'arresto ovvero della reclusione non superiore ad anni quattro pone dei problemi di compatibilità con l'art. 656 c.p.p.

In forza di tale articolo, sarà automaticamente sospeso l'ordine di esecuzione della pena fino a tre anni di detenzione. Se invece la pena è compresa fra i tre ed i quattro anni, il condannato si troverà subito sottoposto alla pena carceraria anche se si trova nelle condizioni soggettive previste per usufruire della detenzione domiciliare dallo stato di libertà[672].

Le ragioni sottese alla previsione di limiti soggettivi sono piuttosto chiare: nei casi di cui alle lettere *a)* e *b)* il favore nei confronti della condannata o del condannato si deve all'esigenza di tutelare il minore, in ossequio al dettato dell'art. 31 Cost.[673]; mentre la disposizione di cui alla lettera *c)* risponde all'esigenza di tutelare il diritto alla salute, ma occorre che la patologia in atto sia

[672] Cfr. PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, *cit*., p. 139.

[673] L'Art. 31 Cost. al suo secondo comma stabilisce che *la Repubblica protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù*. Cfr. PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, *cit*., p. 136. Fra l'altro, della disposizione si è occupata anche la Corte Costituzionale con la Sent. n. 215/1990, con la quale aveva dichiarato illegittimo per contrasto con l'art. 31 Cost. l'originario dettato normativo ove non consentiva che il detenzione domiciliare fosse concedibile al padre, qualora la madre fosse deceduta o altrimenti impossibilitata ad accudire la prole.

di indubbia gravità. Il riferimento alla necessità di contatti con i presidi sanitari lascia in effetti intendere che solo le malattie più serie, di natura sia fisica sia psichica, giustificano il ricorso alla detenzione domiciliare[674]. La stessa logica di considerazione di particolari condizioni fisiche è alla base della previsione di cui alla lettera *d)*, benché il requisito dell'inabilità del soggetto sia poco chiaro[675].

Infine, i motivi che consentono di concedere la detenzione domiciliare ai minori di anni 21 sono ricompresi in una vasta gamma, tanto da ricomprendere "ogni aspetto della vita. Sembra potersi desumere dalla lettera della norma che, salvi i limiti oggettivi e le condizioni ostative, il minore degli anni ventuno che già non goda dell'affidamento in prova possa in ogni caso accedere alla detenzione domiciliare"[676].

4.4.3. *La detenzione domiciliare biennale (art. 47-ter co. I-bis ord. pen).*

Questa variante della misura, inserita dalla legge 165/98, consente ai condannati a pene *non superiori ai due anni*, anche se residuo di maggior pena, di fruire della detenzione domiciliare indipendentemente dalle condizioni soggettive di cui al comma I dell'art. 47-*ter* quando non ricorrono i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale e alla condizione che tale misura sia idonea ad evitare il pericolo della recidiva.

E' difficile comprendere a quali requisiti faccia riferimento il comma in esame, soprattutto quando menziona la mancanza dei presupposti per l'affidamento in prova: "escluso che tra i presupposti vi sia l'entità della pena, giacché per l'affidamento è di tre anni, la condizione è da leggersi non come l'affermazione della priorità assegnata dal legislatore all'affidamento rispetto alla detenzione domiciliare, bensì come una prognosi infausta in ordine alla rieducabilità del condannato, tale da escludere la concessione della misura

[674] Cfr. CESARIS, L., *Art. 47-ter*, in GREVI, V. – GIOSTRA, G. – DELLA CASA, F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, pp. 572-574.
[675] Cfr. CESARIS, L., *Art. 47-ter*, in *loc. cit.*, p. 575: l'Autrice sottolinea come un'interpretazione recente dell'articolo facesse coincidere l'inabilità del soggetto con la non autosufficienza, ma a ben vedere è raro che i sessantenni non siano autosufficienti, così che un'interpretazione così restrittiva del requisito sembra portare ad una concessione quasi eccezionale della misura. Mancano tuttavia criteri più precisi per definire l'inabilità del detenuto ultrasessantenne.
[676] PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *op. cit.*, p. 138. In senso contrario CESARIS, L., *Art. 47-ter*, in *loc. cit.*, p. 576, la quale propende per una interpretazione più restrittiva della portata della norma, volta ad eliminare qualsiasi automatismo nella concessione della detenzione domiciliare ai minori di anni 21 che non abbiano potuto usufruire di nessun altro beneficio.

alternativa. [...] In realtà le condizioni legittimanti la concessione di questa ipotesi sono definite in negativo, rendendo più difficile la valutazione della magistratura di sorveglianza proprio per la indeterminatezza che contraddistingue i presupposti e nel contempo ampliando la discrezionalità della stessa magistratura chiamata ad esprimere un giudizio probabilistico sull'operato della polizia e dei servizi sociali"[677].

In particolare, qualora la detenzione domiciliare è concessa dalla libertà, essa non presenta alcun contenuto risocializzante, anzi è meramente rivolta a neutralizzare la pericolosità del soggetto costringendolo a rimanere in un determinato luogo[678].

Al contrario, la detenzione domiciliare applicata per gli ultimi due anni di pena "potrebbe consentire un reinserimento nel contesto sociale meglio graduabile e controllabile che non attraverso l'affidamento in prova"[679]. Afferma, in tal senso, la Corte Costituzionale che la forma di detenzione domiciliare introdotta nel 1998 è "volta ad assecondare il passaggio graduale allo stato di libertà pieno mediante un istituto che sviluppa la ripresa dei rapporti familiari ed intersoggettivi, senza incidere negativamente sulle eventuali opportunità di lavoro"[680], in pieno accordo con i principi di cui all'art. 27 III comma Cost.

---

[677] CESARIS, L., *Art. 47-ter*, in *loc. cit.*, pp. 585-586.

[678] Cfr. CESARIS, L., *Art. 47-ter*, in *loc. cit.*, p. 586. Più ottimistico il giudizio di PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, *cit*., p. 139, i quali ravvisano nella detenzione domiciliare biennale dalla libertà almeno il fine di evitare il contatto con il tanto negativo ambiente carcerario per i soggetti condannati a pene detentive di breve durata.

[679] CESARIS, L., *Art. 47-ter*, in *loc. cit.*, p. 586.

[680] Corte Cost., Sent. n. 422 del 27 ottobre - 4 novembre 1999, in Giur. cost., 1999, 3711, p. 3716. In questa Sentenza la Corte dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 656 X cp.p., il quale stabilisce che, ricorrendo le condizioni relative alla sospensione dell'esecuzione prevista dal comma 5 art. 656 c.p.p., se il condannato si trova agli arresti domiciliari, il pubblico ministero sospende l'esecuzione dell'ordine di carcerazione trasmettendo gli atti al tribunale di sorveglianza, il quale provvede senza formalità alla eventuale applicazione della detenzione domiciliare. Secondo la Corte, tale disposizione è costituzionalmente legittima, poiché il condannato rimane nelle condizioni di richiedere un'altra misura alternativa più favorevole in un momento successivo e soprattutto perché una tale previsione è in linea con la funzione rieducativa che la detenzione domiciliare biennale è venuta ad assumere dopo la riforma del 1998.

4.4.4. *La detenzione domiciliare sostitutiva del rinvio di esecuzione della pena (art. 47-ter co. I-ter ord.pen).*

Anche questa ipotesi è stata inserita dalla legge Simeone. Essa stabilisce che il tribunale di sorveglianza può concedere la detenzione domiciliare nei casi in cui opererebbe il rinvio facoltativo o obbligatorio della esecuzione della pena ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p., anche se la pena è fuori dai limiti temporali nei quali si può concedere la detenzione domiciliare "umanitaria" di cui all'art. 47-*ter* I co.

Questa disposizione è anch'essa caratterizzata da intenti assistenziali, essendo diretta a soggetti deboli ritenuti meritevoli di un trattamento più favorevole, come le donne incinte o che hanno partorito da meno di un anno ovvero le persone affette da patologie particolarmente gravi.

La genericità del richiamo al codice penale crea dei problemi di coordinamento tra questa disposizione e la detenzione domiciliare generale di cui al primo comma dell'art. 47-*ter*. Si ritiene in dottrina che la disposizione in esame si ponga in un rapporto di specialità con quella "ordinaria", dato che non valgono i requisiti generali relativi al limite di durata della pena, non operano i limiti di cui all'art. 4-*bis* ord. pen. ed infine il tribunale di sorveglianza può imporre delle prescrizioni più incisive rispetto a quelle della detenzione domiciliare ordinaria.

Proprio al tribunale di sorveglianza spetta di decidere caso per caso, anche indipendentemente dalla richiesta dell'interessato, se sia più idoneo sospendere l'esecuzione o infliggere la detenzione domiciliare, che comunque vale come esecuzione della pena[681].

4.4.5. *La detenzione domiciliare anagrafica (art. 47-ter co. 01 ord. pen.).*

E' questa un'ipotesi di detenzione domiciliare introdotta con la legge n. 251/2005 e riservata alla persona che al momento dell'inizio dell'esecuzione della pena o in un momento successivo abbia compiuto i settanta anni[682].

---

[681] Cfr. CESARIS, L., *Art. 47-ter*, in *loc. cit.*, pp. 582-584.

[682] L'articolo 47-ter allo stesso comma 01 si preoccupa poi di specificare che sono esclusi dalla possibilità di godere della misura i soggetti che sono stati dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza, i recidivi e coloro che si sono resi colpevoli di reati particolarmente gravi.

Nell'ottica di questa previsione, una condizione oggettiva come il superamento di una certa età basta a rendere il soggetto incompatibile con la detenzione carceraria, a prescindere dalle sue condizioni di salute e più in generale dalle esigenze di tutela di altri beni costituzionalmente garantiti[683]. Per questo motivo tale misura alternativa è stata definita *del tutto atipica* e *svuotata di qualsiasi contenuto rieducativo*, ma tuttavia in linea con una concezione polifunzionale della pena quale quella sostenuta più volte dalla Corte Costituzionale[684].

4.4.6. *Le prescrizioni.*

Le modalità esecutive della detenzione domiciliare sono caratterizzate da prescrizioni ed autorizzazioni fissate dal Tribunale di sorveglianza. Il comma IV dell'art. 47-*ter* o.p. ne fissa il contenuto attraverso un rinvio all'art. 284 c.p.p. sugli arresti domiciliari.

La prescrizione fondamentale che caratterizza la misura è il divieto di allontanarsi dalla propria abitazione o da un altro luogo specifico (tale condotta integrerebbe il reato di evasione), cui si possono aggiungere ulteriori divieti di frequentare luoghi e persone. In deroga a tali divieti, al condannato può essere consentito di allontanarsi dal luogo di custodia per provvedere alle proprie esigenze ed espletare attività lavorative, ma solo nel caso in cui egli non abbia nessun altro modo per provvedere alle esigenze materiali della vita[685].

4.4.7. *La revoca della misura.*

La revoca deve essere disposta se il comportamento del soggetto, contrario alla legge o alle prescrizioni, appare incompatibile con la prosecuzione delle misure.

Un caso a sé è rappresentato dall'ipotesi in cui il soggetto abbandoni il luogo del domicilio prestabilito, integrando così il reato di evasione: in seguito

---

[683] Cfr. CESARIS, L., *Art. 47-ter*, in *loc. cit.*, p. 587.

[684] Cfr. BRUNETTI, C., *Le principali novità introdotte dalla legge 251/05 (cd. ex-Cirielli) in materia di esecuzione penale e di diritto penitenziario - Questioni interpretative*, in Rass. pen. e crimin., 2006, III, 47, pp. 66-67. Si deve a questo autore la definizione di tale misura come "*detenzione domiciliare anagrafica*".

[685] Cfr. PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, *cit*., p. 141.

alla Sent. della Corte Costituzionale n. 173/97 la sospensione della detenzione domiciliare (che generalmente ne precede la revoca) non consegue automaticamente alla denuncia per il reato di evasione, ma bisogna che il magistrato di sorveglianza valuti la rilevanza della condotta posta in essere ed in seguito decida se mantenere o revocare la misura[686].

La detenzione domiciliare concessa per ragioni umanitarie sarà revocata nel momento in cui vengono meno tali ragioni *(art. 47-ter co. VI e VII o.p.)*. In particolare, la revoca della detenzione domiciliare biennale impedisce che la pena residua possa essere sostituita con un'altra misura, "per cui con argomentazione *a contrario* deve ritenersi che la revoca delle altre ipotesi di detenzione domiciliare non impedisca una successiva sostituzione della pena residua"[687].

4.4.8. *Qualche considerazione sulla funzione attuale dell'istituto*

Le modifiche legislative hanno influito molto significativamente sulla detenzione domiciliare: "da misura di carattere eccezionale, ispirata ad una logica umanitaria, la detenzione domiciliare viene dunque trasformata in un ulteriore strumento di deflazione della popolazione carceraria"[688]. Del resto, il comma V dell'art. 47-*ter* precisa che il condannato nei confronti del quale è disposta la detenzione domiciliare non è sottoposto al regime penitenziario, e nessun onere grava sull'amministrazione penitenziaria per il mantenimento, la cura e l'assistenza medica. Quest'ultima disposizione risulta dunque "coerente con la malcelata volontà semplicemente indulgenziale che ispira l'istituto"[689].

In effetti, la detenzione domiciliare non presenta l'aspetto della *probation* che invece caratterizza l'affidamento in prova, poiché il soggetto rimane privato della libertà personale, pur se non in ambiente carcerario. Questo istituto dunque possiede solo marginalmente la finalità rieducativa tipica delle misure alternative[690].

---

[686] Cfr. PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, *cit*., p. 142.
[687] FILIPPI, L. – SPANGHER, G., *Manuale di esecuzione penitenziaria*, *cit.*, p. 61.
[688] DOLCINI, E., *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?* in Riv. it. dir. proc. pen., 1999, III, 857, p. 861.
[689] PAVARINI, M., *Riflessioni in merito alle modifiche dell'ordinamento penitenziario*, in Marginalità e società, 1987, I-II, 102, p. 110.
[690] Cfr. CANEPA, M. – MERLO, S., *Manuale di diritto penitenziario,* VII Ed., Giuffrè, Milano 2004, p. 321.

La pena inflitta: la fonte è sempre il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, i dati sono aggiornati al 30 giugno 2009. Le revoche del provvedimento corrispondono al 5,88% dei casi pervenuti.

DETENZIONE DOMICILIARE	*Casi pervenuti*	*Casi seguiti*	*Revoche*
Detenzione domiciliare dal carcere	879	1.845	107
Detenzione domiciliare dalla libertà	1.225	2.312	120
Detenzione domiciliare provvisoria	492	775	63
Totale	**2.596**	**4.932**	**290**

5. Da istituto clemenziale a misura alternativa: la liberazione condizionale.

5.1. Natura della misura.

La disciplina della liberazione condizionale, contenuta nel codice penale all'art. 176, consente la sospensione dell'esecuzione della pena per un certo periodo di tempo, trascorso il quale la pena si estingue, sempre che il condannato non commetta un altro reato.

L'istituto originariamente faceva parte delle misure di grazia la cui concessione, pur subordinata al requisito del ravvedimento del reo, era rimessa alla valutazione discrezionale del Ministro di Grazia e Giustizia[691].

A seguito delle modifiche apportate dalla legge n. 1634/62 esso è stato adeguato alle finalità di prevenzione speciale di cui all'art. 27 III Cost.[692], così che

[691] In questo primo senso, la liberazione condizionale si avvicinava ai tradizionali istituti della clemenza, come *amnistia, indulto e grazia*. Cfr. PULITANÒ, D., *Diritto penale*, *cit*., p. 581. Parzialmente diversa la lettura di FIANDACA, G., *Il 3° comma dell'art. 27*, in *loc. cit*., p. 294, che la definisce "*una sorta di 'anticipazione' del principio contenuto nella norma costituzionale in commento*". E' per merito della Sent. n. 204 del 1974 della Corte Costituzionale che la competenza a decidere in materia è stata attribuita al giudice, in quanto si tratta pur sempre di un provvedimento sulla libertà personale . La legge Gozzini ha in seguito codificato la regola secondo la quale la competenza a decidere spetta alla Corte d'Appello nel cui distretto il condannato espia la pena al momento della presentazione della domanda (cfr. *infra*, nota 172). La Corte provvede su parere del magistrato di sorveglianza. Cfr. NUVOLONE, P., *Pena* (dir. pen.) in *Enc. del diritto*, *cit*., p. 814.

ora la liberazione condizionale "viene a caratterizzarsi quale istituto di diritto penitenziario orientato, nell'attuazione del programma di trattamento, alla risocializzazione del condannato. Pur collocata nel codice penale (...), la liberazione condizionale favorisce la risocializzazione del condannato, affiancandosi in ciò alle misure alternative alla detenzione"[693]. Anche se la legge richiede come requisito quello del sicuro ravvedimento del condannato, infatti, a causa dell'estrema labilità di questo concetto e soprattutto della sua dimostrazione, la liberazione condizionale, benché prevista dalle norme di diritto sostanziale, può essere senz'altro equiparata alle misure alternative alla detenzione[694].

Un passo molto importante per la trasformazione della liberazione condizionale da istituto di natura clemenziale ad istituto rieducativo è rappresentato dalla Sent. 204/74 della Corte Costituzionale. La pronuncia arriva a configurare la liberazione come strumentale alla realizzazione di quello che, secondo la Corte, è un vero e proprio *diritto alla rieducazione*: "Sulla base del precetto costituzionale sorge (...) il diritto per il condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, 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"[695]. Ciò

---

[692] Sostiene infatti la stessa Corte Costituzionale, in una Sentenza riguardante l'applicazione della libertà condizionale ai condannati per i reati di cui all'art. 4-*bis* ord. pen.: "*L'istituto della liberazione condizionale (artt. 176 e 177 cod. pen.), già presente nel testo originario del codice penale tra le cause di estinzione della pena, è stato oggetto di successive modifiche, che hanno consentito di superare la logica esclusivamente premiale a cui era ispirato - nell'ambito di una concezione prevalentemente retributiva della pena - e di renderlo coerente con il principio della funzione rieducativa, enunciato dall'art. 27, terzo comma, Cost., e con gli istituti dell'ordinamento penitenziario del 1975 rivolti al raggiungimento di tale finalità*". (C. Cost., Sent. n. 273 del 5-20 luglio 2001, in Giur. cost. 2001, 2282, p. 2286).

[693] PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, *cit*., pp. 150-151.

[694] Cfr. PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, *cit*., pp. 150-151. Anche CANEPA, M. – MERLO, S., *Manuale di diritto penitenziario, cit.*, p. 280 rilevano come la liberazione condizionale costituisca una possibilità per la risocializzazione del condannato, proprio come una misura alternativa. Di avviso contrario la Cassazione, la quale ritiene che l'istituto non possa essere considerato una misura alternativa dal momento che esso muove dal "*presupposto indefettibile del sicuro ravvedimento del condannato, in ciò differenziandosi dalle misure previste dall'ordinamento penitenziario costituenti solo un modo alternativo di espiazione della pena tendenzialmente volto al reinserimento sociale*". Cfr. Cass., 26 giugno 1995, in Cass. pen., 1997, 68.

[695] C. Cost., Sent. 27 giugno 1974, n. 204, in Giur. cost., 1974, III, 1707, p. 1709. E' con tale Sentenza che la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 43 del r.d. 28 maggio 1931, n. 602 *(disp. att. c.p.p.)*, il quale attribuiva al Ministro di Grazia e Giustizia la competenza a

si concreta dunque in "un diritto del condannato a una costante verifica dei risultati del processo rieducativo: una volta verificati i presupposti di cui all'art. 176 c.p., l'istituto della liberazione non può essere applicato facoltativamente, essendo la sua concessione (...) «doverosa»"[696].

5.2. Presupposti di concedibilità[697]:

5.2.1. *Il ravvedimento del condannato.*

Secondo l'art. 176 I c.p. la condotta della persona che richiede il beneficio deve essere tale da far ritenere *sicuro* il suo ravvedimento. Il compito di dare un contenuto alla laconica espressione usata dalla legge è affidato alla giurisprudenza, che si divide in due correnti: secondo alcune pronunce il ravvedimento deve corrispondere all'elaborazione, da parte del condannato, di un sentimento di pentimento e riflessione a livello interiore[698]. L'orientamento prevalente richiede invece di preferire "parametri di riferimento certi ed obiettivi ad indagini di tipo psicologico, dal contenuto fluido ed opinabile, onde il presupposto della liberazione condizionale può senz'altro considerarsi esistente quando la condotta del condannato costituisca un indice pienamente affidabile della conclusione del processo di riadattamento sociale e giustifichi, dunque, un giudizio prognostico certo relativamente alla non recidivanza del condannato"[699]. Il Tribunale di sorveglianza deve dunque poter formulare "una seria ed affidabile prognosi di pragmatica conformità della sua futura condotta di vita al quadro di riferimento normativo ordinamentale con cui il soggetto medesimo entrò in

---

concedere la liberazione condizionale. Tale norma si poneva in contrasto con gli artt. 24 e 111 Cost.

[696] FIANDACA, G., *Il 3° comma dell'art. 27*, in *loc. cit*., p. 296.

[697] Tali requisiti sono enunciati dall'art. 176 c.p. (Liberazione condizionale). "*Il condannato a pena detentiva che, durante il tempo di esecuzione della pena, abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento, può essere ammesso alla liberazione condizionale, se ha scontato almeno trenta mesi e comunque almeno metà della pena inflittagli, qualora il rimanente della pena non superi i cinque anni*."

[698] Cfr. FILIPPI, L. – SPANGHER, G., *Manuale di diritto penitenziario*, II Ed., Giuffrè, Milano 2007, p. 123, nota 126, i quali fanno riferimento a Cass., Sez. I, 11 dicembre 1992, *Di Miccoli*; Sez. I, 26 marzo 1992, *Nicoletti*; Sez. I, 8 ottobre 1990, *Acanfora*. A questo orientamento ermeneutico tendente ad esigere una sorta di riscatto o emenda morale del reo, ormai minoritario, si criticava il rischio "*di colorare il concetto in parola di tinte eccessivamente moraleggianti*" (FIANDACA, G., *Il 3° comma dell'art. 27*, in *loc. cit*., p. 297).

[699] Cass. pen. Sez. I, 11 gennaio 2005, n. 196, in Dir. pen. proc., 2005, 413, p. 414. Altre Sentenze in linea con questa concezione sono: Cass., Sez. I, 11 marzo 1997, *Rodio* e Cass., Sez. I, 11 ottobre 1989, *Rapisarda.*

conflitto all'atto della commissione dell'illecito per il quale ebbe a subire la sanzione penale"[700].

Quanto alla necessità che il ravvedimento sia *sicuro*, si è osservato che, "al di là delle espressioni che (...) la stessa giurisprudenza ha adottato nel delineare il requisito, quali 'emenda', 'riscatto morale', 'recupero dei valori umani' (...), è ovvio che una concezione laica del diritto imponga di ritenere che la certezza richiesta dalla legge si riassuma molto più semplicemente in una valutazione prognostica di non recidiva, per cui l'ulteriore prosecuzione della pena carceraria risulterebbe quanto meno meramente affettiva"[701].

Infine, anche l'articolo 76 co. II del Regolamento di esecuzione aiuta a concretizzare il presupposto del ravvedimento, poiché esso richiama la liberazione condizionale tra le ricompense che il consiglio di disciplina può concedere ai detenuti che si sono particolarmente distinti per il loro impegno sociale all'interno dell'istituto[702].

5.2.2. *L'aver scontato un periodo minimo di pena.*

Per poter richiedere il beneficio, il condannato deve aver espiato almeno trenta mesi[703] oppure quel maggior tempo che costituisca almeno la metà della pena inflitta. Se il condannato è un recidivo qualificato, egli deve avere scontato almeno 4 anni di pena e non meno di tre quarti della pena inflittagli. In entrambi i casi, la parte rimanente della pena non deve superare i cinque anni. Il condannato

---

[700] Cass. pen. Sez. I, 11 gennaio 2005, n. 196, loc. cit., p. 414.

[701] PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, *cit*., p. 154.

[702] Cfr. PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, *cit*., p. 154. Dispone infatti tale articolo: "*Art. 76 D.p.r. 230/2000 (Ricompense). Le ricompense sono concesse su iniziativa del direttore ai detenuti e agli internati che si sono distinti per:a) particolare impegno nello svolgimento del lavoro; b) particolare impegno e profitto nei corsi scolastici e di addestramento professionale;c) attiva collaborazione nell'organizzazione e nello svolgimento delle attività culturali, ricreative e sportive; d) particolare sensibilità e disponibilità nell'offrire aiuto ad altri detenuti o internati, (...); e) responsabile comportamento in situazioni di turbamento della vita dell'istituto, diretto a favorire atteggiamenti collettivi di ragionevolezza; f) atti meritori di valore civile.*"

[703] A causa di questo requisito, il beneficio della liberazione condizionale può trovare applicazione soltanto per condanne di durata superiore a trenta mesi: questa limitazione ha suscitato parecchie perplessità, ma la Corte la ha avvalorata, dichiarando infondate le questioni di legittimità dell'art. 176, co I, c.p., in relazione agli artt. 3 II, e 27 III Cost. Cfr. C. Cost., Sent. 4 maggio 1979, n. 8. I limiti temporali previsti dalla legge sarebbero infatti giustificati dalla necessità di sperimentare per un tempo apprezzabile la condotta del condannato e di non ridurre, nel caso di brevi condanne l'efficacia repressiva e intimidatrice della pena. Fra l'altro, per le condanne di quest'ultimo genere è ammesso il beneficio della sospensione condizionale della pena.

all'ergastolo può essere ammesso al beneficio dopo aver scontato almeno 26 anni di pena[704].

5.2.3. *L'aver adempiuto alle obbligazioni civili.*

La concessione del beneficio è subordinata all'adempimento delle obbligazioni civili derivanti da reato, salvo che il condannato dimostri di trovarsi nell'impossibilità di adempierle *(Art. 176 co. IV c.p.)*[705].

5.3. Modalità concrete di svolgimento della misura: la libertà vigilata.

Il condannato ammesso alla liberazione condizionale è sottoposto al regime di libertà vigilata[706] per tutto il tempo della pena residua da scontare, ovvero per cinque anni se condannato all'ergastolo. L'applicazione delle prescrizioni della libertà vigilata, che consistono in regole di comportamento nell'ambiente esterno[707], hanno lo scopo di favorire il reinserimento sociale del condannato e di consentirne il controllo da parte del servizio sociale e dell'autorità di pubblica sicurezza.

Decorso il tempo della pena inflitta senza che sia intervenuta causa di revoca, la pena è estinta.

5.4. La revoca della misura (art. 177 c.p.).

La revoca della liberazione condizionale interviene se la persona liberata commette un delitto o una contravvenzione della stessa indole di quello per cui

---

[704] Questi sono i criteri previsti dall'articolo 176, commi I, II e III c.p., cfr. FILIPPI, L. – SPANGHER, G., *Manuale di diritto penitenziario*, *cit.* p. 124.

[705] Secondo la giurisprudenza l'impossibilità di adempimento va intesa non solo come materiale impossibilità economica, ma può essere dovuta anche ad altre cause, quali la irreperibilità del creditore, la rinuncia o la prescrizione del credito, o il comportamento del creditore tale da rendere impossibile il soddisfacimento totale o parziale dell'obbligazione. Cfr. CANEPA, M. – MERLO, S., *Manuale di diritto penitenziario, cit.*, p. 284.

[706] Ciò si deduce dal combinato disposto degli artt. 177 e 230 n. 2) c.p., ma la libertà vigilata disposta al condannato liberato condizionalmente si differenzia dall'omonima misura di sicurezza personale per motivi sostanziali attinenti alla sua funzione ed alla sua struttura. Di conseguenza, non sono applicabili le restrizioni proprie della misura di sicurezza. Cfr. PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, *cit*., p. 155.

[707] Quanto al contenuto delle prescrizioni, i vari magistrati di sorveglianza hanno creato diverse prassi applicative. Generalmente al soggetto vengono impartite disposizioni concernenti la frequentazione di determinati luoghi o ambienti, gli orari nei quali deve essere reperito presso l'abitazione e l'obbligo di tenere contatti con il Centro di servizio sociale territorialmente competente. Cfr. CANEPA, M. – MERLO, S., *Manuale di diritto penitenziario, cit.*, p. 289.

era stata condannata, ovvero se trasgredisce agli obblighi inerenti alla libertà vigilata. In tal caso la previsione originaria della norma prevedeva che il tempo trascorso in libertà condizionale non potesse essere computato nella durata della pena, ma a seguito della sentenza n. 282/89 della Corte Costituzionale è oggi doveroso che il tribunale di sorveglianza determini la pena detentiva ancora da espiare, tenendo conto del tempo trascorso in libertà condizionale nonché delle restrizioni di libertà subite dal condannato e dal suo comportamento durante tale periodo[708].

A seguito della revoca, il condannato non può essere riammesso alla liberazione condizionale, salvo che egli stia scontando l'ergastolo: in tal caso, grazie ad un ulteriore intervento della Corte Costituzionale, egli può essere nuovamente ammesso a fruire del beneficio ove ne sussistano i presupposti[709].

5.5. Qualche considerazione sulla funzione attuale dell'istituto.

Grazie agli interventi giurisprudenziali cui si è accennato, la liberazione condizionale è divenuta un vero e proprio diritto del condannato, concesso nell'80% delle richieste. Due sono gli aspetti problematici dell'istituto: da un lato, il fatto che esso è concesso senza che vi sia l'osservazione della personalità del condannato, dall'altro la mancanza di qualsiasi tipo di assistenza postpenitenziaria ai soggetti che ne godono[710].

Quanto alla disputa sulla natura della misura, fermo restando che essa rappresenta un momento del trattamento risocializzativo progressivo, è ancora attuale il dibattito tra coloro che la considerano una vera e propria misura alternativa alla detenzione, parificata alle tre misure alternative per natura e funzioni, e coloro che invece tendono a valorizzarne la natura di modello *sospensivo*. In questo secondo senso, la liberazione condizionale si caratterizzerebbe per sospendere l'esecuzione della pena detentiva a fine di

---

[708] Cfr. C. Cost., Sent. 25 maggio 1989, n. 282, in Giur. cost., 1989, I, 1291. In tale Sentenza la Corte aveva dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto con gli artt. 13 II e 27 I Cost. l'art. 177 c.p. nella parte in cui, nel caso di revoca della liberazione condizionale, non consente al tribunale di sorveglianza di determinare la pena detentiva ancora da espiare tenendo conto del tempo trascorso in libertà condizionale, nonché delle restrizioni di libertà subìte dal condannato e del suo comportamento durante tale periodo. Il ragionamento del giudice è analogo a quello fatto nella sent. 343/87 in materia di revoca dell'affidamento in prova al servizio sociale (cfr. *supra*).
[709] Cfr. C. Cost., Sent. 4 giugno 1997, n. 161, in Giur. cost., 1997, 1673.
[710] Cfr. FIANDACA, G., *Il 3° comma dell'art. 27*, in *op. cit.*, pp. 296-297.

verificare in libertà quella prognosi di sicura risocializzazione della quale è stato indice il sicuro ravvedimento del condannato[711].

6. Le misure premiali.

6.1. La liberazione anticipata *(art. 54 ord. pen)*.

6.1.1. *Natura della misura.*

La liberazione anticipata, benché sia collocata sistematicamente nel Capo VI dell'ordinamento penitenziario, intitolato "Misure alternative alla detenzione", non può essere definita una misura alternativa al carcere, "costituendo piuttosto uno scomputo della pena irrogata nella sentenza di condanna, avente quale scopo l'abbreviazione della durata della pena che il beneficiario deve scontare"[712].

La misura in esame consiste in una riduzione periodica della pena in espiazione, in presenza di particolari presupposti. Tale riduzione rileva sotto due distinti profili: da un lato, essa consente che la durata totale della pena detentiva si riduca di 45 giorni per ogni semestre, mentre dall'altro fa diminuire i tempi di pena richiesti dalla legge per poter accedere alle misure alternative ed ai permessi premio.

Quanto alla natura dell'istituto, "nonostante una certa resistenza operata dalla Corte di Cassazione, che soprattutto nei primi anni di applicazione ne ha più volte enfatizzata una finalità specialpreventiva, alla liberazione anticipata va riconosciuto un carattere essenzialmente premiale, quale ricompensa al condannato per una regolare condotta"[713]. In effetti il condannato, per poter accedere alla misura, non deve dimostrare di essersi *completamente rieducato*, ma è sufficiente che egli "dimostri di partecipare attivamente all'opera di rieducazione [...]. Nell'ottica del legislatore il riscontro positivo, collaborazione-premio, incoraggia il condannato a proseguire il programma di rieducazione,

---

[711] Sostiene con convinzione la teoria secondo la quale la liberazione condizionale avrebbe tutti i caratteri tipici delle misure sospesive e non potrebbe invece essere considerata una sanzione alternativa o sostitutiva di una pena detentiva BARONE, G., *Liberazione condizionale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Vol. VII, Utet, Torino 1993, pp. 410 ss.

[712] PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, *cit*., p. 144. La definiscono una "*pura e semplice riduzione della pena*" CANEPA, M. – MERLO, S., *op. cit.*, p. 369.

[713] PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *op. cit*., p. 144.

facendo anche comprendere, quale inevitabile conseguenza, il disvalore delle condotte antisociali poste in essere in passato"[714].

La liberazione anticipata è dunque un beneficio di natura premiale il quale, in presenza dei requisiti di legge, deve obbligatoriamente essere applicato, tanto da costituire non una facoltà del giudice quanto un vero e proprio *diritto soggettivo del condannato*[715].

Infine, non si può negare che l'istituto abbia anche la valenza di favorire il mantenimento della disciplina negli istituti penitenziari, dal momento che anche l'osservanza delle norme per la corretta convivenza in carcere è considerato un indice di partecipazione all'opera di rieducazione[716].

6.1.2. *Presupposti di concedibilità.*

La liberazione anticipata è concessa al condannato a pena detentiva che ha dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione *(art. 54 I co. ord. pen.)*. Con il passar del tempo la giurisprudenza ha allargato l'ambito di applicabilità del beneficio anche ai soggetti sottoposti al regime di custodia cautelare o ad una misura alternativa allo stato di detenzione[717].

Quanto al requisito della partecipazione all'opera di rieducazione, un orientamento più risalente richiede che esso si concreti nella buona e regolare

---

[714] CECANESE, G., *Pena (profili reali della) e benefici penitenziari*, *loc. cit.,* p. 1024. Anche se il beneficio tende, dunque, al recupero del condannato, non lo si può annoverare fra le misure alternative: "*Queste ultime 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*" (*loc. cit.,* p. 1025).

[715] Cfr. PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, *cit*., p. 144. Tale teoria fa leva sull'interpretazione letterale dell'art. 54 ord. pen. che dice che tale misura, in presenza dei requisiti di legge, "*è concessa*". Questa interpretazione è confermata dai fatti, dato che il tasso di accoglimento delle istanze di liberazione anticipata ha "*raggiunto e superato la soglia dell'80%"* (PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *op. cit*., p. 150). Inoltre, anche la procedura per la concessione del beneficio è stata ripensata nel 2002 dalla legge n. 277 come un giudizio *de plano*, a contraddittorio solo eventuale: sull'istanza di concessione della misura provvede il magistrato di sorveglianza con ordinanza, mentre il contraddittorio davanti al tribunale si apre solo qualora il condannato, il suo difensore o il pubblico ministero propongano un reclamo contro la decisione del Magistrato *(art. 69-bis ord. pen.)*.

[716] Cfr. CANEPA, M. – MERLO, S., *op. cit.*, p. 371.

[717] Cfr. CECANESE, G., *Pena (profili reali della) e benefici penitenziari*, *loc. cit.,* p. 1025. Inoltre, l'articolo 47 co. XII-*bis* ord. pen., aggiunto dalla l. 277/2002, consente di concedere la riduzione di pena per la liberazione anticipata all'affidato in prova al servizio sociale che abbia dato prova, nel periodo di affidamento, di un suo concreto recupero sociale, desumibile dai suoi comportamenti. Cfr. FILIPPI, L. – SPANGHER, G., *op. cit.*, p. 135.

condotta in carcere[718], mentre un altro più recente fa leva sui parametri valutativi contenuti nel regolamento di esecuzione[719], che all'articolo 103 II specifica:

> *La partecipazione del condannato all'opera di rieducazione è valutata con particolare riferimento all'impegno dimostrato nel trarre profitto dalle opportunità offertegli nel corso del trattamento e al mantenimento di corretti e costruttivi rapporti con gli operatori, con i compagni, con la famiglia e la comunità esterna.*

A questo si aggiunge che qualora il condannato non sia stato sottoposto ad alcuna attività trattamentale per motivi legati alla mancanza di strutture o di programmi nella struttura penitenziaria "la prova della partecipazione potrà e dovrà desumersi da ogni altro elemento significativo della volontà di allontanarsi dagli schemi di vita devianti ed idoneo a valorizzare il comportamento avuto all'interno dell'istituto di pena, l'attività lavorativa espletata, l'osservazione delle prescrizioni imposte"[720].

Si tenga infine presente che, per espressa previsione del IV comma dell'art. 54 ord. pen.[721], la liberazione anticipata si applica anche all'ergastolano, al solo scopo di abbreviare i termini di pena per la concessione dei permessi premio, della semilibertà e della liberazione condizionale[722]. Il beneficio è inoltre fruibile anche dai condannati sottoposti al regime previsto dall'art. 41-*bis* ord. pen.

6.1.3. *Computo dei tempi di riduzione di pena: la semestralizzazione.*

La valutazione sull'ammissibilità del beneficio va effettuata in rapporto ad ogni singolo semestre di pena scontata, secondo il principio della *semestralizzazione*: l'art. 54 prevede infatti che la detrazione di quarantacinque

---

[718] Cfr. PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *op. cit.*, p. 146.
[719] Si tratta del *Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*, emanato con d.p.r. n. 230 del 30 giugno 2000.
[720] CECANESE, G., *loc. cit.*, p. 1026.
[721] L'ultimo comma dell'art. 54 ord. pen. è stato modificato nel 1986, dopo che la Sentenza della Corte Costituzionale n. 274 del 27 settembre 1983 ne aveva dichiarato l'illegittimità nella parte in cui non prevedeva la possibilità di concedere all'ergastolano la riduzione di pena.
[722] Cfr. PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, *cit.*, p. 145.

giorni si effettua *per ogni singolo semestre di pena scontata*[723]. Prima della novella del 1986, vigeva una certa incertezza sulle modalità del computo, ma ora prevale la concezione cd. *atomistica* della riduzione di pena, secondo la quale si deve valutare distintamente ogni semestre di pena eseguita, poiché ogni semestre è autonomo rispetto agli altri.

Ciò è stato confermato anche dalla Corte Costituzionale, la quale, dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 54 ord. pen. in riferimento all'art. 27 III Cost., ha affermato che "se si dovesse riservare ad un giudizio lontano, finale e globale, l'effettiva valutazione della partecipazione semestrale del condannato all'azione rieducativa, da una parte ogni incentivo psicologico resterebbe frustrato a causa dell'incertezza che il futuro riserverebbe agli sforzi adesivi degli interessati e, dall'altra, resterebbero maggiormente penalizzati coloro che fin dall'inizio avevano messo a disposizione tutta la loro buona volontà: e ciò a causa della possibilità che una cattiva prova finale, per qualsiasi motivo verificatasi, abbia a vanificare anni di sforzi compiuti semestre per semestre, e viceversa una furbesca condotta di adesione nell'ultima fase abbia ingiustamente a premiare, per l'intera durata della pena, colui che per anni s'era mostrato refrattario ad ogni partecipazione"[724].

La lettera della legge suffragherebbe questa interpretazione: "è proprio la teoria atomistica della valutazione che vi trova fondamento: infatti, la norma pone

---

[723] Prima del 1986, la lettera della legge richiedeva che la detrazione si calcolasse su *ciascun semestre*, cosa che aveva creato grandi contrasti interpretativi, soprattutto fra la giurisprudenza di merito, che sosteneva una concezione atomistica, e la giurisprudenza di legittimità, che invece richiedeva che si dovesse valutare il comportamento nella sua globalità. Cfr. PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, *cit*., p. 145.

[724] Corte Cost., Sent. 23-31 maggio 1990, n. 276, in Cass. pen., 1991, II, 4, p. 7. Nella pratica, non sono infrequenti i casi di detenuti che facciano registrare nel corso della detenzione un mutamento radicale del proprio comportamento: ciò accade sia per i detenuti comuni o stranieri, i quali nei primi tempi presentano notevoli difficoltà di adattamento alla vita carceraria, mentre successivamente osservano una condotta più conforme alle regole, sia per i detenuti per fatti di terrorismo, che inizialmente rifiutano il carcere per motivi ideologici ed in seguito giungono all'accettazione dell'istituzione: solo una concezione atomistica del computo, che tenga in conto non la globalità della detenzione ma i singoli semestri, è in grado di tener conto di questo percorso rieducativo. Al contrario, valutarlo globalmente in modo troppo positivo sarebbe contrario ad esigenze di giustizia, e valutarlo solo negativamente frustrerebbe il processo di risocializzazione in atto. Cfr. MAIORANO, N., *La riduzione di pena: valutazione dei singoli semestri di pena espiata o valutazione globale?* Cass. pen., 1991, II, 10, pp. 15-16. Di opposto avviso PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, *cit*., p. 146, i quali sostengono che in situazioni come quelle appena delineate una valutazione globale del periodo di pena espiata consentirebbe al condannato una riduzione ben maggiore di quella derivante dall'attuazione del criterio frazionato, e ciò consentirebbe alla natura premiale dell'istituto di trovare una più compiuta realizzazione.

proprio in diretto rapporto conseguenziale il «riconoscimento di tale partecipazione» con «una detrazione di quarantacinque giorni per ogni singolo semestre di pena scontata». Si tratta di una relazione strettissima che, oltre ad essere manifestamente sintattica, è anche topografica"[725].

Nonostante l'univoca presa di posizione della Corte, residua in giurisprudenza un orientamento che, fatta salva in linea teorica la necessità che il giudizio sia frazionato per semestri, sostiene che non si possono ignorare i fatti particolarmente significativi che si sono verificati nei semestri precedenti, i quali "appaiano indicativi di mancata partecipazione al trattamento per tutto il periodo preso in esame"[726].

Quanto ai periodi suscettibili di valutazione, come si è detto poc'anzi vi rientrano il lasso di tempo trascorso in detenzione domiciliare, quello trascorso in affidamento in prova ed anche i giorni trascorsi in permesso premio, in quanto il soggetto che ne usufruisce non perde il suo *status* di detenuto[727].

6.1.4. *La revoca della misura.*

L'art. 54 III ord. pen. stabilisce che la condanna per un delitto non colposo commesso successivamente alla concessione del beneficio ne comporta la revoca. Tale disposizione va attualmente letta alla luce della Sentenza della Corte Cost. n. 186 del 1995, che ha censurato l'automatismo contenuto in questo articolo, dichiarando che invece la valutazione sulla revoca si deve effettuare se la condotta del soggetto, in relazione alla condanna subita, appare incompatibile con il mantenimento del beneficio[728]. Questa interpretazione restituisce al beneficio "la funzione di incentivo ad una efficace collaborazione nel trattamento rieducativo,

---

[725] Corte Cost., Sent. 23-31 maggio 1990, n. 276, in *loc. cit*., p. 8. La Corte sottolinea anche che "*un periodo minimo di sei mesi trascorso in detenzione è di consistenza tale da dare credibilità al comportamento avuto dal condannato nel corso della detenzione stessa*" (Corte Cost., Sent. 23-31 maggio 1990, n. 276, in *loc. cit*., p. 7, che si riferisce alla Sent. 28 aprile 1983 n.137).
[726] PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *loc. cit*., p. 145.
[727] Cfr. *ibidem*, p. 149.
[728] Scrive infatti la Corte: "*La norma impugnata deve pertanto essere dichiarata costituzionalmente illegittima per contrasto con l'art. 27, terzo comma, della Costituzione, restando assorbiti gli ulteriori profili denunciati dal giudice a quo, 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"* (C. Cost., Sent. 23 maggio 1995, n. 186, in Cass. pen., 1995, 2771, p. 2773).

compromesso da un meccanismo – quello della revoca automatica – meramente sanzionatorio"[729].

6.1.5. *La presunzione di avvenuta espiazione.*

Il comma IV dell'art. 54 ord. pen. stabilisce che la parte di pena detratta per ogni semestre *si considera come scontata* agli effetti del computo della misura di pena che occorre aver espiato per essere ammessi ai benefici dei permessi premio, della semilibertà e della liberazione condizionale. Questo meccanismo costituisce "una vera e propria presunzione di avvenuta espiazione di pena, seppur non di portata generale (...). Il significato e la portata della presunzione sono evidenti e si riconnettono al contenuto incentivante rispetto alla partecipazione all'opera di rieducazione che (...) è (...) connotato preminente della liberazione anticipata"[730].

La presunzione di espiazione consente di accedere ai vari benefici in un momento precedente rispetto a quello altrimenti previsto dalla legge, come evidenzia lo schema seguente, il quale prende in considerazione il caso limite in cui il condannato partecipi costantemente all'opera di rieducazione ed ottenga tutte le riduzioni di pena per la liberazione anticipata. Si tratta dunque di cifre che indicano il *minimo possibile di pena* che un condannato può scontare.

[729] COPPETTA, M. G., *Art. 54*, in GREVI, V. – GIOSTRA, G. – DELLA CASA, F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 712.
[730] CANEPA, M. – MERLO, S., *op. cit.*, p. 386.

Schema degli effetti della presunzione di espiazione[731]

Pene in espiazione	*Permessi premio*		*Regime di semilibertà*		*Liberazione condizionale*	
	(1)	(2)	(1)	(2)	(1)	(2)
Ergastolo	10 anni	8 anni	20 anni	16 anni	26 anni	21 anni
20 anni	5 anni	6 anni	15 anni	12 anni	25 anni	20 anni
15 anni	3 anni e 9 mesi	3 anni	7 anni e 6 mesi	6 anni	10 anni	8 anni
10 anni	2 anni e 6 mesi	2 anni	5 anni	4 anni	5 anni	4 anni
5 anni	1 anno e 3 mesi	1 anno	2 anni	1 anno, 7 mesi e 15 giorni	2 anni e 6 mesi	2 anni
3 anni	-	-	-	-	2 anni e 6 mesi	2 anni

(1) Entità della pena da espiare in astratto per dettato normativo.

(2) Entità della pena da espiare in concreto nell'ipotesi in cui in ciascun semestre di pena il condannato abbia mantenuto una condotta tale da giustificare l'integrale concessione della riduzione di pena per liberazione anticipata.

6.1.6. *Qualche considerazione sulla funzione attuale dell'istituto.*

Lo schema degli effetti della presunzione di espiazione evidenzia molto bene come la certezza della pena in fase esecutiva possa essere messa in discussione dal comportamento del condannato, in particolare dall'intensità della sua partecipazione all'opera di rieducazione. Quel che più preme evidenziare è tuttavia la natura prevalentemente *premiale* dell'istituto: le riduzioni di pena, dunque, non sono tanto parte del trattamento risocializzante, quanto piuttosto un *premio* per il condannato che non ha dato problemi in carcere.

[731] Lo schema riprende quello più dettagliato proposto da CANEPA, M. – MERLO, S., *op. cit.*, p. 389. In questo schema non è presente la detenzione domiciliare, ma la liberazione anticipata e la conseguente riduzione di pena hanno effetto concreto anche ai fini della concessione di tale misura: "*è manifesto invero che la riduzione della pena opera un accorciamento della stessa, e, quindi, un avvicinamento del termine finale anticipando il momento in cui il condannato è legittimato a formulare l'istanza*" (CANEPA, M. – MERLO, S., *op. cit.*, p. 386).

La legge è molto chiara nel dettare condizioni per l'ammissione del condannato agli sconti di pena che si possono ottenere con la liberazione anticipata: il fatto che essa sia applicata con troppa clemenza, o con eccessiva rigidità, così come la sua effettiva utilità o il suo abuso dipendono ancora una volta dalla natura del giudizio discrezionale del tribunale di sorveglianza nell'interpretare la legge e nell'osservare la personalità del condannato.

6.2. I permessi di necessità *(art. 30 ord. pen)*.

6.2.1. *Natura dell'istituto.*

Il *permesso* costituisce lo strumento attraverso il quale si consente alla persona privata della libertà di trascorrere un breve periodo di tempo nell'ambiente esterno, secondo cautele da determinarsi di volta in volta e con l'obbligo di rientrare nell'istituto penitenziario alla scadenza del termine[732].

Nell'impostazione originaria dell'ordinamento penitenziario, era prevista una larga possibilità di concedere ai condannati tali permessi. Già all'indomani della riforma del '75, tuttavia, a causa dell'enfatizzazione di taluni episodi concernenti mancati rientri e reati commessi dai detenuti nel corso del beneficio, il Parlamento approvò una legge con la quale restrinse l'ambito di applicazione dell'istituto[733], rendendo possibile la sua applicazione solamente in casi di assoluta eccezionalità, legati a motivi di natura familiare del tutto indipendenti dal trattamento del detenuto: "Fu chiaro che il breve permesso non era più utilizzabile in funzione del trattamento rieducativo. Dopo la suddetta operazione normativa, una indagine del Consiglio superiore della Magistratura dimostrò che, nonostante le critiche (...), la percentuale di mancati rientri e dei reati commessi nel corso della fruizione dei permessi (...) era risultata di gran lunga inferiore a quella di altri Paesi"[734].

Questa modifica finì con il caratterizzare l'istituto "in modo tale da non consentirne l'utilizzazione come strumento del trattamento e da definirlo invece

[732] Cfr. CANEPA, M. – MERLO, S., *op. cit.,* p. 165.
[733] Si tratta della legge 20 luglio 1977, n. 20.
[734] CANEPA, M. – MERLO, S., *op. cit.,* p. 167. La percentuale dei mancati rientri riguardava il 4-5% dei permessi.

quale mero 'rimedio diretto ad evitare, per esigenze di umanizzazione della pena, che all'afflizione propria della detenzione si assommi inutilmente quella derivabile all'interessato dall'impossibilità di essere vicino ai congiunti, o di adoperarsi in favore dei medesimi, in occasione di particolari avverse vicende della vita familiare'"[735]. Se ne deduce pertanto che il permesso di necessità non deve essere concepito come modalità del trattamento rieducativo, bensì "quale strumento di umanizzazione della pena, idoneo a soddisfare unicamente il primo dei due principi enunciati dal 3° comma dell'art. 27 Cost."[736].

6.2.2. *Presupposti di concedibilità.*

I permessi di necessità sono concessi ai condannati in due distinte ipotesi: la prima riguarda l'imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente, la seconda è eccezionalmente riservata ad eventi familiari di particolare gravità: "l'eccezionalità delle concessioni e la particolare gravità dell'evento si confermano e rafforzano vicendevolmente, concorrendo a definire un fatto del tutto al di fuori della quotidianità, sia per il suo intrinseco rilievo sia per l'infrequenza del suo verificarsi"[737].

In forza della loro natura umanitaria, i permessi prescindono totalmente dalla rieducazione del condannato o dal suo ravvedimento, così che talvolta possono essere concessi anche nei confronti di colui che non abbia prestato una buona condotta[738].

La pena inflitta: fino alla introduzione dei permessi premio, avvenuta con la legge Gozzini, la magistratura di sorveglianza concesse il permesso di necessità con grande generosità, ampliandone il campo di applicazione anche al di là degli eventi strettamente connessi alla vita familiare. Con l'entrata in vigore della legge

---

[735] LA GRECA, G., *Art. 30*, in GREVI, V. – GIOSTRA, G. – DELLA CASA, F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 346. L'Autore riprende tra le virgolette la decisione di App. Roma, 25 ottobre 1977, *Marcelletta*, in Rass. pen. crim. 1980, 660.

[736] PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, *cit.*, p. 157. Concorde è l'opinione di PRESUTTI, A., *I permessi premio come strumento di rieducazione: i corollari di una svolta*, in Dir. Pen. e Processo, 1995, 11, 1300, che lo definisce "*un istituto volutamente estraneo alla logica del trattamento rieducativo (...) [dal] l'ispirazione esclusivamente umanitaria*" (*op. cit.*, p. 1302).

[737] LA GRECA, G., *Art. 30*, in *loc. cit.*, p. 348.

[738] Cfr. *ibidem*, p. 348.

del 1986 questa tendenza tuttavia si esaurì, così che al momento attuale essi sono utilizzati, come dovrebbero, solo come strumenti di umanizzazione della pena[739].

6.3. I permessi premio *(art. 30-ter ord. pen)*.

6.3.1. *Natura dell'istituto.*

L'istituto, introdotto dalla legge Gozzini, si differenzia dal permesso di necessità per la sua natura premiale e per il fatto di essere parte integrante del programma di trattamento. Era inizialmente controverso quale fra questi due aspetti dovesse considerarsi prevalente: a fronte di chi valorizzava unicamente la valenza *premiale* dell'istituto[740] vi erano orientamenti tendenti a ravvisare nei permessi premio anche un'esigenza *specialpreventiva*, atta alla rieducazione[741].

Quella che sembra essersi affermata attualmente è la teoria del carattere *polifunzionale* dell'istituto, anche in seguito alla Sentenza n. 296/97 della Corte Costituzionale, la quale descrive il permesso premio "oltre che come 'incentivo alla collaborazione del detenuto con l'istituzione carceraria, appunto in funzione del premio previsto', anche 'come strumento esso stesso di rieducazione, in quanto consente un iniziale reinserimento del condannato nella società', così da costituire 'parte integrante del trattamento rieducativo'"[742].

Anche in dottrina la contrapposizione è stata progressivamente superata, attraverso la convinzione che "il concetto di istituto specialpreventivo e quello di misura premiale non debbano, su di un piano concreto, necessariamente costituire una insormontabile antinomia, indicandosi anzi come ogni misura specialpreventiva, a ben vedere, debba fondarsi su ben accertati presupposti di merito: la fattispecie meritoria sanzionata dal premio"[743].

---

[739] Cfr. LA GRECA, G., *Art. 30*, in GREVI, V. – GIOSTRA, G. – DELLA CASA, F., *Ordinamento penitenziario, cit.*, p. 347.
[740] Cfr. *ibidem,* p. 361. L'A. si riferisce qui a FAUSTO GIUNTA.
[741] Fra questi ALESSANDRO MARGARA, in Quest. giust., 86, III, 519, pp. 529-530.
[742] C. Cost., Sent. 18-30 luglio 1997, n. 296, in Giur. cost. 1997, 2685, p. 2689. La Corte in questa sentenza si rifà a ciò che essa stessa aveva affermato nella Sentenza n. 188 del 1990.
[743] PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, *cit.*, p. 158.

6.3.2. *Presupposti di concedibilità.*

I permessi premio possono essere concessi solamente ai condannati[744]:

- alla pena dell'arresto o della reclusione non superiore a tre anni;

- alla pena della reclusione superiore a tre anni dopo l'espiazione di almeno un quarto della pena stessa;

- per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis* ord.pen., dopo l'espiazione di almeno metà della pena, e comunque di non oltre dieci anni;

- alla pena dell'ergastolo, dopo l'espiazione di almeno dieci anni[745].

Il V comma dell'articolo specifica inoltre che nei confronti dei condannati che durante la detenzione abbiano commesso un delitto colposo la concessione è ammessa solo dopo due anni dalla commissione del fatto[746].

Quanto ai requisiti soggettivi per la concessione dei permessi premio, il I comma dell'articolo 30-*ter* li individua nella *regolare condotta* e nella *non pericolosità sociale*. Il significato del primo presupposto è specificato dal comma VIII dell'art. 30-*ter*:

> *La condotta dei condannati si considera regolare quando i soggetti, durante la detenzione, hanno manifestato costante senso di responsabilità e correttezza nel comportamento personale, nelle attività organizzate negli istituti e nelle eventuali attività lavorative o culturali.*

La definizione della norma fa riferimento a due elementi, l'uno di natura più formale, la correttezza, che si riferisce al rispetto delle norme che si riferiscono all'istituto, e l'altro, il senso di responsabilità, tendente a cogliere un criterio di condotta del soggetto "che va oltre la mera osservanza delle regole ed indica quanto meno la premessa o l'attitudine ad una evoluzione positiva"[747].

La pericolosità sociale, invece, trova la sua definizione nell'articolo 203 c.p., che a sua volta rinvia agli indici valutativi di cui all'articolo 133 c.p.: sarà

---

[744] Invece i permessi di necessità possono essere usufruiti anche da imputati ed internati, vd. *supra*.
[745] Questi limiti temporali di concessione sono previsti al IV comma dell'articolo 30-*ter* ord. pen.
[746] L'automatismo di questo meccanismo è stato oggetto di numerose critiche, e ha dato luogo a svariate pronunce di legittimità costituzionale.
[747] LA GRECA, G., *Art. 30*, in GREVI, V. – GIOSTRA, G. – DELLA CASA, F., *op. cit.*, p. 367.

dunque necessario un giudizio prognostico atto a valutare la non probabilità che il soggetto commetta altri reati[748].

Il permesso deve inoltre consentire di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro. La dizione è molto generica, così che di fatto sono molto numerosi i motivi per i quali il magistrato di sorveglianza potrà decidere in senso favorevole alla loro concessione[749].

Infine, la legge prevede che la durata di ciascun permesso non può superare i quarantacinque giorni all'anno, mentre ogni singolo permesso non può durare più di quindici giorni. Durante il permesso, il condannato è seguito dagli operatori penitenziari, dagli educatori e dagli assistenti sociali locali[750].

6.3.3. *Il provvedimento di concessione o diniego del permesso.*

Il permesso premio è concesso dal magistrato di sorveglianza con decreto motivato, che deve essere comunicato immediatamente al pubblico ministero e all'interessato, i quali, entro 24 ore, possono proporre reclamo al Tribunale di sorveglianza. Quest'organo ha a sua volta a disposizione 10 giorni per provvedere sul reclamo *(Art. 30-bis ord. pen.).*

Si è costantemente discusso se il provvedimento di concessione o di diniego del permesso premio abbia natura giurisdizionale ovvero amministrativa. La soluzione della questione è molto importante, poiché da essa dipendono la ricorribilità o meno per Cassazione del provvedimento ed anche le considerazioni teoriche sulla finalità del permesso premio stesso. La giurisprudenza fino agli anni novanta riteneva costantemente che l'atto fosse di natura amministrativa[751].

D'altra parte, tale era considerato anche il provvedimento in materia di permesso di necessità: "L'assenza di precise forme procedurali valse ad accreditare la convinzione che (...) il provvedimento in tema di permesso *[di necessità, nda]* concretasse un mero atto amministrativo: niente più che un intervento diretto ad attenuare il rigore del regime carcerario, nemmeno

[748] Cfr. PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, *cit*., p. 160.
[749] Cfr. CANEPA, M. – MERLO, S., *Manuale di diritto penitenziario,* p. 175.
[750] Sono proprio gli assistenti sociali che dovranno infatti occuparsi di un eventuale successivo reintegro sociale del condannato, se egli sarà ammesso ad una delle misure alternative: da questo aspetto emerge la *ratio* del permesso premio prodromo di istituti che rappresentano un passo più deciso verso la rieducazione. Cfr. PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *op. cit*., p. 159.
[751] Cfr. PAVARINI, M. – GUAZZALOCA, B., *op. cit*., p. 159.

annoverabile tra i provvedimenti concernenti la libertà personale. Intransigente fu, pertanto, il rifiuto ad ammetterne la ricorribilità per cassazione. (...) Anche senza voler scendere nel merito dell'accennato orientamento giurisprudenziale, va rilevato che esso coglieva il senso di un istituto volutamente estraneo alla logica del trattamento rieducativo svelandone l'ispirazione esclusivamente umanitaria"[752].

Proprio a motivo della differenza fra i due tipi di permesso stupisce che essi fossero accomunati sotto il profilo procedurale, poiché i permessi premio rientrano ora fra i trattamenti rieducativi che caratterizzano l'esecuzione della pena. Tuttavia inizialmente anche il permesso premio era considerato un "istituto destinato a regolare il normale regime carcerario. Ribadita, pertanto, l'estraneità del relativo provvedimento all'area di quelli attinenti alla libertà personale, si è data per dimostrata la sua natura amministrativa e conseguentemente preclusa la ricorribilità per cassazione"[753]. In questo senso, il permesso premio altro non era che un *beneficio penitenziario*, dal momento che esso, a differenza delle misure alternative, non incide su durata e specie della pena detentiva.

La svolta si ha con le due Sentenze della Corte Costituzionale n. 349/90 e 227/95, che riconoscono che anche i permessi premio, come le misure alternative, sono caratterizzati dalla proiezione finalistica all'obiettivo della rieducazione. Inoltre, il fatto che si tratti di provvedimenti che incidono sulla libertà personale fa sì che li si possa considerare procedure giurisdizionali, e dunque ricorribili per Cassazione ai sensi degli artt. 666 e 667 c.p.p.[754].

---

[752] PRESUTTI, A., *I permessi premio come strumento di rieducazione: i corollari di una svolta*, in Dir. Pen. e Processo, 1995, 11, 1300, p. 1302. L'Autrice cita, fra le Sentenze che sostenevano questo orientamento, Cass., sez. I, 9 agosto 1979, *Suverti*, in Giust. pen., 1982, III, 354; Cass., sez. I, 7 dicembre 1977, *Donati*, in Cass. pen., 1977, 1358.

[753] PRESUTTI, A., *I permessi premio come strumento di rieducazione: i corollari di una svolta*, in Dir. Pen. e Processo, 1995, 11, 1300, p. 1303. Fra le sentenze ove si sostiene che il permesso premio sia un istituto amministrativo che regola il regime carcerario cfr. Cass., sez. I, 2 febbraio 1994, *Alessio*, in Cass. pen., 1995, 708; Cass., sez. I, 27 settembre 1993, *Pittaw*, ivi, 1994, 2785; Cass., sez. I, 1° luglio 1987, *Calzolaio*, in Giust. pen., 1988, III, 298.

[754] Cfr. PRESUTTI, A., *I permessi premio come strumento di rieducazione: i corollari di una svolta*, in Dir. Pen. e Processo, 1995, 11, 1300, p. 1305, che scrive: "*la sentenza (...) senza incertezze abbandona il tradizionale insegnamento della giurisprudenza di legittimità, accreditato in precedenza, e non senza disinvoltura supera ogni remora nel riconoscere ad entrambe le procedure in tema di permessi premio una qualificazione giurisdizionale senza dubbio impegnativa. Va, in primo luogo, sottolineato che se può ora affermarsi certa la ricorribilità per cassazione dei provvedimenti emessi dal Tribunale di sorveglianza in sede di reclamo avverso la*

6.3.4. *I permessi premio per i recidivi reiterati.*

La legge 5 dicembre 2005, n. 251 ha aggiunto l'articolo 30-*quater* ord. pen. per regolamentare in maniera più restrittiva la concessione del beneficio ai recidivi reiterati[755].

I permessi concessi: secondo il DAP nell'anno 2008 sono stati concessi 8.027 permessi premio. I condannati definitivi, al 31 dicembre dello stesso anno, erano 26.587: posto (cosa non dimostrabile con i dati a nostra disposizione) che ogni condannato fruisca di un solo permesso premio all'anno, solo un terzo dei condannati ha goduto del beneficio.

6.4. La remissione del debito[756].

La *remissione del debito* è un particolare provvedimento premiale che consiste nell'esenzione dei condannati dal pagamento delle spese del procedimento e relative al loro mantenimento in istituto.

Ciò avviene alla duplice condizione che i condannati si trovino in disagiate condizioni economiche e che abbiano tenuto regolare condotta. Quest'ultimo requisito, coincidente nella definizione con quello richiesto per la concessione dei permessi premio, divide la giurisprudenza per la sua interpretazione: è controverso, infatti, se la regolare condotta debba essere valutata solo in riferimento al comportamento del condannato all'interno dell'istituto o se si possa prendere in considerazione anche il comportamento tenuto all'esterno, durante l'esecuzione delle misure alternative[757].

Se l'interessato non è stato detenuto, la remissione del debito per le spese del processo può avvenire se egli ha serbato in libertà una condotta regolare,

---

decisione adottata dall'organo monocratico, tutti da costruire rimangono invece i relativi iter procedimentali sotto il profilo della garanzia del contraddittorio" (*op. cit.* p. 1304).

[755] La nuova disposizione è stata dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale nella parte in cui non prevede che il permesso premio possa essere concesso sulla base della normativa previgente ai condannati che, prima dell'entrata in vigore della legge ex-Cirielli, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio (C. Cost., Sent. 4 luglio 2006, n. 257). Cfr. FILIPPI, L. – SPANGHER, G., *Manuale di diritto penitenziario*, *cit.,* pp. 146-147.

[756] La disciplina di tale beneficio si ritrova all'art. 6 D.P.R. n. 115/2002, che ha esplicitamente abrogato l'articolo 56 ord. pen.

[757] Per un'elencazione delle più importanti sentenze in materia, cfr. FILIPPI, L. – SPANGHER, G., *Manuale di diritto penitenziario*, *cit.,* p. 149.

ferma restando la necessità del presupposto delle disagiate condizioni economiche *(Art. 6 D.P.R. 115/02, co. I)*[758].

6.5. La riabilitazione *(art. 178 c.p.)*.

La *riabilitazione* è un trattamento premiale che interviene dopo la pena: essa è infatti disposta dopo che siano decorsi almeno tre anni[759] dal giorno in cui la pena principale è stata eseguita o si è in qualche modo estinta. Per effetto della riabilitazione, si estinguono le pene accessorie ed ogni effetto penale della condanna, così che il soggetto sarà totalmente reintegrato nei suoi diritti pubblici[760] ed in definitiva "rimesso in condizioni di svolgere la sua normale attività nella società"[761].

Presupposto per la concessione della misura è che il condannato dato prove effettive e costanti di buona condotta ed abbia adempiuto le obbligazioni civili derivanti da reato, salvo che dimostri di trovarsi nell'impossibilità di farlo *(art. 179 co. VI c.p., n. 2).*

Quanto alla *ratio* della riabilitazione, è stato osservato che essa, in quanto trattamento favorevole, "opera in senso antagonistico rispetto alle funzioni retributiva e generalpreventiva esercitate dalle pene principali, dalle pene accessorie e dagli altri effetti penali della condanna. [...] La riabilitazione, quindi, promuove l'esercizio della funzione specialpreventiva, ma nei soli termini della risocializzazione (...). Un più ampio e completo esercizio della prevenzione

---

[758] L'estensione del beneficio anche ai soggetti che non hanno trascorso un periodo in carcere si deve ad un intervento della Corte Costituzionale, la quale con la Sentenza n. 342 del 1991 ha giudicato costituzionalmente illegittimo l'art. 56 ord. pen. "*nella parte in cui non prevede che, anche indipendentemente dalla detenzione per espiazione di pena o per custodia cautelare, al condannato possano essere rimesse le spese del procedimento se, in presenza del presupposto delle disagiate condizioni economiche, abbia serbato in libertà una condotta regolare*". (C.Cost., Sent. 15 luglio 1991, n. 342, in Cass. pen., 1992, 27, p. 29). La decisione della Corte parte dal presupposto che è irragionevolmente discriminatoria, e dunque contrastante con l'articolo 3 Cost., la preclusione del beneficio nei confronti del condannato che non abbia subito alcun giorno di detenzione. Cfr. MAIORANO, N., *La remissione del debito alla luce della sentenza n. 342/91 della Corte Costituzionale*, in Cass. pen., 1992, 894.

[759] Al fine della riabilitazione, servono otto anni per i recidivi e 10 per i delinquenti abituali, professionali o per tendenza *(Art. 179 co. II e III c.p.).*

[760] La privazione dei diritti pubblici consegue per legge a talune pene accessorie: si pensi al diritto di voto, che viene meno con l'interdizione dai pubblici uffici. Il principale effetto della riabilitazione è la cancellazione delle incapacità giuridiche. Cfr. CANEPA, M. – MERLO, S., *Manuale di diritto penitenziario,* p. 184.

[761] FIANDACA, G. – MUSCO, E., *Diritto penale – Parte generale, cit.,* p. 852.

speciale non appare conforme alla disciplina normativa (...). In definitiva, le funzioni tipiche della riabilitazione sono quelle premiale e promozionale"[762].

Se il riabilitato commette entro sette anni un delitto non colposo, per il quale sia inflitta la pena della reclusione per un tempo non inferiore a tre anni o un'altra pena più grave, la sentenza di riabilitazione è rievocata di diritto, così che rivivono le pene accessorie e gli altri effetti penali della condanna *(Art. 180 c.p.)*.

7. Qualche osservazione sul funzionamento delle misure alternative.

7.1 Dati complessivi sulle misure alternative.

Nella seguente tabella sono riportate le cifre complessive riguardanti le misure alternative. Al 30 giugno 2009, beneficiano di una misura alternativa 14.339 condannati, mentre 31.192 persone scontano la pena in un istituto.

MISURA ALTERNATIVA	*Casi pervenuti*	*Casi seguiti*
Affidamento in prova	3.568	8.191
Semilibertà	438	1.216
Detenzione domiciliare	2.596	4.932
Totale	**6.602**	**14.339**

E' molto interessante osservare la serie storica riguardante il numero dei condannati sottoposti a misure alternative dal 1991 ad oggi. Un'analisi diacronica dimostra infatti che intorno agli anni 2003 e 2004 vi è stato un vero e proprio *boom* nella concessione delle misure alternative, mentre negli ultimi anni il fenomeno è un po' rientrato.

Avendo sott'occhio i dati dei primi anni del nuovo secolo, autorevole dottrina poneva l'accento sulla tendenza delle misure alternative, in particolare della detenzione domiciliare e dell'affidamento in prova, ad occupare spazi sempre più ampi del sistema sanzionatorio. Al 31 dicembre 2001 erano infatti 33.500 i condannati che godevano di una delle due misure, a fronte di 31.000

[762] CERQUETTI, G., *Riabilitazione*, in *Enc. Dir.*, Vol. XL, Giuffrè, Milano 1989, p. 311.

condannati che scontavano la pena detentiva all'interno dello stabilimento penitenziario. Ciò significava che nel 2001 l'affidamento in prova e la detenzione domiciliare interessavano il 52% del totale dei condannati a pena detentiva in espiazione di pena[763].

Al contrario, dal 2006 in poi si registra un forte calo nel numero dei soggetti sottoposti alle misure alternative, mentre i condannati detenuti sono aumentati, pur se non molto sensibilmente. Come si è visto, al 30 giugno 2009 i condannati che scontano la pena in istituto sono 31.562 e quelli sottoposti alle misure alternative 14.339. Di questi, godono dell''affidamento in prova e della detenzione domiciliare 13.123 soggetti, corrispondenti approssimativamente al 28,6% del totale dei condannati[764]. Sicuramente la causa principale della diminuzione del numero dei detenuti sottoposti a misura alternativa va ricercata nell'indulto del 2006, il quale ha riguardato 17.387 condannati in misura alternativa. Più dell'80% di questi soggetti fruivano dell'affidamento in prova ordinario e speciale, ed i restanti della detenzione domiciliare.

Quanto al tasso di recidiva di questi soggetti, non esistono indagini complessive, essendosi effettuato il calcolo della recidiva solamente su un campione di 7.615 soggetti, corrispondente a coloro che hanno usufruito dell'indulto dopo un periodo di detenzione: il 15 ottobre 2008 il 18,57% di questi soggetti era rientrato in carcere[765].

La diminuzione si fa sentire anche nella concessione delle misure alternative: nel 2003 sono stati concessi un totale di 27.200 provvedimenti di ammissione ad una delle tre misure alternative, mentre a giugno 2009 tali provvedimenti sono 6.602. Anche in questo caso si può però presupporre che il

---

[763] L'opera a cui si è fatto riferimento per riportare questi dati è DOLCINI, E., *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, I, 95, pp. 104-105. Come lo stesso Autore aveva previsto, il forte aumento nella concessione delle misure alternative in quegli anni era dovuto alla legge Simeone, la quale ne aveva da poco allargato i presupposti di concessione. La legge fu approvata nel maggio 1998, e già nel secondo semestre dello stesso anno i condannati sottoposti alle misure alternative erano giunte ad interessare 27.615 condannati,un numero mai raggiunto in passato. Cfr. DOLCINI, E., *Le misure alternative oggi*, *loc.cit.*, p. 870.

[764] Tale decremento nella concessione delle misure alternative è ben visibile anche nelle rielaborazioni dei dati del Dipartimento Amministrazione Penitenziaria presenti sul sito di Ristretti Orizzonti,

[765] Cfr. TORRENTE, G., *Indulto. La verità, tutta la verità, nient'altro che la verità*, articolo del maggio 2009 pubblicato nell'area documentazione di www.ristretti.it, consultato l'11 settembre 2009.

calo sia dovuto al fatto che il *tempus commissi delicti* di buona parte dei reati giudicati nel 2009 rientra ancora nel periodo coperto dall'indulto[766].

A prescindere però dal cd. *effetto indulto*, pare possa ravvisarsi una certa diminuzione nella concessione delle misure alternative, soprattutto perché ora, a distanza di tre anni dal provvedimento, il numero dei condannati presenti in carcere è tornato a riassestarsi su di una cifra superiore alle 31.000 persone, com'era in precedenza[767].

Misura espiata dal condannato	*31 dicembre 1991*	*31 dicembre 2003*	*Variazione percentuale 1991- 2003*	*30 giugno 2009*	*Variazione percentuale 2003 - 2009*
Affidamento in prova	4.000	26.000	+ 550 %	8.191	- 68 %
Semilibertà	2.300	3.000	+ 30 %	1.216	- 60 %
Detenzione domiciliare	300	7.500	+ 2.400 %	4.932	- 34 %
Totale	**6.600**	**36.500**	**- -**	**14.339**	**- -**

7.2. Le revoche.

In media, il 4,87% delle misure seguite è stato revocato al 30 giugno 2009, a causa del verificarsi delle cause di revoca cui si è accennato parlando delle singole misure.

L'ipotesi più frequente di revoca è *l'andamento negativo della misura*: essa interessa 492 dei 699 detenuti che sono stati ricondotti al regime di detenzione ordinaria. Solo 37 detenuti hanno subìto la revoca per aver *commesso un reato* durante la misura: si tratta del 5,3% dei casi di revoca, corrispondente allo 0,26% dei condannati ammessi ad una misura alternativa.

Nel 2008, è stato revocato il 6,82% delle misure alternative (il calcolo riguarda sempre i casi seguiti nell'arco dell'anno). La causa più frequente di revoca è, ancora una volta, l'andamento negativo del programma (4,75% dei casi),

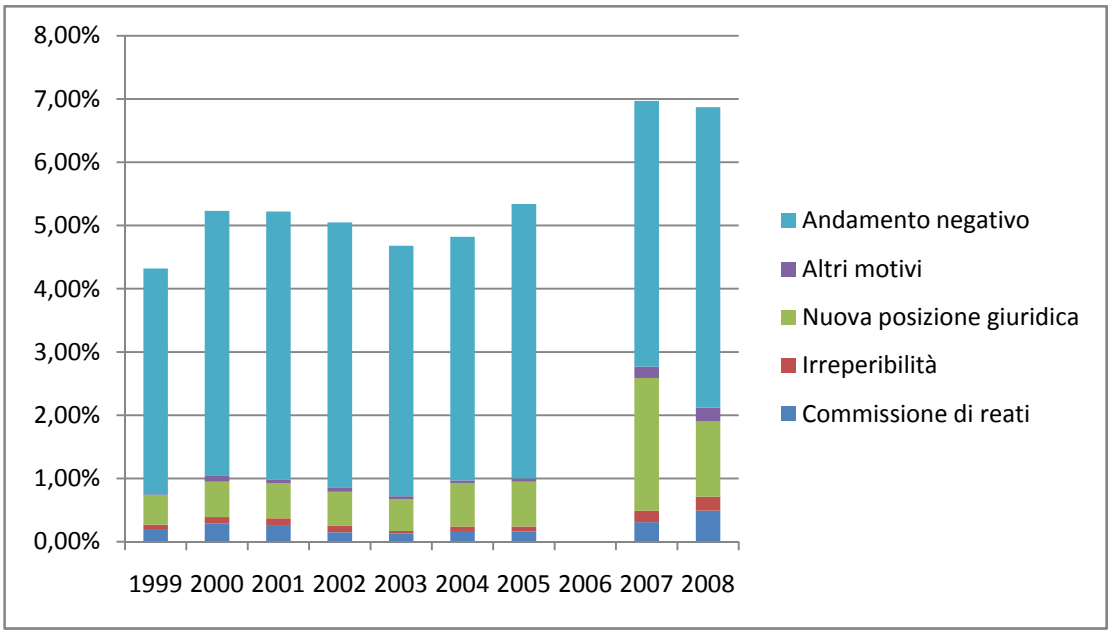
[766] I dati relativi al 2006 sono sempre attinti da DOLCINI, E., *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, in *loc. cit*., pp. 103.

[767] Il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria riporta le seguenti cifre quanto ai condannati presenti in carcere: 2003: 32.865 condannati, 2004: 35.033, 2005: 36.676, 2006 (anno dell'indulto): 15.468 condannati. Nel 2009 i condannati tornano ad essere 31.562, mentre 30.440 sono gli imputati, 1.881 gli internati e 98 i soggetti il cui status non è stato ancora definito. In totale, in carcere sono presenti 63.981 persone.

mentre ha commesso un reato lo 0,49% dei soggetti che fruivano di una misura. Dati analoghi si registrano nel 2007.

Nel primo semestre del 2009, solo lo 0,26% dei condannati ammessi ad una misura alternativa si è visto revocare la misura per aver commesso un reato durante il periodo di esecuzione della misura, ed in generale le revoche ammontano al 4,87% delle misure totali seguite nel periodo preso in esame.

La serie storica delle revoche dimostra che tale valore rimane costantemente al di sotto del 7% dal 1999, primo anno in cui sono disponibili dei dati. Il motivo più frequente di revoca è sempre l'andamento negativo della misura, mentre la commissione di nuovi reati è talmente bassa da risultare "di scarsa rilevanza statistica"[768]. Non si sono rinvenuti dati relativi all'anno 2006.



La seguente tabella riporta l'anno e la percentuale totale delle misure alternative revocate.

1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2007	2008
4,32%	5,23%	5,22%	5,05%	4,68%	4,82%	5,34%	6,97%	6,87%

[768] Cfr. LEONARDI, F., *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale ed abbattimento della recidiva*, in Rass. pen. criminol., 2007, II, 7, p. 8.

7.3. La recidiva.

Più che i numeri relativi alle revoche, è la *recidiva* che rappresenta "un parametro per misurare il successo dell'attività rieducativa: la mancanza di recidiva indica un buon risultato dell'attività riabilitativa, mentre la ricaduta nel reato dovrebbe segnalare l'insufficienza di tale attività"[769]. Il calcolo della recidiva rappresenta dunque una misura più accurata riguardo alla riuscita delle misure alternative alla detenzione.

E' stata compiuta una ricerca sulla recidiva di soggetti che hanno beneficiato dell'affidamento in prova al servizio sociale nei confronti dei quali nel 1998 la misura è stata archiviata. In questa indagine si è verificato se essi hanno commesso altri reati negli anni successivi, fino al settembre 2005[770]. In tale periodo l'affidamento in prova al servizio sociale era la misura più frequentemente concessa. L'indagine è stata effettuata su un campione corrispondente al 77,78% del totale, ma ci sono buone ragioni di ritenere che i risultati raggiunti possano essere generalizzati a tutti i casi archiviati nel 1998[771]. Nel campione così determinato sono risultati recidivi 1.677 soggetti, pari al **19%** del totale.

Secondo una rilevazione effettuata dal DAP, invece, dei 5.772 condannati scarcerati nel 1998 ben 3.951, vale a dire *quasi 7 su 10* hanno fatto rientro in carcere una o più volte: in termini percentuali, ciò significa che la recidiva per i condannati che non hanno beneficiato di una misura alternativa corrisponde al **68,45%.**

Per quanto questi dati siano parziali, essi non possono non essere letti come la prova del funzionamento delle misure alternative e della loro capacità di diminuire la recidiva.

Peraltro, considerando invece che all'aumento dell'utilizzo delle misure alternative non ha mai corrisposto una diminuzione del tasso di carcerazione, pare

---

[769] LEONARDI, F., *op. cit.*, pp. 7-8.

[770] Si tratta della ricerca compiuta da LEONARDI, F., *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale ed abbattimento della recidiva*, in *op. cit.* Le fonti utilizzate dall'Autore sono state: la banca dati informatica degli uffici di esecuzione penale esterna, per i dati sulle misure alternative alla detenzione; le statistiche penitenziarie, per i dati sulla popolazione detenuta ed il Casellario giudiziale per i dati sulla recidiva e sui reati commessi.

[771] "*Poiché tale selezione è avvenuta in modo casuale si può ritenere che le valutazioni che verranno fatte sul fenomeno osservato possano essere generalizzate al totale dei casi archiviati nel 1998*" (LEONARDI, F., *op. cit.*, p. 15).

potersi concludere che tali misure non sono idonee a contenere il numero dei carcerati, come dimostra anche l'esperienza straniera: "Fattivamente, (...) le misure alternative non sono mai state applicate «invece» del carcere, ma applicate «accanto» al carcere, per una fascia di illegalità comunque diversa da quella oggetto della sola risposta segregativa"[772]. Se dunque da un lato si può ben sperare che le misure alternative servano a diminuire la recidiva, dall'altro si deve ammettere che esse non sono riuscite a ridimensionare la popolazione penitenziaria.

Anzi, se si allarga lo sguardo al panorama europeo, la situazione italiana appare ancora più drammatica: è vero infatti che il tasso di carcerazione italiano è in linea con quello della maggior parte dei paesi dell'Europa occidentale, ma è anche vero che l'Italia è il paese che, nel corso degli anni novanta, ha conosciuto l'incremento più marcato della popolazione penitenziaria[773].

Si ricorda infine l'ultimo problema che riguarda l'esecuzione delle misure alternative, vale a dire quello del controllo sul condannato che scontano una pena limitativa di libertà: la penuria di fondi e di personale rende impossibile che tutti i condannati siano seguiti dalle strutture a ciò preposte, così che "*l'assenza di adeguati strumenti attuativi delle pene limitative della libertà personale* (...) fa sì che la loro applicazione si traduca di regola nella sostanziale impunità del condannato: in luogo della pena detentiva, notoriamente e indiscutibilmente dannosa nella grande maggioranza dei casi, nella sostanza non si applica una pena diversa, ma *si rinuncia a punire*, sia pure mascherando questa realtà dietro una parvenza di sanzione"[774].

---

[772] PAVARINI, M., *L'inferno esiste, anche se all'inferno non c'è nessuno*, in Quest. giust., 1986, IV, 804, p. 811. Nelle sue osservazioni l'Autore fa riferimento ad i contesti nazionali dove le misure alternative sono in uso da lungo tempo, facendo un giudizio prognostico rispetto all'Italia. Tale giudizio si è puntualmente verificato nei fatti poiché, anche nel nostro paese, all'aumento nelle misure alternative non ha corrisposto una diminuzione dei detenuti in carcere.

[773] Tale aumento corrisponde al 53%, ed è superiore al 47% della Grecia, al 46% del Portogallo, al 40% della Germania e del Regno Unito. Seguono i valori degli altri paesi Europei. Cfr. DOLCINI, E., *La pena in Italia oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in *loc. cit*., pp. 1095-1096.

[774] DOLCINI, E., *op. ult. cit.*, p. 1104. Il corsivo è dell'Autore.

Qualche considerazione conclusiva

Sul piano dell'esigenza di giustizia, la pena,
se ben può celare anche torbide regressioni
ad ancestrali istinti di vendetta,
è espressione pure di un insopprimibile sentimento di giustizia (...),
che è profondamente radicato nell'animo umano
Ferrando Mantovani, La «perenne crisi» e la «perenne vitalità» della pena, 2006.

Sul piano storico, la pena si presenta, assieme alla criminalità, come una costante che è sopravvissuta a tutti i convergenti attacchi dell'ideologia, della scienza e della prassi[775]. Lo stesso fatto che, ancora oggi, ci si interroghi su quale debba essere la funzione della pena nella società moderna fa capire, anche a coloro che guardano stancamente ad una tematica ormai così spesso discussa e ripresa, che il problema in esame è molto importante, e mai è stato risolto.

Fra i tanti concetti che Beccaria, con sorprendente modernità, ha esposto nel suo libro, si ricordano la richiesta che la pena fosse certa, e quindi infallibile, in modo da essere veramente deterrente, ed anche l'aver ribadito la necessità che le pene fossero miti, consistessero in *castighi moderati*, dolci[776]. Da allora sembra

[775] Cfr. MANTOVANI, F., *La "perenne crisi" e la "perenne vitalità" della pena. E la "crisi di solitudine" del diritto penale*, in DOLCINI, E. – PALIERO, C. E., *op. cit.*, p. 1198.
[776] E' interessante sottolineare che Beccaria riteneva che, per essere veramente efficaci, le pene, oltre che certe, dovessero essere moderate, poiché le pene atroci sortiscono l'effetto contrario rispetto a quello per cui sono pensate: "*L'atrocità stessa della pena fa si che si ardisca tanto più per ischivarla, quanto è grande il male a cui si va incontro; fa che si commettano più delitti, per fuggir la pena di un solo. I paesi e i tempi dei più atroci supplicii furon sempre quelli delle più sanguinose ed inumane azioni, poiché il medesimo spirito di ferocia che guidava la mano del legislatore, reggeva quella del parricida e del sicario. [...] Perché una pena ottenga il suo effetto basta che il male della pena ecceda il bene che nasce dal delitto e in questo eccesso di male deve*

acquisito che "il primo fattore di deterrenza è la certezza della punizione, [mentre] esiti disastrosi si devono attendere da un sistema che, all'opposto, produce nei destinatari una convinzione prossima alla certezza che le pene minacciate non saranno eseguite"[777].

Se *certezza della pena* significa certezza che la pena che la legge prevede per un determinato reato sarà inflitta a chi ha commesso quel reato e che egli la eseguirà nella misura e nel genere stabiliti dal giudice di cognizione, non si può dire che nel sistema sanzionatorio attuale ci sia certezza.

1. Primo momento di incertezza: il passaggio tra la pena legale e la pena inflitta.

Si è visto, nel corso del lavoro, come il distanziamento tra pena *legale* e pena *inflitta* sia dovuto, quanto all'*an*, all'esistenza dell'istituto della sospensione condizionale della pena, mentre sul *quantum* di pena incidono significativamente sia la valutazione discrezionale che il giudice darà alle circostanze del reato sia la scelta del rito processuale. Infine, si è visto che anche variazioni nel *quomodo* di esecuzione sono possibili se il giudice di cognizione decide di applicare una sanzione sostitutiva in luogo della sanzione detentiva.

La sospensione condizionale della pena, sia nella sua accezione di strumento di lotta alle pene detentive brevi, sia se considerata come messa alla prova del condannato e correlata da obblighi aggiuntivi, si è ormai ridotta a soluzione automaticamente applicata nella maggioranza dei casi e mai revocata[778]. I riti speciali, in particolare il patteggiamento, sono ormai adottati in più del 50% dei procedimenti, e non smettono di sollevare delle questioni in merito alla loro legittimità e conformità alla Costituzione, come si è avuto modo di osservare nel Capitolo II.

Quanto alla commisurazione della pena, dalla prassi emerge la tendenza del giudice di cognizione di infliggere, attraverso un utilizzo smodato del bilanciamento di circostanze ed alla concessione a chiunque delle cd. attenuanti

---

essere calcolata l'infallibilità della pena" (BECCARIA, C., *Dei delitti e delle pene*, *cit*., pagg. 64-65).

[777] DOLCINI, E., *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?,* in Riv. it. dir. proc. pen., 1999, III, 857, p. 873.

[778] Cfr. MENGHINI, A., *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo*, *cit*., pp. 16-17.

generiche, una pena vicina al minimo edittale. Fanno eccezione a questa prassi i casi che risvegliano l'interesse dell'opinione pubblica ed il desiderio di punizione della società, portando l'organo giudicante ad infliggere una pena particolarmente severa.

Le sanzioni sostitutive sono, dal canto loro, applicate con molta parsimonia, probabilmente per i problemi applicativi che esse comportano, eccezion fatta per la sanzione pecuniaria sostitutiva delle pene detentive di durata inferiore ai due mesi, la quale invece gode di un utilizzo molto ampio.

2. Secondo momento di incertezza: dalla pena inflitta alla pena eseguita.

La mancanza di corrispondenza tra pena *inflitta* e pena *eseguita* è invece dovuta al fatto che il nostro ordinamento, privilegiando in questo caso esigenze specialpreventive, consente che la magistratura di sorveglianza modifichi il regime esecutivo, prima del suo inizio o *in itinere*, a seconda dei progressi risocializzativi del soggetto. E' così che un condannato ad una pena detentiva può scontare l'intera pena, o solo la parte residua di essa, sotto forma di una misura alternativa: affidamento in prova al servizio sociale, detenzione domiciliare, semilibertà.

Come si è avuto occasione di ripetere più volte in questo lavoro, la flessibilità della pena in fase esecutiva è dovuta all'esigenza di adeguare la legislazione nazionale al dettato costituzionale, il quale richiede che la pena consista in un trattamento che "tende alla rieducazione del condannato". In questo senso, è *incostituzionale* parlare di certezza della pena, come amano ripetere i magistrati di sorveglianza[779]. Esigenza rieducativa e certezza della pena sembrerebbero dunque, in questa ottica, due concetti veramente inconciliabili.

Tuttavia non si deve dimenticare la possibilità di valorizzare le sfumature, e di cercare dei punti di equilibrio.

---

[779] Esigere che la pena sia *certa* contrasterebbe con il principio rieducativo di cui all'art. 27 III Cost., ma anche con la giurisprudenza della Corte Costituzionale, la quale non ha mai trascurato di ribadire la necessità che la pena sia rieducativa, per lo meno in fase esecutiva e poi, in tempi più recenti, anche nelle fasi della minaccia e della commisurazione. Su queste motivazioni si basava la strenua difesa della rieducazione portata avanti da ALESSANDRO MARGARA, alla fine della sua lunga carriera di magistrato di sorveglianza, nel suo intervento al convegno "*Nuovo carcere: un impegno per la città*", tenutosi a Trento il 4 aprile 2009.

3. La ricerca di un equilibrio:

3.1. Una diversa accezione del termine *certezza*.

Forse un primo punto di equilibrio si può trovare cercando di dare un'accezione diversa alla dizione "certezza della pena", ed intendendola non già in senso *retributivo*[780] come certezza in riferimento alla durata della pena, ma certezza che, in presenza di un reato, l'ordinamento statuale interverrà in qualche modo, scongiurando il pericolo dell'impunità del colpevole.

Nella fase esecutiva, ci si potrebbe accontentare della certezza che il condannato sarà affidato a degli organi che ne valuteranno la propensione a delinquere, e che penseranno a soluzioni, quali l'affidamento ad una comunità, l'inserimento in un programma di formazione, o l'offerta di un lavoro, allo scopo di prevenire il pericolo della recidiva. In ossequio al principio di legalità, tali soluzioni dovrebbero godere di un certo grado di prevedibilità e trasparenza, e la possibilità di un controllo giurisdizionale.

In effetti, se il meccanismo attuale delle misure alternative somiglia a quanto descritto e pare offrire, in linea astratta, garanzie di certezza e di legalità, nei fatti esse si rivelano non alternative alla detenzione, ma alternative alla pena *tout court*. Benché ciò sia dovuto a carenze strutturali e logistiche più che a falle nella disciplina legislativa[781], è innegabile che quello che viene generalmente percepito dal singolo cittadino è semplicemente che la pena minacciata il più delle volte non diviene effettiva, e soprattutto che chi è condannato alla pena detentiva goda nei fatti di assoluta libertà. Questo va a discapito della finalità generalpreventiva negativa[782]: con le vistose divaricazioni tra pena minacciata, pena inflitta e pena eseguita "si è (...) minata alla radice la credibilità del sistema sanzionatorio: con buona pace di quelle esigenze di prevenzione generale che sembrerebbero stare tanto a cuore al nostro legislatore"[783].

---

[780] Cfr. GIUNTA, F., *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *loc. cit*., 1998, I, 414, p. 422.
[781] Cfr. DOLCINI, E., *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, I, 95, p. 109.
[782] Cfr. MENGHINI, A., *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo*, *cit*., p. 17.
[783] DOLCINI, E., *La pena in Italia oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in *loc. cit*., p. 1106.

Inoltre, la cronaca enfatizza i fallimenti del sistema, i casi in cui il detenuto uscito dal carcere ne ha approfittato per compiere l'ennesimo efferato crimine. Ciò avviene nonostante la prassi offra dati confortanti, come si è visto nella parte conclusiva del Capitolo III: i dati relativi alle misure alternative, riferiti agli ultimi tre anni, mostrano come la percentuale delle revoche dovute al fatto che i soggetti hanno commesso un reato rimanga sotto l'1% dei casi, mentre in generale le revoche non superano il 7% del totale dei soggetti cui è concesso il beneficio dell'esecuzione penale esterna.

Quanto alla recidiva di chi ha scontato l'intera pena, o una sua parte, in misura alternativa, si è accennato al fatto che torna a delinquere il 19% degli ammessi alle misure alternative, contro il 68% di chi è uscito dopo aver scontato la pena unicamente in stato di detenzione.

Peraltro, a prescindere dai dati sulla recidiva, è opportuno riflettere su questa distinzione: "altro è auspicare l'abbandono dell'ideologia del trattamento, altro è rimettere in discussione le scelte legislative a favore della rieducazione quale principio fondamentale dell'ordinamento, sulla base del quale selezionare la tipologia delle sanzioni penali, individuare i criteri per la scelta giudiziale del tipo e dell'entità della pena, e tracciare le linee di fondo del sistema penitenziario"[784]. Come dire che il fatto che nel sistema attuale residui una percentuale, pur minima, di recidiva anche fra i soggetti che hanno beneficiato di una misura alternativa non basta, da solo, a dimostrare il fallimento dell'ideologia specialpreventiva, ma solo delle modalità con le quali si è cercato di attuarla[785].

---

[784] DOLCINI, E., *La "rieducazione del condannato" fra mito e realtà,* in Riv. it. dir. proc. pen., 1979, 469, p. 500.

[785] Uno dei problemi più grandi legati all'attuazione del "*trattamento rieducativo*", inteso come percorso del condannato, prima in carcere e poi gradualmente fuori da esso, oppure interamente all'esterno, sta nei numeri: gli operatori, gli istruttori e gli assistenti sociali non sono mai abbastanza per poter seguire in modo adeguato tutti i condannati, ed inoltre grandi difficoltà derivano anche dalla mancanza di spazi adeguati, all'interno degli istituti, da riservare all'istruzione, alla formazione ed al lavoro. Tuttavia, in quei casi in cui intorno al condannato si è riusciti a costruire, la maggior parte delle volte grazie alle organizzazioni di volontariato, una rete di contatti e di aiuti al reinserimento sociale e lavorativo, gli esiti sono stati positivi: ciò dimostra che il trattamento rieducativo può funzionare. Fra i molti che hanno avuto a che fare con carcere e rieducazione ed hanno affermato che quest'ultima non è un'utopia si ricordano quelli da noi ascoltati personalmente: ALESSANDRO MARGARA, nel suo intervento al citato convegno "*Nuovo carcere: un impegno per la città*", e DONATA BORGONOVO RE, Ricercatrice dell'Università di Trento e fino a febbraio di quest'anno difensore civico della provincia di Trento, in una conversazione del 14 settembre 2009. Scriveva inoltre trent'anni fa E. DOLCINI: "*Che l'idea rieducativa resista anche a questo tipo di obiezioni, e conservi un fondamento razionale, appare*

3.2. Gli ennesimi interventi contraddittori del legislatore.

A proposito di scelte legislative, occorre soffermarsi sul più recente operato del legislatore italiano, il quale, "di fronte ad una crisi gravissima di certezza e di effettività della pena, non solo non ha fatto nulla per arginare quella crisi, ma anzi ha ulteriormente assecondato la tendenza alla 'fuga dalla sanzione' che impronta da tempo il sistema penale italiano"[786]. Rientrano tra le tappe di questo percorso la legge n. 134/2003, introduttiva del patteggiamento cd. allargato, la legge n. 145/2004, che ha ampliato il campo di applicazione della sospensione condizionale della pena, e la legge n. 251/2005, che, abbreviando i termini della prescrizione, ha aumentato le speranze dell'impunità per gli autori dei reati, inferendo "un colpo mortale alla certezza della pena"[787]. Tali leggi potrebbero far pensare alla progressiva svolta verso un diritto penale *mite*, se non fosse che la stessa legge ex-Cirielli si rivela particolarmente severa nei confronti dei recidivi reiterati, e che gli ultimi due pacchetti sicurezza, corrispondenti rispettivamente alla legge 125/2008 ed alla legge 94/2009, vanno nella direzione di un inasprimento sanzionatorio, innalzando le sanzioni per alcuni reati già esistenti e introducendone di nuovi.

Queste riforme altro non sono che gli ultimi sviluppi di quel movimento pendolare oscillante tra "tendenze lassiste e tendenze brutalmente repressive"[788] cui si è accennato, e che caratterizza ormai da trent'anni il legislatore italiano: secondo una possibile chiave di lettura del fenomeno, anche il fatto che manchi, nelle varie riforme, una linea politico-criminale univoca, potrebbe essere causa dell'attuale incertezza della pena. Ma in tal senso allora l'incertezza non deriverebbe dall'aspetto rieducativo: istituti come la sospensione condizionale, o i riti alternativi, non hanno alcuna pretesa di costituire un trattamento rieducativo: l'elemento premiale che caratterizza soprattutto i riti speciali non ha nulla a che

---

particolarmente confortante sul terreno della politica penitenziaria. Il disagio in cui l'idea rieducativa viene a trovarsi di fronte alla realtà del carcere, e le difficoltà cui va incontro la sua concreta attuazione, non impediscono, infatti, che essa svolga un ruolo estremamente costruttivo nell'evoluzione del sistema: sia all'interno della pena detentiva, sia nella prospettiva di un suo progressivo ridimensionamento" (*La "rieducazione del condannato" fra mito e realtà* , *cit*., p. 520). L'A. ha avuto occasione di ribadire gli stessi concetti in *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive*, *loc. cit*., p. 81.

[786] DOLCINI, E., *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero, della lungimiranza del costituente,* in Rass. pen. criminol., 2005, II-III, 69, p. 76.

[787] DOLCINI, E., *loc. ult. cit*., p. 76.

[788] DOLCINI, E., *loc. ult. cit*., p. 79.

fare con la rieducazione dell'*imputato*, costituendo solo la ricompensa che l'ordinamento offre a chi ha accettato di essere processato senza le dovute garanzie.

3.3. La più difficile questione della certezza nella fase commisurativa.

Al momento della commisurazione della pena, il potere discrezionale del giudice penale è molto grande.

Le molte proposte di riforma della parte generale del codice penale hanno cercato di recuperare la certezza della pena *inflitta* da un lato diminuendo l'ampiezza delle cornici edittali e dall'altro circoscrivendo la discrezionalità del giudice nel momento della commisurazione giudiziale della pena[789], ma ciò ha a suo tempo sollevato le proteste dei magistrati, che guardavano con preoccupazione ad una tale restrizione del loro potere.

Anche in questo campo bisognerebbe dunque trovare un punto di equilibrio tra la necessità che il legislatore in qualche modo intervenga per "rinsaldare il binomio reato-pena"[790] e l'opposta ma non inconciliabile esigenza che al giudice sia lasciata quella discrezionalità che gli consente di adattare la risposta sanzionatoria al caso concreto.

3.4. Un sistema più variegato di sanzioni.

Molti studi italiani, compiuti con quel *quid pluris* costituito dallo sguardo all'esperienza europea, sostengono che i tempi sono ormai maturi perché il diritto penale "si doti di un apparato sanzionatorio più ricco di strumenti di quanto non siano la pena detentiva, ormai abusata"[791]: si tratta di proposte volte ad elevare le sanzioni accessorie al rango di pene principali, e di valorizzare le sanzioni a contenuto interdittivo. Nell'ottica dei proponenti, tali soluzioni appaiono idonee al recupero dell'effettività sanzionatoria[792].

---

[789] Questo ad esempio l'intento del progetto Pagliaro, cfr. NEPPI MODONA, G., *Il sistema sanzionatorio: considerazioni in margine ad un recente schema di riforma,* in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, II, 315, p. 329. In senso analogo anche il progetto Grosso.
[790] MENGHINI, A., *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo, cit.*, p. 18.
[791] Cfr. MENGHINI, A., *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo, cit.*, p. 18.
[792] Per indicazioni più specifiche, si rimanda a quanto già scritto nel *Cap. I* in merito ad i progetti di riforma della parte generale del codice penale ed al *Cap. II* per le proposte *de iure condendo* in materia di sanzioni accessorie e pene interdittive.

3.5. Una diversa visione del carcere.

Su di un ultimo aspetto preme soffermarsi. Sembra di poter rilevare, nel *quidam de populo*, un'aperta resistenza ad accettare che la pena più severa, il carcere, sia divenuto ormai, a seguito delle riforme legislative in tal senso, più *aperto*, perché la legge prevede la possibilità dei permessi, delle licenze, delle misure alternative e delle riduzioni di pena. Questo atteggiamento rivela il desiderio che il carcere sia un luogo dove il criminale, ma forse anche il *diverso*, viene nascosto, confinato, escluso. Se da un lato è legittimo il desiderio che chi ha commesso un reato sia punito, dall'altro non si può dimenticare che arriverà il momento in cui il condannato esce dal carcere, ed è nell'interesse di tutti che egli non commetta altri reati e non vi rientri, poiché ciò comporta, fra gli altri, anche dei costi sociali in termini contributivi ed economici.

Si vuole dunque concludere con le parole di Mario Gozzini, il quale ribadisce l'esigenza "di far capire alla gente, ai cittadini che con la giustizia penale non hanno mai avuto a che fare, che è sbagliato far prevalere l'istinto di dominio (...) sull'intelligenza della reciprocità – la realtà carcere ci riguarda tutti, non può essere delegata ai carcerieri. (...) Quando dico tutti, non voglio affatto dire che ogni cittadino debba occuparsi del sistema penitenziario, e magari essere disponibile ad entrarci come volontario. Ci mancherebbe altro. Ma che si diffonda nella collettività la conoscenza delle ragioni, molto concrete e non soltanto ideali, o umanitarie, che governano il sistema stesso, ciò è condizione necessaria perché l'ordinamento consegua i suoi fini"[793]. Parlando di ragioni concrete, Gozzini intende riferirsi proprio al fatto che comunità esterna ed enti pubblici dovrebbero prendersi carico dell'assistenza postpenitenziaria dei detenuti per diminuire il rischio della recidiva, e favorire la loro *rieducazione* intesa in questo caso come *risocializzazione*. Tale discorso ben si può conciliare con la necessità di una politica di deflazione carceraria e di apertura verso nuovi tipi di sanzioni, a contenuto interdittivo o diversamente restrittivo della libertà personale.

---

[793] GOZZINI, M., *Carcere perché, carcere come. Italia 1975-1987,* Ed. Cultura della pace, S. Domenico di Fiesole, 1988, pp. 12-13.

Bibliografia

AA.VV. — *Digesto delle discipline penalistiche*
IV Ed. Giuffrè, Milano 1995

AA. VV. — *Enciclopedia del diritto*
Giuffrè, Milano, 1960 –

AA.VV. — *Pene accessorie e sistema penale*
Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Trieste
E.U.T, Trieste 2001

BARBERA, Augusto – MORRONE, Andrea — *La Repubblica dei referendum*
Il Mulino, Bologna 2003

BARTOLI, Roberto — *Contributo alla riforma degli istituti sospensivi della pena*
in PALAZZO – BARTOLI *Certezza o flessibilità della pena?*, *cit*., pp. 99 ss.

BECCARIA, Cesare — *Dei delitti e delle pene*
Oscar Mondadori, 11ª ristampa 2008

BERNASCONI, Alessandro — *sub Art. 13*,
in GREVI, V. – GIOSTRA, G. – DELLA CASA, F., *Ordinamento penitenziario, Commento articolo per articolo,* 3° Ed. Cedam, Padova 2006, pp. 157 ss.

sub Art. 15
in GREVI, V. – GIOSTRA, G. – DELLA CASA, F., *op. cit*., pp. 192 ss.

sub Art. 51-bis,
in GREVI, V. – GIOSTRA, G. – DELLA CASA, F., *op. cit*., pp. 668 ss.

BIFULCO, Raffaele – CELOTTO, Alfonso – OLIVETTI, Marco *(a cura di)* — *Commentario alla Costituzione*
Vol. I
Utet, Milano 2006

BORGONOVO RE, Donata — *Tra le sbarre di un carcere*
http://www.giornalesentire.it/2009/agosto/205/tralesbarrediuncarcere.html, consultato il 30 agosto 2009.

BRESCI, Leonardo — *I riflessi delle novità introdotte dalla ex Cirielli in materia di esecuzione penale*
http://www.altrodiritto.unifi.it/misure/bresci/index.htm,
documento del portale web "L'altro diritto"
consultato il 7 luglio 2009.

BRUNETTI, Carlo — *Le principali novità introdotte dalla legge 251/05 (cd. ex-Cirielli) in materia di esecuzione penale e di diritto penitenziario - Questioni interpretative*
Rassegna penitenziaria e criminologica, 2006, 3, 47

CAMERA DEI DEPUTATI – SEGRETARIATO GENERALE *(a cura di)* — *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*
Volume VI - COMMISSIONE PER LA COSTITUZIONE
Roma, 1971

CADOPPI, Alberto – VENEZIANI Paolo — *Elementi di diritto penale*
Parte generale
II Edizione, Cedam, Padova 2004

CANEPA, Mario – MERLO Sergio — *Manuale di diritto penitenziario.*
Le norme, gli organi, le modalità dell'esecuzione delle sanzioni penali
VII Edizione, Giuffrè, Milano 2004

CARETTI, Paolo – DE SIERVO, Ugo — *Istituzioni di diritto pubblico*
VIII Edizione, Giappichelli, Torino 2006

CATTANEO, Mario A. — *Il problema filosofico della pena*
Editrice Universitaria, Ferrara, 1978

CAVALLARI, V. — voce *Contraddittorio (dir. proc. pen.)*
in *Enc. Dir.*, Vol. IX, Giuffrè, Milano 1961, pp. 730 ss.

CERQUETTI, Giovanni — voce *Riabilitazione*
in *Enc. Dir.*, Vol. XL, Giuffrè, Milano 1989, pp. 311 ss.

CECANESE, Gianfederico — *Pena (profili reali della) e benefici penitenziari*
in Digesto delle discipline penalistiche
IV Ed., Tomo II, Aggiornamento *** 2005
UTET Giuridica, Torino, 2005, pp. 1004 ss.

CESARIS, Laura — *sub Art. 47-ter*
in GREVI – GIOSTRA. – DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario, cit.*, pp.565 ss.

CIAPPI, Silvio – COLUCCIA, Anna
Giustizia criminale
Retribuzione, riabilitazione e riparazione : modelli e strategie di intervento penale a confronto
Franco Angeli, Milano 1997

CONSO, Giovanni – GREVI, Vittorio
Compendio di procedura penale
III Ed., Cedam, Padova 2006

CONSTANTINESCO, Vlad – PIERRÉ-CAPS, Stéphane
Droit constitutionnel
3e Edition mise à jour
Thémis droit, PUF, Paris 2007

Commissione Ministeriale presieduta dal Prof. Carlo Federico GROSSO
Relazione al "Progetto preliminare di riforma del codice penale" – Parte generale
Riv. it. dir. e proc. pen., 2001, 575.

CORBI, Fabrizio
voce *Esecuzione penale*
in GAITO, A. *(a cura di) Digesto delle discipline penalistiche*, Vol. X Appendice, IV Ed., Utet, Torino 1995, pp. 664 ss.

CREPALDI, Bruno
Lavorare nel penitenziario: finalizzazione della pena e professionalità
Tesi di Laurea
Università degli Studi di Trento, Corso di Laurea Specialistica in Sociologia e Ricerca Sociale
Anno Accademico 2007/2008

DAGA, Luigi
voce *Trattamento penitenziario*
in *Enc. Dir.*, Vol. XLIV, Giuffrè, Milano 1992, pp. 1308 ss.

DELLA CASA, Franco
sub Art. 69
in GREVI, V. – GIOSTRA, G. – DELLA CASA, F., *Ordinamento penitenziario, Commento articolo per articolo,* 3° Ed. Cedam, Padova 2006, pp. 822 ss.

sub Art. 70
in GREVI, V. – GIOSTRA, G. – DELLA CASA, F., *Ordinamento penitenziario, Commento articolo per articolo, cit.*, pp. 873 ss.

DELLA CASA, Franco. – BERTOLOTTO, Enrica
sub Art. 678 c.p.p.
in GREVI, V. – GIOSTRA, G. – DELLA CASA, F., *Ordinamento penitenziario, Commento articolo per articolo, cit.*, p. 991

DELL'ANNO, A. *sub Art. 69.1*
in LATTANZI, G. – LUPO, E., *Codice penale. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, Aggiornamento 2000-2005, Giuffrè, Milano 2005, pp. 711 ss.

DE VITO, Christian G. *Camosci e girachiavi*
Storia del carcere in Italia
Laterza, Roma – Bari 2009

DERIU, Antonio – MORGANTE, Luca *Le misure alternative e il trattamento rieducativo nelle nuove proposte di riforma dell'Ordinamento penitenziario*
Rass. pen. e criminol., 2008, I, 119

DI MARTINO, Alberto *La sequenza infranta.*
Profili della dissociazione tra reato e pena
Giuffrè, Milano, 1998

DI MARTINO, Corrada *Il difficile connubio tra funzione rieducativa della pena e benefici penitenziari a favore dei pentiti*
Rass. pen. e criminol., 2003, I-II, 227

DOLCINI, Emilio *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*
Riv. it. dir. proc. pen., 1991, 55.

La pena in Italia oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa
in DOLCINI, E. – PALIERO, C. E. (*a cura di*), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. II Teoria della pena – Teoria del reato, Giuffrè, Milano 2006, pp. 1073 ss.

La "rieducazione del condannato" fra mito e realtà
Riv. it. dir. proc. pen., 1979, 469.

Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?
Riv. it. dir. proc. pen., 1999, III, 857.

Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena
Riv. it. dir. proc. pen., 1974, 338.

Pene detentive, pene pecuniarie, pene restrittive della libertà personale: uno sguardo sulla prassi
Riv. it. dir. proc. pen., 2006, I, 95.

Problemi vecchi e nuovi in tema di riti alternativi: patteggiamento, accertamento di responsabilità, misura della pena
Riv. it. dir. proc. pen., 2009, II, 569

Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero, della lungimiranza del costituente
Rass. pen. e criminol., 2005, II-III, 69.

voce *Potere discrezionale (dir. proc. pen.)*
in *Enc. Dir.,*Volume XXXIV, Giuffrè, Milano 1985, p. 744.

DOLCINI, Emilio – MARINUCCI, Giorgio (a cura di)
Codice penale commentato, vol. I e II
Ipsoa, II Ed. 2006.

DOLCINI, Emilio – PALIERO, Carlo Enrico
Il carcere ha alternative?
Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea.
Giuffrè, Milano 1989

DOLCINI, Emilio – PALIERO, Carlo Enrico *(a cura di)*
Studi in onore di Giorgio Marinucci
Vol. II Teoria della pena – Teoria del reato
Giuffrè, Milano 2006

DONINI, Massimo
Silète poenologi in munere alieno. Parte seconda
in PAVARINI, M. *(a cura di), Silète poenologi in munere alieno! – Teoria della pena e scienza penalistica, oggi, cit.*, pp. 25 ss.

ESPOSITO, Carlo
Le pene fisse e i principi costituzionali di eguaglianza, personalità e rieducatività della pena
(Commento alla Sent. della Corte Cost. n. 79 dell'8 giugno 1963)
Giur. Cost., 1963, II, 661.

FALCON, Giandomenico
Lineamenti di diritto pubblico
IX Edizione, Cedam, Padova 2003

FALZONE, V. – PALERMO, F. – COSENTINO, F. *(a cura di)*
La Costituzione della Repubblica italiana
Illustrata con i lavori preparatori
Oscar Studio Mondadori, 1976

FASSONE, Elvio,
voce *Reclusione*
in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXXIX, Giuffrè, Milano 1988, pp. 146 ss.

FERLUGA, Loredana
Lavoro carcerario e competenza del magistrato di sorveglianza,
in Riv. it. dir. lav., 2000, 2, 394.

FIANDACA, Giovanni — *Il 3° comma dell'art. 27*
in BRANCA – PIZZORUSSO *(a cura di)*, Commentario alla Costituzione – Rapporti Civili.
Art. 27 – 28,
Bologna, Zanichelli, 1991.

Pena «patteggiata» e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale
Foro italiano, 1990, I, 2385

Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale
in VASSALLI *(a cura di),* Diritto penale e giurisprudenza costituzionale
Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2006, p. 131.

FIANDACA, Giovanni – MUSCO, Enzo — *Diritto penale*
Parte generale
5° Ed., Zanichelli, Bologna 2007

FILIPPI, Leonardo – SPANGHER, Giorgio — *Manuale di esecuzione penitenziaria*
Annotato con la giurisprudenza
Giuffrè, Milano 2003

FILIPPI, Leonardo – SPANGHER, Giorgio — *Manuale di diritto penitenziario*
Annotato con la giurisprudenza
II Ed., Giuffrè, Milano 2007

FIORENTIN, Fabio — *Cosa resta della certezza della pena? La certezza della pena nella fase dell'esecuzione penale*
Cass. pen., 2008, III

FORNASARI, Gabriele — *Intervento*
in PAVARINI, M., *Siléte poenologi in munere alieno!*, Monduzzi, Bologna, 2006, pp. 165 ss.

FORNASARI, Gabriele – MENGHINI, Antonia — *Percorsi europei di diritto penale*
Cedam, Padova 2005

FOUCAULT, Michel — *Sorvegliare e punire*
Nascita della prigione
ET Saggi, Einaudi, Torino 1993

GAITO, Alfredo — *Esecuzione*
in CONSO – GREVI, *Compendio di procedura penale*, III Ed., Cedam, Padova 2006, pp. 928 ss.

GAITO, Alfredo *(a cura di)* — *DIGESTO delle discipline penalistiche*
IV Ed., Tomo II, Aggiornamento *** 2005
UTET Giuridica, Torino, 2005

GALLO, Ettore — *Un primo passo per il superamento dell'ergastolo*
Riv. it. dir. proc. pen., 1994, I, 1267

L'evoluzione del pensiero della Corte Costituzionale in tema di funzione di pena
Giur. cost., 1994, 3203

GIOSTRA, Glauco — *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*
Dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive
Giuffrè, Milano 1983, pp. 117 ss.

GIUNTA, Fausto — *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*
in Riv. it. dir. proc. pen., 1998, I, 414

GRASSO, P. G. — *Appunti sulla pena nella Costituzione Italiana*
Giustizia Penale, (Parte prima: i presupposti), 1954, I, 225

GOISIS, Luciana — *La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione.*
Giuffrè, Milano 2008

GONNELLA, Patrizio – MARCHESI, Antonio *(a cura di)* — *Onorare gli impegni.*
L'Italia e le norme internazionali contro la tortura.
Sinnos, Roma 2006

GOZZINI, Mario — *Carcere perché, carcere come. Italia 1975-1987*
Ed. Cultura della pace, S. Domenico di Fiesole, 1988, pp. 12-13.

E nelle carceri sparì la legalità
L'Unità, 22 ottobre 1992, p. 2

GREVI, Vittorio — *sub Art. 1*
in GREVI – GIOSTRA – DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario, Commento articolo per articolo*, 3° Ed. Cedam, Padova 2006, pp. 3 ss.

GREVI, Vittorio – GIOSTRA, Glauco – DELLA CASA, Franco — *Ordinamento penitenziario*
Commento articolo per articolo
3° Edizione a cura di Franco Della Casa
Cedam, Padova 2006

GUZMAN DALBORA, José Luis — *Pena e misure di sicurezza. Profili concettuali, storici e comparatistica*
(Ed. ital a cura di FORNASARI – CORN)
Università degli Studi di Trento, 2009

INSOLERA, Gaetano — *La «macchina ingolfata» della giustizia penale, il processo e la pena*
Questione giustizia, 1999, V, 867

LA GRECA, Giuseppe — *sub Art. 30*
in GREVI – GIOSTRA – DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, III Ed. a cura di Franco Della Casa, Cedam, Padova 2006, p. 345.

LATTANZI, Giorgio – LUPO, Ernesto — *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*
Vol. IV, Giuffrè, Milano 2000

LEONARDI, Fabrizio — *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale ed abbattimento della recidiva*
Rass. pen. criminol., 2007, II, 7, pp. 7-8.

LOZZI, Gilberto — *Lezioni di procedura penale*
VII Ed., Giappichelli, Torino 2008

MACCORA, Vincenza — *Ordinamento Penitenziario e Legge Simeone: buone intenzioni e strumenti discutibili*
Questione Giustizia 1998, II, 291

MAIORANO, Nicola — *La riduzione di pena: valutazione dei singoli semestri di pena espiata o valutazione globale?*
Cass. pen., 1991, II, 10

La remissione del debito alla luce della sentenza n. 342/91 della Corte Costituzionale
Cass. pen., 1992, 894

MALINVERNI, Alessandro — *Circostanze del reato,*
in Enc. Dir., Vol. VII, Giuffrè, Milano 1960, p. 66, pp. 93 ss.

MAMBRUCCHI, Katia — *Procedimento di sorveglianza*
in GAITO, A. *(a cura di), Digesto delle discipline penalistiche*, IV Ed., Tomo II, Aggiornamento *** 2005, UTET Giuridica, Torino, 2005, p. 1112.

MANNA, Adelmo — voce *Circostanze del reato,*
in Enc. giur. Treccani, Vol. VI, 1993, p. 1.

MANNOZZI, Grazia — *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione della pena. Il just desert model e la riforma del sentencing nord-americano.* Cedam, Padova 1996

MANTOVANI, Ferrando — *La "perenne crisi" e la "perenne vitalità" della pena. E la "crisi di solitudine" del diritto penale*, in DOLCINI, E. – PALIERO, C. E. (*a cura di*), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. II Teoria della pena – Teoria del reato, Giuffrè, Milano 2006, pp. 1170 ss.

MARINUCCI, Giorgio — *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma* Riv. it. dir e proc. pen., 2000, I, 160

La pena di morte Riv. it. dir. e proc. pen. 2009, I, 3

MARINUCCI, Giorgio – DOLCINI, Emilio — *Manuale di diritto penale Parte generale* Giuffrè, Milano 2004

MELCHIONDA, Alessandro — *Le circostanze del reato Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica* Cedam, Padova 2000

MENGHINI, Antonia — *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo Una proposta de iure condendo* Giappichelli, Torino 2008

Sistemi sanzionatori a confronto, in FORNASARI – MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale,* Cedam, Padova 2005, pp. 109 ss.

MONACO, Lucio — *Prospettive dell'idea di 'scopo' nella teoria della pena* Ed. dott. Jovene, Napoli 1984

MOSCONI, Giuseppe — *Dentro il carcere, oltre la pena* Cedam, Padova 1998

NEPPI MODONA, Guido — *Il sistema sanzionatorio: considerazioni in margine ad un recente schema di riforma* Riv. it. dir. proc. pen., 1995, II, 315

NUVOLONE, Pietro — voce *Pena (diritto penale)* In *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII Giuffrè, Milano 1982, pp. 787 ss.

NIRO, Massimo — *Le misure alternative tra deflazione carceraria e revisione del sistema sanzionatorio penale*
Rassegna penitenziaria e criminologica, 2008, I, 105

ORLANDI, Renzo — *Procedimenti speciali*
in CONSO – GREVI, *Compendio di procedura penale,* III Ed. Cedam, Padova 2006, pp. 563 ss.

ORRÙ, Giovanni — *Lezioni di storia del pensiero teorico-giuridico moderno*
Giappichelli, Torino 1988

PADOVANI, Tullio — *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*
Riv. it. dir. proc. pen., 1989, 916

PAGLIARO, Antonio — *Commisurazione della pena e prevenzione generale*
Riv. it. dir. proc. pen., 1981, I, 25

PALAZZO, Francesco - BARTOLI, Roberto — *Certezza o flessibilità della pena?*
Verso la riforma della sospensione condizionale
Giappichelli, Torino 2007

PALAZZO, Francesco — *Trasformazione o declino della sospensione condizionale della pena nel sistema penale italiano?*
in PALAZZO – BARTOLI, *Certezza o flessibilità della pena? Verso la riforma della sospensione condizionale*, Giappichelli, Torino 2007, pp. 3 ss.

PALIERO, Carlo Enrico, — *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte Costituzionale: conferme e aspettative*
In VASSALLI, G. *(a cura di), Diritto penale e giurisprudenza costituzionale, cit.* pp. 154 ss.

PAVARINI, Massimo *(a cura di)* — *Silète poenologi in munere alieno!*
Teoria della pena e scienza penalistica, oggi
Monduzzi editore, Bologna 2006

PAVARINI, Massimo — *La Corte Costituzionale di fronte al problema penitenziario: un primo approccio in tema di lavoro carcerario*
Riv. it. dir. proc. pen., 1976, I, 263

Misure Alternative Alla Detenzione Dal 1986 Ad Oggi. Risultati ed incongruenze del sistema sanzionatorio nell'attuale contesto normativo
Rassegna Penitenziaria E Criminologica, 2003, I-II, 207

La penalità, oggi, nella critica penologica,
in PAVARINI – GUAZZALOCA, *Saggi sul governo della*

penalità, Martina, Bologna 2007, pp. 3 ss.

L'inferno esiste anche se all'inferno non c'è nessuno. (Osservazioni su ordinamento penitenziario e ruolo della pena)
Questione Giustizia, 1986, IV, 804

Lo scambio penitenziario. Manifesto e latente nella flessibilità della pena in fase esecutiva
II Edizione, Ed. Martina, Bologna 1996

Riflessioni in merito alle modifiche sull'ordinamento penitenziario (Legge 10 ottobre 1986 n. 663)
Marginalità e Società, 1987, I-II

PAVARINI, Massimo – GUAZZALOCA, Bruno
Corso di diritto penitenziario
Ed. Martina, Bologna 2004

Saggi sul governo della penalità
Letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario
Ed. Martina, Bologna 2007

PETROCELLI, Biagio
Retribuzione e difesa nel progetto di codice penale del 1949
Riv. it. dir. e proc. pen., 1950, 573.

PIETRALUNGA, Susanna
L'affidamento in prova al servizio sociale
Cedam, Padova 1990

PRESUTTI, Adonella
sub Art. 47
in GREVI – GIOSTRA – DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario, Commento articolo per articolo*, *cit*., pp. 463 ss.

sub Art. 52
in GREVI – GIOSTRA – DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario*, *cit*., pp. 678 ss.

I permessi premio come strumento di rieducazione: i corollari di una svolta
Dir. Pen. e Processo, 1995, 11, 1300

PULITANO', Domenico
Diritto penale
II Ed., Giappichelli, Torino 2007

RONCO, Mauro
Il problema della pena
Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena
Giappichelli, Torino 1996

Una proposta per la riacquisizione di senso della pena riabilitativa
in PAVARINI, M. *(a cura di), Silète poenologi in munere alieno! – Teoria della pena e scienza penalistica, oggi, cit., pp. 51 ss.*

RUGGIERO, A. voce *Pentitismo e collaborazione processuale*
in *Digesto delle discipline penalistiche,* IV Ed., Tomo II, Aggiornamento *** 2005, UTET Giuridica, Torino, 2005, pp. 1028 ss.

SOTTANIS, Roberta *sub Art. 19*
in GREVI – GIOSTRA – DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, *cit*., pp. 256 ss.

SPENA, Alessandro *Accidentalia delicti? Le circostanze nella struttura del reato*
Riv. it. dir. proc. pen., 2009, II, 639.

SPASARI, Mario *Diritto penale e costituzione*
Giuffrè, Milano 1966

TORRENTE, Giovanni *Indulto. La verità, tutta la verità, nient'altro che la verità.*
articolo del maggio 2009 pubblicato nell'area documentazione di www.ristretti.it, consultato l'11 settembre 2009.

TURRINI VITA, Riccardo *Riflessioni sul futuro dell'esecuzione penale*
Rass. pen. e criminol., 2005, II-III, 55

VASSALLI, Giuliano *Funzioni ed insufficienze della pena*
Riv. it. dir. proc. pen., 1961, I, 297

Diritto penale e giurisprudenza costituzionale
Riv. it. dir. proc. pen., 2008, 1, 3

VASSALLI, Giuliano *(a cura di)* *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*
Collana: «Cinquanta anni della Corte Costituzionale della Repubblica italiana»
Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006

Sitografia

www.altrodiritto.unifi.it

www.associazioneantigone.it

www.camera.it

www.cortecostituzionale.it

www.dignitas.it

www.echr.coe.int

www.giornalesentire.it

www.giustizia.it

www.ristretti.it

www.senato.it

www.unita.it