



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Dottorato in Studi Giuridici

Comparati ed Europei

candidata: Giorgia Oss

**La realtà applicativa delle
sanzioni penali in Italia ed in
Germania, tra tensioni
rieducative ed istanze europee di
armonizzazione**

La pena detentiva

Relatore Prof. Gabriele Fornasari

Anno Accademico 2014-2015

Indirizzo specialistico in Diritto e procedura penale

XXVIII ciclo

Esame finale: 17/03/2016

Commissione esaminatrice:

Prof.ssa Anna Maria Maugeri, Università di Catania

Prof. Fabio Basile, Università di Milano

Prof. Riccardo Borsari, Università di Padova

Scrivere la tesi di dottorato ha significato, per me, poter avere il lusso di dedicarmi allo studio di un tema che mi appassiona in un ambiente ricco di stimoli intellettuali. Per questo, devo ringraziare per primo il Professor Fornasari, un vero Maestro, che con le sue profonde conoscenze e la sua vivace curiosità per il diritto penale mi ha dato tanti spunti di riflessione nel corso di questi anni.

Le persone alle quali ho chiesto consigli e conforto durante la stesura di questa tesi sono davvero tante, vicine e lontane. Il pensiero va a Claudia e Federico, friburghesi d'adozione e parte integrante della mia vita in Brisgovia, Adriano, per qualche pensiero sulle stesse frequenze, Ema, che sta sempre dalla mia parte, Ilaria, "nella mia stessa barca", ed alle amiche ciecamente fiduciose nella buona riuscita di questo lavoro: Silvia, Elena, Ottavia, Tanja, Maddi, Karin, Beatrice e Federica.

Meritano un enorme ringraziamento i miei famigliari, che mi hanno sopportato nei momenti più difficili: grazie papà e Michi, grazie Franz per la tua pazienza, grazie Frà per aver fatto da scudo tra me ed il mondo esterno quando ce n'era il bisogno...

Grazie mamma.

Se dicessi che il sogno del dottorato è solo mio non sarebbe vero: dedico questo lavoro ad Alessandro, che ne ha condiviso ogni momento insieme a me.

INDICE

ABSTRACT.....	5
CAPITOLO PRIMO	
L'ATTUALE DIBATTITO SULLA PENA	
1. <i>La «crisi» delle basi epistemologiche di giustificazione della pena.....</i>	7
1.1. <i>Premessa. Il dibattito storico sulla pena.</i>	7
1.2. <i>Cesare Beccaria, «punto di partenza di un processo ancora oggi non terminato».....</i>	12
1.3. <i>Dal «conflitto tra le scuole» ad oggi.....</i>	19
1.3.1. <i>La «retribuzione equilibrata» di Francesco Carrara.....</i>	21
1.3.2. <i>Rieducazione e scuola positiva.....</i>	27
1.3.3. <i>Franz von Liszt e il «Programma di Marburgo».....</i>	33
1.3.4. <i>I termini del conflitto, in sintesi.....</i>	38
1.4. <i>Le concezioni relative alla funzione della pena accolte negli ordinamenti positivi. Una panoramica.</i>	45
1.5. <i>Le ragioni della crisi.....</i>	50
2. <i>Carcere e concetto di «rieducazione» nella società dell'esclusione.....</i>	56
2.1. <i>Il significato del termine «rieducazione».....</i>	56
2.2. <i>La parabola discendente della fiducia nella rieducazione.....</i>	59
2.3. <i>Prospettive realistiche per una riaffermazione della rieducazione.....</i>	64
3. <i>La pena pecuniaria.....</i>	68
3.1. <i>Origine ed evoluzione storica. Brevi cenni.....</i>	68
3.2. <i>Utilizzo ed effettività della pena pecuniaria.....</i>	70
3.3. <i>Aspetti critici: la difficile conciliazione con il principio rieducativo ed altri principi aventi rilevanza costituzionale.....</i>	74
4. <i>L'emergere di soluzioni alternative.....</i>	79
4.1. <i>Ritorno alle origini: rinascita dell'attenzione verso la giustizia conciliativa</i>	79
4.2. <i>Giustizia riparativa in pratica.....</i>	85
4.3. <i>Giustizia riparativa, esecuzione della pena e rieducazione.....</i>	92
5. <i>La pena nella giustizia penale internazionale, appunti sulla scelta di non punire e sulle soluzioni conciliative.....</i>	93

5.1. <i>Il contesto di riferimento</i>	93
5.2. <i>Alcuni dei problemi</i>	95

CAPITOLO SECONDO

TEORIA E PRASSI NELL'INFLIZIONE ED ESECUZIONE DELLA PENA, IN ITALIA.

1. <i>I fini della pena dal codice Rocco alla Costituzione: un excursus storico</i>	101
1.1. <i>Il dato normativo frutto del «compromesso»</i>	101
1.2. <i>Principi costituzionali sulla pena</i>	106
1.3. <i>Evoluzioni legislative, giurisprudenziali e dottrinali del principio rieducativo nel primo cinquantennio repubblicano</i>	110
1.3.1. <i>Iniziali difficoltà di radicamento del principio rieducativo</i>	111
1.3.2. <i>Orientamenti ondinvaghi nell'arco degli anni Settanta</i>	115
1.3.3. <i>Gli anni '80 e '90 tra fiducia nella rieducazione ed inversioni di tendenza</i>	119
1.3.4. <i>Le posizioni della Corte Costituzionale dopo la svolta del 1990</i>	127
1.4. <i>Proposte di riforma più risalenti: una rapida panoramica</i>	131
1.4.1. <i>Progetti per un nuovo codice penale</i>	131
1.4.2. <i>Proposte di modifica dell'ordinamento penitenziario</i>	133
2. <i>Il ventunesimo secolo: recenti progetti e più o meno «spontanee» riforme</i>	134
2.1. <i>Crisi della pena, sovraffollamento, abuso della custodia cautelare in carcere, spregio dei diritti dei detenuti. Finché la misura non fu colma</i>	135
2.1.1. <i>Norme penali sostanziali e processuali</i>	136
2.1.2. <i>Modifiche all'ordinamento penitenziario</i>	139
2.2. <i>Il momento contemporaneo: davvero una nuova stagione?</i>	141
2.2.1. <i>Riforme successive alla sentenza Sulejmanovic ... e Torreggiani</i>	143
2.2.2. <i>Il lavoro delle Commissioni Palazzo e la legge delega 67/2014</i>	149
2.2.3. <i>L'attuazione delle deleghe</i>	158
2.2.4. <i>Ultimissimi progetti di riforma, in particolare dell'ordinamento penitenziario</i>	161
2.3. <i>Un legislatore sempre troppo sbrigativo?</i>	166
3. <i>La prassi: svilimento dell'obbligo di motivazione e discrezionalità svincolata</i> ..	167
3.1. <i>La pratica distratta della commisurazione della pena</i>	168

3.2. Particolarità relative alla pena pecuniaria	177
3.3. Aspetti problematici relativi alla seconda fase della commisurazione: le circostanze del reato.....	178
4. Alcuni momenti di esercizio della discrezionalità da parte del tribunale di sorveglianza.....	181
4.1. Il differimento dell'esecuzione della pena	182
4.2. «Comportamento (del reo) tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento»	184
4.3. «Rieducazione del reo» ai fini dell'affidamento in prova al servizio sociale.	187
5. Conclusione parziale	189

CAPITOLO TERZO

INFLIZIONE ED ESECUZIONE DELLA PENA IN GERMANIA

1. Dalla teoria alla pratica: riflesso del dibattito attuale sulla pena sull'ordinamento tedesco	193
1.1. Variazioni sul tema della Vereinigungstheorie.	193
1.1.1. Il dato normativo	194
1.1.2. Il dibattito dottrinale.....	196
1.1.3. Finalità e natura della pena nella giurisprudenza	204
1.2. Principi generali del sistema. Le fonti.....	209
2. Le pene che incidono sulla libertà personale. Una panoramica	211
2.1. Le pene principali	214
2.1.1. La pena detentiva.....	214
2.1.2. La pena pecuniaria...ineseguita e convertita in Ersatzfreiheitsstrafe.....	217
2.2. Conseguenze della condanna.....	221
2.2.1. Il Fahrverbot (§ 44 StGB).....	221
2.2.2 Nebenfolgen	222
2.3. Sospensione condizionale della pena	223
2.4. Sospensione condizionale del residuo di pena detentiva temporanea.....	226
2.5. Ammonizione con riserva di pena.....	230
2.6. Absehen von Strafe.....	232
3. La commisurazione della pena	233
3.1. Cornice edittale e besonders schwere o minder schwere Fälle.....	233

3.2. Cornice legislativa e scopi della pena.....	236
3.2.1. La «Grundlageformel» e la «Sozialklausel» di cui al primo comma del § 46 StGB.....	237
3.2.2. Il secondo comma del § 46 StGB.....	240
3.2.3. Circostanze rilevanti ai fini della commisurazione di creazione giurisprudenziale.....	244
3.2.4. Cause legislative di attenuazione della pena	245
3.2.5. Una regola commisurativa speciale: il § 47 StGB.....	246
3.3. Obbligo di motivazione e ricerche empiriche sulla prassi commisurativa	247
4. L'esecuzione delle pene privative della libertà personale	250
4.1. Inflizione ed applicazione delle pene: qualche dato	250
4.2. Lo Strafvollstreckungsrecht, brevi cenni procedurali	252
4.3. Lo Strafvollzugrecht: alcune peculiarità.....	253
4.3.1. Lo scopo dell'esecuzione penale carceraria	253
4.3.2. L'esecuzione «aperta».....	257
4.3.3. La preparazione al rilascio	261
5. Seconda conclusione parziale	263
CONCLUSIONI.....	265
BIBLIOGRAFIA.....	277

ABSTRACT

Il lavoro si compone essenzialmente di due parti. In un primo segmento (corrispondente al primo capitolo), vengono affrontati alcuni dei temi più classicamente collegati allo studio della pena, con particolare attenzione per il binomio pena detentiva-rieducazione: nonostante il tema sia un po' trascurato dalle più recenti trattazioni dottrinali, l'ideale rieducativo conserva tutta la sua importanza, e necessiterebbe di maggiori sforzi per la sua attuazione pratica. Inoltre, si cerca di comprendere se l'idea secondo cui la pena detentiva sta affrontando un momento di crisi è diffusa in tutta Europa, vagliando la percorribilità di alcune alternative (in particolare, la pena pecuniaria e la giustizia riparativa). Infine, si alza lo sguardo al diritto penale internazionale, per testare la tenuta delle teorie sulla pena di fronte a crimini di inusitata durezza.

Più che cristallizzare dei risultati chiari, la parte iniziale risponde alle varie questioni in termini problematici, preparando il terreno per la seconda parte del lavoro. Questa analizza più nello specifico i sistemi sanzionatori degli ordinamenti italiano e tedesco, provando a calare i rispettivi dibattiti sulla finalità della pena, in particolare detentiva, nella realtà effettuale, confrontandosi con numeri, statistiche e l'esito di ricerche empiriche.

Da ultimo, si provano a mettere in luce somiglianze e differenze tra i due sistemi, cercando di fare emergere i momenti di stridore che potrebbero crearsi tra le due legislazioni una volta diffusa la prassi del mutuo riconoscimento delle sentenze di condanna tra gli Stati dell'Unione Europea, tuttora ad uno stadio embrionale.

CAPITOLO PRIMO

L'ATTUALE DIBATTITO SULLA PENA

1. La «crisi» delle basi epistemologiche di giustificazione della pena

1.1. Premessa. Il dibattito storico sulla pena.

Non è certo facile ricostruire in un discorso riassuntivo, ma non mediocre, le teorie che, nel corso dei secoli, si sono susseguite in relazione all'origine, alla giustificazione, all'essenza ed infine al senso stesso della pena. Sul punto, la letteratura è illimitata¹. Inoltre, si tratta di uno dei tanti ambiti in cui il diritto penale incontra la filosofia, viene contaminato dalla sociologia², si avvale di studi empirici rielaborati dalla criminologia.

Trovare un senso alla pena significa, in ultima istanza, sviscerare i motivi che rendono legittima e lecita l'inflizione di un male, giustificando l'impiego del potere punitivo da parte dello Stato e la conseguente ingerenza di quest'ultimo nella libertà personale³ del singolo, sia esso cittadino o meno⁴.

¹ Senza pretese di esaustività, e per limitarsi alla menzione delle sole opere monografiche italiane degli ultimi quarant'anni, si rimanda ad E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, Milano, 1981, L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello «scopo» nella teoria della pena*, Napoli, 1984, L. EUSEBI, *La pena «in crisi»*, Brescia, 1990, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, M. RONCO, *Il problema della pena*, Torino, 1996. Per una panoramica cfr. anche P. NUVOLONE, *Voce: Pena (dir. pen.)* in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Milano, 1982, 787 ss., e AA.VV. *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, *Atti del XXIII Convegno Enrico de Nicola*, Milano, 2002. Si potrebbe dire che lo sviluppo delle teorie sulla pena costituisce un patrimonio culturale comune a tutti i paesi dell'Europa continentale, almeno nelle sue linee generali. Per un sunto dell'elaborazione dogmatica sulla pena in Germania cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, V Ed., Berlino, 1996, 63 ss., oppure C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, IV Ed., Monaco, 2006, 69 ss. e *ID.*, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *JuS*, 1966, 377-380. Indaga l'etimologia della parola e l'elaborazione storica del concetto di pena (sotto i profili normativi, dogmatico e filosofico) nella filosofia giuridica occidentale J. L. GUZMÁN DALBORA, *Pena e misure di sicurezza. Profili concettuali, storici e comparatistica*, Ed. ital. a cura di G. FORNASARI, E. CORN, Trento, 2009, 3-50.

² Per un approccio multidisciplinare alla tematica cfr. M. PAVARINI, *Lo scopo della pena*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, IV Ed., Torino, 2012, 436 ss.

³ Si perdoni la sintesi. Solo apparentemente tale assunto non tiene conto della pena pecuniaria: anch'essa, «specialmente se strutturata secondo criteri razionali di personalizzazione, ha un effetto di delimitazione della libertà personale, in quanto determina un abbassamento del tenore di vita e, quindi, una riduzione della possibilità di azione». S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 18.

La tematica è affascinante. Tuttavia, in questa sede, rispetto al punto di vista filosofico si è scelto di privilegiare una prospettiva pratica, al fine di indagare il legame tra l'accoglimento dell'una o l'altra teoria sulla pena e l'impostazione sistematico-normativa dell'ordinamento penale⁵. In tal senso, osservare l'ordinamento sotto il profilo delle norme che riguardano la pena (la sua commisurazione, i meccanismi di inflizione, l'esecuzione) consente di verificare la tenuta di tutto il sistema penale, sia nella sua costruzione dogmatica, sia per quanto riguarda le scelte di adozione delle singole norme incriminatrici⁶, oltre a fungere da «cartina di tornasole» della bontà e della validità delle scelte politico-criminali dello Stato⁷. Alla base di questo approccio vi è la convinzione che le teorie sulla pena (la sua essenza, la sua finalità) siano fondamentali per la definizione stessa del diritto penale e rappresentino il punto di partenza per fondarne la giustificazione⁸.

Le dottrine più note⁹ (elaborate a partire dalla fine del Settecento¹⁰) relative agli scopi della pena si suddividono essenzialmente in tre filoni, ciascuno dei quali si

⁴ Questo concetto fu espresso in modo molto efficace già da FRANZ VON LISZT nel «Programma di Marburgo», pubblicato nel 1883. Secondo l'illustre giurista, le questioni relative allo scopo della pena non rimangono confinate all'interno di un dibattito teorico tra scuole. Al contrario, nella risposta a tale domanda «*liegt vielmehr die Umgrenzung der vom Staate mit Strafe zu bedrohenden Handlungen, sowie der Maßstab für Inhalt und Umfang der Strafe; der Maßstab, den der Gesetzgeber braucht, wenn er den Strafrahmen für den Deliktsbegriff entwirft; der Richter, wenn er innerhalb des Strafrahmens dem einzelnen Verbrechen die ihm gebührende Strafe zumißt; der Strafanstaltsbeamte, wenn er der zuerkannten Strafe im Vollzuge den konkreten Inhalt verleiht*». F. V. LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in DR. FRANZ VON LISZT (a cura di), *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Tomo 1 (1875-1891), Berlino, 1905, 126-127.

⁵ Con le parole di MAURO RONCO, questa potrebbe essere definita una «modalità di pensiero di tipo operativo, intesa a fare dell'idea astratta e generale lo strumento per la destrutturazione e/o la ricostruzione dell'esistente storico». M. RONCO, *Il problema della pena*, cit., 5.

⁶ È questa la teoria di S. MOCCIA, *op. cit.*, 26-38, ma anche 65 ss., che nella sua opera cerca di individuare una concezione della pena, dedotta in termini normativi, che consenta di ricostruire lo scopo del diritto penale. Segnala la profonda relazione dello scopo della pena con il «sottostante» scopo generale del diritto penale già C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, IV Ed., cit., 70. Tali teorie sono state recentemente riprese da M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1165.

⁷ Per una panoramica sui rapporti tra stato sociale e pena cfr. M. PAVARINI, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, in *Ius17@unibo.it*, numero monografico, anno VI, n. 3, 2013, *passim*, in particolare 14-15, 39-50, 101 ss. Mette in luce l'attualità della riflessione sugli scopi della pena in relazione agli aspetti patologici dell'ordinamento penale italiano attuale A. MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo*, Torino, 2008, 1-21.

⁸ Cfr. M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, cit., 2013, 1164.

⁹ Ai fini del presente lavoro, non si indagheranno a fondo le concezioni della pena elaborate dai filosofi classici e cristiani, per dare solo brevemente conto delle teorie elaborate a partire dall'Illuminismo. In realtà, però, una teorizzazione degli scopi della pena si ritrova già in Seneca, che a sua volta fa riferimento a Platone e distingue tra le dottrine cosiddette assolute, che ritengono che si punisca *quia peccatum est*, concentrandosi soltanto sul male commesso in passato; e dottrine relative, ove la punizione interviene *ne peccetur*. Queste ultime sono dunque rivolte alla correzione del

snoda in diversi indirizzi e varianti, e non mancano reciproche contaminazioni. Tali dottrine forniscono il substrato teorico in forza del quale quantificare e giustificare l'entità e la crudeltà della pena¹¹, ma anche la sua ragion d'essere¹².

Da un lato, vi sono le teorie assolute, che non ravvisano alcuna finalità ulteriore rispetto alla mera inflizione della pena. L'aspetto finalistico, invece, caratterizza le teorie relative.

Tra le teorie assolute si distingue la teoria retributiva, secondo cui la pena è tendenzialmente svincolata da uno scopo e rivolta al passato, alla punizione del male commesso attraverso l'inflizione di un male equiparabile¹³. A tale teoria, da alcuni

comportamento futuro di colui che ha delinquito. Cfr. L. A. SENECA, *L'ira*, Milano, 1998, I, 19, 72: «*nam, ut Plato ait, nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur; revocari enim praeteri non possunt, futura prohibentur*».

¹⁰ Cfr. S. MOCCIA, *op. cit.*, 39 ss., che analizza tali teorie e le definisce "le espressioni teoriche più compiute in rapporto ai vari, possibili significati dell'idea-pena" (*ibidem*, 39).

¹¹ Viene unanimemente considerata una conquista dell'Illuminismo l'umanizzazione della pena, intesa come rinuncia alle pene corporali e generale mitigazione della durezza del trattamento sanzionatorio. Cfr. M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire – Nascita della prigione*, Torino, 1993 (Ed. originale Parigi 1975), 97-100. Gli stessi principi furono per la prima volta elaborati nella fondamentale opera di CESARE BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, risalente al 1764, che lo stesso FOUCAULT riprende in più punti della sua opera.

¹² Quanto, invece, alle conseguenze di tali teorie sulla costruzione dogmatica del sistema, si rimanda a S. MOCCIA, *op. cit.*, che esemplifica le conseguenze dell'adozione dell'una o dell'altra teoria in riferimento, ad esempio, al concetto penalistico di evento. Al proposito, l'A. evidenzia che la dottrina della prevenzione speciale, focalizzata sull'elemento psicologico e sui motivi che spingono il soggetto a delinquere, non darà molta importanza al verificarsi o meno dell'evento lesivo, perché la pericolosità sociale, segnale della necessità dell'intervento correzionale dello Stato, traspare già dall'adozione della condotta antiggiuridica (è questa la ragione per cui, ad esempio, GROLMAN equipara il disvalore di tentativo e consumazione). Al contrario, un sistema imperniato sulla prevenzione generale, che mira a creare un apparato sanzionatorio che orienti l'agire di tutti i consociati, richiederà che la violazione del diritto sia chiaramente visibile dall'esterno: quindi, l'evento si deve effettivamente verificare per giustificare l'intervento punitivo dello Stato. Cfr. S. MOCCIA, *op. cit.*, 65-67.

¹³ Si riconosce tradizionalmente alla Metafisica dei costumi di KANT il merito di aver compiutamente elaborato una teoria retributiva della pena. Egli, equiparando, la legge penale all'imperativo categorico, sostiene che la mera violazione della legge fonda la meritevolezza della pena, che deve essere commisurata al fatto commesso e la cui inflizione serve a ristabilizzare la giustizia. Per un breve inquadramento critico di tale teoria cfr. S. MOCCIA, *op. cit.*, 41-47, ma anche M. RONCO, *op. cit.*, 77-80. Quest'ultimo sostiene tutt'ora la validità dell'idea retributiva, nella quale egli vede «l'espressione fondamentale dell'esigenza, latente nella profondità psichica della persona, che un limite sia posto, in modo certo e determinato, sia in noi stessi, sia nelle relazioni intersoggettive, alla forza distruttiva delle pulsioni di morte presenti in ciascun uomo» (M. RONCO, *op. cit.*, 174). Prima di Ronco il retributivismo era stato affermato con forza dal suo predecessore all'Università di Padova, G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte Generale*, VI Ed., Padova, 1966, 632: «La pena è quindi una sofferenza inflitta all'autore di un reato a cagione del reato perpetrato. L'idea della retribuzione è talmente insita nel concetto di pena che al di fuori dell'idea stessa la pena non si ritrova più. Essa risponde quindi ad un criterio di giustizia che muove necessariamente il legislatore ad applicare all'autore di un maleficio sociale un male proporzionato alla gravità oggettiva e soggettiva del maleficio stesso. La pena ha quindi carattere *retributivo, afflittivo e personale*». Retributivista anche J. L. GUZMÁN DALBORA, *Pena e misure di sicurezza*, cit., in particolare 116.

ritenuta incompatibile con uno stato laico e secolarizzato¹⁴, si riconosce il merito di ricercare una relazione tra gravità del fatto commesso e pena, in un'ottica di proporzionalità¹⁵ che serve a fondare la «giustizia» della pena¹⁶, e quindi dell'intera società¹⁷. La teoria retributiva, che punisce il reo per ristabilire la giustizia della società, postula il libero arbitrio e la possibilità, per l'uomo, di orientare liberamente le proprie scelte¹⁸.

Sono invece relative le teorie preventive, rivolte al futuro, secondo cui la pena serve a sopire, o almeno a contenere, il desiderio di delinquere eventualmente insito nei consociati¹⁹ (secondo un filone di dottrine, quelle della c.d. prevenzione generale), ovvero ad evitare che il soggetto che ha già commesso un delitto sia spinto a commetterne altri (prevenzione speciale).

Le dottrine preventive possono entrambe assumere un'accezione negativa ovvero positiva.

¹⁴ Così L. MONACO, *op. cit.*, 6. *Contra*, M. RONCO, cfr. nota precedente.

¹⁵ «*Vergeltung hat also nichts zu tun mit Rache, untergründigen Haßgefühlen oder verdrängten Aggressionsgelüsten der Gesellschaft, sondern sie ist ein Maßprinzip. Nach dem Vergeltungsgedanke bestimmt die begangene Tat Grund und Maß der Strafe.*» H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, cit., 67. L'Autore continua l'esposizione della teoria retributiva affermando che la stessa poggia su tre condizioni immanenti: la prima è il riconoscimento della superiorità etica dello Stato, che fonda la pubblica legittimazione ad infliggere al colpevole la pena che egli ha meritato. In secondo luogo, la retribuzione presuppone che la colpevolezza si possa misurare secondo criteri di gravità. Da qui deriva il terzo presupposto, che si basa sul fatto che sia possibile, in linea di principio, equiparare il grado della colpevolezza all'entità della pena, in modo tale che la condanna sia percepita come giusta sia dal singolo condannato sia dalla società. Cfr. H.H. JESCHECK, *op. cit.*, 67.

¹⁶ Cfr., per un sunto schematico delle teorie retributive tradizionali e più recenti, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 117 ss.; nonché M. RONCO, *op. cit.*, 74 ss.

¹⁷ Questa è la teoria sostenuta da M. RONCO, *op. cit.*, 34 e 48, ma soprattutto nella seconda parte dell'opera, 109 ss. e 174 ss.

¹⁸ Sulle contraddizioni di un tale punto di partenza cfr. F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, Stuttgart, III Ed. 2012, 7-13, e M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., 1173: se è vero che la concezione retributiva è garantistica, perché aderente ad un diritto penale del fatto, è impossibile trovare dei criteri di commisurazione universali che servano a mettere in relazione i valori in gioco (bene giuridici violati, diritti fondamentali del reo e sua colpevolezza).

¹⁹ Cfr. P. NUVOLONE, *Pena (dir. pen.)*, (voce), in *Enciclopedia del diritto*, cit., 789, secondo cui: «[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». Normalmente, lo sviluppo compiuto della teoria della prevenzione generale viene individuato nel pensiero di ANSELM FEUERBACH, il quale per primo tratteggiò la teoria della prevenzione generale come «costringimento psicologico» (*Generalprävention durch psychologischen Zwang*). Al proposito, cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *op. cit.*, 73; S. MOCCIA, *op. cit.*, 47 ss., e M. RONCO, *op. cit.*, 52 ss.

L'aspetto negativo della prevenzione generale corrisponde all'effetto intimidativo-deterrente della minaccia di pena, alla «paura» del cittadino di dover subire il male ontologicamente connesso all'inflizione della pena stessa²⁰.

La variante positiva della prevenzione generale, altresì definita «prevenzione generale integratrice»²¹, pone invece l'accento sul fatto che le norme dello Stato dovrebbero ingenerare nei consociati un effetto di condivisione dei contenuti precettivi penali, «con una conseguente stabilizzazione dei consensi intorno ai principi dell'ordinamento»²². In altre parole, attraverso la previsione legislativa dei reati e l'effettiva persecuzione degli autori degli stessi, lo Stato mira ad impedire che si formi una sorta di legittimazione sociale intorno alla delinquenza, evitando così l'insorgere di qualsiasi tipo di approvazione o giustificazione morale verso la violazione delle leggi stesse²³.

Quanto alla teoria della prevenzione speciale, nella sua formulazione originaria, ricondotta al filosofo di formazione kantiana Karl Grolman, essa corrispondeva all'esigenza di porre il soggetto che aveva commesso un reato, consumato o tentato, nell'impossibilità fisica di commetterne altri²⁴. Tale teoria

²⁰ Ciò tuttavia richiede di fondare la pena sul fine di evitare che altre persone, in futuro, commettano quello stesso reato, con palese strumentalizzazione del condannato e violazione del divieto di irretroattività delle norme penali. Così M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., 1172.

²¹ Si ritiene che tale teoria fosse stata elaborata compiutamente dal penalista norvegese JOHANNES BRATT (JOHS.) ANDENAES (1912-2003) intorno agli anni Cinquanta del secolo scorso. Egli si pose criticamente nei confronti della prevenzione speciale, già all'epoca additata dalla maggior parte della dottrina come lo scopo principale, se non unico, della pena, ed affermò la necessità di indagare più a fondo l'efficacia della prevenzione generale, ricercando empiricamente l'origine dei meccanismi che favorivano l'obbedienza del cittadino di fronte alle leggi. Secondo la teoria dell'A., che elaborò modernamente il pensiero di Feuerbach, infatti, la p. generale non doveva risolversi in mera «paura della pena», ma si caratterizzava anche per componenti positive: la creazione di adesione morale al fondamento del divieto posto dalla norma e di un'abitudine ad osservare le leggi e rispettare l'autorità. Cfr. J. ANDENAES, *La prevenzione generale: illusione o realtà?*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1953, 265 (in particolare 269-271). Una maggiore valorizzazione della prevenzione speciale, secondo l'A., avrebbe potuto rivelarsi utile nei campi in cui la scelta di delinquere deriva da un consapevole bilanciamento del soggetto di costi, rischi e potenziali benefici del delitto. Se i costi (anche in termini di possibili sanzioni) sono di gran lunga inferiori ai benefici, e se il fattore di rischio è basso (perché quel tipo di delitto raramente viene scoperto), solo pene molto alte, unite ad un efficace controllo statale, avrebbero potuto fronteggiare la criminalità. Al proposito, egli aggiunse addirittura che lo Stato avrebbe dovuto subordinare qualsiasi scelta incriminatrice alla possibilità di effettuare un vero controllo del delitto, perché un divieto penale difficilmente attuabile si sarebbe rivelato solo un «premio» per i delinquenti (*ibidem*, 275-277).

²² S. MOCCIA, cit., 61.

²³ Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *op. cit.*, 68.

²⁴ Cfr. S. MOCCIA, *op. cit.*, 53 ss., che evidenzia come KARL LUDWIG WILHELM VON GROLMAN, nell'opera *Grundsätze der Kriminalrechtswissenschaft* (Giessen, I Ed. 1798, IV Ed. 1825) fondasse la sua teoria della prevenzione speciale sul presupposto, di tipo giusnaturalistico, secondo il quale ogni

inizialmente si risolveva dunque in una variante negativa, corrispondente all'opera di neutralizzazione del delinquente.

Si dovranno attendere la fine dell'Ottocento, la scuola positiva italiana e Franz von Liszt²⁵ per la piena valorizzazione dell'aspetto positivo della prevenzione speciale: la risocializzazione del condannato²⁶.

1.2. Cesare Beccaria, «punto di partenza di un processo ancora oggi non terminato»²⁷

Nessuna trattazione della pena è completa senza un tributo, seppure sintetico, a Cesare Beccaria. Egli, nel 1764, scrisse «Dei delitti e delle pene», un'opera che avrebbe lasciato un segno indelebile nella tradizione giuridica successiva, in particolare penalistica e processualpenalistica²⁸. Essa introdusse, *in nuce*, numerose questioni compiutamente affrontate dalla dottrina penalistica degli anni successivi,

soggetto sarebbe originariamente titolare di un diritto di legittima difesa contro ogni offesa ingiusta, quali quelle che promanano dall'esercizio di attività criminose. Proprio in forza di questo diritto naturale la società, intesa come insieme di individui, è legittimata a neutralizzare il soggetto che, delinquendo, ha dimostrato di preferire il soddisfacimento delle sue personali esigenze al rispetto dei diritti altrui.

²⁵ Per un'analisi della vita, delle opere e del pensiero di FRANZ VON LISZT cfr. EB. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, III Ed., Göttingen, 1965, 28 ss.

²⁶ Cfr. S. MOCCIA, *op. cit.*, 57 ss., che individua il punto di passaggio tra la teoria della prevenzione speciale di Grolman e quella della risocializzazione nella c.d. teoria dell'emenda di KARL KRAUSE, filosofo postkantiano meno noto. KRAUSE elabora una teoria penale correzionalista, secondo la quale il delinquente è un soggetto razionale che è stato spinto al male a causa di una carenza, di un'erronea formazione oppure di una corruzione della propria volontà. Questa, invece di orientare le sue azioni al rispetto di esigenze di ordine sociale, superindividuale, lo spinge ad agire in modo confliggente con i principi etico-giuridici fatti propri dalla società. Per questa ragione, il delinquente dovrà essere corretto, isolato dal contesto nel quale è nato lo stimolo a delinquere e costretto, anche a forza, ad impiegare le sue energie in un'attività positiva, come il lavoro. KRAUSE non si spinge fino a richiedere un totale ed assoluto cambiamento interiore del condannato. Egli, però, attraverso il lavoro, deve arrivare a rispettare la legalità. Interessante notare come già nella dottrina di KRAUSE si rinvengano aspetti che, come si vedrà, in un secondo momento saranno fatti propri dalla Scuola Positiva, quali la durata indeterminata della pena, il conferimento di un enorme potere discrezionale al giudice, l'individualizzazione e la massima umanizzazione del trattamento. Altri fanno risalire già a Feuerbach l'elaborazione di una teoria specialpreventiva (così H.H. JESCHECK, T. WEIGEND, *op. cit.*, 73), ovvero ai giuristi OTTO MITTELSTÄDT e EMIL KRAEPELIN (cfr. T. VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco. Una introduzione*, Padova, 2013, 168-169.)

²⁷ M. RONCO, *op. cit.*, 6.

²⁸ Inquadra storicamente BECCARIA ed analizza le radici illuministiche del suo pensiero (influenzato, per il vero, anche dalle lunghe discussioni con i fratelli Verri) U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, Torino, 1932, 28-32. Per un'introduzione su BECCARIA cfr., tra i tanti, i contributi del ciclo di conferenze tenutesi a Bologna in occasione del 250° anniversario dalla prima pubblicazione di *Dei delitti e delle pene*, raccolti in *Diritto Penale del XXI secolo*, 2014, 2, 233 ss.

quali la secolarizzazione²⁹ del diritto penale, evidente nella chiara distinzione tra giustizia divina ed umana, l'affermazione del principio di legalità e della necessaria terzietà dei magistrati, la contrarietà alla tortura ed alla pena di morte³⁰.

Beccaria aveva una profonda conoscenza delle opere degli illuministi francesi, nei cui confronti si sentiva tributario³¹. Da questo movimento, recepì la teoria contrattualistica, secondo cui gli uomini avevano volontariamente rinunciato ad una parte della loro libertà a favore dello Stato, in cambio dell'offerta di protezione e sicurezza collettiva³². Si era trattato di una scelta di carattere utilitaristico, dettata dalla necessità: per questo, il potere punitivo dello Stato avrebbe dovuto essere limitato alle azioni necessarie e sufficienti per garantire la pubblica tranquillità, sacrificando al minimo la libertà del singolo³³. Partendo da questa premessa, Beccaria descrisse le caratteristiche della pena, definita un «motivo sensibile», finalizzata a «distogliere il dispotico animo di ciascun uomo dal risommergere nell'antico caos le leggi della società»³⁴. La pena fu dunque dipinta come l'equivalente negativo del delitto, il suo prezzo o costo³⁵, il cui fine non poteva essere quello di «tormentare ed affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto

²⁹ Cfr. G. MARINUCCI, *Beccaria penalista, nostro contemporaneo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 2029 ss.

³⁰ Questi temi vengono trattati in particolare nella prefazione «A chi legge» e nei §§ II, III, IV, XVI e XXVIII dell'opera, il cui andamento espositivo «oscillante» è bene inquadrato da L. PICOTTI, *Proporzione fra i delitti e le pene*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2014, 233.

³¹ Cfr. U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, cit., 29-30, ma anche M. PAVARINI, *Introduzione al libro: «Dei delitti e delle pene». L'origine delle pene*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2014, 235, che evidenzia come B. fosse sicuramente a conoscenza anche dell'opera di autori inglesi come BACONE, NEWTON e LOCKE, dei quali ammirava empirismo e razionalismo scientifico.

³² Già nell'*incipit* dell'opera, l'A. fa riferimento alla teoria del contratto sociale: «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 tranquillità» (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ed. a cura di FRANCO VENTURI, Milano, 11^a ristampa 2008, § I, 12).

³³ «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» (C. BECCARIA, *op. cit.*, § II, 13), che prosegue «Fu dunque la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà: egli è adunque certo che ciascuno non ne vuole mettere nel pubblico deposito che la minima porzion possibile, quella sola che basti ad indurre gli altri a difenderlo. L'aggregato di queste minime porzioni possibili forma il diritto di punire; tutto il di più è abuso e non giustizia, è fatto, ma non già diritto.» (*Ibidem*)

³⁴ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § I, 12. Beccaria usa l'aggettivo «sensibili» in senso letterale: 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» (*ibidem*).

³⁵ Cfr. M. PAVARINI, *op. cit.*, 241.

già commesso», bensì «impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini, e di rimuovere gli altri dal farne uguali»³⁶.

Con queste affermazioni, l'autore milanese prese le distanze dalle teorie retributive in favore della prevenzione, generale e speciale³⁷: tratteggiando la pena come un ostacolo politico atto ad impedire la commissione dei reati, piuttosto che a punirla. L'ideale retributivo, inteso quale finalità di punizione di un «male» di natura etica, rimaneva quindi appannaggio della giustizia divina, slegata da quella umana³⁸.

Da ciò discendeva in primo luogo la necessità che la pena fosse 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»³⁹. Da un lato, la proporzione serviva quindi a misurare la pena sulla base di un criterio di fatto, quale il danno sociale provocato dal delitto, definito «danno fatto alla nazione»⁴⁰. Questo doveva essere individuato secondo una «scala di disordini» il cui gradino più alto era costituito dai reati che immediatamente distruggono la società, e quello più basso dalla «minima ingiustizia possibile» che un consociato potrebbe subire⁴¹. La valutazione della gravità del reato veniva dunque incentrata su criteri oggettivi, lontani sia dall'*intenzione del soggetto agente* sia da aspetti relativi alla persona offesa, come pure da valutazioni di ordine religioso⁴². In tal senso, il criterio della gravità del danno divenne pure garanzia di uguaglianza tra i cittadini e lotta ai privilegi delle classi sociali più alte⁴³.

D'altro canto, però, la proporzione segnava anche il limite di legittimità (e quindi di giustizia) della pena, che doveva estendersi solo fino all'inflizione del dolore necessario⁴⁴ affinché la società rimanesse unita e gli uomini non regredissero

³⁶ C. BECCARIA, *op. cit.*, § XII, 33.

³⁷ Parla più precisamente di «deterrenza marginale» M. PAVARINI, *op. cit.*, 237 e 241.

³⁸ Cfr. L. PICOTTI, *op. cit.*, 268 e 273 ss.

³⁹ C. BECCARIA, *op. cit.*, § VI, 23.

⁴⁰ *Ibidem*, § VII, 24.

⁴¹ Cfr. C. BECCARIA, *op. cit.*, § VI, 22.

⁴² Il primo aspetto riguarda l'atteggiamento psicologico del reo, il suo atteggiamento interiore, il secondo invece il rango sociale della persona offesa. Cfr. L. PICOTTI, *op. cit.*, 272-273.

⁴³ Cfr. *ibidem*, 274.

⁴⁴ Nel riferimento a piacere e dolore si sono ravvisate le influenze delle teorie del sensismo inglese. Cfr. M. PAVARINI, *op. cit.*, 240.

allo stato selvaggio⁴⁵. Beccaria, quindi, non individuò con precisione anche una scala di pene corrispondenti alla gravità dei delitti, ma stabilì alcuni principi generali, fondati sulla ricerca dell'utile per la società.

Proprio su basi utilitaristiche si fondava la c.d. «umanizzazione»⁴⁶ del diritto penale. L'Autore milanese affrontò la questione della crudeltà delle pene, affermando che la legge avrebbe dovuto stabilire una pena la cui durezza fosse la minima necessaria al raggiungimento dello scopo, che era l'utile sociale. In questo senso, si oppose all'inutile atrocità delle pene, poiché contrastante con la giustizia e la nozione stessa di contratto sociale, ed espressione di tirannia⁴⁷. Tuttavia, egli rimase in linea di massima favorevole alle pene corporali, nelle quali egli scorse il pregio di poter essere inflitte sia ai ricchi sia ai poveri, senza che per i primi vi fosse la possibilità di «mettere a prezzo» i reati, decidendo di commetterli all'esito di un calcolo costi/benefici che facesse loro apparire «conveniente» delinquere⁴⁸.

D'altro canto, nelle ipotesi in cui a delinquere fosse stato un povero, Beccaria era consapevole dell'inutilità di una pena pecuniaria, che non poteva avere altro effetto se non quello di aumentare il numero dei rei. Egli prospettò quindi la soluzione della «schiavitù per un tempo delle opere e della persona alla comune società, per risarcirla colla propria e perfetta dipendenza dell'ingiusto dispotismo

⁴⁵ «E per giustizia io non intendo altro che il vincolo necessario per tenere uniti gl'interessi particolari, che senz'esso si scioglierebbero nell'antico stato di insociabilità: tutte le pene che oltrepassano la necessità di conservare questo vincolo sono ingiuste di lor natura» (*ibidem*, § II, 14). Parla al proposito di «principio di stretta necessità» L. PICOTTI, *op. cit.*, 272.

⁴⁶ Cfr. M. PISANI, *Cesare Beccaria e il principio di umanità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 407. Tra gli aspetti che maggiormente caratterizzano l'umanizzazione del diritto penale vi 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. Affronta brevemente il processo di umanizzazione della pena, riconducendolo, in un primo momento, a MONTESQUIEU, LARDIZÁBAL e BECCARIA e successivamente alla reazione agli eccessi dei totalitarismi, confluita nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, J. L. GUZMÁN DALBORA, *Pena e misure di sicurezza. Profili concettuali, storici e comparatistici*, cit., 73-76.

⁴⁷ Cfr. BECCARIA, C., *op. cit.*, § V, 16 e § XXVII, 65: «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 essere calcolata l'infalibilità della pena e la perdita del bene che il delitto produrrebbe. Tutto il di più è dunque superfluo e perciò tirannico».

⁴⁸ Cfr. C. BECCARIA, *op. cit.*, § XX, 53. Tuttavia, rimane senza soluzione il problema, di cui B. sembra accorgersi, della natura «classista» della questione criminale, che emerge quanto l'A. definisce il furto il «frutto della miseria e della disperazione» (§ XXII). Questa perlomeno la lettura di M. PAVARINI, *op. cit.*, 242-243.

usurato sul patto sociale»⁴⁹, una soluzione a cavallo tra i lavori forzati ed i moderni lavori di pubblica utilità⁵⁰.

Coerentemente con queste premesse, l'A. fondò la propria contrarietà alla tortura, intesa nella duplice versione di pena per alcuni tipi di delitti e di strumento di ricerca della verità, usato nei confronti del sospettato ma talvolta anche dei testimoni⁵¹. Egli strutturò tale critica tenendosi su di un crinale apparentemente solo utilitaristico. Ne dimostrò logicamente l'inutilità, mettendo in rilievo le contraddizioni insite nella teoria che riteneva che attraverso il tormento fisico si potesse costringere un uomo a dire la verità, ovvero rendere più attendibili dichiarazioni rese da costui in precedenza. Una tale convinzione finiva per favorire i soggetti particolarmente forti e resistenti, mentre i più deboli erano spinti a confessare anche reati che non avevano commesso, pur di far cessare i tormenti⁵². Tra l'altro, la tortura veniva inflitta ad un individuo non ancora dichiarato colpevole, cozzando così contro la presunzione di innocenza, cui Beccaria accennò in modo embrionale⁵³.

Tuttavia, dietro questo ragionamento utilitaristico e logico-matematico vi è chi ha visto ragioni più profonde, di natura etica: non nel ragionamento esplicito, ma nella scelta dei termini e nello stile si ravvisa la ferma condanna di Beccaria per la tortura come sbagliata in sé, mezzo intrinsecamente ingiusto⁵⁴ che viola la dignità umana⁵⁵.

Le stesse ragioni umanitarie fondarono il rifiuto della pena di morte, seppure la stessa venisse apertamente avversata solo sotto un profilo utilitaristico (Beccaria la

⁴⁹ C. BECCARIA, *op. cit.*, § XXII, 56.

⁵⁰ Se da un lato sembra corretto affermare che in quel momento Beccaria avesse in mente i lavori forzati, non può negarsi che l'impianto generale della sua opera rappresenti un passaggio verso la concezione di pena «rieducativa» modernamente intesa. Cfr. D. MELOSSI, «Fate che i lumi accompagnino la libertà!» *Overrosia della sociologia di Cesare Beccaria. In margine ai §§ XLI-XLV di «Dei delitti e delle pene»*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2014, 377.

⁵¹ Per un inquadramento del pensiero di Beccaria sulla tortura rispetto alle ideologie precedenti, contemporanee e successive rispetto alla sua opera, compreso un cenno al neo-giustificazionismo attuale, cfr. G. FORNASARI, *La tortura nel libro «Dei delitti e delle pene»*. *Spunti per la costruzione di un contesto nella storia e nell'attualità*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2014, 297.

⁵² Cfr. S. CARNEVALE, *I fatali inconvenienti della tortura giudiziaria. L'insegnamento di Beccaria come antidoto contro i ritorni alle fredde atrocità*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2014, 316 ss.

⁵³ «Un uomo non può dichiararsi reo prima della sentenza del giudice, né la società può toglierli la pubblica protezione, se non quando sia deciso ch'egli abbia violato i patti coi quali le fu accordata.» C. BECCARIA, *op. cit.*, § XVI, 41.

⁵⁴ Cfr. S. CARNEVALE, *op. cit.*, 319, che evidenzia come la tortura venga definita da B. quale crudeltà, carneficina, infame, selvaggia.

⁵⁵ Cfr. G. FORNASARI, *op. cit.*, 311.

defini «né utile, né necessaria»⁵⁶), affermando che la minaccia di schiavitù perpetua aveva un valore deterrente molto più grande della morte⁵⁷. Ancora, egli ricorse pure all'argomento della teoria del contratto sociale e dell'eguaglianza dei cittadini per negare il diritto dello stato di infliggere la morte⁵⁸.

Inoltre, in riferimento alla pena Beccaria affermò la necessità del rispetto del principio di legalità, secondo il quale lecita è solo la pena comminata in forza di una legge dello Stato, formulata in modo chiaro ed applicata da un magistrato terzo ed imparziale⁵⁹.

Infine, per potere essere davvero deterrente la pena doveva essere infallibile: «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 (...)»⁶⁰. Ecco quindi che Beccaria sostituisce la crudeltà della pena con la sua dolcezza, unita alla infallibilità⁶¹.

L'opera di Beccaria ebbe avuto un successo enorme, dovuto in buona parte allo stile diretto, efficace e semplice nel quale essa fu redatta ed alla quasi immediata traduzione francese, uscita già alla fine del 1765⁶². Oltre a questi aspetti più formali,

⁵⁶ C. BECCARIA, *op. cit.*, § XXVIII, 67.

⁵⁷ Cfr. C. BECCARIA, *op. cit.*, § XXVIII, 70. In realtà, Beccaria riteneva che in alcuni, isolati casi di delitti contro lo stato commessi in stati di particolare emergenza la pena di morte avrebbe potuto essere applicata. Tuttavia, questo spiraglio di apertura nei confronti della pena capitale non deve essere letto come un segno di debolezza o contraddizione del pensiero del marchese, quanto piuttosto come il frutto di una scelta tattica mossa dalla volontà di facilitare la circolazione della sua opera senza fronteggiare apertamente il potere. Di questa opinione S. CANESTRARI, M. CELVA, *Della pena di morte*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2014, 337.

⁵⁸ Cfr. C. BECCARIA, *op. cit.*, § XXVIII, 66 ss.: «Qual può essere il diritto che si attribuiscono gli uomini di trucidare i loro simili? Non certamente quello da cui risulta la sovranità e le leggi. Esse non sono che una somma di minime porzioni della privata libertà di ciascuno (...). Chi è mai colui che abbia voluto lasciare ad altri uomini l'arbitrio di ucciderlo? Come mai nel minimo sacrificio della libertà di ciascuno vi può essere quello del massimo tra tutti i beni, la vita? E se ciò fu fatto, come si accorda un tal principio coll'altro, che l'uomo non è padrone di uccidersi, e doveva esserlo se ha potuto dare altrui questo diritto o alla società intera?». Sul punto cfr. L. GOISIS, *La revisione dell'articolo 27, comma IV, della Costituzione: l'ultima tappa di un lungo cammino*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1655, 1657-1658.

⁵⁹ Cfr. C. BECCARIA, *op. cit.*, § III, 15. Per l'A., necessaria conseguenza dell'affermazione del principio di legalità è la negazione di qualsiasi tipo di potere discrezionale in capo al magistrato, il quale si deve limitare, per esigenze di uguaglianza e di rispetto della libertà dei singoli, ad applicare la legge, senza interpretarla. Sul punto cfr. U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, Torino, 1932, 39-40.

⁶⁰ C. BECCARIA, *op. cit.*, § XXVII, 64.

⁶¹ Il tema è ripreso in più punti, cfr. C. BECCARIA, *op. cit.*, §§ I, XIX, XX, XXVII, VI.

⁶² Cfr. G. MARINUCCI, *Beccaria penalista, nostro contemporaneo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 2025-2026.

tuttavia, la vera ragione dell'enorme eco dell'opera va ravvisata nel fatto che essa, lungi dall'essere il frutto del pensiero isolato di un giovane filosofo visionario, rappresentava in realtà il sunto delle riflessioni che si stavano diffondendo in tutta Europa, preparando la strada alla rivoluzione francese⁶³.

Molti degli argomenti sollevati da Beccaria conservano tuttora la loro attualità. La sua opera è considerata fondamentale soprattutto nel dibattito contro la tortura e la pena di morte ma, ai fini della presente ricerca, rilevano soprattutto le sue riflessioni relative alla «dolcezza delle pene», ritenute molto più efficaci delle pene severe, crudeli e barbare se applicate infallibilmente. L'opposizione alle pene brutali, portato di tutto il pensiero illuministico, come pure l'attenzione al valore dell'uomo e della sua dignità, segnarono un vero e proprio punto di svolta nell'elaborazione delle dottrine penalistiche successive⁶⁴.

Anche i discorsi relativi all'attuazione del potere punitivo dello stato segnarono il dibattito dei posteri. A tal proposito, egli colse i limiti di ogni legittimazione razionale della penalità, costituiti dalla rilevanza eminentemente politica della questione criminale, dalla fisiologica diseguaglianza del sistema criminale e dai patologici problemi di ineffettività della giustizia, individuati nell'alta percentuale di impunità, nella distanza temporale tra commissione del reato e punizione e nell'oggettiva difficoltà di concepire una pena veramente deterrente per i soggetti insensibili ad un mero «calcolo dei costi» del reato⁶⁵.

Inoltre, Beccaria fu tra i primi a menzionare il concetto della «prevenzione generale», cui dedicò un intero paragrafo della sua opera⁶⁶, mentre rimase estraneo alle tematiche della prevenzione speciale modernamente intesa⁶⁷.

⁶³ Così S. LONGHI, *Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale*, Milano, 1911, 390 ed U. SPIRITO, *op. cit.*, 35. Analogamente, pur se limitato alla diffusione delle idee contro la tortura, G. FORNASARI, *La tortura nel libro «Dei delitti e delle pene»*, cit., 300.

⁶⁴ Cfr. G. MARINUCCI, *op. cit.*, 2038-2039.

⁶⁵ Cfr. M. PAVARINI, *op. cit.*, 243, che vede in Beccaria un antesignano delle teorie socialiste favorevoli all'abolizione del diritto di proprietà.

⁶⁶ Si tratta del § XLI, 102, che esordisce: «È meglio prevenire i delitti che punirgli», e, alla pagina successiva: «Volete prevenire i delitti? Fate che le leggi sian chiare, semplici, e che tutta la forza della nazione sia condensata a difenderle, e nessuna parte di essa sia impiegata a distruggerle» (103). Il marchese suggerisce anche di illuminare le strade di notte e di aumentare le guardie di quartiere, oltre a richiedere che le società fossero obbligate ad una gestione più trasparente dei loro affari e dei bilanci, in modo da evitare i «fallimenti colpevoli» (§ XXXIV).

⁶⁷ Cfr. M. PISANI, *Cesare Beccaria e il principio di umanità*, cit., 411.

La questione della proporzionalità tra delitto e pena e della necessità di valutare la gravità del reato secondo criteri oggettivi, invece, è stata approfondita da Bentham, Carmignani e Carrara, ha trovato un riconoscimento più o meno esplicito nelle costituzioni nazionali ed infine è stata consacrata dall'art. 49 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea⁶⁸.

L'affermazione secondo cui la pena giusta è quella che deriva dalla assoluta necessità⁶⁹ è stata ripresa dall'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1779 («*La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires*») e da Franz von Liszt nel Programma di Marburgo⁷⁰. Inoltre, essa fonda la base della comune espressione secondo cui il diritto penale moderno deve rappresentare l'*extrema ratio*⁷¹.

Più in generale, sembra si possa concordare con chi ha affermato che la pubblicazione di «*Dei delitti e delle pene*» coincide con la nascita della coscienza giuridica moderna e della visione umanitaria della pena e del diritto penale⁷².

1.3. Dal «conflitto tra le scuole» ad oggi

Tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, in Italia, le varie teorie sulla pena furono fatte proprie da due diversi movimenti intellettuali⁷³: la scuola cd. classica e la scuola positiva, i cui componenti furono a lungo divisi da un annoso, quanto improduttivo, conflitto⁷⁴. Oltre che attraverso numerosi scritti monografici, tale polemica si svolse principalmente nel teatro offerto dalle due principali riviste scientifiche dell'epoca: i positivisti raccoglievano i loro contributi ne «*La Scuola Positiva*»⁷⁵ ed i c.d. classici nella «*Rivista Penale*»⁷⁶, diretta da Luigi Lucchini. Non è

⁶⁸ Cfr. L. PICOTTI, *op. cit.*, 281-282. Sulla questione si tornerà.

⁶⁹ Cfr. C. BECCARIA, *op. cit.*, § II e § XXV.

⁷⁰ Su cui *infra*, c. 3).

⁷¹ Cfr. G. MARINUCCI, *op. cit.*, 2032.

⁷² Cfr. M. PISANI, *Cesare Beccaria e il principio di umanità*, cit., 409, e *ID.*, *Cesare Beccaria e la sua missione universale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 2043.

⁷³ Sull'inopportunità dell'utilizzo del termine "scuole" per designare le due correnti di pensiero in esame, cfr. R. DELL'ANDRO, *Il dibattito delle scuole penalistiche*, in *Arch. Pen.*, 1958, parte I, 173, 173 - 175. Della stessa opinione M. SBRICCOLI, *Introduzione. I. Giustizia criminale*, in *Storia del diritto penale e della giustizia*, Tomo I, Milano, 2009, 35.

⁷⁴ Molti concordano nel sostenere che il conflitto tra la scuola classica e positiva, sebbene «genuino» agli inizi, perse presto qualsiasi valenza costruttiva. Così U. SPIRITO, *op. cit.*, 6-7.

⁷⁵ Rivista fondata nel 1891 da LOMBROSO, FERRI, GAROFALO e FIORETTI, e dal 1895 diretta dal solo ENRICO FERRI.

⁷⁶ Cfr. P. NUVOLONE, *La scienza penale all'inizio del secolo XX*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 435.

questa, tuttavia, la sede per soffermarsi sulle differenti correnti che animavano le due scuole, né sulle peculiarità del pensiero di ciascuno dei loro esponenti⁷⁷.

Limitandosi quindi alla concezione della pena, comunemente si afferma che la teoria retributiva trovò una sua compiuta espressione con la c.d. scuola classica⁷⁸. I suoi rappresentanti, che definirono il reato «ente giuridico», si distaccarono dalle teorie preventive dell'illuminismo penale settecentesco per affermare come la pena dovesse costituire un giusto compenso, una retribuzione comminata dall'autorità al reo⁷⁹. Quanto, invece, ai caratteri della pena, la scuola classica mantenne una certa continuità con Beccaria, sia sotto il profilo della necessaria certezza della stessa, sia dal punto di vista della sua umanizzazione.

La scuola positiva⁸⁰, che si sviluppò nell'ultimo trentennio del XIX secolo, partiva dalla diversa concezione di reato come azione umana, fatto naturale e sociale posto in essere dall'uomo delinquente, che opera sotto l'incontrollabile influenza dell'ambiente in cui vive. Più precisamente, il delitto venne definito «patologia sociale», le cui cause dovevano essere indagate empiricamente dalla scienza del diritto penale⁸¹, denominata da Enrico Ferri «sociologia criminale»⁸². Gli studi empirici avevano consentito di scoprire che la tendenza a delinquere dell'uomo non

⁷⁷ Per una panoramica dell'argomento si può rimandare, tra i tanti, a P. NUVOLONE, *La scienza penale all'inizio del secolo XX*, cit., 1982, 433, M. SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale. La «Rivista Penale» di Luigi Lucchini (1874-1900)*, in *Storia del diritto penale e della giustizia*, Tomo II, Milano, 2009, 902, in particolare 954 s., oppure U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, cit., 6-16 154-161. Analizza nel dettaglio la questione S. LONGHI, *Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale*, Milano, 1911, 395-409 per la concezione della pena secondo la scuola classica (in particolare Carrara e Pessina), 531-558 per quella della scuola positiva e 657-678 per un confronto tra le due.

⁷⁸ Spetta ad ENRICO FERRI, caposcuola della corrente positivista, la paternità di tale definizione, coniata con intento dileggiatore per definire la «generazione» di penalisti liberali suoi «avversari» formata, tra i tanti, da FRANCESCO CARRARA, ENRICO PESSINA ed EMILIO BRUSA. Sul punto cfr. M. SBRICCOLI, *Introduzione. I. Giustizia criminale*, cit., 35. FRANCESCO CARRARA, dal canto suo, raccoglie sotto la definizione di «scuola italiana» il pensiero di penalisti come ELLERO, PESSINA, TOLOMEI, BUCCELLATI e CANONICO. Cfr. F. CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale*, Volume I, XI Ed., Firenze, 1924, 493 e 500-501.

⁷⁹ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VI Ed., Bologna, 2009, XXIII. Negli stessi termini F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI Ed., Milano, 2003, 42-43, e G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 15. Per una critica a questa semplicistica impostazione manualistica cfr. M. SBRICCOLI, *ult. op. cit.*, 956, nota 80.

⁸⁰ Tale denominazione fu coniata dal fondatore della scuola, ENRICO FERRI, che tratteggiò il programma del «Positivismo criminale» nella sua prolusione *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, pubblicata a Bologna nel 1881. Per un'introduzione cfr. G. NEPPI MODONA, *Diritto penale e positivismo*, in E. R. PAPA (a cura di), *Il positivismo e la cultura italiana*, Milano, 1985, 47 ss., in particolare 53-55.

⁸¹ Cfr. E. FERRI, *Sociologia criminale*, Vol. I, V Ed., Torino, 1929, 28.

⁸² *Ibidem*, 80, secondo il quale lo studio del diritto penale deve essere compiuto avvalendosi delle scienze empiriche, quali l'antropologia, la psicologia e la statistica criminale.

proveniva da una sua scelta consapevole, determinata dal libero arbitrio, ma era originata dalle condizioni sociali, dalle tendenze congenite, da fattori psicologici quali anomalie psichiche e della personalità, oppure ancora da fattori fisici e tratti somatici⁸³. Queste considerazioni portarono la scuola positiva a negare le teorie retributive a favore di una visione tutta improntata a quella che in un secondo momento diverrà la prevenzione speciale (cfr. *infra*).

1.3.1. La «retribuzione equilibrata» di Francesco Carrara

Francesco Carrara⁸⁴, considerato il maggiore esponente della c.d. scuola classica, si fece portatore di una concezione della pena che sarebbe riduttivo definire semplicemente retributiva.

Il suo pensiero, imperniato su di una visione giusnaturalistica cattolico-liberale⁸⁵ e caratterizzato da echi beccariani⁸⁶, partiva dal presupposto che la società

⁸³ Il concetto fu introdotto da CESARE LOMBROSO. Egli espose le sue teorie nell'opera *L'uomo delinquente studiato in rapporto alla antropologia, alla medicina legale ed alle discipline carcerarie*, pubblicata per la prima volta a Milano nel 1876. L'opera conobbe cinque edizioni, l'ultima delle quali edita a Torino nel 1897 con il titolo *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alla psichiatria*. Per primo Lombroso credette di poter elencare le caratteristiche dell'uomo delinquente, descrivendo il relativo tipo antropologico in base all'aspetto fisico, ai tratti somatici, al colore di occhi e capelli e ad altre caratteristiche fisiche, tra le quali la circonferenza e la forma del cranio. Cfr. C. LOMBROSO, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alla psichiatria*, V Ed., Torino, 1897, 172 ss.. Ciascuno degli esponenti dell'indirizzo positivista elaborò una propria spiegazione relativa alle cause della tendenza a delinquere. Ferri distingueva fattori antropologici o individuali (inerenti alla persona del delinquente, e quindi: la sua costituzione organica, cioè l'aspetto fisico e somatico, la costituzione psichica, intesa come intelligenza e capacità di linguaggio, e le condizioni personali, quali età, razza, sesso, stato civile, domicilio, professione, istruzione ed educazione), fattori fisici (appartengono alla natura, e sono il clima, le stagioni, le precipitazioni, la produzione agricola...) e fattori sociali (risultano dall'ambiente sociale in cui vive il delinquente, dalla densità di popolazione, dalla produzione agricola o industriale di quella zona, dalle malattie ivi più diffuse e dall'amministrazione della giustizia). Cfr. E. FERRI, *Sociologia criminale*, Vol. I, V Ed., cit., 362-365. Parla di natura «organicamente anormale del delinquente», caratterizzato da un'anomalia morale che si estrinseca in alcuni tratti fisici caratteristici R. GAROFALO, *Criminologia. Studio sul delitto e sulla teoria della repressione*, Torino, II Ed., 1891, 96-97: «Senza dubbio le cause esterne, quali l'ambiente morale o fisico, le tradizioni, gli esempi, il clima, le bevande, ecc., cooperano in molti casi alla degenerazione individuale, o contribuiscono a quella dei genitori del delinquente. (...) Ma ciò che mi preme qui di stabilire è questo: che il delinquente, spesso fisicamente anormale, è sempre moralmente tale; - che tale anomalia, ponendo l'individuo in condizioni di inferiorità rispetto alla razza a cui esso appartiene, può chiamarsi sociologicamente "degenerazione", imputabile (...) a cause ereditarie o sociali; - ma che ad ogni modo, le circostanze particolari in cui si trova il delinquente non sono mai la causa del delitto, la quale è da ricercarsi sempre nella degenerazione individuale». Per una sintesi del pensiero del tempo sui caratteri universalmente riconosciuti come ricorrenti nell'uomo delinquente cfr. R. GAROFALO, *Criminologia*, cit., 65-91 ss.

⁸⁴ Lucca, 1805 - 1888. Per un commento a tutto sesto sulla vita e le opere del giurista si rimanda a AA.VV., *Francesco Carrara nel I Centenario della morte, Atti del Convegno Internazionale*, Milano, 1991.

naturale non fosse in grado, da sola, di garantire il rispetto dei diritti dell'uomo⁸⁷. Da questa circostanza era derivata la decisione dei consociati di riunirsi in una società civile⁸⁸, governata da un'autorità protettrice dell'ordine esterno e animata solo dall'intento di punire le offese ai diritti naturali dell'uomo⁸⁹. Tali offese, arrecate attraverso i delitti, si potevano apprezzare sotto un duplice profilo: da un lato l'offesa materiale subita dalla vittima di un delitto, o dalla sua famiglia, che Carrara definì «danno immediato», o «naturale»⁹⁰. D'altro canto, ciascun delitto offendeva anche l'intera società (c.d. «danno mediato»), i cui componenti risentivano così di timore e sfiducia nelle leggi, oltre che del turbamento della quiete pubblica⁹¹.

In tale ottica, la pena fu considerata come volta a garantire la *tutela giuridica*⁹², intesa come difesa impersonale e generalizzata del diritto, il quale ultimo costituiva al tempo stesso giustificazione e limite della potestà punitiva statale⁹³.

⁸⁵ Così M. A. CATTANEO, *Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*, Torino, 1988, 10, 18-19, 25-33, 49-59, 207-208. I legami dell'Autore con la religione cattolica, che egli esprime in una visione del mondo tutta imperniata sull'affermazione dell'esistenza di Dio, che ha creato l'universo e lo regola secondo la legge eterna dell'ordine emergono con chiarezza nelle prime pagine della *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*. Cfr. F. CARRARA, *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*, in *ID.*, *Opuscoli di diritto criminale*, Vol. I, III Ed., Prato, 1878, 222-227. La prima edizione dell'opera risale al 1861. Quanto alle premesse giusnaturalistiche da cui partiva Carrara si cfr. P. NUVOLONE, *La scienza penale all'inizio del secolo XX*, in *op. cit.*, 436.

⁸⁶ Lo definisce il fautore del «risultato più concreto e più scientificamente compiuto della scuola di diritto penale iniziata da Beccaria» U. SPIRITO, *op. cit.*, 100.

⁸⁷ Carrara rifiuta e confuta la dottrina del contratto sociale, affermando che l'uomo non ha mai vissuto in uno stato di «disgregazione e vita ferina», dal quale sarebbe uscito rinunciando a parte dei suoi diritti per amore della conservazione della specie. Al contrario, sin dallo stadio primitivo l'uomo avrebbe vissuto in uno stato di associazione, perché solo in tale forma egli è in grado di sopravvivere. Cfr. F. CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale*, Vol. I, cit., *Prolegomeni*, 22-23.

⁸⁸ Lo stato di associazione fa parte della natura stessa dell'uomo, ed esso è legato sia a motivi fisici (i vantaggi che derivano dalla vita associativa in termine di difesa dai pericoli, approvvigionamento del cibo, l'aiuto reciproco...) sia al progetto divino sull'uomo. La visione di Carrara, infatti, è fortemente caratterizzata dall'idea che la società sia stata plasmata da Dio per la realizzazione di un suo progetto. Cfr. F. CARRARA, *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*, in *ID.*, *Opuscoli di diritto criminale*, Vol. I, III Ed., Prato, 1878, 227-230. Successivamente, l'A. aggiunge ai motivi per cui l'uomo è naturalmente portato alla vita sociale anche l'educazione reciproca e la tutela del diritto (*ibidem*, 234 - 237).

⁸⁹ Cfr. F. CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale*, Vol. I, cit., *Prolegomeni*, 28-29. In Carrara troviamo una netta distinzione tra *mala in se*, ovvero i delitti, appannaggio del giudice penale, ed i *mala quia prohibita*, le cosiddette trasgressioni, la cui punizione è dovuta a ragioni di utilità. Al contrario, la punizione dei delitti, che violano diritti individuali, sottosta a ragioni di giustizia. Cfr. M. A. CATTANEO, *Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*, cit., 22.

⁹⁰ Cfr. F. MANTOVANI, *F. Carrara e la funzione della pena*, in AA.VV., *Francesco Carrara nel I Centenario della morte, Atti del Convegno Internazionale*, cit., 299, in particolare 311 s.

⁹¹ Cfr. F. MANTOVANI, *F. Carrara e la funzione della pena*, in *op. cit.*, 313-314.

⁹² «Il gius di punire nelle mani dell'uomo non ha altra legittimità che il bisogno della difesa; perché all'uomo è devoluto soltanto in quanto occorre alla conservazione dei diritti dell'umanità» F. CARRARA, *Programma ...*, Vol. I, cit., *Prolegomeni*, 30.

Ciò chiarito, ben si comprende il senso dell'affermazione contenuta nel *Programma di Diritto Criminale*, sovente citata, secondo cui fine della pena, contenuto necessario del diritto⁹⁴, «non è quello né che *giustizia sia fatta*; né che l'offeso sia *vendicato*; né che sia *risarcito* il danno da lui patito; né che si *atterriscano* i cittadini; né che il delinquente *espia* il suo reato; né che si ottenga la sua *emenda*. [...] Il fine primario della pena è il *ristabilimento dell'ordine esterno nella società*»⁹⁵. La pena è, dunque e in primo luogo, «l'indennizzo alla società offesa pel disturbo cagionatole dal delitto»⁹⁶.

Nel *Programma*, il timore e l'emenda erano considerati effetti impliciti della pena. Tuttavia, se essi fossero divenuti il fine precipuo di quest'ultima, la si sarebbe snaturata: la prevenzione generale avrebbe rischiato di rimanere impigliata nel circolo vizioso dell'aumento continuo delle pene, perché ogni nuovo delitto non sarebbe stato altro che la dimostrazione che la pena prevista fino a quel momento non era sufficientemente deterrente. La teoria dell'emenda, invece, avrebbe trovato un ostacolo logico insormontabile nella necessità di sottrarre alla pena il delinquente «corretto», vale a dire colui che appariva non bisognoso di emenda⁹⁷.

Nella *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*⁹⁸, Carrara sviluppò ulteriormente la teoria della pena quale «tutela giuridica»⁹⁹, prendendo le distanze dalle teorie retributive assolute e generalpreventive¹⁰⁰. Secondo la ricostruzione

⁹³ Cfr. F. CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale*, Vol. I, cit., 511-512, che parlando della propria dottrina della tutela giuridica afferma: «...se il diritto deve essere difeso *impersonalmente*, deve essere difeso *in tutti*, e anche nello stesso colpevole, il quale ha il diritto di non essere ucciso quando ciò non si esiga dallo attuale ingiusto pericolo di vita altrui; ha diritto di non essere punito oltre quella misura che impone il bisogno della difesa degli onesti; ha diritto di non essere inutilmente martoriato; in una parola, ha diritto di sostenere che l'autorità sociale nello esercizio del magistero punitivo ha dei LIMITI impreteribili».

⁹⁴ Cfr. F. CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale*, Vol. I, XI Ed., Firenze, 1924, 489.

⁹⁵ F. CARRARA, *Programma...*, Vol. I, cit., §§ 614-615, 571.

⁹⁶ F. CARRARA, *Programma ...*, Vol. I, cit., § 542, 457.

⁹⁷ Cfr. F. CARRARA, *Programma ...*, Vol. I, cit., § 619, 574.

⁹⁸ F. CARRARA, *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*, in *ID.*, *Opuscoli di diritto criminale*, Vol. I, Prato, III Ed., 1878, 221 ss. La prima edizione dell'opera risale al 1861.

⁹⁹ Cfr. F. CARRARA, *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*, cit., 258-259: «La tutela giuridica manifesta la ragione di essere, e lo scopo della sanzione penale e ne segna al tempo stesso le misure ed i confini. La tutela giuridica dà la ragione di essere dell'autorità sociale e determina le misure ed i confini dei poteri di lei».

¹⁰⁰ Cfr. F. CARRARA, *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*, cit., 259 ss. In riferimento alle differenze dalle dottrine assolute l'A. afferma, parlando della dottrina della tutela giuridica: «Esso non è il sistema della giustizia assoluta. Questo prende le mosse dal mondo soprasensibile: laddove il sistema della tutela giuridica pone le sue radici nel mondo sensibile. Il sistema della giustizia assoluta prende per suo fondamento la legge puramente morale che chi fa bene debbe incontrar bene, e chi fa male debba incontrar male; così nella espiazione imposta a chi ha fatto male trova la ragione

carrariana, unicamente la dottrina della tutela giuridica permetteva di punire solo in presenza della lesione di un preciso diritto¹⁰¹ e della prova della colpevolezza dell'imputato¹⁰².

La «tutela giuridica», inoltre, avrebbe offerto il criterio per determinare il *quantum* della pena: esso non avrebbe dovuto essere piegato a finalità generalpreventive, con conseguente strumentalizzazione del reo, né commisurato secondo la gravità morale del male inflitto, incommensurabile per definizione, bensì avere come unico riferimento l'importanza del diritto tutelato dalla singola disposizione incriminatrice¹⁰³.

Carrara prese posizione anche in riferimento alla teoria dell'emenda, propugnata dalla scuola avversaria¹⁰⁴: egli non la avversava in linea di principio, dichiarandosi anzi vicino ai «benefattori della umanità»¹⁰⁵ che lavoravano per emendare i colpevoli. Respinse tuttavia l'emenda c.d. soggettiva, volta a rendere interiormente buono il reo, affermando il magistero punitivo non è legittimato a

d'irrogargli la pena. Ma questo sistema ha due capitali difetti, perché ammessa la verità del principio come regolatore del mondo morale, esso in primo luogo non dà ragione del perché quella facoltà d'imporre coattivamente simile espiazione pertenga all'autorità sociale anziché lasciarla nelle mani di Dio, e così corre evidente pericolo che l'uomo imponga una nuova espiazione a chi già aveva in faccia a Dio pienamente espiato il male fatto (...). In secondo luogo conduce all'assurdo che la società possa imporre una pena anche per quel male che non recò danno ad alcuno e così sottoporre legittimamente a pena tutti i vizi e tutti i peccati» (*ibidem*, 259-260). In riferimento alla *difesa sociale indiretta*, l'A. afferma: «Essa non ha la sua base né in terra né in cielo, ma sta per aria prendendo a suo fondamento la società civile che già suppone costituita; e senza dimostrare la ragione di essere dell'autorità sociale attribuisce a lei la facoltà di difendere se stessa senza dare ragione del perché sia. [...] Il sistema della difesa sociale indiretta pecca in secondo luogo perché fa dell'uomo uno strumento nelle mani della società, la quale si serve del corpo di un cittadino per intimidire gli altri cittadini martorizzandolo onde persuadere quelli a non offendere le leggi sociali, e di tal guisa il medesimo non può dare altra somma ragione di sé stesso tranne la utilità che ad onta delle cortecce delle parole è poi in fine dei conti il solo suo cardine» (*ibidem*, 261-262).

¹⁰¹ «(...) il sistema della tutela giuridica spiega come l'autorità sociale eserciti la punizione, non per l'idea astratta di render male per male, ma perché in lei si concentra la potestà che ad ogni individuo pertiene di difendere il proprio diritto. Adagiato su quella base il sistema della tutela giuridica, esso nega a quella autorità la balia di colpire con pena sensibile il male soprassensibile; perché non ammette diritto di punire dove non è stato leso il diritto di alcuno» F. CARRARA, *Dottrina della tutela giuridica*, cit., 261.

¹⁰² Al contrario della teoria della «difesa sociale indiretta», la moderna generalprevenzione, che potrebbe spingersi a considerare legittima la condanna di un innocente al fine di garantire l'intimidazione dei consociati. Cfr. nota 97, F. CARRARA, *Dottrina della tutela giuridica*, cit., 261 ss. e F. MANTOVANI, *F. Carrara e la funzione della pena*, cit., 315-316.

¹⁰³ Cfr. F. MANTOVANI, *F. Carrara e la funzione della pena*, cit., 317.

¹⁰⁴ Per l'analisi dettagliata delle teorie specialpreventive della scuola positiva, cfr. *infra*.

¹⁰⁵ F. CARRARA, *Emenda del reo assunta come unico fondamento e fine della pena*, in *ID.*, *Opuscoli di diritto criminale*, Vol. I, Prato, 1878, 194.

penetrare l'intimità della libera coscienza umana¹⁰⁶, e guardò con un certo distacco all'emenda oggettiva, intesa come controllo delle inclinazioni interiori del reo affinché egli non si lasciasse trascinare ad atti esterni offensivi della legge¹⁰⁷. Egli accettò quest'ultimo aspetto dell'emenda solo nella misura in cui essa fosse volta ad evitare che il reo, costretto in situazioni spiacevoli o degradanti, fosse «spinto più oltre nella via della perdizione»¹⁰⁸.

Da quanto sommariamente esposto emerge l'accennata inadeguatezza di una riduzione della teoria carrariana a teoria meramente retributiva¹⁰⁹.

In tale ottica, uno dei maggiori meriti di tale dottrina consisterebbe nell'aver teorizzato la necessità, preliminare alla decisione in merito alle funzioni della pena, di delimitare chiaramente l'ambito delle azioni punibili. Esso va circoscritto alle sole violazioni dei diritti soggettivi, con esclusione delle azioni moralmente «prave», tendenti a coincidere con la violazione di una norma morale e religiosa¹¹⁰.

Quanto, più precipuamente, al rifiuto carrariano delle teorie relative, questo è motivato dalla circostanza che la pena è ritenuta necessaria per ristabilire l'equilibrio della società: essa trova il proprio fondamento nella lesione del diritto, e serve dunque alla retribuzione giuridica.

Con grande sforzo di razionalità, quindi, da un lato Carrara prese le distanze dal concetto di «giustizia assoluta», ignota all'uomo. D'altro canto, egli si distinse pure dalle teorie meramente utilitaristiche, tendenti a sacrificare i diritti individuali all'interesse generale della società, e a strumentalizzare il colpevole. Uscì infine dal

¹⁰⁶ Questo sarebbe, semmai, compito del «buon governo», che deve «educare il popolo al bene» (F. CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale*, Vol. II, *cit.*, § 619, 12-13). Inoltre, il coerente accoglimento della teoria dell'emenda soggettiva avrebbe condotto ad un paradosso: «La emenda successiva alla violazione disarmo la giustizia; poiché la logica deduzione del novello principio, assunto una volta, conduce diritto a vietare che si punisca il colpevole quando siasi dopo il delitto pentito e corretto» (CARRARA, F., *Emenda del reo assunta come unico fondamento e fine della pena*, *cit.*, 195. La tematica è approfondita nelle successive pagine da 197 a 201).

¹⁰⁷ Cfr. F. MANTOVANI, *F. Carrara e la funzione della pena*, in *op. cit.*, 318-319.

¹⁰⁸ F. CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale*, Vol. II, *cit.*, § 619, 14. Altrove, lo stesso A. afferma che sotto la teoria della difesa oggettiva vi sarebbe in realtà la teoria della difesa giuridica: se l'unico fine dell'emenda è quello di regolare le azioni esteriori del delinquente, l'unica giustificazione che può darsi alla pena è quella della tutela del diritto. Cfr. *ID.*, *Emenda del reo assunta come unico fondamento e fine della pena*, *cit.*, 202 ss.

¹⁰⁹ Cfr. F. MANTOVANI, *F. Carrara e la funzione della pena*, in *op. cit.*, 320-321. Al contrario, vi è chi ha ravvisato nella costruzione penalistica dell'A. lucchese una «dottrina particolarmente equilibrata» (M. A. CATTANEO, *Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*, *cit.*, 210).

¹¹⁰ Cfr. F. MANTOVANI, *F. Carrara e la funzione della pena*, in *op. cit.*, 323. Carrara censura anche quell'aspetto del retributivismo che tende a trarre una soddisfazione dalla sofferenza morale inflitta al colpevole. Cfr. M. A. CATTANEO, *Francesco Carrara ...*, *cit.*, 210.

paradigma meramente retributivo nella misura in cui ammise che la pena provoca in ogni caso un effetto preventivo, dovuto alla sua intrinseca natura di «male minacciato».

Proprio in riferimento a quella che, con termini più moderni, potremmo definire *polifunzionalità* della pena, non mancava, nel *Programma*, un riferimento all'esigenza generalpreventiva, sempre subordinata alla sua proporzione e giustizia intrinseca: «[la pena] deve essere *esemplare*, tale cioè che generi nei cittadini la *persuasione* che il reo ha patito un male. (...) Ma la *esemplarità* che richiedesi nella pena non deve guardarsi come un fine precipuo a cui essa debba servire (...): ciò condurrebbe alla falsa dottrina della intimidazione. (...) Mai deve spingersi all'effetto di aggiungere alla pena tormenti oltre la sua giusta misura sotto il pretesto di renderla più esemplare»¹¹¹.

Seguiva un riferimento alla prevenzione speciale, intesa come necessità che la pena non sia «pervertitrice»¹¹² del reo, poiché in tal caso essa sarebbe non solo dannosa, ma soprattutto radicalmente ingiusta. Carrara ne delineò i caratteri in positivo, definendola certa, pronta e pubblica¹¹³, ed in negativo: la pena non deve essere illegale¹¹⁴, non deve essere aberrante¹¹⁵, né eccessiva, e quindi sproporzionata rispetto alla necessità sociale di difesa¹¹⁶, né disuguale¹¹⁷.

In conclusione, nonostante numerose voci contrarie¹¹⁸, alla teoria carrariana della pena devono riconoscersi alcuni meriti.

¹¹¹ «La esemplarità, in una parola, è un risultato che si deve ottenere dalla punizione, senza che per ottenerlo se ne alteri la misura oltre il rapporto (...) della giustizia». F. CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale*, Vol. II, cit., § 641, 10.

¹¹² F. CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale*, Vol. II, cit., § 645, 12.

¹¹³ Cfr. F. CARRARA, *Programma ...*, Vol. II, cit., §§ 642-644, 10-12.

¹¹⁴ «[C]ioè, non si irroga legittimamente se prima la legge non l'ha minacciata». F. CARRARA, *Programma ...*, Vol. II, § 646, 17.

¹¹⁵ Con questo termine Carrara intende riferirsi al carattere personale della pena, cioè non trasmissibile in via ereditaria. Cfr. F. CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale*, Vol. II, § 647, 17.

¹¹⁶ Deve quindi esservi una proporzione tra pena e male del delitto: ogni pena sproporzionata «è un abuso di forza, è una crudeltà illegittima». Inoltre, una pena eccessiva sortisce anche un effetto politico negativo: essa eccita la pubblica antipatia, e favorisce il sorgere di un sentimento di pietà dei buoni nei confronti dei malvagi, con il risultato che i primi si potrebbero unire ai secondi per elidere la giustizia. Cfr. F. CARRARA, *Programma ...*, cit., Vol. II, § 648, 18.

¹¹⁷ Non si deve prendere in considerazione la posizione sociale del condannato. Il legislatore, nel determinare le pene, deve rispettare il principio di uguaglianza, e spetterà eventualmente al giudice, nei limiti della legge, commisurare l'entità della pena tenendo conto della sua forza oggettiva. Cfr. F. CARRARA, *Programma ...*, cit., Vol. II, § 649.

¹¹⁸ Raccoglie efficacemente alcune delle maggiori critiche mosse alla teoria carrariana della pena M. A. CATTANEO, *Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*, cit., 40-48.

Sottolineata la decisa distinzione tra diritto penale e morale, come pure tra reato e peccato, caposaldo del diritto penale nei secoli a venire, Carrara non ignorava, accanto alla retribuzione giuridica, la presenza di una pluralità di funzioni da riconoscersi alla pena, ma si limitò ad evidenziarne aspetti negativi e positivi, con coerenza rispetto alle premesse di partenza.

Più in generale, in Carrara sono stati ravvisati un aspetto di grande rottura ed uno di continuità con le moderne dottrine sulla pena.

Il primo è dato dal rigorismo dell'A. nei confronti della inderogabilità della pena, che non può subire alcuna modifica *in executivis*. In questo, Carrara è molto distante dalle legislazioni moderne, praticamente tutte ispirate al principio rieducativo. La modernità carrariana si ravvisa invece nel profondo garantismo del reo, nella convinta lotta contro la pena di morte e nella costruzione logica, coerente e razionale del suo pensiero, espressioni di alta civiltà giuridica¹¹⁹.

1.3.2. Rieducazione e scuola positiva

Enrico Ferri, caposcuola dei positivisti, riconosceva a sua volta in Cesare Lombroso il fondatore della nuova scienza dell'antropologia criminale¹²⁰, che si diffuse con molto successo in Italia ed all'estero, e fu da Ferri stesso ulteriormente indagata ed approfondita¹²¹.

L'antropologia criminale si fondava sullo studio dell'uomo delinquente, considerato un *tertium genus* rispetto all'uomo «normale» (definito sano, adulto e civile) ed al «pazzo»¹²². Il primo, per ragioni differenti, legate a mancanze nella sua crescita personale oppure a condizioni sociali patologiche, sarebbe regredito ad uno

¹¹⁹ Cfr. F. MANTOVANI, *F. Carrara e la funzione della pena*, in *op. cit.*, 325.

¹²⁰ Cfr. E. FERRI, *Studi critici su «l'uomo delinquente» del Prof. C. Lombroso*, in *Studi sulla criminalità*, Torino, II Ed. 1926, 2.

¹²¹ Cfr. E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., Vol. I, 84-89. Si esprime negli stessi termini L. RODLER nella sua *Nota al testo alla recente riedizione di C. LOMBROSO, L'uomo delinquente studiato in rapporto all'antropologia, alla medicina legale ed alle discipline carcerarie*, Bologna, 2011, 37.

¹²² Gli esponenti della Scuola Positiva condussero numerose ricerche all'interno delle carceri e dei bagni penali, analizzando i tratti fisici e somatici dei delinquenti, soprattutto dei recidivi, alla ricerca di elementi costanti. Nella sua *Sociologia Criminale*, ad esempio, Ferri si vanta più volte di essere riuscito a distinguere, in un gruppo di 700 soldati (analizzati al solo scopo di confrontarli con altrettanti condannati), l'unico che aveva commesso un assassinio, identificandolo in base all'enorme mandibola, alla fronte ristretta, al grande sviluppo temporale, al pallore terreo ed all'espressione fredda e feroce. (Cfr. E. FERRI, *ult. op. cit.*, 122-123).

stadio primitivo, barbaro e selvaggio, circostanza che lo avrebbe spinto ad agire commettendo azioni impulsive e moralmente insensibili¹²³.

Ferri individuò tre ordini di condizioni alla base dell'induzione dell'uomo verso la delinquenza: antropologiche (o individuali), sociali, e fisiche¹²⁴. Di conseguenza, nessuna efficacia poteva essere riconosciuta alle pene, il cui inasprimento o la cui riduzione non si ponevano in nessun rapporto con l'aumento o la riduzione della criminalità¹²⁵. Del pari, appariva senza significato attribuire alla pena una natura retributiva, né aveva senso parlare di responsabilità individuale se si partiva dal presupposto che l'individuo non detenesse il libero arbitrio, bensì fosse vittima delle spinte sociali¹²⁶. Al concetto di responsabilità individuale fu sostituito quello di imputabilità morale¹²⁷.

Al contrario, occorreva agire sui fattori antropologici e sociologici che determinavano l'uomo a delinquere, con provvedimenti di natura preventiva e repressiva¹²⁸.

Ai primi apparteneva la gamma di rimedi offerti dai «sostitutivi penali»¹²⁹.

¹²³ Cfr. E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., Vol. I, 90-100.

¹²⁴ «Il delitto non è un fenomeno esclusivamente biologico né esclusivamente prodotto dall'ambiente fisico o sociale; ma ogni e qualsiasi delitto, dal massimo al minimo, è sempre la risultante, in ogni categoria antropologica e figura individuale di delinquenti, tanto della speciale anormalità permanente o transitoria, congenita o acquisita della costituzione organica e psichica, quanto delle circostanze esterne, fisiche e sociali, che coincidono in quel dato momento di tempo e di luogo a determinare l'azione di un dato uomo» E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., Vol. I, 215. Per un'analisi storica, legata all'evoluzione della civiltà umana, del rapporto tra fattore ambientale e biologico nel determinare il delitto si deve rimandare ad E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., Vol. I, 139-146 e 187-191. Origine e natura della delinquenza sono invece analizzate, con molti riferimenti alle teorie degli studiosi dell'epoca, nelle pp. da 192 a 232. Per l'influenza, invece, della temperatura sulla criminalità cfr. *ID.*, *La criminalità in rapporto alle variazioni termometriche annuali*, in *Studi sulla criminalità*, Torino, II Ed. 1926, 58 ss.

¹²⁵ Cfr. E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., 421.

¹²⁶ Pur negando che l'uomo sia dotato di libero arbitrio, Ferri specifica di aver elaborato la teoria della «responsabilità sociale» dei delinquenti a prescindere da tale base, che in quanto filosofica rimane al di fuori del campo d'esame della Scuola Positiva. Cfr. E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., Vol. II, 2-4. Più avanti, specifica: «La giustizia penale o è incardinata sul concetto di libero arbitrio (o assoluto o relativo – o esplicito o implicito) ed allora può continuare nei suoi vecchi criteri fondamentali e si tratterà, tutt'al più, di indicarne qualche riforma parziale: o, se anche non si incardini sul determinismo naturale dei fatti umani, prescinde da ogni affermazione di libertà morale e si appoggia ai dati dell'antropologia e della sociologia criminale, ed allora essa deve ispirarsi a criteri radicalmente diversi e quindi esplicarsi in corrispondenti istituti ed ingranaggi giudiziari ed amministrativi» (E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., Vol. II, 51).

¹²⁷ Cfr. G. NEPPI MODONA, *Diritto penale e positivismo*, cit., 53-54.

¹²⁸ «[L]a pena (...) diventerà non più la retribuzione di una colpa morale con un castigo proporzionato (...), ma un insieme di provvedimenti sociali, preventivi e repressivi, che meglio rispondendo alla natura ed alla genesi del delitto più efficacemente e nello stesso tempo più umanamente ne preservano la società, lasciando la funzione di misurare e castigare la colpa morale degli uomini alla filosofia morale ed alla religione». E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., Vol. II, 70.

Si trattava di misure di varia natura, che lo Stato avrebbe dovuto porre in essere per eliminare le occasioni di disegualianza sociale che favorivano il fiorire della criminalità e superare la radicata convinzione secondo la quale le patologie sociali potevano essere combattute solo attraverso le leggi penali. Ferri immaginò sostitutivi penali di ordine economico, quali la costruzione di opere pubbliche o la facilitazione dell'emigrazione in tempi di miseria; di ordine politico, come le riforme di carattere costituzionale, o ancora di ordine amministrativo civile o religioso (una savia legislazione relativa ai testamenti, al riconoscimento dei figli naturali, alla ricerca della paternità, all'amministrazione della giustizia, perfino una regolamentazione del meretricio)¹³⁰.

Tuttavia, essendo impossibile sconfiggere del tutto il crimine, Ferri ammise la necessità di una pena funzionale alla difesa sociale¹³¹. Egli tratteggiò quindi un sistema unitario di pene (senza distinzione tra diritto civile e penale, e concepite come «reazioni» innescate dalla commissione di un fatto antiggiuridico, fosse esso un torto civile, una contravvenzione o un reato¹³²), da applicarsi nei casi residuali ed inevitabili di delinquenza.

In questo quadro, da un lato vi erano mezzi riparatori, quali la rimozione dello stato antiggiuridico ed il risarcimento dei danni (alla vittima ed allo Stato)¹³³, e dall'altro mezzi repressivi ed eliminativi: l'applicazione dell'una o dell'altra misura sarebbe dovuta dipendere dal tipo di delinquente.

Il fondatore della scuola positiva, rielaborando le teorie di Lombroso ma ben consapevole degli studi precedenti¹³⁴, distinse infatti cinque tipi di delinquenti: i

¹²⁹ Cfr. S. LONGHI, *Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale*, Milano, 1911, 532. «Modificando l'ambiente, si può influire, nel giro dell'esistenza individuale, sulla grande massa dei delinquenti d'occasione e d'abitudine e nel giro ereditario di qualche generazione, anche sulla schiera dei delinquenti nati e pazzi» (E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., Vol. I, 188).

¹³⁰ Cfr. S. LONGHI, *Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale*, cit., 533.

¹³¹ Cfr. E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., Vol. II, 79-110. In tal senso, la pena risulta essere posta in essere dalla società che vuole garantire la propria conservazione (cfr. *ibidem*, 145).

¹³² Secondo Ferri non vi è ragione di distinguere tra frode civile e frode criminale, perché i due campi in realtà si intersecano. Cfr. E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., Vol. II, 247 e 254.

¹³³ Il risarcimento dei danni rappresenta una misura molto utile a ristabilire l'ordine sociale infranto attraverso la commissione del reato, e può costituire anche l'unica reazione al delitto se questo è commesso da un soggetto che quasi sicuramente non corre rischi di recidiva. Cfr. E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., Vol. II, 451-461.

¹³⁴ FERRI fa riferimento a varie opere della seconda metà dell'ottocento, soprattutto francesi, ma in parte anche tedeschi ed inglesi, evidenziando le differenze tra l'una e l'altra teoria ma concludendo che, in fondo, le differenze non sono di natura sostanziale e che con il tempo si sarebbe potuto trovare un accordo di fondo. Cfr. E. FERRI, *ult. op. cit.*, Vol. I, 235-239 e Vol. II, 466-467.

delinquenti pazzi, i nati, gli abituali, quelli d'occasione ed infine i delinquenti per passione¹³⁵.

«Pazzi», o «semi-pazzi» erano i delinquenti affetti da una forma comune di infermità mentale, più o meno appariscente, che li aveva indotti a delinquere¹³⁶. Essi avrebbero potuto solo essere rinchiusi nei manicomi criminali, più per difendere la società dalle loro possibili ricadute nel delitto che per il motivo opposto¹³⁷.

La vera categoria dei delinquenti, quella che presentava tutti i tratti somatici e sociali individuati dall'antropologia, era quella dei «delinquenti-nati», cioè tali per «tendenza istintiva»¹³⁸. Per essi, il crimine, di qualsiasi genere (ad eccezione dei delitti di sangue) rappresentava l'unica occupazione e fonte di guadagno¹³⁹.

La pena carceraria, d'altra parte, non li intimidiva, anzi rappresentava per loro una sorta di rischio calcolato del mestiere, con il vantaggio di offrire un periodo di riposo e vitto assicurato¹⁴⁰. Esclusa l'opportunità della pena di morte¹⁴¹ e della deportazione¹⁴², i delinquenti nati, per natura incorreggibili, avrebbero dovuto essere sottoposti alla segregazione a tempo indeterminato¹⁴³.

¹³⁵ Cfr. E. FERRI, *ult. op. cit.*, Vol. I, 260. La descrizione delle categorie, che lo stesso FERRI afferma di avere introdotto nel 1980, si avvicina molto a quella operata da V. LISZT nel praticamente contemporaneo *Marburger Programm*. In altri passi dell'opera, FERRI afferma di avere introdotto il concetto già nell'articolo *Studi critici sull'uomo delinquente del Lombroso*, in *Rivista Europea*, 1878, 283. Entrambi gli autori, FERRI e VON LISZT, dimostrano di essere grandi conoscitori dell'opera di LOMBROSO, che integrano e criticano. Ferri si attribuisce la paternità della classificazione naturale dei delinquenti, che sarebbe stata successivamente ripresa da vari studiosi. V. LISZT avrebbe assimilato le teorie ferriane per tramite dell'opera di R. MINZLOFF, *Études sur la criminalité*, in *Philosophie positive*, 1880. Per un elenco dei presunti «seguaci» di FERRI cfr. *ID.*, *ult. op. cit.*, 302-318. Certo è che le numerose conferenze internazionali di antropologia criminale ed i congressi dell'Unione internazionale di diritto penale, fondata nel 1889 da FRANZ V. LISZT, GÉRARD VAN HAMEL e ADOLPHE PRINS, favorirono lo scambio reciproco di conoscenze. Inoltre, numerose sono le opere citate dal Ferri, anche nelle successive riedizioni delle sue opere, per dare fondamento alla propria teoria. Tra queste: DESPINE, *Psychologie naturelle*, Paris, 1868, BITTINGER, *Crimes of passion*, London, 1872, BELTRAMI, *Stato attuale della riforma penitenziaria*, Roma, 1874, JOLY, *Le crime*, Paris, 1888.

¹³⁶ Al proposito, uno dei punti più nodosi è dato dalla difficoltà di distinguere i delinquenti pazzi dai c.d. «pazzi morali», equiparati ai delinquenti-nati. Sul punto, cfr. E. FERRI, *ult. op. cit.*, Vol. I, 262-269.

¹³⁷ Cfr. E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., Vol. II, 472-486.

¹³⁸ E. FERRI, *ult. op. cit.*, Vol. I, 271.

¹³⁹ «Sono tipi d'uomini o selvaggi e brutali o furbi ed oziosi, che non giungono a distinguere l'omicidio, il furto, il delitto in genere da ogni altra industria onesta; uomini che (...) hanno concetti e sentimenti intorno al delitto ed alla pena affatto opposti a quelli che legislatori e criminalisti suppongono in loro» E. FERRI, *ult. op. cit.*, Vol. I, 269.

¹⁴⁰ E. FERRI, *ult. op. cit.*, Vol. I, 270.

¹⁴¹ Cfr. E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., Vol. II, 486-496, e S. LONGHI, *Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale*, cit., 540-541 per una sintesi.

¹⁴² Benché la deportazione avesse portato ad alcuni buoni risultati, ad esempio in Australia, essa risulta aver creato molti problemi alle colonie di altri paesi, come quelle francesi, e per l'Italia sarebbe

Benché, di per sé, questo tipo di segregazione lasciasse aperta la possibilità di rilascio del condannato che abbia perso la sua pericolosità sociale, era possibile prevedere che i casi di liberazione sarebbero stati rarissimi, perché per i delinquenti in esame di fatto «non vi è speranza di riadattamento sociale»¹⁴⁴.

Condividavano con i delinquenti-nati un'alta percentuale di recidiva i delinquenti «abituati o per abitudine acquisita». Essi, pur privi di spiccati caratteri antropologici, dopo aver commesso il primo reato si erano fatti trascinare dall'ambiente negativo in cui si trovavano e finivano per commettere altri delitti quali furto, vagabondaggio e delitti contro la proprietà¹⁴⁵. Essendo in sostanza delinquenti d'occasione recidivi, i delinquenti abituati avrebbero dovuto essere trattati come questi ultimi dopo la commissione del primo delitto, e come delinquenti nati se cadevano in recidiva¹⁴⁶.

Accanto a quelle descritte vi era la più rara figura dei delinquenti per impeto di passione: individui illibati, spesso donne, che commettevano reati contro le persone sotto l'impulso di una passione scoppiata (collera, amore contrastato, onore offeso), si pentivano sinceramente del malfatto e non erano inclini alla recidiva¹⁴⁷. Essi non presentavano i caratteri tipici del «tipo criminale», che del resto non si rinveniva nemmeno nei delinquenti d'occasione.

Questi ultimi, infatti, presentavano una predisposizione al delitto davvero minima, o latente, che si manifestava solo nel caso in cui le circostanze casuali esterne fossero tali da offrire loro una vantaggiosa occasione di delinquere¹⁴⁸.

risultata di difficile e costosa attuazione pratica. In ogni caso, anche ammettere la deportazione non risolve il problema di definire a quale tipo di segregazione dovranno essere sottoposti i condannati, deportati o meno. Cfr. E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., Vol. II, 497-502.

¹⁴³ Cfr. E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., Vol. II, 434-451.

¹⁴⁴ Cfr. E. FERRI, *ult. op. cit.*, Vol. II, 503, che fa un'ulteriore distinzione a seconda del reato commesso: quando un delinquente nato commette un assassinio o rapina con omicidio, dovrà subito essere sottoposto alla segregazione. Nel caso di furto, stupro e lesioni di varia natura invece la segregazione sarà la pena da applicare a partire dalla terza o dalla quarta recidiva.

¹⁴⁵ «E questo, perché la carcere in comune li ha corrotti, moralmente e fisicamente, o il carcere cellulare li ha inebetiti, l'alcolismo li ha abbruttiti, e la società, abbandonandoli, prima e dopo l'uscita dal carcere, alla miseria, all'ozio, alle tentazioni, non li ha aiutati nello sforzo per il riacquisto delle condizioni di vita onesta». E. FERRI, *ult. op. cit.*, Vol. I, 274.

¹⁴⁶ Tuttavia, data la tendenziale minore gravità dei reati che essi commettono, rispetto ai delinquenti nati, la segregazione perpetua dovrà essere regolata da un regime diverso.

¹⁴⁷ Cfr. E. FERRI, *ult. op. cit.*, Vol. I, 288-290.

¹⁴⁸ Cfr. E. FERRI, *ult. op. cit.*, Vol. I, 290-291, che spiega così la differenza tra quest'ultimo tipo di delinquente ed il delinquente-nato: «Nel delinquente-nato, è un fatto che determina la scarica di una forza istintiva preesistente; nel delinquente d'occasione, è un fatto, che fa crescere e scoppiare al tempo stesso un istinto criminoso» (*ibidem*, 291).

Per i delinquenti per impeto di passione ogni pena risultava inutile, perché i motivi che li avevano spinti a delinquere vanificavano l'efficacia dissuadente di una minaccia di punizione. Proprio per questa categoria di criminali si manifestava tutta l'utilità del risarcimento del danno, che avrebbe potuto essere accompagnata da quelle che oggi si definirebbero pene interdittive quali l'allontanamento a tempo indeterminato dal *locus commissi delicti* o dalla casa dell'offeso, o pene «accessorie» quali la pubblicazione della sentenza di condanna¹⁴⁹.

Per i delinquenti occasionali invece la pena avrebbe dovuto esplicare una funzione più preventiva che repressiva, ed impedire che soggetti spinti al reato dalle circostanze di un momento si trasformassero in delinquenti abituali. I minorenni che occasionalmente avevano commesso un reato avrebbero potuto essere dati in affidamento a famiglie oneste, oppure impiegati a tempo indeterminato nelle colonie agricole¹⁵⁰. Nei maggiorenni, invece, si sarebbero dovute accuratamente evitare le pene detentive di breve durata¹⁵¹ e privilegiare punizioni quali «l'arresto in casa, la cauzione, l'ammonizione giudiziaria, il lavoro coatto senza carcerazione, la sospensione condizionale del giudizio o della pena, l'esilio locale»¹⁵².

Ferri immaginò anche i caratteri degli stabilimenti di segregazione: questi, «da “case di pena”, cioè luoghi di tormento e di schiavitù, (...) si trasformeranno in stabilimenti di sicurezza ed educazione (fisica e morale) con disciplina adatta alle forme diverse di tendenza criminale»¹⁵³.

Tali stabilimenti avrebbero dovuto mantenere l'individuo lontano dalla società, utilizzando però al meglio «l'opera dei delinquenti non riadattabili alla vita sociale e impiegando la costrizione fisica nel *minimum* necessario per impedirne gli eccessi criminosi, dando alla dinamica igienica e psicologica la maggiore importanza per regolarne l'attività. E per i delinquenti riadattabili alla vita sociale, curarne e svilupparne l'attività igienica e produttiva nel modo più utile per la guarigione ed il

¹⁴⁹ Cfr. S. LONGHI, *Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale*, cit., 542.

¹⁵⁰ Ferri è contrarissimo alle case di cura ed ai riformatori, che favoriscono il «caser maggio» e la crescita in un ambiente di delinquenza. Cfr. E. FERRI, *ult. op. cit.*, Vol. II, 525.

¹⁵¹ La contrarietà alle pene detentive di breve durata, definite criminogene e quindi controproducenti, è un *leitmotiv* di tutti gli esponenti del movimento positivista. Cfr. E. FERRI, *ult. op. cit.*, Vol. II, 526-527, C. LOMBROSO, *L'uomo delinquente*, cit., 1781.

¹⁵² E. FERRI, *ult. op. cit.*, Vol. II, 527. Nelle pagine successive, l'A. evidenzia i difetti dell'allora vigente codice Zanardelli su questo fronte e specifica che, dal suo punto di vista, la sospensione condizionale della pena avrebbe dovuto essere subordinata al consenso della parte offesa ed al risarcimento dei danni (*ibidem*, 540-541).

¹⁵³ E. FERRI, *ult. op. cit.*, Vol. II, 465.

rinvigorimento del loro intelletto o della loro volontà»¹⁵⁴. Proprio la cura dell'attività «igienica e produttiva» doveva servire ad evitare che i delinquenti si rifugiassero nell'ozio, ma non al costo di rendere le case di pena più attrattive rispetto alla loro vita normale¹⁵⁵. Tuttavia, Ferri si dichiarò contrario alla pratica del sistema cellulare, molto praticata all'epoca, che prevedeva l'isolamento perpetuo del condannato, giorno e notte, almeno per i primi anni di reclusione¹⁵⁶. Egli, definito tale sistema «una delle aberrazioni del secolo XIX»¹⁵⁷, ne negava qualsiasi utilità. Al contrario, il carcere avrebbe dovuto mirare a rinvigorire il senso sociale dei condannati, favorendo, durante le ore diurne, un sano contatto tra loro¹⁵⁸.

Infine, tutti i reclusi avrebbero dovuto essere obbligati a lavorare, preferibilmente all'aperto, in modo da poter pagare il costo della permanenza nello stabilimento e, con quanto rimaneva, il risarcimento del danno¹⁵⁹.

1.3.3. Franz von Liszt e il «Programma di Marburgo»

Vale la pena di soffermarsi brevemente sul pensiero di von Liszt¹⁶⁰. A quest'ultimo si deve l'elaborazione della c.d. «teoria dello scopo», tratteggiata prendendo le mosse dalla circostanza, confortata dalle statistiche criminali a sua

¹⁵⁴ E. FERRI, *ult. op. cit.*, Vol. II, 465-466.

¹⁵⁵ Questo passaggio è molto interessante, perché denota i limiti dell'idea positivista di «rieducazione» rispetto al messaggio che sembra essere passato nel secolo successivo. Dopo aver criticato, deridendola, l'idea, avanzata nel Congresso Penitenziario di Roma del 1885, di consentire agli assassini ed agli stupratori di poter ascoltare la musica una volta in settimana, egli puntualizza che molte delle miglione che in quei tempi si ipotizzava di apportare al trattamento carcerario erano «esagerate», soprattutto se si confrontava la vita dei reclusi con quella, ad esempio, dei semplici contadini: «Ma ora, esaminate meglio le condizioni sociali e le proporzioni che debbono essere serbate fra i poveri onesti ed i malfattori, bisognerà che gli stabilimenti di segregazione – pur togliendo ad essi ogni carattere di tormento (...) – siano pur sempre qualche cosa di meno desiderato dai loro inquilini, spesso invidiati ora, nelle stagioni rigide, con manifesta o dannosissima ingiustizia, dall'onesto agricoltore che intristisce, insufficientemente nutrito, nella sua campagna o dall'onesto operaio che trova stentato e penoso ricovero nella sua soffitta» E. FERRI, *ult. op. cit.*, Vol. II, 470.

¹⁵⁶ Lo descrive M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., 257 - 261.

¹⁵⁷ E. FERRI, *ult. op. cit.*, Vol. II, 515, che continua «Questa inutile, odiosa, disumana, costosissima “tomba di viventi” non è ammissibile, nemmeno sotto la forma attenuata nelle espressioni, stabilita dal vigente codice penale» (*ibidem*).

¹⁵⁸ Mentre invece Ferri ritiene utile l'isolamento notturno, molto meno costoso di quello diurno. Cfr. E. FERRI, *ult. op. cit.*, Vol. II, 511 ss.

¹⁵⁹ Quanto al salario, Ferri sostiene che esso avrebbe dovuto essere quale uguale al salario libero, a fronte però dell'esecuzione di lavori più umili rispetto a quelli dei lavoratori onesti. Cfr. E. FERRI, *ult. op. cit.*, Vol. II, 470-471. Si tornerà su questi temi quando si esplorerà con maggiore attenzione il concetto di rieducazione.

¹⁶⁰ La ragione di questa breve digressione si ritrova nell'influenza che von Liszt ha esercitato sul pensiero penalistico del ventesimo secolo. Per un breve riassunto del pensiero di v. LISZT, cfr. T. VORMBAUM, *op. cit.*, 168 ss.; oppure L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, Bari 2008, 255-257.

disposizione, secondo cui il diritto penale retributivo dell'epoca non riusciva a combattere efficacemente la criminalità. Nel suo famoso «Programma di Marburgo»¹⁶¹, l'illustre professore affermò che la pena in origine non sarebbe altro che una reazione cieca, istintiva ed impulsiva, finalizzata unicamente alla conservazione della specie¹⁶². Essa probabilmente trovava la sua origine in motivazioni metafisiche, la cui indagine esulava dal compito dei penalisti¹⁶³.

In un secondo momento, l'uomo si sarebbe reso conto che la pena può essere usata per tutelare dei beni giuridici. Con il compiuto trasferimento, in capo allo Stato, del monopolio del potere punitivo, la pena sarebbe stata obiettivizzata, perché avrebbe perso ogni collegamento con gli interessi di una persona in particolare (oppure di una tribù) per divenire appannaggio dello Stato, ente imparziale¹⁶⁴. Così, essa sarebbe stata finalmente subordinata all'idea dello scopo, corrispondente alla tutela dei beni giuridici¹⁶⁵. Ne conseguiva che l'unica pena giusta era quella necessaria nel singolo caso a garantire la tutela dei beni giuridici¹⁶⁶.

Sulla scorta di queste premesse, impregnate dalla chiara volontà di distaccarsi criticamente dalle teorie precedenti e ricercare l'utilità della pena, von Liszt distinse le funzioni di quest'ultima a seconda delle categorie di condannati.

Il primo gruppo era formato dai c.d. irrecuperabili (*Unverbesserlichen*), i delinquenti abituali, soggetti che hanno passato la loro intera vita nel crimine, definiti

¹⁶¹ Ci si riferisce al saggio dal titolo originale «*Der Zweckgedanke im Strafrecht*», pubblicato nel 1883 nella rivista *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, prolusione con la quale Franz von Liszt prese possesso della cattedra di diritto penale dell'università di Marburgo. Successivamente, il saggio fu inserito nella raccolta *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge von Dr. Franz von Liszt, cit.*, Berlino, 1905, 126 ss. Nonostante si tratti di uno scritto piuttosto breve e concentrato, il programma di Marburgo offre un perfetto sunto di tutto il pensiero, anche successivo, di von Liszt. Così A. A. CALVI, *Introduzione*, in F. V. LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. a cura dello stesso CALVI, Milano, 1962, IX.

¹⁶² F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht, cit.*, 132.

¹⁶³ Cfr. *ibidem*, 134.

¹⁶⁴ Cfr. *ibidem*, 147.

¹⁶⁵ «*Die unbefangene Betrachtung ermöglicht weiter die Einsicht in die Wirkungen der Strafe. Sie wird erkannt als Mittel zum Schutze der Rechtsordnung. (...) Dennoch ermöglicht es diese, wenn auch unvollkommene und unsichere Erkenntnis der Wirkung der Strafe, eben diese Wirkung als Zweck zu setzen; die Strafe in denjenigen Fällen eintreten zu lassen, in welchen gewisse Rechtsgüter des Schutzes gegen gewisse Störungen bedürfen, sie in der Art und dem Maße eintreten zu lassen, wie dies zum Schutze dieser Rechtsgüter gegen diese Verbrechen als nötig erscheint; dennoch ermöglicht, um es mit Einem Worte zu sagen, jene Erkenntnis die, wenn auch wiederum nur unvollkommene und unsichere, Anpassung der Strafe an den Zweckgedanken. Die Strafe wird in den Dienst des Rechtsgüterschutzes gestellt.*» (F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht, cit.*, 149).

¹⁶⁶ «*Die richtige, d.h. die gerechte Strafe ist die notwendige Strafe. Gerechtigkeit im Strafrecht ist die Einhaltung des durch den Zweckgedanken erforderten Strafmaßes.*» (*ibidem*, 161).

«mendicanti e vagabondi, individui d'ambo i sessi dediti alla prostituzione ed alcolizzati, mariuoli e soggetti dalla vita equivoca, degenerati nel fisico e nello spirito»¹⁶⁷. Si trattava dei soggetti che, secondo le statistiche criminali dell'epoca, costituivano la quota maggiore dei recidivi. Per questi, l'unica via praticabile sarebbe stata quella della neutralizzazione (*Unschädlichmachung*), intesa come reclusione a tempo indeterminato in case di custodia o di lavoro, nelle quali appunto le forze lavorative si potessero il più possibile¹⁶⁸. La previsione di un tale isolamento sarebbe dovuta «scattare» in occasione della terza condanna per uno di quei «delitti ... che trovano la loro origine negli istinti più violenti e primordiali dell'umana natura»¹⁶⁹. Si trattava, secondo l'illustre Autore, di delitti contro la proprietà o il buon costume, quali furto, ricettazione, rapina, estorsione, truffa, incendio doloso, danneggiamento, violenza carnale e corruzione di minorenni¹⁷⁰, individuati con l'aiuto della statistica criminale come quelli più frequentemente commessi dai recidivi. Sulla base di questa riflessione, von Liszt esclude la necessità della pena di morte: «*Die Todesstrafe scheint mir entbehrlich, sobald die Unverbesserlichen unschädlich gemacht sind*»¹⁷¹.

Per i soggetti bisognosi di conseguire un miglioramento (*Besserungsbedürftigen*), vale a dire i delinquenti abituali, spinti al delitto da ragioni ereditarie ma ancora «principianti della carriera del delitto»¹⁷², la pena avrebbe dovuto essere rieducativa e risocializzante in un senso vicino a quello moderno del termine¹⁷³.

In questo secondo gruppo di delinquenti rientravano gli autori degli stessi reati normalmente commessi dagli irrecuperabili, ma già alla prima o alla seconda condanna i primi avrebbero dovuto essere internati in uno stabilimento correzionale (*Besserungsanstalt*)¹⁷⁴ per un periodo ricompreso tra uno e cinque anni. Al proposito, von Liszt sottolineò la necessità di evitare la reclusione per periodi di tempo inferiori

¹⁶⁷ F. v. LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. a cura di A. A. CALVI, cit., 54.

¹⁶⁸ Cfr. F. v. LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, cit., 170. Oltre al severo obbligo di lavoro, in tali stabilimenti dovrebbero essere previste, quali sanzioni disciplinari, le pene corporali, unitamente alla segregazione al buio e al rigorosissimo digiuno (*ibidem*).

¹⁶⁹ F. v. LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, cit., 56.

¹⁷⁰ Cfr. F. v. LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, cit., 170, che menziona i seguenti reati: «*Diebstahl, Hehlerei, Raub, Erpressung, Betrug, Brandstiftung, Sachbeschädigung, gewaltsame Unzucht und Unzucht gegen Kinder*». La traduzione nel testo è di A. A. CALVI, cit., 56.

¹⁷¹ F. v. LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, cit., 173.

¹⁷² Il termine originale è «*Anfänger auf der Verbrecherlaufbahn*» (F. v. LISZT, *op. cit.*, 58).

¹⁷³ Cfr. *infra*, punto 2.

¹⁷⁴ Cfr. F. v. LISZT, *op. cit.*, 171.

ad un anno¹⁷⁵, così da scongiurare gli effetti desocializzanti del carcere¹⁷⁶ e la percezione della punizione come eccessivamente gravosa, ciò che avrebbe precluso qualsiasi ripensamento o riflessione costruttiva in capo al condannato¹⁷⁷. Quanto, invece, alle modalità di esecuzione della detenzione, von Liszt prescrisse che essa avvenisse per gradi: ad una prima fase di segregazione in cella, sotto costante osservazione del giudice competente, avrebbe dovuto seguire un processo di trasferimento in gruppi progressivamente comunitari, dove fossero praticati il lavoro e l'istruzione elementare, con assoluta esclusione delle pene corporali come sanzioni disciplinari¹⁷⁸.

L'ultimo gruppo esaminato era quello dei delinquenti occasionali (*Gelegenheitsverbrecher*), spinti al crimine a causa di una contingenza specifica o da influenze occasionali e senza rischio di recidiva. Per questi, la pena avrebbe dovuto avere solo una funzione deterrente, di intimidazione¹⁷⁹, non vedendosi l'utilità di una «sistematica opera di rieducazione»¹⁸⁰. Essa sarebbe dovuta durare dalle sei settimane ai dieci anni, ed essere applicata nel caso di commissione di quei reati che, secondo la statistica criminale, normalmente non venivano commessi in forma abituale. Inoltre, per i delinquenti occasionali si poteva prevedere, in via alternativa o cumulativa, anche la pena pecuniaria¹⁸¹.

In sostanza, von Liszt elaborò un concetto di pena finalizzato a garantire la sicurezza della società nei confronti dei delinquenti: il tipo di pena non era parametrato sulla base della colpevolezza, bensì, di fatto, sulla pericolosità sociale

¹⁷⁵ Di questa necessità dovrebbe tenere conto il legislatore nella previsione edittale delle pene per i delitti normalmente commessi da questa categoria di soggetti, selezionati tra quelli che, secondo gli studi statistici criminali, vengono normalmente commessi dai delinquenti abituali, come ad esempio furto, ricettazione, rapina, estorsione, truffa, incendio doloso, danneggiamento, violenza carnale e corruzione di minorenni. Cfr. F. v. LISZT, *op. cit.*, 166 ss.

¹⁷⁶ È in questo punto del Programma di Marburgo che v. LISZT esterna la celebre affermazione, fondamentale per tutta la riflessione successiva sulla pena, secondo cui: «*Das Minimum der hier eintretenden Freiheitsstrafe dürfte daher meines Erachtens nicht unter ein Jahr herabsinken. Es gibt nichts Entsittlichenderes und Widersinnigeres als unsere kurzzeitigen Freiheitsstrafen gegen die Lehrlinge auf der Bahn des Verbrechen. Wenn irgendwo trägt hier die Gesellschaft den Löwenanteil an der Schuld, unter welcher der künftige Gewohnheitsverbrecher zusammenbricht*» (F. v. LISZT, *op. cit.*, 171).

¹⁷⁷ Cfr. F. v. LISZT, *op. cit.*, 163, che descrive tale processo come «*Besserung, d.h. durch Einpflanzung und Kräftigung altruistischer, sozialer Motive*».

¹⁷⁸ Cfr. *ibidem*, 171-172.

¹⁷⁹ Cfr. *ibidem*, 172.

¹⁸⁰ La traduzione è di nuovo quella di A. A. CALVI, F. v. LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, cit., 59.

¹⁸¹ Cfr. F. v. LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, cit., 173.

del reo, e quindi sul suo atteggiamento interiore. Inoltre, egli prevede che la durata della pena (inizialmente indeterminata nella durata) potesse poi essere ridotta a seconda del miglioramento conseguito dal condannato¹⁸².

Il Programma di Marburgo, dopo un'iniziale opposizione, suscitò grande ammirazione in dottrina, e fece scaturire un ricchissimo dibattito sul concetto di rieducazione del condannato¹⁸³. L'accento all'inopportunità delle pene detentive di breve durata, riferito in realtà, nel pensiero lisztiano, solo ai delinquenti abituali, costituì la base dell'ampio movimento successivo di «lotta» alle pene detentive brevi, da sempre fondato proprio sulle teorie di von Liszt¹⁸⁴.

Peraltro, vale la pena sottolineare l'uso, da parte di v. Liszt, di un linguaggio crudo (a suo dire, «scientifico»), lontano dagli ideali umanitari dell'Illuminismo. Ciò emerge dalla descrizione del processo di neutralizzazione degli irrecuperabili, soggetti socialmente «persi» che devono essere reclusi per un periodo di tempo indeterminato al sol fine di non nuocere alla società¹⁸⁵. Al proposito, un illustre Autore ha ravvisato la sussistenza di un nesso tra l'elaborazione concettuale della categoria degli «irrecuperabili» con le categorie di soggetti contro i quali, più tardi, si sarebbe scagliato il legislatore nazionalsocialista¹⁸⁶.

Tra le ragioni dell'enorme successo del Programma di Marburgo ci fu sicuramente il tempismo della sua formulazione: esso apparve in un'epoca in cui i fondamenti metafisici del diritto penale iniziavano a traballare, anche a fronte del

¹⁸² Cfr. T. VORMBAUM, *op. cit.*, 174.

¹⁸³ Cfr. W. NAUCKE, *Die Kriminalpolitik des Marburger Programms*, in *ZSTW*, 1982, 528, che evidenzia come l'enorme successo di von Liszt e della dottrina specialpreventiva si sia protratto per tutto il XXI secolo, nonostante il programma di Marburgo, dal punto di vista scientifico, liquidasse in modo forse superficiale il pensiero di filosofi quali Kant ed Hegel e semplificasse notevolmente la teoria evoluzionistica in relazione allo sviluppo del diritto nella civiltà moderna. Anche l'interpretazione del pensiero di v. Liszt in chiave prevalentemente sociale e liberale risulta, in realtà, difficile da comprendere (*ibidem*, 561).

¹⁸⁴ Cfr. su questo la ricostruzione di T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., 44-61.

¹⁸⁵ A proposito degli irrecuperabili, scrive v. LISZT in *op. cit.*, 169: «Solche Leute in Zellengefängnissen um teures Geld bessern zu wollen, ist einfach widersinnig; sie nach Ablauf von einigen Jahren gleich einem Raubtier auf das Publikum loszulassen, bis sie, nachdem sie wieder drei bis vier neue Verbrechen begangen haben, in ein oder zwei Jahren neuerdings eingezogen und wiederum «gebessert» werden: das ist mehr und ist etwas anderes als widersinnig. (...) Gegen die Unverbesserlichen muß die Gesellschaft sich schützen; und da wir köpfen und hängen nicht wollen und deportieren nicht können, so bleibt nur die Einsperrung auf Lebenszeit (bzw. auf unbestimmte Zeit)». Si tratta di un linguaggio molto distante da una concezione umanitaria del diritto penale. Lo nota W. NAUCKE, *Die Kriminalpolitik des Marburger Programms*, cit., 547.

¹⁸⁶ Cfr. T. VORMBAUM, *op. cit.*, 172.

diffondersi, in vari campi del sapere, di conoscenze e studi empirici¹⁸⁷. In tale ottica, esso ebbe il merito di aver ridato un fondamento scientifico ed empirico alla legittimazione del diritto penale, ravvisata appunto nel suo «scopo specialpreventivo»¹⁸⁸, grazie al quale il diritto penale fu trasformato nello strumento per governare l'intera società¹⁸⁹. Soprattutto negli anni Settanta del secolo scorso, la componente sociale, liberale e democratica delle teorie lisztiane trovò pieno accoglimento, tanto che esse furono usate per fondare la lotta al crimine nel moderno stato sociale di diritto¹⁹⁰. Infine, si deve al Programma anche il merito di aver affermato che, in uno stato moderno, il diritto penale non può prescindere da uno scopo, da una finalità ulteriore rispetto a quella meramente retributiva¹⁹¹.

1.3.4. I termini del conflitto, in sintesi

Per quanto riguarda il panorama italiano, nei paragrafi precedenti sono stati messi in luce i diversi punti di vista di due dei principali esponenti delle «scuole» in conflitto, Carrara e Ferri, scelti per la completezza della loro opera e per l'alta «rappresentatività»¹⁹² delle loro teorie.

¹⁸⁷ Tra questi, il ricorso alle indagini statistiche. Parla di adattamento del diritto penale alle nuove conquiste scientifiche dell'epoca R. SEIDL, *Der Streit um den Strafzweck zur Zeit der Weimarer Republik*, Frankfurt am Main, 1974, 14-15.

¹⁸⁸ Cfr. W. NAUCKE, *Die Kriminalpolitik des Marburger Programms*, in *ZSTW*, 1982, 530-534, il quale cerca di risalire alle ragioni del successo del Programma partendo dalla carriera dello stesso v. Liszt, che fu particolarmente brillante: lo studioso divenne professore ordinario già a 28 anni, ricoprì ruoli politici e nel corso della sua carriera assunse fama internazionale. Lo spessore dello studioso non fu tuttavia l'unica ragione del successo del Programma, che ebbe anche il merito di essere formulato in un momento in cui il diritto penale necessitava di un nuovo fondamento empirico per evitare il rischio di essere considerato solo uno strumento in mano del potere politico (*ibidem*, 533).

¹⁸⁹ Cfr. *ibidem*, 562: «Das Marburger Programm kennzeichnet den Übergang des Strafrechts von der Freiheitsbegrenzung und Freiheitsicherung zum staatlich organisierten Steuerungsinstrument in der Hand der Gesellschaft».

¹⁹⁰ Esse furono recepite in Germania nell'*Alternativentwurf* del 1966 e nelle riforme legislative successive al 1969, che cercarono di attuare una politica criminale fondata sulla prevenzione: in tale ottica, i concetti di politica criminale «sociale» e «conforme allo scopo» si avvicinano. Così W. NAUCKE, *Die Kriminalpolitik des Marburger Programms*, in *ZSTW*, 1982, 559.

¹⁹¹ Cfr. *ibidem*, 563.

¹⁹² Naturalmente, non si nasconde la consapevolezza di tutti i difetti e gli errori che si celano dietro una trattazione generalizzante e superficiale. Tuttavia, la presente ricerca si limita a cercare di individuare i tratti salienti del pensiero delle due scuole, al sol fine di metterli in relazione con le evoluzioni dottrinali successive. Evidenzia le carenze e i difetti di una trattazione della scuola classica ritagliata intorno al solo pensiero del Carrara M. SBRICCOLI, 27. *Il diritto penale liberale. La «Rivista Penale» di Luigi Lucchini (1874-1900)*, in *op. cit.*, Tomo II, cit., 956-957 (nota 80).

Quanto alle differenti correnti presenti all'interno della scuola positiva, basti pensare, ad esempio, che la teoria di RAFFAELE GAROFALO si distingueva da quella del FERRI, pur condividendone le basi: egli divise i delinquenti in tre grandi categorie (i delinquenti *tipici*, gli assassini, non emendabili; i violenti, influenzati principalmente dall'ambiente morale esterno, ma sempre privi di una parte del sentimento

Le due scuole partivano da presupposti molto diversi (l'affermazione del libero arbitrio e della responsabilità morale per i classici¹⁹³, la negazione della possibilità di scelta e il conseguente determinismo per i positivisti¹⁹⁴), per raggiungere conclusioni distanti tra loro¹⁹⁵.

All'affermazione positivistica secondo cui la pena non doveva essere dolorifica, perché non avrebbe dovuto rappresentare una punizione del singolo per il male commesso¹⁹⁶, ma un mero mezzo di difesa sociale, i classici si opponevano sostenendo che una pena siffatta non poteva avere alcuna funzione dissuasiva: essa, quindi, doveva mirare solo alla retribuzione¹⁹⁷. Per i positivisti era facile rispondere a

di pietà che caratterizza le persone normali ed infine i delinquenti occasionali, persone normali e prive di anomalie che agiscono in presenza di circostanze particolari ed impellenti) Cfr. R. GAROFALO, *Criminologia*, Torino, II Ed., 1891, 114 ss. Quanto alle sanzioni, la pena di morte era l'unico rimedio possibile per i delinquenti tipici, solitamente colpevoli di omicidio (commesso con intento sanguinario istintivo) poiché essi soffrivano di una permanente anomalia psichica che li rendeva per sempre inadatti alla vita sociale. In tale prospettiva, la pena di morte avrebbe servito lo scopo di eliminare l'individuo dalla società senza l'ipocrisia della segregazione perpetua, effimera ed illusoria. Cfr. *ID.*, *Criminologia*, cit., 245-250. Invece, gli altri delinquenti, non irrecuperabili, furono ritenuti adattabili ad un ambiente diverso da quello di origine: per i ladri di mestiere ed i vagabondi la pena migliore sarebbe stata la deportazione, per i violenti una relegazione meno afflittiva e degradante della prigione, per i giovani le colonie agricole. Cfr. *ID.*, *Criminologia*, cit., 254. Infine, vi sarebbero stati dei casi in cui l'espulsione sociale avrebbe dovuto prendere la forma di quella che oggi chiameremmo una pena interdittiva: «l'espulsione va limitata alla situazione sociale del delinquente, come l'interdizione perpetua della professione o del mestiere ch'egli esercitava, ovvero la privazione dei diritti civili e politici di chi ha abusato», *ID.*, *Criminologia*, cit., 255.

¹⁹³ La differenza di presupposti delle due scuole è efficacemente esplicitata in E. PESSINA, *Manuale del diritto penale italiano*, Vol. I, Napoli, 1893, 22: «E per vero, non solo l'eredità, ma anche il clima, l'educazione, la degenerazione delle stirpi, le condizioni fisiche ed economiche dell'ambiente, son tutti elementi che possono soltanto influire sull'uomo come forze impulsive e produrre la tendenza a delinquere; ma non sono cagioni assolutamente determinanti che producano, come conseguenza fatale, l'apparizione del delitto nella vita sociale. – Né questo solo è l'errore del nuovo indirizzo. Il vizio radicale di tutti i seguitatori di questo preteso rinnovamento del diritto penale e della sua scienza *ab imis fundamentis*, confondendo il diritto con lo stato naturale, consiste nel disconoscere la legge morale, che è il fulcro su cui si elevano tutte le scienze sociali e tutte le istituzioni giuridiche».

¹⁹⁴ Per una delle tante trattazioni riassuntive del pensiero delle due scuole, presentata sotto forma di risposta da parte di un «classico» alle critiche avanzate nei suoi confronti da un positivista, cfr. A. GABELLI, *Sulla «scuola positiva» del diritto penale in Italia*, in *Rivista penale*, 1886, 505. In particolare, il tema della negazione del libero arbitrio è affrontato alle pp. 511-516.

¹⁹⁵ Sulla coerenza delle due scuole rispetto alle rispettive premesse filosofiche di partenza si rimanda di nuovo a R. DELL'ANDRO, *Il dibattito delle scuole penalistiche*, in *Arch. Pen.*, 1958, I, 175.

¹⁹⁶ Anche questo rappresentava un punto di scontro tra le due scuole: i positivisti, infatti, concentrarono le loro ricerche sulla commissione di delitti naturali, contrari alla giustizia ed al sentimento di pietà, che ledono la moralità elementare di un popolo civile. È per questo che solo la commissione di delitti naturali, sintomo di profondo contrasto con le leggi di una determinata società, denota necessariamente una anomalia nel soggetto agente. Cfr. R. GAROFALO, *Criminologia*, cit., I ss., in particolare 1-5, 14, 36, e P. NUVOLONE, *La scienza penale all'inizio del secolo XX*, cit., 443.

¹⁹⁷ Cfr. E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, III Ed., Napoli, 1871, 21 ss.

questa critica basandosi sui dati delle statistiche criminali, chiara dimostrazione dell'inefficacia della pena retributiva classicamente intesa¹⁹⁸.

Un altro terreno di acceso scontro era quello dei criteri di commisurazione della pena, che per i classici dovevano concentrarsi sulla gravità del fatto, mentre i positivisti volevano tutti incentrati sulla «temibilità», o pericolosità sociale, del reo, intesa come capacità o forza di resistenza al crimine¹⁹⁹. Quest'ultima teoria poneva il fianco a critiche nel momento in cui, per ammissione degli stessi positivisti, la temibilità avrebbe dovuto essere desunta dalla quantità del danno, dal modo di esecuzione del reato, dall'indole del diritto leso e dal movente a delinquere, quindi da elementi fattuali²⁰⁰.

Quanto alle altre caratteristiche della pena, tuttavia, pare potersi affermare che furono gli stessi positivisti ad individuare, per primi, i punti più critici delle loro teorie, aprendo essi stessi, forse non volontariamente, la strada verso il compromesso. In riferimento a due capisaldi delle caratteristiche della pena come la difesa sociale, l'individualizzazione e l'indeterminatezza, ad esempio, furono proprio loro a ritornare per primi sui propri passi, specificando che una vera e propria individualizzazione non era possibile, così che occorreva dividere i delinquenti in «classi».

Sotto il secondo profilo, quello dell'indeterminatezza, è vero che i positivisti inizialmente negarono con veemenza l'efficacia delle pene detentive di breve durata, e si dissero a favore delle pene eliminative, quali la pena di morte²⁰¹, l'evirazione o la

¹⁹⁸ Cfr. S. LONGHI, *Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale*, cit., 661. Ma i «classici» disponevano di argomenti anche per contestare questo assunto. Essi ribattevano infatti che le ragioni dell'alto tasso di criminalità non risiedevano nel sistema penale tradizionale, ma avevano ragioni politiche, quali i governi «nello stesso tempo fiacchi e corruttori», in un'organizzazione poco rigorosa delle forze di polizia e nelle eccessive amnistie. Sul punto, cfr. A. GABELLI, *Sulla «scuola positiva» del diritto penale in Italia*, cit., 1886, 505, 524-525.

¹⁹⁹ Cfr. E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., Vol. II, 344-349.

²⁰⁰ Cfr. A. GABELLI, *Sulla «scuola positiva» del diritto penale in Italia*, cit., 1886, 505, 519-520.

²⁰¹ Nonostante su questo punto vi fossero dei disaccordi interni alle scuole, tendenzialmente i positivisti ritenevano legittima la pena di morte, che rappresentava l'unico modo di eliminare definitivamente dalla società i delinquenti incorreggibili. Così argomentava in riferimento agli assassini, i malfattori privi di senso morale e mossi da una crudeltà istintiva ed irriducibile, R. GAROFALO, *Criminologia*, Torino, II Ed. 1891, 457-466. Cfr. anche C. LOMBROSO, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla medicina legale ed alle discipline carcerarie*, cit., 1835: «Ma quando, malgrado il carcere, la deportazione, il lavoro coatto, costoro ripetano delitti sanguinari e minaccino per la 3^a, la 4^a volta la vita di un onesto – non resta che estrema selezione, dolorosa ma certa, della morte». Dal canto suo, Ferri ne negò l'opportunità non sulla scorta di motivi «etici» di principio ma solo perché essa, per essere veramente efficace, avrebbe dovuto essere applicata su larghissima scala, con immense difficoltà pratiche. Cfr. E. FERRI, *Sociologia criminale*,

reclusione perpetua o indeterminata in colonie, asili o riformatori²⁰². Lasciando in disparte il discorso sulla pena capitale, che ebbe sostenitori ed avversari in entrambe le scuole²⁰³, i classici, da parte loro, si opposero fermamente alla segregazione perpetua, che consideravano il «colpo di grazia» alle garanzie del cittadino di fronte al diritto penale²⁰⁴.

Tuttavia, gli stessi positivisti riconobbero che la segregazione a tempo indeterminato presentava, sul piano dell'attuazione pratica, molti rischi. Primo tra tutti, quello che le commissioni incaricate di valutare lo stato di persistente pericolosità sociale del condannato non ricevessero dai custodi carcerari informazioni sufficienti per svolgere con consapevolezza il loro lavoro²⁰⁵. Ciò

cit., Vol. II, 486-496. Gli esponenti dell'indirizzo classico, sulle orme di Beccaria, tendenzialmente avversarono la pena di morte quale pena normale, o ordinaria, mentre qualche voce isolata la riteneva ammissibile in casi eccezionali. Tuttavia, la battaglia per l'abolizionismo godeva anche di un sostegno trasversale: dal 1861 al 1865, PIETRO ELLERO (considerato uno dei fondatori della scuola positiva) e FRANCESCO CARRARA pubblicarono una rivista intitolata «*Giornale per l'abolizione della pena di morte*», che raccolse numerosi contributi abolizionisti, tra cui anche quello di Giuseppe Garibaldi. Su questo, e per una appassionata ricostruzione delle vicende politiche che precedettero l'entrata in vigore del codice Zanardelli, cfr. I. MEREU, *La morte come pena*, Roma, III Ed., 2007, 141-144 e 147-176. Per un quadro riassuntivo delle visioni positivistiche e classiche in materia di pena di morte cfr. O. VOCCA, *Evoluzione del pensiero criminologico sulla pena di morte*, Napoli, 1984, 261-269. Come noto, la pena di morte per i reati comuni era scomparsa dal codice penale Zanardelli, entrato in vigore il 1° gennaio 1890, frutto di una lunga gestazione e quale risultato di quella che è stata definita una lotta di civiltà che passò attraverso tutte le dottrine e le scuole: «è una battaglia che non si è combattuta solo nelle aule parlamentari, nei congressi scientifici, nelle riviste "accademiche", ma ha interessato soprattutto l'opinione pubblica nazionale (in riunioni, conferenze, dibattiti), con una passione ed un trasporto quali mai gli italiani avevano dimostrato per un problema giuridico, che anche in quel momento si prestava alle più diverse valutazioni (...). Se, dunque, si dovesse dire da chi è stata voluta l'abolizione della pena di morte, si potrebbe rispondere che è stata promossa e sostenuta da tutte queste forze insieme: dagli uomini e dalle donne (...), dagli appartenenti alla classe borghese e dal proletariato, dai professori universitari e dagli operai emigrati, dai magistrati e dai cittadini qualunque, dai monarchici e dai repubblicani, dai liberali e dagli anarchici, dai cattolici e dai massoni. Tutti, per ragioni diverse e molte volte opposte, e ciascuno guardando a quella soluzione da un proprio particolare punto di vista, si sono impegnati in una battaglia di civiltà e di progresso civile, che passa attraverso il profitto economico, l'interesse politico, i contrasti tra i partiti (...) per imporsi – tramite il parlamento – come espressione di quella volontà generale che nel diritto alla vita vedeva un bene irrinunciabile e un diritto individuale inalienabile ed insopprimibile.» Cfr. I. MEREU, *La morte come pena*, cit., 175-176. A seguito di una serie di attentati alla vita del Duce, la pena capitale fu tuttavia ripristinata dalla legge 25 novembre 1926, n. 2008, per taluni tipi di reati contro le più alte cariche dello Stato, la sicurezza dello Stato e la pace interna (Cfr. I. MEREU, *La morte come pena*, cit., 179-184, che ricostruisce anche il dibattito accademico e politico che precedette tale legge). Nel codice penale Rocco, del 1930, la pena capitale fu introdotta come pena principale per alcuni gravi delitti comuni, in particolare per talune ipotesi di omicidio aggravato ai sensi dell'art. 576 c.p., per i delitti contro la personalità internazionale e interna dello Stato e contro l'incolumità pubblica. Cfr. L. GOISIS, *La revisione dell'articolo 27, comma IV, della Costituzione: l'ultima tappa di un lungo cammino*, cit., 1655, 1660, nota 25.

²⁰² Cfr. E. FERRI, *Sociologia criminale*, cit., Vol. II, 434-451 e 523-524.

²⁰³ Cfr. *supra*, nota 202.

²⁰⁴ Cfr. S. LONGHI, *Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale*, cit., 670.

²⁰⁵ Cfr. *ibidem*, 662-664.

comportò che, nei vari congressi internazionali che discussero la tematica, ebbe maggiore seguito l'idea dell'indeterminazione relativa, che lasciava alla legge di stabilire un minimo ed un massimo²⁰⁶.

Anche su altri fronti le due scuole muovevano verso una convergenza: così fu per il valore delle pene riparatorie, intese quale conseguenza del reato e demandate non esclusivamente all'ambito privatistico ma considerate diretto oggetto di cognizione e decisione da parte del giudice penale. Più in generale, le due scuole concordavano sulla necessità generale di sostituire alle pene sistemi diversi per i recidivi, la categoria di delinquenti nei confronti della quale i rimedi tradizionali si erano rivelati maggiormente inefficaci²⁰⁷.

La scuola classica recepì in parte da quella positiva le istanze di maggiore attenzione alla figura del delinquente, autore del reato²⁰⁸, rifiutando invece la teorizzazione di una sanzione indeterminata nella durata, inaccettabile per i giuristi liberali a causa del conflitto che essa avrebbe sollevato con le esigenze di certezza giuridica e di salvaguardia della libertà personale²⁰⁹.

²⁰⁶ Cfr. S. LONGHI, *Repressione e prevenzione...*, cit., 664, nota 1, e 665. La questione si intersecava con quella dell'imputabilità: negando, in linea di principio, che i delinquenti nati potessero essere considerati responsabili delle proprie azioni, la scuola positiva fu accusata di parificarli di fatto ai pazzi. Per entrambe le classi di delinquenti, infatti, essa teorizzò una forma di reclusione, sebbene in stabilimenti distinti. A ciò i classici ribatterono che i soggetti affetti da vizi di mente avrebbero dovuto essere sottoposti a provvedimenti amministrativi di sicurezza, non a provvedimenti di carattere penale, altrimenti «[f]atta questa mistura, il malfattore acquista una parte del matto, il matto una parte del malfattore, e quindi essere stato punito non vorrà più dire nulla, se non forse aver avuto una disgrazia» A. GABELLI, *Sulla «scuola positiva» del diritto penale in Italia*, cit., 518. Al contrario, i classici erano favorevoli ad una chiara distinzione trattamentale tra delinquenti pazzi e soggetti capaci di intendere: «I savi si mandano in prigione, i matti in manicomio. L'una cosa non varrà mai l'altra; e il comprenderle insieme non può che dipendere dal non essere edotti dalla più elementare ragione della pena e della sua finalità» (L. LUCCHINI, *I semplicisti*, cit., 243).

²⁰⁷ Anche su questo punto, la differenza riguarda il piano dell'imputabilità e le funzioni del diritto penale: i positivisti «vorrebbero che i delinquenti abituali continuassero a restare nella fila dei soggetti del diritto penale, ma a patto di modificare di questo il contenuto ed il metodo; gli altri, volendo invece immutate le finalità ed i metodi del diritto "classico", tagliano i ponti e pongono fuori del campo della energia penale anche i delinquenti abituali incorreggibili» (S. LONGHI, *Repressione e prevenzione...*, cit., 673), trattandoli quindi alla stregua di soggetti non imputabili.

²⁰⁸ «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».

M. A. CATTANEO, *op. cit.*, 94.

²⁰⁹ M. A. CATTANEO, *op. cit.*, 93.

Nonostante la profonda differenza ideologica di partenza, nell'analisi del pensiero delle due scuole già si ravvisano i tratti dell'evoluzione giuridica successiva, confluita nel «compromesso» del codice Rocco.

In realtà, appena apparvero, le teorie positivistiche furono accolte con interesse dai giuristi della scuola classica, tanto che tra il 1874 ed il 1878 alcuni articoli di Ferri e Garofalo furono addirittura pubblicati sulla «Rivista Penale»²¹⁰ e lo stesso Luigi Lucchini effettuò alcune ricerche antropologico-sperimentali nei luoghi di pena²¹¹. Solo pochi anni dopo, tuttavia, la curiosità scientifica dei classici si trasformò in disprezzo e ostilità, e i sostenitori dei due «schieramenti» si scontrarono in una «guerra fatta di insolenze»²¹² che portò ciascuno di loro ad arroccarsi sulle proprie posizioni senza lasciare spazio per un confronto costruttivo²¹³.

Tuttavia, in conclusione pare doversi rilevare che taluni dei principi della scuola positiva sono riusciti a penetrare nel «patrimonio comune della cultura penale»²¹⁴: tra questi, particolare importanza rivestono l'attenzione alla personalità del delinquente ed alle sue condizioni di vita individuali, personali e sociali (sancita

²¹⁰ Tra questi, ad esempio, C. LOMBROSO, *Pazzi e delinquenti*, in *Rivista penale*, 1874, 38, *Id.*, *La cura del crimine*, in *Rivista penale*, 1878, 566.

²¹¹ Cfr. M. SBRICCOLI, 27. *Il diritto penale liberale. La «Rivista Penale» di Luigi Lucchini (1874-1900)*, in *Storia del diritto penale e della giustizia*, Tomo II, Milano, 2009, 954-955. Riconosce i meriti della scuola positiva A. GABELLI, *Sulla «scuola positiva» del diritto penale in Italia*, cit., 1886, 525: «Negare l'ingegno ai capi della nuova Scuola ed anche ad alcuni più giovani e temperati seguaci suoi, sarebbe negare la luce del sole. Né io credo inutili i loro studi. Senza parlare dei vantaggi indiretti, che la scienza può raccogliere dalle loro indagini e dalla loro operosità, credo anzi che in alcune critiche alla legislazione vigente e in alcune proposte per emendarle, abbiano pienamente ragione (...). Convengo (...) nell'istituzione dei manicomi penali, nella necessità di punire più severamente ovvero non punire, nel modo in uso, i minorenni, e sopra tutto in quella di ordinare gli stabilimenti carcerari in guisa che servano veramente al loro fine, in luogo di essere una scuola di pervertimento sempre maggiore».

²¹² M. SBRICCOLI, 27. *Il diritto penale liberale...*, in *op. cit.*, Tomo II, 971.

²¹³ Tra le opere maggiormente rappresentative del conflitto cfr., per i classici, i già citati L. LUCCHINI, *I semplicisti del diritto penale*, cit., ma anche A. GABELLI, *Sulla «scuola positiva» del diritto penale in Italia*, in *op. cit.*, G. B. IMPALLOMENO, *La «nuova scuola» di diritto penale al congresso antropologico di Parigi*, in *Rivista penale*, 1890, 213. Dalla parte, naturalmente, dei positivisti cfr. E. FERRI, *Polemica in difesa della scuola criminale positiva*, e *Id.*, *Uno spiritista del diritto penale* (1887), entrambi raccolti in E. FERRI, *Studi sulla criminalità*, cit., rispettivamente alle pagine 167 ss. e 262 ss.

²¹⁴ G. NEPPI MODONA, *Diritto penale e positivismo*, cit., 56. Analogamente L. EUSEBI, *Ripensare le modalità della risposta ai reati traendo spunto da C. Eur. Dir. Uomo 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italie*, in *Cass. pen.*, 2009, 4945, il quale tuttavia evidenzia anche un lascito negativo del positivismo, vale a dire l'idea che il delinquente, in quanto tale, è sempre un individuo anomalo, perché gli uomini normali non agiscono in modo antisociale. Tale idea ha fornito la base ideologica per l'attuazione di programmi di trattamento anche molto invasivi della personalità del condannato.

oggi dall'art. 133 c.p.²¹⁵), la previsione delle misure di sicurezza e la creazione delle figure del delinquente abituale, professionale e per tendenza²¹⁶. Inoltre, lo stesso ideale rieducativo costituzionale rappresenta il risultato dell'assimilazione delle teorie positivistiche nella teoria del diritto penale.

Un dibattito analogo a quello appena menzionato si svolse in Germania, dove prese il nome di *strafrechtlicher Schulenstreit*²¹⁷. In questo Paese si contrapponevano la «scuola moderna» di Franz V. Liszt e la «scuola classica», il cui maggiore esponente fu Karl Binding²¹⁸. Al di là delle contrapposizioni sul piano dogmatico, per la verità non così estreme²¹⁹, anche in questo caso il vero contrasto tra i due diversi orientamenti si giocava sul piano della distinzione tra pena e misura di sicurezza.

Secondo Binding, le pene, commisurate secondo la gravità del fatto commesso, potevano essere severe fino alla brutalità, mentre le misure di sicurezza rimanevano estranee al diritto penale e potevano essere inflitte quali misure di polizia: in questa distinzione poteva già ravvisarsi il sistema del doppio binario, inserito poi nel primo progetto di riforma del codice penale del Reich del 1870, il *Vorentwurf* del 1909²²⁰. Esso prevedeva due tipi di pena detentiva (*Zuchthaus* e *Gefängnis*) ed alcune misure di sicurezza, alternative o cumulative rispetto alla pena, quali la casa di lavoro, il divieto di frequentare osterie, il ricovero in una clinica per alcolisti, e la custodia dei malati di mente socialmente pericolosi²²¹.

²¹⁵ Il quale, tra l'altro, fece scuola nel panorama internazionale: la tecnica legislativa accolta dall'art. 133 c.p. fu successivamente recepita dai codici svizzero, greco, tedesco federale ed austriaco. Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 30-1.

²¹⁶ G. NEPPI MODONA, *Diritto penale e positivismo*, cit., 56-57.

²¹⁷ Cfr. W. NAUCKE, «*Schulenstreit?*», in *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg e a., 2010, 559-561, il quale peraltro evidenzia come, anche nel caso tedesco, sia fuorviante parlare di un vero e proprio conflitto tra le scuole, perché i due movimenti condividevano l'orientamento di fondo, vale a dire la convinzione che la pena dovesse essere il modo per assicurare la sicurezza nella società e la difesa dei beni giuridici: «*Klassik und Moderne sind sich ergänzende, vikariierende Politikformen der unbestrittenen Forderung nach gesellschaftlicher Sicherheit und Stabilität durch Verbrechensverminderung*» (*ibidem*, 563). In tal senso, i classici si erano già distanziati dalla concezione kantiana del diritto penale e della pena (*ibidem*, 561). Riassume gli aspetti salienti del conflitto in termini meno critici R. SEIDL, *Der Streit um den Strafzweck zur Zeit der Weimarer Republik*, cit., 14-26.

²¹⁸ Per un minuzioso resoconto della vita e delle opere di Binding, cfr. D. WESTPHALEN, *Karl Binding (1841-1920). Materialien zur Biographie eines Strafrechtgelehrten*, Frankfurt am Main et al., 1989.

²¹⁹ Ravvisano somiglianze di fondo nel concetto di bene giuridico accolto da entrambe le scuole e nell'orientamento positivista che caratterizzava i due orientamenti T. VORMBAUM, *op. cit.*, 188-189, e W. NAUCKE, «*Schulenstreit?*», in *op. cit.*, 561.

²²⁰ Cfr. T. VORMBAUM, *op. cit.*, 202.

²²¹ Cfr. *ibidem*, 202.

Volendo tentare un parallelismo ed una sintesi, si può dunque affermare che, in Italia come in Germania, grazie agli studi, sociologici e criminologici, portati avanti dai movimenti moderni o positivistici, la concezione meramente retributiva della pena fu intaccata. Accanto a ciò, iniziò a svilupparsi un certo interesse per la figura dell'autore del reato e per i motivi che lo spinsero a delinquere²²². Questo corrispose, da un lato, all'apertura verso l'idea che la pena doveva risocializzare il condannato. D'altra parte, furono teorizzate le misure di sicurezza, rimedio a tempo indeterminato per i condannati socialmente pericolosi con scarse probabilità di recupero sociale²²³. Anche in Germania, quindi, lo *Schulenstreit* influenzò significativamente il dibattito scientifico di tutto il XX sec., permeando con le sue considerazioni di politica criminale la successiva riflessione sulla pena²²⁴.

1.4. Le concezioni relative alla funzione della pena accolte negli ordinamenti positivi. Una panoramica.

Dopo aver chiarito, a grandi linee, quali sono le principali teorie relative alla funzione della pena, occorre verificare se ed in che modo le stesse sono state accolte negli ordinamenti positivi. Al proposito, si ritiene generalmente che siano falliti i tentativi storici di impostare un codice penale su di un'unica idea di pena²²⁵, di fronte

²²² La scuola positiva mirava a «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». Così L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Napoli, 1984, 20.

²²³ Sul punto, cfr. W. NAUCKE, «*Schulenstreit?*», in *op. cit.*, 563, il quale evidenzia come, di fatto, fu la posizione di Binding, non ostile in linea di principio alle misure di sicurezza, a permettere l'introduzione del sistema del «doppio binario». Egli condivideva con i moderni la teoria secondo la quale i delinquenti pericolosi dovessero essere in qualche modo neutralizzati, sebbene solo con provvedimenti di carattere amministrativo. Da qui al doppio binario il passo fu breve, perché la discussione non riguardava più la legittimazione delle misure ma solo la loro collocazione sistematica.

²²⁴ Cfr. W. NAUCKE, «*Schulenstreit?*», in *op. cit.*, 567, il quale ravvisa, nell'eredità lasciata dallo *Schulenstreit*, anche un certo disinteresse per la delimitazione in negativo del potere punitivo statale, intesa quale limite esterno dell'ambito di estensione del diritto penale in uno stato sociale di diritto, come se il diritto penale orientato allo scopo non fosse suscettibile di restrizioni in senso garantistico. Analogamente critico L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit. 258-261, che definisce lo scopo della pena, così come inteso da queste scuole, illiberale e moralmente inaccettabile.

²²⁵ E' questo il caso, ad esempio, del codice penale bavarese del 1813, che Feuerbach tentò senza successo di impostare sul solo principio di prevenzione generale (cfr. G. RADBRUCH, *G. Paul Johann Anselm Feuerbach*, Vienna, 1934, 76-88), oppure del Progetto Ferri del 1921, tutto imperniato sui postulati specialpreventivi del positivismo criminologico (pene e misure di sicurezza erano unificate) e mai divenuto legge (cfr. per un riassunto del Progetto, G. NEPPI MODONA, *Diritto penale e positivismo*, cit., 52.). Anche il Progetto di riforma del codice penale tedesco redatto da Gustav

all'accoglimento, da parte dei sistemi penali positivi, e delle dottrine dominanti, di concezioni eclettiche²²⁶, basate più su risultanze empiriche che su rigorose costruzioni scientifiche²²⁷.

In Italia, a fronte di un codice penale impregnato da caratteristiche di retribuzione, prevenzione generale e dal sistema del doppio binario, che vede la difficile coesistenza di pene e misure di sicurezza, la Costituzione pare valorizzare esclusivamente l'ideale rieducativo, mentre la Corte Costituzionale ha affermato a più riprese la concezione c.d. polifunzionale della pena²²⁸.

In Germania, il codice penale del *Reich* del 1871²²⁹ nacque come frutto della conciliazione delle teorie retributive di Kant ed Hegel con quella generalpreventiva di Feuerbach, ed era animato dal motto della prevenzione generale attraverso la giusta retribuzione. L'introduzione, avvenuta nel 1933, delle misure di sicurezza (*Maßregeln der Sicherung und Besserung*), in realtà non fece che accentuare il carattere retributivo della pena, perché devolveva alle misure di sicurezza tutti i compiti di prevenzione speciale²³⁰. D'altro canto, l'introduzione di istituti quali la sospensione condizionale della pena, la liberazione condizionale e la pena pecuniaria sostitutiva di quella detentiva, invece, rubarono spazio alla retribuzione a favore della valorizzazione di istanze specialpreventive. Queste ultime furono successivamente potenziate anche dalla riduzione delle pene detentive di breve durata, da una più ampia applicabilità di sospensione condizionale della pena e liberazione anticipata²³¹,

Radbruch nel 1922 rappresentava la concretizzazione dei principi della «scuola moderna» e presentava alcuni punti in comune con il Progetto di Ferri (cfr. G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, 4). Volendo solo accennare ad esperienze extraeuropee, il IX *Principio general* del codice peruviano del 1991, intitolato *Fines de la Pena y Medidas de Seguridad*, stabilisce che «*La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora*», mentre l'art. 4 del codice colombiano del 2000 recita: «*Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado*».

²²⁶ Così S. MOCCIA, *op. cit.*, 82. Parlano di *Vereinigungstheorien* sempre orientate a valutare il grado della colpevolezza H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *op. cit.*, 75-77.

²²⁷ Cfr. M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., 1167-8, nota 9, che mette in evidenza il fallimento di tutti i tentativi di dare un fondamento scientifico all'una o all'altra teoria della pena, chiarendo come, nel momento attuale, nessuna delle numerosissime dottrine sulla sanzione penale sia stata cristallizzata in un metodo coerente e capace di resistere alla storia, ma ha un fondamento solo storico-politico in continuo mutamento.

²²⁸ Sul punto cfr. *infra*, cap. II, 2.1).

²²⁹ Si tratta dello *Strafgesetzbuch für das deutsche Reich* del 15.5.1871, oggetto di numerose modifiche e di integrali nuove promulgazioni (*neue Bekanntmachungen*), l'ultima il 13.11.1998. Per una panoramica del contenuto delle leggi di riforma del codice penale (*Strafrechtsreformgesetze*) cfr. T. VORMBAUM, *op. cit.*, 335 ss.

²³⁰ Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *op. cit.*, 77.

²³¹ Avvenuti con l'ottava legge di riforma del diritto penale del 25.6.1968.

dall'introduzione dell'istituto dell'ammonizione con riserva di pena (*Verwarnung mit Strafvorbehalt*²³²) e del *Täter-Opfer-Ausgleich*²³³.

In questo Paese si ritiene che attualmente prevalga la teoria della riunificazione (*Vereinigungstheorie*), che racchiude retribuzione e prevenzione, speciale e generale²³⁴. Essa emerge con chiarezza dal § 46 *StGB*, dedicato alla commisurazione della pena. Il primo comma di tale paragrafo dapprima prescrive, con sapore retributivo, che la pena debba essere commisurata sulla colpevolezza del reo; per poi richiedere di prendere in considerazione anche gli effetti della pena sulla vita futura del reo²³⁵. Inoltre, fatta eccezione per alcuni paragrafi nei quali si parla della difesa dell'ordine giuridico della società²³⁶, la prevenzione generale non viene espressamente menzionata quale scopo della pena: tuttavia, si ritiene che essa sia implicita in una concezione della pena giustamente commisurata alla colpevolezza del reo²³⁷.

In Francia, il Paese nel quale i principi di legalità, necessità (poi intesa come proporzionalità), uguaglianza e personalizzazione della pena furono recepiti per primi nella legislazione, manca una disposizione di rango costituzionale che parli della finalità rieducativa della pena²³⁸. Quest'ultima tuttavia è stata affermata dal *Conseil constitutionnel*²³⁹ e si ritrova in più punti del codice di procedura penale,

²³² § 59 *StGB*, introdotto dalla legge del 4.7.1969 e successivamente più volte modificato, da ultimo con la seconda legge per la modernizzazione della giustizia (2. *Justizmodernisierungsgesetz*) del 22.12.2006, entrata in vigore il 31.12.2006.

²³³ § 46a *StGB*, introdotto dagli artt.1 n. 1 e 19 della legge del 28.10.1994.

²³⁴ Cfr. C. ROXIN, *op. cit.*, 84.

²³⁵ § 46 *StGB Grundsätze der Strafzumessung*. (1) *Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe. Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen.*

²³⁶ *Verteidigung der Rechtsordnung*, che giustifica il sacrificio di esigenze specialpreventive nelle ipotesi previste dai §§ 47 I (pena detentiva inferiore ai 6 mesi, che può essere comminata solo in casi particolari), 56 III (caso di non sospensione della pena della reclusione fino a sei mesi) e 59 I n. 3 (ammonimento con riserva di pena) *StGB*.

²³⁷ Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *op. cit.*, 78. Per un approfondimento cfr. *infra*, cap. III, 3.1).

²³⁸ Già l'art. 8 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo del 1789 affermava: «*La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée*». Successivamente, la legge del 21-30 gennaio 1970 introdusse anche i principi di eguaglianza e personalità della pena, diretta conseguenza della proclamata personalità della responsabilità penale e foriera del divieto di estendere la condanna e le conseguenze infamanti della stessa alla famiglia del reo. Su questo, cfr. P. PONCELA, *Droit de la peine*, Parigi, II. Ed. 2001, 40-44.

²³⁹ Cfr. *Conseil constitutionnel*, sentenza 93-334 DC del 20 gennaio 1994, in *Revue française de droit constitutionnel*, 1994, 353. Al punto 12 la sentenza dipinge il reinserimento sociale del condannato come una finalità della pena che, benché solo eventuale, va comunque favorita. La questione si era posta all'indomani di una proposta di legge che prevedeva la pena dell'ergastolo, immutabile anche in

nella parte relativa all'esecuzione della pena stessa²⁴⁰. Dal punto di vista dottrinale, soprattutto negli anni Cinquanta del secolo scorso, in questo Stato ha avuto molto seguito la dottrina della *défense sociale nouvelle*. Essa costituisce una derivazione «moderna» della scuola positivista ed antropologica italiana e considera la pena come una delle possibili reazioni al crimine, a fianco di misure preventive e di sanzioni non privative della libertà personale, quali la messa alla prova e la sospensione condizionale della pena. La *défense sociale* si è dedicata in modo particolare alla politica criminale ed al diritto penitenziario, ispirando le varie riforme che hanno cercato di rielaborare le regole relative al trattamento dei detenuti in un senso maggiormente attento alla dignità dell'uomo e alla rieducazione²⁴¹.

In Belgio, le teorie positiviste arrivano attraverso l'opera di Prins, uno dei fondatori dell'Unione internazionale di diritto penale. Nel periodo in cui ricoprì il ruolo di alto funzionario del Ministero della Giustizia (1887-1917), egli fece trasporre alcuni dei principi positivisti nelle leggi penali complementari, introducendo istituti come la liberazione condizionale della pena e potenziando il lavoro penitenziario a scapito della detenzione in regime di isolamento cellulare²⁴². Queste misure coesistevano con il codice penale liberale del 1867, dall'impianto molto differente. Anche qui negli anni Settanta si diffusero le idee della *défense sociale nouvelle*²⁴³, trasposte in particolare nella legislazione relativa a varie ipotesi

fase esecutiva (*peine incompressible*), per i colpevoli di delitti particolarmente efferati, soprattutto nei confronti di minori. Il *Conseil constitutionnel*, adito in via preventiva dall'opposizione parlamentare, salvò la legge, sulla base del fatto che la nuova legge non conteneva deroghe alla possibilità (già prevista da altre norme) di un riesame della situazione del condannato decorsi trent'anni dall'applicazione della pena. Considerata la particolare pericolosità sociale dei condannati per i delitti compresi dalla nuova norma, la Corte ritenne accettabile e conforme al principio della personalità della pena questo limite temporale inderogabile. In questa pronuncia, per la prima volta il *Conseil constitutionnel* dà una copertura costituzionale all'esecuzione delle pene, materia di competenza in gran parte amministrativa. Lo mette in luce la nota di THIERRY S. RENOUX in *Revue française de droit constitutionnel*, 1994, 355, in particolare 360-362.

²⁴⁰ Il tema è trattato nel libro quinto del codice di procedura penale, in particolare dagli articoli D72 («*Les centres de détention comportent un régime principalement orienté vers la réinsertion sociale et, le cas échéant, la préparation à la sortie des condamnés*») e seguenti.

²⁴¹ Cfr. M. ANCEL, *Chronique de défense sociale*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1973, 190 ss. Il manifesto programmatico di tale movimento si individua normalmente nell'opera in M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, Parigi, 1954.

²⁴² Cfr. FR. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal*, Bruxelles, 1991, 93-95. Inoltre, sotto l'influenza di Prins furono introdotte misure di sicurezza e prevenzione per alcune categorie di delinquenti (vagabondi, delinquenti abituali, minori di età).

²⁴³ Cfr. R. LEGROS, *Für eine erweiterte soziale Verteidigung*, in *ZStW*, 1960, 315-316, che riassume la teoria della difesa sociale, all'epoca dominante in Belgio (come in Francia) come la necessità che il fine principale della pena sia la risocializzazione, vale a dire il miglioramento ed il reinserimento sociale del condannato. Inoltre, l'esecuzione della pena deve essere umana, individualizzata ed in

di sospensione del processo ed affidamento in prova, tutte improntate ad evitare la pena carceraria e a favorire la rieducazione ed il reinserimento sociale del condannato²⁴⁴.

Quanto alle pronunce giurisprudenziali, la Corte di Cassazione sembra avere ribadito a più riprese il carattere negativo della pena. In tal senso, essa costituisce un male, una sanzione di carattere afflittivo e punitivo, ed include una componente di rimprovero sociale al condannato²⁴⁵. Infine, anche il Belgio non è stato immune agli scetticismi degli ultimi anni, legati al presunto fallimento, o declino, dell'ideale rieducativo²⁴⁶.

La Spagna invece si caratterizza perchè, similmente all'Italia, il principio rieducativo della pena è sancito a livello costituzionale²⁴⁷.

In Inghilterra, un riferimento allo scopo della sanzione penale si trova nel *Criminal Justice Act* del 2003, che nella sua dodicesima parte, dedicata al *sentencing*²⁴⁸, specifica che la Corte, nell'infliggere la pena, deve mirare in primo luogo alla punizione del condannato ed in secondo luogo alla riduzione del crimine, che può avvenire anche attraverso la prevenzione generale. La rieducazione del condannato occupa solo il terzo posto²⁴⁹. Tuttavia, essa rappresenta lo scopo

generale improntata alla trasmissione di una cultura generale e professionale. Questo genere di esecuzione della pena serve ad un doppio scopo: da un lato, appunto, la difesa della società, dell'altro, la garanzia della dignità dell'uomo. Con una certa lungimiranza, nelle pagine successive del suo contributo l'A. evidenzia già i possibili punti di frizione della teoria della difesa sociale con le tendenze oggettivistiche del diritto penale e con la concezione «popolare» o «comune» della pena, più improntata alla retribuzione che alla rieducazione.

²⁴⁴ Si tratta della legge del 29 giugno 1964, *Loi concernant la suspension, le sursis et la probation*.

²⁴⁵ Cfr. FR. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal*, cit., 292-294.

²⁴⁶ Cfr. *ibidem*, 311. La sentenza è Cass., 30.6.1949, in *Pasiscrisie*, 1949, I, 483.

²⁴⁷ Cfr. l'art. 25, comma II, della Costituzione spagnola del 1978, che nella sua prima parte richiede: «*Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados*». Per un commento sulle problematiche relative al recepimento della rieducazione in Spagna ed ai lavori preparatori della Costituzione cfr. A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *La supuesta función resocializadora del derecho penal*, in *ID.*, *Estudios penales*, Barcelona, 1984, 17 ss., in particolare 24-27. Solo con il nuovo codice penale, entrato in vigore nel maggio 1996, la legislazione ordinaria si conformò alla Costituzione, modernizzando e razionalizzando il sistema delle pene. Su questo, anche per alcuni riferimenti bibliografici, cfr. G. FORNASARI, *Introduzione ai sistemi penali europei*, in G. INSOLERA et al., *Introduzione al sistema penale*, cit., 65-6.

²⁴⁸ Si tratta, in sostanza, del momento commisurativo della pena. Per un breve chiarimento al proposito cfr. A. MENGHINI, *Sistemi sanzionatori a confronto*, in G. FORNASARI, A. MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, 3° Ed. 2012, 180-181.

²⁴⁹ *Criminal Justice Act*, Section 142. *Purposes of sentencing*: «(1) Any court dealing with an offender in respect of his offence must have regard to the following purposes of sentencing—

(a) the punishment of offenders,

(b) the reduction of crime (including its reduction by deterrence),

principale dei *community orders*, pene sostitutive di quella detentiva e pecuniaria la cui applicazione dipende da una scelta discrezionale del giudice. Si tratta di una serie di prescrizioni (ad esempio, lavoro di pubblica utilità, obbligo di partecipare ad un programma riabilitativo e/o ad un confronto con le vittime del reato) volte a favorire in qualche modo il reinserimento sociale del condannato attraverso un supporto psicologico ed empirico-logistico (aiuto nella gestione del lavoro e delle finanze, ricerca di alloggio...)²⁵⁰. Infine, della *rehabilitation of the offender* occorre tenere conto nel momento in cui si decide dell'applicazione del *conditional caution*²⁵¹.

1.5. Le ragioni della crisi

Quasi tutti gli ordinamenti europei hanno in fondo recepito una concezione polivalente della pena, nella quale le istanze preventive, generali o speciali, spesso affermate a livello di principio²⁵², coesistono di fatto con quelle retributive²⁵³.

(c) *the reform and rehabilitation of offenders,*

(d) *the protection of the public, and*

(e) *the making of reparation by offenders to persons affected by their offences*». Per un commento alle teorie della pena oggi prevalenti in Inghilterra cfr. M. CAVADINO, J. DIGNAN, *The penal system. An introduction*, Los Angeles et al., 4. Ed., 2007, 36 ss., i quali alla fine si dicono a favore di una prospettiva *riduttivista*, una sorta di variante disillusa della rieducazione, che mira alla riduzione del crimine attraverso la deterrenza, da attuarsi tuttavia nel pieno rispetto dei diritti umani del condannato (*ibidem*, 59 ss.).

²⁵⁰ La sistematizzazione dei *community orders*, già denominati *community sentences*, si deve al *Criminal Justice Act* del 2003, il quale nella *section 177* e seguenti affianca al *probation order* (una sorta di messa alla prova) ed al *community service order* (lavoro di pubblica utilità) altre prescrizioni concepite per situazioni o categorie particolari di condannati. Per un breve inquadramento, si rimanda di nuovo ad A. MENGHINI, *Sistemi sanzionatori a confronto*, in *op. cit.*, 135-141.

²⁵¹ Si tratta di una sorta di ammonimento condizionato, che può essere richiesto dal pubblico ministero o da un suo collaboratore alla presenza di determinati requisiti, tra i quali l'ammissione di colpevolezza da parte dell'imputato. Le condizioni dell'ammonimento consistono in una serie di adempimenti o compiti che mirano appunto alla riabilitazione del condannato e/o alla riparazione del danno. L'istituto è disciplinato nella terza parte del *Criminal Justice Act* del 2003.

²⁵² Cfr. M. PAVARINI, *Silète poenologi in munere alieno! – Parte prima*, in *ID.*, (a cura di), *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Bologna 2006, 12: «Non esiste esperienza detentiva del mondo occidentale che non abbia visto nella risocializzazione del condannato lo strumento principe di difesa sociale dal crimine; non esiste pensiero progressivo e volontà solidarista che non abbiano inteso la medesima finalità come strada maestra di emancipazione sociale». Così anche F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal*, Bruxelles, 1991, 88, secondo i quali nessun ordinamento europeo è esente dall'influenza positivista, sebbene di fatto nessuna legislazione abbia adottato tale dottrina nella sua interezza.

²⁵³ La reviviscenza della retribuzione risale agli anni Ottanta del XX sec., all'indomani del diffondersi della convinzione (per il vero, non completamente fondata, come si vedrà), dell'insuccesso pratico della prevenzione speciale, soprattutto nella sua variante rieducativa. Registra tempestivamente il sorgere di queste tendenze, nate negli USA (*just desert model*) ed in area scandinava per poi arrivare in Germania (dove proliferò l'opinione secondo cui la pena serve a soddisfare il bisogno collettivo di retribuzione della collettività) ed in Italia (qui prese piede l'idea che la retribuzione, intesa come proporzione tra gravità del fatto e pena, potesse spiegare una valenza garantistica) L. EUSEBI, *La*

All'inizio del XX secolo, gli insegnamenti della scuola positiva furono fatti propri soprattutto dalla criminologia: partendo dal presupposto che la tendenza a delinquere derivasse da precise cause (scientificamente individuabili), e che l'inflizione di una punizione dolorifica non servisse in alcun modo al miglioramento del delinquente, l'unico modo per controllare la criminalità consisteva nell'utilizzo di interventi correzionali individualizzati²⁵⁴ e nell'inflizione di una «pena medicinale»²⁵⁵.

Tuttavia, nonostante molti dei programmi di rieducazione o risocializzazione carceraria abbiano trovato, negli anni Quaranta e Cinquanta, le prime applicazioni (anche solo a livello sperimentale), qualche decade dopo la grande fiducia nell'efficacia del trattamento individualizzante iniziò a barcollare. Le statistiche sembravano negare che esso avesse un qualche effetto sulla percentuale di recidiva, mentre la crisi dello stato sociale di diritto toglieva legittimazione alla pretesa statale di intervenire al fianco delle categorie sociali più disagiate per «risocializzarle»²⁵⁶.

L'insuccesso (a dire di alcuni, solo apparente²⁵⁷) della pena rieducativa, la citata crisi del *welfare* e l'aumento del numero di soggetti confinati al margine della società²⁵⁸ hanno avuto serie ripercussioni sui fondamenti teorici delle teorie sulla pena, nonché sulla legittimazione stessa del potere punitivo dello stato. Si è diffusa, in dottrina, la convinzione relativa alla crisi della pena, dedotta in primo luogo dal

«nuova» retribuzione, Sez. I, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 1983, 914 (in particolare 958-969) e *ID.*, *La «nuova» retribuzione, Sez. II*, in *op. cit.*, 1983, 1352-1356.

²⁵⁴ Cfr. F. T. CULLEN, P. GENDREAU, *From nothing works to what works: changing professional ideology in the 21st Century*, in *The prison journal*, 2001, 315.

²⁵⁵ M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., 9.

²⁵⁶ Cfr. F. T. CULLEN, P. GENDREAU, *op. cit.*, 321-323. Gli Autori si riferiscono alla società americana, ma il discorso relativo al diffondersi della convinzione del «*Nothing works*» in ambito correzionale e penitenziario ha interessato anche l'Europa.

²⁵⁷ Cfr. *ibidem*, 328, dove emerge come i sostenitori della teoria del fallimento della possibilità di ridurre i condannati basassero i loro studi su dati statistici parziali. Tuttavia, per qualche motivo questa convinzione si diffuse e dominò per lunghi anni senza ammettere obiezioni, finché, negli anni 1990, essa fu progressivamente smantellata, soprattutto da studiosi canadesi quali D. A. ANDREWS, M. W. LIPSEY e T. PALMER. All'inizio degli anni '90, essi iniziarono a pubblicare i risultati di studi empirici condotti in Nord America ed in Europa dai quali emergeva l'efficacia contro la recidiva di alcuni tipi di trattamenti correzionali, soprattutto dei programmi riabilitativi di reinserimento sociale (cfr. *ibidem*, 330).

²⁵⁸ Si fa riferimento a immigrati, appartenenti a minoranze etniche, disoccupati vittime della crisi economica: se cadono nella rete della delinquenza, l'unica funzione che il carcere può svolgere nei confronti di queste persone è la neutralizzazione. Cfr. M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., 9-10; *ID.*, *Silète poenologi in munere alieno, Parte prima*, in *op. cit.*, 16.

costante aumento dei tassi di carcerazione²⁵⁹ e di recidiva, che si riflettono sui costi dell'apparato carcerario, sempre più oneroso per lo stato²⁶⁰.

Sotto un profilo filosofico, fu intaccata per prima la teoria retributiva, profondamente avversata dai positivisti ma anche, più in generale, difficilmente compatibile con i principi di uno stato laico e secolarizzato, nel quale si rivelò difficile stabilire con efficacia universale i postulati metagiuridici che avrebbero dovuto fondare il concetto di giustizia assoluta, base e criterio della pena retributiva. Inoltre, tale teoria non era riuscita a conciliare il concetto di libero arbitrio con l'inevitabile circostanza secondo cui l'agire umano spesso subisce condizionamenti esterni che sfuggono al controllo e quindi alla volontà del singolo²⁶¹. Più tardi, tuttavia, proprio sulle ceneri della retribuzione si fondò la rinascita delle teorie retributive, che già nella seconda metà degli anni Settanta godettero di una nuova primavera, soprattutto nei paesi di area anglosassone²⁶².

La sorte delle teorie preventive, d'altra parte, non fu stata migliore: dall'impossibilità di misurare empiricamente l'efficacia generalpreventiva (e, quindi, dissuasiva) della pena si dedusse il fallimento di quest'ultima teoria. Inoltre, nelle statistiche sul perdurare della recidiva anche dopo un trattamento rieducativo è stata letta la conferma del fallimento del tentativo di slegare il concetto di pena dal suo

²⁵⁹ Si tratta di una tendenza registrata a livello mondiale. Cfr. i grafici riportati in M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., 74-92, ma anche le considerazioni di G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 161.

²⁶⁰ Tanto che in altri ordinamenti, come ad esempio in Inghilterra ed USA, si è arrivati da tempo alla privatizzazione delle carceri. Il primo stato USA ad appaltare integralmente la gestione di tutte le sue carceri ad un'impresa privata fu la Florida nel 1981, seguita a ruota da numerosi altri stati federali (cfr. D. JOEL, *A Guide to Prison Privatization*, in *Backgrounder #650*, *The Heritage Foundation*, 24.5.1988, 3, ora in <http://www.heritage.org/research/reports/1988/05/bg650-a-guide-to-prison-privatization>, consultato il 31.8.15). Attualmente il 40% delle carceri privatizzate negli Stati Uniti è gestita da una sola società privata, la *Corrections Corporation of America*. Il dibattito sull'opportunità o meno della privatizzazione del sistema correzionale è molto acceso: alle posizioni favorevoli (cfr. D. JOEL, *ult. op. cit.*, pubblicato sul sito della *Heritage Foundation*, un'istituzione politica conservativa che rimarca i vantaggi economici per le pubbliche amministrazioni legati alla privatizzazione) si contrappongono quelle che negano sia la legittimazione della delega del potere coercitivo statale a favore di un soggetto privato, sia la reale utilità di tale operazione sul piano del rispetto dei diritti dei detenuti, soprattutto al momento della decisione del loro trasferimento da un carcere pubblico ad uno privato, e della diminuzione del tasso di recidiva (così ad esempio M. D. REISIG, T. C. PRATT, *The ethics of correctional privatisation: a critical examination of the delegation of coercive authority*, in *The prison journal*, 2000, 210 ss., o D. SHICOR, D. K. SECHREST, *Privatisation and flexibility: legal and practical aspects of interjurisdictional transfer of prisoners*, in *The prison journal*, 2002, 386 ss.)

²⁶¹ Cfr. F. MANTOVANI, *La «perenne crisi» e la «perenne vitalità» della pena. E la «crisi di solitudine» del diritto penale*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO, (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci, Vol. II Teoria della pena – Teoria del reato*, Milano, 2006, 1172.

²⁶² Per alcuni riferimenti bibliografici, cfr. supra, nota 253. Cfr. altresì E. GRANDE, *Il terzo strike*, Palermo, 2007, 57 ss.

significato originario di «male», dolore fine a se stesso, e di inserirlo nel quadro razionale del diritto penale²⁶³.

Se le basi filosofiche della pena rimangono tuttora traballanti, certo non gode di buona salute il sistema penale nel suo complesso: nei fatti la crisi si ritrova nella «incertezza della pena», ricondotta a numerosi fattori sistematici, quali gli ampi spazi di discrezionalità giudiziale (derivanti a loro volta dalle ampie cornici edittali), la fluttuabilità dei criteri commisurativi della pena, la discrasia tra la pena legale, quella inflitta e quella eseguita, i meccanismi premiali giudiziali e penitenziari²⁶⁴.

Nel composito quadro di tendenze comuni a tutti i Paesi occidentali appena tratteggiato, la situazione dell'Italia presenta alcune peculiarità. Qui, il drammatico sovraffollamento carcerario è paradossalmente unito ad un enorme clemenzialismo punitivo²⁶⁵.

²⁶³ La persistenza di una componente dolorifica nella moderna concezione di pena è messa in evidenza da U. CURI, *I paradossi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1073-1079. Egli cerca di risalire all'origine di quella che NIETZSCHE definisce «sinistra catena di idee che connette inescindibilmente colpa e sofferenza (cfr. F. NIETZSCHE, *Zur Genealogie der Moral, Zweite Abhandlung: «Schuld», «schlechtes Gewissen» und Verwandtes*, in G. COLLI, M. MONTINARI (a cura di), *Jenseits von Gut und Böse – Zur Genealogie der Moral*, Kritische Studienausgabe, Berlino, 1999: «Woher diese uralte, tiefgewurzelte, vielleicht jetzt nicht mehr ausrottbare Idee ihre Macht genommen hat, die Idee einer Aequivalenz von Schaden und Schmerz?») spiegando come, originariamente, la parola «pena» significava semplicemente «compensazione» e non aveva connotazioni particolarmente negative. Tuttavia, nel corso dei secoli tale termine è arrivato ad assumere un significato molto vicino a quello di «dolore», «sofferenza», e tuttora il concetto non è riuscito a liberarsi totalmente di questo «carattere sacrale», secondo cui la pena è una sofferenza che serve alla restaurazione dell'ordine cosmico violato dal delitto. Quindi, il diritto penale, disciplina che dovrebbe essere massimamente razionale, si fonda paradossalmente su di un presupposto metafisico, «razionalmente infondato, o almeno indimostrabile, giustificabile solo in un contesto di carattere religioso o in una prospettiva mitologica» (*ibidem*, 1079). Citando il filosofo RENÉ GIRARD, l'A. conclude affermando che la pena rappresenta di fatto l'inquadramento giuridico dell'atavico meccanismo della vendetta, perché essa non riesce a trovare altra giustificazione metafisica o trascendentale (cfr. *ibidem*, 1084-1085). Evidenzia il fallimento di tutte le teorie che hanno cercato di ricostruire epistemologicamente il significato della pena M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, cit., 1166-9 (in particolare la già citata nota 9), che definisce la pena «un male aggiunto al male colpevolmente ammesso dal soggetto che la subisce». Sottolinea gli aspetti «critici» non solo delle teorie tradizionali, ma anche del neoretribuzionismo, delle teorie differenziate e della teoria polifunzionale della pena F. MANTOVANI, *ult. op. cit.*, 1177-1180.

²⁶⁴ Così, *ex multiis*, S. MOCCIA, *Il volto attuale del sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1100, E. DOLCINI, *La pena in Italia oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci, Vol. II, Teoria della pena – Teoria del reato*, Milano 2006, 1106-1107. Anni prima, gli stessi problemi erano stati individuati dallo stesso G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 164-171. Ancora, prima, si espresse in termini analoghi T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 421-2.

²⁶⁵ Cfr. F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 415. Osserva S. MOCCIA, *Il volto attuale del sistema penale*, cit., 1101: «Paradossalmente, più il carcere fallisce, più ne aumenta la richiesta». Avanza l'ipotesi di un

Sebbene siano stati molto numerosi, anche in passato²⁶⁶, gli interventi legislativi volti ad eliminare il ricorso alle pene detentive di breve durata ed a potenziare le misure alternative alla detenzione, il numero dei carcerati è costantemente aumentato. Le ragioni di questo fenomeno si ravvisano sia negli ostacoli pratici che si pongono al momento di attuare davvero le disposizioni in materia di rieducazione sia nel patologico alternarsi, nel nostro Paese, di legislazione clemenziale²⁶⁷ con norme che introducono inasprimenti sanzionatori e duri trattamenti penitenziari per alcune categorie di delinquenti, quali i terroristi o gli appartenenti ad organizzazioni di stampo mafioso²⁶⁸.

Negli ultimi anni, il sovraffollamento ha condotto alle note condanne dei casi Sulejmanovic²⁶⁹ e Torreggiani²⁷⁰. A seguito di quest'ultima sentenza della Corte

collegamento tra la rigidità delle pene e la consapevolezza del legislatore che il giudice userà tutti gli strumenti legali in suo potere per infliggere, nel caso concreto, la pena più bassa possibile. M. DONINI, *Certezza della pena e certezza del diritto. Una riforma chirurgica, per dissolvere il non-sistema*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, 222.

²⁶⁶ Si fa riferimento alla situazione precedente al c.d. Progetto Palazzo, che ha portato all'approvazione della legge delega 67/2014, che verrà trattata in separata sede.

²⁶⁷ Talvolta tali interventi hanno semplicemente favorito una diffusa tendenza di «fuga dalla sanzione» ed ineffettività della pena, senza davvero contribuire al buon funzionamento del sistema. Cfr. sulle leggi 134/2003 (sul c.d. patteggiamento allargato), 145/2004 (aumento dell'area applicativa della sospensione condizionale della pena) e 251/2005 (c.d. *ex Cirielli*) il commento di E. DOLCINI, *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero, della lungimiranza del costituente*, in *Rass. pen. crim.*, 2005, 76-78.

²⁶⁸ Negli anni '80 questa tendenza fu registrata, tra gli altri, da L. EUSEBI, *La «nuova» retribuzione*, *Sez. II*, cit., 1351-1352. Più recentemente, si ricordano i due «pacchetti sicurezza» delle estati 2008 e 2009. Il primo, introdotto con d. l. 23 maggio 2008, n. 92 e convertito in l. 24 luglio 2008, n. 125 avrebbe dovuto consentire, secondo quanto dichiarato dall'allora ministro dell'Interno Maroni, «un contrasto più efficace dell'immigrazione clandestina, una maggiore prevenzione della microcriminalità diffusa, attraverso il coinvolgimento dei sindaci nel controllo del territorio, e una più incisiva lotta alla mafia, grazie alla norma che prevede l'aggressione ai patrimoni dei boss». (Cfr. http://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/sala_stamp/speciali/Pacchetto_si_curezza/index_2.html, consultato il 3.11.2015). Lo stesso intento è stato perseguito anche secondo pacchetto sicurezza (l.15/07/2009, n. 94, recante «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica»), il quale, inoltre, ha ulteriormente inasprito il regime c.d. di carcere duro di cui all'art. 41 *bis* ord. pen.

²⁶⁹ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza Sulejmanovic c. Italia del 16 luglio 2009 (ric. n. 22635/03).

²⁷⁰ Con la sentenza-pilota della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo dell'8 gennaio 2013 (Torreggiani ed altri c. Italia, ricorsi nn. 43-517/09, 46-882/09, 55400/09, 57-875/09, 61-535/09, 35-315/10 e 37818/10), l'Italia è stata condannata dalla Corte di Strasburgo per avere violato gli articoli 3 e 46 della Convenzione EDU. Il signor Torreggiani, ristretto nel carcere di Busto Arsizio, doveva condividere con altre due persone una cella di 9 m², disponendo quindi di soli 3 m² per se stesso. Inoltre, nel penitenziario c'erano limitazioni nell'accesso alle docce a causa della scarsità di acqua calda. Il suo ricorso, riunito a quello di altri detenuti nello stesso carcere ed in quello di Piacenza, è stato accolto dalla Corte, che ha riscontrato la violazione dell'art. 3 della Convenzione Edu (a nulla rilevando che probabilmente non era istituzione delle Autorità italiane coinvolte umiliare o degradare i detenuti), ritenendo trattamento inumano e degradante il fatto che i ricorrenti non avessero beneficiato di uno spazio vitale conforme ai criteri da essa ritenuti accettabili con la sua giurisprudenza. Inoltre la situazione, integrante già di per sé una violazione della Convenzione, sarebbe stata ulteriormente

Europea dei Diritti dell'Uomo, che ha portato alla luce una situazione già nota da tempo agli operatori del settore, si è registrato un aumento di sensibilità nei confronti della tematica²⁷¹, sfociato da ultimo in consistenti proposte di riforma, parzialmente già attuate²⁷².

Su di un piano teorico-filosofico, vale la pena di evidenziare come, negli ultimi anni, si sia diffusa la convinzione che nel diritto sanzionatorio penale italiano sia necessaria non solo una riforma strutturale²⁷³, ma anche un vero e proprio cambiamento di prospettiva, un cambiamento del modo di concepire la pena²⁷⁴ e la messa in discussione di antichi «dogmi»²⁷⁵.

aggravata dalla mancanza di acqua calda e dalla scarsità di illuminazione e di ventilazione delle celle (sent. Torreggiani, cit., 76-78). Cfr. S. KIEBER, *Überbelegung italienischer Gefängnisse*, in *NLMR*, 2013, 1, 6.

²⁷¹ Cfr. L. EUSEBI, *La risposta al reato ed il ruolo della vittima*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 5, 527, che ravvisa un mutamento di prospettiva nel recente dibattito sulla pena. Parla di «nuovo clima» anche M. PAVARINI, *Vivere in meno di 3 metri quadrati, Quando la pena carceraria è disumana e degradante*, Bologna, 27.2.13, in http://www.ristretti.it/commenti/2013/marzo/pdf/articolo_pavarini.pdf.

²⁷² Si fa riferimento in particolare alla legge delega 67/2014, recante «Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili». Prima di esso, va menzionato lo «Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale» elaborato dalla Commissione ministeriale istituita con d.m. 13 giugno 2013 dal Ministro della Giustizia Anna Maria Cancellieri e presieduta dal Prof. FRANCESCO PALAZZO, che ha influenzato, sebbene solo in parte, le successive novelle legislative (cfr. F. PALAZZO, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali. Editoriale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10 febbraio 2014, ora in http://www.penalecontemporaneo.it/materia/-/-/2827-fatti_e_buone_intenzioni_a_proposito_della_riforma_delle_sanzioni_penali/). Più recente il disegno di legge di iniziativa governativa (n. 2798/C «Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi e per un maggiore contrasto del fenomeno corruttivo, oltre che all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena») presentato alla Camera il 24 dicembre 2014, che contiene (artt. 24 e 26) una delega al Governo per la «risistemazione organica dell'ordinamento penitenziario». Per un'analisi di questi provvedimenti è d'obbligo il rimando ai numerosi contributi pubblicati sul sito www.dirittopenalecontemporaneo.it.

²⁷³ In realtà nel 2012, prima che la sentenza Torreggiani facesse precipitare la situazione e desse l'abbrivio a riforme più strutturali, la dottrina italiana concordava nel ritenere che i numerosi problemi del sistema penitenziario italiano avrebbero potuto essere arginati, nel breve termine, solo da una misura di natura clemenziale (amnistia o indulto), che avrebbe dovuto precedere l'integrale ripensamento del sistema sanzionatorio. Cfr. C. F. GROSSO, *Inevitabili amnistia ed indulto per risolvere l'attuale emergenza carceraria*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, 205 e M. DONINI, *Certezza della pena e certezza del diritto. Una riforma chirurgica, per dissolvere il non-sistema*, ivi, 221, *contra*, sempre nello stesso numero della stessa rivista, C. FIORE, *Evitiamo di perpetuare gli errori del passato, e affrontiamo finalmente le emergenze reali della giustizia penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012, 218. Anche l'allora Ministro della Giustizia, Annamaria Cancellieri, si era detta a favore di una misura clemenziale. Cfr. *Primo sì al Ddl sulle pene alternative. Cancellieri: serve misura di clemenza*, in *Guida al diritto*, 23 giugno 2013, in http://www.diritto24.ilsole24ore.com/guidaAlDiritto/penale/primiPiani/2013/06/primosi-al-ddl-sulle-pene-alternative-cancellieri-serve-misura-di-clemenza.php?refresh_ce=1.

²⁷⁴ Cfr. C. FIORE, *op. cit.*, 219, e F. PALAZZO, *Per un piano di salvataggio della giustizia penale, contro slogan ed illusioni*, in *Cass. pen.*, 2008, 455. In ogni caso, va segnalata la trasversale consapevolezza, comune a studiosi con visioni diverse, che la riforma del diritto sanzionatorio

Si rimanda al capitolo successivo il tentativo di valutare l'impatto delle più recenti riforme, sia sul piano empirico sia su quello filosofico.

2. Carcere e concetto di «rieducazione» nella società dell'esclusione²⁷⁶

2.1. Il significato del termine «rieducazione»

Nell'intenzione di von Liszt e dei positivisti italiani, la rieducazione era possibile unicamente per determinate categorie di delinquenti, e solo all'esito di un lungo periodo di reclusione (a tempo inizialmente indeterminato), caratterizzato dal lavoro all'aperto come principale mezzo contro la ricaduta nel reato²⁷⁷. Le teorie positiviste attecchirono ben presto in tutto il mondo occidentale, dove si tradussero in

rappresenterà sempre un rimedio parziale e difettoso finché non si arriverà alla riforma dell'intero sistema penale. Cfr. le interviste di C. F. GROSSO, C. FIORE, F. MUCCIARELLI, D. PULITANÒ e M. DONINI nel citato numero 2/2012 di *Diritto Penale Contemporaneo*, 205 ss., e G. GIOSTRA, *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 55. Tra le misure più urgenti, si segnalano la riforma della prescrizione, il cui decorso, come noto, non è interrotto dall'inizio del procedimento penale (cfr. D. PULITANÒ, *Per una nuova politica del diritto penale, oltre la logica dello scontro tra magistratura e classe politica*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012, 215 ss.), l'abbassamento dei massimi edittali di pena, la confisca obbligatoria dei prodotti o dei proventi del reato (cfr. M. DONINI, *Certezza della pena e certezza del diritto. Una riforma chirurgica, per dissolvere il non-sistema*, cit., 221 ss.).

²⁷⁵ Si fa qui riferimento all'originale posizione di S. VINCIGUERRA, *L'identità proteiforme della pena detentiva. Appunti per la comparazione fra ordinamenti penali europei*, in *Giur. it.*, 2002, 5, che si chiede se sia ancora valida la convinzione, radicata nella dottrina penale sin dai tempi del Programma di Marburgo, che le pene detentive di breve durata sono da evitare perché criminogene: forse per alcune categorie di delinquenti, i c.d. colletti bianchi, tali pene potrebbero avere effetto deterrente.

²⁷⁶ Il titolo del paragrafo fa riferimento all'opera di PAVARINI, il quale in più occasioni ha evidenziato le difficoltà di definire la rieducazione in una società variegata e multi-etnica, nella quale, ad esempio, la condizione di clandestino integra già di per sé un reato. Cfr. M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., 113 e nota 50 per un riferimento bibliografico.

²⁷⁷ Si è già accennato *supra* al fatto che le idee più radicali del positivismo, tra cui quella della segregazione a tempo indeterminato dei delinquenti incorreggibili, al momento della loro «traduzione» in norme di diritto positivo furono moderate in senso maggiormente garantistico. Inoltre, le idee positivistiche attecchirono nella legislazione positiva soprattutto per quanto riguarda il trattamento dei delinquenti spinti al crimine solo a causa del loro *status* sociale di povertà (e non per tare genetiche o somatiche). E così, all'inizio del XX sec. si diffuse la convinzione secondo cui, eliminando le cause che avevano spinto alla delinquenza, si sarebbe potuta «correggere» anche la pericolosità sociale: insegnare un lavoro a questa categoria di delinquenti sarebbe stato il modo per prepararli ad un reinserimento in società che li avrebbe definitivamente allontanati dalla strada del crimine: «È questa la stagione d'oro - segnata da un forte ottimismo - delle politiche di rieducazione attraverso la pedagogia penitenziaria. È la rigogliosa primavera del modello correzionale di giustizia penale, quello che immagina una pena capace di integrare nello status di proletario il non-proletario.» Così M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., 9. Cerca di risalire al significato del concetto, per il quale in Germania viene usato il termine *Resozialisierung*, H. CORNEL, in AA.VV., *Resozialisierung. Handbuch*, III. Aufl., Baden-Baden, 2009, 27-52.

legislazioni attente all'individualizzazione del trattamento ed all'eliminazione delle cause del crimine²⁷⁸.

Nel corso del XIX secolo, in Italia, il termine è stato inserito nella Costituzione, ed il «fine rieducativo» della pena ha animato, almeno sulla carta, molte delle successive novelle legislative, dalla riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975 alla legge Gozzini (1986) fino alle recenti riforme cui ha dato l'abbrivio la legge-delega 67/2014. Prima di affrontare nel dettaglio tali riforme e le pronunce giurisprudenziali che le hanno applicate ed interpretate, tuttavia, è opportuno cercare di chiarire cosa si intenda, oggi, per «rieducazione del condannato»²⁷⁹.

Il significato letterale dell'espressione pare evocare l'opera didascalica dello stato paternalistico, che in carcere insegna i valori della società civile a coloro che, come scolari ripetenti, li abbiano violati. Si tratta di una lettura riduttiva ed insoddisfacente, la quale presta facilmente il fianco alle critiche incidenti sulla legittimazione del principio stesso, le quali in sostanza negano che lo Stato abbia il diritto di rieducare il condannato²⁸⁰. In effetti, l'espressione viene usata per la prima volta dal legislatore ordinario nel r.d.l. n. 1404/1934 sull'istituzione e fondamento dei tribunali per i minorenni: nella giustizia minorile, soprattutto dopo le modifiche apportate con la legge 888/1956, la rieducazione assume un ruolo fondamentale²⁸¹.

²⁷⁸ Cfr., per gli Stati Uniti d'America, F. T. CULLEN, P. GENDREAU, *From nothing works to what works*, cit., 315-321. Qui, la «fiducia nella rieducazione» fu predominante fino agli anni Cinquanta. In questo arco temporale, gli insuccessi empirici del trattamento riabilitativo furono l'occasione per un ripensamento delle tecniche o dei metodi da usare, ma di fatto non misero mai in crisi il principio di fondo secondo cui all'ideale del trattamento rieducativo corrispondevano anche pene miti e più rispettose dei diritti della persona (cfr. *ibidem*, 320).

²⁷⁹ Negli Stati Uniti si parla al proposito di *rehabilitation of the offender*, in Germania di *Resozialisierung*, *Sozialisation* oppure *Wiedereingliederung des Verurteilten in die Rechtsgemeinschaft* (§ 37 I parte generale dell'*Alternativentwurf*); nei paesi francofoni di *réinsertion sociale du condamné*. Il citato articolo 25 comma II della Cost. spagnola usa i termini *reeducación* e *reinserción social*, anche perché la parola *resocialización* rappresenta in realtà un neologismo, di un termine importato dall'estero del quale è stato detto che nessuno comprende bene il significato (cfr. A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *La supuesta función resocializadora del derecho penal*, in op. cit., 24).

²⁸⁰ Tale assunto è comune a numerosi movimenti contrari all'ideale rieducativo. Ad esempio, nel ribadire la finalità retributiva della pena, BETTIOL dipinge la rieducazione come una pressione della ragion di stato sulla coscienza individuale dell'uomo, che viene così ammaestrato, come un animale, a seguire un dato programma di vita privo di indicazioni etiche o morali. Cfr. G. BETTIOL, *Il mito della rieducazione*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato, II Convegno di diritto penale - Bressanone 1963*, Padova, 1964, 9-17, che continua: «L'educazione coatta (...) non può che recare una ferita profonda alla libertà di orientamento e di coscienza dell'uomo detenuto. Lo Stato non può imporre la virtù» (*ibidem*, 11).

²⁸¹ Ciò emerge chiaramente dagli artt. 25 e 29 del r.d.l., secondo cui il predetto tribunale può disporre nei confronti di minori «irregolari per condotta o per carattere», di coloro nei cui confronti penda un

Nel settore della giustizia penale ordinaria, agli inizi del secolo scorso la rieducazione corrispondeva ideologicamente all'inserimento nella società capitalistica di un soggetto che, per motivi legali essenzialmente alle sue condizioni economiche di nascita, in origine ne era escluso. Questo paradigma, che identificava la rieducazione essenzialmente con il lavoro, risentì dei primi attacchi nel momento in cui si diffuse la consapevolezza che la povertà (o l'assenza di cultura del lavoro) non era l'unico motivo che spinge alla delinquenza: apparve quindi insufficiente educare al lavoro carcerario, perché occorreva prendersi cura del condannato attraverso tutta una serie di misure, diverse ed alternative rispetto al carcere, che mirassero ad includerlo nella società attraverso un trattamento «assistenziale»²⁸².

Tale convinzione, generalmente ricondotta agli anni Cinquanta del secolo scorso, abbracciava una nozione ampia del termine rieducazione, secondo la quale non bastava l'avvio al lavoro, ma occorreva che il *welfare state* si prendesse cura in senso completo del condannato, ponendo in atto tutta una serie di misure assistenziali maggiormente idonee ad includerlo nella società. In questi anni, negli Stati Uniti ed

procedimento penale ovvero dei beneficiari del perdono giudiziale o della sospensione condizionale della pena (artt. 25 e 26 r.d.l. 1404/1934) la misura dell'affidamento del minore al servizio sociale minorile o il collocamento dello stesso in una casa di rieducazione o in un istituto medico-psicopedagogico. Se necessario, il Tribunale conserva la facoltà di sostituire tale misura con altra che appaia più idonea «ai fini della rieducazione del minore e del suo progressivo inserimento nella vita sociale» (Art. 29 r.d.l. 1404/1934, come modificato nel 1956. Queste misure sono l'affidamento del minore al servizio sociale minorile o collocamento dello stesso in una casa di rieducazione o in un istituto medico-psicopedagogico). Il fine di queste misure, di carattere amministrativo, era appunto quello di intervenire per tempo con provvedimenti volti a completare o correggere processi educativi negativamente orientati al loro primo manifestarsi. Peraltro, anche la fiducia nella rieducazione dei minorenni ha subito fasi alterne nel corso del secolo scorso. Ad una prima fase, orientata in senso prettamente correzionalistico, ne seguì un'altra nella quale la rieducazione veniva intesa come predisposizione di tutta una serie di interventi terapeutici legati ai bisogni psicologici del minore. In questa «età dell'oro» della rieducazione, risalente agli anni Cinquanta e Sessanta, lo stesso legislatore intervenne regolando compiutamente la disciplina professionale del servizio sociale minorile al fine di creare una situazione ottimale per il funzionamento degli istituti di rieducazione. Come avvenne però nell'ambito della giustizia ordinaria, anche in questo settore l'ideologia terapeutica e trattamentale fu presto messa in crisi dalle critiche di chi ne contestava il fondamento, affermando da un lato che qualsiasi misura imposta ad un soggetto non potesse portare ad un ravvedimento psicologico spontaneo e dall'altro negando che tali misure si fossero nei fatti rivelate efficaci. Ne seguì un considerevole calo del ricorso agli istituti amministrativi di rieducazione, che all'inizio degli anni Novanta risentivano di un'applicazione ridottissima e sempre più ridotta. Cfr., per una panoramica, G. LA GRECA, *Rieducazione (misure di)*, in *Enc. del diritto*, XL, Milano, 1989, 761 ss. Anche negli Stati Uniti la rieducazione avrebbe dovuto teoricamente animare in particolare il trattamento dei *wayward minors*, i minorenni ribelli, o devianti. Evidenza con molta convinzione le derive del sistema H. SCHWARTZ, *The myth of rehabilitation*, in *The prison journal*, 1972, 56 ss.

²⁸² Si tratta di misure, quali le pene sostitutive o le misure alternative alla detenzione, che evitano il carcere e mirano al reinserimento sociale del condannato non solo attraverso il lavoro, ma anche tramite tutto un apparato assistenziale fornito dallo stato sociale al fine di risolvere la problematicità sociale. Cfr. sempre M. PAVARINI, *ult. op. cit.*, 9.

in Europa si diffuse la fiducia nelle c.d. tecniche trattamentali. Nel Nuovo Continente, esse corrispondevano a tecniche psico-terapeutiche e socio-pedagogiche, mentre nel Vecchio si tradussero in programmi socio-terapeutici comprendenti lavoro, istruzione, formazione professionale, attività ricreative, servizi religiosi²⁸³.

Inoltre, l'ideologia della rieducazione rimaneva ferma nel riconoscere le difficoltà di perseguire lo scopo di prevenzione positiva attraverso l'istituzione carceraria, seppure nella consapevolezza dell'irrinunciabilità di quest'ultima²⁸⁴.

Proprio in questi anni, in Italia, la finalità rieducativa della pena assunse rango costituzionale²⁸⁵.

2.2. *La parabola discendente della fiducia nella rieducazione*

Se, quindi, fino agli anni Cinquanta e Sessanta, praticamente in tutto il mondo occidentale²⁸⁶ fiorirono le iniziative legislative volte ad assicurare un pieno sviluppo dell'ideale rieducativo, è pressoché unanimemente riconosciuto che nel decennio successivo esso iniziò il suo declino.

La crisi si avvertì da principio negli Stati Uniti²⁸⁷, e fu causata da molteplici fattori. Tra questi, giocò un ruolo fondamentale la salita al potere del Presidente

²⁸³ Cfr. V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Critica del Diritto*, 2009, 181. Del resto, come osserva M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., 14-15, il governo della questione criminale rappresenta un aspetto slegato dalle singole contingenze nazionali, perché esso è strettamente dipendente dalla comprensione dell'ordine sociale e quindi espressione della cultura di una società. In questo ambito, quindi, può a buon diritto parlarsi di «tendenze universali», valide in linea di massima per tutto il mondo occidentale dei paesi economicamente più avanzati.

²⁸⁴ Così M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., 102-103.

²⁸⁵ Tuttavia, l'art. 27, III co., Cost., fu inizialmente interpretato in senso fortemente restrittivo. Cfr. G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, (a cura di), *Commentario alla Costituzione - Rapporti Civili. Art. 27 - 28*, Bologna, 1991, 224 ss.

In altri paesi, tradussero in legge l'ideale rieducativo il nuovo Ordinamento Penitenziario italiano del 1975 e la *Strafvollzugsgesetz* della Repubblica Federale tedesca del 1976. Si trattò tuttavia di riforme un po' in ritardo rispetto alle tendenze dell'epoca: in quegli stessi anni, avevano già cominciato a diffondersi i primi scritti che gridavano alla «crisi» della rieducazione (cfr. *infra*, punto 2.2.)

²⁸⁶ Come osserva M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., 14-15, il governo della questione criminale e la questione carceraria rappresentano un aspetto slegato dalle singole contingenze nazionali, perché sono strettamente dipendenti dalla comprensione dell'ordine sociale e quindi espressione della cultura di una società. In questo ambito, quindi, può a buon diritto parlarsi di «tendenze universali», valide in linea di massima per tutto il mondo occidentale dei paesi economicamente più avanzati. Tra l'altro, l'emergenza degli Stati Uniti come capitale economicamente, politicamente e culturalmente egemone ha fatto sì che le tendenze di controllo sociale nate in questo Paese siano poi state assimilate in tutti gli Stati non comunisti (cfr. *ibidem*, 36).

²⁸⁷ La denuncia dell'insuccesso della rieducazione si riconduce normalmente all'articolo di R. MARTINSON, *What works? Questions and answers about prison reform*, in *The public interest*, 1974, 22. L'opera ebbe un enorme successo, ed influenzò pesantemente il pensiero scientifico dei decenni

Reagan, che con le sue politiche conservatrici e liberiste inflisse vari colpi al *welfare state*, tagliando sin da subito i fondi della giustizia e delle carceri²⁸⁸. In secondo luogo, i mutamenti nella società americana e l'aumento delle classi medie ebbero come conseguenza una più forte percezione, in termini di paura, della criminalità, fomentata anche dalla crescente eco dedicata dai *mass media* ai fenomeni criminali²⁸⁹. Anche l'accennato diffondersi di idee neoretribuzioniste²⁹⁰ (tipiche di una visione politica «di destra») contribuì al fatale attacco alla rieducazione. Essa tuttavia fu biasimata anche da sinistra, vale a dire da quella parte della dottrina, attiva nella lotta per il riconoscimento dei diritti dei detenuti, secondo cui la rieducazione avrebbe legittimato una giustizia penale classista e discriminatoria nei confronti delle minoranze etniche della società²⁹¹. Inoltre, la *criminologia critica* si opponeva all'ideale di fondo della rieducazione, trovando illegittima la pretesa dello Stato di

successivi. Due anni prima aveva denunciato il fallimento della rieducazione, anche di H. SCHWARTZ, *The myth of rehabilitation*, in *op. cit.*, 56: «*The current concern over prisons has reinforced one of our more expensive and pernicious bits of social mythology: the notion that our so-called correctional system can rehabilitate criminals. The fact is that it cannot do much and does poorly that which it could do*». L'A. si rifà all'esempio della giustizia minorile nello Stato di New York per dimostrare come, di fatto, la riabilitazione all'interno del carcere sia un'impresa impossibile, non solo per problemi pratici (mancanza di fondi e di personale qualificato) ma anche perché la scienza non ha ancora dimostrato quale sia il modo per aiutare davvero le persone ad evitare la ricaduta nel reato. L'unica certezza scientifica in questo campo è che il carcere ha effetti prevalentemente negativi su minori ed adulti, e va quindi considerato quale «*last resort*» (*ibidem*, 56-57 e 61-62).

²⁸⁸ Anche le marce per i diritti civili, la guerra in Vietnam e gli scandali del *Watergate* indebolirono la fiducia della società americana nello stato sociale, il cui interventismo paternalista non fu più accettato di buon grado come in precedenza. Così F. T. CULLEN, P. GENDREAU, *From nothing works to what works*, cit., 323.

²⁸⁹ Cfr. E. DOLCINI, *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive*, cit., 71-72. In tal senso, la pretesa rieducativa poteva apparire quasi come una «gratificazione morale» ai delinquenti, del tutto inefficace e dispendiosa. Così V. MONGILLO, *op. cit.*, 174.

²⁹⁰ Per un riassunto, si rimanda di nuovo a L. EUSEBI, *La «nuova» retribuzione*, *Sez. I*, cit., 959 ss.

²⁹¹ Cfr. E. DOLCINI, *Rieducazione del condannato*, cit., 72. Le conseguenze dell'ondata neoretribuzionista negli Stati Uniti furono una profonda riforma del sistema di commisurazione della pena, l'innalzamento dei livelli sanzionatori e dei tassi di carcerizzazione, l'introduzione del noto sistema «*three strikes and you're out*», ed un massiccio aumento del ricorso alla pena di morte (cfr. *ibidem*, 73). Descrive praticamente gli stessi fenomeni, aggiungendovi il tentativo di reintrodurre, per i delinquenti occasionali, la «pena-shock», V. MONGILLO, *op. cit.*, 186. Inoltre, prima del 1975 in quasi tutti gli Stati Usa era diffuso il sistema del *sentencing* indeterminato, caratterizzato da ampie cornici edittali ed orientamento delle sanzioni alla risocializzazione, che si rifletteva in ampi poteri discrezionali del giudice sia in fase, appunto, commisurativa, sia in fase esecutiva. A seguito del fenomeno sopra descritto, molti degli Stati hanno abolito l'istituto del rilascio anticipato e condizionato del condannato (c.d. *parole*), introdotto dei livelli minimi di pena ed irrigidito le possibilità di modificare la pena *in executivis* (c.d. *truth in sentencing*). Così G. MANNOZZI, *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO, (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. II, cit., 1137-9. Il fenomeno è puntualmente descritto in questi termini anche da E. GRANDE, *Il terzo strike*, cit., 54-7.

instillare coattivamente dei valori in un individuo portato a delinquere perché marginalizzato proprio da quella stessa società²⁹².

Parallelamente, in Europa, la rieducazione fu messa in secondo piano dall'avanzare, soprattutto in Germania, della dottrina della prevenzione generale positiva integratrice, secondo la quale la pena serviva essenzialmente lo scopo di rafforzare nella collettività un sentimento di approvazione ed adesione nei confronti dei valori violati, che si traduceva in fiducia nell'ordinamento e senso di pacificazione una volta che, attraverso la felice applicazione della legge, il delinquente veniva punito²⁹³.

Fu grazie a questi fattori concomitanti che le prime opere che denunciavano l'insuccesso della rieducazione, seppur fondate sul risultato di indagini empiriche parziali e lacunose, trovarono terreno fertile, e si diffusero senza trovare davvero opposizione²⁹⁴. Sostanzialmente, le critiche consistevano nell'affermazione secondo cui le scienze sociali non erano, e non sarebbero mai state, in grado di riabilitare i

²⁹² Cfr. L. EUSEBI, *La «nuova» retribuzione*, Sez. I, cit., 950-953, che supera così l'obiezione: «In realtà, l'imperativo di una pena volta a risocializzare – piuttosto che a retribuire – dovrebbe derivare proprio dalla coscienza della società di non essere essa stessa giusta e di non poter operare giudizi assoluti di colpevolezza dei propri membri: in questo senso la necessità di risocializzare la stessa società che punisce converge con l'intento di non considerare il criminale definitivamente estromesso dal contesto dei rapporti sociali» (*ibidem*, 953). Rappresenta tale movimento in Italia A. BARATTA, con la sua opera *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, 1982. Su di lui cfr. G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione. In margine ad alcuni recenti convegni*, in *Rass. pen. crim.*, 1982, 453-455.

²⁹³ Descrive la salita al successo della prevenzione generale integratrice M. KUBINK, *Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel*, Berlin, 2001, 633-640. Parallelamente, si pone in termini critici nei confronti della rieducazione ma non ne rinnega l'efficacia e la necessità A. ESER, *Resozialisierung in der Krise?*, in J. BAUMANN, K. TIEDEMANN, (a cura di), *Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters*, Tübingen, 1974, 505 ss. Diversa la posizione di W. HASSEMER, *Resozialisierung und Rechtsstaat*, in *Krim. J.*, 1982, 161, il quale si limita a prendere atto della circostanza che, di fatto, diritto penale e criminologia non sono riusciti, negli anni, a definire il contenuto della risocializzazione. Essa, se attuata all'interno delle mura carcerarie, appare molto di più come un'indebita pressione psicologica, un'illegittima compressione delle libertà del detenuto. Tuttavia, da queste premesse l'A. non arriva a negare totalmente la fiducia nella risocializzazione, ma si limita a chiarire alcuni punti fermi: la ricerca relativa alla reale efficacia del trattamento esecutivo penale rieducativo va potenziata, perché i dati disponibili (nel 1982) sono ancora troppo parziali; bisogna creare un diritto del condannato «*in Ruhe gelassen zu werden*», quindi di rifiutare del tutto il trattamento. Infine, occorre potenziare il ricorso alle misure alternative alla detenzione, sicuramente più risocializzanti del carcere (cfr. *ibidem*, in particolare 165-166). Critico nei confronti della prevenzione generale integratrice anche K. LUEDERSSEN, *Krise der Resozialisierungsgedankens*, in *JA*, 1991, 223, che attacca direttamente il fondamento di tale teoria, affermando come non sia stato affatto provato il legame di dipendenza diretta tra la punizione di un delinquente ed il corrispondente rafforzamento, nella generalità dei consociati, la loro fedeltà o fiducia nel diritto.

²⁹⁴ Secondo F. T. CULLEN, P. GENDREAU, *From nothing works to what works*, cit., 321-322, le indagini di Martinson furono acriticamente acquisite nella letteratura successiva, che non notò le evidenti parzialità della sua indagine empirica. Egli, infatti, non tenne conto di buona parte dei risultati allora noti, in particolare di quelli che riportavano esiti positivi del trattamento.

delinquenti e ridurre la recidiva: qualsiasi metodo sino ad allora sperimentato non funzionava²⁹⁵.

Ben presto²⁹⁶, la sfiducia nordamericana ed europea si tradusse in un'ondata di provvedimenti fortemente repressivi, improntati alla mera punizione del condannato²⁹⁷ soprattutto attraverso l'innalzamento generalizzato della durata delle pene²⁹⁸. La stessa letteratura scientifica concentrò quindi tutti i suoi sforzi nel far emergere le carenze e gli insuccessi del sistema rieducativo²⁹⁹.

Tuttavia, anni dopo la tendenza subì una nuova inversione. Verso la fine degli anni Novanta, infatti, iniziarono ad apparire i primi studi che cercavano di concentrarsi sugli aspetti efficienti del sistema, secondo la filosofia del *what works*. Tali opere provenivano da scienziati di formazione diversa rispetto ai criminologi nordamericani e si fondavano sul presupposto della psicologia secondo cui, a determinate condizioni, è possibile che un individuo cambi radicalmente il suo modo di comportarsi, passando da un atteggiamento criminale ad uno rispettoso della

²⁹⁵ «*With few and isolated exceptions, the rehabilitative efforts that have been reported so far had no appreciable effect on recidivism*» R. MARTINSON, *What works?*, cit., 25. Prima di concludere per la loro inefficacia, l'A. analizza nello specifico varie tecniche trattamentali, anche effettuate fuori dal carcere a favore di individui rilasciati sulla parola o sottoposti alla *probation*: istruzione e *skill development* (soprattutto nei confronti dei minori), consulenza psicologica individuale e di gruppo, miglioramento delle condizioni dell'istituto di pena (aspetti edilizi e cura dei rapporti tra carcerati, operatori penitenziari e guardie, maggiore o minore livello di sicurezza), livello di sorveglianza, controllo e sostegno terapeutico all'esterno.

²⁹⁶ In questo, lo stesso nuovo ordinamento penitenziario italiano, risalente al 1975, era in ritardo, nel senso che cercava di attuare misure rieducative in un momento in cui, nel resto d'Europa, esse già si avviavano al declino. Il fenomeno è descritto da E. DOLCINI, *La «rieducazione del condannato» tra mito e realtà*, cit., 495 ss. Le convinzioni diffuse a livello internazionale sul finire degli anni Settanta sono descritte da H. H. JESCHECK, *Linee direttive del movimento internazionale di riforma penale*, in *Ind. Pen.*, 1979, 181.

²⁹⁷ Esse diedero l'abbrivio al fenomeno, tutt'ora in corso, del costante aumento della popolazione carceraria (cfr. F.T. CULLEN, P. GENDREAU, *From nothing works to what works*, cit., 327), ignorando in realtà le conclusioni del celebre articolo di MARTINSON, che dal proclamato insuccesso del carcere era arrivato ad affermare che gli stati avrebbero dovuto cercare un altro modo per combattere la recidiva e potenziare la funzione deterrente della pena, vale a dire «*something that deters rather than cures, something that does not so much reform convicted offenders as prevent criminal behavior in the first place. [...] As we begin to learn the facts, we will be in a better position than we are now to judge to what degree the prison has become an anachronism and can be replaced by some more effective means of social control*» (R. MARTINSON, *What works?*, cit., 50).

²⁹⁸ Ma anche, in Italia, con il rafforzamento delle misure cautelari o di prevenzione *ante delictum* e l'ampliamento delle forme di espulsione degli stranieri. Cfr. V. MONGILLO, *op. cit.*, 186-187.

²⁹⁹ A posteriori, è stato evidenziato che a questa *pars destruens* non seguì mai una *pars construens*. Cfr. F.T. CULLEN, P. GENDREAU, *From nothing works to what works*, cit., 314. I rappresentanti della teoria del *nothing works* si limitavano ad affermare che solo il superamento delle ineguaglianze sociali, e, quindi, la creazione di uno stato più giusto, avrebbe potuto ridurre la criminalità (*ibidem*, 353).

legalità³⁰⁰. Inoltre, rispetto ai loro predecessori questi ricercatori potevano disporre di studi empirici molto più numerosi, estesi e precisi, che riguardavano non solo gli Stati Uniti ma anche l'Europa e che dimostravano in fondo che, tra tutti i tipi di trattamento, i programmi riabilitativi riuscivano a ridurre la recidiva³⁰¹. Essenzialmente, quindi, nella criminologia più recente si è consolidata la convinzione secondo cui, se sostenuto da uno studio scientifico delle cause della recidiva e sui metodi per combatterla, nonché da una sistematica delegittimazione delle teorie non empiricamente provate, il trattamento rieducativo può dare i suoi frutti³⁰². Per completezza, vale la pena di ricordare come, nonostante questa presa di consapevolezza, a partire dall'ultima decade degli anni Novanta del secolo scorso la consistenza della popolazione carceraria in tutto il mondo sia costantemente aumentata, in ragione di cause difficili da individuare³⁰³.

³⁰⁰ La «svolta» si deve all'opera di studiosi canadesi, in particolare psicologi. Tuttavia, anche il clima politico era cambiato: l'amministrazione democratica alla Casa Bianca aveva iniziato a finanziare anche la ricerca scientifica sui modi di riduzione della criminalità. Cfr. F. T. CULLEN, P. GENDREAU, *From nothing works to what works*, cit., 329-330.

³⁰¹ Cfr. F. T. CULLEN, P. GENDREAU, *From nothing works to what works*, cit., 330. Vale la pena di rilevare come, con molta lungimiranza, l'attendibilità e la correttezza degli studi che negavano efficacia al trattamento rieducativo fosse stata messa in dubbio già a caldo (nel 1974) da E. DOLCINI, *La «rieducazione del condannato» tra mito e realtà*, cit., 500-507, il quale giustamente specifica: «Altro è auspicare l'«abbandono della 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» (*ibidem*, 500). Nelle pagine successive, l'A. riporta alcuni felici esempi di progetti sperimentali di seria e reale attuazione della rieducazione. Mantengono un atteggiamento positivo, sebbene non acritico, nei confronti della rieducazione durante gli anni della sua più acuta crisi G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione*, cit. e, in Germania, K. LÜDERSSEN, *Krise der Resozialisierungsgedankens*, cit., in particolare 224-225. L'A. tedesco, pur non potendo poggiare, a differenza dell'italiano, su norme costituzionali, non rinuncia ad affermare che la risocializzazione rappresenta un imperativo dello stato sociale di diritto.

³⁰² Cfr. F. T. CULLEN, P. GENDREAU, *From nothing works to what works*, cit., 331-332, che continuano: «*This challenge involves what is unique to our field (...) to construct knowledge both about the nature of crime and about "what works" to change offenders*» (*ibidem*, 334).

³⁰³ Questa precisazione serve a smentire che alla rinnovata consapevolezza che la rieducazione potesse positivamente incidere sul tasso di recidiva siano seguiti effettivi provvedimenti volti ad attuare programmi riabilitativi. Analizza l'aumento della popolazione carceraria nel mondo indagandone le cause M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., 25 ss.

2.3. Prospettive realistiche per una riaffermazione della rieducazione

Alla luce di quanto esposto, appare infondata la convinzione, peraltro tutt'ora largamente diffusa, dell'inefficacia, o dimostrato insuccesso, delle misure (penitenziarie o *extra-murarie*) volte a favorire la rieducazione del condannato³⁰⁴.

Al di là delle possibili distorsioni applicative nelle quali esso potrebbe incorrere, l'ideale rieducativo, se inteso semplicemente come idea di fondo secondo cui chi ha violato la legge non deve semplicemente essere punito o neutralizzato, ma deve poter ottenere, dallo stato sociale di diritto, almeno la possibilità di scegliere per il futuro una vita rispettosa della legalità, rappresenta una conquista di civiltà alla quale la nostra società non deve rinunciare³⁰⁵.

Del resto, nel caso particolare dell'ordinamento italiano il dettato costituzionale, per quanto si possa cercare di ridurne la reale portata, non è certo eludibile. Quindi, una componente rieducativa dovrà sempre essere compresa nella concezione della pena, e influenzare legislatore e giudice della cognizione prima ancora di magistratura di sorveglianza e personale penitenziario³⁰⁶.

Infine, l'affermazione, in linea di principio, dell'ideale rieducativo, si rivela anche una forte barriera contro possibili derive verso il c.d. diritto penale dell'autore³⁰⁷.

³⁰⁴ Cfr. V. MONGILLO, *op. cit.*, 192, che nelle successive pp. 197-200 propone una rilegittimazione sul piano assiologico della rieducazione fondata, oltre che sull'ultima parte dell'art. 27 comma III Cost., sull'intero tessuto costituzionale (artt. 2, 3, 27 III comma, prima parte Cost.). In tale ottica, l'offerta rieducativa diviene espressione del principio di uguaglianza sostanziale degli individui.

³⁰⁵ Cfr. G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione, cit.*, 457. Definisce l'ideologia del trattamento «probabilmente l'unica garanzia contro il rischio dell'imbarbarimento e della disumanizzazione delle carceri» V. GREVI, *Introduzione, Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in *ID.* (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, 54.

³⁰⁶ Così anche G. VASSALLI, *op. cit.*, 457.

³⁰⁷ Nell'ordinamento italiano, oggetto di discriminazione potrebbero essere gli appartenenti a forme di criminalità organizzata di tipo mafioso ed i recidivi reiterati. Così V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future, cit.*, 179-181. Per quanto riguarda la prima categoria di delinquenti, si segnala l'intervento di C. Cost., 306/93, che pur ritenendo costituzionalmente legittima la norma che precludeva l'accesso ai benefici penitenziari per i condannati per il delitto di cui all'art. 316 *bis* c.p., a meno che essi non fossero collaboratori di giustizia, si è apertamente schierata contro soluzioni legislative che inibiscano l'accesso alle misure alternative alla detenzione per i condannati per determinati gravi reati, poiché ciò corrisponderebbe ad una «rilevante compressione della finalità rieducativa della pena. Ed infatti la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di "tipi di autore", per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita».

Attualmente, in Italia, il termine «rieducazione» viene spesso considerato sinonimo di «risocializzazione», quest'ultima intesa nella sua componente minima di «non desocializzazione», vale a dire tentativo di evitare che in carcere l'individuo aderisca a modelli criminogeni allontanandosi per sempre dalla via della legalità. In tale ottica, la buona riuscita della rieducazione si misura attraverso il tasso di recidiva³⁰⁸. Il contenuto concreto del trattamento in senso normativo è definito dall'attuale Ordinamento Penitenziario (legge 354/1975, e successive modifiche), che menziona la facilitazione di contatti con l'esterno e, viceversa, la partecipazione di privati ed istituzioni pubbliche alla vita carceraria, la formazione culturale, il lavoro³⁰⁹. Al proposito, gode di consenso quasi indiscusso da oltre un secolo la teoria secondo la quale un effetto particolarmente desocializzante sarebbe sortito dalla pena detentiva, soprattutto da quella di breve durata³¹⁰. Da qui la fiducia nelle misure alternative alla detenzione³¹¹ e nella pena pecuniaria.

Quanto, infine, allo stato attuale della ricerca scientifica sui trattamenti rieducativi più efficaci (e, quindi, alla concezione c.d. penitenziario-criminologica), questi sono governati da alcuni principi di fondo relativi all'oggetto del trattamento, che deve attenersi solo alle caratteristiche personali del reo direttamente collegate con il rischio di recidiva, e al tipo di programmi socio-terapeutici, che spesso possono essere estesi anche alla sua famiglia. In generale, il trattamento deve essere personalizzato, posto in essere da personale specializzato e competente e

³⁰⁸ Cfr. G. VASSALLI, *ult. op. cit.*, 457.

³⁰⁹ Più diffusamente, su questo, cfr. L. DAGA, voce *Trattamento penitenziario*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, 1992, 1319-1324.

³¹⁰ Il concetto, contenuto già nel Programma di Marburgo (cfr. *supra*, 1.3.3.), fu variamente sviluppato durante tutto il corso del XX sec. e fu all'origine del «successo» del ricorso, oltre che alle pene alternative, anche e soprattutto alla pena pecuniaria. Ripercorre il dibattito intorno all'efficacia criminogena delle pene detentive di breve durata T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., 44-61.

³¹¹ Le «misure alternative alla detenzione» consistono in una serie di istituti, anche molto diversi da loro, pensati quale sostituzione o alternativa alla pena detentiva. Inquadra le varie misure alternative, distinguendole dai due momenti estremi (rinuncia completa all'esercizio dell'azione penale, da un lato, e previsione di pene detentive «parallele», ma di genere diverso, dall'altro), T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., 101 ss. Per un recente bilancio dell'efficacia anti-recidiva delle misure alternative alla detenzione cfr. H.-J. ALBRECHT, *Sanction policies and alternative measures to incarceration: european experiences with intermediate and alternative criminal penalties*, in UNAFEI (ed.), *Resource material series n. 80*, 28-51, Tokyo, 2010, 40 ss. (reperibile online all'indirizzo: http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_rms_all/no80.pdf, consultato l'11.11.2015). Profili comparatistici sulle misure alternative anche in A. MENGhini, *Sistemi sanzionatori a confronto*, in *op. cit.*, 164 ss.

normalmente quando avviene in comunità (quindi fuori dal carcere) si rivela maggiormente efficace³¹².

Un'eccessiva intrusione nella sfera privata è preclusa dall'impianto generale della Costituzione, tutta improntata alla garanzia della libertà dell'individuo, sia in senso ideale (libertà di pensiero, culto, riunione, associazione...), sia in senso più materiale (libertà personale) e contraria ai trattamenti inumani e degradanti. In queste norme si trova la conferma che l'attuale concetto di rieducazione può necessariamente corrispondere solo al mero rispetto «esteriore» della legge penale. Il termine assume quindi contorni laici e contenuti generici, corrispondenti all'acquisizione, da parte del condannato, della capacità di vivere nella società rispettando la legge penale, fosse anche solo per la paura di subire una nuova condanna³¹³.

Si è quindi sostenuto che l'irrinunciabile ideale rieducativo ha oggi un duplice volto: quello dell'intimidazione-ammonimento nei confronti del singolo cittadino (strettamente dipendente dal carattere afflittivo della pena) e quello della *socializzazione*, intesa come offerta al condannato della possibilità di superare i problemi di inserimento sociale che lo hanno spinto al crimine. In particolare, attraverso il primo dei due aspetti si riesce a superare l'apparente ossimoro della risocializzazione dei colpevoli di reati attinenti al diritto penale dell'economia, nei confronti dei quali solo l'intimidazione-ammonimento può evitare la ricaduta nel reato³¹⁴.

³¹² E così, i programmi trattamentali veramente efficaci si concentrano solo su aspetti modificabili della persona, quali particolari attitudini, aspetti caratteriali o frequentazioni, e non su aspetti statici quali età, sesso o precedenti penali. Inoltre, pare che le tecniche di *counseling* centrate sul cliente e volte a favorire la sua analisi introspettiva e la riflessione interiore (e, quindi, rivolte al passato) siano meno efficaci rispetto ad altre tecniche che richiedono invece un'azione concreta rivolta al futuro, come giochi di ruolo e lo sviluppo di alcune capacità specifiche, come quella di gestire l'ira, di comunicare e di intrattenere relazioni sociali. Cfr. più diffusamente, *ID.*, *op. cit.*, 190-191. Sulla maggiore efficacia dei trattamenti rieducativi extramurari il consenso è diffuso, cfr. W. DE BOOR, *Kann eine defekte Sozialpsyche repariert werden?* in W. DE BOOR, W. FRISCH, I. RODE (a cura di), *Resozialisierung. Utopie oder Chance*, Colonia, 1995, 9.

³¹³ Rieducare un condannato non significa, quindi, ottenere coattivamente un cambiamento del suo atteggiamento interiore, che lo porti a cambiare del tutto la sua moralità. Cfr. E. DOLCINI, *La «rieducazione del condannato» tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 471-474.

³¹⁴ Cfr. E. DOLCINI, *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive*, cit., 70 e 80. *Contra* V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, cit., 179, che motiva diversamente l'infondatezza della convinzione, per la verità piuttosto diffusa, secondo cui il trattamento rieducativo non avrebbe ragione di essere nei confronti dei «colletti bianchi», soggetti che decidono di delinquere pur essendo perfettamente integrati nel tessuto sociale. Anche per loro, infatti, è necessario favorire la ri-acquisizione di un atteggiamento rispettoso dei beni

Del resto, è erroneo ritenere che accogliere l'ideale rieducativo consenta di accettare anche sanzioni prive di contenuto, quali quelle uscite dalle riforme clemenziali del passato, che hanno portato in realtà alla completa impunità³¹⁵. Inoltre, problemi patologici quali il sovraffollamento carcerario impediscono già di per sé la realizzazione di un trattamento rieducativo³¹⁶.

Purtroppo, pare che attualmente si siano formati due binari paralleli nel sistema carcerario: la crisi dello stato sociale di diritto ha inciso negativamente sulla fiducia nelle politiche inclusive, quali quelle risocializzanti, soprattutto se esse si rivolgono a soggetti già «marginali». Di conseguenza, accanto al primo binario, quello del «meno carcere possibile», destinato ai delinquenti già inseriti nella società³¹⁷, ne rimane un secondo, nel quale confluisce probabilmente la quota più consistente di delinquenti. Non avendo le risorse per includere questi ultimi nella società, lo Stato si limita a «neutralizzarli» - e non a caso il termine ha echi lisztiani - in modo da renderli almeno innocui per la collettività³¹⁸.

giuridici tutelati dalle norme che hanno penalmente violato. Un discorso analogo può farsi per gli autori dei reati colposi, i quali potranno essere rieducati ad elevare gli *standards* di diligenza in determinati contesti di attività rischiosa.

³¹⁵ Tale problematica è stata affrontata da più voci. A titolo esemplificativo, si rimanda ai già citati G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, cit., F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, cit.; nonché E. DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 857.

³¹⁶ A tale problema cercano di porre rimedio le più recenti riforme, che saranno analizzate nel prossimo capitolo. Nel 2011, questa la situazione delle carceri italiane: «Se ci interroghiamo oggi sul cammino compiuto dalle nostre istituzioni penali e penitenziarie nella direzione indicata dall'art. 27 co. 3 Cost. e dall'art. 1 ord. penit., sotto i molteplici profili del rispetto della dignità della persona, dell'umanità della pena e della sua valenza rieducativa, non è possibile tracciare un bilancio positivo. Nonostante i notevoli spazi acquisiti nella prassi da sanzioni non detentive, gli stabilimenti penitenziari italiani continuano ad essere sovraffollati, e per di più affollati da una popolazione reclutata secondo criteri largamente discriminatori; all'interno degli istituti penitenziari lo Stato non riesce garantire la stessa incolumità dei detenuti; al carcere si affiancano nuove istituzioni, formalmente non penali, destinate alla custodia di immigrati irregolari, ai quali vengono negate le garanzie più elementari» E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato: un'irrinunciabile utopia?*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 7.12.2011, 11-12.

³¹⁷ Si pensi esemplarmente alla detenzione domiciliare, attuabile solo nei confronti dei soggetti che dispongono di una dimora.

³¹⁸ Cfr. M. PAVARINI, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, cit., 13-15: rispetto al passato è mutato il paradigma di fondo: non è più solo una questione di fiducia o meno nella risocializzazione, ma a causa della crisi dello stato sociale di diritto non sembra che siano più valide politiche inclusive: lo stato non cerca di includere il deviante nella società, ma solo di neutralizzare gli esclusi, tra i quali si annoverano gli stranieri. In Italia, nonostante si possa ritenere tuttora prevalente l'ideologia della rieducazione, dal 1990 al 2013 la popolazione carceraria è praticamente triplicata, a fronte di indici di delittuosità aumentati solo del 35% (*ibidem*, 52). Nello stesso periodo, gli immigrati sono passati a rappresentare dal 5% il 37% dell'intera popolazione ristretta. Pur essendo vero che il processo migratorio ha significativamente contribuito all'aumento degli indici di criminalità, stupisce che, «escludendo i detenuti stranieri, la popolazione

Un altro punto particolarmente ostico per la rieducazione rimane il trattamento dei soggetti che sono stati spinti al delitto da una situazione c.d. irripetibile, nei confronti dei quali si può tranquillamente escludere *a priori* ogni pericolo di recidiva: pare difficile ravvisare nella pena nei confronti di questi soggetti una finalità diversa da quella meramente retributiva³¹⁹.

3. La pena pecuniaria

3.1. Origine ed evoluzione storica. Brevi cenni.

Conosciuta già in antichità quale alternativa alla pena capitale, la pena pecuniaria³²⁰ conobbe un notevole sviluppo in epoca romana, quando la *multa* era una pena pubblica usata soprattutto nei reati contro la proprietà e quantificata secondo un *multiplo* (doppio o quadruplo) del danno cagionato³²¹. Nel Medioevo essa subì un destino altalenante³²², per poi divenire oggetto di aspra critica da parte degli Illuministi, che la attaccarono soprattutto per la sua natura di pena diseguale³²³.

carceraria in questi ultimi 23 anni sarebbe rimasta praticamente costante, fluttuando intorno alle 40.000 unità» (*ibidem*, 54). I numeri sono sostanzialmente confermati da F. TAGLIAFERRO, *Analisi dei dati sulla popolazione detenuta*, in *Rass. pen. crim.*, 2014, 10-15. A seguito dei provvedimenti adottati nel 2014, si registra tuttavia l'auspicato calo (su questo, cfr. cap. 2). Fornisce dati analoghi anche E. DOLCINI, *Pene detentive, pene pecuniarie, pene restrittive della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 99 ss., il quale evidenzia che, nel corso degli anni Novanta, l'Italia ha conosciuto l'incremento più marcato della popolazione carceraria dell'Europa occidentale.

³¹⁹ Il problema è sollevato da V. MONGILLO, *ult. op. cit.*, 181. Nei confronti di questi delinquenti, c.d. occasionali, Ferri era arrivato ad escludere la necessità di qualsiasi tipo di pena. Cfr. *supra*, 1.3.2. Il problema è affrontato anche da C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, cit., 386, il quale invece, nel rifiutare del tutto le teorie retributive, individua anche in questi casi uno spazio per la rieducazione, intesa come possibilità per il condannato di impiegare produttivamente le sue forze all'interno del carcere e destinare il ricavato della sua opera alle vittime o a persone bisognose. Già all'epoca (1966), l'A. segnalava l'opportunità di concedere un maggiore spazio alla giustizia riparativa, soprattutto nei casi di condanna a pene detentive di durata contenuta.

³²⁰ L'istituto è stato oggetto di autorevoli, approfondite analisi. Doveroso il rimando a H. H. JESCHECK, G. GREBING (a cura di), *Die Geldstrafe in deutschen und ausländischen Recht*, Baden-Baden, 1978, E. MUSCO, *La pena pecuniaria*, Catania, 1984, L. GOISIS, *La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata*, Milano, 2008.

³²¹ Cfr. L. GOISIS, *La pena pecuniaria*, cit., 9-12.

³²² Passando da sanzione di natura civilistica volta a sedare i conflitti tra privati quale «prezzo della pace» (primo medioevo) a sanzione inflitta dal governo centrale feudale al sol fine di incrementare le proprie entrate finanziarie o, ancora, venendo del tutto abbandonata a favore delle pene corporali. Cfr. G. RUSCHE, O. KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, (trad. it. D. MELOSSI e M. PAVARINI dell'ed. originale *Punishment and social structure*, New York, 1968), Bologna, 1978, 49-53.

³²³ Su questo cfr. U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, cit., 41 ss., 59 ss., il quale individua in G. FILANGERI uno dei maggiori avversari della pena pecuniaria. Quest'ultimo evidenzia come, a seconda delle condizioni economiche del condannato, una pena di uno stesso ammontare economico può risultare di fatto indifferente per il ricco e disastrosa per il povero.

Di conseguenza, nelle codificazioni ottocentesche tale sanzione fu relegata ad un ruolo solo marginale, di gran lunga secondario rispetto al carcere³²⁴.

Già nella seconda metà dell'Ottocento, tuttavia, la citata sfiducia nell'efficacia rieducatrice del carcere (o per lo meno la certezza che le pene extramurarie sortivano effetti meno criminogeni) e la consapevolezza della particolare dannosità delle pene detentive di breve durata furono alla base dell'apertura verso la pena pecuniaria³²⁵. Per questa ragione, vale la pena di analizzarne brevemente pregi e difetti, in modo da valutare se la stessa può davvero costituire una valida alternativa alla pena detentiva.

Il primo Stato a valorizzare il ruolo della pena pecuniaria fu l'Inghilterra, che nel 1879 ne estese l'ambito di applicazione, mentre per una corrispondente apertura nell'Europa continentale (Germania, Finlandia, Svezia, Danimarca) si dovranno aspettare gli anni Venti del Novecento e soprattutto il secondo dopoguerra. Fece eccezione l'Italia, dove il codice Rocco (a differenza non solo del codice Zanardelli, ma anche di alcuni codici prenunitari), optò per il riconoscimento del primato della pena detentiva, rifiutando soprattutto l'istanza, nel frattempo molto diffusa a livello europeo, che la pena pecuniaria fosse quantificata secondo tassi giornalieri e così adeguabile alle condizioni economiche del reo³²⁶.

³²⁴ Cfr. G. GREBING, *Die Geldstrafe in rechtsvergleichender Darstellung*, in H. H. JESCHECK, G. GREBING, *Die Geldstrafe*, cit., 1194, che definisce la pena pecuniaria degli ordinamenti ottocenteschi quale «*Bagatellstrafe für Übertretungen und Ordnungsverstöße ... und sonst nur als adaequate (»spiegelnde«) Sanktion für gewinnsuchende Taten akzeptiert*».

³²⁵ Verso la fine del 1800, appunto, si diffuse la convinzione che l'insuccesso rieducativo del carcere avesse toccato il punto più basso proprio quando si trattava della rieducazione dei condannati a pene detentive brevi: tali pene non duravano abbastanza perché il programma rieducativo potesse essere efficacemente attuato e, mettendo a contatto e sullo stesso piano i condannati per delitti di gravità lieve e grave, finiva per scatenare nei primi un inesorabile istinto criminogeno. Da allora si è sviluppato un amplissimo dibattito avente ad oggetto tali pene, ricostruito da T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., 44 ss. Per compiuti riferimenti bibliografici cfr. *ibidem*, 45, nota 6. Tra i primi sostenitori della lotta alle pene detentive brevi vanno citati FERRI e GAROFALO in Italia, VON LISZT in Germania e BONEVILLE DE MARSANGY in Francia. L'abolizione delle pene detentive brevi fu uno dei temi della prima riunione dell'Unione Internazionale di Diritto Penale del 1890. Cfr. E. DOLCINI, C. E. PALIERO, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Milano, 1989, 8.

³²⁶ Cfr. L. GOISIS, *La pena pecuniaria*, cit., 22-25. Molto critica nei confronti di questa soluzione, che a suo dire portò il codice italiano indietro di cinquant'anni, J. BOSCH, *Die Geldstrafe in Italien*, in H. H. JESCHECK, G. GREBING, *Die Geldstrafe*, cit., 468. Ravvisa un segno del disinteresse generale nei confronti della pena pecuniaria nel fatto che l'art. 27, comma III, Cost., sembri riferirsi alla sola detentiva. E. DOLCINI, *Pene pecuniarie e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 1972, 408. Tuttavia, va rilevato che nella Relazione del Ministro Rocco al disegno di legge per il nuovo codice penale il Guardasigilli stesso affermò che il nuovo codice penale avrebbe dovuto fare un uso più largo della pena pecuniaria (cfr. A. ROCCO, *Relazione*, in MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E

3.2. Utilizzo ed effettività della pena pecuniaria.

Praticamente tutti gli ordinamenti europei contemplano la pena pecuniaria tra le sanzioni previste dal diritto penale; tuttavia, le percentuali di utilizzo della stessa sono molto differenziate e legate a fattori diversi. In primo luogo, non tutti gli Stati hanno recepito l'insegnamento lisztiano sulla dannosità delle pene detentive di breve durata: nei Paesi scandinavi, infatti, se ne fa tuttora ampiamente uso, soprattutto per le violazioni alle norme del codice della strada commesse sotto l'effetto di sostanze stupefacenti, altrove punite tradizionalmente con la sola pena pecuniaria³²⁷. Un'altra differenza nasce dal tipo di sistema commisurativo scelto (fisso o a tassi giornalieri³²⁸) e dall'ampiezza del ricorso a misure alternative alla detenzione e a meccanismi alternativi di soluzione delle controversie: dove questi ultimi sono molto diffusi, come ad esempio in Austria, l'utilizzo della pena pecuniaria è piuttosto contenuto (28%)³²⁹.

La Germania è lo Stato europeo nel quale si registra un maggiore uso della pena pecuniaria (oltre l'80% delle condanne), seguita da Finlandia (eccezione tra i Paesi scandinavi, 60%), Danimarca (47%) e Svezia (40%)³³⁰. Percentuali significative di applicazione di tale pena si riscontrano anche in Svizzera³³¹, Francia

DEGLI AFFARI DI CULTO (a cura di), *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Vol. I, Roma, 1928, 14).

³²⁷ Cfr. H.-J. ALBRECHT, *Die Geldstrafe in Ländern der Europäischen Union - Normative Strukturen und praktische Anwendung*, in E. HILGENDORF, R. RENGIER (a cura di), *Festschrift für Wolfgang Heinz zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, 2012, 575. In questo saggio, l'A. analizza i dati relativi all'utilizzo della pena pecuniaria negli Stati europei nel 2006, facendo un'importante precisazione: il metodo di raccolta di tali dati statistici sicuramente non è stato omogeneo in tutti i contesti esaminati. Inoltre, in generale, le indagini empiriche su questa tematica specifica sono piuttosto scarse.

³²⁸ Oltre alla Germania ed ai paesi scandinavi, hanno recentemente adottato tale sistema Spagna, Francia (ma solo per i delitti), Slovenia, Croazia, Polonia e Portogallo. Cfr. A. MENGHINI, *Sistemi sanzionatori a confronto*, in *op. cit.*, 127 ss.

³²⁹ Dati 2006. Cfr. H.-J. ALBRECHT, *Die Geldstrafe in Ländern der Europäischen Union*, cit., 571.

³³⁰ Sono, questi, tutti ordinamenti che hanno adottato un sistema di commisurazione per tassi giornalieri, sebbene diversamente modulato.

³³¹ Questo Stato presenta delle particolarità: fino alla riforma della parte generale del codice penale, entrata in vigore il 1. Gennaio 2007, le pene detentive brevi (da uno a sei mesi) venivano usate moltissimo, con minimo ricorso alla pena pecuniaria. Quest'ultima tuttavia fu riportata in primo piano dalla riforma, che le attribuì un rango preminente rispetto alle pene detentive brevi, facendola tuttavia rientrare nel novero delle pene sospensibili condizionalmente. Il risultato nel 2009 era questo: le condanne a pena pecuniaria rappresentavano l'85% del totale, ma ben il 74% di esse risultava sospeso condizionalmente. Recenti istanze di riforma vorrebbero tuttavia ri-potenziare il ricorso alle pene detentive di breve durata. Cfr. H.-J. ALBRECHT, *Die Geldstrafe in Ländern der Europäischen Union*, cit., 572-3.

(38%) e Paesi Bassi (poco superiore al 30%), mentre rimangono sotto il 20% Inghilterra, Estonia e Polonia³³².

Quanto ai tassi di riscossione della pena, in Germania, Olanda e Regno Unito essi superano il 90%³³³. Inoltre, in molti di questi paesi è diffuso il sistema della commisurazione secondo tassi giornalieri, diversamente declinato.

In Spagna, dove l'apertura verso la pena pecuniaria è piuttosto recente (l'estensione dell'uso della multa risale al codice del 1995), la percentuale applicativa della stessa è nettamente al di sotto degli *standard* europei, perché oscilla intorno al 20%. Tuttavia, nonostante la parzialità dei dati a disposizione, la bassa percentuale di conversioni delle pene non eseguite (13%) porta a ritenere che essa goda di buoni tassi di riscossione³³⁴.

In Italia, come accennato, per una rivalutazione legislativa della pena pecuniaria fu necessario attendere gli anni Sessanta, quando in seguito ad alcune pronunce della Corte Costituzionale³³⁵ essa divenne oggetto di maggiore interesse da

³³² Cfr. H.-J. ALBRECHT, *Die Geldstrafe in Ländern der Europäischen Union*, cit., 573-7. I dati riportati si riferiscono al 2006.

³³³ Cfr. L. GOISIS, *L'effettività (rectius ineffettività) della pena pecuniaria in Italia, oggi*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 12.11.2012, 7.

³³⁴ Cfr. L. GOISIS, *ult. op. cit.*, 16. Tra le ragioni dello scarso utilizzo della pena pecuniaria, pare vi sia la circostanza che nel sistema spagnolo il sistema di commisurazione secondo tassi giornalieri e quello fisso coesistono (cfr. *ibidem*, 16).

³³⁵ Si fa riferimento in particolare a C. Cost., 12 febbraio 1966, n. 12 (in *Giur. cost.*, 1966, 143 ss.). In tale occasione, il giudice *a quo* pose la questione della compatibilità della pena pecuniaria con l'art. 27, comma III, Cost., fondandola sulla presunta provata inidoneità della stessa a svolgere una funzione rieducativa. La Corte, nel dichiarare infondato il ricorso, non esclude in linea di principio la possibilità che anche la pena pecuniaria potesse avere un effetto rieducativo (cfr. *ibidem*, 154) e colse l'occasione per ribadire da un lato la concezione c.d. polifunzionale, secondo cui la pena anche nel suo volto costituzionale conserva una componente retributiva ed una generalpreventiva e dall'altro riprese un concetto già discusso dalla dottrina degli anni precedenti, quale il significato meramente eventuale del verbo *tendere*: «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 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» (*ibidem*, 155-156). Rilevante in questo percorso anche C. Cost., 16 luglio 1968, n. 104 (in *Giur. cost.*, 1968, 1648), che affermò che gli artt. 24, III comma e 26, II comma, c.p., nella parte in cui consentivano di triplicare la multa o l'ammenda qualora queste, anche se applicate nel massimo, potessero presumersi inefficaci considerate le condizioni economiche del reo, non violavano il principio di eguaglianza, il quale richiede appunto di trattare direttamente situazioni oggettivamente diverse.

parte della dottrina³³⁶. Tuttavia, solo con la legge di modifiche al sistema penale del 1981³³⁷ il legislatore italiano recepì alcune istanze già diffuse in altri ordinamenti, come ad esempio il riconoscimento del principio della valutazione delle condizioni economiche del reo (riconosciuto nel *neo*-introdotto art. 133 *bis* c.p.), l'introduzione della possibilità di rateizzazione del pagamento, la valorizzazione della pena pecuniaria quale sanzione sostitutiva della pena detentiva breve e, d'altra parte, la sostituzione di multa ed ammenda con sanzioni amministrative, coerentemente con il generale intento depenalizzatore³³⁸.

Nonostante queste aperture, la pena pecuniaria risente in Italia di un margine applicativo molto ristretto: essa rappresentava, nel 2003, il 47% delle condanne totali³³⁹. Dopo una breve salita fino al 48,35% (negli anni 2005 e 2006), essa ha conosciuto un tracollo: i dati Istat 2011 (riferiti agli anni 2008 e 2010) riscontrano il ricorso alla pena pecuniaria nel 28,8% del totale delle condanne³⁴⁰.

Anche l'esecuzione della pena pecuniaria si trova in una situazione sconsigliata. I dati del Progetto Grosso del 1999 evidenziavano come, tra il 1990 ed il 1996, solo il 3,7% delle pene pecuniarie fosse stato riscosso dallo Stato; nel 2007, tale percentuale era scesa al 2,66%³⁴¹.

Nel nostro Paese, quindi, la pena pecuniaria risente di una patologica ineffettività, tanto da venire definita «pena simbolica»³⁴².

³³⁶ Tra questi cfr. soprattutto il contributo di E. DOLCINI, *Pene pecuniarie e principio costituzionale di eguaglianza*, cit. Anni prima, si poneva le stesse questioni F. BRICOLA, *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa*, in *Sul problema della rieducazione del condannato*, cit., 193.

³³⁷ Si tratta della nota legge 24 novembre 1981, n. 689, che per prima attuò un progetto di depenalizzazione.

³³⁸ Cfr. L. GOISIS, *La pena pecuniaria*, cit., 28-32.

³³⁹ Cfr. E. DOLCINI, *Pene detentive, pene pecuniarie, pene restrittive della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, cit., 102.

³⁴⁰ Cfr. L. GOISIS, *L'effettività (rectius ineffettività) della pena pecuniaria in Italia, oggi*, cit., 4.

³⁴¹ Cfr. *ibidem*, 5. Tra le ragioni della mancata riscossione coattiva da parte dello Stato della pena pecuniaria, l'A. ravvisa l'inefficienza della pubblica amministrazione, la carenza di mezzi e di personale e l'eccessiva macchinosità della procedura.

³⁴² Così L. GOISIS, *L'effettività (rectius ineffettività) della pena pecuniaria in Italia, oggi*, cit., 16. I maggiori problemi ed aspetti critici della pena pecuniaria possono oramai darsi per acquisiti nel panorama dottrinale, come emerge dalla Relazione accompagnatoria al più recente progetto di riforma del sistema sanzionatorio (c.d. «Progetto Palazzo»), dove si legge: «18. Quanto alla pena pecuniaria, la Commissione ha ritenuto che, anche sulla scorta di quanto ormai ripetutamente prospettato da molti dei progetti di codice penale succedutisi negli ultimi decenni, sia improcrastinabile il potenziamento di questa pena mediante l'adozione del diffuso sistema dei cosiddetti tassi o quote periodiche (...). Sembra incongruo, rispetto alle riconosciute potenzialità della pena pecuniaria, accampare gli ostacoli derivanti dalle difficoltà di accertamento delle condizioni economiche del condannato, soprattutto se si considera che in non poche situazioni del contenzioso civile o di volontaria giurisdizione il giudice procede all'accertamento delle condizioni economiche delle parti e dei

Nel caso in cui la pena pecuniaria non venga eseguita, gli stati ricorrono a soluzioni diverse: la possibilità della conversione in pena detentiva vige in Inghilterra, Croazia, Finlandia e Svizzera, mentre più diffusa risulta la conversione in varie forme di lavoro non retribuito (Spagna, Germania, Portogallo)³⁴³. Attualmente questo è anche il caso dell'Italia: dopo che, nel 1979, la possibilità di conversione in pena detentiva, originariamente prevista dal codice Rocco, fu dichiarata incostituzionale³⁴⁴, la pena pecuniaria non eseguita si può convertire in libertà controllata o, su richiesta del condannato, in lavoro sostitutivo. Se le relative prescrizioni sono violate si avrà tuttavia un ritorno alla pena detentiva³⁴⁵.

soggetti interessati con i normali mezzi a sua disposizione.» (Relazione e articolato dello «Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale» elaborato dalla Commissione ministeriale istituita con d.m. 13 giugno 2013 dal Ministro della Giustizia Anna Maria Cancellieri e presieduta dal Prof. Francesco Palazzo, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 10 febbraio 2014, 6-7), la legge emanata sulla scorta di tale progetto (legge n. 67 del 28 aprile 2014, recante deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio) non ha affatto recepito le istanze riformatorie sul punto.

³⁴³ Cfr. A. MENGHINI, *Sistemi sanzionatori a confronto*, in *op. cit.*, 127 ss.

³⁴⁴ Cfr. C. Cost., 21 novembre 1979, n. 131 (in *Giur. cost.*, 1979, 1046), che dichiarò incostituzionale l'art. 136 c.p. sulla conversione in pena detentiva della pena pecuniaria in caso di insolvibilità del condannato. La censura di costituzionalità fu motivata dalla circostanza che la norma penale si rivolgeva di fatto solo ai nullatenenti e recava «l'impronta inconfondibile di una discriminazione basata sulle condizioni personali e sociali la cui illegittimità è apertamente, letteralmente, proclamata dall'art. 3 Cost.» (G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, cit., 399). La problematica era già stata sollevata dalla dottrina, che vedeva nell'art. 163 c.p. un istituto ormai superato e contrastante con la coscienza giuridica del tempo e con il principio di uguaglianza e rispetto della libertà individuale, cfr. G. Annunziata, *Considerazioni sulla illegittimità costituzionale della conversione delle pene pecuniarie in pene detentive*, in *Foro pen.*, 1964, 63. La sentenza 131/1979 è annotata da G. CONSO, *Sintomi di crisi per la pena pecuniaria*, in *Giur. cost.*, 1979, 1048 e da P. PITTARO, *L'incontrovertibilità della pena pecuniaria: implicazioni sistematiche di una decisione certamente «storica»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 1375.

³⁴⁵ Il meccanismo è regolato dall'art. 102 della legge 11 novembre 1981, n. 689 ma non è ancora del tutto immune dalle critiche di incostituzionalità, che riguardano la c.d. «conversione di secondo grado» (cioè la conversione in pena pecuniaria se il condannato viola le prescrizioni di libertà controllata o lavoro sostitutivo), la mancanza di un requisito legale di minima colpevolezza dell'inadempimento (l'art. 10 della legge di depenalizzazione non accenna al coefficiente psicologico dell'inadempimento) ed il fatto che, per come funziona il meccanismo di conversione, di fatto viene convertita una pena pecuniaria irrogata tenendo conto dei criteri di cui all'art. 133 *bis* c.p.. Questi si rifletteranno sulla durata della sanzione limitativa convertita, la quale tuttavia essendo una sanzione limitativa di libertà non dovrebbe subire variazioni nella durata a causa delle condizioni economiche del condannato. Cfr., per l'Italia, L. GOISIS, *La pena pecuniaria*, cit., 67 ss.

3.3. *Aspetti critici: la difficile conciliazione con il principio rieducativo ed altri principi aventi rilevanza costituzionale.*

Sotto il profilo della propria giustificazione teorica, la pena pecuniaria presenta alcuni aspetti particolarmente critici.

È tuttora valida, infatti, l'obiezione secondo cui tale sanzione non riuscirebbe mai a liberarsi dalla propria natura intrinsecamente diseguale, perché la percezione dell'afflittività della pena dipende non solo dalle condizioni economiche del reo, ma anche dal rapporto che lo stesso ha con il denaro, entrambi difficilmente misurabili³⁴⁶. Proprio per questa ragione, e di conseguenza, essa pare intaccare anche il principio di personalità della sanzione penale, sia sotto il profilo dell'individualizzazione della stessa sia sotto quello della fungibilità: invero, è difficile impedire che la prestazione patrimoniale sia adempiuta da un terzo, estraneo al reato³⁴⁷.

Una terza critica muove nella direzione del c.d. «effetto di rimbalzabilità», inteso come estensione dell'afflittività della sanzione ad altri soggetti, tra cui in particolare la famiglia del condannato³⁴⁸.

In quarto luogo, tale sanzione viene accusata di fornire ai ricchi una comoda via di acquisto dell'impunità, nonché di essere difficile da eseguire. Del resto, essa non potrebbe mai essere veramente parametrata alle condizioni economiche del reo,

³⁴⁶ La tematica è esaminata da E. DOLCINI, *Pene pecuniarie e principio costituzionale di eguaglianza*, cit., 412 ss., il quale evidenzia che pure la sofferenza legata alla privazione della libertà personale non è la stessa nei confronti di tutti i condannati, e che lo stesso ordinamento penale contiene delle norme volte a disciplinare specificamente l'esecuzione della pena detentiva nei confronti di chi si trova in condizioni di grave infermità fisica, anche sopravvenuta (artt. 147, n. 2, e 148 c.p.). Se queste ultime sono disposizioni eccezionali e di difficile applicazione, tuttavia, molto più facile risulta graduare la pena pecuniaria sulle condizioni economiche del reo: solo una personalizzazione dell'entità della sanzione in tal senso la rende conforme al principio costituzionale di uguaglianza ed alla finalità rieducativa della pena, da intendersi qui come percezione di una certa afflittività per favorire la prevenzione speciale.

³⁴⁷ Cfr. L. GOISIS, *La pena pecuniaria*, cit., 35-37. In Germania, la questione è stata affrontata dal *Bundesgerichtshof*, il quale ha negato che l'adempimento della pena pecuniaria da parte di un terzo integri il reato di impedimento/elusione dell'esecuzione di cui al § 258 *StGB*. La motivazione della sentenza si basa su argomenti di ordine logico: considerato che la pena pecuniaria può essere pagata ratealmente dal condannato, non ha senso vietare che essa sia saldata direttamente da un terzo, il quale successivamente otterrà la restituzione della somma da parte del condannato. Tra l'altro, di fatto non è nemmeno impossibile impedire che il terzo, per mero spirito di liberalità, provveda al pagamento della pena pecuniaria. Vietando tali condotte, verrebbero di fatto punite dei comportamenti leciti perché «socialmente adeguati». Cfr. *BGH*, 7 novembre 1990, 2 StR 439/90, in *BGHSt*, 37, 226, Rn. 61 ss.

³⁴⁸ Cfr. G. GREBING, *Die Geldstrafe in rechtsvergleichender Darstellung*, in *op. cit.*, 1208, che parla di «*Drittwirkung auf die Familie des Verurteilten*» e di «*Abwälzbarkeit*».

naturalmente incostanti nel tempo³⁴⁹, neppure nei sistemi nei quali vige una commisurazione c.d. per tassi giornalieri³⁵⁰.

I sostenitori della pena pecuniaria, da parte loro, rispondono puntualmente a questi rilievi affermando che, se l'ammontare della pena viene seriamente commisurato alle condizioni economiche del reo (ed eventualmente modificato *in executivis* ove queste dovessero mutare), ed il pagamento da parte del terzo sanzionato, anche penalmente, si possono ridurre al minimo problemi di diseguaglianza, di acquisto dell'impunità e di elusione del principio di personalità della responsabilità penale³⁵¹. Certo, tali problemi rimarranno sempre: ma di gran lunga maggiori sarebbero i pregi della pena pecuniaria sotto il profilo del rispetto della personalità del condannato, che non viene sradicato né dal proprio lavoro, né dalla propria famiglia³⁵².

Inoltre, l'effetto di rimbalzabilità e le difficoltà esecutive sarebbero in realtà caratteristiche proprie di tutte le sanzioni penali, sensibilmente maggiori per la pena detentiva che per quella pecuniaria³⁵³.

Quanto, più in generale, alle funzioni della pena, particolarmente ostica risulterebbe la conciliazione delle pene pecuniarie con le finalità rieducativa e di prevenzione generale: da un lato, essa non riuscirebbe a produrre alcun disincentivo/miglioramento nel soggetto delinquente. D'altro canto, verrebbe percepita dai consociati come meno seria rispetto alla sanzione detentiva, causando una sorta di livellamento del disvalore tra il reato ed un qualsiasi illecito non penale.

³⁴⁹ Cfr. L. GOISIS, *La pena pecuniaria*, cit., 38-39.

³⁵⁰ Si tratta di un meccanismo, diversamente declinato nei vari paesi che lo hanno adottato, il quale prevede essenzialmente che la commisurazione della pena avvenga secondo due distinti momenti: ad una prima fase nella quale viene determinato, in relazione alla gravità del fatto ed intensità della colpevolezza dell'autore, il numero complessivo dei tassi, ne segue una seconda. Qui, si prendono in considerazione le condizioni economiche del reo per determinare invece l'ammontare del singolo tasso. Il sistema dei tassi giornalieri rappresenta il risultato di una lunga ricerca scientifico-giuridica volta a trovare il modo di adattare la pena pecuniaria alle condizioni economiche del condannato. Per una spiegazione molto approfondita, cfr. G. GREBING, *Die Geldstrafe in rechtsvergleichender Darstellung*, in *op. cit.*, 1246 ss.

³⁵¹ Cfr. L. GOISIS, *La pena pecuniaria*, cit., 35-36. L'A. sottolinea che il successo della pena pecuniaria è strettamente legato alle condizioni di benessere economico della società che la adotta: quindi, in una società capitalistica che riconosce enorme importanza al denaro, come la nostra, è evidente che la pena pecuniaria comporta «un patimento cui è appunto connessa l'efficacia intimidativa della pena» (*ibidem*, 39).

³⁵² Rispetto alla pena detentiva, la pena pecuniaria avrebbe quindi costi sociali molto più contenuti. Cfr. H. H. JESCHECK, *La pena pecuniaria, moderno mezzo di politica criminale, ed i problemi ad essa connessi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 369-70.

³⁵³ Cfr. L. GOISIS, *La pena pecuniaria*, cit., 38-39.

Anche queste obiezioni sarebbero, tuttavia, secondo i sostenitori della pena pecuniaria, criminologicamente infondate: nella nostra società il denaro riveste un'importanza fondamentale, non vi sono statistiche che dimostrano che la pena pecuniaria abbia un effetto intimidativo minore rispetto alla pena detentiva, e infine l'effetto di deterrenza nei consociati è e rimane difficilissimo da commisurare³⁵⁴.

Per quanto attiene invece ai pregi della pena pecuniaria, si sostiene che essa, rispetto alla pena detentiva, garantisca un maggiore rispetto della personalità del condannato, eviti gli effetti stigmatizzanti del carcere, sia economica per lo stato, possa essere parametrata alla gravità del fatto ed alla colpevolezza del soggetto ed infine risulti facilmente riparabile in caso di errore giudiziario³⁵⁵.

Questi argomenti sembrano essere stati fatti propri dagli ordinamenti nei quali si registra un largo uso della pena pecuniaria: in Italia, invece, nonostante la Corte Costituzionale si sia pronunciata negando sostanzialmente che tale pena sia in contrasto con gli artt. 27, comma terzo, e 3, Cost., essa non solo viene utilizzata solo marginalmente, ma risulta anche enormemente ineffettiva³⁵⁶. Inoltre, i sostenitori della pena pecuniaria lamentano da tempo che l'unica previsione che consente di prendere in considerazione le condizioni economiche del reo, l'art. 133 *bis* c.p.,

³⁵⁴ Cfr. G. GREBING, *Die Geldstrafe*, in *op. cit.*, 1273-7. Per quanto riguarda la prevenzione speciale, l'A. evidenzia la forte afflittività della pena pecuniaria. Nella percezione del condannato, essa corrisponde ad un danno patrimoniale, quindi alla perdita di possibilità economiche, sconfinante di fatto nell'abbassamento dello standard di vita ed infine nella rinuncia al consumo. Si tratta, naturalmente, di effetti che solo una pena pecuniaria veramente personalizzata può sortire. Inoltre, egli ravvisa nel pagamento rateale di una somma (a condizione che non avvenga con un bonifico automatico ma richieda un certo sforzo, un sacrificio economico), una certa efficacia rieducativa. Quanto all'effetto di deterrenza, egli cita puntualmente le poche ricerche empiriche sul tema, condotte all'epoca (nel 1978) in Giappone, Inghilterra, Canada, Norvegia. In quest'ultimo Paese, dal sondaggio emerse che per gli intervistati il bene denaro era più importante della libertà. Sull'efficacia della pena pecuniaria nei confronti della borghesia cfr. H. H. JESCHECK, *Linee direttive del movimento internazionale di riforma del diritto penale*, cit., 192: «la pena pecuniaria nell'ambito dei redditi medi viene avvertita in misura notevolmente maggiore di prima (*dell'introduzione dei tassi giornalieri, n.d.A.*), di modo che essa ha potuto meglio legittimare il proprio compito di strumento sanzionatorio fondamentale nel quadro della piccola e media criminalità».

³⁵⁵ Questi essenzialmente i rilievi di L. GOISIS, *La pena pecuniaria*, cit., 40, che così conclude: «In definitiva, emerge un profilo di contraddittorietà della pena pecuniaria: essa si rivela, infatti, da un lato, pena intrinsecamente diseguale, dall'altro, pena assai proficua per lo Stato e priva degli effetti dannosi del carcere. Una pena per certi versi ingiusta – secondo alcuni la sua natura classista sarebbe difficilmente aggirabile – ma per altro verso più utile di altre forme sanzionatorie. Tale ultima considerazione ci pare decisiva: con il che la necessità di una valorizzazione di tale sanzione sul terreno della criminalità comune (e segnatamente della criminalità economica) ci appare fuori discussione». L'A. riprende gli argomenti a favore della pena pecuniaria anche nel successivo contributo *L'effettività (rectius ineffettività) della pena pecuniaria in Italia, oggi*, cit., 16 ss.

³⁵⁶ Cfr. E. DOLCINI, *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, cit., 102: «Deve concludersi, dunque, che di regola le pene pecuniarie non vengono né eseguite, né convertite».

sarebbe carente, perché non specifica quali siano gli «indici economici» ai quali attenersi ed il relativo giudizio si colloca sullo stesso piano dei criteri generali di commisurazione di cui all'art. 133 c.p.³⁵⁷.

Proprio la difficoltà dell'accertamento del reddito in un Paese ad alto livello di elusione fiscale come il nostro ed il contrasto di tale pena con il principio di eguaglianza fondano le posizioni di chi, in dottrina, rimane scettico nei confronti di un suo potenziamento³⁵⁸.

Un'ultima questione, da menzionare brevemente, è quella della sospensione condizionale della pena, anch'essa nata quale alternativa alle pene detentive di breve durata³⁵⁹. Tale istituto male si concilia con la pena pecuniaria, tant'è che molti ordinamenti europei (Germania, Spagna) escludono che essa possa sospesa condizionalmente. Fanno eccezione Francia ed Italia, che invece la prevedono³⁶⁰.

Si tratta di una soluzione aspramente criticata in dottrina: la sospensibilità della pena pecuniaria non è in linea con la *ratio* fondante la sospensione condizionale (evitare gli effetti criminogeni del carcere), crea uno squilibrio rispetto alle sanzioni amministrative, talvolta più onerose ma inderogabili, e contribuisce all'inefficacia della pena pecuniaria stessa.

³⁵⁷ Cfr. L. GOISIS, *La pena pecuniaria*, cit., 49 ss. Al contrario, i sistemi che prendono seriamente in considerazione le condizioni economiche del reo sono caratterizzati da una doppia fase commisurativa (cfr. *supra*).

³⁵⁸ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 415 ss., che definisce la pena pecuniaria «sotto più profili aberrante» perché *impersonale, disuguale e «sproporzionata* a qualunque reato, perché al di sotto del limite minimo che giustifica l'irrogazione di una pena. [...] Se quindi vogliamo (...) che siano previsti e puniti come reati soltanto infrazioni relativamente gravi, nessuna sanzione pecuniaria può essere considerata sufficiente a sanzionarle adeguatamente» (*ibidem*, 415) ed arriva a proporre la totale abolizione. Il Progetto della «Commissione Nordio», istituita con D.M. del 23 novembre 2001, proponeva l'eliminazione della pena pecuniaria per tutti i reati, tranne che per quelli di competenza del Giudice di Pace. Cfr. AA.VV., *Il progetto di codice penale della Commissione Nordio*, in *Cass. pen.*, 2005, 250. Tuttavia, contemporaneamente il legislatore italiano manifestava una certa apertura verso il sistema dei tassi giornalieri, sia quale sanzione pecuniaria da infliggersi per l'illecito amministrativo dipendente da reato ai sensi dell'art. 10 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 sia quale criterio di determinazione della pena pecuniaria sostitutiva della detenzione contenuta nel limite dei sei mesi ai sensi dei primi due commi dell'art. 53 della l. 24 novembre 1981, n. 689, come modificata dalla l. 12 giugno 2003, n. 134 (cfr. in particolare il co. II dell'art. 53: «[...] Per determinare l'ammontare della pena pecuniaria il giudice individua il valore giornaliero al quale può essere associato l'imputato e lo moltiplica per i giorni di pena detentiva. Nella determinazione dell'ammontare di cui al precedente periodo il giudice tiene conto della condizione economica complessiva dell'imputato e del suo nucleo familiare. Il valore giornaliero non può essere inferiore alla somma indicata dall'articolo 135 del codice penale e non può superare di dieci volte tale ammontare»).

³⁵⁹ Cfr. T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., 56.

³⁶⁰ Per la Francia, cfr. A. MENGHINI, *Sistemi sanzionatori a confronto*, cit., 205 ss. Per l'Italia, cfr. i limiti imposti dall'art. 163 c.p., il quale tuttavia non si applica alla pena pecuniaria irrogata dal Giudice di Pace, come previsto dall'art. 60 d.lgs. 274/2000.

Inoltre, non convince l'argomento secondo cui essa si imporrebbe per esigenze di eguaglianza di trattamento nei confronti dei condannati a pena detentiva sospendibile. Quest'ultimo rilievo fa leva sulla circostanza che, se la pena pecuniaria non potesse essere sospesa, colui che viene condannato per un fatto più lieve sarebbe costretto ad eseguire la pena, a differenza di colui che, condannato a pena detentiva di breve durata per un reato più grave, potrebbe godere della sospensione. In realtà, tale critica ha senso solo nei sistemi, come quello italiano, nei quali alla sospensione condizionale corrisponde una sostanziale impunità: se invece alla pena sospesa facesse da contraltare l'imposizione di una serie di obblighi (risarcitori e riparatori in senso lato) di natura variamente afflittiva, anche i rischi di diseguaglianza sarebbero significativamente contenuti³⁶¹.

In secondo luogo, la non sospendibilità della pena pecuniaria può essere sostenuta pure facendo leva sul fatto che, in ogni caso, essa è molto meno afflittiva di quella detentiva: di conseguenza, una sua maggiore indefettibilità è necessaria affinché essa non perda del tutto la sua credibilità³⁶².

In conclusione, nonostante tutti i vantaggi della pena pecuniaria, i problemi in termini di rispetto del principio di uguaglianza rimangono insormontabili. Tuttavia, ciò non toglie che, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, il potenziamento dell'effettività della stessa (al fine di aumentare i tassi di riscossione) e la relativa sottrazione all'ambito di sospensione condizionale potrebbero avere ricadute positive su tutto il sistema sanzionatorio.

³⁶¹ Cfr. G. FORNASARI, *Riflessioni sulla disciplina della sospensione condizionale della pena nel «Progetto Grosso», con particolare riferimento ai rapporti con la pena pecuniaria*, in *Critica del Diritto*, 2001, 64-5. I rilievi ivi contenuti si riferivano al «Progetto Grosso», il quale nella sua versione originaria prevedeva che la pena pecuniaria potesse essere sospesa. Gli argomenti riportati a favore di una modifica della sospensione condizionale *tout court* e della parallela sottrazione della pena pecuniaria dal novero delle pene sospendibili sono ancora attuali, anche considerando che il citato progetto non è mai stato trasfuso in legge.

³⁶² Contraria alla sospensione condizionale delle pene pecuniarie L. GOISIS, *L'effettività (rectius ineffettività) della pena pecuniaria in Italia, oggi*, cit., 21. Sul punto cfr. anche T. PADOVANI, *Aspetti problematici della sospensione della pena pecuniaria*, in *Cass. pen.*, 1980, 419 ss. (che commenta Cass., Sez. IV, 15.1 1980, la quale all'indomani della pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 163, co. I, c.p., sembrava propendere per l'esclusione della pena pecuniaria dal novero delle pene sospendibili condizionalmente: come noto, la lacuna fu però colmata dalla legge 689/1981). Propone di adottare una soluzione differenziata a seconda della durata della pena pecuniaria e della fattispecie incriminatrice D. PULITANO, *La sospensione condizionale della pena: problemi e prospettive*, in *AA.VV. Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, cit., 124.

4. L'emergere di soluzioni alternative.

4.1. Ritorno alle origini: la rinascita dell'attenzione verso la giustizia conciliativa

L'accennata crisi della sanzione penale classicamente intesa ha fornito l'occasione per l'apertura verso ipotesi diverse ed alternative di risoluzione dei conflitti, caratterizzate dall'accoglimento di un modello di giustizia non più commutativo, ma conciliativo³⁶³.

Si tratta, in generale, di sistemi che, spesso valorizzando il ruolo della vittima, si ripropongono di ristabilire l'ordine violato dalla commissione del reato attraverso un comportamento attivo dell'agente. Egli, quindi, non viene retributivamente punito attraverso la sottrazione di un quantitativo di libertà ritenuto proporzionalmente corrispondente alla gravità del fatto commesso, ma gli si chiede di porre in essere una serie di prestazioni, normalmente di natura risarcitoria o riparatoria³⁶⁴.

In realtà, questi meccanismi facevano già parte delle civiltà più antiche, nelle quali erano ben noti sia il concetto del pagamento di un prezzo del male quale condizione per il mantenimento della pace, sia l'idea di una giustizia corale, amministrata e discussa all'interno della comunità di appartenenza³⁶⁵.

³⁶³ Il tema della giustizia riparativa viene trattato sotto diversi punti di vista (filosofico, penalistico, criminologico, pratico e persino psicoanalitico) nella recente raccolta di saggi a cura di G. MANNOZZI, G. A. LODIGIANI, *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015.

³⁶⁴ Cfr. L. EUSEBI, *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci, Vol. II, Teoria della pena, Teoria del reato*, cit., 1110 ss. L'A. afferma che le concezioni tradizionali della pena, retributiva e preventiva, sono caratterizzate dalla «reciprocità»: la pena si pone quale contraccambio, simmetrico negativo rispetto alla gravità del reato. La giustizia conciliativa è alternativa a questo modello, perchè sceglie di rispondere al reato in termini positivi, mirando a recuperare «quei legami solidaristici che il reato ha infranto» (*ibidem*, 1117). L'A. aveva esposto analoghe teorie, concentrandosi sulla visione riconciliativa della giustizia esposta negli scritti giovanili di Hegel, nel precedente contributo *Dibattiti sulle teorie della pena e «mediazione»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 911 ss. Recentemente, l'A. ha ripreso il tema, formulando alcune proposte di attuazione di modalità di rivalutazione del ruolo della vittima nel processo penale. Cfr. *ID.*, *La risposta al reato ed il ruolo della vittima*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2013, 5, 527 (in particolare, per la parte *de jure condendo*, 530-531). Per una sintetica introduzione al tema cfr. altresì M. COLAMUSSI, A. MESTITZ, *Giustizia riparativa (restorative justice) (voce)*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, Agg. 2010, 423 ss., o H. ZEHR, *The little book of restorative justice*, Intercourse, 2002.

³⁶⁵ Cfr. G. SCHLICKUM, E. WEILER, *Idee und Geschichte*, in J. KASPAR, G. SCHLICKUM, E. WEILER, *Der Täter-Opfer-Ausgleich*, Monaco, 2014, 1 ss. I primi meccanismi (pagamento) erano diffusi nelle civiltà romana e germanica, mentre l'idea che la giustizia dovesse essere amministrata all'interno della comunità, ad esempio da un gruppo di anziani oppure da una selezione di rappresentanti delle tribù in lotta, si ritrova tuttora in civiltà di altri continenti, come ad esempio tra gli Enga di Papua Nuova Guinea (*ult. op. cit.*, 4-5), tra i nativi americani del Minnesota oppure tra i Maori in Nuova Zelanda. Cfr. G. MANNOZZI, *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in *op. cit.*, 1144 ss., 1165 ss. Tra l'altro, in quest'ultimo Stato tra le finalità della pena la legge include anche una maggiore responsabilizzazione del reo nei confronti della vittima del reato e la riparazione del danno. Su questo,

Il ricorso ai predetti procedimenti si registra in diversi contesti.

Negli Stati Uniti degli anni Settanta, pervasi dall'ondata di sfiducia nella rieducazione, si cercarono modelli alternativi di lotta alla criminalità, trovandoli nella valorizzazione del ruolo della vittima e nell'idea che pure la riparazione del danno poteva contribuire alla risocializzazione del condannato³⁶⁶.

In Italia, il dibattito si è intensificato soprattutto a seguito dell'avanzare delle teorie neoretributive: dalla critica alle deficienze del paradigma retributivo è scaturita l'attenzione per un modello di giustizia penale alternativo a quello classico³⁶⁷.

Più recentemente, infine, il paradigma restaurativo è stato introdotto anche con funzione preventiva dei conflitti in contesti istituzionali come scuole, amministrazioni o università³⁶⁸.

Dal punto di vista definitorio, non vi è unanimità sulla definizione di questo tipo di giustizia, talvolta definita anche «riparativa», e meglio conosciuta internazionalmente come *restorative justice*³⁶⁹: secondo una concezione ampia del

cfr. *ID.*, *La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2012, 841. Analizza alcune forme conciliative emerse nella prima fase dell'epoca cittadina medievale M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in *ID.*, *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., Tomo I, 5, che chiarisce: «L'idea che il delitto è in primo luogo un'offesa (iniuria), che importa ripararlo più che punirlo, che la riparazione consiste nella soddisfazione e che la soddisfazione deve passare per una trattativa, sta saldamente installata nella cultura di quelle prima comunità cittadine». Alcuni esempi dei modelli di giustizia riparativa tra i nativi del nord America e Canada (ad es. tra i *Navajo*) si trovano in M. COLAMUSSI, A. MESTITZ, *op. cit.*, 427.

³⁶⁶ Cfr. G. SCHLICKUM, E. WEILER, *Idee und Geschichte*, in *op. cit.*, 3-4.

³⁶⁷ Cfr. L. EUSEBI, *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, in *op. cit.*, 1111 ss., il quale evidenzia le aporie del modello retributivo nel momento in cui esso deve stabilire quale sia la pena «giusta in sé»: poiché tale ideologia non fornisce alcuna indicazione di tipo assiologico o contenutistico, ma si limita a stabilire una corrispondenza tra reato e pena, essa si presta ad essere accolta anche «in contesti di marcato relativismo etico» (*ibidem*, 1114), e non riesce a costituire una barriera contro gli eccessi sanzionatori (Cfr. *ID.*, *Ripensare le modalità della risposta ai reati traendo spunto da C. Eur. Dir. Uomo 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italie*, cit., 4940).

³⁶⁸ Si parla a tale proposito di «metodo riparativo», funzionale a prevenire fenomeni quali bullismo nelle scuole, *mobbing* aziendale, varie forme di discriminazione sul lavoro. D'altra parte tale metodo, valorizzando la persona, riesce anche a promuovere il benessere sul luogo di lavoro e così produttività e creatività. Un progetto pilota in tal senso è stato intrapreso nel 2014 per il *management* dell'Università dell'Insubria. Lo descrivono G. MANNOZZI, G. A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa «al lavoro»: il progetto di «umanesimo manageriale»*, in *IDD.*, *Giustizia riparativa*, cit., 209 ss. per la descrizione del metodo riparativo e 221 ss. per la relazione sul progetto di «Umanesimo manageriale».

³⁶⁹ Per una interessante ricerca dell'origine del termine, cfr. G. MANNOZZI, *Traduzione e interpretazione giuridica nel multilinguismo europeo: il caso paradigmatico del termine «giustizia riparativa» e delle sue origini storico-giuridiche e linguistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 137 s. L'A. cerca di risalire all'origine del termine, utilizzato nella letteratura anglosassone da Albert Eglash nel 1977, il quale già nel 1954 aveva espresso lo stesso concetto utilizzando invece la definizione di «*creative restitution*» intendendo riferirsi ad un sistema di risoluzione del conflitto duttile che potesse richiedere al reo un comportamento autodeterminato consistente in un *facere* positivo e costruttivo, anche inserito in un'attività di gruppo. Vagliando più a fondo la letteratura scientifica degli Cinquanta, l'A. avanza l'ipotesi che tale concetto sia stato mutuato in realtà dalla quasi contemporanea (1953)

termine, rientrano in questo concetto tutte le forme di giustizia che si incentrano sull'incontro tra la vittima e l'autore del reato, come pure i programmi che mirano ad ottenere il recupero sociale del condannato, oltre che attraverso la riparazione del danno ed il ripristino dello *status quo ante*, anche con la prestazione, da parte di quest'ultimo, di servizi di vario genere a favore della comunità³⁷⁰.

Il problema definitorio, che si pone principalmente per distinguere le vere e proprie forme di giustizia riparativa dai meccanismi risarcitori interni al processo penale tradizionale³⁷¹, viene affrontato dalla direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e sostituisce la precedente decisione quadro 2001/220/GAI. L'art. 2 della Direttiva fa rientrare nella giustizia riparativa «qualsiasi procedimento che permette alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale»³⁷².

traduzione inglese del saggio italiano *La Giustizia*, scritto dal filosofo italiano GIORGIO DEL VECCHIO nel 1922. In un passo del saggio, Del Vecchio avanza la teoria della *giustizia riparatrice*, da usare in alternativa a quella penale, e concepita teoricamente con un'intensità (oltre la mera riparazione economica e rivolta alla valorizzazione dei partecipanti al reato come persone) molto vicina a quella che caratterizza oggi la *restorative justice*. Questa la conclusione della ricerca: «(a) il termine (in questo caso un lessema complesso) «giustizia riparativa» adottato nella lingua italiana può dirsi traduzione corretta del lessema complesso *restorative justice* presente nella lingua inglese; (b) l'origine del termine *restorative justice* va ricercata non già in via esclusiva nella cultura e nella lingua inglese bensì nel crogiolo culturale alimentato dalle tradizioni giuridico-linguistico-filosofiche di Paesi diversi; in questo caso, appaiono determinanti il pensiero giusfilosofico italiano — con l'opera di Del Vecchio — e quello teologico tedesco — per merito di Schrey e Walz» (*ibidem*, 153). Il citato articolo si presenta come interessante sotto due profili: da un lato, cerca di dare una definizione moderna del concetto di giustizia riparativa, o *restorative justice*; dall'altro analizza tutti i problemi e le possibili perdite di significato connesse alla traduzione dei termini giuridici.

³⁷⁰ Cfr. R. FLOR, E. MATTEVI, *Giustizia riparativa e mediazione in materie penali in Europa*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 luglio 2012 (consultato il 27 luglio 2013), 2.

³⁷¹ Cfr. F. PARISI, *La restorative justice alla ricerca di identità e legittimazione*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 24 dicembre 2014, 3. In questo contributo, l'A. fa un primo bilancio intermedio dell'esito del progetto europeo *Integrated Restorative Justice Models for Victims and Youth* (Yo.Vi) di ricerca sulla giustizia riparativa in sei Stati dell'Unione Europea, i cui risultati finali sono ora pubblicati alla pagina: http://www.yovi.eu/wordpress/wp-content/uploads/2015/10/YOVI_Final_Publication.pdf.

³⁷² La direttiva sembra accogliere solo quell'aspetto della giustizia riparativa che prevede un'attenzione nei confronti della vittima del reato. In realtà, questo è solo una delle tante declinazioni della *restorative justice* come normalmente intesa. In sintonia con quanto affermato dalla Corte di Giustizia UE, che aveva riconosciuto a ciascuno stato membro il diritto di decidere quali reati sottoporre alla mediazione e quali escludere (ricorsi riuniti C-483/09 e C-1/10, Gueye e Salmerón Sánchez, sentenza CGUE 11.9.2011), la citata direttiva non ha introdotto un generale obbligo degli stati di introduzione della giustizia riparativa nel proprio ordinamento, ma si è limitata a richiedere, ove meccanismi di questo genere già esistano, che essi realizzino il diritto delle vittime a prendere attivamente parte al procedimento ed altri diritti connessi, quali ad esempio quello all'informazione, all'interprete, alla revocabilità del consenso all'instaurazione della procedura riparativa. Per un

In concreto, la giustizia conciliativa richiede al condannato una personale rielaborazione critica della condotta criminosa, corroborata da atti riparatori in senso lato e da una valorizzazione della sua capacità di operare scelte libere e volontarie, anche in un'ottica di maggiore rispetto del principio di colpevolezza³⁷³.

L'attenzione verso la vittima, altro elemento caratterizzante³⁷⁴, si traduce nella doppia necessità di un pubblico riconoscimento della condotta illecita, da un lato, e di una riparazione o rimessa in pristino, dall'altro³⁷⁵. Attraverso tale meccanismo, la legge violata riacquista la sua autorevolezza, in un'ottica che ricorda la prevenzione positiva integratrice, generale e speciale³⁷⁶. Inoltre, gli effetti del reato

commento «a caldo» alla direttiva 2012/29/UE, cfr. S. CIVELLO CONIGLIARO, *La nuova normativa europea a tutela delle vittime di reato*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 14.11.2012. Più recentemente, cfr. E. MAZZILLI, *La direttiva europea a tutela delle vittime di reato: i primi effetti nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 721. Un'altra fonte sovranazionale, sebbene non vincolante, in questo ambito è rappresentata dalla Raccomandazione R (99) 19 del Consiglio d'Europa riguardante la mediazione in materia penale, adottata il 15 settembre 1999, e prima ancora dalla Risoluzione del Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite 2002/12, che incoraggia gli Stati membri a formulare «*the basic principles on the use of RJ programs in criminal matters*».

³⁷³ In sostanza, la giustizia conciliativa si propone di fare scattare, nell'individuo, un autonomo processo di riflessione sul fatto commesso, e stimola una sua decisione di agire diversamente in futuro. Questa lettura della pena si pone in linea sia con il terzo comma dell'art. 27 Cost., perché consente la rieducazione senza passare per pratiche trattamentali troppo invasive o autoritarie, sia con il suo primo comma, nell'accezione secondo la quale la personalità della responsabilità penale richiederebbe l'individualizzazione della pena: «anche sotto il profilo sanzionatorio, si manifestano conformi al modello costituzionale solo strategie motivazionali le quali facciano appello alla capacità dell'individuo di operare scelte *per convinzione*, o in altre parole *personali*» L. EUSEBI, *Profili della finalità conciliativa*, cit., 1120. Così, risulta rispettata anche una concezione della colpevolezza che non prescindere «dall'effettiva situazione umana del soggetto agente e dall'obiettivo del suo recupero, anche quando il contrario sembri funzionale a istanze *prima facie* di stigmatizzazione sociale» (*ibidem*, 1121). Sulla possibilità di ottenere la rieducazione del condannato attraverso un modello di giustizia riparativa attuato tuttavia in fase esecutiva cfr. anche G. MANNOZZI, *La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia*, cit., 838.

³⁷⁴ Peraltro, la partecipazione della vittima non è imprescindibile, essendo ben possibile che la riparazione si snodi attraverso un percorso, ad esempio la prestazione di lavoro a favore della comunità, al quale la vittima non partecipa: questa opzione, diffusa nella prassi (es. *community services*) pare non essere stata contemplata dalla citata Direttiva 2012/29/UE. Cfr. F. PARISI, *La restorative justice alla ricerca di identità e legittimazione*, in *op. cit.*, 8.

³⁷⁵ Si tratta, in entrambi i casi, di comportamenti positivi, molto distanti dal modello retributivo, il quale prevede che il riconoscimento della gravità del reato commesso sia espressa solo dal *quantum* di pena irrogata, e finisce così per fomentare il desiderio delle vittime di pene draconiane. Cfr. L. EUSEBI, *Profili della finalità conciliativa*, cit., 1121-2. Quanto al rapporto tra autore e vittima, cfr. G. MANNOZZI, *La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia*, cit., 840, che parla di «ascolto, presa in carico della sofferenza/insicurezza delle vittime, riparazione, riconciliazione, attraverso i quali si cerca di incoraggiare l'autore del reato ad uscire dall'universo solipsistico del suo relazionarsi interiore (sia pure con supporto logico-assistenziale) con il fatto commesso».

³⁷⁶ Entrambi questi momenti presuppongono una condotta attiva di chi ha commesso il reato ed un suo eventuale rapporto dialogico con la vittima, volto non solo a «ricucire i rapporti intersoggettivi nei cui confronti il reato abbia rappresentato una frattura» ma altresì a «confermare la capacità della legge di fungere, malgrado il reato, da fattore motivante all'osservanza delle norme trasgredite» (EUSEBI, *Profili della finalità conciliativa*, cit., 1122).

sulla vittima divengono anch'essi criterio per valutare la gravità del fatto commesso, affiancando quelli classici della gravità del fatto e della colpevolezza³⁷⁷.

Le ricerche empiriche hanno dimostrato che il ricorso a forme di giustizia riparativa si dimostra vantaggioso per entrambe le parti: esso non solo favorisce il recupero sociale del condannato, ma risulta ingenerare una certa soddisfazione anche nella vittima, che vede riconosciute pubblicamente le proprie ragioni e riceve delle scuse, riuscendo a diminuire il senso di collera e frustrazione derivante dal reato³⁷⁸. Da ultimo, pare che la partecipazione a forme riparative abbia un influsso positivo per le vittime anche dal punto di vista psicologico, riuscendo a diminuire disturbi post-traumatici conseguenti al reato³⁷⁹.

Per di più, soprattutto quando intervengono nella fase esecutiva della pena, forme di giustizia riparativa come l'incentivo al confronto tra reo e vittima e l'instaurazione di un dialogo tra i due possono contribuire favorevolmente a sviluppare un senso di responsabilità nell'autore del reato, e così in definitiva alla sua risocializzazione³⁸⁰.

In generale, tutte queste forme di giustizia richiedono la partecipazione volontaria dei soggetti interessati, i quali devono essere debitamente informati della natura e dei possibili esiti della procedura; la presenza di un soggetto terzo ed imparziale (mediatore/facilitatore) e talvolta un preventivo vaglio, da parte del

³⁷⁷ Cfr. G. MANNOZZI, *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in *op. cit.*, 1141: «l'individuazione delle risposte a base riparativa dipende *in primis* da una valutazione della offensività/dannosità delle condotte misurata rispetto alle vittime ed alla comunità; indefettibili ma secondari sono il criterio commisurativo neo-illuministico della gravità del reato e quello neopositivistico legato al 'bisogno di rieducazione del reo'». *Responsibility taking, relationship-building and restoration in prisons*, Budapest, 2012,

³⁷⁸ Cfr. T. BARABÁS, *The possibilities of reconciliation and restoration in prisons*, in T. BARABÁS, B. FELLEGI, S. WINDT (a cura di), *Responsibility taking, relationship-building and restoration in prisons*, Budapest, 2012, 24. Alla base del successo delle forme di *restorative justice* nei confronti delle vittime ci sarebbe la forte insoddisfazione (statisticamente misurata) delle stesse nei confronti di come vengono normalmente trattate nel corso del procedimento penale, durante il quale esse in genere non si sentono debitamente valorizzate. Ciò comporta anche una maggiore difficoltà a superare il trauma derivato dall'aver subito un fatto di reato (cfr. *ibidem*, 27).

³⁷⁹ Cfr. F. PARISI, *op. cit.*, 22 ss.

³⁸⁰ Cfr. C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 19 ss. Inoltre, l'A. propone di integrare la *Wiedergutmachung* nella concezione della prevenzione generale integratrice, anche appoggiandosi sul risultato di indagini empiriche dell'epoca. Queste avrebbero dimostrato che, per i reati meno gravi, la popolazione è portata ad accettare il risarcimento come unica sanzione. In tal senso, lo scopo della prevenzione generale, la *Befriedigung* sociale, risulterebbe pienamente raggiunto, insieme al principio del diritto penale come *extrema ratio*. (Cfr. *ibidem*, 15-19).

mediatore stesso o di un'autorità giudiziaria, circa l'opportunità di innescare il procedimento nel caso concreto³⁸¹.

L'esito del procedimento di conciliazione prevede un ampio ventaglio di soluzioni, dalla rinuncia completa alla punizione a fronte dell'ammissione di responsabilità fino alla valorizzazione dello stesso nella sola fase commisurativa della pena³⁸². Ciò che lo distingue dal modello classico di giustizia, tuttavia, rimane la rottura del legame tra pena ed afflittività: il paradigma della giustizia conciliativa si muove su di un altro e diverso piano, talvolta metagiuridico, di risoluzione del conflitto.

Infine, i sostenitori della *restorative justice* fanno notare come la stessa, per poter validamente spiegare le sue potenzialità, deve essere accettata come alternativa assoluta al sistema tradizionale: relegare le soluzioni conciliative alla criminalità bagatellare in nome di una non dimostrata irrinunciabilità della pena retributiva per i reati più gravi svilirebbe la credibilità della giustizia riparativa, relegandola in una posizione di marginalità teorica³⁸³.

Sul piano dogmatico, la critica principale a questi meccanismi risiede invece nella contrarietà alla privatizzazione del conflitto, soprattutto di fronte a reati dotati di grande disvalore penale. In tal senso, delegare ad un meccanismo conciliativo (anche se in qualche modo collegato con il procedimento penale vero e proprio) la gestione dell'offesa a beni giuridici di rilevanza collettiva contrasterebbe con i principi contrattualistici dello stato di diritto³⁸⁴. Inoltre, l'ideale riparativo si porrebbe in contrasto con i tradizionali fini della pena (retribuzione e prevenzione)³⁸⁵.

³⁸¹ Cfr. F. PARISI, *op. cit.*, 16. La citata Raccomandazione No. R (99) 19, al punto 31, entra maggiormente nel merito del contenuto dell'accordo riparativo, richiedendo che lo stesso, oltre ad essere volontario, rispetti requisiti di proporzione e ragionevolezza: «*Agreements should be arrived at voluntarily by the parties. They should contain only reasonable and proportionate obligations*».

³⁸² Le soluzioni differenziate, anche in riferimento alla fase (processuale, pre-processuale e talvolta esecutiva) nella quale si può attivare la giustizia riparativa, emergono dallo studio del diritto comparato: cfr. F. PARISI, *La restorative justice alla ricerca di identità e legittimazione*, cit., 17 ss. o D. MIERS, I. AERTSEN, *Restorative justice: a comparative analysis of legislative provision in Europe*, in *IDD*, (a cura di), *Regulating restorative justice*, Francoforte, 2012, 524-525.

³⁸³ Cfr. G. MANNOZZI, *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in *op. cit.*, 1141. Conf. L. EUSEBI, *Ripensare le modalità della risposta ai reati*, cit., 4957: «Potrebbe essere ammessa, in linea di principio per qualsiasi reato, la possibilità di una sospensione del processo finalizzata alla mediazione penale con le parti offese (...). Andrebbe ovviamente stabilito in quali casi il buon esito della mediazione possa estinguere immediatamente il reato e in che modo, negli altri casi, possa assumere rilievo circa le decisioni del giudice».

³⁸⁴ Queste critiche sono sintetizzate da W. HASSEMER, *Warum Strafe sein muss, Ein Plädoyer*, Berlino, 2009, 229 ss. L'A. rimane fermo nel sostenere la fondatezza delle ragioni storiche che hanno

In secondo luogo, emergono profili di potenziale conflitto anche con la presunzione di innocenza, dal momento che un reale confronto tra autore e vittima è possibile solo se il primo ammette di avere commesso il fatto. Sul punto, le norme sovranazionali sono chiare nel richiedere, da un lato, che l'autore debba ammettere solo gli «elementi principali» del fatto contestatogli, e dall'altro che le dichiarazioni o eventuali confessioni emerse nel sub-procedimento conciliativo non devono essere acquisite nel processo penale³⁸⁶. Evidentemente, tale problema non sussiste quando le forme riparative siano attuate nei confronti di soggetti già definitivamente condannati.

Infine, paradossalmente, tra i maggiori oppositori della giustizia riparativa si contano le associazioni a difesa delle vittime, che faticano ad individuare i benefici della *restorative justice* per i soggetti che esse rappresentano e tendenzialmente si fanno portatrici di istanze esclusivamente punitive degli autori dei reati³⁸⁷.

4.2. Giustizia riparativa in pratica

In linea generale, da uno studio comparato delle varie esperienze riparative emerge come la giustizia riparativa si sia diffusa in moltissimi ordinamenti, anche attraversando trasversalmente i sistemi giuridici, di *common law* come pure di *civil*

portato ad una «neutralizzazione» della vittima, pur salutando con favore le più recenti aperture verso un ruolo più attivo della stessa nel processo penale (cfr. *ibidem*, 261-262). Ricostruisce le teorie filosofiche che definiscono il reato come rottura del consenso che sta alla base del contratto sociale (Locke, Rousseau, Beccaria) e le mette in relazione all'evoluzione dogmatica sul concetto di reato quale violazione di un bene giuridico, e non di un diritto soggettivo (da Birnbaum a Binding a von Liszt), per evidenziare la scarsissima importanza assunta dalla vittima nella teoria del reato A. ESER, *Bene giuridico e vittima del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1064. Nel corso del Novecento, il principale motivo dello storico disinteresse della dogmatica per la vittima fu il prioritario *focus* dell'attenzione sull'autore del reato, soggetto da emarginare (durante il Nazionalsocialismo) o da risocializzare (nelle fasi successive). Lo stesso giudizio sulla colpevolezza viene effettuato in base a categorie generali dell'ordinamento, non considerando il rapporto individuale dell'autore con la vittima (*ibidem*, 1079-81). Tuttavia, dare spazio anche alla figura della vittima nel concetto di bene giuridico, attribuirle un ruolo attivo nel processo penale e concepire la pena come una sanzione a contenuto anche riparativo potrebbe essere il modo per ristabilire un equilibrio tra le parti (*ibidem*, 1082-1084).

³⁸⁵ Cfr. C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 6-9: in una prospettiva unicamente riparativa, l'unico rischio che il delinquente potrebbe correre sarebbe quello di dover restituire quanto ottenuto con il reato, o di dover ripristinare lo *status quo ante*: mancando qualsiasi prospettiva afflittiva, egli non avrebbe dunque niente da perdere, se fosse scoperto, con totale frustrazione sia dell'ideale retributivo, sia di quello preventivo.

³⁸⁶ Cfr. Raccomandazione del Consiglio d'Europa R (99) 19: «14. *The basic facts of a case should normally be acknowledged by both parties as a basis for mediation. Participation in mediation should not be used as evidence of admission of guilt in subsequent legal proceedings*».

³⁸⁷ Cfr. F. PARISI, *op. cit.*, 16.

*law*³⁸⁸. Essa, inoltre, viene usata in diverse fasi del procedimento (da quella extraprocessuale a quella processuale, fino alla fase dell'esecuzione della pena) quale alternativa o appendice al sistema punitivo tradizionale ed ha potuto attecchire con maggiore successo negli ordinamenti caratterizzati da un sistema commisurativo c.d. complesso³⁸⁹. Inoltre, sebbene con qualche eccezione, risulta applicata ai reati meno gravi³⁹⁰. In questo quadro, si distingue la recente proposta dottrinale di creare l'autonomo istituto del «delitto riparato», analogo al delitto tentato ma punito meno severamente di quest'ultimo³⁹¹.

Quanto, più concretamente, alle forme di giustizia riparativa effettivamente attuata, il *Considerandum* 46 della citata Direttiva 2012/29/UE menziona, a titolo esemplificativo, «la mediazione vittima-autore del reato, il dialogo esteso ai gruppi parentali e i consigli commisurativi³⁹²».

Nei procedimenti di mediazione penale si prevede un incontro tra autore e vittima del reato con la partecipazione di un mediatore, soggetto dotato di una preparazione specifica in materia. Modelli quali il *family group conferencing*, i *sentencing circles*, i *community conferencing*, i *community justice forums* presentano caratteristiche comuni: si tratta di incontri più o meno formali ai quali partecipano, oltre a vittima ed autore, anche membri della famiglia o della comunità. Questi, sotto la guida di un mediatore/facilitatore, cercano una soluzione per risolvere il conflitto e trovare un accordo finalizzato alla riparazione del danno³⁹³.

Tendenzialmente, il ricorso alla mediazione penale ha conosciuto in tutti gli Stati uno sviluppo iniziale nel sistema della giustizia penale minorile, per poi

³⁸⁸ Il ritorno alla giustizia riparativa si fa convenzionalmente risalire al 1974, quando, in Canada, due giovani in regime di «messa alla prova» furono fatti incontrare con le vittime degli episodi di vandalismo da questi commessi. Da qui, tali *Victim offender reconciliation programs* si diffusero in tutto il Canada, ed arrivarono in Europa attraverso la letteratura nordamericana e canadese. Cfr. M. COLAMUSSI, A. MESTITZ, *op. cit.*, 424.

³⁸⁹ Così riassume l'esito delle sue ricerche G. MANNOZZI, *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in *op. cit.*, 1169-70, che tuttavia non manca di segnalare come le soluzioni siano veramente differenziate e come siano possibili anche originali commistioni tra modelli.

³⁹⁰ Cfr. D. MIERS, I. AERTSEN, *Restorative justice: a comparative analysis of legislative provision in Europe*, in *op. cit.*, 519. Le eccezioni sono rappresentate da Austria, Belgio ed Irlanda del Nord.

³⁹¹ È questa la proposta di M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disegualità che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in G. MANNOZZI, G. A. LODIGIANI, *Giustizia riparativa*, cit., 142 ss.

³⁹² Questi meccanismi sono spesso conosciuti anche solo nelle relative traduzioni inglesi: *victim-offender mediation*, *family group conferencing* e *sentencing circle*. Sono gli stessi meccanismi citati al punto I.2 della Risoluzione delle Nazioni Unite 2002/12.

³⁹³ Cfr. M. COLAMUSSI, A. MESTITZ, *op. cit.*, 426.

estendersi, in un secondo momento, agli autori di reato maggiorenni³⁹⁴. Inoltre, nella maggior parte dei Paesi europei si fa ricorso alla sola mediazione penale, mentre strategie diverse (*circles*) vengono adottate in Olanda e nei Paesi anglosassoni³⁹⁵.

In Europa, tra gli Stati che maggiormente fanno ricorso alla giustizia riparativa, declinata soprattutto nella forma della mediazione penale³⁹⁶, spiccano Finlandia e Belgio. Nel Paese scandinavo, uno tra i primi in Europa a ricorrere a tali forme di giustizia, il numero di procedimenti di mediazione penale rispetto al numero di abitanti è veramente significativo, come pure la percentuale di mediazioni che si sono concluse con esito positivo (82%). Degno di nota che l'accordo conclusivo solo nel 40% dei casi aveva ad oggetto un risarcimento, mentre ben il 36% dei casi ha visto le parti riconciliarsi semplicemente ricorrendo alle scuse³⁹⁷. L'ampio ricorso alle scuse quale mezzo di risoluzione del conflitto non rappresenta un caso isolato: lo si ritrova anche in Slovenia (52% delle mediazioni concluse positivamente)³⁹⁸.

In Belgio, invece, si è recentemente assistito ad un allargamento della mediazione, già prevista dal codice di procedura penale per i reati che il p.m. ritiene di poter punire con una pena massima di due anni di reclusione e suscettibile di condurre all'archiviazione del procedimento. Nel 2005, una diversa forma di mediazione, il cui esito positivo assume rilievo solo in fase di commisurazione della pena, è stata estesa anche ai reati più gravi³⁹⁹.

³⁹⁴ Così ad esempio in Austria, Germania ed Italia. In Inghilterra e Galles tuttora la mediazione è regolata solo in ambito minorile, ed è applicata solo marginalmente ed a livello sperimentale nei confronti degli adulti. Cfr. R. FLOR, E. MATTEVI, *op. cit.*, 8. Anche in Spagna la mediazione, diffusa nella giustizia minorile, conosce una scarsissima applicazione nei confronti di autori di reato adulti, Cfr. *European Guidelines for victims' participation in restorative justice processes in juvenile justice systems*, relazione finale del citato progetto *Yo.Vi*, giugno 2015, pubblicato all'indirizzo http://www.yovi.eu/wordpress/wp-content/uploads/2015/10/YOVI_Final_Publication.pdf. 16, 18. Fa eccezione la Francia, dove la mediazione è riservata esclusivamente agli adulti. Cfr. D. MIERS, I. AERTSEN, *Restorative justice: a comparative analysis of legislative provision in Europe*, in *op. cit.*, 521.

³⁹⁵ Cfr. M. COLAMUSSI, A. MESTITZ, *op. cit.*, 426.

³⁹⁶ È il caso di tutti gli Stati europei ad eccezione dell'Inghilterra, mentre differenze si registrano per quanto riguarda le autorità demandate ad innescare il procedimento di mediazione, che possono essere giudici o pubblici ministeri (Austria, Germania, Belgio, Finlandia, Polonia, Norvegia...) oppure direttamente la polizia (Irlanda, Inghilterra e Galles) oppure entrambi queste autorità (Paesi scandinavi). Cfr. M. COLAMUSSI, A. MESTITZ, *op. cit.*, 425.

³⁹⁷ I dati si riferiscono al 2010, quando il numero delle mediazioni concluse ammontava ad 8.000,00 per una popolazione di 5 milioni di abitanti. Cfr. R. FLOR, E. MATTEVI, *op. cit.*, 3-4.

³⁹⁸ Cfr. *ibidem*, 6.

³⁹⁹ Cfr. *ibidem*, 9. Conferma il largo ricorso alla mediazione in Belgio I. AERTSEN, *Restorative prisons: where are we heading?*, in T. BARABÁS, B. FELLEGI, S. WINDT (a cura di), *op. cit.*, 265.

Anche il sistema della giustizia irlandese fa largo ricorso alla mediazione e, unico tra gli stati europei insieme all'Inghilterra, a strumenti quali i *family group conferences*. In questo secondo caso, gli incontri non sono ristretti ad autore e vittima del reato, ma coinvolgono anche amici o familiari. Inoltre, sono stati importati in questo paese i *victim impact panels*⁴⁰⁰.

In Germania, la mediazione penale, definita *Täter-Opfer-Ausgleich*⁴⁰¹, è stata sperimentata dapprima nell'ambito della giustizia minorile, dove conosce tuttora una buona diffusione⁴⁰². Nella giustizia penale generale, essa viene declinata in primo luogo nella forma di strumento di *diversion* in mano al pubblico ministero, applicabile alle forme meno gravi di reato (delitti, *Vergehen*) e punite con la reclusione fino ad un anno⁴⁰³.

Il secondo strumento di giustizia riparativa è regolato dal § 46a *StGB*, introdotto nel 1994, e si snoda lungo due varianti. È prevista infatti una diminuzione facoltativa della pena (o, in caso di delitti meno gravi, l'*Absehen von Strafe*) se

⁴⁰⁰ Cfr. F. PARISI, *La restorative justice alla ricerca di identità e legittimazione*, cit., 12-13. Per un inquadramento del modello del *victim impact panel*, cfr. il successivo punto 4.3.

⁴⁰¹ Per la storia dell'introduzione della mediazione nel diritto penale tedesco cfr. T. VORMBAUM, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, cit., 256 ss.

⁴⁰² Sono state le spiccate esigenze rieducative nei confronti di autori di reato minorenni (ed in alcuni casi maggiorenni fino ai 21 anni) a giustificare le prime sperimentazioni di TOA in questo ambito, presto tradotte in riforme legislative. A differenza del modello «ideale» di giustizia riparativa dipinto al precedente punto 4.1, il diritto penale tedesco conosce alcune forme di «mediazione obbligatoria» nel settore della giustizia minorile: i §§ 10 e 15 *JGG* prevedono che il giudice possa sanzionare il minorenne con l'ordine (*Weisung*) di partecipare alla mediazione, oppure con l'onere (*Auflage*) di riparare il danno e chiedere scusa alla vittima. La mancata ottemperanza alla *Weisung* e l'inadempimento dell'*Auflage* possono essere sanzionati con una pena restrittiva della libertà personale. La lesione di uno dei principi cardine della mediazione (la volontarietà) in nome della prevalenza dell'intento rieducativo suscita perplessità. Cfr. J. KASPAR, *Recht*, in J. KASPAR, G. SCHLICKUM, E. WEILER, *Der Täter-Opfer-Ausgleich*, cit., 43-44.

⁴⁰³ Queste ipotesi sono regolate dal codice di procedura penale. In assenza di un rilevante interesse pubblico alla persecuzione del reato, il PM può decidere di archiviare il procedimento se l'autore del reato ha dimostrato uno scarso livello di colpevolezza, anche adoperandosi per la riparazione del danno (*Wiedergutmachung*) (§153 *StPO*). Una seconda forma di *diversion* è quella prevista dal successivo § 153a *StPO*, che prevede che il pubblico ministero, con il consenso del giudice e dell'indagato, possa temporaneamente rinunciare all'esercizio dell'azione penale assegnando a quest'ultimo oneri ed obblighi di vario contenuto (pagamento di una somma a titolo di risarcimento, anche sotto forma di mantenimento economico periodico, prestazione di un lavoro di pubblica utilità, partecipazione ad un programma sociale o alla mediazione penale con la vittima...). In caso di adempimento agli obblighi nel termine assegnato, l'archiviazione diviene definitiva. Entrambi i meccanismi sopra esposti possono essere attuati anche dal giudice procedente dopo l'esercizio dell'azione penale. Infine, il paragrafo successivo (§ 153b *StPO*) prevede che nei casi meno gravi, puniti con una pena detentiva fino ad un anno al massimo, il pubblico ministero, con il consenso del giudice, possa decidere di rinunciare del tutto alla pena (*Absehen von Strafe*): si tratta di una norma sensata da un punto di vista di economia processuale, ma di scarsa applicazione pratica (così J. KASPAR, *Recht*, in *op. cit.*, 16).

l'autore del reato, nello sforzo di trovare un accordo con la vittima, è riuscito a riparare il fatto da lui commesso, o almeno si è seriamente impegnato a farlo; oppure se ha risarcito la vittima attraverso un grande impegno o una rinuncia personale⁴⁰⁴. Nelle intenzioni della riforma, la «riparazione del fatto» avrebbe dovuto essere attuata attraverso varie forme (lavoro socialmente utile, scuse, ricorso ad un impegnativo percorso di mediazione) tutte manifestazione di un particolare sforzo da parte dell'autore, ed espressione della sua assunzione di responsabilità nei confronti della vittima⁴⁰⁵. Tra queste, il risarcimento del danno avrebbe dovuto rappresentare solo un'opzione. Tuttavia, nella pratica il *Täter-Opfer-Ausgleich*, in entrambe le varianti, risulta ridotto alla mera prestazione di denaro, con conseguente svilimento degli aspetti relativi ai rapporti umani e caratteristici della mediazione penale⁴⁰⁶. Ad ogni buon conto, il ricorso a tali pratiche risulta significativo⁴⁰⁷. Infine, recentemente in Germania sono stati attuati alcuni progetti pilota di *family group conferences* e di *circles*⁴⁰⁸.

In Austria, l'interesse per la mediazione penale, regolamentato per i minori sin dal 1988, all'inizio degli anni '90 si estende alla giustizia ordinaria. Dal 2000, il *Tatausgleich* viene integrato nel sistema processuale penale quale misura di *diversion*, che prevede la rinuncia all'azione penale da parte del pubblico ministero se le parti hanno raggiunto un accordo attraverso il quale l'autore si è assunto la propria responsabilità per il fatto, impegnandosi a risarcire il danno e a comportarsi

⁴⁰⁴ Per una più puntuale traduzione della norma, corredata da una spiegazione relativa alla sua introduzione e ad alcune precisazioni sulla difficoltà di distinguere tra il concetto di «riparazione del fatto» e «riparazione del danno» cfr. G. FORNASARI, *Profili di giustizia conciliativa nell'esperienza di diritto comparato*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale «conciliativa»*, Milano, 2002, 70 ss.

⁴⁰⁵ Cfr. K. KÜHL, § 46a, in K. LACKNER, K. KÜHL., *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27^a Aufl., München, 2011, 33.9

⁴⁰⁶ Cfr. G. FORNASARI, *Profili di giustizia conciliativa nell'esperienza di diritto comparato*, in op. cit., 75.

⁴⁰⁷ Lo si deduce dalla buona diffusione sul territorio di agenzie specializzate in mediazione penale e dal fatto che le sentenze emesse prendendo in considerazione il § 46a StGb vengono raramente appellate. Cfr. M. KILCHLING, *Restorative justice developments in Germany*, in D. MIERS, I. AERTSEN (a cura di), *Regulating restorative justice, cit.*, 173 ss. Più ridotto l'utilizzo della *Widergutmachung* quale strumento deflattivo: nel 2005 solo il 9% dei processi risultava concluso a seguito dell'applicazione del § 153 StPO. Si tratta pur sempre di un aumento rispetto agli anni '80, quando tale percentuale non sorpassava il 3% (cfr. C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, cit., 1987, 4).

⁴⁰⁸ Cfr. *European Guidelines for victims' participation in restorative justice processes in juvenile justice systems*, relazione finale del citato progetto *Yo.Vi*, giugno 2015, pubblicato all'indirizzo http://www.yovi.eu/wordpress/wp-content/uploads/2015/10/YOVI_Final_Publication.pdf.16.

diversamente in futuro⁴⁰⁹. Recenti sondaggi dimostrano un alto grado di soddisfazione in entrambe le categorie di partecipanti a tali procedimenti⁴¹⁰.

In Ungheria, la mediazione penale è stata introdotta nel 2006 quale adeguamento agli *standars* di accesso all'Unione Europea. Essa è discretamente sviluppata, pur all'interno delle rigide condizioni che ne consentono l'applicabilità (gravità medio-lieve del reato, requisiti soggettivi dell'autore, sbarramento temporale al primo grado di giudizio)⁴¹¹. Tuttavia, al proposito si è osservato che il cambiamento sociale successivo al passaggio dall'economia comunista ad una economia di mercato potrebbe ripercuotersi negativamente sullo sviluppo di un metodo basato sulla fiducia sociale come la giustizia riparativa⁴¹².

Anche in Italia, i principi di giustizia riparativa sono stati informalmente applicati dapprima in ambito minorile, dove trovano tuttora grande applicazione pur in assenza di espresse previsioni legislative⁴¹³. La giustizia riparativa è entrata ufficialmente nel nostro ordinamento attraverso il d.lgs. 274/2000, recante disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace. Per la prima volta in Italia, la norma riconosce l'istituto della mediazione penale quale definizione alternativa del procedimento volta ad ottenere la remissione della querela (o la rinuncia al ricorso immediato al giudice di pace)⁴¹⁴. Inoltre, una forma di giustizia riparativa è

⁴⁰⁹ La previsione è contenuta nel § 208 *StPO* austriaco, e si inserisce in un più ampio sistema impregnato dalla *restorative justice*: anche altri istituti, come ad esempio la sospensione del processo con messa alla prova (§ 203 *StPO*) o la prestazione di servizi a favore della comunità (§ 201 *StPO*) richiedono che l'autore provveda alla *Wiedergutmachung*. Cfr. L. SAUTNER, *Überlegungen zur Einführung einer Wiedergutmachungsstrafe in das österreichische Strafrecht*, in *JB*, 2010, 342. Il diritto processuale austriaco prevede inoltre la possibilità che il risarcimento del danno rilevi nel processo penale vero e proprio, quale condizione cui è subordinata la sospensione condizionale della pena, ovvero, in fase esecutiva, la liberazione condizionale. Muovendo dalla constatazione che, nella prassi, questo secondo tipo di riparazione del danno viene attuato solo nel 25% dei casi, l'autrice suggerisce di integrare maggiormente la giustizia riparativa nella pena, introducendo il nuovo istituto della pena riparativa (*Wiedergutmachungsstrafe*). Cfr. *ibidem*, 343 ss.

⁴¹⁰ Nell'anno 2013, su di un totale di 15.033 partecipanti totali (dei quali, circa la metà vittime) alla mediazione penale organizzata dall'organizzazione *no profit* Neustart, il 95,47% delle vittime ed il 73,25% degli accusati si sono dichiarati soddisfatti della partecipazione al *Tatausgleich*. Cfr. *Österreich, Report 2014, Neustart*, http://www.neustart.at/at/_files/pdf/report_oesterreich2014.pdf.

⁴¹¹ Cfr. T. BARABÁS, *The possibilities of reconciliation and restoration in prisons*, in *op. cit.*, 30.

⁴¹² Così D. MIERS, I. AERTSEN, *Restorative justice: a comparative analysis of legislative provision in Europe*, in *op. cit.*, 531.

⁴¹³ Cfr. M. COLAMUSSI, A. MESTITZ, *op. cit.*, 428 ss. Elenca le scarse norme dalle quali si può partire per attuare concretamente la giustizia riparativa G. A. LODIGIANI, *Alla scoperta della giustizia riparativa. Un'indagine multidisciplinare*, in G. MANNOZZI, G. A. LODIGIANI, *Giustizia riparativa*, cit., 27.

⁴¹⁴ L'art. 29 d.lgs. 274/2000 conferisce in prima battuta al giudice di pace il compito di «promuovere la conciliazione tra le parti», quando il reato sia perseguibile a querela, rinviando all'uopo l'udienza

stata individuata anche nell'art. 34 del decreto delegato, il quale dà rilievo agli interessi della persona offesa ai fini della decisione sull'emissione di provvedimento di non luogo a procedere per particolare tenuità del fatto e nel successivo art. 35, ove si prevede che il giudice dichiara l'estinzione del processo se l'imputato dimostra di avere posto in essere un'attività risarcitoria e riparatoria⁴¹⁵.

Volendo riportare solo alcune particolarità dei diversi ordinamenti, in Estonia la mediazione penale risulta largamente applicata (60% del totale dei procedimenti di mediazione) nell'ambito delle violenze domestiche, nel quale invece in altri stati spesso si registra una forte opposizione, soprattutto da parte delle associazioni per la tutela delle vittime, al ricorso ai meccanismi conciliativi⁴¹⁶. Inoltre, permangono alcuni Stati nei quali, per motivi diversi, il ricorso alle forme di *restorative justice* è minimale⁴¹⁷.

In generale, il ricorso alle citate forme di giustizia, sebbene conosciuto in tutti gli ordinamenti europei, conosce modelli e frequenze applicative molto diverse ed influenzate dai più molteplici fattori, alcuni legati alla disciplina legislativa, altri al tipo di ordinamento dello Stato ed all'organo demandato ad attuare le varie forme di mediazione⁴¹⁸. Inoltre, quasi tutte le legislazioni sono concentrate principalmente sulla figura dell'autore del reato rispetto alla vittima, che rimane in una posizione di secondo piano⁴¹⁹.

per un massimo di due mesi. Inoltre, ove lo ritenga necessario, egli può anche «avvalersi anche dell'attività di mediazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio».

⁴¹⁵ Per un'analisi critica e puntuale di questi meccanismi, cfr. E. MATTEVI, *La giustizia riparativa ed il sistema del giudice di pace, Tesi di dottorato*, reperibile all'indirizzo: http://eprints-phd.biblio.unitn.it/901/1/tesi_Mattevi.arch.pdf, 2013, 228 ss.; e L. PICOTTI, *Giudice «di pace» e nuovi strumenti di diritto pene sostanziale per una giustizia conciliativa. Considerazioni introduttive*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER, *Verso una giustizia penale «conciliativa»*, cit., 137 ss.

⁴¹⁶ È così ad esempio della Spagna, dove vige il divieto di mediazione nei casi di violenza di genere nelle relazioni ristrette. In questo contesto risulta particolarmente alto il rischio di «vittimizzazione secondaria e ripetuta» della vittima, esposta a pericoli di ritorsione e naturalmente portata, a causa della sua sudditanza psicologica nei confronti dell'autore del reato, a porre in essere comportamenti accondiscendenti non sinceri. Cfr. F. PARISI, *La restorative justice alla ricerca di identità e legittimazione*, cit., 10-11 e 26 ss.

⁴¹⁷ È il caso di Danimarca (dove il motivo principale dell'insuccesso della RJ è l'opposizione delle vittime), Bosnia Erzegovina e Croazia (qui l'intralcio nasce dalle difficoltà pratiche di attuazione della Direttiva 2012/29/UE) e Lituania (ove la diffusione di numerosi strumenti di *diversion* toglie terreno alla RJ). Cfr. R. FLOR, E. MATTEVI, *op. cit.*, 4, 6.

⁴¹⁸ Cfr. *European Guidelines for victims' participation in restorative justice processes in juvenile justice systems*, cit., 18-20.

⁴¹⁹ La ragione di questo disequilibrio, riscontrato da D. MIERS, I. AERTSEN, *Restorative justice: a comparative analysis of legislative provision in Europe*, in *op. cit.*, 545, va cercata nella tradizionale concezione del diritto penale menzionata al precedente punto 4.1.

4.3. Giustizia riparativa, esecuzione della pena e rieducazione.

Un'interessante ipotesi di *restorative justice* si ha se il confronto con la vittima trova attuazione nella fase dell'esecuzione della pena⁴²⁰: tali meccanismi si rivelano utili sia nel percorso del condannato verso la risocializzazione sia nell'elaborazione del dolore derivante dal reato per la vittima⁴²¹.

Assolve il secondo fine, tra gli altri, il modello del *victim impact panel*, che prevede che un piccolo gruppo di vittime racconti ad un piccolo gruppo di autori di un certo reato quali sono state, per loro e per i loro famigliari, le conseguenze negative del fatto subito. Ciascuna vittima ha un tempo determinato a disposizione e non si prevede (ma non è vietato) che gli autori rispondano, perché si tratta di un istituto pensato per dare sfogo in primo luogo ai sentimenti delle vittime. Non è escluso che dall'ascolto possano derivare anche conseguenze positive per i condannati, benché tale fine sia perseguito più specificamente dai *victim empathy groups or classes*. In questa seconda ipotesi, il reo viene messo di fronte alla dimensione psicologica e morale del danno inflitto attraverso il racconto non-giuridico, spontaneo ed empatico delle vittime di reati simili a quelli da lui commessi (c.d. vittime surrogate). Lo scopo degli incontri non è quello di favorire la riconciliazione o la riparazione, ma solo di favorire un percorso risocializzante che consenta di diminuire la quota di recidiva⁴²².

Questi metodi sono stati sperimentati inizialmente negli Stati Uniti, dove la ricerca empirica ha dimostrato che il tasso di recidiva nei detenuti che avevano partecipato a forme di confronto con le vittime era significativamente inferiore rispetto a quello dei non partecipanti, oltre a diminuire sensibilmente con l'aumentare della durata del programma⁴²³. Tra le ragioni del successo di tali modelli si rileva che essi, migliorando il rapporto del reo con la vittima, riescono ad incidere positivamente anche sulla sfera interiore del soggetto stesso da un lato e sui suoi rapporti con l'intera collettività dall'altro. In tale ultima ottica, la pena riuscirebbe a

⁴²⁰ Cfr. T. BARABÁS, *The possibilities of reconciliation and restoration in prisons*, in *op. cit.*, 26 ss.

⁴²¹ Cfr. I. AERTSEN, *Restorative prisons: where are we heading?*, in *op. cit.*, 266.

⁴²² Cfr. G. MANNOZZI, *La reintegrazione sociale del condannato*, cit., 842 ss.

⁴²³ In California, la recidiva è diminuita del 46% per i detenuti che hanno seguito un programma di 8 settimane, e dell'82,5% per quelli che invece hanno partecipato ad un programma di 16 settimane. Cfr. G. MANNOZZI, *La reintegrazione sociale del condannato*, cit., 843.

recuperare quella dimensione di inclusione sociale che secondo molti ha ormai perso⁴²⁴. Alcune sperimentazioni di questi metodi si registrano in Belgio⁴²⁵.

Anche in Italia inizia a diffondersi una certa sensibilità per questo genere di procedure: accanto a fenomeni più isolati, dovuti all'interesse di un singolo magistrato per il percorso di mediazione tra condannato e vittima (surrogata) al fine di valutare lo stadio di risocializzazione del primo⁴²⁶, vi sono veri e propri progetti pilota di giustizia riparativa in fase esecutiva⁴²⁷.

5. La pena nella giustizia penale internazionale, appunti sulla scelta di non punire e sulle soluzioni conciliative.

5.1. Il contesto di riferimento

Il diritto penale internazionale rappresenta un campo interessante per lo studio della pena, sia per quanto riguarda le sue funzioni sia in riferimento, più concretamente, alla sua esecuzione⁴²⁸.

⁴²⁴ Cfr. *ibidem*, 844, dove si segnala che, in Europa, sperimentazioni in tal senso si sono registrate in Belgio ed in Germania. Sulla «pena che esclude» si rimanda a quanto già esposto *sub* 2.2. ed agli scritti di M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., 101 ss.

⁴²⁵ Cfr. I. AERTSEN, *Restorative prisons: where are we heading?*, in *op. cit.*, 267-271.

⁴²⁶ Cfr. G. MANNOZZI, *La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia*, cit., 839 ss., che riferisce della valorizzazione della mediazione in fase esecutiva in Italia, avvenuta pur in assenza di un esplicito dato normativo sul punto ed all'interno di un progetto «sperimentale». Si tratta del caso di un condannato all'ergastolo per reati molto gravi (tra i quali associazione a delinquere, omicidio e rapina), il quale aveva iniziato un percorso di mediazione penale non con le vittime dirette dei suoi reati, bensì con una c.d. vittima surrogata, il figlio di un Carabiniere ucciso dalle Brigate Rosse. In tal caso, l'esito positivo della mediazione, desunto dalla partecipazione sincera del soggetto, dalla sua volontà di chiedere perdono, dalla revisione critica del suo operato e dalla profonda riflessione maturata durante gli anni di carcere hanno convinto il Tribunale di Sorveglianza a ritenere integrato il requisito dei «progressi compiuti nel trattamento» richiesto dall'art. 50 ord. pen. al fine della concessione della misura alternativa della semilibertà. Cfr. Tribunale di Sorveglianza di Venezia, ordinanza 7 gennaio 2012, n. 5, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 833.

⁴²⁷ Ci si riferisce qui ai due progetti svolti dal 2010 ad ora nelle carceri di Milano Bollate e Pavia Torre del Gallo, nei quali sono stati organizzati vari incontri di mediazione tra detenuti, volontari, operatori ed agenti di polizia penitenziaria e gruppi di cittadini. Attraverso discussioni relative al significato del termine riparazione e giochi di ruolo volti a fare comprendere sentimenti e disagi dei vari attori del progetto, si è giunti a determinare il contenuto di alcuni percorsi riparativi. Relazione sui contenuti e sulle difficoltà del progetto F. BRUNELLI, *La giustizia riparativa nella fase esecutiva della pena: un ponte tra carcere e collettività*, in G. MANNOZZI, G. A. LODIGIANI, *Giustizia riparativa*, cit., 189 ss.

⁴²⁸ Il tema sarà solo brevemente inquadrato, e solo con riferimento alle norme dello Statuto della Corte Penale Internazionale, senza prendere in considerazione i sistemi «ibridi», come ad esempio i Tribunali Speciali per la Sierra Leone o per la Cambogia. Doveroso dunque il rimando a E. FRONZA, *Le sanzioni*, in AA.VV., *Introduzione al diritto penale internazionale*, II Ed., Milano, 2010, 325 ss.; L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano, 2009, D. PIVA, *Sanzioni e ne bis in idem nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, in E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto penale internazionale, II. Studi*, II Ed., Torino, 2010, 217 ss.; R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Padova, 2007, 453 ss.; A. PULVIRENTI, *L'esecuzione delle pene*

Si tratta di un tema tradizionalmente poco approfondito dalle prime Convenzioni internazionali in materia, le quali si limitavano ad indicare le condotte punibili ma non le relative pene⁴²⁹. Gli stessi statuti dei Tribunali *ad hoc* per l'ex Jugoslavia ed il Ruanda contenevano norme piuttosto vaghe sul punto, e l'elaborazione di criteri commisurativi e di norme sulle sanzioni si deve all'elaborazione giurisprudenziale, come pure a modifiche successive⁴³⁰.

Dal punto di vista legislativo, una (poco) più compiuta regolamentazione del sistema sanzionatorio si rinviene nello Statuto della Corte Penale Internazionale, il quale all'art. 23 sancisce il principio *nulla poena sine lege* e dedica l'intera settima parte alle sanzioni⁴³¹. Per la prima volta (dopo le esperienze dei Tribunali *ad hoc*), attraverso la creazione di un nuovo sistema penale viene conferita ad un organo sovranazionale la facoltà di irrogare una sanzione penale, privativa della libertà personale (reclusione o ergastolo), alla quale può essere aggiunta una pena patrimoniale (ammenda e confisca). Inoltre, lo Statuto contiene alcune disposizioni relative al *sentencing*: l'organo giudicante gode di ampia discrezionalità nel determinare la pena in concreto, dipendente dalla gravità del reato (desunta anche dall'entità del danno inflitto alle vittime), dalla situazione personale del condannato

detentive inflitte dalla Corte Penale Internazionale: un difficile equilibrio tra effettività e garanzie costituzionali, in AA.VV., *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Torino, 2005, 467 ss.

⁴²⁹ Parla al proposito di passaggio da fase «dichiarativa» del diritto penale internazionale in cui lo scopo principale era quello di consacrare sul piano politico, ancor prima che giuridico, la illiceità generalmente riconosciuta di alcuni fatti a prescindere dalle diverse legislazioni nazionali, ad una fase propriamente «costitutiva» D. PIVA, *Sanzioni e ne bis in idem nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, in *op. cit.*, 218. Proprio in un momento di grande diffusione dell'idea della crisi della pena a livello interno è stata creata una Corte Penale Internazionale con il compito di perseguire penalmente i più gravi tra i crimini. Parla al proposito di «paradosso» G. FIANDACA, *I crimini internazionali tra punizione, riconciliazione e ricostruzione*, in *Criminalia*, 2007, 41-42.

⁴³⁰ Gli artt. 24 ICTY St e 23 ICTR St indicano tra le sanzioni solo la pena detentiva, a vita o meno, ma non danno ulteriori indicazioni sulla relativa durata. Inoltre, entrambi gli statuti prevedono che, nella determinazione della pena, i Tribunali debbano fare riferimento alla *general practice* delle corti nazionali di ex-Jugoslavia e Ruanda. Di fatto, le decisioni di questi due organi sono caratterizzate da un approccio *case by case*, nel quale l'enorme discrezionalità lasciata ai giudici si è tradotta di fatto in soluzioni incoerenti talvolta orientati a conferire alla pena una funzione simbolica. In media, fino al 2013 le condanne dell'ICTY sono state di 15 anni di reclusione, quelle dell'ICTR di 33,5. Cfr. E. HOVEN, *Elf Stunden für ein Menschenleben. Zur Strafzumessung im Völkerstrafrecht*, in *ZStW*, 2013, 138-140.

⁴³¹ Prende in rassegna le norme dello Statuto della Corte Penale Internazionale e del relativo Regolamento di procedura e prova R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, cit., 454-459.

(posizione gerarchica, livello di istruzione, età) ed infine dal grado della sua colpevolezza, richiedendo la regola 145 una *proporzione tra pena e colpevolezza*⁴³².

5.2. Alcuni dei problemi

Ai fini del presente lavoro, interessa notare, in primo luogo, come lo Statuto di Roma non contenga disposizioni specifiche relative alla finalità della pena, nonostante il Preambolo, al punto V, menzioni tra gli scopi dell'istituzione della Corte quelli di «*put an end to impunity for the perpetrators of these crimes and thus to contribute to the prevention of such crimes*».

Se da un lato tale affermazione potrebbe far pensare che la pena deve svolgere una funzione preventiva, dall'altro rimane aperto il discorso relativo alle finalità generali delle giurisdizioni penali internazionali, quali la realizzazione della giustizia, l'indagine e la diffusione della verità, la riconciliazione e la pace⁴³³: uno dei motivi per cui la finalità della pena non è stata molto approfondita dallo Statuto può risiedere (oltre che nella difficoltà di trovare un compromesso sul punto tra gli Stati) proprio nel fatto che questo tipo di diritto nasce con scopi ulteriori rispetto alla mera punizione dei colpevoli⁴³⁴. Questa sovrapposizione di scopi rende particolarmente difficile chiarire quale funzione debba essere attribuita alla pena in quest'ambito, oltre al fatto che non sempre l'obiettivo della realizzazione della pace va di pari passo con la lotta all'impunità⁴³⁵.

⁴³² In particolare, le pene applicabili sono elencate dall'art. 77 dello Statuto, che prevede la reclusione a tempo determinato (per un massimo di 30 anni) e, in casi di particolare gravità, l'ergastolo (cfr. art. 77, comma 1 lett. b) *A term of life imprisonment when justified by the extreme gravity of the crime and the individual circumstances of the convicted person*), la pena pecuniaria ed una serie di misure assimilabili alla nostra confisca. L'art. 78, invece, fornisce dei criteri relativi al *sentencing*, tra cui «*such factors as the gravity of the crime and the individual circumstances of the convicted person*», oltre a prevedere la detrazione del periodo di custodia cautelare presso la Corte ai fini del calcolo della pena da espiare e regolare l'ipotesi del concorso di reati. Alcune indicazioni relative all'applicazione delle pene ed ai criteri commisurativi si trovano nel Regolamento di Procedura e Prova (regola 145 in particolare). Rispetto ai Tribunali *ad hoc*, si nota l'assenza del riferimento ad uno *standard* nazionale.

⁴³³ Secondo R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, cit., 465, la funzione di accertamento della verità «contro il rischio di falsificazioni della storia» e la volontà di porre l'autore dei crimini internazionali davanti alle proprie responsabilità anche storiche sono due fini peculiari della giustizia penale internazionale, che si affiancano a quelli tradizionali (preventivi e retributivi).

⁴³⁴ Cfr. E. FRONZA, *Le sanzioni*, in *op. cit.*, 329-30, ma anche G. FIANDACA, *I crimini internazionali tra punizione, riconciliazione e ricostruzione*, cit., 47-9.

⁴³⁵ Cfr. M. DAMAŠKA, *L'incerta identità delle corti penali internazionali*, in *Criminalia*, 2006, 12-14, il quale provocatoriamente afferma: «Le tensioni fra l'aspirazione delle corti di porre fine a conflitti in atto e il desiderio di portare alla sbarra i capi delle parti in lotta sono facilmente riconoscibili. Se infatti sapessero di essere giudicati al termine del conflitto o dopo la fine del loro mandato, è probabile che i *leaders* politici terrebbero tenacemente le redini del potere e continuerebbero il conflitto. La

Quanto alla retribuzione, la constatazione che la tale finalità non potrà mai essere davvero soddisfatta a causa della sproporzione cronica tra l'entità della pena e l'enorme gravità dei fatti commessi porta ad escludere quest'ultimo scopo, a favore quindi ancora di una valorizzazione della prevenzione/deterrenza, più in linea con il citato testo del Preambolo⁴³⁶.

Tuttavia, l'opportunità della prevalenza alla funzionalità preventiva della pena si scontra con alcuni dati di fatto: per la loro natura, i crimini internazionali sono posti in essere da individui nei cui confronti difficilmente la minaccia della pena può avere efficacia deterrente, considerato che spesso essi mettono in conto anche la morte quale possibile conseguenza delle loro condotte. Inoltre, su di un piano meno ideale e più empirico, dal punto di vista numerico è difficile negare che i soggetti effettivamente puniti probabilmente rappresenteranno sempre una percentuale ridotta dei perpetratori⁴³⁷. In tale ottica, sembra prevalere l'aspetto negativo della prevenzione speciale, limitato alla neutralizzazione⁴³⁸.

richiesta di osservare il diritto penale internazionale inizia a scontrarsi con calcoli dettati dalla prudenza: quante vite dovrebbero essere sacrificate per rendere giustizia ai morti?».

⁴³⁶ Invita a prendere semplicemente atto di questa circostanza, M. DONINI, *La condanna a morte di Saddam Hussein. Riflessioni sul divieto di pena capitale e sulla «necessaria sproporzione» della pena nelle gross violations*, in *Cass. pen.*, 2007, 13-14, che anzi vede proprio nell'accettazione di questo paradosso retributivo la legittimazione della giustizia penale, che non deve ricorrere ad atrocità o violazioni dei diritti umani. Peraltro, risulta problematico anche stabilire un rapporto tra la gravità del fatto e la colpevolezza, a causa del particolare contesto collettivo nel quale normalmente vengono posti in essere questi crimini, come evidenziato da F. NEUBACHER, *Strafzwecke und Völkerstrafrecht*, in *NJW*, 2006, 968: «*Besonders gewichtig ist der Einwand, dass gerade im Völkerstrafrecht das Maß des verübten Unrechts wenig aussagt über das Maß der Schuld des Täters. Ohne die Schuld des Einzelnen dadurch per se in Frage zu stellen, begegnen wir im Kontext angeordneter und/oder im Kollektiv begangener Verbrechen situationsabhängig so zahlreichen Abstufungen der individuellen Vorwerfbarkeit, dass wir uns davor hüten sollten, Unrecht und Schuld in eins zu setzen oder die «Tatproportionalität» (...) stärker zu akzentuieren.*» La notizia della condanna a 35 anni inflitta in primo grado a Kaing Guek Eav, *alias* Duch, uno dei gerarchi del regime cambogiano dei Khmer Rossi, dal Tribunale Straordinario per la Cambogia, fu data dai giornali attraverso il titolo «Undici ore per ciascuna vita umana». Benchè in appello tale condanna sia stata convertita nell'ergastolo, sono intuibili sia l'impossibilità di differenziare tra loro le pene per reati così gravi, sia la sproporzione tra queste e le pene inflitte nell'ambito dei singoli stati nazionali, dove talvolta anche un solo omicidio, per le modalità in cui è commesso, potrebbe portare all'ergastolo. Parimenti, è stato calcolato che nel caso Krstic (ICTY, IT-00-39-T, sentenza del 27.9.2006) il rapporto era di 1,825 giorni di carcere per ciascuna vittima. I neoretribuzionisti risolvono il problema dicendosi semplicemente a favore di un maggior ricorso alla pena dell'ergastolo. La problematica è affrontata da E. HOVEN, *Elf Stunden für ein Menschenleben*, cit., 137 ss., 144-15.

⁴³⁷ Cfr. G. FIANDACA, *I crimini internazionali tra punizione, riconciliazione e ricostruzione*, cit., 44-5. Inoltre, non va dimenticato che, di fatto, in questo genere di conflitti la perpetrazione di crimini quali la pulizia etnica spesso gode, almeno nella fase iniziale, di un ampio consenso popolare. Cfr. M. DAMAŠKA, *L'incerta identità delle corti penali internazionali*, cit., 13, che fa l'esempio dell'Ex-Jugoslavia e del Ruanda. Contra F. NEUBACHER, *Strafzwecke und Völkerstrafrecht*, cit., 968-9, che invece ritiene che la prevenzione generale potrebbe funzionare, sia in senso negativo perché l'istituzione stessa della Corte potrebbe fungere da disincentivo, sia positivamente, perché le sentenze

Sebbene la questione sia tuttora discussa, lo Statuto di Roma di per sé non esclude che la pace possa essere raggiunta anche attraverso forme di giustizia conciliativa e tradizionale, come avvenuto già in altri contesti di *gross violations*, né la legittimità dell'amnistia quale forma per superare il passato e mantenere la pace nel presente⁴³⁹.

Quindi, il composito quadro delle funzioni della pena sul piano internazionale deve confrontarsi non solo con uno scarso riferimento legislativo, ma anche con la concorrenza di meccanismi alternativi alla punizione ma comunque legittimi, in una difficile opera di integrazione multilivello. Per quanto questa complessità sia in un certo modo connaturata al diritto penale internazionale, la mancanza di una chiara linea in relazione alle funzioni della pena si traduce in una cascata di incertezze sistematiche generali⁴⁴⁰. Spicca, tra queste, il problema dell'interpretazione del dato letterale relativo ai criteri commisurativi della pena⁴⁴¹.

Dall'ampiezza dello spazio concesso alle vittime, alle quali vengono riconosciuti, oltre alla protezione testimoniale, diritti di riparazione (art. 75 *ICC St* e

della Corte potrebbero rafforzare la fiducia dei consociati nel sistema della giustizia penale internazionale.

⁴³⁸ Cfr. F. NEUBACHER, *Strafzwecke und Völkerstrafrecht*, cit., 968, il quale tuttavia riconosce uno spazio di operatività anche alla prevenzione generale, positiva e negativa (cfr. nota precedente). Non trova spazio per la prevenzione speciale a causa delle particolarità che caratterizzano questi reati ed i loro «illustri» autori nemmeno E. HOVEN, *Elf Stunden für ein Menschenleben. Zur Strafzumessung im Völkerstrafrecht*, cit., 137 ss., 146-8, la quale in conclusione si dice a favore di una concezione retributiva della pena, che preveda un largo uso dell'ergastolo, corredata dal perseguimento di finalità di prevenzione generale positiva, intesa come rafforzamento, anche simbolico, della fiducia nell'effettività del sistema punitivo internazionale (cfr. ibidem, 152 e 167-8)

⁴³⁹ Vengono qui in rilievo gli articoli 16 (*Deferral of investigation or prosecution*) e 53 (*initiation of an investigation*) *ICC St*, che secondo un'interpretazione potrebbero legittimare anche la scelta di non punire in nome di una Risoluzione del Consiglio di Sicurezza ONU volta al mantenimento della pace mondiale oppure nel caso in cui si ritenga che l'inizio o la prosecuzione delle indagini da parte del Procuratore «*would not serve the interests of justice*» (art. 53, co. 1, lett. c). Analizza la questione T. ZIMMERMANN, «*Deals*» mit Diktatoren? Zur politischen Verhandlungbarkeit völkerrechtlicher Strafansprüche, in *ZIS*, 2013, 102 ss. Potrebbero rientrare nel campo di applicazione della citata disposizione dell'art. 53 *ICC St* anche forme di giustizia conciliativa, ma non amnistie incondizionate secondo L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, cit., 203 ss., in particolare 222-4. La questione è affrontata anche da D. ROCHE, *Truth commissions Amnesties and the ICC*, in *Brit. J Criminol.*, 2005, 565, e K. A. RODMAN, *Is peace in the interests of justice? The case for broad prosecutorial discretion at the ICC*, in *Leiden Journal of International Law*, 2009, 99. Sull'utilità delle amnistie sul lungo periodo, per degli esempi relativi alla giustizia di transizione, cfr. G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino, 2013, 171 ss.

⁴⁴⁰ Cfr. E. FRONZA, *Le sanzioni*, in *op. cit.*, 373-4, ma anche E. HOVEN, *Elf Stunden für ein Menschenleben. Zur Strafzumessung im Völkerstrafrecht*, cit., 142.

⁴⁴¹ E così, ad esempio, il criterio di valutazione della situazione personale del condannato: l'alto livello di cultura di un soggetto potrebbe essere considerato positivamente in un'ottica risocializzativa (quale segno che vi è terreno fecondo per un vero ripensamento) ovvero negativamente in una prospettiva meramente retributiva. Cfr. D. PIVA, *op. cit.*, 221, nota 5 e 233-234.

regole 94-99) e di partecipazione al processo (art. 68 co. 3 *ICC St* e regole 89-93), si può dedurre anche un'apertura verso la pena in senso riparativo. Tuttavia, solo dall'ampiezza che assumerà in concreto la combinazione dei diritti delle vittime (in particolare, dal riconoscimento, a loro favore, di un potere di vero e proprio intervento nel *sentencing*) possono derivare significative ricadute sulla finalità della pena⁴⁴². Come è stato osservato, proprio dalla valorizzazione del ruolo delle vittime si possono trarre argomenti a favore della posizione che nega alla pena una funzione retributiva, considerato che le ricerche empiriche sembrano dimostrare l'assenza di interconnessione tra retribuzione e livello di soddisfazione della vittima⁴⁴³.

In secondo luogo, salta subito all'occhio la mancanza di corrispondenza tra un determinato crimine e la relativa sanzione: eccezion fatta per i delitti integranti in senso lato un oltraggio alla Corte⁴⁴⁴, lo Statuto prevede lo stesso quadro edittale per tutti i tipi di crimini di sua competenza, all'interno del quale il giudice può muoversi discrezionalmente all'interno dei criteri di *sentencing* dati. Tuttavia, la vaghezza circa la finalità della sanzione rende difficile definire tali criteri (ad esempio, quello della gravità del crimine)⁴⁴⁵. La questione è stata risolta in sede di applicazione da quegli Stati che hanno deciso, nell'implementazione dello Statuto, di prevedere una puntuale corrispondenza tra ciascun delitto e relativa pena⁴⁴⁶.

Infine, si nota l'assenza della pena di morte. Tuttavia, la natura compromissoria di questa «non-previsione» emerge dall'art. 80 dello Statuto, che fa

⁴⁴² Cfr. E. FRONZA, *Le sanzioni*, in *op. cit.*, 354-355.

⁴⁴³ Cfr. G. FIANDACA, *I crimini internazionali tra punizione, riconciliazione e ricostruzione*, cit., 46, e *supra*, punto 4. Conf. F. NEUBACHER, *Strafzwecke und Völkerstrafrecht*, cit., 969, il quale usa gli stessi argomenti per fondare la sua teoria della funzione generalpreventiva della pena nel diritto penale internazionale. Non è così convinta che le vittime non diano così tanta importanza alla punizione dei colpevoli E. HOVEN, *Elf Stunden für ein Menschenleben. Zur Strafzumessung im Völkerstrafrecht*, cit., 151, la quale cita una ricerca del 2004 dell'università di Berkley, secondo la quale il 96,8% delle vittime del regime cambogiano si disse a favore della sottoposizione degli autori a processo penale, auspicando nell'84,4% dei casi che fosse applicata loro la pena dell'ergastolo. A conclusioni analoghe pare arrivare G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, cit., 163-9, che riferendosi ad Argentina, Cile, Uruguay e Perú, tutti Paesi che hanno visto l'attuazione di varie forme di giustizia riparativa, riscontra un recente ritorno alla punizione retributiva, sintomo di una necessità inderogabile fatta di «elementi di razionalità ed emotività» (*ibidem*, 166).

⁴⁴⁴ Si tratta di reati che non definiremmo «contro l'amministrazione della giustizia», puniti dagli artt. 70 e 71 *ICC St*. In forza della loro minore gravità rispetto ai crimini perseguiti dalla Corte, essi non sono sottratti alla prescrizione ed è facilitata la loro persecuzione a livello nazionale. Cfr. E. FRONZA, *Le sanzioni*, in *op. cit.*, 357.

⁴⁴⁵ Così E. FRONZA, *Le sanzioni*, in *op. cit.*, 365.

⁴⁴⁶ È il caso, ad esempio, della Germania, che nel *Völkerstrafgesetzbuch*, entrato in vigore il 30 giugno 2002 (un giorno prima dello Statuto di Roma) prevede puntualmente delle cornici edittali di pena per ciascuna delle varianti dei crimini di complementare competenza della Corte.

salva l'applicazione, da parte degli Stati di pene previste dal loro diritto interno. Tale disposizione, in realtà superflua perché una tale conclusione si poteva desumere già dal principio di complementarità, fu inserita proprio per consentire agli Stati che la prevedono di continuare ad applicare la pena capitale⁴⁴⁷.

Un quarto problema riguarda l'esecuzione della pena, che dovrà necessariamente avvenire in uno Stato parte dichiaratosi disponibile in tal senso. La scelta dello Stato di esecuzione spetta alla Corte, che dovrà decidere in base a diversi criteri, tra cui spiccano la scelta del condannato ed il rispetto, da parte dello Stato dell'esecuzione, degli standard internazionali sul trattamento dei detenuti⁴⁴⁸. Tuttavia, nonostante la presenza di questa ultima condizione, non sia scongiurato il rischio di una disuguaglianza di trattamento dei condannati⁴⁴⁹.

Interessante notare che, benché per le condizioni di detenzione valgano le norme proprie dello Stato parte⁴⁵⁰, rimane prerogativa della Corte decidere se operare o meno una riduzione della pena in fase esecutiva (possibile anche nel caso dell'ergastolo), tenendo in conto fattori quali «*the early and continuing willingness of the person to cooperate with the Court in its investigations and prosecutions*», la cooperazione del condannato «*in enabling the enforcement of the judgements and orders of the Court in other cases*» ed «*other factors establishing a clear and significant change of circumstances sufficient to justify the reduction of sentence*»⁴⁵¹.

⁴⁴⁷ Cfr. D. PIVA, *op. cit.*, 218.

⁴⁴⁸ Questo aspetto viene regolato dagli artt. 103, 104 e 105 *ICC St*, contenuti nella Decima parte dello Statuto stesso, dedicata all'*enforcement*. Interessante riportare la norma relativa ai criteri di scelta dello Stato di esecuzione. Oltre al rispetto del principio dell'equa distribuzione dei condannati tra gli Stati, l'Art. 103, co. 3 *ICC St*, richiede, alle lettere b)-e), che la Corte consideri «(b) *The application of widely accepted international treaty standards governing the treatment of prisoners; (c) The views of the sentenced person; (d) The nationality of the sentenced person; (e) Such other factors regarding the circumstances of the crime or the person sentenced, or the effective enforcement of the sentence, as may be appropriate in designating the State of enforcement*».

⁴⁴⁹ Così E. FRONZA, *Le sanzioni*, in *op. cit.*, 370.

⁴⁵⁰ Con potenziale conflitto tra queste e l'art. 105 *ICC St*, nel caso le norme interne prevedano un'attenuazione alla rigidità del regime detentivo anche prima dei termini previsti dallo Statuto. Cfr. A. PULVIRENTI, *L'esecuzione delle pene detentive inflitte dalla Corte Penale Internazionale*, cit., 488.

⁴⁵¹ Cfr., più precisamente, l'art. 110 *ICC St*, che permette l'attivazione del meccanismo di revisione solo dopo che siano stati scontati due terzi della condanna ovvero, nel caso dell'ergastolo, 25 anni. Come molte altre norme dello Statuto, tale previsione è il risultato della mediazione tra gli Stati parte che ammettono l'ergastolo nel loro ordinamento e quelli che invece lo hanno abolito da anni, considerandolo una pena inumana e degradante. Così E. FRONZA, *Le sanzioni*, in *op. cit.*, 358.

CAPITOLO I

Alla luce di quanto esposto, pare potersi affermare che le norme sull'esecuzione della pena non siano del tutto prive di un orientamento più spiccatamente specialpreventivo nel senso positivo del termine⁴⁵².

⁴⁵² Così A. PULVIRENTI, *L'esecuzione delle pene detentive inflitte dalla Corte Penale Internazionale*, cit., 478.

CAPITOLO SECONDO

TEORIA E PRASSI NELL'INFLIZIONE ED ESECUZIONE DELLA PENA, IN ITALIA.

1. I fini della pena dal codice Rocco alla Costituzione: un excursus storico

1.1. Il dato normativo frutto del «compromesso»

I risultati dell'elaborazione della scienza penalistica dei primi anni del XX sec. portarono al superamento del giusnaturalismo illuminista ed alla fondazione di una scuola esegetico-dogmatica di interpretazione e sistemazione del diritto penale¹. Inoltre, si assistette ad un progressivo affievolimento della polemica più aspra tra le scuole classica e positiva. Iniziò un movimento di critica alla pena in genere, in particolare delle pene detentive di breve durata, insieme ad un tentativo di distinzione tra le varie categorie di delinquenti, che avrebbe potuto divenire la premessa per una nuova impostazione della teoria della pena e della prassi penitenziaria. Infine, fu valorizzato il fattore sociale nell'ambito penalistico, che non escludeva future commistioni con la criminologia e con la politica criminale e penitenziaria².

Più specificamente, il dibattito che accompagnò l'elaborazione del codice Rocco³ fu influenzato dal citato «conflitto tra le scuole», che si cristallizzò nel noto

¹ Essa, seguendo le conquiste della dogmatica tedesca, «tracciava anche le premesse di una teoria generale del diritto penale che, indipendentemente dal variare delle incriminazioni di parte speciale, dovevano divenire la base di una scienza costituita dallo studio delle categorie logiche necessarie del pensiero penalistico» P. NUVOLONE, *La scienza penale all'inizio del secolo XX*, cit., 445.

² Cfr. P. NUVOLONE, *La scienza penale all'inizio del secolo XX*, cit., 445.

³ Il progetto di codice fu elaborato da ARTURO ROCCO (1876-1942), maggiore esponente del c.d. «tecnicismo giuridico», il cui manifesto si rinviene nella sua prolusione sassarese «Il problema e il metodo della scienza del diritto penale» (1910). Tale opera indaga il tema dell'oggetto della scienza del diritto penale, che deve essere unicamente il diritto positivo. Rocco nega la correttezza e la legittimità del campo di studio sia dei classici, troppo concentrati sul diritto naturale e sulla legge morale, sia dei positivisti, che invece contaminano gli studi penalistici con la psicologia, la sociologia, la statistica e la politica. Egli afferma che pure i penalisti dovrebbero, al pari degli studiosi del diritto privato, concentrarsi sullo «studio della disciplina giuridica di quel fatto umano e sociale che si chiama delitto, e di quel fatto sociale e politico che si chiama pena, cioè lo studio delle norme giuridiche che vietano le azioni umane imputabili, ingiuste e dannose indirettamente produttive e

compromesso⁴ rappresentato dal sistema del «doppio binario». Inoltre, il codice Rocco reintrodusse la pena di morte⁵, ma prevedeva anche la sospensione condizionale, la liberazione condizionale ed il perdono giudiziale per i minorenni. In generale, esso rimaneva strettamente legato al principio di legalità ed era caratterizzato da una rigorosa prevenzione del crimine⁶.

Uno sguardo ai lavori preparatori chiarisce che la pena doveva avere, nell'intenzione del legislatore, principalmente la funzione di prevenzione generale: essa rappresentava lo strumento in mano allo Stato fascista per esercitare il proprio diritto di punire al fine di conservarsi e difendersi, sacrificando, se necessario, anche l'interesse del singolo (autore o vittima) in nome della difesa della società contro il pericolo di reati⁷. Accanto ad essa, vi era spazio per un ruolo «satisfattorio», che

rivelatrici di un pericolo per l'esistenza della società giuridicamente organizzata (...). Questo studio è necessariamente uno studio *tecnico-giuridico*, perché altri mezzi non si hanno, nella conoscenza scientifica del diritto, se non quelli forniti dalla *tecnica giuridica*» (AR. ROCCO, *Il problema ed il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1910, 518). Secondo P. NUVOLONE, *ult. op. cit.*, 441, il merito dell'indirizzo tecnico-giuridico rimane quello di avere affinato i mezzi di interpretazione e chiarito certe categorie generali del pensiero penale, «*predisponendo il terreno ad una legislazione quale il codice del 1930 che si segnala, ancor oggi, per la precisione del linguaggio giuridico e per la collocazione sistematica delle materie, anche se, quanto ai contenuti, può dirsi in parte superato*» (*ibidem*, 441). Alla Prolusione Sassarese a cento anni dalla sua proclamazione è dedicata una parte del numero 2010 della rivista *Criminalia*, con contributi di M. DONINI, *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europismo giudiziario*, (127-78); G. FIANDACA, *Rocco: è plausibile una de-specializzazione della scienza penalistica?* (179-206); T. PADOVANI, *Lezione introduttiva sul metodo nella scienza del diritto penale* (227-38); D. PULITANÒ, *La scienza penale tra fatti e valori* (239-52).

⁴ Lo definisce una rilevante sconfitta per entrambe le scuole J. L. GUZMÁN DALBORA, *Pena e misure di sicurezza. Profili concettuali, storici e comparatistica*, cit., 91-93, che individua nel penalista svizzero CARL STOOS colui che per primo elaborò compiutamente il compromesso, inserendo le misure di sicurezza nel progetto preliminare del codice penale per la Confederazione Elvetica del 1893.

⁵ Sulla previsione della pena di morte nel codice Rocco, estesa anche ad alcuni reati comuni, cfr. I. Mereu, *La morte come pena*, cit., 185-188, che evidenzia come tale introduzione avesse goduto dell'approvazione di molti degli organi rappresentativi interpellati: si dichiararono favorevoli la corte di Cassazione e tutte le corti d'Appello del Regno, molte delle università (Bologna, Catania, Messina, Padova e Pavia, mentre contrarie furono Palermo, Parma ed Urbino) e tutti i consigli dell'ordine degli avvocati tranne quello di Lucca. La pena di morte per i reati comuni fu abolita dal legislatore postfascista con d.lg.lgt. 10 agosto 1944.

⁶ Cfr. G. VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 3. L'Autore sottolinea questi aspetti positivi del codice, che nei suoi oltre ottant'anni di vigenza lo tengono al riparo da interventi troppo invasivi da parte della Corte Costituzionale.

⁷ Cfr. *Relazione Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli (Rocco). Presentata nell'udienza del 19 ottobre 1930-VIII per l'approvazione del testo definitivo del codice penale*, in MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO (a cura di), *Lavori preparatori*, Roma, Vol. VII, 1930, 12-13. La prevalenza dell'interesse alla difesa dello Stato di fronte a quella dei diritti individuali emerge anche dal favore di Rocco per la pena di morte, giustificata anche in base alla circostanza che «l'individuo è appunto mezzo dei fini sociali, che oltrepassano di molto la sua vita. (...) quando occorre, per le ragioni supreme della difesa della società e dello Stato, dare un solenne esempio ammonitore e placare la giusta indignazione della coscienza popolare, evitando così sanguinose

ricorda 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 c.d. soddisfattoria, 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, causa di gravissimi disordini e occasioni di nuovi delitti»⁸.

Sul secondo binario rispetto alla pena tradizionale, inflitta sul presupposto della colpevolezza, correivano le misure di sicurezza⁹, fondate sulla pericolosità sociale del reo e volte unicamente ad evitare che lo stesso incorresse nella commissione di nuovi reati¹⁰.

rappresaglie e gravi disordini, è perfettamente legittimo (...) infliggere all'individuo il fine supremo» (*ibidem*, 21). Certo, Rocco ammette che la pena di morte rende impossibile l'emenda e la rieducazione del reo: ma poiché egli considera questi due scopi come meramente accessori che in ogni caso non potrebbero validamente spiegarsi in capo a coloro che hanno commesso dei delitti talmente gravi da essere puniti con la morte, per loro natura inemendabili. Quindi, la sola effettiva prevenzione speciale nei loro confronti è l'eliminazione (cfr. *ibidem*, 22).

⁸ Cfr. *Relazione a S.M. il Re*, cit., 22. Già nella precedente Relazione preliminare del Ministro Rocco al Parlamento si legge che, tra i principi ispiratori della riforma, vi era quello di «rinviare la scadenza efficacia della pena (...) ora accentuandone, ove occorra, il rigore e la gravità», altrove introducendo nuovi tipi di pene. (Cfr. AL. ROCCO, *Relazione*, in *Lavori preparatori*, Vol. I, Roma, 1928, 14). Dalla successiva relazione al nuovo regolamento per gli istituti di prevenzione e pena pare emergere la prevalenza, in fase esecutiva, della rieducazione, intesa però più che altro come emenda del reo: «L'Italia fascista (...) ha consacrato nel suo codice penale un sistema di esecuzione delle pene detentive, che, superando tutti i contrasti delle scuole, conservando alla pena il suo carattere fondamentale di castigo in correlazione del riaffermato principio della imputabilità morale, segna altresì la necessità che il regime carcerario serva alla rigenerazione del condannato, nell'interesse dell'individuo e della società. A questa finalità di emenda del condannato, che è tra le più nobili aspirazioni della coscienza moderna, sono preordinati i capisaldi della riforma» (AL. ROCCO, *Relazione a S. M. il Re del Ministro Guardasigilli (Rocco) per l'applicazione del testo definitivo del regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena*, in *Riv. dir. penitenz.*, 1931, 582).

⁹ 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» (L. MONACO, *op. cit.*, 63).

¹⁰ Le misure di sicurezza, disciplinate nel titolo VIII del libro I c.p., sono legate alla *pericolosità sociale* del soggetto che ha commesso un reato. Esse incidono sulla libertà personale o sul patrimonio; possono sommarsi alla pena per i soggetti imputabili e semi-imputabili, mentre consistono nell'unica soluzione prevista per i soggetti non imputabili. Per un'introduzione manualistica dell'istituto, che non verrà qui approfondito, si rimanda a D. PULITANÒ, *Diritto penale*, VI. Ed, Torino, 2015, 520 ss. Inizialmente le misure di sicurezza rappresentavano la diretta eredità del pensiero positivista sulla pena: coerentemente con le premesse di tale movimento, quindi, esse erano indeterminate nel massimo, dovendosi protrarre per tutto il tempo per il quale permaneva la pericolosità sociale del soggetto. La legge 30 maggio 2014, n. 81, ha storicamente modificato questo aspetto, prevedendo che la durata delle misure di sicurezza detentive non possa superare la pena massima prevista per il reato commesso. Per un commento alla norma, che la giurisprudenza ha riconosciuto come immediatamente applicabile in forza dell'art. 200, secondo comma, c.p. (un primo provvedimento sembra essere stato Trib. Roma, 3 giugno 2014, B.M., Giud. Di Nicola, in www.penalecontemporaneo.it, 16 giugno 2014) cfr. G. L. GATTA, *Aprite le porte agli internati! Un ulteriore passo verso il superamento degli OPG e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza detentive: stabilito un termine di durata*

Il sistema del doppio binario si rivelò nei fatti contraddittorio ed incongruente a causa della sua natura troppo compromissoria: Arturo Rocco, pur affermando, in apparenza, di avere selezionato gli aspetti positivi di ciascuna delle scuole, non si era curato di creare un sistema legislativo «logicamente dedotto sino alle estreme conseguenze»¹¹. La maggiore contraddizione teorica dell'impianto del codice era data dalla possibilità di applicare ad uno stesso soggetto sia la pena, che è propria di chi è libero di volere e colpevole, sia la misura di sicurezza, la quale invece presuppone tendenza a delinquere e pericolosità sociale¹².

Sul piano pratico, tale contraddizione si rispecchia tuttora nelle difficoltà di coordinamento tra gli articoli 133 e 203 c.p.. Il primo si riferisce al giudizio della capacità a delinquere del colpevole ai fini della commisurazione della pena, mentre il secondo richiede che gli stessi parametri dell'art. 133 c.p. siano utilizzati anche ai fini della valutazione della pericolosità per l'applicazione delle misure di sicurezza. Quindi, se per il giudizio di pericolosità rilevano gli stessi elementi che servono per la quantificazione della pena, si sbiadiscono le differenze di presupposti applicativi tra pene e misure¹³.

Se si considera che al trattamento legislativo differenziato riservato dalla legge ai diversi tipi di soggetti socialmente pericolosi non ha mai corrisposto, nei fatti, la predisposizione di strutture adeguate e differenziate¹⁴, che da tempo si

massima (applicabile anche alle misure in corso, a noi pare). Editoriale, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 6 giugno 2014.

¹¹ G. NEPPI MODONA, *Diritto penale e positivismo*, cit., 57, che nell'opera codicistica del Guardasigilli Rocco ravvisa un'operazione «viziata da profonda onestà intellettuale» messa in atto al solo fine di troncane il dibattito tra le scuole del diritto penale in modo da prevenire qualsiasi discussione relativa alle sue scelte di diritto positivo e da dare strumentalmente un fondamento in qualche modo culturale al nuovo sistema sanzionatorio.

¹² Questo meccanismo 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». Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, VII Ed., Bologna, 2014, 735. Esso viene qualificato quale «decisa superfetazione tecnicistica delle istanze di difesa sociale espresse da uno stato totalitario» da G. BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 20.7.2015, 6.

¹³ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 735.

¹⁴ Un aspetto particolarmente problematico, infatti, è rappresentato dal ricovero nella casa di cura e custodia (misura per i semi-imputabili, art. 219 c.p.) ed in manicomio giudiziario (destinati ai non imputabili, art. 222 c.p., e denominati dal 1975 «ospedali psichiatrici giudiziari»): le prime non furono mai create, così che, di fatto, entrambe le categorie di soggetti vengono ricondotte ai manicomi giudiziari, i quali solo nei casi più virtuosi presentano una sezione speciale per i semi-imputabili. Cfr. M. T. COLLICA, *Verso la chiusura degli O.p.g.: una svolta (ancora) solo annunciata?*, in *Leg. Pen.*, 2014, 264. Inoltre, considerato che per lungo tempo tali misure erano indeterminate nel massimo, i momenti di verifica della persistenza della pericolosità si traducevano di fatto in un automatico prolungamento della misura, che si trasformava in un «ergastolo bianco» (cfr. *ibidem*, 262-263). La

discute sul significato stesso del concetto di pericolosità sociale e sul metodo di misurazione della stessa¹⁵ e, da ultimo, che la Corte Costituzionale più volte è intervenuta a modificare la disciplina delle misure di sicurezza¹⁶, ben si comprende, per quale motivo la dottrina ne auspichi un'integrale rimeditazione, comprendente anche il superamento del sistema del doppio binario¹⁷.

Tuttavia, al di là dei problemi legati al doppio binario, vale la pena di osservare come una delle ragioni del successo dell'assorbimento degli ideali della scuola positiva nel codice Rocco sia da ravvisarsi nel fatto che, in realtà, i presupposti ideologici di fondo del positivismo non erano molto distanti da quelli dominanti in epoca fascista: le esigenze di difesa sociale di Ferri coincidono con la tutela privilegiata dei ceti dominanti ricercata anche dal fascismo. Quindi, di fatto, «rimane (...) il dato di fondo della congenialità tra i due caposaldi della scuola positiva - la critica dell'eccesso di garanzie che la scuola classica riservava al delinquente e l'esigenza di una più efficace difesa della società dal delitto - e la concezione autoritaria dello stato e del sistema penale propugnata da Rocco e dal

citata legge 30 maggio 2014, n. 81, aveva imposto la chiusura degli o.p.g. entro il 31.3.2015 e la sostituzione degli stessi con le «residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza sanitarie» (REMS). Allo stato, tuttavia, il passaggio non può dirsi felicemente concluso. Cfr. G. BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS*, cit., 16-18.

¹⁵ Cfr. G. BALBI, *ult. op. cit.*, 5-9.

¹⁶ Cfr. M. T. COLLICA, *Verso la chiusura degli O.p.g.*, cit., 265-269.

¹⁷ Così, tra i tanti, M. T. COLLICA, *Verso la chiusura degli O.p.g.*, cit., 285. La volontà di superare il sistema del doppio binario trova anche un fondamento dogmatico-ideologico: «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» P. NUVOLONE, *Pena*, in *op. cit.*, 789. In tale ottica, limitatamente agli ospedali psichiatrici giudiziari, è stata salutata con favore la direzione presa dalla legge del 81/2014, che appare come l'ultimo di una serie di provvedimenti che, nati con il mero intento di superare gli o.p.g. (attraverso la creazione di luoghi diversi dove eseguire la misura) hanno finito per incidere significativamente sull'intera disciplina delle misure di sicurezza, prevenendo, ad esempio, che il ricovero nella casa di cura e custodia abbia carattere sussidiario rispetto alle altre misure. Cfr. M. T. COLLICA, *Verso la chiusura degli O.p.g.*, cit., 277 ss. Tuttavia, di fatto le nuove norme non riescono ad intaccare il doppio binario, come evidenziato da G. DODARO, *Nuova pericolosità sociale e promozione dei diritti fondamentali della persona malata di mente*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 612, ed anzi rischiano di lasciare senza alcun sostegno, terapeutico e materiale, i soggetti rilasciati dagli o.p.g. per decorrenza del termine massimi. Su questo cfr. M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 8, 929. Infine, la natura intrinsecamente afflittiva delle misure di sicurezza, alla quale non rispondono, però, le stesse garanzie previste per la pena, ha posto non pochi problemi di compatibilità dell'ordinamento nazionale con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. La tematica è molto complessa ed in continua evoluzione. Ai fini di questo lavoro, valga solo il rimando a F. MAZZACUVA, *La materia penale e il «doppio binario» della Corte Europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1899.

codice penale del 1930»¹⁸. In questa coincidenza di fondo va visto il successo dell'assimilazione di parte dei principi della scuola positiva nel diritto tutt'oggi vigente.

1.2. Principi costituzionali sulla pena

Rispetto al rigore retributivo del codice Rocco, l'intero diritto penale fu messo in discussione con l'entrata in vigore della Costituzione (1° gennaio 1948). L'intero tessuto del testo della legge, impregnato da principi di tutela dei diritti fondamentali, funge da monito per il legislatore ed il giudice e da garanzia per il cittadino nella fase della determinazione legale, dell'inflizione e dell'esecuzione della pena.

In maniera più esplicita, l'art. 25 Cost. sancisce, al secondo comma, il principio di legalità nell'applicazione della pena¹⁹, con i suoi tre noti corollari di riserva (assoluta) di legge, irretroattività e determinatezza. Essi valgono, quindi, non solo in riferimento alla creazione delle norme incriminatrici, ma pure per le leggi che stabiliscono il tipo ed alla durata delle sanzioni penali²⁰.

Tuttavia, proprio in riferimento a questi ultimi due elementi il giudice dispone di un potere discrezionale particolarmente ampio, potendo egli muoversi all'interno delle c.d. cornici edittali e talvolta scegliere tra due sanzioni alternative. La circostanza è stata più volte oggetto di interventi della Corte Costituzionale, la quale tuttavia ha ritenuto la discrezionalità giustificata, da un lato, dall'esigenza di adattare

¹⁸ G. NEPPI MODONA, *Diritto penale e positivismo*, cit., 61.

¹⁹ 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». L'estensione della validità di tale articolo non solo alle norme incriminatrici ma anche alle norme più strettamente *punitive* è stata chiarita dalla Corte Costituzionale sin da tempi risalenti (cfr. ad esempio C. Cost., sent. n. 15 del 12 marzo 1962, in *Giur. cost.*, 1962, 166, con nota di A. CRISTIANI). Come noto, il principio è più esplicitamente sancito da una norma di rango inferiore, l'art. 1 c.p. «Nessuno può essere punito con pene che non siano stabilite dalla legge».

²⁰ La natura assoluta della riserva di legge per quanto riguarda le pene è stata chiarita da C. Cost., sent. 23 marzo 1966, n. 26, in *Giur. cost.*, 1966, 255 (con nota di G. AMATO): «In ordine all'aspetto della determinazione della sanzione penale, ritiene però la Corte che il principio costituzionale della legalità della pena sia da interpretare più rigorosamente, nel senso che esso esige che sia soltanto la legge (o un atto equiparato) dello Stato a stabilire con quale misura debba esser repressa la trasgressione dei precetti che vuole sanzionati penalmente. La dignità e libertà personali sono, nell'ordinamento costituzionale democratico e unitario che regge il Paese, beni troppo preziosi perché, in mancanza di un inequivoco disposto costituzionale in tali sensi, si possa ammettere che un'autorità amministrativa, e comunque una autorità non statale, disponga di un qualche potere di scelta in ordine ad essi» (*ibidem*, 274). Di conseguenza, la Corte dichiarò incostituzionale una disposizione della c.d. legge forestale (r.d. 3267/1923) che demandava alle Camere di Commercio il potere di emanare norme di polizia forestale (all'interno di prescrizioni di massima) e di punire le relative violazioni con sanzione penale (artt. 10 e 11 l. forestale).

la pena al disvalore del reato commesso; e, dall'altro, dalla necessità di rispettare i principi costituzionali della individualizzazione della pena e del finalismo rieducativo²¹: in materia di pene, quindi, si è affermato che il principio di legalità non viene infranto, ma semplicemente ha una portata diversa rispetto alle incriminazioni²².

Il tema della pena è trattato ancora più direttamente dall'art. 27 Cost., il quale al terzo comma chiarisce, con due incisi inscindibili e logicamente collegati²³, che: «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato».

²¹ In linea di massima, la Corte Costituzionale ammette la legittimità delle cornici edittali, salvo che esse siano talmente ampie da apparire come un arbitrio del legislatore. Cfr., in particolare, C. Cost., 5 maggio 1979, n. 26, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 203 ss., con nota di M. ROSSETTI. Nella sentenza, che dichiarò l'illegittimità costituzionale del trattamento sanzionatorio di diversi reati del codice penale militare di pace, si legge: «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» (*ibidem*, 202). Inoltre, 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» (*ibidem*, 211). Gli stessi concetti si ritrovano già nella citata C. Cost., 15/1962, in *Giur. cost.*, 1962, 167: «è nel carattere della sanzione penale che essa sia prefissata dalla legge in maniera da consentirne l'adeguazione alle circostanze concrete».

²² «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». P. NUVOLONE, *Pena, op. cit.*, 790, che osserva come 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 'sovrànità del caso concreto'» (*ibidem*, 790-791). Tuttavia, «il progressivo allargamento del potere del giudice in tema di pene (...) non infrange formalmente il principio di legalità» (*ibidem*, 791).

²³ Come affermato da C. Cost., sent. 279 del 22 novembre 2013, in *Giur. cost.*, 2013, 4530: «il divieto di adottare misure concretanti un trattamento contrario al senso di umanità non può essere disgiunto, nella ricostruzione della sua *ratio* e della sua portata applicativa, dal riferimento alla finalità rieducativa (sent. n. 376 del 1997): al riguardo, questa Corte ha messo in luce il contesto "unitario, non dissociabile", nel quale vanno collocati i principi delineati dal terzo comma dell'art. 27 Cost., in quanto logicamente in funzione l'uno dell'altro, posto che, in particolare, "un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato" (sent. n. 12 del 1966)».

Il riferimento all'umanizzazione della pena, di chiara matrice illuministica²⁴, si spiega in tutte le fasi dello sviluppo della pena, dalla creazione legislativa delle sanzioni alla loro esecuzione²⁵.

La seconda parte²⁶ del terzo comma dell'art. 27 Cost., invece, esplicita il finalismo rieducativo della pena. La formulazione di questa norma rappresenta il risultato di una lunga discussione svoltasi in seno all'Assemblea Costituente, nella quale emersero con molta chiarezza (e modernità)²⁷ i classici problemi relativi alla grande distanza che separa l'affermazione ideale della norma dalla sua applicazione pratica. In particolare, l'Assemblea discusse l'ordine da riconoscere ai due distinti incisi dell'articolo (divieto di trattamenti inumani e principio rieducativo), e la proposta, volta a ridurne la portata, di formulare quest'ultimo in termini

²⁴ Per un inquadramento del concetto di «dolcezza della pena», (dal titolo del capitolo XXVII dell'opera di Beccaria) si rimanda a M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire* (1975), cit., 113 ss.

²⁵ L'espressione originariamente proposta per questo inciso era il divieto di «trattamenti crudeli e disumani», ma essa fu sostituita in Commissione, su proposta dell'onorevole LEONE, appunto con «trattamenti contrari al senso di umanità». Cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, SEGRETARIATO GENERALE, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Vol. VI, 181. La portata di questo principio è stata definita «estremamente elastica. È 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» (P. NUVOLONE, *Pena*, cit., 792), 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 non solo nei casi di pene detentive dalla durata temporale particolarmente lunga, o dalle restrizioni particolarmente gravose, ma si pone in tutti i casi di pena detentiva. Su questo, cfr. G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena*, Napoli, 2014, 177.

²⁶ Nella versione formulata dalla c.d. «Commissione dei 75» per la successiva sottoposizione all'Assemblea Costituente l'ordine dei due concetti era invertito (la finalità rieducativa quindi veniva prima dell'inciso sull'umanizzazione). La scelta del verbo «tendere», invece, derivava dalla decisione di non cristallizzare nella Costituzione l'una o l'altra delle teorie sulla finalità della pena: «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 (...). Ecco perché si è usata la parola: “tendere”; perché si è voluto dire, in un senso altamente sociale ed umano, che una delle finalità della pena in tutti i casi deve essere la rieducazione del condannato». CAMERA DEI DEPUTATI, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Vol. VI, 181. Sono queste le parole dell'on. M. CEVOLOTTO. Peraltro, già in questa sede si erano sollevate delle voci più disilluse in riferimento alla finalità rieducativa. Cfr. ad esempio P. ROSSI, che affermò: «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» (*ibidem*, 182).

²⁷ Cfr. G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, (a cura di), *Commentario alla Costituzione - Rapporti Civili. Art. 27 – 28*, Bologna, 1991, 227, che rileva come il dibattito in seno all'Assemblea Costituente non fu molto diverso da quello attuale, pur rimanendo limitato dal punto di vista scientifico e maggiormente improntato ad un «pur comprensibile realismo».

esclusivamente negativi (quale divieto di trattamenti *che ostacolassero la rieducazione morale del condannato*)²⁸.

Nonostante alcune voci contrarie, o almeno scettiche, e numerose contestazioni²⁹, in Assemblea fu approvata la versione originariamente proposta dalla Commissione, mentre durante il coordinamento finale il Comitato di redazione ritenne opportuno attenuare la sembianza positivista dell'espressione, così che il principio di rieducazione finì con l'essere posposto al divieto di trattamenti inumani³⁰.

Dalla lettura dei lavori preparatori sembrerebbe emergere che la presa di posizione costituzionale sia stata il frutto di un dibattito non troppo consapevole³¹, collegato non tanto ad un orientamento scientifico quanto piuttosto alla nuova sensibilità politica che nasceva insieme alla Repubblica³².

²⁸ Tale proposta fu oggetto di un emendamento degli on. G. LEONE e BETTIOL. Cfr. ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Seduta antimeridiana di martedì 15 aprile 1947*, in http://legislature.camera.it/frameset.asp?content=%2Faltre_sezionism%2F304%2F329%2F330%2Fdocumentoxml.asp%3F, consultato il 26.8.2015, 2885. Al proposito, l'on. LEONE credette di interpretare il testo della Commissione quale esito della scelta di non prendere posizione in merito allo scopo della pena, e frutto della mera volontà di individuare, quale «fine collaterale» nell'esecuzione della pena, quello di non essere almeno un ostacolo alla rieducazione (cfr. *ibidem*, 2879). Interessante la proposta (non accolta) dell'on. MAFFI, membro del Partito Comunista: «L'ambiente carcerario deve essere organizzato conformemente al bisogno sociale di rieducazione del condannato» (*ibidem*, 2883).

²⁹ Ad esempio, non venne approvata la formula: «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità», che evitava qualsiasi riferimento alla rieducazione e fu proposta e sostenuta dagli Onorevoli BADINI CONFALONIERI, G. LEONE, BETTIOL e MORO. 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» (U. TUPINI, in A.C., cit., 2881), 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 (A. MORO, in A. C., cit., 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. In generale, i costituenti fecero molta attenzione a non privilegiare l'una o l'altra Scuola e nessuna concezione filosofica della pena in particolare. Come affermato dal presidente della Commissione dei 75, tuttavia, la rieducazione «non è soltanto privilegio e monopolio della scuola positiva: è principio del diritto canonico e del cristianesimo» (M. RUINI, in A.C., cit., 2885).

³⁰ Cfr. G. FIANDACA, *op. cit.*, 226-7.

³¹ Così G. FIANDACA, *op. cit.*, 227, che nel descrivere il dibattito intorno all'art. 27 parla di «timidezze propositive» e «limiti contrari scientifico-culturali». Si esprime in termini contrari GIULIANO VASSALLI, che definisce tale dibattito «vivace e consapevole» (G. VASSALLI, *Funzioni ed insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 326).

³² Cfr. G. FIANDACA, *op. cit.*, 227-228, che specifica: «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 interpretativo innanzitutto con i principi fondamentali della nostra Costituzione». Ciò emerge in particolare dall'intervento di TUPINI, che fonda la scelta della Commissione non su una dottrina filosofica ma su di un «elementare senso umano» (U. TUPINI, in A.C., cit., 2881).

In tal senso, la ragione della scelta di dare veste costituzionale a tale principio va forse rinvenuta nella più ampia necessità di legittimazione di una sanzione invasiva per l'individuo quanto quella penale, tanto più in un ordinamento ispirato ad un forte garantismo come quello italiano. Inoltre, la menzione del finalismo rieducativo nella Costituzione, sintomo della dimensione solidaristica del nostro stato sociale di diritto, serve pure a giustificare, in qualche modo, l'ambiziosa pretesa dello Stato e delle sue istituzioni «risocializzatrici» e «rieducatrici» nei confronti dei delinquenti. In tale ottica, l'opera rieducatrice della pena diviene uno degli strumenti dello Stato per attuare l'uguaglianza sostanziale tra i cittadini³³.

Grazie al suo inserimento in Costituzione, il principio di rieducazione è infine divenuto criterio costituzionale di politica criminale, e, anche a prescindere dal grado di consapevolezza dei Costituenti, è e rimane un dato normativo di fondamentale appiglio per il legislatore e la giurisprudenza³⁴.

L'art. 27 della Costituzione nel suo comma quarto, infine, bandisce la pena di morte dall'ordinamento italiano³⁵.

1.3. Evoluzioni legislative, giurisprudenziali e dottrinali del principio rieducativo nel primo cinquantennio repubblicano

Come molte altre nuove norme contenute nella Costituzione, anche quelle relative alla pena impiegarono molto tempo ad essere assimilate ed attuate nella

³³ Cfr. G. FIANDACA, *op. cit.*, 222, che precisa: «L'obiettivo della "risocializzazione" riceve piena legittimazione, solo se collocato nella prospettiva emancipatrice di cui 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» (*ibidem*, 224).

³⁴ Così recentemente A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in M. RUOTOLO, *Il senso della pena*, cit., 16-17.

³⁵ La versione originaria dell'art. 27, IV comma, Cost., recitava: «Non è ammessa la pena di morte, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra». Con successivo d. lgs. 21/1948, la pena capitale per i delitti contemplati dalle leggi diverse da quelle militari di guerra è stata abolita e sostituita con l'ergastolo. Benché dopo l'entrata in vigore della Costituzione non sia mai stata eseguita nessuna pena di morte, fu solo molti anni dopo che, con la legge 589/1994, la pena capitale per i delitti previsti dal codice penale militare di guerra e dalle leggi militari di guerra fu abolita e sostituita con la massima pena prevista dal codice penale, vale a dire l'ergastolo. La modifica fu di grande rilievo a causa della sopravvivenza, nell'ordinamento italiano, di varie disposizioni che consentivano, in casi straordinari, l'applicazione, anche in tempo di pace, del codice penale militare di guerra (ad es. gli artt. 2 e 3 del r.d. 1415/1938, «Legge italiana di guerra» oppure l'art. 5 c.p.m.g.). L'opera abolizionista tuttavia non fu definitivamente conclusa finché non si arrivò alla modifica costituzionale: con l. cost. 1/2007 fu soppressa anche la clausola derogatoria contenuta nella seconda parte dell'art. 27 della Cost. Cfr. L. GOISIS, *La revisione dell'articolo 27, comma IV, della Costituzione: l'ultima tappa di un lungo cammino*, cit., 1622, 1665-66, 1668-170. Attualmente, l'ultimo comma dell'art. 27 recita: «Non è ammessa la pena di morte».

legislazione penale ordinaria³⁶. Per una piena attuazione del principio rieducativo, invero, occorsero alcune pronunce della Corte Costituzionale e varie riforme legislative. Nei prossimi paragrafi, gli sviluppi più risalenti verranno ripercorsi in breve, mentre ci si concentrerà maggiormente sugli avvenimenti degli ultimi anni.

1.3.1. Iniziali difficoltà di radicamento del principio rieducativo

Subito dopo l'emanazione della Carta, la dottrina maggioritaria propose una lettura molto limitante del terzo comma dell'art. 27 Cost., in un atteggiamento di sostanziale continuità con il passato e rigoroso contenimento della portata innovativa del principio ivi contenuto³⁷. Più circoscritte, invece, le posizioni di coloro che in tale disposizione ravvisarono il definitivo riconoscimento costituzionale di uno dei principi cardine del positivismo³⁸.

A sostegno della mortificazione della portata innovatrice del citato comma furono addotti vari argomenti, *in primis* quello letterale: facendo leva sul verbo *tendere*, si sostenne che la rieducazione non rappresentava la finalità essenziale, ma solo uno scopo eventuale della pena, a fronte della persistente prevalenza delle concezioni retributive, e, in via collaterale, general-preventive.

Anche l'ordine dei due incisi fu considerato determinante: nel divieto di trattamenti inumani, logicamente anteposto alla rieducazione, avrebbe dovuto essere ravvisato in primo luogo un limite garantistico all'intrinseca afflittività della pena

³⁶ Mette tra i primi alla prova le norme del codice penale con la Costituzione M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, *passim*, in particolare 86-107 per l'analisi delle ipotesi di responsabilità oggettiva in contrasto con il principio di colpevolezza, 137-141 (rispetto del divieto di trattamenti inumani da parte delle norme ordinarie) e 165-167 (illegittimità costituzionale di eventuali pene indeterminate nel tipo e nella durata).

³⁷ Cfr. G. NEPPI MODONA, *Il sistema sanzionatorio: considerazioni in margine ad un recente schema di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 318. Nel citato commento all'art. 27, comma III, 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» (*ibidem*, 228). Tra i maggiori sostenitori dell'ideale retributivo, secondo cui sarebbe la stessa Costituzione che, garantendo al massimo la libertà individuale, impedisce che la pena retributiva divenga una pena-scopo, si contava G. BETTIOL, del quale, tra i tanti contributi, si veda *Repressione e prevenzione nel quadro delle esigenze costituzionali*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, 378-80. In tale scritto, l'A. apporta gli usuali argomenti a favore della concezione retributiva della pena e si schiera contro la possibilità, garantita dal doppio binario, di comminare allo stesso soggetto sia la pena sia la misura di sicurezza, definendola una contraddizione logica (*ibidem*, 381). Per un riassunto delle posizioni dottrinali sull'interpretazione dell'art. 27 Cost. si veda anche E. DOLCINI, *La commisurazione giudiziale della pena*, cit., 93 ss.

³⁸ Tra questi, F. GRISPIGNI, *Regresso di un secolo nella legislazione penale*, in *Scuola pos.*, 1949, 330-1 e, sebbene con toni più moderati, P. NUVOLONE, *Norme penali e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1956, 1255 ss.

retributiva, specificazione superflua se si fosse ritenuta prevalente la rieducazione³⁹. Secondariamente, tale divieto avrebbe vietato anche la strumentalizzazione della persona per fini ad essa estranei, quali la prevenzione generale o la difesa della società, confermando la natura retributiva della pena e sconfessando le teorie relative⁴⁰.

Un ulteriore, più debole, argomento fu quello secondo il quale la norma non era direttamente vincolante per il legislatore, ma *programmatica*, ossia meramente indicativa⁴¹. Tuttavia, già in quegli anni la dottrina maggioritaria aveva escluso questa ipotesi, attribuendo alle norme costituzionali efficacia precettiva immediata⁴².

Nonostante si trattasse di argomenti logicamente superabili, essi godettero di una certa fortuna, tanto che il progetto di codice penale del 1949 conteneva una disposizione che apertamente ammetteva il carattere retributivo della pena⁴³.

In questi primissimi anni non si registrarono interventi della Corte Costituzionale, che si insediò solo nel 1955 e la cui attività iniziale, soprattutto in

³⁹ Cfr. B. PETROCELLI, *Retribuzione e difesa nel progetto di codice penale del 1949*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1950, 593: «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*». L'argomento è privo di pregio. È ben plausibile, invero, che un trattamento sedicente rieducativo consista in tecniche e misure che offendono la dignità e la libertà di autodeterminazione del reo, contrastando quindi con i principi umanitari. Cfr. G. VASSALLI, *Funzioni ed insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 345.

⁴⁰ In tal senso, la necessità del rispetto della dignità della persona rappresenterebbe già di per sé un ostacolo all'affermazione delle teorie preventive, speciali o generali. Cfr. M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, cit., 135, secondo cui la negazione della validità di qualsiasi teoria relativa si ricava anche dalla lettura congiunta del terzo comma dell'art. 27 Cost. con il suo primo comma. Inoltre, una pena «giusta» sarebbe già di per sé rieducativa, perché il fine rieducativo sarebbe «proprio di ogni retribuzione modernamente intesa» (*ibidem*, 155).

⁴¹ Cfr. P. G. GRASSO, *Appunti sulla pena nella Costituzione Italiana*, in *Giust. pen.*, 1954, 226: «La pena viene disciplinata nell'art. 27, con norme che ci sembrano di carattere programmatico» e 227: «i 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».

⁴² Così P. NUVOLONE, *Norme penali e principi costituzionali*, cit., 1255-6, il quale cita tra i sostenitori della teoria secondo cui le norme costituzionali avevano valore direttamente precettivo anche G. DELITALA e G. VASSALLI (cfr. *ibidem*, nota 1).

⁴³ Si trattava dell'art. 140 del progetto, che cristallizzava la «funzione punitiva» della pena. Vi accenna E. DOLCINI, *La commisurazione giudiziale della pena*, cit., 99. Tale progetto fu aspramente criticato da F. GRISPIGNI nel citato articolo *Regresso di un secolo nella legislazione penale*.

materia penale, fu caratterizzata da un certo *self restraint*⁴⁴. Seppur sommessamente, la Corte tendeva comunque a dare per scontato che il principio rieducativo rimaneva limitato alla fase esecutiva⁴⁵.

Nel corso degli anni Sessanta si fece strada, soprattutto nell'opera di Giuliano Vassalli, la concezione *polifunzionale* della pena. Tale concezione, pur senza negare la natura essenzialmente retributiva della pena, osservò che la sola identificazione della stessa con la riaffermazione o ideale integrazione del diritto violato non era sufficiente per lottare contro il crimine. Per assolvere a questo ultimo fine, infatti, l'ordinamento avrebbe dovuto perseguire anche fini di prevenzione generale e soprattutto speciale, finalità, quest'ultima, particolarmente importante perché proiettata verso la vita futura del delinquente, sia quale singolo individuo sia quale persona inserita nella società⁴⁶.

In generale, il dibattito di quel periodo si cristallizzò su due fronti: da un lato vi erano le posizioni più spiccatamente e tradizionalmente retribuzioniste, le quali concedevano spazio all'ideale rieducativo solo in fase esecutiva, pur non negando che, tra gli effetti collaterali della pena, vi fosse anche la prevenzione generale. All'altra ala, invece, apparteneva chi sottolineava che, in forza della sua efficacia precettiva immediata, la norma costituzionale sanciva una prevalenza tra gli scopi della sanzione penale e comunque doveva informare l'intera fenomenologia punitiva⁴⁷.

⁴⁴ Cfr. G. VASSALLI, *Introduzione*, in *ID.* (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, IX-X. Inoltre, in particolare per quanto riguarda l'ambito penale, si diffuse la tendenza ad interpretare le norme costituzionali in materia penale alla luce delle norme ordinarie (e, così anche l'art. 27, III comma, Cost. veniva interpretato alla luce dei connotati della pena risultanti dalla legge ordinaria). Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XIX, Torino, 1973, 8 e 11, nota 7.

⁴⁵ Cfr. C. E. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 150-1.

⁴⁶ Cfr. G. VASSALLI, *Funzioni ed insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 322-7, che continua: «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». Come tutte le teorie riunificatrici, anche questa rischia di non declinare con sufficiente precisione le varie finalità della pena nei diversi momenti della fenomenologia punitiva (minaccia, commisurazione ed esecuzione) e di non riuscire a risolvere le antinomie che derivano dalla necessità logica di dare la prevalenza all'una o all'altra teoria. Cfr. G. FIANDACA, *op. cit.*, 237.

⁴⁷ Lo stato del dibattito dell'epoca fu condensato nel II Convegno di diritto penale di Bressanone del 1963 ed emerge con chiarezza dai relativi atti, raccolti nel volume AA.VV. *Sul problema della rieducazione del condannato*, cit. Tra i contributi impegnati dalla retribuzione si annovera, come

Questo clima, comunque in linea di massima favorevole alla rieducazione, portò ad una delle più importanti concretizzazioni legislative di tale principio, vale a dire la modifica dell'art. 176 del codice penale, avvenuta con la legge 25 novembre 1962, n. 1634. Essa introdusse la possibilità di essere ammessi alla liberazione condizionale per gli ergastolani che avessero scontato almeno ventotto anni di pena⁴⁸.

Per quanto riguarda, infine, le pronunce della Corte Costituzionale, essa in questi anni si mantenne legata ad una certa ambiguità di fondo, pur riecheggiando, con qualche anno di ritardo, i più affermati orientamenti dottrinali⁴⁹. Invero, sin dal 1966 la Corte accolse la citata teoria *polifunzionale*, che riconosceva in linea di principio la compresenza di tutte le principali funzioni della pena, ma relegava la finalità rieducativa alla sola fase dell'esecuzione penitenziaria⁵⁰.

La prima di una lunga serie di pronunce in questo senso⁵¹, fu la sentenza n. 12 del 1966, con la quale la Consulta si pronunciò sulla legittimità costituzionale della pena pecuniaria, che secondo il giudice *a quo* non pareva idonea a svolgere la funzione rieducativa⁵².

prevedibile, quello di G. BETTIOL, *Il mito della rieducazione* (1), mentre l'orientamento opposto è rappresentato da P. NUVOLONE, *Il problema della rieducazione del condannato* (347).

⁴⁸ La modifica si deve all'art. 2 della l. 25 novembre 1962, n. 1634, recante *Modificazioni alle norme del Codice penale relative all'ergastolo e alla liberazione condizionale*. In seguito, la legge n. 663/86 incise ulteriormente sull'ergastolo, da un lato abbassando a 26 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).

⁴⁹ Cfr. G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione editale e commisurazione giudiziale*, in G. VASSALLI, (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., 131-134.

⁵⁰ Cfr. *ibidem*, 134.

⁵¹ Si inseriscono nella scia tracciata dalla sentenza n. 12 del 1966 le pronunce nn. 12/1966, n. 124/1970, 22/1971 (che ribadisce che la finalità rieducativa deve rimanere confinata alla fase esecutiva), n. 179/1973, n. 264/1974 (che nega l'illegittimità costituzionale dell'ergastolo proprio perché vi sono dei casi in cui la rieducazione deve talvolta retrocedere di fronte alla necessità di intimidire o neutralizzare gli autori di reati particolarmente gravi), 282/1989 (secondo cui la flessibilità in fase esecutiva è giustificata dalla necessità di attuazione dell'ideale rieducativo in tale momento) e n. 306/1993. L'unica eccezione in questo *corpus* di pronunce pare essere rappresentata da C. Cost., 4 luglio 1974, n. 204, in *Giur. cost.*, 1974, 1707, la quale dichiarò incostituzionale l'art. 43 delle disp. att. c. p. (che attribuiva al Ministro della giustizia la facoltà di concedere la liberazione condizionale *ex art. 176 c.p.*) ed affermò non solo che il recupero sociale del condannato rappresenta il «fine ultimo e risolutivo della pena» (*ibidem*, 1708) ma anche che egli era titolare di un diritto «a che, verificatesi le condizioni poste dalla norma (...), 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; tale diritto deve trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale» (1709).

⁵² 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

La Corte, nel dichiarare infondato il dubbio di costituzionalità, fece propria la teoria dottrinale che ravvisava nel primo inciso dell'art. 27, comma terzo, Cost., la conferma della valenza retributiva della pena, e la usò per dichiarare la legittimità della pena pecuniaria, principalmente afflittiva, ma la cui valenza rieducativa comunque non si poteva escludere⁵³. Il giudice delle leggi inoltre usò anche altri argomenti noti alla dottrina degli anni '50 e '60, quali quelli del significato meramente eventuale del verbo *tendere* e dell'importanza delle altre funzioni della pena, che meritavano riconoscimento in quanto essenziali per la tutela dei cittadini contro il crimine⁵⁴. Queste ultime, consistenti negli obiettivi di prevenzione generale e retribuzione, sarebbero emerse soprattutto nelle fasi precedenti all'espiazione (minaccia legislativa ed applicazione giudiziale della pena)⁵⁵.

1.3.2. Orientamenti ondivaghi nell'arco degli anni Settanta

Negli anni '70, forse grazie anche al clima di contestazione, l'interesse, da parte della politica e dell'opinione pubblica, verso le tematiche della pena e della sua esecuzione, soprattutto in carcere, iniziò a crescere⁵⁶.

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, 143, 150.

⁵³ Cfr. C. Cost., Sent. n. 12/1966, cit., 151-152: «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, ridicibile 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 in un trattamento umano e civile, se non si riduca a una inerte e passiva indulgenza».

⁵⁴ Cfr. *ibidem*, 155-156: «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».

⁵⁵ Cfr. G. FIANDACA, *op. cit.*, 135, che osserva come la teoria polifunzionale sia caratterizzata da «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».

⁵⁶ 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

In linea con le corrispondenti tendenze che si stavano sviluppando a livello mondiale, anche in Italia vi fu uno slancio verso l'affermazione del principio rieducativo, che godette di pieno riconoscimento costituzionale e divenne il principale criterio ispiratore delle modifiche legislative in tema di sanzioni⁵⁷.

Ad un intero ripensamento della disciplina penale alla luce del principio rieducativo contribuì pure il pensiero di Bricola, che in quegli anni sviluppò la sua teoria generale del reato⁵⁸. Egli, prendendo le mosse dalla considerazione che fosse necessario interpretare le norme penali alla luce della Costituzione⁵⁹, sviluppò un concetto di colpevolezza che si fondava non solo sul primo comma dell'art. 27 Cost. (il quale, considerato isolatamente, rischiava di tradursi nel mero divieto di responsabilità per fatto altrui); ma anche, contemporaneamente, sul suo terzo comma⁶⁰. In tale ottica, la pena (retributiva per sua natura) non avrebbe mai potuto spiegare un effetto davvero rieducativo se non vi fosse stato un qualche legame soggettivo tra il reato ed il suo autore, consistente nella possibilità di un rimprovero, almeno a titolo di colpa, e nel superamento della mera causalità materiale⁶¹.

Quale ulteriore conseguenza, anche la possibilità di conoscere la legge penale diveniva presupposto di colpevolezza⁶². Inoltre, da una rivalutazione globale della funzione rieducativa della pena derivò la concezione teleologica del reato, secondo cui l'ideale rieducativo non solo avrebbe dovuto informare il momento esecutivo, ma anche incidere sulla struttura del reato. Ciò con la conseguenza, da un lato, che le norme che impediscono o rendono più difficoltoso il reinserimento sociale del

personalmente la maggiore tra le sanzioni penali, il carcere. Essi quindi, nell'ampio movimento di lotta a favore del sottoproletariato, inserirono anche la mobilitazione per un miglioramento delle condizioni di detenzione. Cfr. C. G. DE VITO, *Camosci e girachiavi – Storia del carcere in Italia*, Roma-Bari, 2009, 62 ss.

⁵⁷ Cfr. G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, in *op. cit.*, 243.

⁵⁸ Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato (voce)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, Torino 1973, 7 ss. Il contributo è diffusamente e criticamente commentato da G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, cit., 245-257.

⁵⁹ L'A. analizza le norme della Costituzione per concludere che le stesse consentono solo un intervento del diritto penale che interviene quale *extrema ratio* per tutelare beni di rilevanza costituzionale. Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *op. cit.*, 16-17.

⁶⁰ Parla al proposito di «avvenuta costituzionalizzazione del principio di colpevolezza, quale indefettibile presupposto della punibilità» G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, in *op. cit.*, 254.

⁶¹ Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *op. cit.*, 82.

⁶² Cfr. *ibidem*, 53 ss., dove l'A. analizza dettagliatamente l'art. 5 c.p. mettendolo alla prova con situazioni concrete di possibile non conoscenza della legge penale. È evidente come taluni di questi argomenti siano stati poi ripresi dalla nota sentenza C. Cost., 364/1988.

condannato avrebbero dovuto essere considerate incostituzionali⁶³. D'altro canto, si ritenne effettivamente rieducativa solo quella pena comminata nei confronti di un soggetto che ha leso un bene del quale egli stesso percepisce l'importanza, ossia un valore che si potesse legittimamente assumere a punto di riferimento di un processo rieducativo. Ciò portava ad escludere dai beni tutelabili quelli *inafferrabili* o non sentiti dalla coscienza sociale come meritevoli di tutela⁶⁴.

A tal proposito si è osservato come l'elaborazione di Bricola ebbe l'enorme pregio di riuscire a collegare rieducazione e struttura del reato sul piano della teoria generale⁶⁵.

Concretamente, mentre il dibattito dottrinale si concentrò sulla «lotta» contro le pene detentive di breve durata (e sulla corrispondente apertura verso la previsione di sanzioni diverse da quella detentiva) e sulla proposta di abolire l'ergastolo⁶⁶; sul piano legislativo vi furono importanti modifiche in tema di sospensione condizionale della pena⁶⁷, ma soprattutto un potenziamento della finalità rieducativa della pena nella fase dell'esecuzione, che troverà la sua massima espressione nella riforma penitenziaria⁶⁸. Il nuovo ordinamento penitenziario, varato con la legge 26 luglio

⁶³ Cfr. *ibidem*, 82. Il riferimento è ai reati di cui agli artt. 707 e 708 c.p., relativi al possesso ingiustificato di chiavi e grimaldelli, che la Corte aveva recentemente salvato dalla declaratoria di incostituzionalità con le sentenze 19 luglio 1968, n. 110 e 2 febbraio 1971, n. 14.

⁶⁴ Cfr. *ibidem*, 83 ss. Critico nei confronti di questa conclusione G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, in *op. cit.*, 246-252, il quale sostiene che, se questa teoria fosse accolta pienamente, si dovrebbero 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. Tuttavia, l'A. mantiene un certo favore di fondo nei confronti della teoria di BRICOLA: «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» (*ibidem*, 253).

⁶⁵ G. NEPPI MODONA, *Il sistema sanzionatorio*, cit., 320

⁶⁶ Cfr. G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, in *op. cit.*, 244.

⁶⁷ Grazie al decreto legge 11 aprile 1974, n. 99, convertito in legge 7 giugno 1974, n. 220, la sospensione condizionale, da «atto discrezionale e "clemenziale" del giudice», divenne «misura dotata di spiccata funzione (general- e) specialpreventiva» G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, cit., 244. La riforma modificò gli artt. 163 e 164 c.p. estendendo l'ambito di operatività della sospensione: il tetto delle condanne sospensibili fu elevato a due anni e fu inserita la possibilità di 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, ha subordinato 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. Per qualche accenno si rimanda a T. PADOVANI, *Artt. 163-164*, in M. ROMANO *et al.*, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Art. 150-240, II. Ed., Milano, 2011, 166 s., 184 ss.

⁶⁸ La radicale riforma dell'ordinamento penitenziario fu peraltro preceduta dalla riforma introdotta con legge 7 giugno 1974, n. 220. Essa, modificando alcuni istituti di parte generale, in particolare la recidiva, il bilanciamento fra circostanze aggravanti ed attenuanti e la sospensione condizionale della

1975, n. 354, segnò un vero e proprio salto di qualità nell'ambito dell'esecuzione penale: esso mise al centro la figura del detenuto come «persona», valorizzando gli elementi della sua personalità che potessero aiutarlo a riadattarsi socialmente e teorizzando l'attuazione di un trattamento penitenziario individualizzato ed elastico⁶⁹. Esso, inoltre, introdusse le misure alternative alla detenzione in carcere (*affidamento in prova, semilibertà e liberazione anticipata*), che superavano la logica della esclusività della pena detentiva ma, al tempo stesso, erano ritenute idonee a prevenire future condotte antisociali⁷⁰.

In sintesi, con la riforma del 1975 si esercitò l'opzione di fondo per un'esecuzione penale utile al reinserimento del condannato, da realizzarsi attraverso i contatti con il mondo esterno. Esso tradusse in legge il concetto di «diritto al trattamento penitenziario» (inteso come offerta di interventi diretti alla risocializzazione e riconoscimento di diritti azionabili in capo al detenuto), caratterizzato dall'assenza di qualsiasi carattere impositivo e sempre subordinato all'adesione volontaria da parte del condannato⁷¹.

pena, ridusse il numero delle pene applicate in concreto dal giudice e delle pene da eseguire e contribuì a rendere più flessibile l'impianto sanzionatorio in generale.

⁶⁹ La legge del 1975 prese quindi chiaramente le distanze dal precedente *Regolamento per gli istituti di prevenzione e pena* approvato con R.D. 18 giugno 1931, n. 787, il quale era improntato unicamente da canoni di sicurezza e disciplina. Le norme del nuovo ordinamento penitenziario, in forza del loro tipico contenuto precettivo, non solo fissarono dei limiti ai poteri degli organi statuali operanti in sede penitenziaria, ma imposero loro una serie di canoni di comportamento e di regole di organizzazione più o meno direttamente incidenti, in termini di vantaggio, sulla posizione dei detenuti. Questi elementi gli valsero la descrizione quale «carta dei diritti» dei detenuti. Così V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Art. 1*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, V. Ed., Padova, 2015, 5.

⁷⁰ Si trattò di una svolta epocale: «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». G. CECANESE, *Pena (profili reali della) e benefici penitenziari*, (voce), in *Digesto delle discipline penali*, IV Ed., Tomo II, Aggiornamento *** 2005, Torino, 2005, 1004.

⁷¹ Cfr. F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario* (voce), in *Enciclopedia del diritto, Annali, Volume II, Tomo 2*, Milano, 2008, 795. L'A. evidenzia, quali elementi fondamentali del trattamento secondo l'o.p., non solo l'istruzione, il lavoro, la religione ma anche le attività culturali, ricreative e sportive, nonché i contatti con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia (cfr. *ibidem*, 801 ss.). Valuta positivamente i principi fondanti il nuovo ordinamento penitenziario, che anche a distanza di anni continuano a rappresentare un argine culturale davanti al rischio di imbarbarimento del sistema, F. PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 98-9.

Tuttavia, in sintonia con la diffusione mondiale delle citate opere incentrate sul *nothing works*⁷², ma pure a causa del dilagare di gravi forme di criminalità, soprattutto politico-terroristica, già sul finire degli anni Settanta l'ideologia della rieducazione entrò in crisi, preannunciando un andamento altalenante che perdurerà anche negli anni a venire. Le norme di emergenza emanate per combattere il terrorismo, infatti, da un lato prevedevano pene particolarmente rigide e simboliche, e dall'altro sottrassero al circuito carcerario ordinario i detenuti più pericolosi, destinati agli istituti di massima sicurezza⁷³.

Vale la pena di osservare come, in realtà, il dibattito si svolgesse in un contesto in cui la popolazione carceraria, soprattutto fino al 1970, era in costante diminuzione. L'entrata in vigore del nuovo ordinamento penitenziario, nonostante la forte impronta rieducativa, non riuscì a frenare il *trend* di aumento della popolazione carceraria tutt'ora in corso⁷⁴.

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

Verso la metà degli anni Ottanta, l'allarme terroristico si allentò. In armonia con il clima di rinnovata fiducia sociale, la legge 10 ottobre 1986, n. 663 (legge Gozzini⁷⁵), mosse alcuni decisi passi verso il rilancio dell'ideologia rieducativa ed il potenziamento dei vicendevoli contatti tra carcere e mondo esterno⁷⁶.

⁷² Cfr. cap. I, 2.2.2.

⁷³ Cfr. G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, in *op. cit.*, 258-262, secondo cui la legislazione di emergenza finì con il prevedere pene talmente simboliche e rigorose da essere esse stesse *terroristiche ed intimidatorie*. Tra queste, vi fu il decreto interministeriale del 4 maggio 1977 sulla creazione degli 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 politicizzati nelle lotte dei primi anni Settanta» C. G. DE VITO, *Camosci e girachiavi. Storia del carcere in Italia*, cit., 94. Lo scopo di tali istituti, nei quali i detenuti furono trasferiti in pochi giorni nell'estate del 1977 con una vera e propria «operazione militare» (*ibidem*, 93), era quello di tenere i reclusi sotto strettissimo controllo da parte degli agenti di custodia ed il più possibile separati dal mondo esterno.

⁷⁴ Dal 1947 al 1970 le presenze in carcere passarono da più di 65.000 a circa 21.000, mentre dal 1970 ad oggi la popolazione carceraria è praticamente quadruplicata. Cfr. M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit., 51.

⁷⁵ Il promotore della legge fu il Senatore di Sinistra Indipendente M. GOZZINI, che presentò il progetto insieme ad A. MARGARA (all'epoca presidente del Tribunale di sorveglianza di Firenze). Originariamente il disegno di legge aveva un contenuto assai limitato, e fu solo all'interno del dibattito parlamentare che esso fu ampliato fino a raggiungere le dimensioni di una vera e propria

La novella fu salutata con favore dalla dottrina più attenta, che vi ravvisava un ulteriore passo nel solco già tracciato dalla riforma penitenziaria del 1975, ora aggiornata ed armonizzata⁷⁷. Nel 1986 si cercò di dare concreta attuazione al principio secondo il quale il carcere doveva rappresentare l'*extrema ratio*, aprendo la strada verso trattamenti *extra moenia* di tipo assistenziale⁷⁸.

Gli interventi della legge interessarono molti fronti dell'esecuzione della pena. L'ideale rieducativo in carcere fu perseguito attraverso l'ampliamento delle possibilità di lavoro per il condannato⁷⁹ e dall'introduzione dei «permessi premio», concedibili in assenza di pericolosità sociale al condannato che avesse tenuto una regolare condotta per motivi affettivi, culturali o di lavoro⁸⁰.

riforma dell'ordinamento penitenziario. GOZZINI e MARGARA avevano alle spalle una buona 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. Al proposito si rimanda a C. G. DE VITO, *Camosci e girachiavi*, cit., 110-112. Per una valutazione globale dei riflessi della legge Gozzini sull'ordinamento penitenziario si rimanda ai contributi raccolti nel volume di V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario dopo la riforma (L. 10 ottobre 1986 n. 663)*, Padova, 1988.

⁷⁶ In precedenza, già la legge 24 novembre 1981, n. 689, recante «Modifiche del sistema penale», aveva inciso sul sistema sanzionatorio, in particolare attraverso la previsione delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, ossia la pena pecuniaria, la libertà controllata e la semidetenzione. Per un'introduzione al contenuto della novella si rimanda a S. VINCIGUERRA, *La riforma del sistema punitivo nella l. 24 novembre 1981, n. 689*, Padova, 1983, 257 ss.

⁷⁷ Cfr. M. PAVARINI, *Riflessioni in merito alle modifiche sull'ordinamento penitenziario, in Marginalità e società*, 1987, 102, 105, il quale tuttavia in altra sede ha modo di porre l'accento sulle nuove norme finalizzate a favorire la dissociazione politica prima dei terroristi e successivamente degli appartenenti alle associazioni di stampo mafioso per osservare come tale riforma, «sotto la foglia di fico della ideologia special-preventiva copre – in verità assai malamente – solo un intento di differenziazione trattamentale per ragioni utilitaristiche sempre più svincolate dal finalismo rieducativo» (M. PAVARINI, *Introduzione al sistema sanzionatorio*, in *op. cit.*, 480).

⁷⁸ Cfr. M. PAVARINI, *Silète poenologi in munere alieno!*, cit., 14-16: «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».

⁷⁹ La novella introdusse la possibilità per il condannato di lavorare senza scorta non più solamente presso imprese agricole ed industriali ma anche nel settore terziario. Cfr. M. PAVARINI, *Riflessioni in merito alle modifiche sull'ordinamento penitenziario*, cit., 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. In ogni caso, si ritiene che gli artt. 4 e 36 Cost. debbano valere anche per i detenuti: come proclamato dal legislatore all'art. 20 o.p. ma successivamente chiarito anche da alcune pronunce della Corte Costituzionale, il lavoro penitenziario è parificato a quello libero per quanto riguarda l'orario, il riposo festivo, la tutela assicurativa e previdenziale ed il diritto alla retribuzione. Su questo, cfr. F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario (voce)*, cit., 803-804, e M. R. MARCHETTI, *Art. 20*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 268 ss.

⁸⁰ Questi sono i tre motivi indicati esplicitamente dall'art. 30 *ter* o.p., tuttavia si ritiene che essi non siano tassativi, ben potendo corrispondere alla natura premiale dell'istituto anche un'apertura verso

Miravano invece più squisitamente ad evitare *tout court* gli effetti desocializzanti del carcere l'introduzione della detenzione domiciliare⁸¹ e la previsione, per il condannato in stato di libertà, di accedere alle misure alternative senza un previo periodo di detenzione carceraria⁸². Inoltre, fu previsto che tali misure fossero fruibili da parte dei condannati per qualsiasi crimine, con conseguente caduta delle preclusioni soggettive in precedenza vigenti⁸³.

Tuttavia, la riforma presentò anche un rovescio della medaglia, rappresentato dalla creazione di un modello differenziato di trattamento carcerario⁸⁴: a fianco delle norme sul trattamento ordinario, furono introdotte previsioni ispirate a criteri molto severi e riservate ad alcune particolari forme di delinquenza⁸⁵. Vennero invero inseriti nell'ordinamento penitenziario l'istituto della sorveglianza particolare⁸⁶, destinato al controllo prolungato dei reclusi pericolosi, e l'art. 41 *bis*, che istituì un

altre ragioni, purché intese a favorire il reinserimento sociale del condannato. Così F. FIORENTIN, *Art. 30 ter*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 359-360. I permessi premio presentavano, e presentano tuttora, una duplice valenza, poiché non solo consentono al condannato di coltivare i propri interessi, ma allo stesso tempo forniscono alle autorità penitenziarie ed alla magistratura di sorveglianza l'occasione di verificare se vi sono le condizioni per ammetterlo ad un progressivo percorso di uscita dal carcere. Cfr. C. G. DE VITO, *Camosci e girachiavi*, cit., 112.

⁸¹ Inizialmente la detenzione domiciliare era prevista solo per determinate categorie di soggetti (donne incinte o madri di prole di età inferiore ai 3 anni, persone in condizioni di salute particolarmente gravi o soggetti di età superiore a 65 anni o inferiore a 21 anni, rispettivamente per inabilità fisica anche parziale e per esigenze di salute, studio, lavoro o famiglia. Per un inquadramento della portata dell'introduzione dell'istituto cfr. L. CESARIS, *La detenzione domiciliare come modalità alternativa dell'esecuzione penitenziaria*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario dopo la riforma*, cit., 195 ss.

⁸² Cfr. G. CECANESE, *Pena (profili reali della) e benefici penitenziari (voce)*, in *op. cit.*, 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.

⁸³ Prima dell'entrata in vigore della legge Gozzini erano esclusi dall'affidamento in prova e dalla semilibertà i condannati per rapina, estorsione, sequestro di persona a scopo di estorsione e di rapina ed infine associazione di tipo mafioso. Cfr. M. PAVARINI, *Riflessioni in merito alle modifiche sull'ordinamento penitenziario*, cit., 105-8.

⁸⁴ La differenziazione trasforma il carcere da struttura monolitica a sistema composito e disarticolato. Può quindi darsi che all'interno di una stessa struttura carceraria convivano reclusi sottoposti a diversi regimi di reclusione, oppure che vengano creati istituti autonomi con funzioni diverse. Cfr. M. PAVARINI, *L'inferno esiste, anche se all'inferno non c'è nessuno*, in *Quest. giust.*, 1986, 805-6.

⁸⁵ Cfr. M. PAVARINI, *Riflessioni in merito alle modifiche sull'ordinamento penitenziario*, cit., 103 e 117, che definisce il regime della sorveglianza particolare «il bastone» che arriva dopo «la carota».

⁸⁶ L'istituto è regolato dall'art. 14 *quater* o.p., il quale consente «le restrizioni strettamente necessarie per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza». Per un commento sullo stato attuale dell'istituto cfr. L. CESARIS, *Art. 14 quater*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 176 ss., per un'analisi all'indomani della riforma cfr. T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario dopo la riforma*, cit., 53 ss.

regime speciale di detenzione da attuarsi (inizialmente solo) in situazioni di particolare emergenza o rivolta al fine di ripristinare l'ordine e la sicurezza⁸⁷.

A seguito di tali rimaneggiamenti, la pena divenne differenziata e flessibile: la durata e le caratteristiche della sanzione detentiva come stabilite al momento della condanna, a questo punto, potevano subire significative modifiche (miglioramenti e peggioramenti) anche nel corso della sua esecuzione⁸⁸.

Il clima di favore per la rieducazione si riflesse ben presto sulla giurisprudenza costituzionale: con la storica sentenza 313/1990⁸⁹, la Corte Costituzionale sembrò distaccarsi dalla concezione polifunzionale (consolidatasi nel frattempo)⁹⁰, osservando come la stessa trascurasse «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»⁹¹.

Il carattere afflittivo, di difesa sociale e prevenzione generale rappresentavano, secondo la Consulta, le sue caratteristiche minime della pena in una prospettiva meramente descrittiva: ciò tuttavia non doveva portare a sottovalutare la finalità rieducativa, l'unica sancita espressamente dalla Costituzione, che quindi

⁸⁷ L'articolo è stato più volte rimaneggiato dal legislatore ed oggetto di numerosi interventi da parte della Corte Costituzionale. Per un'introduzione, si veda L. CESARIS, *Art. 41 bis*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *op. cit.*, 445 ss.

⁸⁸ Ciò si tradusse, di fatto, ad una perdita di terreno della componente retributiva della pena. Cfr. M. PAVARINI, *L'inferno esiste, anche se all'inferno non c'è nessuno*, in *Quest. giust.*, 1986, 808-9.

⁸⁹ Sent. C. Cost. n. 313 del 3 luglio 1990, in *Giur. cost.* 1990, III, 1981. 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 nella misura proposta dalle parti. La pronuncia, insieme a C. Cost. 364/1988, fa parte delle sentenze storiche della Corte. Così G. VASSALLI, *Introduzione*, in *ID.*, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., XIV.

⁹⁰ «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» C. Cost., sent. 313/1990, cit., 1994. Del resto, una rivalutazione del principio rieducativo si ravvisava già nella precedente sentenza 364/1988, la quale aveva messo in luce le implicazioni che lo legavano al principio di colpevolezza. Cfr. G. FIANDACA, *Scopi della pena*, cit., 137.

⁹¹ C. Cost., 313/1990, cit., 1994.

doveva essere tenuta in considerazione fin dal momento della commisurazione giudiziale⁹².

In tale prospettiva, anche il verbo «tendere» perse il suo connotato meramente indicativo e programmatico e fu letto come il sintomo di un'offerta dello Stato al condannato, il quale rimaneva libero di decidere se accoglierla o meno⁹³.

Da ultimo, la Corte estese l'ambito di valenza della finalità rieducativa a tutta la fenomenologia punitiva: «Se la finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero state calibrate (...) 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»⁹⁴.

Proprio quest'ultima osservazione costituisce l'aspetto più innovativo della pronuncia, poiché prelude ad una esponenziale estensione del principio rieducativo⁹⁵.

La sentenza fu 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 irrealizzabile⁹⁶.

⁹² Conferire primario risalto alle finalità di prevenzione generale avrebbe presentato il rischio di strumentalizzare l'individuo per fini generali di politica criminale, mentre un eccessivo rilievo per la difesa sociale avrebbe finito per sacrificare 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» (*ibidem*, 1994).

⁹³ «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» (*ibidem*, 1995).

⁹⁴ *Ibidem*, 1995. La teoria secondo la quale la stessa commisurazione giudiziale della pena si deve ispirare alla rieducazione era stata compiutamente elaborata in dottrina già nel 1979 da E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 157-164.

⁹⁵ Cfr. G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, cit., 138, il quale in un passo successivo definisce *potenzialmente rivoluzionarie* le conseguenze di questa sentenza.

⁹⁶ Cfr. G. FIANDACA, *ult. op. cit.*, 139. Salutò con favore la sentenza E. DOLCINI, *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 797, in particolare 810-814, mentre più refrattari rimasero L. MONACO e C. E. PALIERO, *Variazioni in tema di «crisi della sanzione»: la diaspora del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 434 ss., i quali leggono nella sentenza non tanto la volontà di affermare l'ideale rieducativo quanto piuttosto quella di richiedere a legislatore e giudice di non svilire il contenuto e la misura delle sanzioni, in modo che la pena possa continuare ad esplicare la sua efficacia generalpreventiva (cfr. *ibidem*, 440): in tale prospettiva, la Corte avrebbe menzionato l'art. 27, comma III, Cost., al solo fine di «ripristinare il dominio esclusivo del giudice sulla misura delle pene» (*ibidem*, 441).

La decisa presa di posizione della Corte era però destinata a scontrarsi con gli avvenimenti storici: all'inizio degli anni Novanta, quale reazione al dilagare dei crimini commessi dalla criminalità organizzata di stampo mafioso, il legislatore intervenne in modo molto duro, riconoscendo netta prevalenza ad esigenze di neutralizzazione di particolari categorie di delinquenti ed invertendo di nuovo la tendenza culminata, solo pochi anni prima, nella legge Gozzini⁹⁷.

Le tappe principali dell'inasprimento furono l'introduzione (nel 1991) dell'art. 4 *bis* nell'ordinamento penitenziario, il quale rendeva più difficile la concessione delle misure alternative alla detenzione per i detenuti per reati a stampo mafioso o eversivo: essi potevano accedere ai benefici solo ove fossero riusciti a provare l'insussistenza di un collegamento con la criminalità organizzata⁹⁸.

Un anno dopo⁹⁹, il decreto legge 306/92¹⁰⁰ da un verso interpolò l'art. 4 *bis* o.p., subordinando, in linea di massima, la concessione dei benefici per i condannati per i tipi di reati ivi elencati alla collaborazione con la giustizia¹⁰¹.

Dall'altro lato la norma, che recava «provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa», aggiunse un secondo comma all'art. 41 *bis* o.p.. La nuova appendice dell'articolo riguardava i detenuti per delitti di cui al novellato art. 4 *bis* o.p. (comunque legati al terrorismo ed alla criminalità organizzata) e prevedeva la possibilità di sospendere, nei loro confronti, le normali regole di trattamento, qualora vi fosse ragione di ritenere che essi mantenevano i contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza. La previsione mirava a creare un regime di *isolamento* in

⁹⁷ Si parla al proposito 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*». E. DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO, *op. cit.*, 1080. In questo sistema, la pericolosità del condannato non è più desunta dal comportamento penitenziario, bensì dalla gravità del reato commesso. Su questo cfr. M. TIRELLI, *Sicurezza penitenziaria e rieducazione: obiettivi tendenzialmente incompatibili?*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO, *op. cit.*, 1266 ss.

⁹⁸ L'art. 4 *bis* o.p. fu introdotto dal d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito dalla legge 12 luglio 1991, n. 203 e recante «provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata». Cfr. L. CARACENI, C. CESARI, *Art. 4 bis*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *op. cit.*, cit., 47-8.

⁹⁹ Risalgono 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 accompagnò il d.l. 306/1992 le nuove previsioni vennero presentate come il «segno certo di non cedere neppure di fronte alla più eversiva delle offensive della criminalità». L. CESARIS, *Art. 41 bis*, in *op. cit.*, 448.

¹⁰⁰ Decreto legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito con modificazioni in legge 7 agosto 1992, n. 356.

¹⁰¹ L'elenco di cui all'art. 4 *bis* o.p. è stato oggetto di numerose modifiche legislative. Tendenzialmente, esso comprende tutti i reati legati alla partecipazione ad associazioni di stampo terroristico e mafioso ed altri reati di particolare allarme sociale. Cfr. di nuovo L. CARACENI, C. CESARI, *Art. 4 bis*, in *op. cit.*, 47 ss.

modo tale da spezzare ogni legame fra il carcerato ed il mondo esterno, indebolendo così l'organizzazione¹⁰².

Nell'introduzione degli articoli 4-*bis* e 41-*bis* o.p., i quali, benché previsti per casi eccezionali, non tardarono a divenire la regola di trattamento per alcune categorie di detenuti, si è letta la testimonianza della rinuncia dell'ordinamento alla rieducazione. Sia pure solo per determinate categorie di detenuti, il trattamento rieducativo da obbligatorio divenne condizionato, e talune previsioni relative al regime penitenziario più rigido ponevano serie questioni in termini di tutela dei diritti fondamentali¹⁰³. Questi interventi emergenziali svuotarono di fatto il contenuto della legge 663/86¹⁰⁴.

Come testimoniato dalle statistiche, all'inizio degli anni Novanta iniziò un processo di aumento della popolazione carceraria che non si è ancora arrestato¹⁰⁵. È molto difficile capire se si possa stabilire un legame causale tra tale incremento e l'irrigidimento della disciplina carceraria appena descritto. Di sicuro, il fenomeno rimane slegato dall'aumento del tasso di delittuosità (che vi fu, ma in misura molto minore rispetto a quello relativo al tasso di carcerizzazione)¹⁰⁶, mentre potrebbe presentare qualche collegamento con l'aumento degli immigrati¹⁰⁷ e con la maggiore severità punitiva registrata nei tribunali, i quali, a fronte di un numero costante di azioni penali esperite, hanno triplicato le condanne¹⁰⁸. Più probabilmente, però, l'aumento va ricondotto ad un mutamento sociale e politico globale legato alla caduta della Prima Repubblica ed al decentramento amministrativo del potere di

¹⁰² Per la disamina delle vicissitudini che hanno interessato l'art. 41 *bis* o.p. si rimanda al commento di L. CESARIS, *Art. 41 bis*, in *op. cit.*, 445 ss.

¹⁰³ Cfr. M. TIRELLI, *Sicurezza penitenziaria e rieducazione: obiettivi tendenzialmente incompatibili?*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO, *op. cit.*, 1271.

¹⁰⁴ 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». M. GOZZINI, *E nelle carceri spari la legalità*, in *l'Unità*, 22 ottobre 1992, 2, nell'archivio *online* del giornale al sito <http://archivio.unita.it>, consultato l'1.12.2015.

¹⁰⁵ Cfr. M. PAVARINI, *Governare la penalità*, cit. 51.

¹⁰⁶ Cfr. *ibidem*, 52.

¹⁰⁷ Escludendo i detenuti stranieri, la popolazione carceraria nel periodo esaminato sarebbe rimasta costante, cfr. M. PAVARINI, *ult. op. cit.*, 54.

¹⁰⁸ Cfr. *ibidem*, 54.

prendere decisioni in materia di sicurezza, oltre che al mutamento nel tipo di criminalità maggiormente diffusa¹⁰⁹.

Fu soprattutto l'aumento della popolazione carceraria, quindi, che richiese urgenti interventi deflattivi¹¹⁰. A seguito della modifica dell'art. 79 Cost., attuata con legge costituzionale 6 marzo 1992, n. 1, tuttavia, per il Parlamento era diventato più difficile licenziare un provvedimento di amnistia o indulto: per questo, esso dovette ricorrere alla legislazione ordinaria¹¹¹.

La legge 27 maggio 1998, n. 165 (c.d. riforma Simeone) modificò significativamente l'art. 656 c.p.p. prevedendo la sospensione automatica delle pene detentive di durata inferiore ai tre anni e la contestuale concessione al condannato di un termine di trenta giorni per la presentazione di un'eventuale istanza di concessione di una misura alternativa. Nell'intento del suo proponente, tale previsione avrebbe dovuto consentire anche a quei condannati che non potevano permettersi una difesa particolarmente «attenta» (magari perché il difensore d'ufficio non rispettava i termini più ristretti previsti dalla disciplina previgente) di evitare il carcere¹¹².

¹⁰⁹ Quindi, crimini meno gravi ma percepiti come tali da una larga fetta della popolazione, le classi popolari e medie, che ora divengono potenziali vittime della criminalità c.d. predatoria (furti e rapine) e contribuiscono al diffondersi del panico sociale da criminalità. Cfr. M. PAVARINI, *ult. op. cit.*, 60.

¹¹⁰ Tale intento emerge chiaramente dalla *Relazione della II Commissione permanente (Giustizia)* dell'on. Saraceni, il quale menziona gli effetti negativi del sovraffollamento carcerario e l'impossibilità che una pena breve spieghi efficacia rieducativa. Cfr. L. SARACENI, *Relazione n. 464-C, presentata alla Presidenza il 23 aprile 1998 sulla Proposta di Legge n. 464-B, approvata dalla Camera dei Deputati il 1° ottobre 1996*, all'indirizzo: http://leg13.camera.it/_dati/leg13/lavori/stampati/sk0500/relazion/04640c.htm, cons. il 20.11.2015. Scelse invece di privilegiare maggiormente esigenze umanitarie e di tutela del diritto alla salute del detenuto la successiva legge n. 231/99, che inserì nell'ordinamento penitenziario l'art. 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. Su questo cfr. L. CESARIS, *Art. 47 quater*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *op. cit.*, 586-8.

¹¹¹ Per tutto il periodo repubblicano dagli albori fino al 1990, infatti, il Parlamento fece un larghissimo uso dei provvedimenti di amnistia ed indulto, tanto che si parlava al proposito di un vero e proprio abuso dei provvedimenti clemenziali, i quali venivano emessi in assenza di quelle circostanze eccezionali che ne avrebbero dovuto costituire la legittimazione teorica. Cfr. C. GEMMA, *Amnistia e indulto dopo la revisione dell'art. 79 Cost.*, in *Leg. pen.*, 1992, 351. Per queste ragioni, nel 1992 la legge costituzionale n. 1 modificò l'art. 79 Cost., prevedendo per le leggi di concessione di amnistia ed indulto la necessità di una deliberazione a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna camera. L'aspetto positivo della riforma risiede nella volontà di restituire a tali istituti un carattere di eccezionalità più conforme sia alla loro natura sia al principio di inderogabilità della legge penale. Criticato invece il modo in cui tale risultato è stato raggiunto: non attraverso una delimitazione di tipo sostanziale (es.: richiesta della sussistenza di motivi eccezionali), bensì meramente procedurale (maggioranza qualificata) (per queste ed altre critiche cfr. *ibidem*, 358-361).

¹¹² Cfr. L. SARACENI, *Relazione n. 464*, cit. Inquadra il funzionamento attuale dell'istituto G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, IX Ed., Torino, 2014, 819-21.

Inoltre, la riforma intervenne più specificamente sulle stesse misure alternative alla detenzione, allargandone le condizioni di accessibilità al fine di favorirne un più ampio utilizzo. 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 misura¹¹³.

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 seguire¹¹⁴.

Inoltre, lo stesso dichiarato obiettivo deflattivo della legge fu oggetto di disappunto perché, di fatto, aveva semplicemente creato larghi spazi di impunità¹¹⁵.

Infine, taluni ravvisarono nella legge alcune carenze, dovute al fatto che i proponenti omisero di considerare nella redazione del progetto alcune sentenze della Corte costituzionale che avrebbero imposto un adeguamento legislativo¹¹⁶.

1.3.4. Le posizioni della Corte Costituzionale dopo la svolta del 1990

Per concludere, per quanto riguarda le più recenti pronunce della Corte Costituzionale occorre rilevare che essa, dopo l'*exploit* della sentenza 313/1990, ripiegò su posizioni più in linea con la tradizione, tornando a proporre la vecchia concezione eclettica della polifunzionalità della pena, caratterizzata da esigenze di difesa sociale ed intrinsecamente afflittiva¹¹⁷. In tale ottica, essa riconobbe al

¹¹³ 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» V. MACCORA, *Ordinamento penitenziario e legge Simeone: buone intenzioni e strumenti discutibili*, in *Questione Giustizia*, 1998, 297, cui si rimanda anche per una più dettagliata analisi della riforma in generale.

¹¹⁴ Cfr. V. MACCORA, *op. cit.*, 298 ss.

¹¹⁵ Cfr. G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2000, 168: «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 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 sovrappollamento delle carceri italiane».

¹¹⁶ Per questo ordine di critiche alla legge cfr. G. CATELANI, *Le novità della legge Simeone in tema di condanna a pena detentiva e misure alternative*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 7, 809.

¹¹⁷ Ad esempio, nelle premesse generali della sentenza n. 306 del 1993 si legge: «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

legislatore il compito di scegliere quale finalità privilegiare, pur ribadendo che la rieducazione non poteva essere totalmente sacrificata¹¹⁸.

Nondimeno, la Consulta riuscì comunque a coltivare la valorizzazione del terzo comma dell'art. 27 Cost., agendo su altri fronti.

In primo luogo, come rilevato dalla dottrina più attenta, essa, bandito il principio della rieducazione dal podio degli scopi della pena, lo recuperò sotto la prospettiva del canone interpretativo della ragionevolezza¹¹⁹.

A partire dalla fine degli anni Ottanta, la Corte Costituzionale iniziò a sottoporre le norme incriminatrici ad un vaglio, appunto, di ragionevolezza¹²⁰, articolato sul seguente ragionamento: fermo restando che la scelta sulla comminatoria edittale spettava esclusivamente al legislatore, essa conservava un suo spazio valutativo all'interno del giudizio relativo alla sussistenza o meno di una proporzione tra la gravità delle norme sociali infrante dal reato ed il sacrificio richiesto al singolo attraverso la pena. Proprio in questo contesto fu ripescata la finalità rieducativa, nella misura in cui essa postula che l'autore del reato avverta come giusto e proporzionato il trattamento punitivo inflittogli, perché altrimenti nessun tipo di rieducazione potrebbe validamente spiegarsi¹²¹.

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. sent. 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» (C. Cost., sent. n. 306/1993, in *Giur. cost.*, 1993, 2466, 2497-8).

¹¹⁸ Così C. Cost., 10 giugno 2011, n. 183, in *Cass. pen.*, 2011, 3711 (sull'illegittimità costituzionale del divieto di applicazione delle attenuanti generiche al recidivo reiterato): «l'obiettivo della rieducazione del condannato, posto da questa norma costituzionale, non può essere efficacemente perseguito negando valore a quei comportamenti che manifestano una riconsiderazione critica del proprio operato e l'accettazione di quei valori di ordinata e pacifica convivenza, nella quale si esprime l'oggetto della rieducazione. (...) la finalità rieducativa a pena non è limitata alla sola fase dell'esecuzione, ma costituisce "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"».

¹¹⁹ Cfr. G. FIANDACA, *Scopi della pena*, cit., 142.

¹²⁰ Per un inquadramento del principio di ragionevolezza, nato quale corollario del principio di eguaglianza, cfr. G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, cit., 401 ss.

¹²¹ «Ecco che l'art. 27, 3° comma, Cost. funge da parametro espresso di verifica della legittimità della dosimetria edittale, onde, il controllo della ragionevolezza delle cornici astratte finisce necessariamente con l'implicare la presa in considerazione della finalità che l'ordinamento persegue con la minaccia della pena» (G. FIANDACA, *Scopi della pena*, cit., 144).

A ben vedere, nella prima della serie di sentenze informate al principio di ragionevolezza (C. Cost., 26/1979¹²²) il riferimento alla violazione del terzo comma dell'art. 27 Cost. da parte di una norma penale che prevedeva una sanzione decisamente sproporzionata rispetto alla condotta, seppur compreso tra le censure del giudice *a quo*, non fu debitamente sviluppato dalla Corte, che attirò così le critiche della dottrina per la sua ignavia¹²³.

Questo atteggiamento prudente si protrasse fino al 1990¹²⁴, anno della nota «svolta» operata dalla sentenza n. 313. A seguito di tale pronuncia, il criterio della proporzionalità della pena venne letto attraverso lo specchio del terzo comma dell'art. 27 Cost.: per essere davvero rieducativa, la pena deve porsi in un rapporto di proporzione con la gravità del fatto commesso, in modo da evitare che il reo viva il trattamento punitivo inflittogli come sproporzionato, e quindi ingiusto. Solo una norma che rispetta questa proporzione può dirsi ragionevole¹²⁵.

Tale ragionamento fu concretizzato già nelle sentenze 343/1993 (dichiarazione di incostituzionalità di una norma relativa al rifiuto del servizio

¹²² Cfr. C. Cost., 25 maggio 1979, n. 26, in *Giur. cost.*, 1979, 288 (con osservazioni a prima lettura di R. VENDITTI), con cui la Corte dichiarò l'illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost. dell'art. 186 c.p.m.p., nella parte in cui puniva indifferentemente con l'ergastolo omicidio volontario, tentato omicidio ed omicidio preterintenzionale del superiore, nonché lesioni gravi e gravissime a danno del superiore ufficiale. La Consulta ritenne che tale norma avesse introdotto nell'ordinamento una sperequazione «radicalmente ingiustificata», che non trovava giustificazione né nell'impianto generale del c.p.m.p. (sottoposto al generale principio del minore disvalore del reato tentato rispetto a quello consumato) né nel bilanciamento tra i beni in gioco: la libertà personale del condannato, da un lato, e la vita ed incolumità fisica del superiore, ma anche disciplina militare in tempo di pace, beni tutelati dalla norma in questione, dall'altro. La sentenza è commentata da M. ROSSETTI, *Controllo di ragionevolezza e oggettività giuridica dei reati di insubordinazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 200 ss.

¹²³ Il riferimento al principio del minor disvalore del reato tentato rispetto a quello consumato fu considerato solo quale ragionamento di copertura, una sorta di «vernice di pura logica giuridico-formale» (M. ROSSETTI, *op. cit.*, 206). Maggior plauso trovò il riferimento ai beni giuridici tutelati dalla norma, nel quale la dottrina lesse l'accoglimento della teoria della necessaria lesività dell'illecito penale, sullo sfondo dell'art. 3 Cost. Tale norma sarebbe stata solo un pretesto per nascondere l'applicazione implicita del principio di offensività, desunto dagli articoli 27, primo e terzo comma e 25, secondo e terzo comma, Cost. (Così G. INSOLERA, *op. cit.*, 422 e G. FORNASARI, *Ragionevolezza, dissociazione e sequestro di persona a scopo di estorsione*, in *Foro it.*, 1984, 2082). Invece, la mancata menzione della finalità rieducativa della pena fu interpretata come l'ennesima «occasione mancata» per prendere esplicitamente posizione sulla finalità costituzionale (Così M. ROSSETTI, *op. cit.*, 210 ss.).

¹²⁴ Tra le pronunce nelle quali la Corte omise di prendere una posizione chiara cfr. in particolare C. Cost., 16 maggio 1984, n. 143 e la relativa nota di G. FORNASARI, *Ragionevolezza, dissociazione e sequestro di persona a scopo di estorsione*, cit.

¹²⁵ Cfr. G. INSOLERA, *op. cit.*, 425.

militare¹²⁶) e 341/1994 (dichiarazione di incostituzionalità del reato di oltraggio a pubblico ufficiale nella parte in cui prevedeva come minimo edittale la reclusione per sei mesi¹²⁷).

Più recentemente, la tematica è stata affrontata da C. Cost., 68/2012¹²⁸. Tra le ragioni dell'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p., la Corte ha in effetti menzionato anche «la violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost., nel suo valore fondante, in combinazione con l'art. 3 Cost., del principio di proporzionalità della pena al fatto concretamente commesso, sul rilievo che una pena palesemente sproporzionata – e, dunque, inevitabilmente avvertita come ingiusta dal condannato – vanifica, già a livello di comminatoria legislativa astratta, la finalità rieducativa»¹²⁹.

Infine, una lettura analoga del principio rieducativo si ritrova anche nella sentenza 251/2012: anche in questo caso, tra i vari motivi che portarono alla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 69, quarto comma, c.p., (nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. 309/1990 sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, c.p.) è stata menzionata l'impossibilità di adeguare la sanzione alla gravità del fatto commesso, con conseguente annichilimento di qualsiasi possibilità che il condannato percepisse come giusta la pena¹³⁰.

¹²⁶ C. Cost., 1993, n. 343, in *Foro it.*, 1994, 342. Riferendosi all'ipotesi del soggetto che, avendo rifiutato di adempiere il servizio militare, debba scontare una lunga serie di condanne penali, la Corte osserva: «La palese sproporzione del sacrificio della libertà personale che così si realizza produce ... una vanificazione del fine rieducativo della pena prescritto dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione, che di quella libertà costituisce una garanzia istituzionale in relazione allo stato di detenzione» (*ibidem*).

¹²⁷ C. Cost., 25 luglio 1994, n. 341, in *Giur., Cost.*, 1994, 2802. Ravvisa il collegamento della portata della pronuncia con la più recente elaborazione della Corte sulla funzione rieducativa della pena E. GALLO, *L'evoluzione del pensiero della Corte costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giur. cost.*, 1994, 3208.

¹²⁸ C. Cost., 23 marzo 2012, n. 68, in *Giur. Cost.*, 2012, 892, con nota di C. SOTIS. La sentenza dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'articolo 630 c.p., nella parte in cui non contemplava la possibilità di una diminuzione di pena quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risultasse di lieve entità per coerenza con l'art. 289 *bis* c.p. il quale, nel sanzionare una condotta di disvalore analogo se non maggiore (sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione), faceva sempre salva la possibilità di applicazione di una circostanza attenuante se i fatti erano appunto di lieve entità (art. 311 c.p.).

¹²⁹ *Ibidem*, 905.

¹³⁰ Tale pronuncia fa parte della ricca serie di sentenze costituzionali che a poco a poco hanno smantellato il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti rispetto alla recidiva c.d. «reiterata». Oltre che tramite il ricorso alla rieducazione, che rappresenta in realtà l'ultimo degli argomenti usati dalla Corte, l'irragionevolezza dell'art. 69, IV co., c.p. viene motivata sulla scorta dell'enorme divaricazione delle cornici edittali, delle conseguenze paradossali sul trattamento sanzionatorio di

Il secondo aspetto di rilievo riguarda l'intervento della Corte in relazione all'attuazione concreta del principio rieducativo in fase esecutiva, che con il passare del tempo si è fatto sempre più penetrante, univoco e coerente.

Dopo l'entrata in vigore dell'ordinamento penitenziario, ma soprattutto in risposta alla legislazione emergenziale degli anni Novanta, infatti, la Corte è decisamente intervenuta ad eliminare talune preclusioni (oggettive e soggettive) all'accesso ai benefici penitenziari ed alle misure alternative alla detenzione, nonché previsioni di revoca automatica delle stesse, al fine di consentire quella flessibilità che costituisce il necessario presupposto della rieducazione¹³¹.

Beninteso, la Consulta non ha dichiarato che tutte le norme che introducevano un trattamento penitenziario differenziato fossero in contrasto con il terzo comma dell'art. 27 Cost., bensì ha richiesto che la differenziazione fosse ragionevole, e quindi corrispondente all'esigenza di creare un trattamento penitenziario individualizzato per il detenuto¹³².

1.4. Proposte di riforma più risalenti: una rapida panoramica

1.4.1. Progetti per un nuovo codice penale

Come noto, sin dall'entrata in vigore della Costituzione si sono succeduti numerosi progetti di riforma dei codici penale e di procedura penale, nessuno dei quali è mai stato trasformato in legge. Ci si soffermerà brevemente solo sui più recenti tra questi, concentrandosi unicamente sulle previsioni in materia di pena¹³³.

fattispecie dal disvalore analogo ed infine del contrasto con il principio di offensività. Per un esame della sentenza cfr. D. NOTARO, *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta «lima» il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*, in *Cass. pen.*, 2013, 1755 ss.

¹³¹ Le relative sentenze sono diffusamente elencate da S. MAGNAGNENSI, E. RISPOLI, *La finalità rieducativa della pena e l'esecuzione penale*, in *Corte Costituzionale, Studi e ricerche*, <http://www.cortecostituzionale.it/studiRicerche.do>, luglio 2008, punto 2. Analizza nel dettaglio le reazioni della Corte nei confronti dell'introduzione legislativa di un trattamento penitenziario differenziato (in senso più rigido) per talune categorie di delinquenti «pericolosi» (concretatosi generalmente in modifiche dell'art. 4 bis o.p.) C. E. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in *op. cit.*, 156 ss., in particolare 161: «La Corte non è mai rimasta inerte di fronte alla progressiva frammentazione in categorie “socio-penitenziarie” della disciplina generale dettata per l'esecuzione della pena nel 1975».

¹³² Cfr. C. E. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in *op. cit.*, 164 ss.

¹³³ Cfr. la *Relazione al «progetto preliminare di riforma del codice penale – parte generale»* elaborato dalla Commissione Grosso del 12 settembre 2000 in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 575 ss. o *l'Introduzione al Progetto di codice penale della Commissione Nordio*, in *Cass. pen.*, 2005, 244 ss.

Lo schema di legge delega della Commissione presieduta dal prof. Pagliaro, pubblicato nel 1993, mirava a limitare il ricorso alla pena detentiva attraverso un utilizzo allargato delle sanzioni sostitutive e la previsione della possibilità, per il giudice, di escludere l'applicazione della pena principale ove ritenesse la pena accessoria da sola adeguata alla gravità del reato nonché in grado di impedire la commissione di nuovi reati da parte del condannato. Esso, inoltre, introduceva la commisurazione della pena pecuniaria per tassi giornalieri e cercava di riempire di contenuti prescrittivi la sospensione condizionale¹³⁴.

Qualche anno dopo, la Commissione di riforma presieduta dal prof. Grosso, muovendo dalla convinzione della necessità di creare un sistema punitivo più effettivo e rispettoso dei diritti fondamentali, proponeva un generale abbassamento dei massimi edittali, eliminando l'ergastolo e riducendo a 18 anni il limite massimo di durata della reclusione. La detenzione domiciliare veniva aggiunta al novero delle pene principali ed il lavoro di pubblica utilità sarebbe dovuto diventare una pena sostitutiva delle pene detentive brevi e di quelle pecuniarie. Per queste ultime, infine, si prevedeva l'introduzione del sistema dei tassi giornalieri¹³⁵.

Di diversa ispirazione ideologica il progetto Nordio, del 2004, caratterizzato invece da una scelta di fondo più vicina alla concezione retributiva della pena. Il progetto si distingue per aver proposto una sostanziale eliminazione della pena pecuniaria e previsto un largo uso della sanzione detentiva, eventualmente sostituibile con altri tipi di sanzioni interdittive e prescrittive comunque restrittive della libertà personale¹³⁶.

Infine, si sono conclusi nel 2007 i lavori di riforma della Commissione presieduta dall'on. Pisapia, il quale proponeva una ripartizione completamente nuova delle pene, non più distinte in pene principali ed accessorie ma qualificate quali pecuniarie, prescrittive, interdittive e detentive. Le pene prescrittive consistevano in

¹³⁴ La Commissione, presieduta da ANTONIO PAGLIARO, fu nominata dal Ministro della Giustizia G. VASSALLI nel febbraio del 1988. Per un sunto, cfr. A. PAGLIARO, *Lo schema di legge delega per un nuovo codice penale; metodo di lavoro e principi ispiratori*, in *Ind. pen.*, 1994, 243 ss.

¹³⁵ 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*, cit., 615 ss. Degno di nota l'art. 69, comma 2, del Progetto: «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» (*ibidem*, 674).

¹³⁶ La Commissione è stata istituita con D.M. del 23 novembre 2001. Cfr. *Il progetto della Commissione Nordio* in *Cass. pen.* 2005, 251 ss.

alcune prescrizioni comportamentali e nella libertà sorvegliata. L'ergastolo veniva abolito, e la durata massima della detenzione fissata in 32 anni¹³⁷. In generale, il Progetto cercava di limitare il ricorso alle pene detentive, ritenendo che altri tipi di sanzioni potessero meglio spiegare l'efficacia rieducativa costituzionalmente imposta¹³⁸.

1.4.2. Proposte di modifica dell'ordinamento penitenziario

Quanto alle proposte di modifica dell'ordinamento penitenziario, vale la pena ricordare la proposta di legge n. 6164 del 2005¹³⁹, la quale prospettava un radicale riassetto della norme penitenziarie. L'attuazione del principio rieducativo doveva avvenire, nell'intenzione dei proponenti, da un lato attraverso il riconoscimento di una serie di diritti in capo ai detenuti, e dall'altro con il rilancio delle misure alternative alla detenzione, rese più facilmente accessibili da parte dei condannati e corredate da percorsi individualizzati di reinserimento sociale.

Coerentemente con l'andamento pendolare della legislazione, come è ovvio, anche le proposte di legge oscillavano da un estremo all'altro. Pochi anni dopo la ben ponderata proposta appena descritta, e all'indomani della commissione di una rapina in banca da parte di un ergastolano in regime di semilibertà, il disegno di legge n. 623 del 21 maggio 2008 proponeva, al fine di recuperare certezza ed effettività alla pena, di restringere i requisiti di accesso alle misure alternative, di abrogare l'istituto della liberazione anticipata e di ridurre ad un anno il limite per la sospensione della

¹³⁷ La Commissione è stata nominata il 30 luglio 2006 dal Ministro MASTELLA. La relativa relazione, presentata il 19 novembre 2007, è reperibile all'indirizzo: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previousPage=mg_2_7_6_1&contentId=SPS47445, consultato il 30.11.2015.

¹³⁸ Cfr. COMMISSIONE PISAPIA, *Relazione*, cit., punto XXIII d.): «l'introduzione di pene non detentive costituisce una modalità attuativa sostanziale dell'orientamento previsto dall'art. 27, comma 3 della Costituzione, per cui le pene sono chiamate a favorire l'integrazione sociale del condannato e non a realizzare la sua espulsione dal contesto della società: l'orientamento all'integrazione e alla responsabilizzazione non deriva da esigenze umanitarie, ma è un vero e proprio elemento strategico finalizzato alla prevenzione. Nulla come l'avvenuto "recupero" del condannato rafforza l'autorevolezza dei precetti penali e, dunque, la stessa prevenzione generale».

¹³⁹ Proposta per un «Nuovo ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle pene e delle altre misure privative o limitative della libertà», presentata alla Camera il 3 novembre 2005. La proposta è frutto del lavoro di un gruppo di esperti coordinati dall'ex magistrato di sorveglianza A. MARGARA, il quale aveva partecipato anche alla redazione della legge Gozzini (cfr. *supra*, punto 1.3.3). Per il testo della proposta, cfr. <http://www.ristretti.it/areestudio/giuridici/margara/>, consultato il 30.11.2015.

pena ai sensi dell'art. 656 c.p.p.¹⁴⁰. Riecheggiando le teorie proposte in quegli anni dai più convinti sostenitori della retribuzione¹⁴¹, la relazione accompagnatoria alla proposta di legge affermava che la rieducazione sarebbe stata, eventualmente, possibile solo dopo che il condannato avesse espiato la pena privativa della libertà, l'unica sufficientemente afflittiva¹⁴².

Sulla stessa scia, ma in una prospettiva più moderata, si colloca la successiva proposta di legge n. 636 del 22 maggio 2008. Anche questo progetto, infatti, prevedeva una restrizione delle condizioni per la concessione delle misure alternative, ma in modo meno rigido rispetto alla proposta precedente, soffermandosi piuttosto su altri aspetti dell'esecuzione penale. Tra questi, in particolare, veniva affidato all'autorità di pubblica sicurezza il potere di controllare le condotte dei soggetti ammessi al regime di semilibertà e di suggerire la relativa revoca al magistrato di sorveglianza, ove ciò fosse ritenuto necessario. Inoltre, veniva proposto l'uso di strumenti di sorveglianza elettronica dei soggetti ammessi alle misure alternative ed ai permessi premio¹⁴³.

2. Il ventunesimo secolo: recenti progetti e più o meno «spontanee» riforme

Per quanto riguarda il numero delle riforme legislative, la loro palese incoerenza, la mancanza di collegamento sistematico tra le nuove leggi e l'impianto

¹⁴⁰ Disegno di legge, d'iniziativa dei senatori Berselli e Balboni comunicato alla Presidenza il 21 maggio 2008, recante modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e al codice di procedura penale, in materia di permessi premio e di misure alternative alla detenzione, all'indirizzo: <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/202534.pdf>, consultato il 30.11.2015.

¹⁴¹ Cfr. ad esempio M. RONCO, *Una proposta per la riacquisizione di senso della pena riabilitativa*, in M. PAVARINI, (a cura di), *Silète poenologi in munere alieno!*, cit., 52-54: «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».

¹⁴² Cfr. *ibidem*, 2: «Le misure premiali sarebbero «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».

¹⁴³ Disegno di legge n. 636, comunicato alla Presidenza del Senato il 22 maggio 2008 d'iniziativa del senatore VALDITARA e rubricato *Modifiche alla legge 354/75 in materia di permessi premio e di misure alternative*, http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Ddlpres&leg=16&id=00307413&part=doc_dc&parse=si&stampa=si&toc=no (consultato il 30.11.2015).

già esistente; come pure per la costante oscillazione tra misure clemenziali ed austeri irrigidimenti sanzionatori, gli ultimi quindici anni non hanno nulla da invidiare al primo cinquantennio repubblicano. Anzi, come si vedrà, soprattutto a partire dal 13 gennaio 2010, le riforme hanno iniziato a susseguirsi in modo ancora più frenetico. Nel periodo descritto, inoltre, il legislatore italiano ha dovuto fare i conti non solo con la «propria» Corte Costituzionale, ma anche con un organo giurisdizionale sovranazionale, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

2.1. Crisi della pena, sovraffollamento, abuso della custodia cautelare in carcere, spregio dei diritti dei detenuti. Finché la misura non fu colma.

Questo paragrafo rappresenta il collegamento ideale, sul piano normativo, con quanto esposto nel capitolo precedente in relazione alla «crisi» della pena. Infatti, mentre la dottrina constatava l'inefficienza del sistema e gridava al dissolvimento del sistema sanzionatorio, il legislatore continuava, implacabile, ad intervenire in senso contraddittorio ed antitetico.

Dal punto di vista empirico, la situazione era tragica: al 31.12.2000, secondo i dati del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, nelle carceri italiane erano ristrette 53.165 persone, quasi il doppio rispetto al 1991¹⁴⁴. In media, la capienza regolamentare delle carceri risultava superata del 20%¹⁴⁵, ed i detenuti in attesa di giudizio rappresentavano poco meno della metà del totale dei reclusi¹⁴⁶.

Quanto alla pena pecuniaria, essa, benché risultasse inflitta nel 49% delle condanne, risultava riscossa solo in una percentuale irrisoria dei casi¹⁴⁷.

Fino al 2013, la popolazione carceraria avrebbe continuato a crescere con una certa costanza: tra le probabili ragioni della crescita, oltre ai cambiamenti nella struttura socio-economica ed un incremento nella severità punitiva da parte delle agenzie punitive (inquirenti e giudicanti), anche i numerosi interventi legislativi,

¹⁴⁴ Al 31.12.1991, i detenuti totali erano 35.469.

¹⁴⁵ Quindi, c'erano circa 120 detenuti ogni 100 posti, sempre secondo i dati del DAP.

¹⁴⁶ Oltre che sul sito del Ministero della Giustizia (https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_12_3.wp), interessanti dati statistici si ritrovano anche in M. PAVARINI, *Governare la penality*, cit., 95-97 e L. PICOTTI *et al.*, *Italien*, in F. DÜNKEL *et al.*, *Kriminalität, Kriminalpolitik, strafrechtliche Sanktionspraxis und Gefangenenraten im europäischen Vergleich*, Mönchengladbach, 2010, 495 ss.

¹⁴⁷ In assenza di statistiche sistematiche, è difficile stabilire con esattezza quale fosse la percentuale di pena pecuniaria riscossa all'epoca. Tuttavia, considerati i dati relativi agli anni precedenti ed a quelli successivi, si può ragionevolmente ritenere che anche nel 2000 le pene pecuniarie riscosse rappresentassero in media tra il 3 ed il 4% delle condanne totali (cfr. L. GOISIS, *La pena pecuniaria*, cit., 129-131).

seppur oscillanti tra clemenza e rigore¹⁴⁸. Essi, come di consueto, hanno interessato l'intero arco della fenomenologia punitiva.

2.1.1. Norme penali sostanziali e processuali

Un primo passo per la sua riduzione del sovraffollamento all'inizio del nuovo millennio fu compiuto dalla legge 189/2002 (c.d. Bossi-Fini), che intervenne sulle norme in materia di immigrazione prevedendo che la misura dell'espulsione dello straniero irregolare, già prevista quale sanzione sostitutiva della pena detentiva fino a due anni, potesse fungere anche da misura alternativa alla detenzione¹⁴⁹.

Un ulteriore intervento, sempre timido, verso la deflazione, fu poi rappresentato dalla legge n. 207 del primo agosto 2003, che consentiva la sospensione del residuo di pena detentiva, seppure entro limiti oggettivi e soggettivi molto ristretti, nei confronti del condannato che avesse scontato almeno la metà della pena¹⁵⁰. Il provvedimento, che si guadagnò il diminutivo di «indultino»¹⁵¹ a causa

¹⁴⁸ Per un tentativo di spiegazione delle variegata (e non univoche) ragioni che hanno condotto all'aumento della popolazione carceraria dal 1980 al 2004 cfr. L. PICOTTI *et al.*, *Italiani*, in F. DÜNKEL *et al.*, *op. cit.*, 501 ss., ma anche M. DOVA, *Torreggiani c. Italia: un barlume di speranza nella cronaca del collasso annunciato del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 951-957. Riprendendo le conclusioni della Conferenza Europea dei direttori degli istituti penitenziari (Edimburgo 2009), ricorda che l'aumento della popolazione carceraria è legato maggiormente alle decisioni politiche che alle variazioni dei livelli di criminalità F. DELLA CASA, *Approvata la legge c.d. svuota-carceri: un altro «pannicello caldo» per l'ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario?*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 5. Contra, G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani ed altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, 14.

¹⁴⁹ La legge 189/2002 ha modificato l'art. 16 del d.lgs. 286/1998 (T. U. sull'immigrazione). In sostanza, l'espulsione rappresenta una pena *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 se il residuo di pena non supera i due anni. Cfr. M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, IX Ed., Milano, 2010, 357 ss. In seguito, tale disposizione è stata più volte rimaneggiata dal legislatore (hanno interessato tale articolo la l. 15 luglio 2009, n. 94, il d.l. 23 giugno 2011, n. 89, il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 ed infine la l. 30 ottobre 2014, n. 161).

¹⁵⁰ Le preclusioni oggettive riguardavano l'aver riportato la condanna per taluni gravi reati, quelle soggettive la dichiarazione di delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero la previa sottoposizione al regime di sorveglianza particolare o ad una misura alternativa. Se nei successivi cinque anni il condannato si fosse astenuto dalla commissione di reati, attenendosi alle prescrizioni previste al momento della sospensione, la pena si sarebbe estinta. A causa delle condizioni restrittive di ottenimento del beneficio, il cui campo di applicazione si sovrapponeva in buona parte con quello delle misure alternative, poté fruirla solo un numero assai ristretto di reclusi, come del resto era chiaro già all'indomani dell'entrata in vigore della legge. Su questo cfr. E. SANTORO, *Dall'indulto all'insulto*, in <http://www.altrodiritto.unifi.it/index.htm?document/indulto.htm>, 2003, consultato il 30 novembre 2015.

¹⁵¹ Benché approvato, come si è visto, con legge ordinaria, nei fatti (ed anche nell'intenzione del legislatore come emerge dai lavori preparatori) il provvedimento mirava ad aggirare la maggioranza richiesta dall'art. 79 Cost., perché produceva effetti simili a quelli di un indulto, ponendo seri dubbi di legittimità costituzionale. Approfondisce la questione C. RUGA RIVA, *Sanatorie, condoni, 'indultino'*:

dello scarso margine di applicazione, fu seguito da una nota novella la quale, invece, perseguiva finalità ambigue¹⁵²: la l. 251/2005 (*ex Cirielli*) unì una *ratio* garantista, volta alla tendenziale riduzione dei termini prescrizionali, ad un generale inasprimento del sistema penale per la categoria dei recidivi¹⁵³. In particolare, pur confermando la regola generale della discrezionalità giudiziale nel riconoscimento della recidiva, tale legge introduceva, al V comma dell'art. 99 c.p., un caso di recidiva obbligatoria per determinati tipi di reati¹⁵⁴ e sottraeva la recidiva al meccanismo del bilanciamento delle circostanze previsto dall'art. 69 c.p.. Questi automatismi e preclusioni furono progressivamente smantellati dalla Corte Costituzionale¹⁵⁵.

L'indultino del 2003 non riuscì ad incidere sulla popolazione penitenziaria, interessando di fatto un numero molto contenuto di reclusi¹⁵⁶. Al contrario, si ritiene

forme e limiti costituzionali dell'impunità retroattiva, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, 227-31. Puntualmente, la Corte Costituzionale intervenne, censurando la norma sotto due profili: il contrasto con l'art. 3 Cost. (C. Cost., 278/2005) nonché con l'art. 27, III co., Cost. (C. Cost., 255/2006). Per una breve spiegazione e ricchi riferimenti bibliografici al proposito cfr. F. DELLA CASA, *Art. 69*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *op. cit.*, 834.

¹⁵² Così anche E. DOLCINI, *Le due anime della legge «ex Cirielli»*, in *Corr. mer.*, 2005, 55 ss.

¹⁵³ Per quanto riguarda la riforma della recidiva operata dalla legge *ex Cirielli*, si rimanda a F. GIUNTA (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla Legge 5 dicembre 2005*, n. 251, Milano, 2006, in particolare 37 ss. (contributo di L. BISORI sulla recidiva), 181 ss. (contributo di A. MELCHIONDA sulle modifiche in materia di circostanze) e 221 ss. (contributo di D. MICHELETTI per la disciplina della prescrizione). Definiscono la legge «poco meditata, contingente e velleitaria» M. ROMANO, G. GRASSO, *Pre art. 99*, in *IDD.*, *Commentario sistematico del codice penale*, II, *Art. 85-149*, IV. Ed., Milano, 2012, 87.

¹⁵⁴ Più precisamente, dei delitti indicati all'art. 407, comma secondo, lett. a) c.p.p. Anche questo aspetto fu criticato: l'elenco dell'art. 407 c.p.p., da considerarsi tassativo, include fattispecie molto diverse da loro. Al tempo stesso, molte altre fattispecie, punite con pene altrettanto severe, rimangono escluse da tale articolo, così che il richiamo alla norma procedurale appare «poco ragionevole». Così M. ROMANO, G. GRASSO, *Art. 99*, in *IDD.*, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., 103.

¹⁵⁵ Quanto all'art. 99, V co., c.p., con sent. 23 luglio 2015 n. 185, la C. Cost. ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale nella parte in cui prevede che il riconoscimento della recidiva sia obbligatorio. La sottrazione della recidiva dalle regole ordinarie sul concorso eterogeneo di circostanze, prevista dall'ultimo comma dell'art. 69 c.p., fu invece oggetto di ben tre interventi consecutivi: con sent. 15 novembre 2012, n. 251, la C. Cost. dichiarò il comma costituzionalmente illegittimo nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, co. V, d.P.R. 309/90 sulla recidiva di cui all'art. 99, IV co., c.p.; con sent. 14 aprile 2014 n. 106, nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 609-bis, III co., c.p., sulla recidiva di cui all'art. 99, IV co., c.p. ed infine con sentenza 14 aprile 2014 n. 105, nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 648, II co., c.p., sulla recidiva di cui all'art. 99, IV co., c.p. Infine, anche le modifiche dell'*ex Cirielli* aventi ad oggetto l'art. 62 bis c.p. sono state ricondotte a conformità costituzionale da C. Cost. 10 giugno 2011, n. 183.

¹⁵⁶ I risultati della legge 207/2003 sono stati inferiori alle attese. A fronte della previsione di uscita dal carcere di circa 9.000 condannati, un anno dopo l'entrata in vigore della legge poco meno di 4.000 si erano avvalsi della possibilità di sospensione della pena. Non solo tale cifra rimaneva lontana dai numeri inizialmente stimati, ma rimaneva ininfluente rispetto al numero di ristretti «in eccesso»

che, proprio per le rigide disposizioni nei confronti dei recidivi, la legge *ex Cirielli* abbia contribuito all'aumento della popolazione penitenziaria. Un effetto analogo fu sortito dal successivo d.l. 272/2005, convertito in l. 49/06, il quale, tra le altre cose, arrivò sostanzialmente a parificare, *quod poenam*, il trattamento nei confronti degli autori di reati connessi alle droghe pesanti ed a quelle leggere¹⁵⁷.

Nell'agosto 2006, il legislatore reagì al problema del sovraffollamento delle carceri e alle forti proteste dei detenuti con l'indulto: la legge 31 luglio 2006, n. 241 prevedeva uno sconto di pena di tre anni per i reati commessi prima del 2 maggio di quello stesso anno¹⁵⁸.

Parallelamente, tuttavia, il legislatore continuò ad agire sulla parte speciale, aumentando in via generalizzata le pene per tutta una serie di reati percepiti come particolarmente «gravi»¹⁵⁹.

L'indulto ebbe effetti immediati ma effimeri sulla popolazione detenuta, che nel giro di pochi mesi si dimezzò, passando da 61.264 (registrate al 30 giugno 2006) a 39.005 unità al 31 dicembre dello stesso anno. Tuttavia, nel giro di pochi anni il numero dei detenuti riprese vorticosamente a crescere. Al 30 giugno 2009,

ospitati dalle carceri italiane all'epoca, che si aggirava sulle 14.000 unità. Cfr. L. L. COLOGNESE, «*Indultino*»: rilievi critici e primi risvolti applicativi, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1026.

¹⁵⁷ Si tratta del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, recante «Misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le prossime Olimpiadi invernali, nonché la funzionalità dell'Amministrazione dell'interno. Disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti recidivi e modifiche al testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309», poi convertito, con modificazioni, dalla l. 21 febbraio 2006, n. 49. Quest'ultima è nota per avere introdotto nel d.l. 272/2005 gli art. 4 *bis* e 4 *vicies ter* commi II lett. a) e III lett. a) n. 6, dichiarati incostituzionali per violazione dell'art. 77, II comma, Cost. dalla nota sentenza C. Cost., 25 febbraio 2014, n. 32 nella parte in cui parificano ai fini sanzionatori le sostanze stupefacenti o psicotrope c.d. leggere a quelle c.d. pesanti e unificano le tabelle che identificano le sostanze stupefacenti, includendo la *cannabis* ed i suoi prodotti nella prima di tali tabelle. Tra i numerosissimi commenti alla sentenza della Consulta, si rimanda, per tutti, a V. MANES, L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale. Nota a Corte cost., sent. 25 febbraio 2014, n. 32*, in *DPC*, 2014, I, 215. Per un commento alla recente sentenza delle S.U. relativa ad una delle numerose questioni di diritto intertemporale scaturite da C.Cost. 32/2014 come da un vaso di Pandora cfr. F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite risolvono un contrasto... dottrinale sugli effetti della sentenza n. 32/2014 in materia di stupefacenti*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 1 agosto 2015.

¹⁵⁸ 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. Per alcune note relative all'ambiguità del provvedimento cfr. C. G. DE VITO, *op. cit.*, 56 ss.

¹⁵⁹ Molto superficialmente, si può dire che in tutti gli anni 2000 l'aumento generalizzato delle pene si mosse su più piani: da un lato dal 1982 in poi, si susseguirono vari provvedimenti normativi volti ad aumentare le pene per i reati commessi dagli appartenenti ad una organizzazione criminosa di stampo mafioso. Parallelamente, furono aumentate le pene per gli autori di reati di particolare allarme sociale, come reati sessuali e delitti connessi allo sfruttamento della prostituzione minorile. Cfr. L. PICOTTI *et al.*, *Italiani*, in F. DÜNKEL *et al.*, *op. cit.*, 516-520.

risultavano reclusi nelle carceri italiane 63.630 persone, quasi 2.500 in più dello stesso giorno di due anni prima¹⁶⁰.

2.1.2. Modifiche all'ordinamento penitenziario

Intervennero invece più direttamente sull'ordinamento penitenziario, perseguendo finalità deflattive e di maggiore flessibilizzazione dell'esecuzione della pena la legge 40/2001, che introdusse una nuova figura di detenzione domiciliare per le condannate-madri, la l. 277/2002, che semplificò la procedura per la concessione della liberazione anticipata e la l. 279/2002, che istituzionalizzò il secondo comma dell'art. 41-*bis* o.p., norma che in origine doveva avere un'efficacia temporale limitata¹⁶¹.

Successivamente, la l. 95/2004 si preoccupò di assicurare al detenuto nuove e più puntuali garanzie in tema di limitazioni e controlli della corrispondenza¹⁶² ed il già citato d.l. 275/2005 inserì una serie di disposizioni volte a favorire la detenzione extramuraria dei condannati tossicodipendenti¹⁶³.

La già menzionata legge 251/2005 (*ex-Cirielli*) rappresentò invece il ritorno ad un atteggiamento di chiusura: eccezion fatta per una norma che consentiva agli ultrasessantenni in generale di espiare la pena in detenzione domiciliare, ed oltre ai citati interventi di modifica delle norme sostanziali e processuali, anche sul versante

¹⁶⁰ La fonte di questi dati è sempre il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria.

¹⁶¹ Come si è visto *supra*, sub 1.1.3, l'art. 41 *bis* o.p. prevede che le normali regole di trattamento dei detenuti e degli internati possano essere sospese dal Ministro della Giustizia in casi eccezionali di rivolta o altre gravi situazioni di emergenza (co. I) ovvero quando ricorrano gravi motivi di ordine o sicurezza pubblica (co. II). Nell'intenzione originaria del d.l. 306/92, questa seconda disposizione avrebbe dovuto cessare la sua efficacia decorsi tre anni dall'entrata in vigore della legge di conversione del d.l. 306/92. Tuttavia, la validità della norma fu progressivamente prorogata, finché la legge 279/2002 non eliminò il carattere emergenziale e temporaneo della previsione, ne allargò sensibilmente l'ambito applicativo e lo rese pure più afflittivo. Sotto il pretesto dell'adeguamento alle sentenze interpretative di rigetto della Corte Costituzionale (sentt. 349/93, 410/93, 351/96 e 376/97) il legislatore introdusse definitivamente un regime differenziato *in peius*. Cfr. nuovamente L. CESARIS, *Art. 41 bis*, in *op. cit.*, 449-450 e 456 ss.

¹⁶² La legge 95/2004 introdusse l'art. 18 *ter* o.p. prevedendo la possibilità di un reclamo contro i provvedimenti di limitazione della corrispondenza disposti su richiesta del p.m. ovvero del direttore dell'istituto dal magistrato di sorveglianza per i condannati e gli internati e dal giudice competente *ex art. 279 c.p.p.* nel caso degli imputati. Sui problemi di coordinamento con la disciplina generale dopo la novella, cfr. F. FIORENTIN, *Il punto su... la tutela dei diritti dei detenuti. I. L'esecuzione penale e il rapporto di esecuzione*, in *Giur. merito*, 2006, 17-18.

¹⁶³ Il riferimento è ancora al d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito in legge 21 febbraio 2006, n. 49, cfr. *supra*, nota 157. Per una sintesi delle introduzioni della norma relativamente alla disciplina penitenziaria per tossico- o alcooldipendenti cfr. M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 272 ss., in particolare 281-287.

dell'esecuzione della pena essa si accanì nei confronti del condannato recidivo. Per quest'ultimo, infatti, divenne più difficile, se non del tutto precluso, l'accesso alle misure alternative ed ai benefici penitenziari¹⁶⁴. Le *neo* introdotte norme cozzavano platealmente con uno dei principi cardine del nuovo ordinamento penitenziario, nella parte in cui mirava a creare un sistema flessibile di esecuzione della pena, durante la quale fosse possibile valutare gli eventuali progressi rieducativi del reo ma anche, e soprattutto, con il dettato costituzionale sulla rieducazione, che veniva in tal modo eluso¹⁶⁵.

Anche per quanto riguarda le norme relative all'esecuzione penitenziaria, quindi, all'indomani dell'entrata in vigore della legge la dottrina aveva denunciato numerosi profili di illegittimità costituzionale¹⁶⁶. Più in generale, l'approvazione della *ex-Cirielli* diede nuova linfa all'eco di coloro che gridavano al collasso del sistema carcerario e chiedevano il ritorno al carcere quale *extrema ratio* delle soluzioni penali possibili¹⁶⁷. Come vedremo, i prognostici più cupi si avverarono.

Solo qualche anno dopo, la legge 94/2009 («pacchetto sicurezza») proseguì sulla via della creazione di un trattamento differenziato per talune categorie di delinquenti, inasprendo ulteriormente i contenuti del c.d. carcere duro previsto dall'art. 41 *bis* o.p.¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Inoltre, i recidivi reiterati furono sottratti alla sospensione automatica dell'ordine di esecuzione. Quanto più specificamente al contenuto della legge, per i recidivi divenne più gravoso l'accesso alle misure premiali ed alternative ed alla semilibertà. Inoltre essi non potevano accedere alla detenzione domiciliare cd. generica, (mentre rimaneva possibile quella cd. speciale). Per una panoramica cfr. C. BRUNETTI, *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. crimin.*, 2006, III, 53 ss.

¹⁶⁵ Cfr. L. BRESCI, *I riflessi delle novità introdotte dalla ex Cirielli in materia di esecuzione penale*, in <http://www.altrodiritto.unifi.it/misure/bresci/index.htm>, 2005, cons. il 30.11.2015, cap. III, 3) - 4).

¹⁶⁶ Il collegamento univoco ed insuperabile tra recidiva e preclusioni penitenziarie, escludendo qualsiasi possibilità di personalizzazione della pena, si pone in un rapporto di tensione con gli artt. 33 27, III co., Cost. Cfr. C. BRUNETTI, C., *op. cit.*, 73.

¹⁶⁷ Così E. DOLCINI, *Le due anime della legge «ex Cirielli»*, cit., che, quale conseguenza dell'entrata in vigore della legge, prevede un aumento della popolazione penitenziaria di circa 20.000 persone «senza che vi sia traccia di nuove risorse destinate a fronteggiare questa fiumana di persone: spazi e operatori dovranno dividersi tra un numero enormemente superiore di detenuti» (*ibidem*).

¹⁶⁸ La norma, già oggetto di intervento con la l. 279/02, fu riscritta dal «Pacchetto sicurezza» del 2009, il quale, per azzerare le interpretazioni giurisprudenziali più garantiste dell'art. 41 *bis* o.p., da un lato ne inasprì ulteriormente il contenuto (rendendo, ad esempio, obbligatorie e non più discrezionali tutta una serie di limitazioni) e dall'altro attribuì la competenza territoriale sul reclamo avverso il decreto impositivo del regime esclusivamente al Tribunale di Sorveglianza di Roma. La compressione dei diritti costituzionalmente garantiti che deriva dalla formulazione attuale della norma è fonte continua di preoccupazioni. Cfr. L. CESARIS, *Art. 41 bis*, in *op. cit.*, 450 ss. Sinora la Corte Costituzionale è intervenuta dichiarando incostituzionali per violazione dell'art. 24 Cost. solo le limitazioni temporali ai colloqui con i propri difensori originariamente previste dalla lett. b) del comma II *quater* dell'art. 41

Da ultimo, più recentemente, si registra un nuovo intervento di favore: con la legge 62/2011 sono state introdotte disposizioni a tutela del rapporto tra le detenute madri ed i loro figli minori.

2.2. *Il momento contemporaneo: davvero «una nuova stagione»¹⁶⁹?*

Proprio perché a due anni dall'indulto il tasso di sovraffollamento carcerario era tornato ai livelli del 2006, la situazione delle prigioni italiane era divenuta facile preda delle censure sovranazionali, che puntualmente si abbatterono su di essa: con la sentenza del 16 luglio 2009 nella causa *Sulejmanovic c. Italia*¹⁷⁰, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ravvisò una violazione dell'art. 3 della CEDU da parte dello Stato italiano nei confronti di un soggetto che era stato detenuto per oltre due mesi e mezzo in una cella di 16,20 mq insieme ad altri cinque reclusi, disponendo di uno spazio medio di 2,7 mq. Per l'effetto, lo Stato italiano fu condannato al risarcimento di 1.000 euro nei confronti del ricorrente.

In sintesi, secondo la Corte, l'art. 3 della Convenzione impone allo Stato di assicurarsi che le condizioni di detenzione siano rispettose della dignità umana, e che la reclusione non ecceda il livello inevitabile di sofferenza legato all'espiazione di una pena detentiva¹⁷¹. La concessione a ciascun condannato di uno spazio personale inferiore ai 3 mq costituirebbe di per sé un trattamento inumano e degradante, anche a prescindere da ulteriori fattori (ore totali d'aria concesse, condizioni igienico-sanitarie)¹⁷².

bis o.p. (C. Cost., 20 giugno 2013, n. 143, in *Giur. cost.*, 2013, 2164, annotata (tra gli altri) da F. FIORENTIN, *Regime speciale del «41 bis» e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2013, 2180.

¹⁶⁹ Così F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Premessa alla quinta edizione*, in *ID.*, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., XVII.

¹⁷⁰ *Affaire Sulejmanovic c. Italie (Requête n. 22635/03), Arrêt du 16 juillet 2009*. Nel 2009, il tasso di sovraffollamento si aggirava intorno al 153%. Il risultato delle politiche securitarie ed a «tolleranza zero» nei confronti di alcune categorie di delinquenti (tossicodipendenti, recidivi e stranieri) aveva inciso anche sull'utilizzo delle misure alternative alla detenzione, nel 1999 fruivano delle misure alternative 18.257 detenuti su 51.800, nel 2009 il rapporto era di 13.383 a 64.800 detenuti. Cfr. F. DELLA CASA, *Approvata la legge c.d. svuota-carceri: un altro «pannicello caldo» per l'ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario?*, cit., 6.

¹⁷¹ Cfr. *Affaire Sulejmanovic c. Italie, Arrêt du 16 juillet 2009*, versione .pdf scaricabile dal sito della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 9-10.

¹⁷² La Corte riconosce che secondo il Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti (CTP) ciascun detenuto deve poter fruire di almeno 7 mq di spazio. Tuttavia, si tratta di un valore indicativo, che non interferisce con l'opera della Corte stessa, la quale deve limitarsi a censurare le situazioni nelle quali essa ritenga che non solo i valori auspicabili, ma anche i contenuti minimi non sono soddisfatti. Cfr. *Affaire Sulejmanovic c. Italie, Arrêt du 16 juillet*

Tale sentenza rappresentò una prima «doccia fredda» per il legislatore italiano. Con decreto del 13 gennaio 2010, il Presidente del Consiglio Berlusconi dichiarò lo «Stato di emergenza» per quanto riguarda le carceri italiane¹⁷³.

A seguito della pronuncia, crebbe pure l'attenzione della dottrina per le tematiche inerenti l'esecuzione penale: accanto a chi tradizionalmente si era sempre occupato della tematica, si levò la richiesta trasversale di un provvedimento clemenziale più esteso, al fine di ricomporre l'emergenza, seguito da riforme sistematiche¹⁷⁴. Si ritenne che fosse iniziata una nuova stagione, caratterizzata da un'attenzione condivisa per le tematiche carcerarie¹⁷⁵.

2009, cit., 10. La decisione fu adottata dalla Camera della Corte EDU con una maggioranza di cinque giudici su sette. Tra i due contrari, il giudice Zagrebelsky, il quale con un'opinione dissidente motivò il proprio voto con il timore di una relativizzazione di un divieto assoluto come quello di cui all'art. 3 della Convenzione. In tale ottica, stabilire un «minimo di gravità tollerabile» costituirebbe il primo passo per un progressivo svuotamento di significato del divieto stesso. Cfr. *Opinion dissidente du juge Zagrebelsky, à laquelle se rallie la juge Jočienė*, in *Affaire Sulejmanovic c. Italie, Arrêt du 16 juillet 2009*, cit., 19. Parte dalla sentenza Sulejmanovic per tracciare un bilancio generale sulla situazione carceraria italiana E. DOLCINI, *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali ricordando Vittorio Grevi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 33.

¹⁷³ Le vicissitudini del Piano Carceri sono riassunte nella Deliberazione 30 settembre 2015, n. 6/2015/G della Corte dei Conti, che relazionava su «L'attività del Commissario Straordinario del Governo per le problematiche connesse all'affollamento degli istituti carcerari», scaricabile dal sito della Corte dei Conti stessa. Poco dopo la proclamazione dello stato d'emergenza, con ordinanza del Presidente del Consiglio dei ministri n. 3861 del 19 marzo 2010, recante «Disposizioni urgenti di protezione civile dirette a fronteggiare la situazione di emergenza degli istituti penitenziari nel territorio nazionale», il capo del DAP fu nominato Commissario delegato per far fronte al sovraffollamento, con il compito di predisporre un apposito Piano di interventi per la realizzazione di nuove infrastrutture carcerarie e per l'adeguamento ed il potenziamento delle strutture esistenti. La vicenda è molto complessa: due anni dopo, i compiti del Commissario furono trasferiti ad un Prefetto per poi tornare di nuovo in capo agli uffici del Ministero della Giustizia competenti in via ordinaria per l'edilizia carceraria (cfr. Corte dei Conti, *Deliberazione 30 settembre 2015*, 27-29). Anche i numeri del piano non sono chiari: inizialmente, esso prevedeva la costruzione di 21.000 nuovi posti entro il 31.12.2012, poi ridotti a 12.000 entro il 31 dicembre 2014. Tuttavia, in tale data erano disponibili solo 4.415 nuovi posti (cfr. Corte dei Conti, *Deliberazione 30 settembre 2015*, 64). Tra l'altro, la mancata attuazione del Piano non risiede nella mancanza di fondi, perché solo una percentuale molto bassa (11,32%) di essi risulta effettivamente spesa (cfr. *ibidem*, 68). I fondi per la costruzione delle nuove carceri avrebbero dovuto essere attinti, tra l'altro, dalla cassa delle ammende, normalmente destinata invece a finanziare i programmi di reinserimento sociale dei detenuti. Per precisi riferimenti legislativi ed una critica, su questo, cfr. F. DELLA CASA, *Approvata la legge c.d. svuota-carceri: un altro «pannicello caldo» per l'ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario?*, cit., 6.

¹⁷⁴ Il I Convegno dell'Associazione italiana dei Professori di Diritto Penale, tenutosi a Firenze il 16 e 17 novembre 2012, fu quasi interamente dedicato alla situazione presente e futura del sistema sanzionatorio. Cfr. gli atti del convegno, raccolti in uno speciale di *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, III, 1059 ss., nonché alla sezione dedicata alle «Riforme urgenti del sistema penale», in *DPC, Rivista trimestrale*, 2012, I, 202 ss. Già un paio d'anni prima (delibera del 26.7.2010), il Consiglio Superiore della Magistratura aveva costituito Commissione mista, coordinata dal prof. Glauco Giostra e composta da tre componenti dello stesso Consiglio, tre componenti designati dal Ministro della Giustizia, e sei magistrati di sorveglianza, «allo scopo di elaborare proposte di intervento sul piano ordinamentale, organizzativo e normativo, idonee ad affrontare le criticità che concorrono a determinare il fenomeno dell'*overcrowding* e delle difficili condizioni di vita all'interno delle strutture

Poiché le novelle incisero in modo trasversale sulle norme sostanziali, processuali ed esecutive, la trattazione avrà carattere diacronico e tratterà congiuntamente i tre momenti.

2.2.1. Riforme successive alla sentenza Sulejmanovic ... e Torreggiani

All'indomani della sentenza Sulejmanovic fu emanata quella che sarebbe stata la prima di una serie di norme «svuota-carceri»: la legge 199/2010 incise sugli articoli 47 *ter* e 69 *bis* o.p, nonché sull'art. 656 c.p.p., prevedendo che, a talune condizioni, le pene detentive (anche residue) di durata inferiore a dodici mesi potessero essere espiate in regime di detenzione domiciliare¹⁷⁶. Il relativo disegno di legge conteneva anche la proposta, non approvata, di inserire nell'ordinamento un meccanismo di *probation* processuale per gli adulti, sul modello dell'analogo procedimento previsto per i minorenni e delle esperienze comparate¹⁷⁷. Grazie all'estensione della detenzione domiciliare, inizialmente dalla legge 199/2010 come misura transitoria¹⁷⁸, uscirono dal carcere circa 12.000 condannati¹⁷⁹.

penitenziarie». Cfr. DPC, REDAZIONE (a cura di), *Un passo concreto per affrontare l'«emergenza carceri»: la proposta della Commissione mista del CSM*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 dicembre 2012 (con la possibilità di scaricare l'intera relazione), e G. GIOSTRA, *Sovraffollamento carceri, una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 55.

¹⁷⁵ Parla al proposito di «risveglio delle coscienze» per l'intollerabilità della situazione carceraria italiana A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014, 3.

¹⁷⁶ Legge 26 novembre 2010 n. 199, recante «Disposizioni relative all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a dodici mesi». Per un commento, cfr. F. DELLA CASA, *Approvata la legge c.d. svuota-carceri: un altro «pannicello caldo» per l'ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario?*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 5 ss., il quale non manca di evidenziare, da un lato, come la previsione generica della detenzione domiciliare possa essere fonte di diseguglianze per i soggetti senza alloggi a disposizione. D'altra parte, come da tradizione, la legge stessa conteneva due inasprimenti sanzionatori: gli art. 2 e 3 l. 199/10 incrementarono le pene previste per il reato di evasione ed introdussero una circostanza aggravante comune per il soggetto autore di un delitto non colposo commesso durante la fruizione di una misura alternativa alla detenzione. Peraltro, a differenza della detenzione domiciliare, queste due disposizioni sin dall'inizio non erano sottoposte a termine di efficacia (cfr. *ibidem*, 9). Ravvisa invece nella norma un segno di «buona volontà di non lasciare immutato il quadro davvero impressionante dei problemi di gestione del mondo penitenziario» A. GIARDA, *La legge «svuota-carceri»: un intervento di buona volontà per un'emergenza drammatica*, in *Corr. mer.*, 2011, 124.

¹⁷⁷ Le relative disposizioni furono stralciate dal disegno di legge finale. Cfr. F. DELLA CASA, *Approvata la legge c.d. svuota-carceri*, cit., 6.

¹⁷⁸ L'efficacia della norma doveva estendersi fino al 31 dicembre 2013, ma il d.l. 164/2014 ne ha eliminato il carattere temporaneo.

¹⁷⁹ Cfr. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 5. Più cauto M. PAVARINI, *Vivere in meno di 3 metri quadrati. Quando la pena è disumana e degradante*, Bologna, 27 febbraio 2013, in www.ristretti.it, 2, il quale avverte che tale dato di per sé non è significativo, perché non spiega quanti dei soggetti usciti grazie alla detenzione domiciliare speciale avrebbero potuto usufruire di altre misure alternative (e sarebbero quindi comunque usciti dal carcere).

Il successivo d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, modificò la disciplina della custodia dell'arrestato, portò da 12 a 18 mesi la soglia di pena (anche residua) per l'accesso alla detenzione domiciliare *speciale* (appena introdotta dalla l. 199/2010) e mosse il primo passo verso il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari¹⁸⁰. Anche tale provvedimento pare avere sortito gli effetti sperati, essendo riuscito a ridurre la percentuale delle permanenze brevissime in carcere (quelle appunto degli arrestati in attesa dell'udienza di convalida) dal 27% al 12% del totale degli ingressi in carcere¹⁸¹.

Nonostante questi timidi progressi, tuttavia, queste misure non riuscirono ad incidere significativamente sui numeri del sistema carcerario italiano. Del resto, nonostante la gravità della situazione, il legislatore non era riuscito ad astenersi dall'intervenire in senso repressivo, aumentando le pene per reati esistenti ovvero inserendone di nuovi¹⁸².

¹⁸⁰ Il d.l. del 22 dicembre 2011, n. 211, fu convertito in legge 17 febbraio 2012 n. 9 e recava «Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri». Esso è noto alle cronache giornalistiche come decreto svuota-carceri oppure come decreto-Severino. Per quanto riguarda le vicende relative agli o.p.g. si rimanda a quanto accennato *supra*, punto 1.1. Come si legge nel prologo del d.l., il requisito di cui all'art. 77, II co., Cost., si ravvisa nella «straordinaria necessità ed urgenza di ridurre con effetti immediati il sovraffollamento carcerario e di limitare le attività di traduzione delle persone detenute da parte delle forze di polizia». Per un commento, cfr. F. RESTA, *Nella giusta direzione: il decreto-legge salva-carceri*, in *Giur. mer.*, 2012, 546, in particolare 548-51 sulle modifiche della custodia pre-cautelare e 552 sull'estensione della detenzione domiciliare speciale, che rimaneva sottoposta a limiti soggettivi ed oggettivi e necessitava di una valutazione discrezionale favorevole da parte del magistrato di sorveglianza. Analizza il contenuto della novella anche A. GIARDA, *La realtà carceraria italiana: un dramma angoscante*, in *Corr. mer.*, 2012, 219 ss.

¹⁸¹ Il primo dato si riferisce al 2009, il secondo al 2012. Cfr. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 5. Tra l'altro, indirettamente tale misura mirava ad incidere anche sul numero dei suicidi in carcere, che secondo le statistiche si verificano per la maggior parte proprio nei primi giorni di detenzione, spesso ad opera di detenuti ancora in attesa dell'udienza di convalida dell'arresto. Cfr. F. RESTA, *Nella giusta direzione: il decreto-legge salva-carceri*, cit., 548.

¹⁸² È questo il contenuto, ad esempio della legge 6 novembre 2012, n. 9 (c.d. legge Severino), che ha genericamente aumentato le pene per molti dei delitti contro la pubblica amministrazione. La 1^o ottobre 2012, n. 172, invece, ha previsto nuove fattispecie penali in forza della ratifica della Convenzione di Lanzarote (tra cui il reato di adescamento di minorenni di cui all'art. 69 *undecies* c.p.). In realtà, tale tendenza legislativa non si è fermata nemmeno davanti alla sentenza Torreggiani: rimangono orientate in senso repressivo anche il d.l. 14 agosto 2013, n. 93 (conv. in l. 119/2013) contenente disposizioni di contrasto alla violenza di genere, il d.l. di introduzione del delitto di combustione illecita (d.l. 136/2013, conv. in l. 6/2014), ed infine, più recentemente, l'introduzione del delitto di autoriciclaggio (l. 2014/186). Per un elenco più dettagliato di queste norme cfr. F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1694-5. Inoltre, si è appena visto che la stessa legge 199/2010 conteneva un inasprimento sanzionatorio.

Né le richieste del mondo accademico, che invocava un intervento clemenziale¹⁸³, né il lodevole tentativo della magistratura di sorveglianza di combattere il sovraffollamento usando i rimedi previsti dall'ordinamento ebbero successo. Invero, alcuni magistrati avevano ordinato il trasferimento dei detenuti da carceri più affollate a strutture meno affollate, in modo da arginare almeno in parte il problema del sovraffollamento. Altri, invece, avevano condannato l'amministrazione penitenziaria al risarcimento del danno per le violazioni subite dai detenuti. Le ordinanze del primo tipo non venivano eseguite dall'amministrazione, mentre le seconde furono obliterate dalla Cassazione, che escluse che la magistratura di sorveglianza potesse esercitare una competenza in materia risarcitoria¹⁸⁴.

In effetti, si erano create le condizioni per un altro pesante richiamo da parte della Corte EDU, la quale questa volta intervenne con una sentenza c.d. pilota nel caso *Torreggiani ed altri contro Italia*¹⁸⁵. Con la sentenza dell'8 gennaio 2013, la Corte censurò il sistema italiano sotto più profili: da un lato, essa attaccò duramente le condizioni di sovraffollamento delle carceri, calcolando che la misura media dello

¹⁸³ Nel giugno del 2012, un nutrito gruppo di professori universitari inviò un'articolata lettera aperta al Presidente della Repubblica, chiedendo un suo intervento di sollecitazione del Parlamento affinché adottasse provvedimenti di amnistia ed indulto al fine di ripristinare immediatamente la legalità violata dalle gravissime condizioni delle carceri. Oltre che da 120 professori universitari italiani, la lettera aperta fu firmata anche da 13 Garanti dei diritti dei detenuti. Estensore e primo firmatario fu il Professor Andrea Pugiotto, dell'Università di Ferrara. Si rimanda appunto al sito istituzionale di tale università per il testo della lettera, l'elenco dei firmatari e la risposta del Presidente Napolitano.

¹⁸⁴ Per un riferimento anche alle varie ordinanze cfr. di nuovo A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 7-8. La sentenza che attribuisce esclusivamente al giudice civile la competenza risarcitoria in materia è Cass., 15 gennaio 2013, n. 4772.

¹⁸⁵ *Affaire Torreggiani et autres c. Italie, Requête nos. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 et 37818/10, Arrêt 8 janvier 2013*. Nel prosieguo con l'abbreviazione *sent. Torreggiani* si farà riferimento alla relativa traduzione italiana: *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. II., 8 gennaio 2013, Torreggiani ed altri c. Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 927 ss., con nota di M. DOVA, *Torreggiani c. Italia: un barlume di speranza nella cronaca del collasso annunciato del sistema sanzionatorio*, cit., II, 948-966. La pronuncia, votata questa volta all'unanimità dalla Corte, è stata oggetto di innumerevoli commenti, non solo da parte della dottrina penalista ma anche di quella costituzionale ed internazionalista. Solo a titolo esemplificativo ed interdisciplinare, si rimanda, tra le tante note, a F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 9 gennaio 2013; F. ROMOLI, *Il sovraffollamento carcerario come trattamento inumano o degradante*, in *Giur. it.*, 2013, 1188; G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani ed altri della Corte di Strasburgo*, cit., 11; G. DELLA MORTE, *La situazione carceraria italiana viola strutturalmente gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza Torreggiani c. Italia)*, in *Dir. um. dir. internaz.*, 2013, I, 147; M. PELISSERO, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 261, il quale parte dalla sentenza per svolgere alcune più ampie riflessioni sulle necessarie riforme del sistema sanzionatorio.

spazio concesso ad ogni detenuto, inferiore a 3 mq¹⁸⁶, rappresentava un trattamento inumano e degradante in palese contrasto con l'art. 3 della Convenzione¹⁸⁷.

Inoltre, la Corte constatò la mancanza di un sistema di effettiva tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti, come pure l'assenza di strumenti compensativi che potessero in qualche modo riparare alle ingiustizie subite all'interno dell'istituzione carceraria¹⁸⁸.

La scelta del modello della sentenza c.d. pilota rappresenta un altro tassello in questo quadro: considerate le diverse centinaia di ricorsi pendenti davanti alla Corte per motivi analoghi a quelli sollevati da Torreggiani, i giudici di Strasburgo decisero di congelarli temporaneamente in attesa delle riforme richieste all'Italia, da attuarsi entro il termine di un anno¹⁸⁹.

Rispetto alla precedente sentenza Suljemanovic, quindi, la pronuncia in esame voleva avere una portata maggiore: da un lato, essa definì il sovraffollamento come un problema endemico e strutturale degli istituti italiani¹⁹⁰, dall'altro, impose

¹⁸⁶ Sul punto, è bene distinguere: benché nei casi sottoposti alla Corte fosse stato effettivamente dimostrato che i ricorrenti avevano beneficiato di uno spazio inferiore ai 3 mq, in realtà il calcolo del rapporto tra capienza e sovraffollamento delle carceri viene fatto calcolando 9 mq per una persona e 4 mq per ogni persona in più. Quindi, le sole cifre sul sovraffollamento di per sé non corrispondono automaticamente alla violazione dei criteri sanciti dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Su questo, cfr. A. ALBANO, F. PICOZZI, *Gli incerti confini del sovraffollamento carcerario*, in *Cass. pen.*, 2014, 2398B, *passim*.

¹⁸⁷ Le dimensioni della cella integravano già di per sé un trattamento contrario alla Convenzione. Tuttavia, la Corte rilevò che la mancanza di acqua calda nei due istituti di Piacenza e Busto Arsizio per lunghi periodi e la scarsa illuminazione e ventilazione delle celle del primo dei due carceri avevano contribuito a causare ai ricorrenti un'ulteriore sofferenza. Cfr. *sent. Torreggiani*, cit., § 77. Considerate le enormi differenze che separano i vari ordinamenti penitenziari europei, sarebbe stato impossibile per la Corte dare indicazioni più precise, ritiene ragionevole la fissazione di un limite minimo inderogabile di spazio per il detenuto G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani ed altri della Corte di Strasburgo*, cit., 12, secondo cui, anche a prescindere dagli orari di apertura giornalieri della cella, «ne consegue che gli Stati, tutti gli Stati, non possono accettare che nemmeno un solo detenuto sia destinato programmaticamente a trascorrere la vita carceraria o una parte non momentanea della vita carceraria in una cella dove il suo spazio vitale sia inferiore a 3 metri quadrati» (*ibidem*, 13). Osserva M. PAVARINI, *Vivere in meno di 3 metri quadrati*, cit., 3, che la novità del *dictum* della Corte risiede nell'aver fissato un limite alla potestà punitiva statale, che può soddisfarsi solo attraverso un'esecuzione rispettosa della legalità: uno Stato che non può garantire il rispetto dei diritti fondamentali deve rinunciare a punire.

¹⁸⁸ Cfr. *sent. Torreggiani*, cit., § 54.

¹⁸⁹ Cfr. *sent. Torreggiani*, cit., § 99 e P.Q.M., 4.-5. Il termine annuale ha iniziato a decorrere dal momento in cui la sentenza è divenuta definitiva. Ciò è avvenuto il 28 maggio 2013, essendo stata rigettata l'istanza di rinvio alla Grande Camera della Corte presentata dall'Italia per ottenere un riesame della sentenza.

¹⁹⁰ Cfr. *sent. Torreggiani*, cit., §§ 54 e 87-9.

all'Italia l'obbligo giuridico di intervenire attivamente per combattere tale fenomeno¹⁹¹.

I primi a cercare di adeguare l'ordinamento alla sentenza, una vera e propria umiliazione per la Repubblica secondo la dottrina più sensibile¹⁹², furono ancora i magistrati di sorveglianza italiani. Invero, già nel febbraio 2013 essi sollecitarono un intervento additivo della Corte Costituzionale, chiedendo anche il sovraffollamento carcerario venisse curialmente inserito tra le ragioni contemplate dall'art. 147 c.p. quali ipotesi di rinvio facoltativo della pena¹⁹³. Verso fine anno la Corte dichiarò la questione inammissibile, trattandosi di una decisione che spettava al legislatore¹⁹⁴.

¹⁹¹ Da un lato, riducendo il numero dei detenuti, dall'altro, creando «senza indugio un ricorso o una combinazione di ricorsi che abbiano effetti preventivi e compensativi e garantiscano realmente una riparazione effettiva delle violazioni della Convenzione risultanti dal sovraffollamento carcerario in Italia». *Sent. Torreggiani*, cit., § 99. Un profilo interessante della pronuncia è stato ritenuto proprio quello relativo alla ricevibilità del ricorso, subordinata, come noto, al previo esaurimento dei ricorsi interni. Disattendendo le difese del Governo italiano, la Corte ritenne che gli strumenti concessi dalla legge italiana (reclamo al magistrato di sorveglianza ai sensi degli artt. 35 e 69 o.p.) non rappresentassero un rimedio interno effettivo, idoneo a riparare alla violazione e facilmente accessibile (§ 50). Su questo punto, cfr. F. VIGANÒ, *ult. op. cit.*, punto 3.

¹⁹² Cfr. F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Premessa alla quinta edizione*, in *IDD.*, *op. cit.*, XX: «Verrebbe fatto di pensare che l'aver toccato il fondo dell'umiliazione internazionale a causa della nostra inciviltà carceraria abbia prodotto un salutare effetto di reazione, quasi ne fosse sortita la determinazione politica di fare in modo che un tale degrado non debba più riproporsi». Il condizionale è dovuto dalla scarsa fiducia degli illustri Autori nel legislatore italiano. La sentenza Torreggiani rappresenta invece uno «*shock*» secondo F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme*, cit., 1695.

¹⁹³ In sintesi, il Tribunale di Sorveglianza di Venezia, prima, e quello di Milano, poi, chiesero alla Corte di dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 147 c.p. nella parte in cui non consentiva al giudice di sospendere o rinviare l'esecuzione della pena detentiva, laddove vi fosse la certezza che essa si sarebbe svolta in condizioni contrarie al senso di umanità, e quindi in contrasto con gli artt. 2, 3, 27, III co., e 117 (in relazione all'art. 3 Cedu) Cost. Per un ampio riferimento ai numerosi commenti alle ordinanze cfr. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 9, nota 24. Quanto, più specificamente, al contenuto dell'ordinanza, il Tribunale di Venezia manteneva un atteggiamento disincantato rispetto al finalismo rieducativo, relegato nel piano del dover essere della pena, concentrandosi piuttosto sull'argomento della non contrarietà al senso di umanità. In tale ottica, il rispetto dei diritti umani diviene la garanzia della legittimità della pena. Cfr. M. PAVARINI, *Vivere in meno di 3 metri quadrati*, cit., 4.

¹⁹⁴ C. Cost., 22 novembre 2013, n. 279, in *Giur. cost.*, 2013, 4514, con nota di F. DELLA CASA, *Il monito della Consulta circa il «rimedio esterno» della scarcerazione per il condannato vittima di un grave e diffuso sovraffollamento*; A. PUGIOTTO, *L'urlo di Munch della magistratura di sorveglianza (statuto condizionale della pena e sovraffollamento carcerario)*, M. RUOTOLO, *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*. Molto significativa appare, in tal senso, la presa d'atto della Corte, che riconosce «l'effettiva sussistenza del *vulnus* denunciato dai rimettenti e la necessità che l'ordinamento si doti di un rimedio idoneo a garantire la fuoriuscita dal circuito carcerario del detenuto che sia costretto a vivere in condizioni contrarie al senso di umanità», e dichiara infine, richiamando la sua precedente sentenza 23/2013, «come non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia» (*ibidem*, 4532). Evidenza che entrambe le sentenze (sia la Torreggiani sia C. Cost. 279/2013) eloquentemente omettono di elencare, tra i vari rimedi possibili per combattere il sovraffollamento, la costruzione di nuove carceri F. DELLA CASA, *ult. op. cit.*, 4537-8.

Medio tempore, il legislatore aveva nuovamente fatto ricorso a provvedimenti emergenziali per «lottare» contro il sovraffollamento: il decreto legge del primo luglio 2013, n. 78, noto come «decreto carceri»¹⁹⁵, intervenne sulla disciplina della liberazione anticipata, rimosse alcuni automatismi che precludevano l'accesso alle misure alternative ed ai benefici penitenziari prevedendone l'applicazione d'ufficio in certe situazioni ed estese l'ambito dell'utilizzo del lavoro di pubblica utilità¹⁹⁶.

La norma mancava del respiro ampio e sistematico che avrebbe dovuto animare una più radicale riforma: anche a seguito dell'accorato messaggio del Presidente Napolitano alle Camere dell'8 ottobre 2013¹⁹⁷ il Governo intervenne tuttavia con due ulteriori provvedimenti d'urgenza: il decreto legge 146/2013¹⁹⁸

¹⁹⁵ Decreto legge 1° luglio 2013, n. 78 «Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena», conv. in l. 9 agosto 2013, n. 94.

¹⁹⁶ Le modifiche sono affrontate *ratione materiae* da A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 15-44 e 95 ss. La legge di conversione non ha modificato l'impianto originario del decreto, pur aggiungendo alcune norme che, nell'ottica di incentivare il lavoro dei detenuti, hanno introdotto dei benefici fiscali a favore di chi assume persone sottoposte a pena detentiva. Vale la pena di segnalare che il d.l. 78/2013 ha parzialmente eliminato gli automatismi che impedivano o rendevano particolarmente difficoltoso l'accesso ai benefici penitenziari o alle misure alternative alla detenzione per i c.d. recidivi reiterati (su questo, cfr. *ibidem*, 96 -100) ed armonizzato la disciplina della sospensione dell'ordine di esecuzione di cui all'art. 656 c.p.p. (cfr. P. SECHI, *Contrasto al sovraffollamento carcerario e misure alternative alla detenzione: un primo bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 215-6). Inoltre, esso ha reso più stringenti i requisiti di applicazione della custodia cautelare, in carcere in modo da diminuirne l'utilizzo. Per un'analisi delle riforme processuali del d.l. 78/13 e dei successivi interventi legislativi (d.l. 146/2013 e d.l. 92/2014 e relative leggi di conversione) cfr. G. ILLUMINATI, *Le ultime riforme del processo penale: una prima risposta all'Europa*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 26 marzo 2015, 4-6.

¹⁹⁷ Il Presidente della Repubblica Napolitano si avvale della facoltà concessagli dall'art. 97, II co., Cost. per rivolgere formalmente un messaggio alle Camere. Il Capo dello Stato, premessi alcuni cenni relativi all'«umiliazione» subita dall'Italia a causa della condanna Torreggiani, richiese al Parlamento di prendere seriamente in considerazione tre ordini di interventi: *in primis*, riforme strutturali del sistema penitenziario (tra l'altro, attraverso l'introduzione di meccanismi di *probation* e la previsione di pene detentive non carcerarie); in secondo luogo attraverso l'aumento della capienza degli istituti penitenziari ed infine con un provvedimento clemenziale (indulto ed amnistia insieme), al fine di «tagliare» radicalmente il numero dei detenuti e preparare il terreno per una buona riuscita delle riforme. Il messaggio può essere scaricato dal sito istituzionale del Senato. Critico nei confronti dell'adozione di una misura clemenziale, ritenuta non necessaria in uno sforzo riformatore (il rischio che la politica la utilizzi quale pretesto per non dover adottare riforme strutturali sarebbe eccessivo), ma favorevole ad una «svolta di sistema» D. PULITANÒ, *Il messaggio del Presidente Napolitano e le politiche penali*, in *DPC*, 2014, I, 137-8.

¹⁹⁸ Decreto legge 23 dicembre 2013, n. 146, convertito in legge 10/2014, «Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria». L'art. 4 d.l. 146/2013, nella versione frutto della conversione, in particolare, ha portato da 45 a 75 i giorni di detrazione di pena per ciascun semestre di pena scontata ai fini dell'ottenimento della liberazione anticipata, disciplinata dall'art. 54 o.p. Rimangono esclusi dal beneficio i condannati per taluno dei delitti di cui all'art. 4 *bis* o.p.. Inoltre, tale norma vale per i due anni successivi all'entrata in vigore del decreto (quindi sino al 23 dicembre 2015) ma ha effetto retroattivo (i relativi effetti si calcolano dal 1° gennaio 2010, data di dichiarazione dello stato di emergenza delle carceri). Cfr. M. G. COPPETTA, *II_G, Liberazione anticipata speciale*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 1221 ss.

allargò la portata applicativa della liberazione anticipata e dell'affidamento in prova, prevedendo in via definitiva che la possibilità di espiazione in regime di detenzione domiciliare delle pene detentive fino a diciotto mesi. Il successivo d.l. 92/2014¹⁹⁹, invece, mirava a ridurre ulteriormente il ricorso alla custodia cautelare in carcere ed introdusse un sistema di rimedi compensativi in caso di detenzione inumana, adeguandosi così alle corrispondenti richieste formulate dalla Corte EDU nella sentenza Torreggiani.

Con decisione del 5 giugno 2014, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa valutava favorevolmente i progressi della legislazione italiana nell'ottica dell'adeguamento alla sentenza Torreggiani, rinviando per un nuovo giudizio all'anno successivo²⁰⁰.

Quelli sopra citati sono stati interventi emergenziali, parziali e, come è stato illustremente osservato, «aritmetici»²⁰¹, limitati a modificare i numeri per ridurre i numeri. Se questo era il loro intento, nel breve periodo lo hanno raggiunto²⁰².

2.2.2. *Il lavoro delle Commissioni Palazzo e la legge delega 67/2014*

Nonostante il largo ricorso a strumenti emergenziali, bisogna riconoscere che il legislatore non ha del tutto trascurato il tentativo di una radicale riforma del sistema sanzionatorio: nel giugno 2013 fu istituita una prima Commissione, presieduta dal Professor Palazzo, alla quale fu affidato il compito di redigere uno schema di legge delega avente ad oggetto la riforma del sistema sanzionatorio penale²⁰³. Il progetto della Commissione Palazzo conflui parzialmente nella legge

¹⁹⁹ Decreto legge 26 giugno 2014, n. 92, convertito in legge 117/2014, «Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'articolo 3 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all'ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e all'ordinamento penitenziario, anche minorile».

²⁰⁰ Cfr. *Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, cases n. 10, 1201st meeting, 5 June 2014*, in <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2199829&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>, consultato il 29.11.2015.

²⁰¹ Cfr. F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme*, cit., 1696.

²⁰² Cfr. *infra*, 2.3.

²⁰³ La Commissione ministeriale incaricata di «elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale» fu istituita con D.M. del Ministro Cancellieri 10.6.2013.

delega 67/2014²⁰⁴. L'elaborazione di alcune proposte per l'attuazione delle deleghe ivi contenute fu successivamente affidata ad una Commissione in composizione leggermente modificata ma sempre presieduta dal Professor Palazzo²⁰⁵.

Il primo progetto confezionato dalla Commissione Palazzo²⁰⁶ aveva un contenuto molto ambizioso: esso proponeva la revisione del sistema sanzionatorio vigente attraverso la previsione di nuove specie di pene diverse da quella detentiva carceraria. Alla radice di questa scelta, che avrebbe dovuto rappresentare un vero e proprio cambio di paradigma per il sistema giudiziario italiano, non c'era solo la necessità impellente di risolvere il problema del sovraffollamento: gridavano alla riforma anche le gravi condizioni igienico-sanitarie delle carceri italiane, sulle quali non si sono affatto riflessi il progresso scientifico-tecnologico ed il miglioramento delle condizioni di vita medie che invece hanno interessato la società esterna²⁰⁷.

Quali pene principali per i delitti, l'art. 1 del Progetto prevedeva la multa, la pena prescrittiva, la detenzione domiciliare, la detenzione, la detenzione speciale ed infine l'ergastolo²⁰⁸.

Le novità in questo campo erano rappresentate dalla nuova denominazione della reclusione, che avrebbe dovuto chiamarsi detenzione²⁰⁹, dall'introduzione della commisurazione per tassi mensili della multa (sebbene solo per taluni tipi di delitti) e

²⁰⁴ Legge 28 aprile 2014, n. 67 recante «Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili», in G.U. 2 maggio 2014.

²⁰⁵ La nomina della nuova commissione avvenne con D.M. del 27 maggio 2014.

²⁰⁶ Cfr. COMMISSIONE PER ELABORARE PROPOSTE DI INTERVENTI IN TEMA DI SISTEMA SANZIONATORIO PENALE, *Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale* (dicembre 2013), in www.penalecontemporaneo.it, 10 febbraio 2014. Di seguito, la spiegazione relativa alle scelte della Commissione sarà indicata semplicemente come COMM. PALAZZO, *Relazione*, mentre l'allegata proposta normativa sarà denominata *Progetto Palazzo*.

²⁰⁷ Cfr. *ibidem*, 3.

²⁰⁸ In realtà, la Commissione era favorevole all'abolizione dell'ergastolo, confortata in questo anche dai dati statistici che registrano una netta diminuzione del numero degli omicidi dal 1991 al 2011 (da 3,38 a 0,91 per 100.000 abitanti secondo l'Istat). Tuttavia, la circostanza che, nel 2013, la proposta di abolizione dell'ergastolo promossa dal Partito Radicale non raggiunse il *quorum* delle firme necessarie per lo svolgimento del relativo *referendum* e la competenza più squisitamente politica della decisione hanno fatto propendere per il mantenimento della pena perpetua. Cfr. COMM. PALAZZO, *Relazione*, 4. Si segnala peraltro che, nel 2013, si erano succedute ben quattro proposte di legge abrogative dell'ergastolo, il quale avrebbe dovuto essere sostituito, a seconda della dizione adottata da ciascuna proposta, con la reclusione o la reclusione speciale, di durata diversa ma compresa tra i 30 ed i 33 anni. I dd.l. C. 975 del 17 maggio 2013, S. 697 del 22 maggio 2013, C. 1531 dell'8 agosto 2013 ed infine C. 1534 del 9 agosto 2013, tutti fermi allo stadio della presentazione al rispettivo ramo del Parlamento, sono consultabili sul sito <http://parlamento17.openpolis.it/>.

²⁰⁹ La modifica terminologica della parola *reclusione* doveva servire ad «attenuarne l'intonazione segregazionista» (*ibidem*, 4).

dall'inclusione, nel novero delle pene principali, della detenzione domiciliare e delle pene prescrittive. Queste ultime, destinate alle fasce meno gravi di criminalità²¹⁰, avrebbero dovuto consistere in una serie di obblighi di presentazione all'Autorità di pubblica sicurezza e divieti di frequentazione di luoghi e persone, nonché, eventualmente, nell'ingiunzione a riparare alle conseguenze dannose e pericolose del reato ed a prestare lavoro di pubblica utilità. Meramente eventuale, inoltre, rimaneva la possibilità che il giudice disponesse che i centri di servizio sociale svolgessero interventi idonei al reinserimento sociale del condannato²¹¹, nonché il ricorso a strumenti di sorveglianza elettronica²¹².

La detenzione domiciliare si sostanziava invece essenzialmente in un obbligo di non allontanamento dalla propria privata dimora ovvero, in mancanza di essa, da un «luogo non custodiale di dimora sociale»²¹³. Anche in questo caso, veniva fatta salva la possibilità del giudice di prevedere interventi del servizio sociale volti a favorire la risocializzazione del condannato.

Detenzione, detenzione speciale ed ergastolo si distinguevano solo a seconda della durata e del tipo di istituto di esecuzione; l'ergastolo diventava la pena prevista solo per reati particolarmente gravi e si sarebbe dovuto estinguere dopo trent'anni, a meno che non sussistessero ancora esigenze di prevenzione speciale²¹⁴.

Coerentemente con il proprio intento di diminuire il ricorso alle pene detentive brevi (al 30.6.2013 quelle contenute nei tre anni ammontavano al 25% del totale delle condanne) il limite minimo della detenzione veniva fissato in due anni, in modo da «tagliare radicalmente fuori dall'area carceraria tutta la fascia della criminalità lieve o bagatellare»²¹⁵. Inoltre, in sintonia con tale proposito, in mancanza di un luogo ove svolgere la detenzione domiciliare, veniva radicalmente escluso il ritorno alla pena carceraria. Al contrario, in tale ipotesi si sarebbero dovute aprire due possibilità: l'espiazione della pena in un apposito istituti di esecuzione «aperta»

²¹⁰ Cfr. COMM. PALAZZO, *Relazione*, 6 ss.

²¹¹ È questo, a grandi linee, il contenuto dell'art. 3 – Pena prescrittiva del *Progetto Palazzo*.

²¹² Cfr. art. 4 – Detenzione domiciliare del *Progetto Palazzo*.

²¹³ Mentre pare di comprendere che per soggetti con esigenze particolari la detenzione domiciliare possa svolgersi in un luogo «pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza». Cfr. art. 4 Progetto.

²¹⁴ Cfr. artt. 5, 6 e 7 *Progetto Palazzo*. La detenzione si poteva estendere da 2 a 20 anni, la detenzione speciale da 24 a 28 anni. L'articolato prevedeva che l'ergastolo, quale pena edittale delle singole fattispecie criminose, fosse sostituito con la detenzione speciale (da 24 e 28 anni), e rimanesse la pena prevista solo per le ipotesi di concorso di più reati tutti puniti con la reclusione speciale (art. 7).

²¹⁵ COMM. PALAZZO, *Relazione*, cit., 5.

ovvero la semidetenzione surrogatoria nelle sezioni degli istituti penitenziari destinati ai soggetti in regime di semilibertà²¹⁶.

La Commissione decideva inoltre di mantenere e potenziare le pene accessorie, convinta della particolare efficacia di prevenzione generale e speciale che le caratterizza²¹⁷. Alcune di esse (in linea di massima, tutte le pene a contenuto interdittivo già previste dal sistema vigente) avrebbero potuto essere applicate alternativamente come pene accessorie oppure come pene principali, mentre avrebbero dovuto mantenere il loro carattere meramente accessorio sanzioni quali l'interdizione legale, l'interdizione perpetua dai pubblici uffici, la decadenza o sospensione della potestà genitoriale ed altre interdizioni di nuova creazione²¹⁸.

Analogo risultava il nuovo sistema sanzionatorio delle contravvenzioni, sanzionate con l'ammenda (commisurata secondo tassi ovvero a somma determinata), la libertà limitata (a contenuto prescrittivo) e l'arresto, uguale nel contenuto alla detenzione domiciliare²¹⁹. Anche in questo ambito, talune pene avrebbero potuto avere natura esclusivamente accessoria ed altre invece principale o accessoria²²⁰.

Il Progetto disciplinava inoltre le ipotesi di concorso di reati e di circostanze aggravanti ed introduceva criteri di ragguaglio tra le diverse specie sanzionatorie (artt. 16-17), stabilendo limiti massimi di pena²²¹. Inoltre, esso richiedeva l'introduzione di una nuova fattispecie penale *ad hoc*, da coordinarsi con i reati di evasione ed inosservanza di pene accessorie, per il mancato rispetto delle disposizioni relative alle pene detentive non carcerarie²²².

²¹⁶ Cfr. art. 4 *Progetto Palazzo*, il quale contiene un espresso richiamo al secondo comma dell'art. 48 o. p., secondo cui «I condannati e gli internati ammessi al regime di semilibertà sono assegnati in appositi istituti o apposite sezioni autonome di istituti ordinari e indossano abiti civili».

²¹⁷ Cfr. COMM. PALAZZO, *Relazione*, cit., 7.

²¹⁸ L'art. 9 del Progetto prevede che possano essere comminate esclusivamente come pene accessorie per i delitti, oltre a quelle già citate nel testo, anche la revoca o sospensione della patente di guida, l'interdizione dall'ufficio di tutore o curatore, il divieto di emettere assegni e di essere titolari e di utilizzare carte di credito, la pubblicazione della sentenza di condanna e l'affissione della stessa sul luogo dell'esercizio commerciale.

²¹⁹ Ciò in forza del combinato disposto degli artt. 4 e 13 del *Progetto*. Per quanto riguarda le contravvenzioni, la Commissione Palazzo ha deciso di eliminare integralmente le pene carcerarie. Cfr. COMM. PALAZZO, *Relazione*, cit., 5.

²²⁰ Cfr. art. 10-15 *Progetto Palazzo*, cit.

²²¹ Cfr., per una spiegazione più approfondita, COMM. PALAZZO, *Relazione*, cit., 8.

²²² Cfr. art. 18 *Progetto Palazzo*, cit. L'intento della Commissione era quello di evitare un automatico ritorno alla pena detentiva carceraria in caso di inosservanza delle prescrizioni relative alle pene non carcerarie. Cfr. COMM. PALAZZO, *Relazione*, cit., 8-9.

Particolarmente rilevante, peraltro, la clausola generale di sostituzione di cui all'art. 24 del Progetto, che prevedeva i criteri per la sostituzione immediata ed obbligatoria della pena detentiva entro il limite di uno o due anni rispettivamente con la pena pecuniaria e la pena prescrittiva o, nel secondo caso, con la pena prescrittiva e la detenzione domiciliare di pari durata²²³. In sostanza, al di là delle particolarità applicative²²⁴, il Progetto mirava a sottrarre alla pena carceraria tutti i condannati ad una pena contenuta nei quattro anni di arresto o reclusione. Inoltre, vale la pena di sottolineare come una delle difficoltà maggiori relative all'attuazione di una riforma che si innesta su di un sistema già esistente sia proprio quella del coordinamento, che il Progetto Palazzo cercava di risolvere attraverso quella, tra le soluzioni possibili, meno problematica in termini di rispetto del principio di uguaglianza e fattibilità concreta²²⁵.

Il Progetto conteneva infine una dettagliata disciplina in materia di confisca del provento del reato, degli strumenti del reato e delle cose c.d. intrinsecamente illecite, al fine di adeguare la disciplina italiana agli obblighi derivanti dal rispetto delle fonti sovranazionali²²⁶.

Frutto di una discussione svoltasi in occasione dell'ultima riunione della Commissione fu infine l'introduzione, in calce all'articolato, di una norma relativa alla previsione di una causa di improcedibilità dell'azione penale per la particolare tenuità del fatto²²⁷. Si tratta di un istituto volto ad evitare il processo in presenza di fatti occasionali, minimamente offensivi sotto il profilo oggettivo (modalità della condotta, esiguità del danno o del pericolo) ed oggettivo (minima gravità della colpevolezza), conosciuti nel processo minorile ed in quello davanti al Giudice di Pace. La discrezionalità concessa al giudice in questo ambito è stata ritenuta compensata da una precisa tipizzazione, dalla limitazione a forme di reato meno

²²³ Inoltre, in riferimento alla pena detentiva fino a quattro anni la sostituzione con la pena prescrittiva ovvero con la detenzione domiciliare è invece facoltativa, come pure la sostituzione di tutte le pene fino a quattro anni con una pena accessoria quale pena principale. Un analogo meccanismo sostitutivo veniva previsto per le contravvenzioni.

²²⁴ Per le quali si rinvia alla lettura dell'articolo 24 del *Progetto*.

²²⁵ Cfr. COMM. PALAZZO, *Relazione*, cit., 10-1, che spiega la decisione di scartare le altre possibilità di innesto possibili: prevedere semplicemente che le nuove pene si applicassero a tutti i reati commessi dopo una determinata data presentava grandi problemi in termini di uguaglianza di trattamento, mentre l'adeguamento puntuale di tutte le norme penali alle nuove disposizioni sarebbe stata un'impresa impossibile.

²²⁶ Cfr. su questo, COMM. PALAZZO, *Relazione*, cit., 9-10.

²²⁷ Art. 27 *Progetto Palazzo*, cit.

gravi ed infine dalla possibilità di un controllo giurisdizionale²²⁸. Esso infine prescinde dall'eventuale consenso o dissenso della persona offesa²²⁹.

Nelle more dei lavori, la Commissione redasse due emendamenti, entrambi trasmessi al Ministro nell'ottobre 2013: uno di essi riguardava un disegno di legge delega per l'introduzione di sanzioni detentive non carcerarie²³⁰, l'altra la revisione delle norme relative al c.d. ergastolo ostativo²³¹.

In particolare, il primo dei due emendamenti fu preso in considerazione solo parzialmente dalla Commissione Giustizia del Senato, la quale contenne le sue proposte entro un ambito meno radicale: nell'aprile 2014, la Camera approvò in via definitiva la citata legge 67/2014, recante «Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili»²³².

Rispetto alle proposte della Commissione (che sarebbero poi confluite nel citato *Progetto Palazzo*)²³³, la legge 67 rimane più ancorata alla tradizione, pur contenendo alcune importanti innovazioni: tra queste, ai fini di cui al presente

²²⁸ Più diffusamente, cfr. COMM. PALAZZO, *Relazione*, cit., 12-13.

²²⁹ Ciò in ragione del carattere prevalentemente deflattivo, e non riparatorio, dell'istituto. Cfr. *ibidem*, 13-14. Del resto, la Commissione riconosceva l'importanza di un allargamento dell'utilizzo dei meccanismi riparatori oltre l'ambito della giustizia di pace, rimandando un progetto in tal senso ad un eventuale secondo momento (cfr. *ibidem*, 15).

²³⁰ Si tratta del disegno di legge C.331, proposto dall'on. Ferranti e recante delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili. Per l'iter legislativo cfr. <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/41545.htm>.

²³¹ Cfr. COMM. PALAZZO, *Relazione*, cit., 2. Il secondo documento licenziato dalla Commissione rappresentava una proposta di revisione della preclusione assoluta all'accesso ai benefici penitenziari da parte dei soggetti autori di reati di cui all'art. 4 bis, co. I, o.p. per il solo fatto della loro mancata collaborazione ai sensi dell'art. 58 ter o.p. Su questo, cfr. F. PALAZZO, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, Editoriale, 10 febbraio 2014, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

²³² Per una prima lettura del contenuto della legge cfr. A. DELLA BELLA, *Approvata in via definitiva la legge sulla sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili. Al Governo due deleghe in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 aprile 2014. Evidenzia criticamente le aporie della legge anche G. MANNOZZI, *Il «legno storto» del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 781.

²³³ L'ambizioso emendamento della Commissione Palazzo mirava ad ampliare la portata del progetto di legge sotto il profilo quantitativo, dilatando il campo d'incidenza della detenzione domiciliare rispetto a quella carceraria, e qualitativo, introducendo nuove pene principali di natura prescrittiva. Rispetto al testo poi approvato dal Parlamento, l'emendamento inoltre cercava di porre le basi per quella radicale riforma del sistema sanzionatorio che si sarebbe poi concretizzata nell'articolato finale del Progetto. Su questo, cfr. F. PALAZZO, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, Editoriale, cit.

studio²³⁴ si segnalano le deleghe al Governo, l'una in materia di pene detentive non carcerarie e l'altra di depenalizzazione, e la diretta introduzione dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova²³⁵.

Nell'ambito della «riforma del sistema delle pene», la prima delega, contenuta all'art. 1 della legge, prevede l'introduzione, tra le pene principali, di arresto e reclusione «domiciliari». Tali sanzioni, obbligatorie in caso della commissione di un reato attualmente punito con l'arresto o la reclusione fino a tre anni e facoltative se la reclusione è contenuta tra i tre ed i cinque anni, dovranno essere espiate dal condannato presso la propria abitazione, con durata continuativa ovvero per singoli giorni della settimana o per fasce orarie²³⁶.

La legge delega riprende dal Progetto Palazzo il meccanismo della conversione automatica della pena carceraria in domiciliare²³⁷, ma ricade nella «trappola» detentiva ove prevede la sostituzione *de plano* delle nuove pene domiciliari con la pena carceraria, nel caso di indisponibilità di un domicilio idoneo o se il condannato tiene un comportamento incompatibile con la prosecuzione della pena domiciliare²³⁸.

Inoltre, il legislatore delegato dovrà attribuire al giudice che commina una delle due sanzioni detentive domiciliari la facoltà di applicare, in aggiunta, la sanzione del lavoro di pubblica utilità²³⁹.

²³⁴ Non verrà qui approfondito il terzo capo della legge, che disciplina la sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili, abolendo l'istituto della contumacia. Cfr. S. QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona. Riflessioni a prima lettura sulla nuova disciplina del procedimento senza imputato (legge 28 aprile 2014, n. 67)*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 30 aprile 2014, e G. ILLUMINATI, *op. cit.*, 6-8.

²³⁵ Artt. 3-6 l. 67/2014, che prevede l'inserimento nel codice penale degli artt. 168 *bis*, *ter* e *quater*, e nel codice di procedura penale degli artt. da 464 *bis* a 464 *novies*, nonché di coerenti modifiche delle relative disposizioni di attuazione.

²³⁶ Art. 1 a) l. 67/2014. Critica nei confronti della detenzione domiciliare quale «specchio di una cultura carcerocentrica», che «muta il *locus* di esecuzione ma non la sostanza della misura». Inoltre, la detenzione domiciliare pone enormi problemi di disuguaglianza, perché l'*an* ed il *quomodo* della relativa esecuzione dipendono strettamente dalle condizioni economiche del condannato. G. MANNOZZI, *Il «legno storto» del sistema sanzionatorio*, cit., 786. Inoltre. L'A. segnala l'assenza di delega per quanto riguarda le norme di coordinamento della nuova misura con quelle già esistenti (*ibidem*).

²³⁷ Cfr. art. 1, lett. b) l. 67/2014, mentre l'art. 1 lett. c) prevede, come si è detto, che per i delitti per i quali è prevista la pena della reclusione tra 3 e 5 anni viene lasciata al giudice la scelta discrezionale relativa alla conversione o meno della pena in detenzione domiciliare.

²³⁸ Cfr. art. 1 lett f) l. 67/2014.

²³⁹ Cfr. art. 1 lett. i) l. 67/2014.

Questa apertura verso la detenzione domiciliare, sebbene non rivoluzionaria, è stata salutata favorevolmente quale primo passo verso un recupero di effettività e coerenza della pena, nonché di maggiore credibilità a favore delle misure alternative alla detenzione²⁴⁰. Purtroppo, tuttavia, non vi è traccia di pene prescrittive o interdittive, e nemmeno della sistematicizzazione della confisca, entrambi oggetto di attente analisi e proposte da parte della Commissione di studiosi.

Sembra ricordare il contenuto del Progetto Palazzo, infine, l'indicazione del delegante di escludere la punibilità di condotte meno gravi «quando risulti la particolare tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento»²⁴¹.

La seconda delega contiene invece alcune indicazioni relative alla depenalizzazione, che dovrebbe svolgersi su più profili: taluni reati, individuati in base al trattamento sanzionatorio (esclusivamente pena pecuniaria, salve alcune eccezioni) ovvero puntualmente elencati dall'art. 2 della legge, dovranno essere trasformati in illeciti amministrativi, mentre altre fattispecie andranno abrogate *tout court*, ma saranno punite con una sanzione pecuniaria civile²⁴².

Sotto il profilo temporale, il Governo ha otto mesi di tempo per l'esercizio della prima delega e diciotto per la seconda²⁴³.

Le disposizioni relative alla sospensione del processo con messa alla prova, immediatamente applicabili, interessano i procedimenti per i reati puniti con la pena pecuniaria o con la pena detentiva non superiore nel massimo a quattro anni. Nonostante la nuova norma contenesse precise indicazioni relative alle necessarie interpolazioni dei codici penale e di procedura penale, la relativa introduzione è stata fonte di non pochi rompicapi per gli operatori del diritto²⁴⁴. Esso inoltre presta il

²⁴⁰ Cfr. F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, cit., 1697.

²⁴¹ Art. 1. Lett m) l. 67/2014.

²⁴² Questo, molto superficialmente, il contenuto dell'art. 2 l. 67/14. Per indicazioni più precise si rimanda al testo dell'articolo ed al citato commento di A. DELLA BELLA, *Approvata in via definitiva la legge sulla sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*, cit., punto 3.

²⁴³ In entrambi i casi, è previsto un ulteriore termine di 18 mesi per l'emanazione di successivi decreti legislativi correttivi e integrativi (art. 1, co. I e II l. 67/2014 per la «prima» delega in materia di pene detentive non carcerarie ed art. 2, commi IV e V per la «seconda» delega per la riforma della disciplina sanzionatoria). La delega di cui all'art. 2, III co., della legge in esame è stata esercitata attraverso i due recentissimi d.lgs. nn. 7 e 8 del 15 gennaio 2016, entrambi pubblicati in G.U. del 22 gennaio 2016, n. 17. Essi entreranno in vigore il 6 febbraio 2016.

²⁴⁴ In particolare, in assenza di una disciplina intertemporale, si sono posti problemi in relazione all'estensione della sua applicazione ai processi in corso al momento dell'entrata in vigore della

fianco a critiche nel momento in cui fa entrare in gioco esigenze prettamente risocializzatrici (l'istituto è connotato da forti istanze specialpreventive²⁴⁵) in una fase processuale nella quale il soggetto è ancora presunto innocente²⁴⁶.

Le critiche principali mosse al Progetto Palazzo ed alla legge 67/2014 riguardano il loro contenuto parziale, destinato ad incidere solo su di un settore del problematico sistema penale. Da un lato, per lo meno per quanto riguarda il lavoro della Commissione ministeriale, si trattava di una scelta necessitata: i confini delle possibilità di intervento erano tracciati dalle istruzioni ricevute al momento della nomina. Viceversa, l'iniziativa parlamentare ben avrebbe potuto avere più ampio respiro: tuttavia, si è osservato che i recenti fallimenti dei progetti globali di riforma del codice penale non sono certo di buon auspicio per chi dovesse assumersi lo stesso compito, oltre al fatto che, nel momento attuale, non vi sono le garanzie che un nuovo codice penale risulterebbe conforme ai dettami costituzionali²⁴⁷.

Oltre alla citata assenza di pene a contenuto interdittivo e prescrittivo, un'altra occasione mancata può rinvenirsi nell'assenza di qualsiasi tipo di valorizzazione delle pene pecuniarie. Nonostante il ricorso alla depenalizzazione contribuirà indirettamente all'aumento delle sanzioni pecuniarie (amministrative), la

norma. Mentre problemi analoghi riferiti alla sospensione del processo nei confronti degli irreperibili sono stati risolti dalla successiva legge 11 agosto 2014, n. 118, che ha inserito nella legge 67/14 un articolo 15 *bis*, per quanto riguarda la messa alla prova parte della giurisprudenza aveva travalicato il limite temporale contenuto nel dato normativo (il nuovo art. 464 *bis* c.p.p., co. II, fissa, per ogni tipo di rito processuale, la soglia oltre la quale non è più possibile proporre istanza di sospensione), permettendo agli imputati di formulare richiesta di sospensione anche oltre il termine previsto, ma comunque alla prima udienza utile successivamente all'entrata in vigore della norma. Tale pratica è stata censurata (implicitamente) dalla Corte Costituzionale, che nel dichiarare infondata la q.l.c. dell'art. 464 *bis* II co. c.p.p. (per asserita violazione degli articoli 3, 24 e 111 Cost., nonché 7 Cedu) ha ribadito la natura processuale, e quindi regolata dal principio *tempus regit actum*, della disposizione. Cfr. Corte Cost., 26 novembre 2015, n. 240.

²⁴⁵ Come emerge anche dai lavori preparatori della legge. Cfr. R. PICCIRILLO (a cura di), *Le nuove disposizioni in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Rel. n. III/07/2014 dell'Ufficio del Massimario della Cassazione, Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di sospensione del processo con messa alla prova nei confronti degli irreperibili*, in www.cortedicassazione.it/cassazione.../cms/.../Relazione_III_07_14.pdf, 5 maggio 2014, 3-4.

²⁴⁶ Così R. BARTOLI, *Le «novità» della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 dicembre 2015, 2-3, il quale successivamente sottolinea anche la tensione tra le istanze risocializzatrici e la natura premiale dell'istituto.

²⁴⁷ Così F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, cit., 1701, il quale, pur prendendo atto di tutte le difficoltà e di tutti i problemi tecnici, ribadisce la necessità impellente di una riforma, almeno, del sistema sanzionatorio (cfr. *ibidem*, 1702).

legge delega non prevede nessuna misura per il recupero dell'effettività della pena pecuniaria, né interviene sul relativo meccanismo commisurativo²⁴⁸.

Appartiene invece agli aspetti positivi della nuova norma la sua veste legislativa: il ricorso ad una legge-delega rappresenta sicuramente uno strumento più lodevole, dal punto di vista del rispetto delle garanzie di democraticità, rispetto ai precedenti decreti legge. Tuttavia, il fatto che la legge presentasse sia disposizioni immediatamente applicabili, sia direttive per il legislatore delegato ha inizialmente confuso le acque, creando non pochi problemi interpretativi²⁴⁹.

2.2.3 L'attuazione delle deleghe

All'indomani dell'entrata in vigore della legge 67/14 è stata nominata, come si è detto, una nuova Commissione, incaricata di elaborare proposte per l'attuazione delle deleghe stesse. Essa ha tempestivamente presentato al Ministro gli articolati richiesti ma, nonostante i termini siano scaduti, sinora è stata data attuazione solo alla delega relativa all'introduzione di una speciale causa di non punibilità per la particolare tenuità del fatto, avvenuta con il d.lgs. 28/2015²⁵⁰.

²⁴⁸ Certo, tale assenza potrebbe essere anche frutto di una scelta discrezionale del legislatore: se tuttavia ragioni di principio e le difficoltà di accertamento del reddito potrebbero ostare ad un allargamento dell'utilizzo della pena pecuniaria, non si vede per quale motivo il legislatore non voglia intervenire sul noto problema della (patologica mancata) riscossione della stessa.

²⁴⁹ Oltre ai citati problemi relativi alla sospensione del processo con messa alla prova, il ritardo del legislatore nell'esercitare le deleghe aveva anche posto la questione della diretta applicabilità delle norme relative alla depenalizzazione, ove si trattasse di disposizioni sufficientemente chiare, che lasciavano scarso spazio decisionale al legislatore delegato. La diretta applicabilità delle norme contenute nell'art. 2, l. 67/14 è stata negata da ultimo da Cass. pen., sent. 13 maggio 2015, n. 28230, la quale evidenzia come in realtà al Governo spetta la scelta politica sull'esercizio o meno della delega.

²⁵⁰ Quest'ultima proposta della Commissione, il cui contenuto è riassunto in F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, cit., 1705-9, è confluita nel decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28, recante «Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera m), della legge 28 aprile 2014, n. 67». In precedenza, con Comunicato Stampa n. 40 del 1° dicembre 2014, il Governo aveva annunciato: «Su proposta del Ministro della Giustizia, Andrea Orlando, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, Pietro Carlo Padoan, il Consiglio dei Ministri ha approvato uno schema di decreto delegato che recepisce le proposte elaborate dalla commissione ministeriale nominata con D.M. 27 maggio 2014 e presieduta dal prof. Francesco Palazzo» (www.governo.it). A pochi mesi dalla sua entrata in vigore, la norma è già stata oggetto di numerosissimi commenti. Per tutti, si rimanda a P. GAETA, A. MACCHIA, *Tra nobili assiologie costituzionali e delicate criticità applicative: riflessioni sparse sulla non punibilità per «particolare tenuità del fatto»*, in *Cass. pen.*, VII-VIII, 2015, 2595 ss. e nota 1 per ulteriori riferimenti bibliografici.

Lasciando da parte le proposte relative alla depenalizzazione²⁵¹, in relazione alle quali peraltro si registra già l'approvazione, da parte del Governo, di due schemi di decreto legislativo²⁵², vale la pena soffermarsi sulla delega in materia di pene detentive non carcerarie.

Sebbene l'esercizio di tale delega non richieda interventi particolarmente innovativi (come si è visto, rispetto al progetto Palazzo la legge 67/2014 si è mossa in modo molto più cauto), la riforma del sistema sanzionatorio dovrebbe comunque avere un forte significato politico²⁵³. Essa infatti dovrebbe rappresentare il primo passo verso il superamento di un sistema sanzionatorio che mette al centro la pena detentiva carceraria (rispetto alla quale altre misure rimangono mere *alternative*, e la parola stessa ne suggerisce il rango subordinato), nonché la concretizzazione di quel cambio di paradigma che è parso di ravvisare in dottrina e nella politica dopo la batosta della sentenza Torreggiani.

In concreto, la «seconda» Commissione Palazzo ha valorizzato alcuni aspetti della detenzione domiciliare non continuativa, scegliendo di attribuire alla scelta discrezionale del giudice la facoltà di modulare la pena secondo fasce orarie o giorni della settimana. La scelta giudiziale dovrà essere contenuta entro dei limiti predeterminati dalla legge e tenere conto delle esigenze di studio, lavoro e cura del condannato. Proprio nella valorizzazione di questi ultimi aspetti si può apprezzare la valenza risocializzatrice della misura, che cerca di sganciare l'afflittività derivante dalla privazione della libertà dagli aspetti che normalmente conducono a «marginalizzare» il condannato (soprattutto, l'assenza di lavoro)²⁵⁴.

²⁵¹ Al proposito, si segnala solo che la Commissione incaricata ha redatto due diverse deleghe, la prima relativa alla depenalizzazione di reati e contestuale trasformazione degli stessi in illeciti amministrativi (nei confini tracciati dall'art. 2, II co., l. 67/2014), la seconda avente ad oggetto invece l'abrogazione di talune fattispecie, con contestuale previsione, per le stesse, di una sanzione pecuniaria civile (come richiesto dal III comma dello stesso art. 2 l. 67/2014). Per una sintesi degli aspetti problematici relativi all'esercizio della delega, cfr. di nuovo F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, cit., risp. 1715 ss. e 1718 ss.

²⁵² Gli schemi di decreto si possono scaricare al seguente indirizzo: http://www.penalecontemporaneo.it/novita_legislative_e_giurisprudenziali/1-/4323-gli_schemi_legislativi_in_materia_di_depenalizzazione_e_abrogazione_di_reati_presentati_dal_governo_alle_camere_per_i_pareri/, mentre il relativo comunicato stampa della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 13 novembre 2015 si trova in <http://www.governo.it/articolo/comunicato-stampa-del-consiglio-dei-ministri-n90/3068>. Entrambi i siti sono stati consultati da ultimo il 10 dicembre 2015.

²⁵³ Così F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, cit., 1709-10.

²⁵⁴ Considerato che spesso le spese processuali e di risarcimento del danno causato con il reato sono molto alte, infatti, una buona parte dei detenuti entra in carcere gravata di debiti. La mancanza di una

Inoltre, facendo leva su di una norma un po' ambigua della legge 67/14, la Commissione ha proposto che una parte (o tutta, a seconda della durata complessiva della pena) della detenzione domiciliare possa essere sostituita dal lavoro di pubblica utilità²⁵⁵.

Più difficoltoso è risultato, invece, uscire dal dettato della legge-delega in riferimento al caso in cui il soggetto non disponga di un domicilio. Nonostante la lettera della legge non sembri dare spazio a letture alternative rispetto al ripiego verso la detenzione carceraria, la Commissione ha ritenuto di dare una lettura costituzionalmente orientata alle direttive ricevute, richiedendo che tra i domicili disponibili siano inseriti «luoghi non custodiali di dimora sociale», di nuova istituzione grazie ai fondi risparmiati dal decremento dei costi legati al mantenimento delle carceri²⁵⁶. In tale ottica, dovrà ricorrersi al carcere solo quale *extrema ratio* se dovesse risultare assolutamente impossibile trovare un domicilio²⁵⁷. Un discorso analogo può farsi per l'arresto domiciliare, che nelle intenzioni del legislatore dovrebbe sostituire integralmente l'arresto come attualmente previsto.

Quanto all'utilizzo della detenzione domiciliare, da un lato essa andrà ad arricchire il novero delle pene elencate dall'art. 17 c.p., rimanendo a disposizione del legislatore per la creazione di nuove fattispecie legislative. Conformemente a quanto richiesto dalla delega, però, essa dovrà pure sostituire le pene per i reati già esistenti, se puniti con pene detentive brevi²⁵⁸.

Infine, pur in assenza di una corrispondente indicazione da parte del legislatore delegante, la Commissione ha richiesto l'inserimento di una norma che disponga l'equiparazione della disciplina di arresto e detenzione domiciliari con le

fonte di guadagno in carcere ed il decorrere degli interessi spesso concorrono a fare sì che, al momento del rilascio, il debito sia ancora più alto, e bassissime le possibilità di riuscire a saldarlo.

²⁵⁵ Cfr. F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, cit., 1711-2, che si riferisce alla lettera i) del I comma dell'art. 1 l. 67/14, che richiede di «prevedere, altresì, che per i reati di cui alle lettere b) e c) il giudice, sentiti l'imputato e il pubblico ministero, possa applicare anche la sanzione del lavoro di pubblica utilità».

²⁵⁶ Cfr., per una lettura analoga del relativo disposto della legge-delega, P. SECHI, *Contrasto al sovraffollamento carcerario e misure alternative alla detenzione: un primo bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 212.

²⁵⁷ Cfr. F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, cit., 1712-3.

²⁵⁸ Più precisamente, le lett. b) e c) del I comma dell'art. 1) della legge 67/14 prevedono che la sostituzione sia obbligatoria nel caso di delitti o contravvenzioni puniti con una pena (individuata in astratto) non superiore nel massimo a tre anni, e discrezionale se la pena detentiva è contenuta tra i tre ed i cinque anni.

corrispondenti pene ordinarie, al fine di non paralizzare il funzionamento di tutto l'apparato di norme che a queste ultime fanno riferimento²⁵⁹.

2.2.4. *Ultimissimi progetti di riforma, in particolare dell'ordinamento penitenziario*

Lo sforzo del Governo di porre le basi per una riforma più ampia rispetto ai citati interventi «chirurgici» si è protratto sino al momento attuale. In particolare, risale al dicembre 2014 la presentazione, alla Camera, del disegno di legge C/2798, recante «Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi e per un maggiore contrasto del fenomeno corruttivo, oltre che all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena»²⁶⁰.

Per la verità, i progetti di riforma integrale dell'ordinamento penitenziario ebbero origine nell'estate 2013 quando, parallelamente alla nomina della citata Commissione Palazzo, il Governo ha incaricato una commissione di studio, presieduta dal prof. Giostra, di redigere alcune proposte normative volte più direttamente a combattere il sovraffollamento, garantendo un vero rispetto dei diritti dei detenuti²⁶¹. Le proposte di modifica riguardavano quasi esclusivamente l'ordinamento penitenziario ed agivano lungo tre direttive principali: la soppressione di tutte le norme che precludevano automaticamente l'accesso ai benefici penitenziari da parte di alcuni «tipi d'autore»²⁶², la semplificazione dei procedimenti di reclamo giurisdizionale da parte dei detenuti e del procedimento di sorveglianza ed infine la drastica riduzione del ricorso alla custodia cautelare²⁶³.

²⁵⁹ Cfr. F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, cit., 1714-5.

²⁶⁰ L'iter legislativo del d.d.l., di origine governativa, può essere facilmente ricostruito dal sito della Camera dei deputati. Per un commento dell'articolato presentato dal Governo alla Camera dei Deputati nel gennaio 2015 cfr. L. MATARRESE, S. ZIRULIA, *Il Governo presenta alla Camera un articolato pacchetto di riforme del codice penale, del codice di procedura penale e dell'ordinamento penitenziario*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 gennaio 2015.

²⁶¹ Decreto del Ministro della giustizia del 2 luglio 2013, che istituì una «Commissione di studio in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione». Per la relazione conclusiva della Commissione cfr. *Le conclusioni della Commissione Giostra in tema di riforme dell'ordinamento penitenziario e delle misure alternative alla detenzione, Documento conclusivo*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 dicembre 2013.

²⁶² Essenzialmente, recidivi, recidivi reiterati e soggetti autori dei reati compresi nell'elenco di cui all'art. 4 bis o.p. Cfr. comm. Giostra, *Documento conclusivo*, cit., IV-V.

²⁶³ Cfr. comm. Giostra, *Documento conclusivo*, cit., risp. II-III e VII ss.

Nel giugno 2015, con un'iniziativa inedita nel nostro ordinamento, il Ministro della Giustizia ha istituito un Comitato di esperti per il coordinamento degli «Stati Generali sulla esecuzione penale»²⁶⁴. Essi, in particolare, hanno ricevuto il compito di istituire tavoli di lavoro specialistici, ciascuno dei quali affrontasse specifiche questioni relative all'esecuzione della pena e redigesse un documento di sintesi che avrebbe dovuto costituire la base per una futura riforma²⁶⁵. Oltre alla grande capillarità dell'esame previsto ed all'ingente numero di esperti (a vario titolo) coinvolti, il progetto si caratterizza per una certa trasparenza (attraverso il sito del Ministero si possono seguire i lavori) e per la possibilità, concessa a chiunque, di far pervenire osservazioni e suggerimenti alla Commissione.

Un'altra fondamentale tappa in questo processo di riconsiderazione globale delle tematiche dell'esecuzione della pena è rappresentato dalla raccolta «Carceri: materiali per la riforma. *Working paper*», curata sempre dal prof. Giostra. Essa rappresenta un'informale contributo specialistico funzionale all'attuazione del citato disegno di legge n. 2798/C, nella parte relativa alla delega al Governo per la risistemazione organica dell'ordinamento penitenziario. Il *dossier* è indirizzato non solo agli organi legislativi in sede delegante e delegata, ma anche e soprattutto ai componenti dei citati «tavoli di lavoro» degli Stati generali dell'esecuzione penale²⁶⁶.

Quanto, più specificamente, al disegno di legge C/2798, esso risulta approvato alla Camera con la nuova rubrica «Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata

²⁶⁴ Ministero della Giustizia, Decreto 8 maggio 2015 «Costituzione Comitato di esperti per lo svolgimento della consultazione pubblica sulla esecuzione della pena denominata “Stati Generali sulla esecuzione penale”». Il Comitato di esperti, presieduto dal prof. Giostra e formato, oltre che da professori universitari, anche da rappresentanti delle associazioni per la tutela dei diritti umani attive in carcere, è stato arricchito di un componente con il successivo D.M. 9 giugno 2015.

²⁶⁵ I temi dei quali si devono occupare i vari tavoli spaziano dall'architettura in carcere, alla detenzione delle donne e dei minorenni, dei tossicodipendenti e degli stranieri, al lavoro ed all'istruzione penitenziari, fino alle misure alternative, all'apertura verso la giustizia riparativa, alla formazione degli operatori penitenziari ed al processo di reinserimento sociale dopo la detenzione. Per l'elenco dei componenti dei vari gruppi, nonché per i rapporti di medio termine, si rimanda alla pagina dedicata agli «Stati generali dell'esecuzione penale» sul sito del Ministero italiano della Giustizia.

²⁶⁶ Il *paper* raccoglie le opere di studiosi, magistrati, avvocati, esponenti dell'amministrazione penitenziaria e dell'associazionismo civile che si dedica al mondo del carcere. Cfr. G. GIOSTRA, (a cura di), *Carceri: materiali per la riforma. Working paper*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 17 giugno 2015, da dove è possibile scaricare l'intero documento.

ragionevole dei processi nonché all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena» e trasmesso al Senato per la discussione²⁶⁷.

Molto sinteticamente, l'art. 1 del disegno di legge prevede l'inserimento di una nuova causa di estinzione del reato successiva alla condotta riparatoria per i reati procedibili a querela soggetta a remissione. La disciplina è analoga a quella prevista per i reati di competenza del Giudice di Pace dall'art. 35 del d.lgs. 274/2000, rispetto alla quale la nuova norma adotta una formulazione più esplicita: in primo luogo, l'art. 1 del disegno di legge specifica espressamente che l'opposizione della persona offesa non può precludere l'operatività del meccanismo estintivo, ove il giudice ritenga congrua l'offerta. Un secondo aspetto da salutarsi con favore riguarda invece la possibilità, per l'imputato, di ottenere un rinvio del termine entro il quale effettuare il risarcimento nel caso in cui egli non abbia potuto adempiere entro la dichiarazione di apertura del dibattimento²⁶⁸.

Ancora, il disegno di legge prevede il conferimento al Governo di alcune deleghe per l'allargamento del novero dei reati procedibili a querela della persona offesa, per la revisione della disciplina delle misure di sicurezza (art. 7)²⁶⁹ ed infine per adeguare le norme sul casellario giudiziale ai dettami europei in materia di *privacy* (art. 8).

Oltre a numerose disposizioni destinate ad incidere sul processo penale (artt. 10-19 e 30), l'articolato contiene la proposta di modifica dell'art. 135 c.p. sul criterio

²⁶⁷ La Camera dei deputati ha approvato il d.d.l. C/2798 in data 23.9.2015. Il giorno successivo, esso è stato trasmesso al Senato, dove ha preso il nome di d.d.l. S/2067. Allo stato (dicembre 2015), non risulta ancora cominciata la discussione al Senato.

²⁶⁸ Come noto, l'art. 35 d.lgs. 274/2000 non è molto chiaro in merito alla necessità o meno del consenso della persona offesa. La relativa questione è stata risolta, in senso negativo, da Cass. pen., sez. un., 23 aprile 2015, n. 33864: «Nel procedimento davanti al giudice di pace, l'art. 35, comma primo del D.Lgs. 28 agosto 2000 n. 274, (...) presuppone che siano state sentite le parti ma non che sia stato acquisito il consenso della persona offesa; ne deriva che è legittima la declaratoria di estinzione del reato per intervenuta riparazione del danno qualora, pur nel dichiarato dissenso della persona offesa per l'inadeguatezza della somma di denaro posta a sua disposizione dall'imputato quale risarcimento, il giudice esprima una motivata valutazione di congruità della stessa con riferimento alla soddisfazione tanto delle esigenze compensative quanto di quelle retributive e preventive». La questione della preclusione temporale (udienza di comparizione) è altresì controversa: recentemente, la giurisprudenza ha negato che tale limite possa essere superato attraverso un semplice «rinvio con salvezza di diritti» della stessa, occorrendo a tal fine una vera e propria sospensione del processo (Cfr. Cass. pen., 10 febbraio 2015, n. 31656).

²⁶⁹ Degna di nota la lettera *b*) del primo comma di tale articolo, che in riferimento alle misure di sicurezza richiede la «rivisitazione del regime del cosiddetto "doppio binario", che prevede l'applicazione congiunta di pena e misure di sicurezza, nella prospettiva del minor sacrificio possibile della libertà personale». Inoltre, lo stesso art. 7 contiene alcune modificazioni, direttamente efficaci, delle norme codicistiche su violenza privata e minaccia.

di ragguglio fra pene pecuniarie e pene detentive²⁷⁰. Quanto, infine, alla riforma dell'ordinamento penitenziario, l'art. 31 del progetto contiene elementi di grande interesse: accanto all'allargamento del ricorso alle misure alternative e al potenziamento del lavoro intramurario ed esterno, sono previste disposizioni *ad hoc* relative alla detenzione dei minorenni e l'eliminazione delle preclusioni di accesso ai benefici penitenziari ed alle misure alternative per i recidivi e per gli autori di determinati reati. In più, viene portata da tre a quattro anni la misura massima della pena per la quale è prevista la sospensione dell'ordine di esecuzione.

Meritano un favorevole accoglimento sia la disposizione che richiede la «previsione di attività di giustizia riparativa e delle relative procedure» – lett. *f*) – sia quella sul riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute, la lett. *m*).

Al contrario, lascia perplessi, e non solo per la sua collocazione sistematica²⁷¹, la previsione dell'ultima lettera – la *p*) – dell'articolo in esame, che richiede «l'attuazione sia pure tendenziale, del principio della riserva di codice nella materia penale, al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell'effettività della funzione rieducativa della pena (...) attraverso l'inserimento nel codice penale di tutte le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di

²⁷⁰ Attualmente, l'art. 135 c.p. stabilisce, quale criterio di ragguglio, che si debbano calcolare euro 250 (o una frazione di tale somma) di pena pecuniaria per un giorno di pena detentiva. Interrogata sulla legittimità costituzionale di tale ammontare (frutto di successivi interventi legislativi, l'ultimo dei quali, la legge n. 94/2009, aveva elevato il criterio da euro 38 a euro 250) per violazione dei principi di uguaglianza e proporzionalità (soprattutto nell'ipotesi di applicazione dell'art. 53 l. 189/1981, il quale, al comma secondo, pur riecheggiando il sistema dei tassi giornalieri, vincola il giudice a non superare per difetto la somma di cui all'art. 135 c.p. al momento della determinazione della somma di pena pecuniaria sostitutiva della detenzione fino a sei mesi), la Corte, pur riconoscendo gli aspetti problematici della disciplina, dichiarò inammissibile la questione. La valutazione relativa al *quantum* del criterio di conguaglio, infatti, deve essere compiuta dal legislatore attraverso una valutazione politica, estranea al sindacato della Corte. Per una nota alla sentenza cfr. L. GOISIS, *Il criterio di ragguglio della pena pecuniaria sostitutiva al vaglio della Corte Costituzionale: esigenze di riforma della disciplina*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 913. Il giudice *a quo* aveva proposto di ridurre a 97,00 euro l'importo. Il disegno di legge sembra tenere conto di tale sentenza, che di fatto non ha negato la fondatezza della questione, perché l'art. 20 del d.d.l prevede che il criterio di ragguglio sia ridotto alla somma di euro (o frazione di euro) 75.

²⁷¹ L'inserimento di tale previsione è frutto di un emendamento successivo: non v'è traccia di una norma simile nel disegno di legge originariamente presentato alla Camera (cfr. L. MATARRESE, S. ZIRULIA, *Il Governo presenta alla Camera un articolato pacchetto di riforme del codice penale, del codice di procedura penale e dell'ordinamento penitenziario*, cit.), né nel pacchetto approvato dalla Commissione Giustizia della Camera il 24.7.2015 (Cfr. il relativo dossier *Commissione Giustizia della Camera, Dossier n° 256/2 - Elementi per l'esame in Assemblea. Modifiche al c.p. e al c.p.p. per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi nonché all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena*, A.C. 2798-A, 27 luglio 2015, in www.camera.it).

rilevanza costituzionale». Al di là dell'enorme difficoltà pratica che deriverebbe dall'attuazione di una tale norma, rimangono alcuni dubbi sul significato da attribuire in questo contesto all'aggettivo *tendenziale* e sui criteri per individuare le fattispecie criminose interessate dalla riserva. Tra queste, infatti, la norma elenca, a titolo esemplificativo, sia l'integrità ambientale, sia l'integrità del territorio, nonché l'evanescente concetto di ordine pubblico²⁷². Da ultimo, la precisazione che l'intervento riordinatore della materia debba avere ad oggetto le leggi «in vigore» appare ridondante.

Da una primissima lettura del disegno di legge spiace dover rilevare, in conclusione, come lo stesso non esca dai noti binari tanto amati dal legislatore italiano: accanto alle citate disposizioni aperte verso soluzioni alternative del processo e la concretizzazione dei diritti fondamentali dei detenuti si trovano rigidi inasprimenti sanzionatori per reati di grave allarme sociale quali lo scambio elettorale politico-mafioso, furto aggravato, furto in abitazione e furto con strappo e rapina²⁷³, la richiesta di introduzione di una nuova fattispecie incriminatrice²⁷⁴ e norme, come quella sulla riserva di codice, che nel migliore dei casi cadranno prima dell'approvazione definitiva della legge. Nel peggiore, saranno fonte di enormi contrasti interpretativi negli anni a venire.

²⁷² Tra i beni di rilevanza costituzionale, la lettera *p*) dell'art. 31 del d.d.l. menziona: «in particolare i valori della persona umana, e tra questi il principio di uguaglianza, di non discriminazione, e di divieto assoluto di ogni forma di sfruttamento a fini di profitto della persona medesima, e i beni della salute, individuale e collettiva, della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, della salubrità ed integrità ambientale, dell'integrità del territorio, della correttezza e trasparenza del sistema economico di mercato». Considerato che la tutela costituzionale dell'ambiente viene normalmente fatta derivare da un'interpretazione dell'art. 9 Cost. sulla tutela del paesaggio, risulta quantomeno impreciso il riferimento ad ambiente e territorio. Per i problemi posti dal concetto di ordine pubblico e sulla sua natura di *Rumpelkammer* infine, si rimanda a G. FORNASARI, *Introduzione*, in G. FORNASARI, S. RIONDATO, *Reati contro l'ordine pubblico*, Torino, 2013, XV-XX.

²⁷³ Gli artt. da 3 a 6 del d.d.l. C/2798 (ora S/2067) prevedono un generale aumento delle pene per tali reati ed in un caso introducono un divieto di equivalenza o prevalenza delle circostanze attenuanti sulle aggravanti.

²⁷⁴ Cfr. art. 30, co. I, lett. b), che richiede l'introduzione del delitto di diffusione, al solo fine di recare danno alla reputazione o all'immagine altrui, di riprese audiovisive o registrazioni di conversazioni, anche telefoniche, svolte in sua presenza ed effettuate fraudolentemente. Esso dovrà essere punito con la reclusione non superiore nel massimo a 4 anni.

2.3. *Un legislatore sempre troppo sbrigativo?*

Occorre riconoscere che, negli ultimi anni, soprattutto a seguito della sentenza Torreggiani, si è diffuso un «clima nuovo» in tema di penalità detentiva²⁷⁵. I numerosissimi commenti dottrinali sulla questione del sovraffollamento hanno contribuito a diffondere una certa consapevolezza in merito ai problemi carcerari, mentre autorevoli interventi come quello, citato, del Presidente della Repubblica o del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Milano²⁷⁶ hanno richiamato l'attenzione politica sulla questione. Oltre alle menzionate novelle parziali, infine, il legislatore sembra avere intrapreso la strada di una riforma più ampia.

Allo stato, è molto difficile valutare globalmente l'esito delle riforme: molte di esse sono ancora *in itinere* (si pensi ad esempio all'attuazione della delega in materia di detenzione domiciliare), ed i veri effetti dei cambiamenti normativi si possono apprezzare solo a medio-lungo termine²⁷⁷. Inoltre, effetti deflattivi potrebbero derivare anche da misure la cui introduzione non era dovuta precipuamente alla diminuzione del numero dei detenuti: si pensi ad esempio al rimedio risarcitorio di cui al nuovo art. 35 *ter* o.p., che prevede, per i detenuti, la detrazione di un giorno di pena da espiare ogni dieci giorni trascorsi in condizioni inumane e degradanti²⁷⁸.

Tuttavia, nel breve periodo le riforme paiono avere sortito gli effetti sperati, riuscendo a ridurre del 40% i flussi di ingresso in carcere²⁷⁹. Inoltre, al 30 novembre

²⁷⁵ Così M. PAVARINI, *Vivere in meno di 3 metri quadrati. Quando la pena carceraria è inumana e degradante*, cit., 1.

²⁷⁶ Con una circolare del 15 gennaio 2013, il Procuratore Edmondo Bruti Liberati ha invitato i magistrati della Procura della Repubblica di Milano a tenere nel massimo conto quanto affermato dall'allora recentissima sentenza Torreggiani, per quanto di loro competenza al momento dell'inflizione delle misure cautelari e dell'esecuzione della pena. Cfr. G. LEO, *Emergenza carceri: la circolare del Procuratore della Repubblica di Milano dopo la sentenza della Corte edu nel caso Torreggiani v. Italia*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 18 gennaio 2013.

²⁷⁷ Emblematico, in tal senso, l'indulto, i cui positivi effetti immediati furono azzerati nel corso di due anni. Cfr. *supra*, 2.1.1.

²⁷⁸ Tale rimedio è stato introdotto dal d.l. 92/2014. I soggetti non più detenuti, invece, hanno diritto ad ottenere un risarcimento di 8 euro per ogni giorno trascorso in condizioni inumane e degradanti. Cfr. G. MELANI, *Le misure con finalità deflattiva e il loro impatto*, in *Rass. pen. crim.*, 2014, 138.

²⁷⁹ Cfr. P. SECHL, *Contrasto al sovraffollamento*, cit., 217, che fa riferimento a dati elaborati dalla Camera dei deputati in una relazione del 14.10.2013 (cfr. *ibidem*, nota 68), e F. TAGLIAFERRO, *Analisi dei dati sulla popolazione detenuta*, cit., 11-14. Più critica G. MELANI, *Le misure con finalità deflattiva e il loro impatto*, cit., 139 ss., secondo la quale il calo della popolazione detenuta è dovuto principalmente alle modifiche delle norme in materia di custodia cautelare (effetto tuttavia già vanificato dalle modifiche apportate al d.l. 92/2014 dalla legge di conversione 117/2014) e del trattamento sanzionatorio per i reati di cui agli artt. 73 e 74 D.P.R. 309/90, divenuto globalmente più lieve (cfr. *ibidem*, 148-151).

2015, risultavano presenti nelle carceri italiane 52.636 detenuti, 717 dei quali stavano espiando la pena in regime di semilibertà. Nonostante tale cifra superi ancora quella della capienza regolamentare (circa 49.600 posti)²⁸⁰, essa rimane al di sotto del corrispondente dato del 31.12.2013 (62.536) e del 30.6.2010, momento in cui si raggiunse il picco di 68.258 detenuti²⁸¹.

Infine, la dottrina più attenta non ha mancato di evidenziare i problemi di coordinamento derivati dalla stratificazione normativa²⁸², nonché la persistenza di momenti di tensione delle norme ordinarie con la Costituzione, soprattutto per quanto riguarda tutto il sistema delle preclusioni automatiche riservate ai soggetti condannati per i delitti di cui all'art. 4 *bis* o.p.²⁸³.

3. *La prassi: svilimento dell'obbligo di motivazione e discrezionalità svincolata*

Dopo aver chiarito, seppure a grandi linee, l'attuale stato della legislazione italiana sul sistema sanzionatorio, vale la pena confrontare il dettato legislativo e la

²⁸⁰ In realtà, la capienza calcolata come «regolamentare» secondo i criteri indicati dal Ministero della Sanità (9 mq per i detenuti in cella singola e 5 mq per i detenuti in celle multiple) non tiene conto dei posti temporaneamente non disponibili perché oggetto di lavori di manutenzione o per assenza di personale: si stima che essi ammontino a circa il 10% dei posti totali. Calcolando il tasso di affollamento sulla base della capienza così corretta, al 31.12.2014 c'erano 118 detenuti ogni 100 posti disponibili. Cfr. F. TAGLIAFERRO, *op. cit.*, 21-3.

²⁸¹ Probabilmente, ebbe un effetto fortemente deflattivo anche la dichiarazione di incostituzionalità delle norme in materia di stupefacenti introdotte dalla c.d. legge Fini-Giovanardi (citato d.l. 272/2005, recante norme sulle Olimpiadi di Torino): a seguito della menzionata sentenza della C. Cost. 32/2014, invero, torna in vigore una disciplina più mite per i reati connessi agli stupefacenti, con conseguenti scarcerazioni e diminuzione della durata delle condanne in futuro. Su questo, cfr. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 12-14 e 49-84. Inoltre, dal combinato disposto tra la sentenza ed il citato d.l. 32/2014 (conv. in l. 79/14), derivò anche un indiretto ampliamento del ricorso alle misure alternative alla detenzione da parte dei soggetti condannati per i reati di cui al T.U. 309/90. Cfr. P. SECHI, *Contrasto al sovraffollamento*, cit., 219-21, la quale evidenzia come il numero dei soggetti detenuti in carcere per reati connessi agli stupefacenti è passato da 24.273 (al 31.12.2013) a 21.314 al 30.6.2014.

²⁸² Per quanto riguarda la detenzione domiciliare, cfr. P. SECHI, *Contrasto al sovraffollamento*, cit., 224-6, A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri*, cit., 108-12 e P. RENON, M. RUARO, *Il F, Esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 1189 ss.; per l'affidamento in prova allargato P. SECHI, *ult. op. cit.*, 221-2 e A. PRESUTTI, *Art. 47*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 526-8; per la liberazione anticipata speciale P. SECHI, *ult. op. cit.*, 226-8 e A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri*, cit., 113-121.

²⁸³ Così A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri*, cit., 100-2.

prassi dei tribunali e dei luoghi di esecuzione della pena, passando così dal *dover essere* all'*essere* della pena²⁸⁴.

Come nella parte precedente ci si è concentrati maggiormente sulle novità nella legislazione, dando per scontata la conoscenza delle norme progressivamente interpolate dal legislatore, così in questa sede l'esame avrà un taglio parziale, e si limiterà a fare emergere i momenti di maggiore discrepanza tra la norma e la prassi.

Più precisamente, la disamina sarà incentrata sulle fasi successive a quella dell'accertamento giudiziale della sussistenza di un reato. Una volta stabilito che l'imputato ha commesso il fatto ed è punibile, invero, il giudice si trova a dover scegliere, nel tipo e nella misura, la pena da irrogare²⁸⁵. I punti più critici di questo momento, relativo alla commisurazione della pena, saranno rapidamente ripercorsi.

Successivamente, e anche su questo si intende soffermarsi, la sentenza di condanna dovrà trovare esecuzione.

3.1. *La pratica distratta della commisurazione della pena*

All'interno del primo libro del codice penale, la commisurazione giudiziale della pena è disciplinata nel primo capo del titolo V²⁸⁶. Il capo tratta, oltre che della

²⁸⁴ Accogliendo così l'invito di E. DOLCINI, *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, cit., 97, e L. GOISIS, *La pena pecuniaria*, cit., 124.

²⁸⁵ Non saranno oggetto della presente analisi tutti i fenomeni che, pur in presenza di un fatto tipico, antigiuridico e colpevole, consentono di spezzare il legame tra reato e pena: si tratta delle varie vicende della punibilità, variamente inquadrabili dogmaticamente (condizioni obiettive di punibilità originarie e sopravvenute, condizioni di procedibilità e meccanismi processuali quali l'archiviazione del procedimento). Per l'inquadramento del fenomeno cfr. A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998. Del pari, non si analizzerà dettagliatamente la questione, anch'essa di grande rilevanza pratica, del peso della scelta di un rito processuale alternativo sulla quantità di pena irrogata in concreto dal giudice, per cui si rimanda a D. VIGONI, *La metamorfosi della pena nella dinamica dell'ordinamento*, Milano, 2011, 147 ss. Giustificati da presunte ineludibili finalità deflattive, i riti alternativi di fatto svuotano totalmente di significato la pena. Così M. PAVARINI, *Introduzione al sistema sanzionatorio*, cit., 471. Sottolinea la forte ricaduta sostanziale di tali meccanismi anche T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 435: «La mitigazione così disposta altera in misura cospicua la proporzione tra reato e pena, e supera a piè pari tutte le valutazioni prognostiche che, in termini di prevenzione speciale, influiscono sulla quantificazione della sanzione e sulla determinazione del trattamento complessivo».

²⁸⁶ In materia di commisurazione della pena, cfr. per tutti, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979, *ID.*, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 338 ss., *ID.* *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 55 ss., F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, 73 ss., A. PAGLIARO, *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 25 ss., L. MONACO, C.E. PALIERO, *Variazioni in tema di «crisi della sanzione». La diaspora del sistema commisurativo*, cit., 442 ss. Più recentemente, G. MANNOZZI, *La commisurazione giudiziale: la*

nuova causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto²⁸⁷, delle vicende relative a «modificazione ed applicazione della pena»²⁸⁸.

L'art. 132 c.p. prevede che il giudice applichi la pena discrezionalmente, ma rimanendo all'interno dei limiti fissati dalle cornici edittali e motivando la propria decisione. Egli, inoltre, deve attenersi ai criteri commisurativi indicati dal successivo articolo 133 c.p.²⁸⁹. Quest'ultima disposizione enumera una serie di *criteri fattuali* di commisurazione, raggruppati all'interno di due categorie: la *gravità del reato* e la *capacità di delinquere del reo*²⁹⁰.

Una questione preliminare riguarda proprio la definizione di tali categorie: nonostante l'art. 133 c.p. fornisca un elenco dei fattori dai quali desumerle, esse rimangono ambivalenti. Quanto alla capacità di delinquere del reo, non è chiaro se essa vada presa in considerazione rispetto al passato o al futuro. Del pari, vi è disaccordo in dottrina in riferimento al suo rapporto con la colpevolezza: benché intensità del dolo e grado della colpa rientrino tra gli elementi del fatto (primo comma dell'art. 133 c.p.), la considerazione della capacità criminale potrebbe riverberarsi sul giudizio relativo alla colpevolezza intesa quale rimproverabilità, e quindi contribuire a valutare appunto la capacità criminale del soggetto²⁹¹. Anche la gravità del fatto, tuttavia, è suscettibile di interpretazioni diverse, a causa della difficoltà di definire concetti quali «grado della colpa» o «modalità dell'azione»²⁹².

Quanto, più nel dettaglio, ai problemi sollevati dalla disciplina codicistica sulla commisurazione in senso stretto²⁹³, si evidenzia, in primo luogo, la mancanza di

vicenda sanzionatoria dalla previsione legislativa alla prassi applicativa, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1217.

²⁸⁷ Inserita dal d.lgs. 28/2015 tramite l'art. 131 *bis* c.p.

²⁸⁸ In realtà, la terminologia della rubrica è impropria, perché le vicende della commisurazione non comportano una vera e propria modificazione della pena, ma sono vincolate dalle cornici edittali. Così M. ROMANO, G. GRASSO, *Pre art. 132*, in *IDD.*, *Commentario sistematico del codice penale*, II, Art. 85-149, IV Ed., Milano, 2012, 336.

²⁸⁹ Per le particolarità relative alla commisurazione della pena pecuniaria cfr. il punto successivo.

²⁹⁰ Per un sintetico inquadramento della norma, si rimanda a M. ROMANO, G. GRASSO, *Art. 133*, in *IDD.*, *Commentario sistematico del codice penale*, II, Art. 85-149, IV Ed., Milano, 2012, 349 ss.

²⁹¹ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 43-48. Più recentemente, si esprimono in termini analoghi G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 796-8.

²⁹² Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 42-3.

²⁹³ Così si definisce la determinazione della pena all'interno dei limiti edittali, appartenendo invece alla commisurazione *in senso lato* le successive operazioni quali l'applicazione di circostanze aggravanti ed attenuanti e l'applicazione delle norme sul delitto tentato e sul concorso di reati. Così E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 6-7, il quale per la verità fa rientrare nella commisurazione in senso lato anche la decisione sull'applicazione o meno della sospensione

criteri *finalistici*: le disposizioni in esame non specificano quale delle funzioni della pena debba prevalere al momento della commisurazione, nonostante questo possa comportare serie ricadute sull'entità della pena irrogata²⁹⁴. Nel silenzio della legge, di fatto decide il giudice quale criterio applicare nel caso concreto secondo la propria visione politico-criminale²⁹⁵, spesso orientata di fatto al rimprovero del soggetto per il commesso reato²⁹⁶.

In tale prospettiva, è stata autorevolmente sostenuta la necessità di dare alla norma una lettura costituzionalmente orientata²⁹⁷, secondo la quale il momento della commisurazione deve essere informato alla *prevenzione speciale*: il giudice deve determinare una pena individualizzata (in ossequio al principio di colpevolezza, art. 27 I co. Cost.) e volta alla rieducazione del condannato (art. 27 III co. Cost.)²⁹⁸.

condizionale della pena, sul perdono giudiziale per i minorenni ed altri istituti che modificano la pena in fase esecutiva (cfr. *ibidem*, 7).

²⁹⁴ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, 18 e 35-6. Invero, se 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, pur avendo, in entrambi i casi, determinato una pena individualizzata. La valorizzazione della prevenzione speciale, ad esempio, potrebbe «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» (P. NUVOLONE, *Pena, op. cit.*, 805). Solleva problemi analoghi M. PAVARINI, *Introduzione al sistema sanzionatorio*, cit., 474. Evidenzia bene il rapporto tra teorie della pena e commisurazione della stessa W. NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, X. Aufl., Neuwied, Krißtel, 2002, 56-59.

²⁹⁵ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV Ed., Milano, 2012, 589. Con richiami danteschi, definisce il giudice «nave senza nocchiere in gran tempesta» T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale*, cit., 426. Entrando più nel dettaglio del sistema positivo attuale, un tentativo di sistematizzazione dei diversi paradigmi commisurativi viene attuato da G. MANNOZZI, *La commisurazione giudiziale: la vicenda sanzionatoria dalla previsione legislativa alla prassi applicativa*, cit., 1227-34. In particolare l'A., dopo aver separato la giustizia penale minorile da quella degli adulti, a sua volta divisa in due sottogruppi - criminalità lieve, di competenza del giudice di pace, e criminalità medio-alta (tribunale) -, individua per quest'ultima quattro tipi di autore: il cittadino, il recidivo, il nemico ed infine il colto bianco. Per ciascuna di queste categorie le scelte di politica criminale relative alle sanzioni da infliggere sono diverse, con significativi riflessi anche sulle modalità e gli spazi di commisurazione delle stesse (ad es., la discrezionalità commisurativa nei confronti del recidivo è decisamente inferiore rispetto a quella che si ravvisa nei confronti del cittadino «comune»).

²⁹⁶ Così D. PULITANÒ, *Il messaggio del Presidente Napolitano e le politiche penali*, cit., 142, secondo il quale nel momento commisurativo i giudici operano un giudizio giuridico e/o morale, coerente con una loro personale scala di gravità, arrivando a comminare pene eccessivamente severe (e, quindi, sproporzionate) in occasione di fatti valutati dalla società come molto gravi.

²⁹⁷ Così, per primo, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 157 ss., ripreso pressoché unanimemente da molte trattazioni manualistiche successive, tra cui G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 802 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, IV. Ed., Torino, 2011, 596-7. *Contra*, per una valorizzazione invece della prevenzione generale in fase commisurativa, A. PAGLIARO, *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, cit., 30-1.

²⁹⁸ Inoltre, l'art. 3 Cost., nell'affermare la pari dignità di tutti i cittadini e l'uguaglianza dinanzi alla legge, richiede che eventuali differenze di trattamento siano ragionevolmente giustificate. Così G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 803.

Volendo trasporre questo principio nel giudizio sulla capacità a delinquere del reo, si arriverà quindi a privilegiare l'interpretazione che, riferendo al *futuro* la valutazione, richieda di considerare, oltre ad esigenze di intimidazione-ammonimento del reo, anche l'opportunità di evitare rischi di desocializzazione e di aprire a quest'ultimo prospettive di reinserimento nella società²⁹⁹.

Proprio il principio di colpevolezza porta ad escludere che nel momento commisurativo possano prevalere finalità di prevenzione generale, poiché esse porterebbero all'applicazione di una pena esemplare, slegata dalle particolarità del caso concreto³⁰⁰. Dal principio della dignità dell'uomo (art. 3 Cost.) e dal divieto di responsabilità penale per fatto altrui (desumibile dall'art. 27 Cost.) si traggono due ordini di conclusioni. Secondo la prima, un uomo non può essere usato come mezzo per il perseguimento di finalità politico-criminali. La seconda, invece, 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 sanzionatori molto alti corrisponda un abbassamento del tasso di criminalità³⁰¹.

²⁹⁹ Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. cit.*, 594. La completezza del giudizio sulla capacità a delinquere trova un ostacolo nel divieto di sottoporre a perizia il carattere e la personalità del reo sancito dall'art. 220, II co., c.p.p. Tale preclusione, 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 co. II c.p., rende di fatto molto difficile che il giudice riesca ad applicare in modo equamente calibrato la sanzione penale. In particolare, è difficile che egli riesca a tenere in conto le esigenze di rieducazione del colpevole. Così F. CAPRIOLI, *Processo penale e commisurazione della pena*, in M. PAVARINI, (a cura di), *Silète poenologi in munere alieno*, cit., 137 ss.

³⁰⁰ Cfr. D. PULITANÒ, *op. cit.*, 472, che ammonisce: «Nessun spazio può essere lasciato a considerazioni di esemplarità punitiva» (in corsivo nell'originale).

³⁰¹ Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. cit.*, 595-6. 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. Al contrario, favorire la prevenzione speciale porterebbe solo alla pronuncia di sentenze di «generico indeterminato lassismo». Così A. PAGLIARO, *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, cit., 25. Critici nei confronti di questa teoria G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 805-7. La valorizzazione della prevenzione generale si scontra comunque con l'ineludibile dato di fatto dell'impossibile misurazione della sua efficacia e del suo funzionamento, come ricordato da ultimo da F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in G. MANNOZZI, G. A. LODIGIANI, *Giustizia riparativa*, cit., 73-4. Infine, nel riferimento dell'articolo 133 c.p. a indici oggettivi come la gravità del reato e della condotta ravvisano la reviviscenza di valutazioni «di tipo retributivo, nel senso appunto indicato dalla concezione classica della retribuzione legale di una pena giusta perché equivalente alla gravità dell'illecito penale» M. PAVARINI, B. GUAZZALOCA, *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, 2007, 34, i quali finiscono tuttavia per sostenere l'esposta teoria della commisurazione costituzionalmente orientata (*ibidem*, 35-6).

L'interpretazione che privilegia le finalità di *prevenzione speciale* pare aver trovato un'importante affermazione nella citata sentenza n. 313/90 della Corte Costituzionale, punto di passaggio dalla concezione polifunzionale della pena ad una concezione orientata in senso più finalistico. In tale occasione, la Corte ricordò che la prospettiva della tendenza alla rieducazione non doveva rimanere confinata al momento dell'esecuzione, ma avrebbe dovuto orientare anche la determinazione della pena ad opera del giudice di cognizione³⁰².

Inoltre, meritano attenzione le recenti proposte dottrinali volte a valorizzare la finalità riparativa anche nel momento commisurativo: in tale ottica, la riparazione del torto e la protezione delle vittime rappresentano l'unica dimensione realistica della finalità rieducativa della pena. Tali aspetti potranno essere valutati dal giudice che fissa l'entità della pena in concreto quale «bene» da contrapporsi al male arrecato con il reato. In altre parole, e più concretamente, ricomprendere parametri di giustizia riparativa potrebbe aiutare il giudice sia nell'interpretazione della «capacità a delinquere» (una condotta seriamente riparatrice potrebbe deporre a favore di una prognosi favorevole sulla recidiva) sia nella valorizzazione del criterio della «condotta susseguente al reato» di cui al n. 3 del co. II dell'art. 133 c.p.³⁰³

In conclusione, nonostante gli interventi dottrinali abbiano assunto, con il tempo, un andamento omogeneo³⁰⁴, l'assenza di un disposto legislativo chiaro si

³⁰² Cfr. C. Cost., Sent. n. 313/1990, in *Giur. cost.* 1990, III, 1981, già commentata al punto 1.3.3. 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.

³⁰³ Cfr. G. MANNOZZI, *La commisurazione giudiziale: la vicenda sanzionatoria dalla previsione legislativa alla prassi applicativa*, cit., 1253. Più problematica invece la valorizzazione, sempre nella fase commisurativa, della voce della vittima. L'A. fa riferimento ai *victim impact statements*, adottati in tutti gli Stati degli USA ed in Canada, che consistono essenzialmente nel riconoscimento della possibilità che le vittime possano influire sul *quantum* della pena, facendo pervenire al giudice una relazione relativa ai danni diretti ed indiretti (definiti *ancillary harms*) subiti. Questa soluzione ha pregi e difetti, non da ultimo il rischio di fare entrare nel processo componenti troppo emotive. Inoltre anche dove risulta largamente diffusa rimangono profili problematici, soprattutto di natura processuale. Cfr. *ibidem*, 1255-62. Ad una prima riflessione superficiale, in Italia il riconoscimento di uno spazio alle vittime in questa fase pare scontrarsi inevitabilmente con una prassi che, nel richiedere il risarcimento del danno, ne esagera sistematicamente portata e dimensioni. Forse il fenomeno potrebbe essere ricondotto a realtà imponendo che la vittima descriva i danni subiti senza l'intermediazione dell'avvocato; d'altro canto, però, ciò potrebbe ripercuotersi negativamente sia sulla realizzazione dei diritti processuali della vittima sia sulla garanzia di un eventuale contraddittorio con l'autore del reato.

³⁰⁴ Conclude tuttavia osservando 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» D. PULITANÒ, *op. cit.*, 473.

riverbera negativamente sulla prassi giurisprudenziale, caratterizzata da una quasi totale assenza di attenzione per i criteri finalistici di commisurazione della pena³⁰⁵.

La lettura costituzionalmente orientata, appena esposta, consente di risolvere un secondo aspetto problematico, relativo all'ordine da attribuire ai due criteri fattuali di cui all'art. 133 c.p., come pure ai vari elementi che li compongono. In ossequio al principio di colpevolezza, si ritiene che, fra gli elementi da cui si deve desumere la gravità del fatto, importanza preminente va data a quelli che definiscono la colpevolezza, vale a dire il dolo e la colpa³⁰⁶. 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. Quindi, il peso attribuito alla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato (art. 133, co. I n. 2 c.p.) non potrà indurre l'organo giudicante ad infliggere una pena superiore a quella proporzionata al grado della colpevolezza³⁰⁷.

Quanto esposto incide anche sul contenuto del giudizio in relazione alla capacità di delinquere del reo: pur dovendo trattarsi, come si è visto, di un giudizio rivolto al futuro, è precluso al giudice di irrogare una sanzione eccedente il grado della colpevolezza³⁰⁸. In tal senso, esigenze di risocializzazione potrebbero dunque fondare solo l'irrogazione di pene inferiori, comprese cioè fra quella che era stata considerata in un primo momento la misura della colpevolezza ed il minimo edittale³⁰⁹.

Quest'ultima osservazione suggerisce anche la 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

³⁰⁵ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, cit., 58.

³⁰⁶ Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. cit.*, 594-5.

³⁰⁷ Cfr. E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, cit., in particolare 366-367, e *ID.*, *La commisurazione della pena*, cit., 176 ss.

³⁰⁸ «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». Così G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. cit.*, 410.

³⁰⁹ Cfr. A. MENGhini, *Sistemi sanzionatori a confronto*, in *op. cit.*, 171

determinata la pena corrispondente alla gravità del fatto, egli può dunque decidere di abbassarla in funzione della capacità a delinquere del colpevole³¹⁰.

Una terza questione riguarda il potere discrezionale del giudice: proprio in ragione dell'esistenza dei limiti che emergono dal combinato disposto degli artt. 132 e 133 c.p., la dottrina ritiene che il giudice goda di una discrezionalità vincolata³¹¹. In particolare, sarebbe proprio l'obbligo motivazionale a costringere il giudice a compiere delle scelte ragionate e a rendere possibile un controllo giurisdizionale successivo³¹².

L'attribuzione al giudice di tale potere discrezionale risulta 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 c.p., la Corte Costituzionale ha escluso che il principio di legalità fosse di ostacolo all'attribuzione all'organo giudicante di un adeguato ambito di discrezionalità, ricompreso nella cornice edittale, in ossequio al principio di personalità della responsabilità penale³¹³. Inoltre, sempre secondo l'interpretazione avallata dalla Corte, la legittimità delle cornici edittali deriva anche da quella necessità di individualizzazione della sanzione che, sola, ne consente la potenzialità rieducativa³¹⁴. 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 massimo³¹⁵.

³¹⁰ Cfr. E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, cit., 370.

³¹¹ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, cit., 55. Per una definizione della discrezionalità del giudice penale cfr. *ID.*, *Potere discrezionale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXIV, Milano, 1985, 749-50.

³¹² 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. P. NUVOLONE, *Pena*, cit., 806.

³¹³ Cfr. C. Cost., sent. n. 50 del 2-14 aprile 1980, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 725, con nota di C. E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*.

³¹⁴ Cfr. P. NUVOLONE, *Pena*, cit., 806-7.

³¹⁵ Con la sentenza n. 50 del 1980, cit., la Corte Cost. rigettò la questione di legittimità costituzionale di una norma della l. 5 maggio 1976, n. 313 sugli autoveicoli industriali che prevedeva, per una contravvenzione ivi prevista, una pena fissa (ammenda di 800 mila lire ed arresto di 15 gg.). Nella motivazione, la Consulta tuttavia riconobbe che le esigenze di individualizzazione espresse dall'art. 27, co. I e III, Cost. avrebbero richiesto un'articolazione del sistema sanzionatorio che rendesse possibile un adeguamento individuale: già il legislatore, prima del giudice, dovrebbe prevedere delle pene modellabili al caso concreto. Di conseguenza, la pena fissa è 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» (C. E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, cit., 738). In tale pronuncia la Corte fa riferimento alla sua precedente 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.

Quanto affermato dal giudice delle leggi sembra tuttavia disatteso dalla Cassazione, che ha avuto occasione di definire addirittura «un'intuizione» la commisurazione concreta della pena³¹⁶.

La quarta ed ultima questione da sollevare riguarda più specificamente l'oggetto della presente ricerca, vale a dire la prassi: un'analisi delle pratiche giudiziarie rivela ben presto come i limiti della discrezionalità giudiziale in fase commisurativa assumano sovente contorni piuttosto sfumati³¹⁷.

Nella realtà, l'importanza dell'obbligo di motivazione di cui all'art. 132 c.p. è costantemente svilita da un'abitudine giurisprudenziale che riduce la motivazione sulla pena, a «*formulette pigre* che nulla dicono sul concreto processo di valutazione e sulle effettive ragioni della decisione»³¹⁸. Ne consegue che i giudici possono limitarsi ad affermare che essi ritengono *congrua* una certa pena, senza 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*³¹⁹ e richiedendo che si utilizzino motivazioni specifiche solamente nel caso in cui la pena irrogata sia superiore al medio edittale³²⁰.

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., 50/1980, cit., 733). Rimangono perplessi sulla vera legittimità costituzionale delle pene fisse e delle pene proporzionali M. PAVARINI, B. GUAZZALOCA, *Corso di diritto penitenziario*, cit., 42.

³¹⁶ Cfr. Cass., 10 gennaio 1985, n. 401, in *Riv. Pen.*, 1985, 441: «L'irrogazione della pena nella sua concretezza più che un processo logico costituisce il risultato di una intuizione, conseguente ad una valutazione globale dei fatti e della personalità del reo, incensurabile in Cassazione, se congruamente motivata».

³¹⁷ Così G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 793 e 801 ss., i quali rilevano come, nei fatti, il potere discrezionale del giudice si riveli quasi «sostanzialmente libero», sia a causa dell'ambiguità dei criteri di cui all'art. 133, sia perché, come si vedrà, l'obbligo di motivazione viene costantemente disatteso. Analizza la giurisprudenza sulla commisurazione della pena E. DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, cit., 57 ss.

³¹⁸ D. PULITANÒ, *op. cit.*, 470-1, che evidenzia come la formula più diffusa sia semplicemente: «visto l'art. 133 c.p., si considera equa la pena di ...».

³¹⁹ Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. cit.*, 587, che fra tali formule ricordano espressioni come «pena congrua», «pena adeguata», «pena equa». In generale, inoltre, la giurisprudenza non richiede che si faccia un richiamo a tutti i criteri indicati dall'art. 133 c.p., ma ritiene sufficiente che il giudice citi quelli, tra questi elementi, che hanno avuto un ruolo determinante nella decisione.

³²⁰ Cfr. ad esempio Cass., sez. III, 13 marzo 1989, in *Cass. pen.* 1990, I, 1061: «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». Tale indirizzo risulta avallato anche recentemente: «La specifica e dettagliata motivazione in ordine

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 sanzione³²¹.

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 una motivazione completa, tale da giustificare tutte le scelte compiute dal provvedimento giurisdizionale. Si tratta peraltro di prese di posizione nettamente minoritarie³²², dalle quali la giurisprudenza di merito si mantiene lontana. Infatti, soprattutto nelle

alla quantità di pena irrogata, specie in relazione alle diminuzioni o aumenti per circostanze, è necessaria soltanto se la pena sia di gran lunga superiore alla misura media di quella edittale, potendo altrimenti essere sufficienti a dare conto dell'impiego dei criteri di cui all'art. 133 c.p. le espressioni del tipo: "pena congrua", "pena equa" o "congruo aumento", come pure il richiamo alla gravità del reato o alla capacità a delinquere» (Cass. pen., sez. II, 26 giugno 2009, n. 36245). 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. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, cit., 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. Più recentemente, cfr. Cass., sez. I, 18 novembre 2014, n. 8560, che sembra attenuare ulteriormente l'obbligo motivazionale: «In tema di reati puniti alternativamente con la pena detentiva o pecuniaria, la scelta del giudice di applicare la meno grave sanzione pecuniaria, anche se in misura superiore a quella media tra il minimo e il massimo edittale, deve ritenersi sufficientemente giustificata dalla qualificazione di essa come "congrua" o "equa" e dal mero richiamo alle circostanze ove la rilevanza di queste, in relazione alla gravità del reato ed alla capacità a delinquere del reo, risultino già desumibili dal complesso della motivazione».

³²¹ Questo soprattutto quando il giudice si trovi ad applicare, oltre alle norme sulla commisurazione, anche quelle sul concorso di reati. Così ad esempio Cass., Sez. I, 27 novembre 1989, n. 1059: «Poiché è peraltro inesigibile, di fronte ad una gamma di discrezionalità tanto vasta quale quella affidata al giudice di merito dal combinato disposto degli artt. 132, 133 ed 81 c.p., una motivazione che spieghi le ragioni delle differenze tra l'entità della pena concretamente prescelta ed un'altra di poco inferiore (o eventualmente superiore), 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».

³²² Ad es., Cass., Sez. II, 23 maggio 1997, in *Dir. pen. proc.* 1997, 947.

sentenze dei giudici di primo grado, l'obbligo di motivazione è sovente eluso³²³, e la tendenza prevalente è quella di applicare una pena corrispondente o molto vicina al minimo edittale, al fine di rimediare in via curiale alle troppo rigide scelte sanzionatorie del legislatore³²⁴.

Dal quadro così dipinto, in conclusione, emerge la plausibilità di quegli studi di psicologia giudiziaria che sostengono come la scelta discrezionale del giudice non riesca mai a scollarsi da valutazioni di tipo emotivo, morale ed intuitivo³²⁵.

3.2. Particolarità relative alla pena pecuniaria

La commisurazione della pena pecuniaria merita una brevissima considerazione a sé. Considerato che tale pena colpisce un bene molto disomogeneo, vale a dire il patrimonio, in aggiunta ai criteri di cui all'art. 133 c.p., l'art. 133 *bis* c.p. prevede l'ulteriore criterio delle *condizioni economiche del reo*³²⁶.

In assenza di indicazioni legislative sui criteri cui ricorrere per valutare tali condizioni, gli interpreti hanno suggerito che il giudice debba in primo luogo tener

³²³ 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 della 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. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, cit., 63 ss.

³²⁴ Osservano 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». G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 802.

³²⁵ Cfr. G. MANNOZZI, *La commisurazione giudiziale*, cit., 1240-1. Un altro enorme fattore condizionante sarebbe quello delle «proprietà dei numeri»: alcune ricerche americane hanno dimostrato come i giudici tendano a preferire «fasce» di numeri rispetto ad altre, senza possibilità intermedie, e con singolari condizionamenti legati ai multipli. Cfr. *ibidem*, 1241-4.

³²⁶ L'articolo 133-*bis* è stato introdotto dalla legge n. 689/1981. Disattendendo le pressioni dottrinali che richiedevano l'apertura del sistema italiano alla commisurazione per tassi giornalieri, il legislatore del 1981 ha scelto di inserire solamente il criterio aggiuntivo della capacità economica. Cfr. *supra*, cap. I, 3.2 e 3.3.

conto del reddito del soggetto al momento della condanna³²⁷.

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 solamente dei beni patrimoniali di valore superiore alla media³²⁸. Tuttavia, la giurisprudenza più recente pare orientata in senso contrario, valorizzando proprio il patrimonio³²⁹. In uno Stato ad alta evasione fiscale come l'Italia, peraltro, rimane irrisolto il problema dell'accertamento delle condizioni economiche³³⁰.

Da ultimo, ulteriori dubbi interpretativi si schiudono leggendo il secondo comma dell'art. 133 *bis* c.p., secondo cui il giudice può, ove lo ritenga opportuno, aumentare fino al triplo o diminuire fino ad un terzo la multa e l'ammenda quando, considerate le condizioni economiche, ritenga che la misura massima sia inefficace ovvero che la misura minima sia eccessivamente gravosa. Entrambe queste valutazioni sono molto difficili, in quanto strettamente dipendenti da fattori soggettivi e psicologici legati alla percezione della vita e dei valori del reo³³¹.

3.3. Aspetti problematici relativi alla 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 dovrà valutare la sussistenza di circostanze, aggravanti o attenuanti. La relativa applicazione avverrà secondo il

³²⁷ Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. cit.*, 597.

³²⁸ Cfr. L. GOISIS, *La pena pecuniaria*, cit., 51-52.

³²⁹ Cfr. Cass., sez. I, 4 novembre 2004, n. 45482.

³³⁰ Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. cit.*, 598-9. Le difficoltà di accertamento del reddito sembrano essere il vero motivo per cui in Italia non si è passati ad un metodo di commisurazione della pena pecuniaria per tassi giornalieri secondo M. PAVARINI, B. GUAZZALOCA, *Corso di diritto penitenziario*, cit., 42.

³³¹ Cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, 810. Definisce così l'ambito di applicazione della norma Cass., sez. VI, 26 novembre 2010, n. 43444: «poiché la circostanza attenuante prevista dall'art. 133/bis c.p., può trovare applicazione solo in caso di manifesta sproporzione per eccessiva gravosità della sanzione pecuniaria rispetto alle capacità economiche del soggetto, tale eccessiva gravosità deve comportare una vera e propria impossibilità o quanto meno una estrema difficoltà a soddisfare la pena pecuniaria inflitta, che faccia apparire questa meritevole di riduzione» Conf. Cass., Sez. IV, 12 maggio 1994, n. 5484.

complesso meccanismo descritto dagli artt. 63-69 c.p.³³².

Non è questa la sede per effettuare un tentativo di definizione di tale istituto, la cui *ratio* si ravvisa nell'esigenza costituzionale di adeguare la pena al caso concreto, tenendo conto di elementi oggettivi e soggettivi, nonché di fattori estranei (o temporalmente successivi) al reato³³³.

Volendo concentrarsi solo sugli aspetti più problematici, vale la pena di cominciare dal c.d. divieto di doppia valutazione, secondo cui 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. L'operazione, tuttavia, è resa difficoltosa dalla parziale coincidenza che talvolta si verifica tra il contenuto delle circostanze e quello dei parametri di cui all'art. 133 c.p., così che per il giudice di fatto è difficile evitare il divieto di *ne bis in idem* sostanziale³³⁴.

Un secondo, rilevante, problema, si ha con riferimento alle circostanze c.d. ad effetto comune, in presenza delle quali la legge prevede che la variazione della pena sia «fino ad un terzo»³³⁵. In assenza di un criterio legislativo che orienti il giudice, con il tempo si sono cristallizzate due teorie contrapposte: a chi ritiene che gli effetti modificativi concreti vadano commisurati con gli stessi criteri di cui all'art. 133 c.p. si ribatte che una tale operazione comporterebbe (nuovamente) un rischio di doppia valutazione. Quindi, occorrerebbe tenere conto del peso concreto della singola

³³² Cfr. E. VENAFRO, *Artt. 63-67 e Art. 69*, nonché B. ROMANO, *Art. 68*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, Tomo I, VI Ed., Milano, 2014, 533 ss.

³³³ Ed, in effetti, la definizione della natura delle circostanze è molto controversa: in generale, si osserva che le stesse non rappresentano elementi costitutivi del reato, e possono essere definite come situazioni, inerenti al reato o alla persona del colpevole, che presuppongono la sussistenza nel caso concreto di una fattispecie di reato e si limitano ad incidere sul quantum di pena, aumentandola o diminuendola. Sul punto cfr., per tutti, A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, Padova, 2000, *passim* e, per quanto riguarda la funzione delle circostanze, 581 ss. La presenza di questi elementi accidentali chiamati circostanze è una particolarità tutta italiana: per accenni comparatistici cfr. A. MANNA, *Circostanze del reato*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. VI, Roma, 1993, 1 ss.

³³⁴ In presenza di due elementi coincidenti, il giudice dovrebbe considerare solo quello previsto dalla circostanza, senza prenderlo in esame al momento della commisurazione in senso stretto. Questa soluzione, informata al principio di specialità delle circostanze sui parametri di cui all'art. 133 c.p., non viene tuttavia sempre accolta dalla giurisprudenza. Cfr. E. VENAFRO, *Art. 63*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, cit., 535.

³³⁵ Più precisamente, in presenza di una sola circostanza aggravante comune la pena che dovrebbe essere inflitta per il reato commesso è aumentata fino ad un terzo (art. 64 c.p.), mentre la diminuzione di pena dovuta a seguito dell'accertamento della presenza di una attenuante comune non deve eccedere un terzo (art. 65, co. I., n. 3, c.p., che detta anche una disciplina particolare per l'ergastolo, da sostituirsi con la reclusione da venti a ventiquattro anni).

circostanza in senso assoluto³³⁶. Tuttavia, appare evidente come anche questa operazione si presti a subire l'influenza della personale opinione del giudice in materia di finalità punitive.

Un ulteriore momento di forte discrezionalità affiora nel caso di concorso tra circostanze, disciplinato dall'art. 69 c.p. Sostanzialmente, qualora concorrano più circostanze di segno opposto, il giudice può decidere se considerarle quali equivalenti (nel qual caso esse si annulleranno a vicenda), oppure se dare prevalenza alle circostanze di un determinato segno³³⁷. In mancanza di più precise indicazioni, l'applicazione dell'istituto rimane quindi completamente affidata all'organo decidente, il quale dovrà effettuare una valutazione in concreto³³⁸ ed orientarsi a *criteri di equità* pur senza sottostare, di fatto, ad alcun legame, e godendo di una discrezionalità amplissima, e sottratta al controllo di legittimità della Cassazione³³⁹. Essa si traduce in una vera e propria «sovranità del caso concreto»³⁴⁰. L'obbligo di motivazione, del resto, ne esce ancora una volta molto svilito³⁴¹.

Una quarta criticità, sempre collegata al meccanismo del bilanciamento, riguarda la citata possibilità di annullamento delle circostanze di segno opposto, se ritenute equivalenti. Tale operazione, lungi dal consentire di valorizzare gli elementi più significativi del fatto, si traduce in un appiattimento delle particolarità (positive e negative) di quest'ultimo ed inoltre richiede che vengano confrontati degli elementi profondamente eterogenei³⁴².

Un ulteriore aspetto problematico è sollevato dal caso in cui il giudice si trovi a bilanciare circostanze che comportano *ex lege* un aumento «secco» di pena: in tal

³³⁶ Cfr. A. MELCHIONDA, *Circostanze del reato (voce)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. II, Milano, 2006, 903.

³³⁷ Più nel dettaglio, cfr. E. VENAFRO, *Art. 69*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, cit., 544 ss.

³³⁸ Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 506-7.

³³⁹ Cfr. A. MANNA, *Circostanze del reato*, in *Enc. giur. Trecc.*, cit., 8.

³⁴⁰ P. NUVOLONE, *Pena (dir. pen.)*, in *op. cit.*, 7911. La discrezionalità del giudice trova la sua *massima espansione* nel concorso di circostanze, in particolare se si tratta di circostanze eterogenee. Cfr. E. DOLCINI, *Potere discrezionale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXIV, Milano, 1985, 765 ss.

³⁴¹ Cfr. E. VENAFRO, *Art. 69*, in *op. cit.*, 550. Conferma un consolidato e risalente orientamento, da ultimo, Cass., sez. III, 22 ottobre 2015, n. 44633: «Le statuizioni relative al giudizio di comparazione tra opposte circostanze, implicando una valutazione discrezionale tipica del giudizio di merito, sfuggono al sindacato di legittimità qualora non siano frutto di mero arbitrio o di ragionamento illogico e siano sorrette da sufficiente motivazione; tale deve ritenersi quella che per giustificare la soluzione dell'equivalenza si sia limitata a considerarla la più idonea a realizzare l'adeguatezza della pena irrogata in concreto».

³⁴² Cfr. E. DOLCINI, *Potere discrezionale (dir. proc. pen.)*, in *op. cit.*, 766.

caso, si crea una sorta di scarto fra la pena per il reato «a circostanze compensate» e quella del reato circostanziato, con l'esclusione di possibilità intermedie. Tale fenomeno limita fortemente la linea lungo la quale si muove la discrezionalità del giudice, che diviene discontinua, aprendo così una sorta di «buco nero» nella scala delle possibili scelte sanzionatorie³⁴³.

In conclusione, messo alla prova dei fatti, il procedimento di commisurazione non riesce a superare le sue contraddizioni interne. Si comprende dunque per quale motivo si ritenga che non raramente il giudice compia il procedimento opposto a quello richiesto dal codice, partendo dalla pena che ritiene giusta e ricostruendo a ritroso il procedimento commisurativo³⁴⁴.

4. Alcuni momenti di esercizio della discrezionalità da parte del tribunale di sorveglianza.

Dalla necessità costituzionale che il condannato possa fruire di un percorso individualizzato di esecuzione della pena derivano due conseguenze: da un lato, l'esecuzione della pena deve essere flessibile. Dall'altro, e quale ulteriore corollario, alla magistratura di sorveglianza deve essere concessa una grande discrezionalità³⁴⁵. Da questo deriva, peraltro, la natura prevalentemente giurisprudenziale (per giunta molto disomogenea) del diritto dell'esecuzione penale³⁴⁶.

³⁴³ Cfr. D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 521: «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». Questo fenomeno, che crea dei buchi neri nella scala delle possibili scelte sanzionatorie, si acuisce ancora di più nel momento in cui esso si verifichi nell'ambito della scelta del rito c.d. abbreviato, che consente a sua volta di diminuire di un terzo la pena che il giudice avrebbe inflitto, confermando così la teoria (già esposta *supra*) che i riti processuali alternativi hanno inferto un colpo fatale ai criteri finalistici e fattuali di commisurazione della pena (cfr. *ibidem*).

³⁴⁴ Così, A. MELCHIONDA, *Circostanze del reato (voce)*, in *op. cit.*, 903. Conf., D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 477.

³⁴⁵ In tale ottica, compete al giudizio del magistrato «l'adeguamento caso per caso del trattamento sanzionatorio alle caratteristiche personologiche dell'autore», soprattutto per quanto riguarda le decisioni relative alle misure alternative alla detenzione. Cfr. F. PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, cit., 99 ss. In forza dei vari meccanismi premiali che caratterizzano l'esecuzione, quindi, la pena può essere più breve o più mite, ma anche più lunga (ad es., nel caso in cui alcuni benefici vengano revocati retroattivamente), come chiarisce M. PAVARINI, *Introduzione al sistema sanzionatorio*, in *op. cit.*, 478 ss.

³⁴⁶ Cfr. M. PAVARINI, *Introduzione al sistema sanzionatorio*, in *op. cit.*, 480-2, il quale evidenzia peraltro come in questo ambito la Cassazione non sia mai riuscita a fornire delle linee guida chiare ed univoche ai diversi tribunali di sorveglianza. Tuttavia, la responsabilità del fenomeno non è solo dei giudici, ma principalmente del legislatore, che ha modificato l'ordinamento penitenziario in modo così contraddittorio da lasciare largo spazio alle diverse interpretazioni giurisprudenziali.

Proprio nella fase esecutiva, invero, si gioca la fase più cruda della partita sulla tenuta del sistema: la realtà carceraria mette ogni giorno alla prova il reale funzionamento delle norme più garantiste dell'ordinamento penitenziario, mentre cerca di resistere alle spinte aggressive di politica e *mass media* che spesso auspicano una mera neutralizzazione dei condannati, soprattutto se appartenenti a talune fasce marginali della società³⁴⁷.

Nei punti successivi, a titolo meramente esemplificativo, si cercherà brevemente di isolare alcuni dei momenti nei quali il magistrato o il tribunale di sorveglianza sono chiamati ad effettuare una valutazione discrezionale, vincolata a criteri positivi quantomeno ambigui e fortemente influenzati da elementi extragiuridici³⁴⁸.

4.1. Il differimento dell'esecuzione della pena

Il codice penale prevede due distinte ipotesi nelle quali il tribunale di sorveglianza³⁴⁹ può decidere di sospendere l'esecuzione della pena diversa da quella pecuniaria: l'art. 146 c.p. prevede il rinvio obbligatorio della pena³⁵⁰; il successivo art. 147 tratta invece di quello facoltativo.

È in questo secondo caso che l'organo giudicante gode di un maggiore potere discrezionale: una volta accertata la situazione di fatto che potrebbe legittimare il differimento (presentazione di domanda di grazia, grave infermità fisica e condannata madre di prole di età inferiore ai tre anni), nonché l'assenza del pericolo

³⁴⁷ Cfr. C. E. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte Costituzionale: conferme e aspettative*, in *op. cit.*, 172-173.

³⁴⁸ Per brevità, l'analisi non prenderà in considerazione le vicende esecutive dei condannati affetti da HIV o da AIDS conclamata, i quali beneficiano di un regime particolare, né quella dei condannati «caduti in infermità psichica durante l'esecuzione della sanzione penale», anch'essi destinatari di disposizioni *ad hoc*.

³⁴⁹ La competenza del tribunale di sorveglianza in materia si deriva dall'art. 684 c.p.p.

³⁵⁰ L'art. 146 c.p. prevede, quali ipotesi di rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena, i casi, di facile individuazione, in cui la condannata sia una donna incinta o madre di infante di età inferiore ad anni uno (sempre che siano rispettati gli ulteriori requisiti di cui al secondo comma dell'art. 146 c.p., cfr. M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 223-4.). Beneficiano inoltre della sospensione obbligatoria le persone affette da AIDS conclamata o da altra grave deficienza immunitaria ed i malati gravi e terminali. Rimane oscuro se anche i malati di AIDS debbano essere giunti o meno ad uno stadio terminale. Cfr. M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 225. Per una raccolta dei vari orientamenti giurisprudenziali sull'interpretazione del requisito delle gravi condizioni di salute cfr. F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, Milano, 2013, 9-10 e 12-15.

che il beneficiario commetta dei reati, esso *può* sospendere la pena³⁵¹.

Come facilmente intuibile, l'accertamento della grave infermità fisica del condannato fa emergere profili problematici. La giurisprudenza di legittimità fornisce una interpretazione restrittiva di tale requisito: se non deve ancora corrispondere ad una malattia in stadio terminale (perché in tale caso si applicherebbe l'art. 146 c.p.) la grave infermità deve comunque rivestire caratteri di serietà tali da essere oggettivamente incompatibile con la detenzione carceraria³⁵². Non mancano, tuttavia, pronunce che prescindono da tale ultimo aspetto³⁵³.

Il giudizio richiede di prendere in considerazione l'eventuale contrasto con il senso di umanità della permanenza in prigione ed il rispetto del costituzionale diritto alla salute³⁵⁴. Tuttavia, occorre che la sofferenza prodotta dalla detenzione del malato sia di particolare intensità, quindi aggiuntiva rispetto a quella ontologicamente connaturata alla detenzione carceraria³⁵⁵, a nulla rilevando, di per sé, che si tratti di una malattia cronica o inguaribile³⁵⁶. Come noto, condizioni di detenzione contrarie al senso di umanità a causa del sovraffollamento carcerario non giustificano l'applicazione della norma in questione³⁵⁷.

³⁵¹ Per un inquadramento più preciso del contenuto dell'art. 147 cfr. F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, cit., 17 ss. La parte della norma relativa alle detenute madri è stata modificata da ultimo dalla l. 40/2001, che sostanzialmente ha alzato da uno a tre anni l'età del figlio.

³⁵² Cfr. Cass., sez. I, 4 luglio 2008, n. 27313: «Deve rilevare (...) questa Corte come sia già consolidata la giurisprudenza di legittimità secondo cui anche a fronte di patologia sicuramente grave (...) non si imponga né rinvio obbligato per ragioni di salute, né detenzione domiciliare, anche in casa di cura, ove la situazione patologica in atto sia congruamente fronteggiabile in ambiente carcerario e ciò non contrasti con il basilare senso di umanità e consenta il normale regime trattamentale». Più recentemente, sempre in senso restrittivo, cfr. Cass., sez. I, 5 marzo 2014, n. 37216: «il grave stato di salute va inteso come patologia implicante un serio pericolo per la vita o la probabilità di altre rilevanti conseguenze dannose, eliminabili o procrastinabili con cure o trattamenti tali da non poter essere praticati in regime di detenzione inframuraria, neppure mediante ricovero in ospedali civili o in altri luoghi esterni di cura».

³⁵³ Ad es., Cass., sez. I, 355 del 1999 richiede di fare riferimento solo alla gravità della malattia e non all'eventuale incompatibilità dello stato patologico con la permanenza in carcere. Conf. Cass., sez. I, 3046 del 1997.

³⁵⁴ Cfr. E. BURZI, *Infermità fisica, infermità psichica ed esecuzione della pena. Nota a Cass. Sez. I, 27 maggio 2008, n. 26806*, in *Giur. it.*, 2009, 945.

³⁵⁵ Cfr. per ampli riferimenti giurisprudenziali, F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, cit., 22-25.

³⁵⁶ Questo orientamento, consolidato fino alla metà degli anni Novanta (cfr. ad es. Cass., sez. I, 10 gennaio 1994 ed altre citate da F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, cit., 25), sembra essere sconfessato da pronunce più recenti, che, insieme ad altri fattori, come ad esempio l'età, valorizzano anche il carattere cronico della malattia (es. Cassazione penale, sez. I, 4 febbraio 2010, n. 8100, Cass., sez. I, 24 novembre 2010, n. 43488).

³⁵⁷ Cfr. C. Cost., sent. 279 del 22 novembre 2013, in *Giur. cost.*, 2013, 4530, già menzionata ai precedenti punti 1.2. e 2.1.2 del presente capitolo.

Inoltre, trattandosi di un'ipotesi eccezionale, il differimento *ex art.* 147 c.p. può essere concesso solo ove non sia possibile l'applicazione di una misura alternativa (soprattutto della detenzione domiciliare, che prevede gli stessi presupposti)³⁵⁸: in questo caso, il criterio di scelta dovrà essere la maggiore idoneità a favorire la rieducazione del condannato³⁵⁹. In assenza di un dato legislativo in tal senso tuttavia, la giurisprudenza si è limitata a riconoscere ampia discrezionalità al giudice, il quale dovrà semplicemente attenersi a criteri di ragionevolezza³⁶⁰.

In mancanza di dati statistici aventi per oggetto la percentuale di accoglimento delle istanze *ex art.* 147 c.p., è difficile dare un contorno definito all'utilizzo del predetto potere discrezionale. Esso pare riflettersi non tanto sull'opportunità o meno di concedere il differimento in presenza dei requisiti richiesti, quanto piuttosto sulla loro definizione, che viene piegata in funzione del risultato che si persegue. Uno studio sugli effetti della legge 40 del 2001 sulla tutela delle detenute madri (che ha modificato gli artt. 146 e 147 c.p.), invece, evidenzia come la legge non sia di fatto riuscita ad assicurare una piena protezione della maternità, soprattutto perché le nuove norme riguardano solo le detenute condannate ed in taluni casi il rischio di recidiva della condannata preclude l'accesso alle misure di favore³⁶¹.

4.2. «Comportamento (del reo) tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento»

In presenza di determinati presupposti (di fatto, l'avvenuta espiazione di una quota consistente della pena detentiva e, ove possibile, l'adempimento delle

³⁵⁸ Cfr. M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 227-8. *Contra*, tuttavia, E. BURZI, *Infermità fisica, infermità psichica ed esecuzione della pena*, cit., 947, secondo la quale l'indirizzo giurisprudenziale prevalente (sconfessato in realtà dalle decisioni più recenti) richiederebbe invece una valutazione caso per caso.

³⁵⁹ Così che la detenzione domiciliare andrà preferita alla sospensione tutte le volte in cui le condizioni del condannato non siano tali da escludere radicalmente qualsiasi possibilità risocializzativa (come ad esempio nel caso di gravi patologie cognitive). Cfr. F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, cit., 40.

³⁶⁰ Cfr. F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, cit., 41.

³⁶¹ Cfr. CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Risoluzione del 27 luglio 2006*, in www.csm.it, consultato il 10 gennaio 2015, 5: «La fondamentale tutela della maternità quale dichiarato obiettivo della legge n. 40 del 2001 non riceve, dunque, nella fascia di età compresa tra i tre ed i dieci anni della prole, una regolamentazione adeguata ad escludere ogni possibile contrasto tra le esigenze del sistema penale ed il diritto, di sicuro rilievo costituzionale, del minore ad uno sviluppo psichico armonico ed equilibrato garantito, soprattutto in determinate fasce di età, dalla presenza insostituibile della madre».

obbligazioni civili derivanti dal reato), l'art. 176 c.p. consente al condannato che abbia dato prova del suo ravvedimento di richiedere l'ammissione alla liberazione condizionale³⁶².

Anche in questo caso vengono in rilievo due profili: da un lato, la definizione di «comprovato ravvedimento» del reo. Dall'altro, la natura della discrezionalità del tribunale di sorveglianza, che secondo la legge «può» concedere il beneficio in oggetto.

Quanto al ravvedimento del reo, si discute se lo stesso debba o meno coincidere con la sua risocializzazione, soprattutto facendo leva sull'argomento che la norma del codice penale è precedente alla Costituzione, e che era nata quale strumento premiale pensato per gestire ordine e disciplina all'interno degli stabilimenti penitenziari³⁶³. Tuttavia, in una delle numerose pronunce con le quali si è occupata dell'istituto, la Corte Costituzionale vi ha ravvisato invece l'attuazione *ante litteram* del principio rieducativo³⁶⁴, finendo per dare all'istituto una vocazione esclusivamente specialpreventiva e rieducativa: in tal senso, al ravvedimento coincidono da un lato l'avvenuta risocializzazione del reo e dall'altro l'assenza di pericolosità sociale³⁶⁵. Quanto agli elementi da cui desumere il ravvedimento, inoltre,

³⁶² Per un commento dettagliato dell'art. 176 c.p., cfr. L. C. VOLINO, *Art. 176*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, Tomo I, VI Ed., Milano, 2014, 1175 ss. Se ottiene la liberazione condizionale, il soggetto sarà sottoposto al regime di libertà vigilata (cfr. artt. 177 e 230, n. 2, c.p.) per tutto il tempo corrispondente all'espiazione della pena residua. La libertà vigilata comprende normalmente obblighi di presentazione periodica all'Autorità di P.S. e l'osservanza di prescrizioni.

³⁶³ Cfr. M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 290.

³⁶⁴ Cfr. C. Cost., 25 maggio 1989, n. 282, punto 5 del *considerato in diritto*: «La liberazione condizionale, (...) nel costituire, come pure è vero, attuazione, *ante litteram*, dei principi espressi dall'art. 27, terzo comma, Cost. (oltre a realizzare la finalità rieducativa della pena, la liberazione condizionale rende «più umana» la stessa pena, evitando al condannato la parte centrale o finale della detenzione, cioè la fase più inumanamente afflittiva di quest'ultima) impedisce che la finalità specialpreventiva, come è stato osservato in dottrina, vada oltre il suo scopo: diviene, infatti, inutile la prosecuzione dell'esecuzione della pena detentiva quando il condannato si dimostri sicuramente ravveduto. Con la liberazione condizionale la funzione rieducativa della pena prevale, dunque, ai sensi, oggi, dell'art. 27, terzo comma, Cost., sull'esigenza retribuzionistica».

³⁶⁵ Al fine della prova del ravvedimento è richiesto un *quid pluris* rispetto alla mera osservanza della disciplina carceraria, come ad esempio interessamento per la vittima o per i suoi parenti, sforzi per una riparazione del danno (anche in senso più ampio rispetto a quanto richiesto dal terzo comma dell'art. 176), comportamento particolarmente solidale ed altruista, tenuto ad esempio durante l'eventuale lavoro esterno. Inoltre, la probabilità che il soggetto non compirà altri reati dovrà avvicinarsi alla certezza. Cfr., per un riassunto della giurisprudenza, F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, cit., 52-54. Sebbene l'orientamento giurisprudenziale nettamente prevalente non richieda che al ravvedimento corrisponda anche l'«interiore adesione ai valori espressi dall'assetto normativo-istituzionale o l'effettiva, sembra recentemente seguire un indirizzo più moralizzante Cass., sez. I, 11 luglio 2014, n. 45042: «In tema di liberazione condizionale, la nozione di «ravvedimento» implica la realizzazione, da parte del condannato, di comportamenti oggettivi dai

la giurisprudenza cita le relazioni degli organi carcerari di osservazione del comportamento del condannato, oltre ai rapporti con i famigliari e con gli altri detenuti³⁶⁶.

La decisione del tribunale di sorveglianza in ordine alla concessione del beneficio, invece, è ritenuta sostanzialmente vincolata al positivo accertamento del ravvedimento, tanto che la Corte Costituzionale sin dal 1974 ha identificato un vero e proprio diritto soggettivo del condannato ravveduto alla liberazione³⁶⁷. Proprio su questa considerazione si innesta una critica: nelle condizioni carcerarie attuali, è di fatto impossibile pensare che un detenuto possa non solo cominciare un percorso rieducativo, ma pure portarlo integralmente a termine. Quindi, parte della letteratura auspica una lettura della norma che tenga conto solo dei suoi presupposti oggettivi³⁶⁸.

Anche nel caso della liberazione condizionale, mancano dati statistici che riescano a descrivere l'utilizzo effettivo dell'istituto³⁶⁹. Si ritiene che il relativo campo di applicazione sia stato progressivamente eroso dall'affidamento in prova, misura che con il tempo ha assunto gli stessi requisiti³⁷⁰.

Tuttavia, l'aspetto più problematico della liberazione condizionale è sicuramente, nel panorama italiano, la sua preclusione nei confronti dei condannati

quali desumere la netta scelta di revisione critica operata rispetto al proprio passato, che parta dal riconoscimento degli errori commessi e aderisca a nuovi modelli di vita socialmente accettati».

³⁶⁶ Cfr. Cass., sez. I, 4 ottobre 1991, Cass., sez. I, 2 ottobre 1991, n. 2906. In questo caso, la partita si gioca tutta sull'attendibilità e la cura con cui vengono preparate le relazioni di osservazione della personalità richieste dall'art. 13 o.p. e dall'art. 37 del D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, il c.d. regolamento penitenziario. Su questo, cfr. F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, cit., 246-7.

³⁶⁷ Cfr. C. Cost., 4 luglio 1974, n. 204. Successivamente, sulla stessa scia anche la citata C. Cost., 25 maggio 1989, n. 282, punto 8. del *considerato in diritto*: «Va, invero, in primo luogo, precisato che essere ammessi alla liberazione condizionale costituisce, per il condannato che si trovi nella situazione prevista dall'art. 176, primo comma, c.p. (...) diritto e non graziosa concessione od effetto d'ingiustificata rinuncia (condizionata) dello Stato all'ulteriore esecuzione della pena detentiva inflitta con la sentenza di condanna. (...) Non v'è dubbio, pertanto, che, una volta accertato che il condannato versa nelle condizioni di cui al primo comma dell'art. 176 c.p. (e, in particolare, "abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento") essendo venuta a mancare la "ragione" della pena detentiva, il Tribunale di sorveglianza ha il dovere, esperite tutte le formalità relative, di porre il condannato (e quest'ultimo ha il diritto di esser posto) nello stato di libertà condizionale.»

³⁶⁸ E, quindi, della durata della pena espiata e dell'adempimento delle obbligazioni civili derivanti da reato. «L'alternativa, infatti, sarebbe la ricerca di un effetto rieducativo che, verosimilmente, non si produce mai, o tutt'al più si produce indipendentemente dalla pena», così che la decisione in ordine alla concessione del diritto al beneficio diverrebbe sostanzialmente arbitraria. Così L. C. VOLINO, *Art. 176*, in *op. cit.*, 1179.

³⁶⁹ Cfr. A. DELLA BELLA, *L'esperienza italiana*, in *Sovraffollamento carcerario e alternative alla detenzione: esperienze europee a confronto. Atti del Convegno (Università di Milano, 16 ottobre 2014)*, in www.penalcontemporaneo.it, 5 marzo 2015, 13.

³⁷⁰ Così M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 250.

all'ergastolo c.d. ostativo (vale a dire, ai condannati per i delitti di cui all'art. 4 bis o.p. non collaboranti con la giustizia). In tale situazione, è molto diffusa la denuncia della palese violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost.³⁷¹.

4.3. «Rieducazione del reo» ai fini dell'affidamento in prova al servizio sociale.

Come suggerisce la parola stessa, le misure alternative alla detenzione furono introdotte dal nuovo ordinamento penitenziario quali istituti che dovevano fungere da tramite tra la detenzione carceraria ed un pieno e responsabile ritorno in libertà. In sostanza, qualora l'osservazione della personalità del recluso avesse fatto ritenere che la finalità risocializzativa avrebbe potuto essere ottenuta anche attraverso il ricorso ad una misura alternativa, il magistrato di sorveglianza poteva disporre la semilibertà (art. 48 o.p.) ovvero l'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 o.p.)³⁷². Per quanto riguarda quest'ultima misura, una modifica successiva al nuovo ordinamento penitenziario eliminò il requisito dell'osservazione carceraria della personalità, rendendo possibile la sua concessione sulla sola base del comportamento del soggetto successivo alla commissione del reato³⁷³.

L'affidamento in prova rappresenta l'unica vera alternativa alla detenzione, perché consente al soggetto di vivere integralmente fuori dal carcere, attenendosi a determinate prescrizioni (anche a contenuto negativo, come divieti) e mantenendo uno stretto contatto con l'ufficio di esecuzione penale esterna (U.E.P.E.)³⁷⁴.

Inizialmente, essa era prevista quale alternativa alla «pena detentiva inflitta»

³⁷¹ La questione è ampiamente dibattuta. Per un sintetico inquadramento della questione (e per ulteriori riferimenti bibliografici) cfr., fra i tanti, il recente contributo di F. DE MINICIS, *Ergastolo ostativo: un automatismo da rimuovere*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 1269 ss.

³⁷² Al contrario, la detenzione domiciliare fu inserita nell'ordinamento penitenziario solo in un secondo momento (legge 663/1986) con una vocazione maggiormente umanitaria, volta a risparmiare il carcere a soggetti (condannati a pene detentive brevi) in particolari condizioni, soprattutto di salute. Quanto, più specificamente, all'affidamento in prova, oggetto del presente paragrafo, cfr. F. BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una «nuova» politica criminale*, in AA. VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1977, 380 ss., il quale descrive il processo legislativo che portò alla riforma del 1975 e vaglia l'istituto alla luce del principio costituzionale di rieducazione, evidenziando sin da allora (la riforma era appena entrata in vigore) le contraddizioni che la storia avrebbe poi confermato.

³⁷³ A ben vedere, le modifiche furono due: con la legge 297/1985 il periodo di osservazione carceraria della personalità fu ridotto da tre ad un mese, mentre con la legge 165/1998 la misura divenne concedibile anche senza previa detenzione. Cfr. M. CANEPA, S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 248-9.

³⁷⁴ Così anche A. DELLA BELLA, *Il ruolo dell'affidamento in prova nella crisi di certezza e di effettività della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1492 ss.

fino a tre anni, ma recenti modifiche legislative hanno innalzato tale requisito, nel tentativo di allargare l'uso dell'istituto in ossequio alla nota finalità deflattiva delle presenze in carcere³⁷⁵. Inoltre, un turbolento fiume di interpretazioni giurisprudenziali ha esteso il limite di tre anni alla pena *residua*, depurata dalla custodia cautelare e dalla parte di pena non espiabile perché sottoposta a cause estintive³⁷⁶.

Volendo limitarsi ai profili problematici, uno di questi riguarda il requisito dell'osservazione collegiale della personalità: le scarse risorse economiche e di personale rendono molto difficile il lavoro dei soggetti preposti ad attuarla, oltre al fatto che il termine mensile, benché introdotto a favore dei condannati a pene brevissime, non è sufficiente per un giudizio completo³⁷⁷.

In secondo luogo, l'affidamento in prova segna uno dei punti più bassi dell'esercizio della discrezionalità da parte della magistratura di sorveglianza: una totale disattesa del dato normativo ha portato di fatto ad un automatismo nella relativa concessione, lontano da qualsiasi finalità special-preventiva e con intento meramente deflattivo della popolazione carceraria³⁷⁸.

Una terza, significativa questione deriva dalla difficoltà pratica del controllo del rispetto delle prescrizioni da parte dei probandi e, ove previsto, dall'effettiva attuazione di interventi di sostegno, il quale si scontra con una cronica mancanza di personale³⁷⁹. Per queste ragioni, l'affidamento è stato definito una misura

³⁷⁵ Con la recente l. 146/2013 è stato inserito nell'art. 47 o.p. un co. III *bis* il quale prevede l'affidamento in prova c.d. «allargato» (pena, anche residua, non superiore a quattro anni), nonché l'applicabilità della misura in via provvisoria. Cfr. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 104-8.

³⁷⁶ Sulle discrepanze interpretative del termine «pena inflitta», come pure sulle oscillazioni giurisprudenziali (confermate dall'interpretazione autentica fornita dalla legge 356/1992, art. 14 *bis*) che portano a ritenere che, oggi, la misura sia fruibile da parte di tutti i condannati (esclusi gli ergastolani) quale beneficio concedibile anche nella fase terminale della esecuzione cfr. A. PRESUTTI, *Art. 47*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *op. cit.*, 508-510.

³⁷⁷ Cfr. A. PRESUTTI, *Art. 47*, in *op. cit.*, 512-3. Più radicalmente, è stato osservato che l'ambiente carcerario è «artificiale» e di per sé inadatto ad una genuina osservazione della personalità. Per questo motivo, in altri ordinamenti ricerche analoghe vengono compiute sulla base di dati ricavati dallo stile di vita, amicizie e lavoro del condannato prima del suo ingresso in carcere. Cfr. F. BRICOLA, *Le misure alternative alla pena*, in *op. cit.*, 395-6.

³⁷⁸ Parlava a tal proposito di «progressivo svuotamento di contenuti delle misure» E. DOLCINI, *Le misure alternative oggi, alternative alla detenzione o alternative alla pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 871 ss.

³⁷⁹ Cfr. E. DOLCINI, *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale*, cit., 106-7 e F. DELLA CASA, *Misure alternative ed effettività della pena*, in *op. cit.*, 96-8, il quale cita esemplarmente il caso che alcuni tribunali di sorveglianza cercarono di rimediare alle carenze di organico ordinando che gli assistenti sociali avessero contatti solo telefonici con i probandi.

sostanzialmente vuota, priva sia del suo originario contenuto rieducativo sia di un eventuale contenuto afflittivo, talvolta richiesto come contrappeso a fronte dell'enorme allargamento applicativo degli ultimi anni³⁸⁰.

Ad ogni buon conto, tale misura ha avuto buone percentuali di concessione nella prassi, anche se si registra un certo regresso rispetto ai primi anni del 2000, epoca in cui essa raggiunse il suo apice applicativo³⁸¹. Nel momento attuale, il reale utilizzo dell'affidamento è ora lasciato all'esito delle recenti riforme, ancora tutto da valutare.

5. Conclusione parziale

Questo capitolo ha cercato di prendere in considerazione, seppure molto brevemente, l'andamento del diritto sanzionatorio italiano, con particolare attenzione per le sue più recenti evoluzioni. Il confronto tra dettato normativo, interpretazione giurisprudenziale e prassi, seppure sommariamente effettuato, consente di isolare i problemi principali che affliggono la fase dell'inflizione e quella dell'applicazione della pena.

La commisurazione della pena in senso stretto appare slegata da qualsiasi tipo di controllo: la rigidità dell'impianto sanzionatorio originario del codice, sempre

³⁸⁰ Un aumento del contenuto prescrittivo della misura è stato richiesto in particolare quando la stessa viene applicata agli esponenti della criminalità economica, per definizione socialmente «iperintegrati» e quindi non bisognosi di nessun intervento «risocializzativo». Cfr. A. PRESUTTI, *Art. 47*, in *op. cit.*, 528-31. Tuttavia, il panorama legislativo preclude in realtà un irrigidimento in tal senso. Così F. DELLA CASA, *Misure alternative ed effettività della pena*, in *op. cit.*, 94-5.

³⁸¹ Analizza i dati dal 1991 al 2003 E. DOLCINI, *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale*, cit., 103-5, il quale evidenzia come in tale lasso di tempo il numero dei provvedimenti di ammissione all'affidamento fosse aumentato del 408%. I dati statistici forniti dal DAP prendono in considerazione tutte le forme di affidamento in prova, comprese le ipotesi «speciali» di affidamento di tossicodipendenti o alcooldipendenti. Ad ogni buon conto, alla fine del 2003 risultavano beneficiare della misura 26.000 persone, mentre al 30 giugno 2014 la cifra era scesa a 20.000 soggetti. Ciò significava che solo il 17,4% delle condanne a pena detentiva veniva eseguito in regime di misura alternativa (cfr. A. DELLA BELLA, *La situazione italiana*, cit., 12). Al 31 dicembre 2015, il dato diminuisce ancora: «solo» 12.096 persone risultano beneficiare dell'affidamento in prova. Se da un lato la ragione della diminuzione va ravvisata nell'esistenza di alternative più convenienti per i condannati (soprattutto la detenzione domiciliare «allargata»), rimane il dato di fatto di una progressiva disapplicazione dell'istituto, tanto che pare avverarsi quanto profetizzato all'indomani della riforma dell'ordinamento penitenziario: da buon istituto indulgenziale travestito da rieducativo, l'affidamento in prova è stato largamente utilizzato in momenti di «pace sociale», ma si è atrofizzato quando le esigenze di sicurezza e controllo (ad esempio, dettate dall'aumento del numero di stranieri in carcere, o da leggi quali la *ex-Cirielli*) hanno preso il sopravvento. Così F. BRICOLA, *Le misure alternative alla pena*, cit., 400-1.

accentuata dalle successive riforme legislative, viene sistematicamente smussata da una prassi commisurativa appiattita sul minimo edittale³⁸².

Due considerazioni disincantate consentono di attenuare la tragicità di questa affermazione: da un lato, probabilmente è giunto il momento di prendere atto del fatto che l'operazione attraverso la quale il giudice cerca una corrispondenza tra gravità del reato e pena giusta sarà sempre, per buona parte, «indecidibile» ed «inqualificabile»³⁸³.

D'altro canto, trattandosi di una pratica piuttosto diffusa nei tribunali, pare quasi potersi provocatoriamente affermare che, per lo meno, essa non presenta problemi di compatibilità con il principio di uguaglianza. Tuttavia, non è scongiurato il pericolo che, di fronte a fatti di particolare allarme sociale, anche a causa di pressioni esterne, il giudice sia portato ad applicare pene esemplari, operazione che egli può legittimamente compiere rimanendo all'interno della cornice edittale.

Con questo non si vuole negare, tuttavia, che il calcolo dell'«incalcolabile» debba sottostare ad alcune norme, in modo (almeno) da arginare il rischio di incoerenza³⁸⁴.

Le misure alternative alla detenzione e la sospensione condizionale della pena, pensate quali rimedi contro le pene detentive di breve durata, risultano di fatto applicate anche a reati di media gravità quale conseguenza di due fattori: da un lato, progressive riforme legislative mosse unicamente da finalità deflative. Dall'altro, la scelta di riti processuali speciali consente diminuzioni piuttosto significative della pena legale.

Soprattutto in fase esecutiva, dunque, il vero diritto di riferimento è quello giurisprudenziale. Istituti discrezionali come il differimento facoltativo dell'esecuzione della pena di cui all'art. 147 c.p. sono stati trasformati dalla giurisprudenza in un vero e proprio «diritto soggettivo», mentre istituti connotati da una finalità rieducativa, come l'affidamento in prova, si riducono ad un cumulo di prescrizioni standardizzate il cui rispetto non verrà controllato da nessuno.

³⁸² Allude ad una silenziosa complicità del legislatore nel consentire tale operazione E. DOLCINI, *Potere discrezionale (dir. proc. pen.)*, in *op. cit.*, 767-8.

³⁸³ Cfr. G. MANNOZZI, *La commisurazione giudiziale: la vicenda sanzionatoria dalla previsione legislativa alla prassi applicativa*, cit., 1265. Conf. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 473: «L'idea della pena giusta è un mito».

³⁸⁴ Cfr. G. MANNOZZI, *ult. op. cit.*, 1265.

Questo scollamento tra diritto scritto e *law in action* si avverte ancora di più all'interno dell'istituzione carceraria il cui superamento, come in un circolo vizioso, ha portato all'effetto opposto³⁸⁵. Si è solo potuto accennare al fatto che l'attuazione di un percorso rieducativo viene pregiudicata già in principio dalla difficoltà di definizione del concetto stesso di rieducazione. Se si aggiungono la mancanza di personale ed il sovraffollamento il quadro è completo.

In tale prospettiva, le preoccupazioni principali non sorgono dalla mancanza di certezza della pena, fisiologica e necessaria, quanto piuttosto dal quadro normativo nebuloso, dalle mancanze di coordinamento, da prescrizioni sancite miseramente solo «sulla carta».

Nella parte finale del presente lavoro ci si chiederà come un tale quadro potrà conciliarsi con esigenze sovranazionali di «interscambio» e circolazione delle sentenze di condanna... e degli stessi condannati.

³⁸⁵ Esprime bene il concetto G. TAMBURINO, *Diritto penale e diritto penitenziario. Integrazione e distacco*, in *Rass. pen. crimin.*, 2014, 20-24, il quale sostiene che rispetto al diritto penale, il diritto dell'esecuzione della pena rappresenta come un ramo che si distacca dal tronco: esso, infatti, risponde a logiche diverse e dà maggiore risalto al soggetto rispetto al fatto da questo commesso. Allo stesso tempo, però, il diritto penitenziario rappresenta anche il «coronamento del diritto penale, la più vera e completa realizzazione del diritto penale» (*ibidem*, 24), perché gli spetta il nobile compito di realizzare la finalità della pena.

CAPITOLO II

CAPITOLO TERZO

INFLIZIONE ED ESECUZIONE DELLA PENA IN GERMANIA

1. Dalla teoria alla pratica. Riflesso del dibattito attuale sulla pena sull'ordinamento tedesco

1.1. Variazioni sul tema della Vereinigungstheorie.

Per quanto riguarda la discussione intorno agli scopi della pena, come si è visto, nel diritto tedesco è attualmente diffusa la «teoria dell'unificazione», che cerca di conciliare tra loro le principali finalità punitive nella consapevolezza che, di fatto, la pena ricopre contemporaneamente diverse funzioni: esigenze di prevenzione speciale e di un'esecuzione della pena orientata all'individuo si dividono il campo con la prevenzione generale, che funge da barriera contro un'eccessiva diffusione della scelta di non punire¹. Si tratta, in sostanza, di un sistema di pesi e contrappesi volto a dare un volto umano e razionale al complesso delle sanzioni penali². A fronte di una visione oscillante della pena da parte della giurisprudenza, la dottrina ha teorizzato diverse «combinazioni» delle teorie tradizionali, alcune delle quali riconoscono prevalenza alla retribuzione, altre alla prevenzione³.

¹ Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 75-76 e 743.

² Cfr. H. ZIPF, D. DÖLLING, *Die Rechtsfolgen der Tat*, in R. MAURACH, K.-H. GÖSSEL, H. ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. 2, VIII. Aufl., Heidelberg, 2014, 691-4.

³ Distingue tra *vergeltende e präventive Vereinigungstheorien* C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, cit., 83, il quale tuttavia critica le teorie riunificatrici (in particolare, quelle assimilate dal «Progetto 1962», sul quale cfr. T. VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco*, cit., 329) che si limitano a cumulare al loro interno tutti gli scopi della pena, perché esse in realtà si contraddicono tra di loro ed anziché superare le critiche cui ciascuna di esse è sottoposta finiscono per moltiplicarle. Cfr. *ID.*, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, cit., 381.

1.1.1. Il dato normativo

Come accennato, nel diritto positivo risulta attualmente scolpita una teoria riunificatrice che sintetizza un rapporto equilibrato tra retribuzione per la colpevolezza, prevenzione generale e prevenzione speciale⁴.

Se, da un lato, quest'ultima è stata potenziata in particolare attraverso la seconda riforma del diritto penale del 1975⁵, che ha ristretto il campo di applicazione della pena detentiva, prevedendo al suo posto l'applicazione di sanzioni sostitutive, il principio della necessaria corrispondenza tra pena e colpevolezza per il fatto non è mai stato messo davvero in discussione⁶. Altri istituti caratterizzati dalla predilezione di finalità special-preventive sono, nello *StGB*, la possibilità giudiziale di non infliggere la pena in caso di riuscita della *Wiedergutmachung*⁷, la limitazione delle pene detentive di durata inferiore ai sei mesi a soli casi eccezionali (§ 47 *StGB*), un largo utilizzo della sospensione condizionale della pena (§§ 56-56g) e della sospensione del residuo di pena (§ 57, 57a), l'ammonimento con riserva di pena (§§ 59-59c) e l'introduzione del sistema commisurativo della pena pecuniaria secondo tassi giornalieri⁸.

Il compromesso tra le varie teorie è ben riconoscibile nella struttura del § 46 *StGB*, dedicato alla commisurazione della pena. Qui, sulla base di una concezione di colpevolezza orientata in senso garantistico della libertà del singolo, la retribuzione per il fatto e la prevenzione speciale mantengono una stretta correlazione⁹.

⁴ Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 78 e C. ROXIN, *Strafrecht AT*, cit., 84.

⁵ Per una sintesi degli interventi riformatori sul sistema sanzionatorio cfr. M. KUBINK, *Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel*, Berlin, 2001, 468 ss. Più dettagliato W. HEINZ, *Strafrechtsreform und Sanktionentwicklung*, in *ZStW*, 1982, 632, il quale tra i primi maneggia alcuni dati statistici per verificare l'impatto delle riforme.

⁶ Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 743: «das Prinzip, daß die Sanktion in einer angemessenen Relation zur Tatschuld stehe und insgesamt dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen muß, [ist] nie in Frage gestellt worden».

⁷ Sempre che il fatto sia punito con la pena detentiva non superiore ad un anno o con la pena pecuniaria fino a 360 tassi giornalieri, come previsto dal § 46a *StGB*.

⁸ Anche il sistema di commisurazione per tassi giornalieri fu introdotto dalla 2. *StrRG*, entrata in vigore il 1.1.1975. Cfr. H. J. ALBRECHT, § 40, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, H.J. PAEFFGEN (a cura di), *Strafgesetzbuch*, Bd. 1, II. Aufl., Baden-Baden, 2005, 1355.

⁹ Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 77-8. Il § 46 *StGB*, già menzionato *supra*, sub 1.4., prevede che il criterio per la commisurazione della pena sia la «*Schuld des Täters*» ma chiede al giudice di prendere in considerazione anche «*Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind*». Per un'analisi delle criticità del sistema, cfr. *infra*, punto 3.

Proprio dal punto di vista del suo potenziale di garanzia lo *Schuldausgleich* guadagna importanza per la legittimazione della pena, pur non potendo esso rappresentare, in uno stato moderno, lo scopo unico di quest'ultima¹⁰.

Infine, fatta eccezione per alcuni paragrafi nei quali si parla della difesa dell'ordine giuridico della società¹¹, la prevenzione generale non viene espressamente menzionata quale scopo della pena. Tuttavia, si ritiene che essa sia implicita in una concezione della pena giustamente commisurata alla colpevolezza del reo, perché solo una pena concepita dai consociati quale giusta può avere un'efficacia deterrente che vada al di là del mero «terrore per la punizione» in una direzione di aderenza alla legittimità del contenuto del divieto e così di *Normbestätigung*¹². Inoltre, proprio nel fatto che la legge consenta di soprassedere alla pena solo in casi particolari si legge il desiderio di evitare che la validità delle norme venga messa in discussione, con conseguente incentivo alla loro violazione¹³.

La finalità rieducativa trova un sicuro appiglio costituzionale nei primi due articoli della Legge Fondamentale tedesca (art. 1 GG che introduce il principio superiore della dignità dell'uomo ed art. 2 sul diritto al libero svolgimento della sua

¹⁰ Ed in effetti, motivi di stampo specialpreventivo possono giustificare anche l'inflizione di una pena inferiore alla colpevolezza, come ad esempio nel caso di sospensione condizionale della pena o liberazione condizionale. Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 77. Per alcuni chiarimenti sul concetto di colpevolezza nel diritto penale tedesco cfr. G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, cit., 307 ss. In tale ambito, importanza fondamentale riveste la sentenza *BVerfGE* 20, 323 del 25 ottobre 1966, la quale riconosce rango costituzionale al principio di colpevolezza, uno dei fondamenti dello stato sociale, Rn 30: «*Dem Grundsatz, daß jede Strafe - ... - Schuld voraussetze, kommt verfassungsrechtlicher Rang zu. Er ist im Rechtsstaatsprinzip begründet.*»), deducibile anche dagli articoli 1 e 2 GG quale *Verfassungsgewohnheitsrecht*. Tuttavia, rimane ancora aperta la questione del riconoscimento costituzionale anche del già menzionato divieto che la pena superi la misura della colpevolezza. Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht, AT*, cit., 92, il quale cita *BVerfG*, 50, 5 (12), secondo cui la pena inflitta non può eccedere la colpevolezza dell'autore, dovendo porsi in un giusto rapporto con la gravità del fatto.

¹¹ *Verteidigung der Rechtsordnung*, che giustifica il sacrificio di esigenze specialpreventive nelle ipotesi previste dai §§ 47 I (pena detentiva inferiore ai 6 mesi, che può essere comminata solo in casi particolari), 56 III (caso di non sospensione della pena della reclusione fino a sei mesi) e 59 I n. 3 (ammonimento con riserva di pena) *StGB*: in questi casi, il legislatore esclude particolari trattamenti favorevoli per il reo nel caso in cui l'inflizione di una sanzione più grave è appunto imposta per la difesa dell'ordine giuridico. Le interpretazioni di tale concetto sono molteplici: si va dalla necessità di conservare il senso di consapevolezza della giustizia nei consociati fino alla conferma della capacità dello stato di garantire la difesa dei beni giuridici. Inoltre, soprattutto nel caso del § 47 *StGB*, la difesa dell'ordine giuridico potrebbe richiedere l'inflizione di una pena detentiva di breve durata, notoriamente negativa per il condannato, qualora il giudice dovesse ritenere che la norma violata rischia di non essere presa seriamente dai consociati, ed il comportamento criminoso è esposto al rischio di emulazione. Così F. STRENG, § 47, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, H.J. PAEFFGEN (a cura di), *Strafgesetzbuch*, Bd. 1, cit., 1511.

¹² Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *op. cit.*, 78.

¹³ Cfr. *ibidem*, 744.

personalità) quale espressione dei principi generali dello stato sociale di diritto (art. 20 GG)¹⁴.

Dal riconoscimento dell'importanza della rieducazione, unito alla consapevolezza che la reclusione carceraria tendenzialmente non giova al reinserimento sociale del condannato, deriva la scelta legislativa di considerare il carcere quale *extrema ratio* e di potenziare al contempo altri tipi di sanzioni penali non detentive¹⁵.

Infine, l'imperativo della risocializzazione domina nettamente la fase dell'esecuzione della pena, come emerge chiaramente dal § 2 della *StVollzG* del 1976, benché non manchi un pensiero alla sicurezza della collettività¹⁶. Tuttavia, considerato che il tipo di trattamento riservato al condannato, (e la relativa apertura verso le misure rieducative) dipende in grande misura dalla durata della pena originariamente inflitta, in realtà anche la fase esecutiva risulta enormemente influenzata dalla decisione del giudice di cognizione¹⁷. Inoltre, dopo l'attribuzione ai *Länder* della potestà legislativa nell'ambito dell'esecuzione penale, l'indirizzo normativo è divenuto più variegato, e la rieducazione ha in parte perduto la sua supremazia¹⁸.

1.1.2. Il dibattito dottrinale

Abbandonato per la maggior parte il favore esclusivo verso la rieducazione tipico degli anni Settanta del secolo scorso, il panorama dottrinale ha conosciuto un ritorno alla retribuzione, mentre anche la prevenzione generale integratrice è riuscita a ricavarsi uno spazio significativo¹⁹. Piuttosto costante, in questo quadro, la

¹⁴ Cfr. H. HOFMANN, *Art. 1*, in B. SCHMIDT-BLEIBTREU, H. HOFMANN, H.-G. HENNEKE, *GG Kommentar*, XII. Aufl., Köln, 2014, 154-5.

¹⁵ Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *op. cit.*, 743.

¹⁶ Cfr. il § 2 *StVollzG*, il quale unisce appunto la finalità di rendere il condannato capace di vivere senza ricadere nel reato con quella della protezione della collettività dal delitto. Quest'ultimo riferimento a «*dem Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten*» è stato aggiunto solo verso la fine della procedura di approvazione legislativa. Cfr. W. NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, X. Aufl., Neuwied, Kriftel, 2002, 30-1.

¹⁷ Ravvisa quindi di fatto un rapporto di sudditanza delle esigenze specialpreventive rispetto a quelle generalpreventive F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 26, alla luce del fatto che proprio la fase della commisurazione giudiziale della pena è quella che riesce meno a sottrarsi all'esigenza di prevenzione generale.

¹⁸ Su questo cfr. *infra*, 4.2.1.

¹⁹ Così W. NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, cit., 30-1. Mossi dalla fiducia nella rieducazione, tipica degli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso, i professori che redassero l'*Alternativentwurf*

definizione della pena quale male, espressione di un rimprovero sociale non privo di connotati eticizzanti²⁰.

Nella vasta gamma di possibili combinazioni dei fini della pena, le teorie maggiormente orientate verso la retribuzione hanno contaminato questo fine con un riferimento generalpreventivo: in tal senso la pena giusta, perché commisurata alla colpevolezza, è quella che la collettività percepisce come tale, e serve quindi a rinforzare il senso di giustizia insito nei consociati²¹.

La colpevolezza dell'autore (*Täterschuld*) rappresenta, quindi, un fermo punto di orientamento: muovendo dal presupposto del libero arbitrio, la pena appare come un rimprovero sociale individualizzato che scatta nei confronti di chi, potendolo fare perché libero di scegliere, non ha assunto il comportamento che la società avrebbe preteso da lui²². In tale ottica, risulta prevalente la concezione di colpevolezza quale rimproverabilità dell'autore, snodata nei concetti di *Strafbegründungsschuld* (esistenza dei presupposti per muovere un giudizio penale,

per il codice penale del 1966 avevano proposto di inserire, al secondo paragrafo del nuovo codice, la previsione secondo la quale la pena doveva servire alla protezione dei beni giuridici ed al reinserimento sociale del condannato. Tre anni dopo, la Commissione speciale per la riforma del diritto penale decideva di non menzionare espressamente i fini di pene e misure di sicurezza nel nuovo codice penale, ritenendo che qualsiasi convinzione sul punto avrebbe potuto subire modificazioni storiche. Tuttavia, i componenti della commissione riconobbero che la riforma avrebbe dovuto essere informata ai principi della «*wirksame Schutz der Rechtsgüter des einzelnen und der Allgemeinheit, die schuldangemessene und gerechte Beurteilung der Tat des straffällig gewordenen Bürgers und die moderne Ausgestaltung des Sanktionensystems als wirksames Instrument der Kriminalpolitik mit dem Ziel einer Verhütung künftiger Straftaten, vor allem durch Resozialisierung des Straftäters*» (BT-Drucks. 5/4095, Bonn, 1969, 3). In tale ottica, la risocializzazione più che il fine della pena rappresenta l'unico modo per evitare la ricaduta nel reato.

²⁰ Lo nota K. KÜHL, *Die ethisch-moralen Grundlagen des Strafrechts*, in *ZStW*, 2004, 876-7.

²¹ Cfr. F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, cit., 7. I primi tentativi di trovare una mediazione tra teoria retributiva e teoria dello scopo si registrano già quale risultato del citato *Schuldenstreit*. Già all'epoca, infatti, si cercava di ancorare la pena retributiva alla vita reale dei condannati ed alla società, in modo che essa potesse davvero garantire l'ordine giuridico, saziare il desiderio di giustizia dei consociati e garantire la difesa dei beni giuridici. Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 76.

²² Cfr. F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, cit., 8: «*Im Ergebnis versteht man das Schuldurteil so als sozialen Tadel, der ein gesellschaftlich nicht akzeptierbares Verhalten deutlich machen soll*». Chi non accetta del tutto la teoria del libero arbitrio propone la variante del confronto analogico con il comportamento del cittadino medio nella stessa situazione: questa operazione, se aggira il problema (di fatto irrisolvibile) della prova della libertà individuale non appare del tutto convincente, perché finisce per legittimare una punizione non in forza della sua giustizia intrinseca, ma solo quale risultato della contrarietà alle norme di un dato comportamento. Inoltre, il confronto con l'uomo medio non riesce a tenere debitamente conto della colpevolezza del soggetto agente, elemento invece centrale delle teorie retributive. Cfr. *ibidem*, 7-8.

quali imputabilità e conoscibilità del precetto penale²³) e *Strafbemessungsschuld* (colpevolezza rilevante ai fini della commisurazione della pena)²⁴.

Proprio in riferimento alla colpevolezza, le moderne teorie retributive propongono un modello c.d. sociale-funzionale (*sozialer und funktionaler Schuldbegriff*): se la pena commisurata alla colpevolezza mira ad orientare il comportamento del cittadino medio, il diritto penale assolve ad un compito di *guida sociale*²⁵. La colpevolezza intesa in senso sociale è anche *funzionale* a diminuire il generale sconvolgimento nella fiducia delle norme che deriva dalla commissione del reato, perché la punizione del colpevole di fatto conferma la validità delle norme violate²⁶.

Inoltre, la teoria della pena commisurata alla colpevolezza si apprezza anche sotto un profilo garantistico: tradizionalmente essa si limitava alla ricerca della mera equivalenza tra pena e danno cagionato e preveniva così indebiti interventi sulla libertà e sulla dignità del singolo. Tuttavia, tale concezione non teneva in nessun conto i motivi che avevano spinto il soggetto ad agire, né forniva alcuna indicazione relativa alla quantificazione della pena stessa. Per porre rimedio a queste aporie, la variante più moderna di tale teoria pone un limite: sono legittimi solo gli interventi punitivi limitati ai fatti e necessari per confermare la validità delle norme violate²⁷.

²³ Cfr. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 429 ss.

²⁴ Cfr. *ibidem*, 404.

²⁵ Per una indicazione bibliografica relativamente ai sostenitori del *sozialer Schuldbegriff* cfr. F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 9 (nota 35).

²⁶ «Danach ist diejenige Strafe gerecht, welche die durch eine Straftat bewirkte Erschütterung des Normvertrauens entschärfen kann». F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 9. Questa teoria viene criticata da chi sostiene che così la componente retributiva verrebbe di fatto completamente soppiantata dalle esigenze generalpreventive. Inoltre, essa non riesce a definire sufficientemente il concetto di colpevolezza, che rimane privo di contenuto pur essendo l'aspetto centrale sul quale si fonda il diritto punitivo dello Stato a differenza delle misure di sicurezza, le quali prescindono dalle indagini sulla colpevolezza per concentrarsi sulla pericolosità dell'autore. Cfr. F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 9-10. Limitarsi ad affermare, come fatto da Jakobs, che la colpevolezza costituirebbe un «*Derivat der Generalprävention*» il cui scopo sarebbe appunto confermare la validità della norma violata appare fallace nel momento in cui omette una valutazione di valore della colpevolezza stessa. L'esame della colpevolezza dev'essere più profondo, il suo fondamento va rinvenuto nel desiderio del singolo cittadino di vedere confermata la validità delle norme e dell'ordine giuridico che le stesse rappresentano. In tal senso, il giudizio sulla colpevolezza assume una dimensione preventivo-funzionale: esso assolve al ruolo di confermare il senso di giustizia dei cittadini e di annientare eventuali desideri di vendetta privata. L'aspetto preventivo della pena consiste dunque nella persecuzione del consenso sociale, il quale tuttavia rimane un concetto evanescente e di fatto affidato alla sensibilità di colui che, di volta in volta, dovrà prendere una decisione. Così F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 10-11.

²⁷ «Die funktionalen und auch die sozialen Schuldlehren thematisieren die limitierte, nämlich tatbezogene Entstehung von Strafbedürfnissen bzw. Verantwortungszuschreibungen und legitimieren

Per quanto riguarda le *Vereinigungstheorien* che invece prediligono l'aspetto della prevenzione, anche in questo caso occorre distinguere tra quelle maggiormente orientate verso la prevenzione generale e quelle specialpreventive.

Le prime, che nascono come noto dall'idea di deterrenza attraverso la «paura» della pena (*Abschreckung*), si sono evolute nella prevenzione generale integratrice (la quale cerca di diminuire la criminalità aumentando l'adesione del cittadino alla norma e la condivisione del contenuto del divieto: in tal senso, alla punizione del delinquente corrisponde in senso positivo la conferma della validità della norma violata)²⁸. Secondo orientamenti più recenti, gli effetti integratori non rappresenterebbero lo scopo precipuo della pena, ma solo una delle sue conseguenze collaterali²⁹. Compito della pena, ad esempio nella teoria elaborata da Jakobs, non è tanto la protezione dei beni giuridici, quanto piuttosto la conferma della validità delle norme violate³⁰.

Sotto il secondo profilo, tutte le varianti della prevenzione speciale presentano aspetti problematici: nessuna di queste, invero, riesce a fornire un'indicazione relativa al *quantum* della pena da irrogare³¹: riemerge quindi l'imprescindibile necessità di ricorrere alla colpevolezza quale limite al potere punitivo statale. Peraltro, anche la prevenzione generale può essere apprezzata in un'accezione garantistica: ove la si intenda in senso integratore, essa preclude il

die zur Normbestätigung notwendigen, nicht aber die verzichtbaren oder gar sozialschädlichen Strafbedürfnisse» F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 12.

²⁸ Per una ricostruzione storica dell'evoluzione delle teorie della prevenzione generale cfr. J. C. MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, Frankfurt a. M., 1998. 19-44, il quale nelle pagine successive analizza e critica diffusamente le teorie generalpreventive elaborate da Andenaes (50-2), Jakobs (57-69) ed Hassemer (69-80). Più sintetico e risalente il contributo di H. MÜLLER-DIETZ, *Integrationsprävention und Strafrecht*, in T. VOGLER (a cura di), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, Bd. II, Berlin, 1985, 813.

²⁹ «Die Stärkung der Rechtstreue und die Förderung der Normakzeptanz wird daher heute mit Recht als neben der Spezialprävention entscheidend wichtige Aufgabe jeder Sanktionsverhängung angesehen». H. ZIPF, D. DÖLLING, *Die Rechtsfolgen der Tat*, in R. MAURACH, K.-H. GÖSSEL, H. ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. 2, VIII. Aufl., Heidelberg, 2014, 690.

³⁰ Cfr. G. JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin et al., II. Aufl. 1993, 10: «Aufgabe der Strafe ist die Erhaltung der Norm als Orientierungsmuster für sozialen Kontakt. Inhalt der Strafe ist ein auf Kosten des Normbrechens erfolgreicher Widerspruch gegen die Desavouierung der Norm», e ancora «Die Strafe gleicht den Normbruch aus» (*ibidem*, 19).

³¹ Del resto, la ricerca empirica ha dimostrato che semplicemente la circostanza che un fatto sia punito ha un'efficacia deterrente, a prescindere dalla durezza della sanzione, mentre è impossibile misurare il livello di riaffermazione della validità della norma violata in un'ottica di prevenzione generale integratrice. Così H. SCHÖCH, *Empirische Grundlagen der Generalprävention*, in T. VOGLER (a cura di), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, Bd. II, cit., 1098.

ricorso a punizioni dettate dal sentimento e non da una razionale necessità di *Normbestätigung*³².

Tra le più recenti teorie giustificative della pena, inoltre, è il caso di menzionare anche quelle che sostengono che essa sia finalizzata al mantenimento della pace collettiva (*Sicherung gesellschaftlichen Friedens*) ovvero a formalizzare il controllo sociale (*Formalisierung sozialer Kontrolle*), tenendo così a bada i desideri di vendetta privata. Tuttavia, queste due teorie si mostrano insufficienti nella misura in cui non riescono a dare conto delle ragioni profonde che legittimano il potere punitivo, limitandosi di fatto a descrivere uno degli effetti della pena³³.

Merita maggiore attenzione, anche alla luce del crescente spazio legislativo concessole, l'idea secondo la quale lo scopo della pena andrebbe ravvisato nella riparazione, quindi nel soddisfacimento dei bisogni risarcitori delle vittime (*Genugtuung des Opfers*). Come si è visto, tuttavia, pensare che la riparazione sia l'unico scopo della pena rischia di minare il fondamento stesso dello stato democratico di diritto, che si fonda sulla pubblicizzazione dei desideri privati di vendetta. La pretesa delle vittime di ottenere una riparazione trova una doppia giustificazione, perché essa non solo le aiuta a superare il trauma derivato dall'aver subito un reato, ma rappresenta anche un vero e proprio diritto che le stesse si sono guadagnate nel momento in cui, sottoscrivendo fittiziamente il contratto sociale, hanno rinunciato alla vendetta privata³⁴.

Infine, la prevenzione speciale si spiega positivamente nell'ideale della risocializzazione del condannato³⁵, che viene in rilievo sia quale unico fine, perseguito da sanzioni corredate da misure trattamentali di vario genere, tutte finalizzate all'aiuto ed al miglioramento del condannato, sia quale fine secondario in negativo delle sanzioni inflitte per altri scopi (compensazione della colpevolezza, deterrenza), le quali normalmente mirano almeno a non spiegare effetti *desocializzanti*. In tale ottica, la risocializzazione appare un aspetto irrinunciabile di

³² Cfr. F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 14-15.

³³ Cfr. *ibidem*, 15-16.

³⁴ Cfr. *ibidem*, 16.

³⁵ Non verranno approfonditi in questa sede i dibattiti relativi alla prevenzione speciale negativa, normalmente identificata da un lato con la neutralizzazione del condannato attraverso le *Maßregeln der Besserung und Sicherung*, e dall'altro con la privazione della libertà personale del condannato per la sicurezza generale della società. Inoltre, una componente preventiva speciale si ravvisa anche nell'effetto di *Abschreckung* che inevitabilmente subisce il singolo nel momento in cui gli viene inflitta la pena. Così F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 18.

tutte le teorie della pena, delle quali rappresenta un *ethisch begründbares Korrektiv*³⁶.

Tra gli studiosi più attenti al problema della risocializzazione è attualmente diffusa una visione molto critica nei confronti dell'istituzione carceraria; soprattutto perché i rischi che la stessa lasci indelebili effetti negativi sulla persona del condannato superano di gran lunga le probabilità che lo stesso acquisisca gli strumenti per un pieno reinserimento nella società³⁷.

In conclusione, dalle discussioni qui brevemente ripercorse emerge che le teorie fondate sulla retribuzione per la colpevolezza e quelle preventive si pongono in un rapporto di tensione fra loro³⁸. La valutazione della colpevolezza assume quindi un ruolo fondamentale nelle teorie della pena, anche nel caso in cui esse rimangano orientate al futuro: solo una pena commisurata secondo la colpevolezza e percepita come giusta può confermare l'ordine di valori che sta alla base del sentimento di giustizia, ed evitare che il condannato si senta trattato ingiustamente³⁹.

³⁶ Ciò vale soprattutto con riguardo al concetto sociale e funzionale di colpevolezza. Cfr. F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 18.

³⁷ Alcuni degli argomenti più forti sulla criticità dell'istituzione carceraria sono evidenziati, in modo molto chiaro, da B. MAELICKE, *Das Knastdilemma*, München, 2015. L'opera è particolarmente interessante perché rappresenta il tentativo di un accademico di comunicare, attraverso un libro che nelle intenzioni originarie di autore ed editore doveva diventare un *best seller* (cosa che poi non accadde), tutti i problemi personali, sociali e famigliari che derivano dalla reclusione carceraria. La trasmissione di contenuti tecnici (soprattutto giuridici e criminologici) al grande pubblico in tono divulgativo si spiega con la volontà, apertamente dichiarata dal Prof. MAELICKE in occasione delle presentazioni del libro, di contrastare la richiesta popolare e populista di pene più lunghe e più severe. Lo stesso autore dell'opera ha redatto, insieme ai colleghi professori H. CORNEL, F. DÜNKEL E B.-R. SONNEN, un progetto di legge sulla risocializzazione, destinato a regolare il ritorno in società attraverso misure diverse dalla detenzione carceraria: «§ 1. Anwendungsbereich: Dieses Gesetz regelt die Hilfen zur Wiedereingliederung Straffälliger in die Gesellschaft (Resozialisierung) durch nicht-freiheitsentziehende Maßnahmen». Destinatari di questi aiuti alla risocializzazione sono soggetti a vario titolo definiti «*Probanden*»: accusati minorenni e c.d. giovani adulti, imputati, condannati a pena sospesa o in regime di liberazione condizionale e soggetti appena rilasciati dal carcere (cfr. § 4 *ResGEntw*). Cfr. B. MAELICKE (a cura di), *Erster Diskussionsentwurf eines Landesresozialisierungsgesetzes*, 10.2.2014, in <http://www.institut-sozialwirtschaft.de>, consultato il 6.1.2015.

³⁸ Si parla al proposito *Antinomie der Strafzwecke*, risolvibile solo attraverso un saldo attaccamento alla misura della colpevolezza. Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 76.

³⁹ Cfr. F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 19, il quale ammette che la conservazione dell'*allgemeines Rechtsgefühl* passa anche attraverso l'inflizione di una pena percepita come giusta dal condannato, ma riconosce importanza prevalente alla prevenzione generale: «*Wichtiger erscheint aber, dass die Limitierungsfunktion der Schuldausgleichstrafe der generalpräventiv-normbegräftigenden Funktion des Strafrechts voll entspricht. Denn Normbegräftigung setzt gerade die auf die einzelne Tat bezogene, normadäquate Limitierung bzw. Dosierung der staatlichen Strafe voraus*». F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 19.

Un'originale rielaborazione delle teorie della pena si deve a Claus Roxin, il quale dal 1966 propone una sua personale *dialektische Vereinigungstheorie*⁴⁰ che, sempre in un'ottica preventiva, trova nella colpevolezza il limite all'esercizio del potere punitivo statale⁴¹. In riferimento ai singoli momenti della pena, l'A. consiglia una *stufenweise Betrachtung*: al legislatore spettano in via primaria considerazioni generalpreventive, perché suo è il compito di stabilire quali siano i beni giuridici meritevoli di tutela in un'ottica di *Normbestätigung* e *generalpräventive Abschreckung*. Egli, inoltre, regola l'esercizio del potere punitivo attraverso la previsione dei criteri di commisurazione della pena e le norme in materia di esecuzione, oltre a provvedere ad una prima pre-valutazione della colpevolezza attraverso la fissazione delle cornici edittali⁴². Le menzionate considerazioni si svolgono a monte, prima ancora della commissione del reato: questo scongiura il pericolo di una strumentalizzazione del reo o di un suo sacrificio in nome di esigenze di deterrenza collettiva⁴³.

Si arriva così alla seconda fase, quella dell'inflizione e commisurazione della pena, nella quale si potrebbe ragionevolmente affacciare il desiderio di riconoscere esigenze generalpreventive. Queste, tuttavia, non farebbero altro che aprire la porta alle tradizionali critiche della strumentalizzazione del reo. Proprio in questa fase emerge l'aspetto peculiare del pensiero roxiniano, che consiste nell'attribuzione di

⁴⁰ La teoria viene esposta per la prima volta nel citato saggio C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Jus*, 1966, 377, e ripresa dall'A. in numerosi contributi successivi, da ultimo nel suo manuale *Strafrecht AT*, cit., 91 ss. Per una chiosa dell'articolo del 1966 e del successivo contributo *ID.*, *Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, in *MSchrKrim*, 1973, 312, cfr. S. MOCCIA, *Pena e colpevolezza nel pensiero di Claus Roxin*, in *Ind. Pen.*, 1981, 155. Il saggio di Roxin si caratterizza per avere integrato considerazioni di ordine dogmatico con concreti spunti di politica criminale, influenzando il profilo dell'approccio metodologico al diritto penale da parte di quella dottrina che ha accolto il concetto di «dommatica intesa quale concretizzazione delle stesse finalità della coercizione». Così F. BRICOLA, *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 3, in particolare 22-25.

⁴¹ Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht AT*, cit., 91, che parla di «*Schuldprinzip als Mittel zur Begrenzung der Strafe*», e specifica: «*Kriminalpolitisch ist die Bindung der Strafhöhe an das Maß der Schuld das liberalste und sozialpsychologisch günstigste Mittel zur Einschränkung der staatlichen Strafgewalt, das bisher gefunden worden ist*» (*ibidem*, 92-3). In sintesi, la teoria è così riassunta: «*Die Strafe dient den Zwecken der Spezial- und Generalprävention. Sie wird in ihrer Höhe durch das Maß der Schuld begrenzt, darf dieses Maß aber unterschreiten, soweit spezialpräventive Bedürfnisse dies notwendig machen und generalpräventive Mindestanforderungen dem nicht entgegenstehen*» (*ibidem*, 95).

⁴² Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht AT*, 92-3. A dire il vero, è molto difficile osservare contemporaneamente, ed in un rapporto equilibrato tra loro, diversi scopi della pena: in uno stesso caso, infatti, esigenze di prevenzione generale potrebbero richiedere l'impiego di una sanzione particolarmente severa, assolutamente controindicata, invece, in un'ottica rieducativa. Il fenomeno, definito «*Antinomie der Strafzwecke*», è descritto da F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 25.

⁴³ Cfr. C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, cit., 383.

importanza centrale alla colpevolezza quale garanzia per la dignità umana del singolo di fronte all'esercizio della potestà punitiva statale⁴⁴. Essa, benché non permetta l'inflizione di una pena che supera la *Maß der Schuld*, permette di rimanere al di sotto di tale livello ove si ritenga di dover dare prevalenza ad istanze specialpreventive⁴⁵.

In terzo luogo, durante l'esecuzione della pena deve essere riconosciuta l'importanza prevalente della finalità rieducativa, senza spazio per l'afflittività fine a se stessa che caratterizza le pene retributive. Tuttavia, proprio per ragioni di coerenza con i principi costituzionali, una pena rieducativa deve rispettare la libertà del singolo, il quale quindi non può essere costretto a partecipare ad un determinato percorso⁴⁶.

Questa teoria, considerata dal suo autore come «l'unica possibile»⁴⁷, fu recepita dall'*Alternativ Entwurf* del 1966⁴⁸ e risulta tuttora riproposta dai manuali⁴⁹.

⁴⁴ Il discorso si distacca dalle teorie retributive. Considerato che l'esistenza del libero arbitrio non può essere provata scientificamente, Roxin si accontenta di stabilire che l'uomo di solito orienta i propri comportamenti secondo la sua volontà, e quindi ha il diritto di essere trattato dallo Stato quale essere libero e capace di colpevolezza. In tale ottica, la colpevolezza diviene un limite all'intervento dello Stato, quindi una garanzia per il cittadino: «*Es ist ein fundamentaler Unterschied, ob man den Schuldgedanken verwendet, um den einzelnen der Gewalt des Staates auszuliefern oder um ihn vor dem Mißbrauch dieser Macht zu bewahren*». C. ROXIN, *Sinn und Grenzen*, cit., 384. E ancora: «*Das Schuldprinzip ist, wenn man es von der Vergeltungstheorie trennt, mit der es meist irrigerweise als unlöslich verbunden angesehen wird, ein rechtsstaatlich unentbehrliches Mittel zur Begrenzung der staatlichen Strafgewalt*» (*ibidem*, 385). Il discorso è approfondito in C. ROXIN, *Strafrecht AT*, cit., 93, dove l'A. si propone inoltre di superare le critiche dei deterministi (che, come noto, attaccano la fondatezza del postulato del libero arbitrio) sulla scorta dell'argomento secondo il quale, nella teoria proposta, lo Stato si limita a considerare l'uomo in linea di principio come libero e responsabile, senza indagare più a fondo la sussistenza o meno di una libertà. La libertà di volere, in tale ottica, servirebbe solo, a sua volta, a limitare l'intervento punitivo statale, ed assumerebbe gli stessi contorni della dignità umana: entrambi, infatti, sono principi di difficile definizione posti dallo Stato a tutela del cittadino (cfr. *ibidem*, 93-4).

⁴⁵ Cfr. Anche in questa fase, un più stretto collegamento tra pena e colpevolezza consente di superare in senso garantistico un'eventuale obiezione relativa ad una strumentalizzazione dell'individuo da parte dello stato. Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht AT*, cit., 94.

⁴⁶ Cfr. C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, cit., 386, che specifica: «*Der Besserungsgedanke wird, wie wir gesehen haben, in derselben Weise durch die Gesamtheit der anderen Prinzipien vor der Gefahren persönlichkeitsvergewaltigender Zwangsanpassung gewahrt*» (*ibidem*, 387).

⁴⁷ Più precisamente: «*Wenn man die Dinge so sieht, ist also das Erfordernis einer präventiver Notwendigkeit der Strafe ebenso wie ihre Begrenzung durch das gerechte Schuldmaß von den staatstheoretischen Grundlagen einer die Menschenrechte achtenden Demokratie vorgezeichnet. Eine Prävention und Gerechtigkeit in der geschilderten Weise verknüpfende ‚Vereinigungstheorie‘ ist (...) die einzig plausible Möglichkeit, die staatliche Strafbefugnis überhaupt ausreichend zu begründen*» (C. ROXIN, *Strafrecht AT*, cit., 96).

⁴⁸ Cfr. S. MOCCIA, *Pena e colpevolezza nel pensiero di Claus Roxin*, cit., 162. Per una sintesi dei contenuti dell'*Alternativ-Entwurf* del 1966 per quanto riguarda la pena cfr. M. KUBINK, *Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel*, Berlin, 2001, 427-30.

Infine, una consistente quota dell'opinione pubblica, per quanto in costante decrescita, manifesta fiducia nella rieducazione quale scopo principale dell'esecuzione penale⁵⁰.

1.1.3. Finalità e natura della pena nella giurisprudenza

In generale, la Corte Costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*) non ha mai assunto una posizione netta sulle finalità della pena, negando che un tale compito rientrasse tra le sue competenze⁵¹. Questo atteggiamento prudente, che si protrae fino a tempi recenti⁵², è stato oggetto di critiche dottrinali, le quali al contrario hanno evidenziato l'importanza di una presa di posizione da parte della Corte in un campo, come il diritto penale, nel quale si verificano significative

⁴⁹ Cfr. F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 25 ss. Critico, invece, W. NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, cit., 49-56, secondo il quale tale teoria sarebbe meramente descrittiva della situazione attuale, e non riuscirebbe a legittimarla. Egli propone quindi di differenziare il fine della pena a seconda della gravità e del tipo di reato commesso, nonché del bene giuridico leso.

⁵⁰ La quota dei cittadini a favore della rieducazione ammontava nel 1975 al 61,2% della popolazione, per poi scendere al 47,5% nel 1987 ed infine al 41,3% nel 1999. Cfr. H. CORNEL, *A. Grundlagen*, in AA.VV., *Resozialisierung. Handbuch*, cit., 32.

⁵¹ Cfr. *BVerfGE* 45, 187 (21 giugno 1977), (253): «Das Bundesverfassungsgericht hat sich wiederholt mit Sinn und Zweck des staatlichen Strafens befaßt, ohne zu den in der Wissenschaft vertretenen Straftheorien grundsätzlich Stellung zu nehmen. (...) es kann nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts sein, den Theorienstreit in der Strafrechtswissenschaft von Verfassungs wegen zu entscheiden. Der Gesetzgeber hat in den Strafrechtsreformgesetzen seit 1969 zu den Strafzwecken ebenfalls nicht abschließend Stellung nehmen wollen und sich mit einer begrenzt offenen Regelung begnügt (...). Das geltende Strafrecht und die Rechtsprechung der deutschen Gerichte folgen weitgehend der sogenannten Vereinigungstheorie, (...) Demgemäß hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung nicht nur den Schuldgrundsatz betont, sondern auch die anderen Strafzwecke anerkannt. Es hat als allgemeine Aufgabe des Strafrechts bezeichnet, die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen. Schuldausgleich, Prävention Resozialisierung des Täters, Sühne und Vergeltung für begangenes Unrecht werden als Aspekte einer angemessenen Strafsanktion bezeichnet (vgl. *BVerfGE* 32, 98; 28, 264)». Tuttavia, nelle righe successive la Corte parla di una «Schuldausgleich- und Sühnefunktion der Strafe» (*ibidem*, 254) Con tale importante pronuncia, il *BVerfG* dichiarò la legittimità costituzionale della pena dell'ergastolo per due ordini di motivi: da un lato, la ricerca scientifica dell'epoca non era riuscita a dimostrare in modo univoco che la detenzione permanente avrebbe comportato danni psicologici irreparabili e permanenti per il condannato. Dall'altro lato, però, il principio dello stato sociale di diritto richiedeva l'introduzione di norme che permettessero anche la sospensione condizionale della pena detentiva perpetua, non essendo sufficienti, a tal fine, le norme sulla grazia. Poco dopo la sentenza, quindi, il legislatore introdusse il § 57a *StGB*, il quale intaccò definitivamente il carattere perpetuo dell'ergastolo. Cfr. H. HOFMANN, *Art. 1*, in *op. cit.*, 155. La conclusione del *BVerfG* del 1977 è analoga a quella di C. Cost., 264/1974 (anch'essa aveva dichiarato la pena dell'ergastolo compatibile con la Costituzione italiana), ma la sentenza tedesca risulta più riccamente motivata.

⁵² Motiva la propria mancata presa di posizione sugli scopi della pena riprendendo quasi letteralmente alcuni argomenti della sentenza sull'ergastolo del 1977 citata alla nota precedente la sentenza del 5 febbraio 2004 in *BVerfGE*, 109, 133 in tema di custodia di sicurezza (*Sicherungsverwahrung*) (cfr. soprattutto la parte relativa alle differenze tra pena detentiva e *Sicherungsverwahrung* sicurezza *BVerfGE*, 109, 173).

aggressioni ai diritti fondamentali⁵³. Tuttavia, le importanti pronunce della Corte in tema di principio di colpevolezza, benché non trattino direttamente dei fini della pena, forniscono, a ben vedere, fondamentali criteri per l'esercizio in concreto del potere punitivo, incidendo profondamente sull'aspetto generale del diritto penale⁵⁴.

Parallelamente, numerose pronunce della Corte si sono occupate del problema della definizione dell'essenza della pena, soprattutto al fine di distinguerla da altri tipi di sanzioni previste dall'ordinamento⁵⁵.

In questo percorso, il *BVerfG* fece ricorso a diversi criteri, quali l'effetto della misura, il suo scopo, il motivo della punizione ed infine la gravità dell'aggressione statale sui diritti fondamentali del singolo. L'*iter* argomentativo seguito fu tuttavia oscillante: in alcune sentenze, il fine precipuo della pena venne individuato nella retribuzione, mentre in altre l'inflizione di un male, ontologicamente connessa alla punizione, fu definita come una caratteristica intrinseca della pena, ma non come il suo scopo. Quest'ultimo, invero, avrebbe dovuto essere individuato nella prevenzione-deterrenza e nella risocializzazione⁵⁶. L'immane accento sulla retribuzione, unito ad un andamento giurisprudenziale incoerente, tennero lontana la Corte dagli indirizzi politico-legislativi prevalenti in quegli anni, segnati dalla fiducia per la rieducazione⁵⁷.

Pur negando che essa possa trovare in sé stessa la sua legittimazione, la Corte continua tuttora a ribadire il carattere negativo e retributivo della pena, benché con

⁵³ Cfr. C. ROXIN, *Strafe und Strafzwecke in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in W. HASSEMER ET AL., *In dubio pro libertate, Festschrift für Klaus Volk*, München, 2009, 607.

⁵⁴ Così sempre C. ROXIN, *ult. op. cit.*, 607-8. Corollario del principio di colpevolezza è l'*Übermaßverbot*, ovvero il divieto che la pena superi il grado della colpevolezza.

⁵⁵ Fino agli anni Settanta, la Corte si occupò di trovare una definizione della pena soprattutto in alcune decisioni aventi ad oggetto la natura, penale o meno, di alcune sanzioni pecuniarie amministrative, del diritto disciplinare militare e del *Fahrverbot* amministrativo (cioè previsto dall'art. 25 del codice della strada, *StVG*, e non dal § 37 *StGB*, il quale tratta del divieto di guida come pena accessoria). Per una lettura molto critica di questa serie di sentenze cfr. K. VOLK, *Der Begriff der Strafe in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *ZStW*, 1971, 419 ss., in particolare 430-1, il quale evidenzia come, in realtà, né il criterio dell'inflizione di un male né quello della retribuzione siano sufficienti a distinguere la sanzione penale da quelle di altro genere.

⁵⁶ Tra le sentenze del primo tipo, cfr. ad esempio, *BVerfGE*, 21, 378 (2 maggio 1967), Rn. 20: «*Die Kriminalstrafe dient neben der Abschreckung und Besserung der Vergeltung*» e, nello stesso anno, *BVerfGE* 21, 391. Pongono invece l'accento sulla retribuzione quale essenza della pena *BVerfGE* 22, 125 (4 luglio 1967): «*Jede Kriminalstrafe ist ihrem Wesen nach Vergeltung durch Zufügung des Strafübels*». Le varie sfumature che caratterizzano le diverse sentenze sono evidenziate da K. VOLK, *Der Begriff der Strafe in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., 405-418.

⁵⁷ Essa si rispecchiò, come già visto, nelle grandi riforme del diritto penale, rispetto alle quali la Corte mantenne un atteggiamento di grande distanza ideologica. Cfr. K. VOLK, *Der Begriff der Strafe in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., 421.

gli anni essa abbia posto maggiormente l'accento sull'aspetto del rimprovero penale quale espressione di un giudizio di disvalore per un comportamento etico-sociale scorretto ed antiggiuridico⁵⁸. Così, il male inflitto all'autore serve a pareggiare la violazione colpevole della norma⁵⁹. Tuttavia, anche un esclusivo riferimento al disvalore etico-sociale del reato pone il fianco a pesanti critiche, fondate sia sul rischio di una commistione tra diritto e morale, sia sulla difficoltà definitoria che da sempre accompagna tali concetti⁶⁰.

In altre occasioni, il *Bundesverfassungsgericht* ha ribadito la necessità costituzionale di una pena sensata e misurata (*sinn- und maßvolle Strafe*), dove per il primo degli aggettivi si comprende la legittimazione del potere punitivo statale attraverso la persecuzione di fini realistici della pena⁶¹. È in tale ottica che viene in rilievo la regola della proporzionalità: a causa del forte impatto delle pene private della libertà personale sul cittadino, esse devono essere inflitte solo quando sussistono dei motivi particolarmente gravi⁶².

Il riferimento al disvalore sociale della condotta penalizzata (*sozialschädliches Verhalten*), inoltre, è stato usato dal tribunale costituzionale anche per riconoscere la validità della prevenzione generale positiva, la quale emerge soprattutto dalle disposizioni che richiedono di prendere in considerazione la

⁵⁸ Si tratta di una tendenza già iniziata negli anni Settanta con *BVerfGE* 22, 49 (79) (6 giugno 1967) e *BVerfGE* 27, 19 (29) (16 luglio 1969) e rafforzatasi a partire dagli anni Novanta. Ad esempio, una delle sentenze sulle uccisioni dei profughi che cercavano di attraversare il confine interno della Germania ricorda: «*Mit der Strafe wird dem Täter ein rechtswidriges sozioethisches Fehlverhalten vorgeworfen*» (*BVerfGE* 95, 96 (140), 24 ottobre 1996). Il concetto di «*sozial-ethisches Unwerturteil*» si ritrova in *BVerfGE* 96, 245 (249) del 9 luglio 1997 ed infine anche in *BVerfGE* 110, 1 (14 gennaio 2004), dove dopo aver comunque affermato che deterrenza e risocializzazione rientrano tra gli scopi della pena, la Corte ricorda: «*Mit der Strafe wird ein rechtswidriges sozial-ethisches Fehlverhalten vergolten. Das dem Täter auferlegte Strafübel soll den schuldhaften Normverstoß ausgleichen; es ist Ausdruck vergeltender Gerechtigkeit*» (*ibidem*, 13). La tendenza eticizzante del *BVerfGE* viene analizzata da K. KÜHL, *Die ethisch-moralischen Grundlagen des Strafrechts*, cit., 879-85, che ravvisa una certa corrispondenza tra il contenuto delle pronunce della Corte Costituzionale tedesca ed alcuni concetti espressi da H.H. JESCHECK nel suo *Lehrbuch des Strafrechts* (con riferimento all'edizione del 1988, precedente a quella presa in esame nella presente opera).

⁵⁹ Cfr. la citata *BVerfGE* 109, 133 (5 febbraio 2004) sulla *Sicherungsverwahrung*, dove la Corte isola i connotati della pena (detentiva): «*Die Strafe ist eine repressive Übelszufügung als Reaktion auf Schuldhaftes Verhalten, die dem Schuldausgleich dient*» (*ibidem*, 173).

⁶⁰ Cfr. C. ROXIN, *Strafe und Strafzwecke in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *op. cit.*, 603-4.

⁶¹ Cf. ad esempio *BVerfGE* 28, 386 (391) del 9 giugno 1970, che parla di «*Verfassungsgebot sinn- und maßvollen Strafen*». Cenni in tal senso anche nella sentenza sulla legittimità dell'ergastolo (*BVerfGE* 45, 187 (254) del 21 giugno 1977).

⁶² Il concetto di pena quale *ultima ratio*, viene talvolta richiamato anche dalla Corte Costituzionale, cfr. ad esempio *BVerfGE* 96, 245 (249) del 9 luglio 1997.

Verteidigung der Rechtsordnung al momento dell'inflizione della pena⁶³. Contemporaneamente, la necessità che la pena sia conforme all'impianto generale della Legge Fondamentale impedisce che la valorizzazione di criteri riconducibili alla prevenzione generale positiva conduca ad un'illegittima strumentalizzazione del singolo condannato⁶⁴. Anche il Tribunale Supremo, *Bundesgerichtshof*, ha avuto occasione di porre l'accento sulla prevenzione generale positiva⁶⁵.

Per quanto riguarda, infine, la rieducazione, va segnalato in prima battuta che molte delle sentenze, sinora citate, hanno marginalmente menzionato la finalità risocializzativa della pena, senza tuttavia riconoscerle troppa importanza⁶⁶.

Un'attenzione particolare per la rieducazione si registra, tuttavia, per quanto riguarda la fase esecutiva: sin dai primi anni Settanta la Corte sottolinea che l'esecuzione penitenziaria deve essere organizzata in modo tale da favorire la risocializzazione del condannato⁶⁷. Dal combinato disposto della parte iniziale del primo comma dell'art. 2 (*Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit*) con l'art. 1 della GG (*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*) inoltre, la Corte ha fatto derivare un vero e proprio «diritto alla risocializzazione», riconoscendo la

⁶³ Cfr. J. C. MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, cit., 45 ss., che evidenzia come il riferimento alla *Verteidigung der Rechtsordnung* richieda al giudice proprio di prendere in considerazione, insieme alla gravità del fatto ed alla colpevolezza dell'autore, anche i possibili effetti della condanna nei confronti di terzi. Per questi, alla condanna corrisponde la conferma della incorruttibilità dell'ordine giuridico. Spiega la prevenzione generale positiva come «*Erhaltung und Stärkung des Vertrauens in die Bestands- und Durchsetzungskraft der Rechtsordnung*», la nota *BVerfGE* 45, 187 (256-7).

⁶⁴ Il tema è trattato nella sentenza con la quale la Corte ha dichiarato la legittimità costituzionale delle nuove norme introdotte dalla 1. *StrRG* per ridurre il ricorso alle pene detentive di durata inferiore ai 6 mesi ai soli casi eccezionali, giustificati appunto dalla necessità di una *Verteidigung der Rechtsordnung*: «*Da nach der Regelung ausdrücklich nur besondere, in der Tat oder der Persönlichkeit des Täters liegende Umstände eine Freiheitsstrafe begründen können, ist in verfassungsrechtlich ausreichender Weise gewährleistet, daß der Täter nicht für vermutete kriminelle Neigungen Dritter büßen muß, sondern nach seiner Tat und nach seiner Schuld bestraft wird. Bei der Bestimmung der Strafart um des Bestands der Rechtsordnung willen wird der Täter nicht zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung unter Verletzung seines verfassungsrechtlich geschützten sozialen Wert- und Achtungsanspruchs (...); die Vorschrift verstößt auch nicht gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz, daß jede Strafe in einem gerechten Verhältnis zum Verschulden des Täters stehen muß (...)*» (*BVerfGE*, 28, 386 (391-2), 9 giugno 1970).

⁶⁵ Cfr. *BGH*, 8 dicembre 1970, in *BGHSt* 24, 40 e *BGH*, 21 gennaio 1971, in *BGHSt* 24, 64, ora alla base di una consolidata giurisprudenza.

⁶⁶ Cfr. N. A. LEYENDECKER, *(Re-)Sozialisierung und Verfassungsrecht*, Berlin, 2002, 141-158, che analizza la giurisprudenza dagli anni Settanta al 1999.

⁶⁷ Cfr. *BVerfGE* 33, 1 (8) del 14 marzo 1972: «*Das Ziel des Strafvollzuges sei ... die Eingliederung des Verurteilten in die Rechtsgemeinschaft. Der Vollzug solle den Verurteilten zu einem gesetzmäßigen Leben in der Rechtsgemeinschaft befähigen; er solle ihm helfen, zu sozialer Verantwortung zu finden*».

fondatezza della pretesa del condannato ad avere la possibilità di reinserirsi nella società dopo il rilascio, nonché l'obbligo dello stato sociale di consentirgli di guadagnarsi il ritorno in libertà⁶⁸. In tale prospettiva, rinvenibile anche nelle pronunce degli ultimi anni, il rispetto della dignità umana presuppone una concezione dell'individuo quale portatore di valori etici, intellettualmente libero e capace per sua natura di autodeterminarsi⁶⁹.

Compie un ulteriore passo avanti in questa direzione la già menzionata sentenza del 5 febbraio 2004⁷⁰ in tema di custodia di sicurezza, la quale distingue nettamente i fini della pena lungo la fenomenologia punitiva. In assenza di un dettato legislativo esplicito in tal senso, invero, si deve ritenere che la retribuzione ed il grado della colpevolezza (che caratterizzano l'inflizione della pena) non possano in alcun modo incidere sulla fase esecutiva, che deve rimanere informata alla sola rieducazione⁷¹. Tale teoria troverebbe conferma anche nella scelta legislativa di

⁶⁸ Fondamentale *BVerfGE*, 35, 235 s. 1973, che per la prima volta riconobbe rango costituzionale alla finalità rieducativa: «*Als Träger der aus der Menschenwürde folgenden und ihren Schutz gewährleistenden Grundrechte muß der verurteilte Straftäter die Chance erhalten, sich nach Verbüßung (...) seiner Strafe wieder in die Gemeinschaft einzuordnen. Vom Täter aus gesehen erwächst dieses Interesse an der Resozialisierung aus seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 GG.*». Si tratta del famoso *Lebach-Urteil*, che ha vietato la riproduzione cinematografica di un fatto di cronaca nera, un quadruplice omicidio, da parte della rete nazionale ZDF, sulla scorta della considerazione secondo la quale una tale pubblicizzazione del crimine commesso avrebbe potuto essere di enorme ostacolo per la risocializzazione degli autori del reato, soprattutto per i complici che di lì a poco avrebbero potuto uscire di prigione). Il dovere dello Stato di offrire al condannato la possibilità di tornare in libertà, se dimostra di avere compiuto un processo di rielaborazione consapevole del male commesso, viene affermato sin dalla citata sentenza sull'ergastolo *BVerfGE* 45, 187. Successivamente, *BVerfGE* 72, 105 (24 aprile 1986) dichiarò che la decisione di non concedere la sospensione della pena a vita ad un *ex-membro* delle *SS* di 87 anni condannato per l'omicidio di 54 ebrei nei campi di concentramento durante la seconda guerra mondiale non era in contrasto con i principi costituzionali, perché la colpevolezza del soggetto era tale da richiedere un'espiazione della pena piuttosto lunga (superiore a 15 anni). Tuttavia, con una conclusione salomonica la Corte auspicava che, nel caso di riproposizione della richiesta di sospensione della pena, essa sarebbe stata concessa dal tribunale competente, considerato che, nel frattempo, il condannato aveva compiuto 89 anni (cfr. *ibidem*, 118-9).

⁶⁹ Per ampi riferimenti giurisprudenziali, cfr. H. HOFMANN, *Art. 1*, in *op. cit.*, 154.

⁷⁰ *BVerfGE*, 109, 133, pubblicata anche in *NJW*, 2004, 739.

⁷¹ «*Während die Schuld des Täters die Verhängung und Bemessung der Freiheitsstrafe bestimmt, hat der Gesetzgeber davon abgesehen, die Schwere der Tatschuld, den Schuldausgleich, die Sühne oder die Verteidigung der Rechtsordnung zu gesetzlichen Kriterien für den Vollzug der Freiheitsstrafe zu erheben (vgl. BT-Dr 7/3998, S. 6). Gemäß § 2 StVollzG dient der Vollzug ausschließlich der Resozialisierung (§ 2 S. 1 StVollzG) sowie dem Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten (§ 2 S. 2 StVollzG). Mithin besteht nach den gesetzlichen Bestimmungen keine Kongruenz zwischen materiellem Strafrecht und Strafvollzug: Das materielle Strafrecht koppelt zwar die Entscheidung über den Status des Strafgefangenen an seine Schuld, gestaltet den Vollzug der Gefangenschaft aber schuldunabhängig aus. Gesichtspunkte der Vergeltung und des Schuldausgleichs haben auf die Ausgestaltung des Vollzugs keinen Einfluss*» *NJW*, 2004, 746.

uniformare la pena detentiva nella sola *Freiheitstrafe*, rinunciando a differenziazioni trattamentali legate alla gravità del fatto commesso⁷².

Queste pronunce hanno segnato un enorme progresso nell'affermazione del dominio dell'ideale risocializzativo. In questo senso, le due conquiste più importanti appaiono l'affermazione dell'irrelevanza del grado della colpevolezza in fase esecutiva e la riconduzione del diritto alla risocializzazione non più solo al primo, ma anche al secondo articolo della *Grundgesetz*: richiedere che l'esecuzione penale non si limiti a rispettare la dignità umana ma consenta anche il libero sviluppo della personalità amplia notevolmente il raggio dell'interpretazione delle norme di diritto penitenziario⁷³.

In conclusione, quindi, la Corte Costituzionale ha riconosciuto la legittimità di tutti gli scopi della pena, pur in assenza di una vera e propria prova empirica del loro funzionamento (ad esempio, della prova che la risocializzazione riduca la recidiva, o della misurazione dell'effetto di deterrenza in un'ottica generalpreventiva): in questo senso, il legislatore è libero di privilegiare gli scopi che ritiene, ma sempre all'interno del confine costituzionale segnato dalla necessità del rispetto della dignità umana ed in generale dei diritti fondamentali del condannato⁷⁴.

1.2. Principi generali del sistema. Le fonti.

Le singole pene (compresa la sospensione condizionale) sono regolate direttamente nel codice penale, che contiene indicazioni di massima sulla loro durata, e disciplina pure il meccanismo della commisurazione giudiziale. Le norme relative alle «conseguenze della condanna» sono state profondamente rimaneggiate nel corso degli anni, soprattutto con le prime due riforme del diritto penale⁷⁵.

Le fonti per l'attuazione pratica delle sentenze di condanna sono rappresentate, invece, in parte dallo *StPO* ed in parte dalle norme contenute nello *Strafvollstreckungsordnung*. Esso contiene disposizioni di carattere amministrativo

⁷² Cfr. *BverfG*, 5 febbraio 2004, in *NJW*, 2004, 746.

⁷³ Cfr. C. ROXIN, *Strafe und Strafzwecke in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *op. cit.*, 609-10, che attribuisce enorme portata a tali pronunce in un'epoca nella quale l'ideale risocializzativo appare abbandonato da grande parte della dottrina.

⁷⁴ Cfr. F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 23-24. Parla di un vero e proprio «diritto alla risocializzazione», giurisprudenzialmente sancito, T. WEIGEND, *Resozialisierung – Die gute Seite der Strafe?*, in H. RADTKE ET AL. (a cura di), *Muss Strafe sein?*, Baden-Baden, 2004, 188-189.

⁷⁵ Cfr., per un sunto dei relativi contenuti, T. VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco*, cit., 331 ss. e 335-6.

che regolano la fase intercorrente tra il passaggio in giudicato della sentenza di condanna e l'inizio dell'esecuzione penale⁷⁶. Lo *Strafvollstreckungsrecht* regola inoltre l'esecuzione delle sanzioni non privative della libertà personale, nonché la custodia cautelare, la disciplina dello *Jugendarrest* (una misura restrittiva della libertà personale con finalità disciplinari prevista nel diritto penale minorile) e le *Nebenfolgen*⁷⁷.

Quanto, più precipuamente, al diritto penitenziario, fino a pochi anni fa vigeva un'unica legge federale relativa al diritto dell'esecuzione delle sanzioni limitative della libertà personale (comprese le misure di sicurezza), la *Strafvollzugsgesetz*⁷⁸. Tuttavia, la riforma sul federalismo del 2006⁷⁹ trasferì la competenza legislativa in questa materia agli Stati federali. Di conseguenza, da un lato, la *StVollzG* nella sua interezza rimane in vigore nei *Länder* che non hanno ancora legiferato in materia. Dall'altro, considerato che il diritto civile e la procedura penale sono rimaste materie di competenza statale, le norme federali in questo campo (perché relative, ad esempio, alla retribuzione del lavoro carcerario, ovvero al recupero coattivo dei costi di carcerazione) conserveranno in ogni caso la loro efficacia⁸⁰. Al momento attuale, quasi tutti gli Stati federali hanno introdotto una propria regolamentazione, per lo più modellata su di uno schema unico redatto a seguito di una collaborazione interstatale⁸¹.

⁷⁶ Cfr. K. LAUBENTHAL, *Strafvollzug*, VII. Aufl., Berlin, 2015, 13-5.

⁷⁷ Cfr. F. ARLOTH, *Einführung*, in *StVollzG*, XX. Aufl., München, 2011, IX. Lo *Jugendarrest* è previsto dai §§ 13 e 16 *Jugendgerichtsgesetz*, quale sanzione intermedia tra una vera e propria pena ed una misura disciplinare-educativa, tipica del diritto penale minorile. Cfr. H. ZIPF, D. DÖLLING, *Das Einwirkungssystem des Jugendstrafrechts*, in R. MAURACH, K.-H. GÖSSEL, H. ZIPF, *Strafrecht*, cit., 974-5. Di *Nebenfolgen* si parlerà più nel dettaglio *infra*.

⁷⁸ Tale legge entrò in vigore il 1. gennaio 1977 e sostituì il precedente *Dienst- und Vollzugsordnung* del 1961, un regolamento informato unicamente al principio di mantenimento di sicurezza ed ordine all'interno degli stabilimenti carcerari. Nonostante la nuova legge fosse maggiormente orientata al rispetto del principio rieducativo nel corso dell'esecuzione penale, come sancito dal relativo secondo paragrafo, essa fu criticata dalla dottrina più sensibile per non aver recepito in misura più larga i suggerimenti contenuti nell'*Alternativentwurf eines Strafvollzugsgesetzes*, pubblicato nel 1973 da una cerchia di professori che proponevano una riforma più decisa dell'esecuzione penale (ad esempio, carceri con un massimo di 200 posti, dodici assistenti sociali e quattro psicologi, suddivisi in piccoli appartamenti di massimo quindici persone, gruppi di lavoro interdisciplinari per stabilire quale fosse il trattamento di volta in volta più adeguato, preparazione al ritorno in libertà ed inserimento dei detenuti nel sistema previdenziale nazionale). Su questo, cfr. B. MAELICKE, *Das Knastdilemma*, cit., 143-5.

⁷⁹ Avvenuta attraverso la *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Föderalismusreformgesetz)* del 28.8.2006, in *BGBI*, 2006, I, 2034.

⁸⁰ Cfr. F. ARLOTH, *Einführung*, in *StVollzG*, XX. Aufl., München, 2011, IX-X.

⁸¹ Al 31 dicembre 2015, mancano all'appello solo *Berlin*, *Sachsen-Anhalt* e *Schleswig-Holstein*. Tra l'altro, parallelamente alla riforma sul federalismo, una sentenza della Corte Costituzionale (31 maggio 2006, in *BVerfGE* 116, 69) ha rilevato la mancanza, nell'ordinamento tedesco, di una

Parte della dottrina ha aspramente criticato la decisione politica di statalizzare la competenza in esame, temendo l'insorgere di forti disegualianze tra i cittadini a causa dei disomogenei investimenti economici dei *Bundesländer* in questo campo⁸², in una sorta di «gara al ribasso» dei costi⁸³. Ciononostante, tale rischio pare essere contenuto, perché le decisioni con cui il *BVerfG* ha dedotto dai primi due articoli della *Grundgesetz* un vero e proprio obbligo dello stato sociale di favorire la risocializzazione del condannato hanno, ovviamente, efficacia federale⁸⁴.

Una questione di non poco momento, infine, è quella relativa alla possibilità o meno di classificare le norme dello *StVollzG* quali disposizioni di diritto penale sostanziale, soprattutto al fine di comprendere quale disciplina debba applicarsi nel caso di successione temporale di leggi⁸⁵.

2. Le pene che incidono sulla libertà personale. Una panoramica

Si farà ora una brevissima rassegna delle pene previste dall'ordinamento tedesco, con particolare attenzione verso le modalità della loro applicazione pratica, solo al fine di evidenziare eventuali differenze o particolarità rispetto all'ordinamento italiano. Le due pene principali sono la detenzione e la pena pecuniaria, affiancate dall'unica pena accessoria del *Fahrverbot*, mentre una particolarità è costituita dalle *Nebenfolgen*.

Tra le conseguenze del reato, il diritto penale tedesco conosce inoltre la sospensione condizionale della pena, la rinuncia alla pena e l'ammonizione con riserva di pena. Insieme al sistema di disposizioni che mirano a dare spazio a forme di giustizia riparativa, queste ultime misure perseguono finalità rieducative e di

normativa sul diritto penitenziario minorile che fosse conforme alla *Grundgesetz*. Entro il termine concesso dalla Corte per colmare la lacuna (la fine dell'anno 2007), tutti gli Stati si sono adeguati, emettendo autonome leggi sull'esecuzione della pena nei confronti dei minori o integrando tali disposizioni nelle *neo* licenziate *Strafvollzugsgesetze*. Cfr. K. LAUBENTHAL, *Strafvollzug*, cit., 82 ss.

⁸² Sulla carta, le leggi degli Stati federali sono molto simili. Le maggiori differenze si apprezzano sul piano della relativa applicazione pratica, così che di fatto l'attuazione dei principi dello stato sociale finisce per dipendere dalla ricchezza del singolo *Land*. Molto critico nei confronti di questa situazione B. MAELICKE, *Das Knastdilemma*, cit., 230-3, il quale richiede la formazione di una commissione di inchiesta che verifichi empiricamente i progressi (o regressi) compiuti dai vari stabilimenti carcerari a seguito della riforma.

⁸³ Cfr. M. KÖHNE, *3 Landesstrafvollzugsgesetze – Beiträge zum „Wettbewerb der Schägigkeit“?*, in *NStZ*, 2009, 130 ss., che analizzando le prime tre leggi federali emanate da Bayern, Amburgo e Brema isola alcune disposizioni sintomo della volontà statale di ridurre drasticamente i costi per la giustizia.

⁸⁴ Cfr. H. ZIPF, D. DÖLLING, *Die Strafen und Nebenfolgen*, in R. MAURACH, K.-H. GÖSSEL, H. ZIPF, *op. cit.*, 713. Per le sentenze di riferimento cfr. *supra*, I.1.2.

⁸⁵ Cfr. F. ARLOTH, *Einführung*, in *StVollzG*, cit., XI.

riduzione del ricorso alla pena detentiva di breve durata, che il legislatore tedesco ha perseguito negli anni con una certa coerenza⁸⁶.

Salve diverse indicazioni, le misure esaminate sono tutte adottate dal giudice della cognizione nell'ambito di una sentenza di condanna.

Quanto alle misure che incidono sul patrimonio, la pena patrimoniale, *Vermögensstrafe*, fu introdotta da una legge del 1992 che rispondeva all'intento di lottare contro il traffico di stupefacenti e la criminalità organizzata⁸⁷. La nuova disciplina introdusse un § 43a *StGB* che, se richiamato dalla norma di parte speciale violata, consentiva al tribunale di infliggere, oltre ad una pena detentiva ricompresa tra i due anni e l'ergastolo, la condanna al pagamento di una somma corrispondente, al massimo, all'intero patrimonio dell'autore del reato. La norma pose sin da subito problemi di compatibilità con il principio di personalità della responsabilità penale⁸⁸ e di distinzione rispetto al *Verfall*⁸⁹, una misura di sicurezza dal contenuto patrimoniale⁹⁰.

Con una decisione del 2002⁹¹, il *BVerfG* dichiarò la norma incostituzionale ravvisando invece, inaspettatamente, un contrasto con il principio di determinatezza di cui all'art. 103, co. II, *GG*. L'art. 47a *StGB*, invero, non forniva al giudice nessun criterio per decidere se applicare o meno la pena patrimoniale, non indicava in nessun modo quale quota del patrimonio potesse essere intaccata (ma solo il limite massimo, corrispondente al valore dell'intero patrimonio), né del resto conteneva dei criteri per la commisurazione di quest'ultimo⁹².

Questa pronuncia della Corte Costituzionale viene ricordata non tanto per il suo esito, quanto piuttosto per aver fornito una definizione del principio di

⁸⁶ Cfr. K. LAUBENTHAL, *Strafvollzug*, cit., 2-3.

⁸⁷ La legge del 15 luglio 1992, inoltre, ha inciso anche sulla disciplina della confisca. Per un quadro della situazione precedente la sentenza del *BVerfG* del 2002 cfr. A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, 165 ss.

⁸⁸ Cfr. G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, cit., 492.

⁸⁹ Il *Verfall* è previsto dal § 73 *StGB*.

⁹⁰ Cfr. B.-D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, IV. Aufl., Berlin, 2015, 85. Egli descrive i tentativi del *BGH* di fornire un'interpretazione della nuova norma come punizione «aggiuntiva»: il giudice avrebbe dovuto infliggerla al soggetto nei confronti del quale, a causa delle grandi possibilità economiche, l'influenza della sola pena detentiva non sembrava sufficiente ad assolvere le finalità della pena, né sotto il profilo retributivo né sotto quello preventivo.

⁹¹ *BVerfGE* 105, 135.

⁹² Cfr. T. PARK, *Die Vermögensstrafe - ein Nachruf*, in *StV*, 2002, 395, il quale evidenzia come il contrasto con il *Bestimmtheitsgebot* fosse parte delle censure sollevate, le quali si concentravano molto di più sulla violazione del principio di colpevolezza, sulla presunzione di innocenza e sulla tutela costituzionale della proprietà.

determinatezza nel diritto sanzionatorio penale. In tal senso, la *GG* obbliga il legislatore che voglia introdurre una nuova fattispecie sanzionatoria a stabilire *a priori* il tipo e l'entità della pena prevista, fornendo al tribunale indicazioni più chiare possibile in riferimento ai relativi criteri commisurativi⁹³.

Incidono sul patrimonio anche *Verfall* (§§ 73-73e *StGB*) ed *Einziehung* (§§ 74-75 *StGB*), normalmente tradotti come acquisizione pubblica dei profitti e confisca⁹⁴: la prima ha ad oggetto il profitto del reato, la seconda gli oggetti prodotti per mezzo del reato, utilizzati per la sua commissione ovvero destinati alla commissione stessa. La natura giuridica di tali istituti è controversa, come pure la relativa finalità, che può essere sia punitiva, sia preventiva⁹⁵.

Le sopra menzionate misure a carattere patrimoniale non verranno prese in considerazione nella presente trattazione, che si concentrerà ora solo sulle possibili conseguenze di una sentenza di condanna passibili di incidere sulla libertà personale. Rimangono escluse, quindi, forme di *probation* giudiziale⁹⁶ e le misure di miglioramento e sicurezza.

Come in numerosi Paesi europei, anche in Germania la pena di morte è stata abolita dalla Legge Fondamentale all'indomani della seconda guerra mondiale⁹⁷.

Infine, per completare il quadro introduttivo occorre rilevare che, sulla scorta delle numerose esperienze internazionali che ne hanno fatto uso, anche in Germania negli ultimi anni si è acceso un dibattito intorno all'opportunità di ricorrere a mezzi di sorveglianza elettronica. Questi, consistenti normalmente in un dispositivo fissato alla caviglia del condannato o dell'imputato, consentono di verificarne gli

⁹³ Cfr. B.-D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 86.

⁹⁴ Così A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, cit., 2001, 71-78 (per un'introduzione alla disciplina del *Verfall*) e 79-84 (sull'*Einziehung*) e 450 ss. (dibattito sulla natura giuridica delle sanzioni patrimoniali).

⁹⁵ Nonostante la questione susciti molto interesse, essa non è direttamente oggetto della presente trattazione. Si rimanda quindi a H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 790 ss.

⁹⁶ Presenti del resto solo nell'ordinamento minorile dai §§ 27 ss. *Jugendgerichtsgesetz*.

⁹⁷ L'abolizione della pena di morte è stata sancita, senza possibilità di deroghe o eccezioni, dal § 102 *GG*: «*Die Todesstrafe ist abgeschafft*». Per la verità, prima del periodo nazionalsocialista nel codice penale erano previste solo due ipotesi di reato punite con la pena di morte (tentato assassinio dell'imperatore o del proprio sovrano, § 80, ed assassinio consumato abituale, § 211), mentre una norma speciale puniva allo stesso modo l'omicidio, anche colposo, commesso attraverso l'uso doloso di materiale esplosivo. Cfr. H. ZIPF, D. DÖLLING, *Die Strafen und Nebenfolgen*, in R. MAURACH, K.-H. GÖSSEL, H. ZIPF, *op. cit.*, 708. Con la salita al potere di Hitler, il ricorso alla pena capitale aumentò considerevolmente, ed ebbe un'impennata dopo l'inizio della guerra. Cfr. T. VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco*, cit., 266 ss. e 283 ss.

spostamenti, e quindi di controllare, in alternativa, che rimanga presso il proprio domicilio ovvero che frequenti solo determinati luoghi (ad. es., casa e lavoro)⁹⁸.

Sebbene una proposta di legge federale volta ad includere l'arresto domiciliare sorvegliato elettronicamente tra le modalità di esecuzione della pena detentiva non abbia avuto successo⁹⁹, nel 2000 il *Bundesland* Hessen ha portato avanti un progetto pilota in tale direzione. Esso prevedeva che la detenzione domiciliare sorvegliata elettronicamente potesse essere scelta dagli interessati quale alternativa alla custodia cautelare in carcere, ovvero quale modalità di esecuzione della pena durante il periodo di «prova»¹⁰⁰. Sulla scorta dell'esito positivo di tale progetto, la nuova *StrVollG* statale del 2010 subordina il consenso alla sorveglianza elettronica all'ottenimento della sospensione del residuo di pena. Un analogo progetto pilota, condotto dal *Land* del *Baden-Württemberg*, non ha avuto la stessa fortuna.

Quanto alla legge federale, per il momento un riferimento ai predetti mezzi di controllo si trova solo tra i vari oneri che possono accompagnare la misura di sicurezza del *Führungsaufsicht*¹⁰¹.

2.1. Le pene principali

2.1.1. La pena detentiva

L'ordinamento tedesco contempla sia la pena detentiva temporanea sia, in casi di particolare gravità, l'ergastolo¹⁰².

⁹⁸ Cfr., più dettagliatamente, I. HARDERS, *Die elektronische Überwachung von Straffälligen*, Mönchegladbach, 2014, 99 ss.

⁹⁹ Si trattava di una proposta del *Bundesrat*, cfr. *BT-Drucks.* 401/99 del 9 luglio 1999.

¹⁰⁰ Si fa riferimento al *Bewährungszeit* di cui al § 56c *StGB*, che regola il periodo di prova dei soggetti che hanno goduto della sospensione condizionale della pena o del residuo di pena, ovvero dell'ammonizione con riserva di pena.

¹⁰¹ Tale misura è prevista e regolata dai §§ 68 ss. *StGB*. Essa consiste essenzialmente nell'imposizione, nei confronti del destinatario, di una serie di prescrizioni di varia natura (obblighi/divieti di frequentare determinati luoghi o persone, divieto di bere alcool o di assumere sostanze stupefacenti). Il rispetto di esse è demandato ad uno specifico ufficio (*Aufsichtsstelle*). Su questo, cfr. B.-D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 292 ss. Anche il destinatario del *Führungsaufsicht* viene affiancato da un *Bewährungshelfer* (cfr. *infra*, 2.3).

¹⁰² La *lebenslange Freiheitsstrafe* rappresenta l'unica sanzione possibile solo per il *Mord* (§ 211 *StGB*), un'ipotesi di omicidio qualificato che si caratterizza, in estrema sintesi, per il fatto che il suo autore ha agito per motivi particolarmente abietti (come la soddisfazione di un desiderio sessuale o la cupidigia) e per il genocidio, previsto nel nuovo codice di diritto penale internazionale (§ 6 co. I n.1 *VStGB*). Essa inoltre è prevista quale alternativa alla pena detentiva temporanea in alcune ipotesi di reati particolarmente gravi (alto tradimento e vari delitti contro i minori, la libertà sessuale o il patrimonio,

La reclusione perpetua è stata ritenuta conforme alla Costituzione da *BVerfGE* 45, 187 (del 1977) più volte citata. A seguito di tale decisione, il legislatore ha introdotto un § 57a *StGB* volto a consentire, dopo quindici anni di espiazione, la sospensione del residuo di pena, in assenza di pericolo di recidiva, se il condannato acconsente e l'elevato grado della sua colpevolezza non è ostativo¹⁰³. Inoltre, anche l'ergastolano può beneficiare di periodi di permesso esterno, chiamati «vacanza dalla prigione»¹⁰⁴.

Ciononostante, il dibattito intorno all'opportunità del mantenimento della pena perpetua è molto acceso, soprattutto per quanto riguarda la sua applicazione automatica al *Mord*, l'omicidio «qualificato» da motivi futili o riprovevoli (§ 211 *StGB*)¹⁰⁵. Benché pure recentemente la Corte Costituzionale abbia ribadito che la previsione sanzionatoria fissa non contrasta con i principi di proporzionalità e colpevolezza¹⁰⁶, tale paragrafo è di rara applicazione, perché spesso il collegio giudicante riesce a degradare la condotta a mero concorso o a omicidio semplice, oppure a riconoscere una causa di attenuazione della colpevolezza¹⁰⁷.

Quanto alla pena detentiva temporanea, il § 38 *StGB* prevede che essa possa durare da un mese a quindici anni. Analogamente a quanto ritenuto in riferimento agli art. 23 e 25 c.p., tuttavia, le norme di parte speciale possono stabilire pene di durata diversa per i singoli reati. Rispetto all'ordinamento italiano, però, i limiti

da cui sia derivata la morte della vittima). Infine, l'ergastolo è la pena esclusiva per l'omicidio «semplice» (*Totschlag*), se ricorre un *besonders schwerer Fall* (cfr. *infra*, sub 3).

¹⁰³ Il requisito della «*besondere Schwere der Schuld des Verurteilten*», previsto dal n. 2 del primo comma del § 57, risulta di difficile interpretazione, soprattutto perché normalmente i soggetti condannati all'ergastolo presentano una colpevolezza già giudicata nel grado massimo (tale da giustificare la pena più severa prevista dall'ordinamento). È quindi rimessa al giudice una valutazione globale delle circostanze del fatto per stabilire in sostanza dopo quanti anni un condannato all'ergastolo per un reato molto grave possa ottenere la liberazione «condizionale». Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 853 e la citata sentenza *BVerfGE* 72, 105 (24 aprile 1986).

¹⁰⁴ Cfr. § 13 *StVollG*, co. III, che consente il beneficio della *Hafturlaub* al condannato all'ergastolo che abbia già scontato dieci anni di pena oppure che si trovi ad eseguire la pena in un contesto «aperto» (*Offener Vollzug*, su cui *infra*).

¹⁰⁵ Mentre sembra godere di maggiore consenso la previsione che punisce con la pena perpetua i colpevoli di genocidio. Cfr. H. ZIPF, D. DÖLLING, *Die Strafen und Nebenfolgen*, in *op. cit.*, 711.

¹⁰⁶ Cfr. *BVerfG*, sentenza del 7 ottobre 2008, 2 BvR 578/07, in <http://juris.bundesgerichtshof.de>, Rn. 27 ss.

¹⁰⁷ Così H. ZIPF, D. DÖLLING, *Die Strafen und Nebenfolgen*, in *op. cit.*, 711.

minimo e massimo previsti *ex lege* non possono mai essere superati, nemmeno in caso di concorso di reati¹⁰⁸.

Dopo una lunga discussione, la prima riforma del codice penale unificò il contenuto delle pene detentive, abolendo le forme più rigide di reclusione (*Zuchthaus* e *Gefängnis*) e sostituendole tutte con la c.d. *einheitliche Freiheitstrafe*, la cui afflittività dipende ora unicamente dalla durata temporale¹⁰⁹.

In ossequio al principio secondo il quale gli effetti criminogeni ed annichilenti delle pene detentive di breve durata per il singolo condannato ne superano di gran lunga i vantaggi, sia per quest'ultimo sia per la società, a seguito della riforma del 1974 le pene detentive di durata inferiore ad un mese si convertono in sanzione sostitutiva.

Come già accennato, invece, le pene detentive di durata compresa tra uno e sei mesi godono di una disciplina *ad hoc*, volta a ridurre il più possibile l'utilizzo: ai sensi del § 47, co. I, *StGB*, invero, la loro applicazione è subordinata all'esistenza di particolari circostanze inerenti il fatto o il suo autore, ovvero ancora ragioni di difesa dell'ordine giuridico (*Verteidigung der Rechtsordnung*).

In generale, per quanto riguarda la pena detentiva il sistema tedesco appare meno rigido rispetto a quello italiano¹¹⁰: per ottenere la liberazione condizionale, gli

¹⁰⁸ Lo si ricava dal secondo comma del § 54 *StGB*. Più problematico, invece, il caso in cui ad una condanna già passata in giudicato (la cui pena non sia stata eseguita, non si sia prescritta o non sia stata condonata), si venga ad aggiungere una nuova condanna per un fatto commesso in precedenza. La questione è trattata dal § 55 *StGB*, il quale tuttavia non risulta di semplice comprensione: in particolare, si registrano contrasti dottrinali e giurisprudenziali relativamente all'estensione della c.d. *Zäsurwirkung* di ciascuna condanna. L'opinione prevalente ritiene tuttavia corretta l'interpretazione del § 55 secondo la quale, appunto, reati commessi in tempi diversi possono concorrere a formare un'unica pena (da contenersi nel limite dei 15 anni) solo nel caso in cui la condanna per i reati già accertati non sia stata ancora eseguita. Le voci contrarie, invece, si fondano sull'assunto secondo cui tale meccanismo violerebbe il limite legale di cui al § 55, mentre è sufficiente che la plurima commissione di reati venga presa in considerazione al momento della commisurazione dell'unica pena. Se la pena precedente è in corso di esecuzione e ricorrono i presupposti per l'inflizione di una pena unica, da questa dovrà essere detratta la quota di pena già espiata. Cfr. R. RISSING-VAN SAAN, § 55, in H. W. LAUFHÜTTE ET AL., *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, Großkommentar*, II. Band, XII. Aufl., Berlin, 2006, 1395-9.

¹⁰⁹ La prima proposta di riforma del codice prevedeva il mantenimento di tre tipi di pena detentiva (*Zuchthaus*, *Gefängnis* e *Strafhäft* – quest'ultima per la verità di nuovo conio), ma i professori dell'*Alternativentwurf* criticarono duramente questa scelta, scagliandosi in particolare con la pena della *Zuchthaus*, la prigione correttiva, particolarmente dura e priva di qualsivoglia prospettiva rieducativa. Inoltre, queste differenze sul piano sanzionatorio finivano per privilegiare alcuni «tipi di autore». Per questo, alla fine i sostenitori della *einheitliche Freiheitstrafe* ebbero la meglio. Cfr. H. ZIPF, D. DÖLLING, *Die Strafen und Nebenfolgen*, in *op. cit.*, 708-9. Come si vedrà nella parte finale di questo capitolo, tuttavia, coesistono distinte modalità di esecuzione della pena detentiva.

¹¹⁰ Cfr. G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, cit., 487.

ergastolani d'Oltralpe dovranno avere espiato solo 15 anni di pena (§ 57a StGB), contro i 26 dei condannati in Italia (che si riducono a 21 applicando il beneficio della liberazione anticipata «ordinaria»¹¹¹). Inoltre, il codice penale italiano è composto in generale da cornici edittali più alte¹¹², oltre a prevedere, almeno sulla carta, le diverse pene dell'arresto e della reclusione.

Dati statistici risalenti al 2013 dimostrano come la quota largamente maggiore delle condanne a pena detentiva (oltre il 90%)¹¹³ sia rimasto sotto i due anni, mentre solo l'8% dei condannati è stato condannato ad una pena compresa tra i due ed i quindici anni. Nello stesso anno, i condannati all'ergastolo sono stati 92¹¹⁴.

2.1.2. La pena pecuniaria...ineseguita e convertita in Ersatzfreiheitsstrafe

Per quanto riguarda la *Geldstrafe*, oltre a rimandare quanto già esposto, si ribadisce che la stessa viene commisurata secondo il sistema dei tassi giornalieri ed è di gran lunga la pena maggiormente applicata dai tribunali tedeschi¹¹⁵.

Il larghissimo ricorso alla pena pecuniaria costituisce il buon esito della serie di riforme volte a potenziarne l'utilizzo: tra queste, in particolare importanza ha rivestito appunto l'introduzione del *Tagessatzsystem*, che ha reso il metodo commisurativo chiaro e trasparente, congeniale ad un'inflizione individualizzata della sanzione¹¹⁶. Questa circostanza assume ancora più rilievo se si considera che, in realtà, la pena pecuniaria non è mai prevista in via esclusiva, ma sempre come alternativa alla pena pecuniaria. Se, invece, la norma di parte speciale (codicistica o

¹¹¹ E si potevano ulteriormente ridurre nel periodo di vigenza della liberazione anticipata c.d. speciale, che con una norma emergenziale ad efficacia retroattiva ha concesso, che nel periodo dal 1° gennaio 2010 al 23 dicembre 2015 il detenuto potesse ottenere uno sconto di 75 giorni per ogni semestre di pena espiata. Cfr. *supra*, cap. II, punto 2.2.1.

¹¹² Lo stesso limite «indicativo» della pena detentiva è diverso: il § 38, II co. StGB lo fissa in 15 anni, l'art. 23 c.p. in 24.

¹¹³ Pari a 106.369 persone, su di un totale di 115.880 condannati a pena detentiva in totale. Salve diverse indicazioni, tutti i dati statistici presi in esame d'ora in poi saranno ricavati dal rapporto *Rechtspflege. Strafverfolgung. Fachserie 10 Reihe 3* a cura dello STATISTISCHES BUNDESAMT, pubblicato il 14 gennaio 2015 e relativo all'anno 2013. Il documento può essere scaricato dal sito www.destatis.de.

¹¹⁴ Rispetto ai dati del 2012, analizzati da H. ZIPF, D. DÖLLING, *Die Strafen und Nebenfolgen*, in *op. cit.*, 713-4, le proporzioni tra i vari tipi di condanna (prevalenza netta delle condanne a pena detentiva inferiore ai due anni, scarso ricorso all'ergastolo, larghissima diffusione della sospensione condizionale della pena) rimangono costanti, mentre si registra una diminuzione tra il 4 ed il 5% del numero totale dei condannati (nel 2012, 121.809).

¹¹⁵ Cfr. cap. I, punto 3.4.1. Nel 2012, le condanne a pena pecuniaria rappresentarono l'82% del totale, e non vi sono ragioni di ritenere che tale dato sia recentemente variato. Cfr. B.-D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 52.

¹¹⁶ Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 768-9.

extracodicistica) punisce un determinato reato solo con una pena detentiva indeterminata nel minimo, in forza di una disposizione di attuazione dello *StGB* il giudice potrà sempre decidere di applicare la sola pena pecuniaria¹¹⁷.

Rari sono, infine, i casi in cui la legge consente un'applicazione congiunta delle due pene principali. Il § 41 *StGB* permette l'inflizione di una pena pecuniaria, congiunta alla pena detentiva, nel caso in cui risulti che l'autore si sia arricchito (ovvero abbia cercato di arricchirsi) a seguito della commissione del reato. Si tratta di una norma a carattere eccezionale, applicabile solo quando il giudice lo ritiene opportuno (*angebracht*), considerate le condizioni personali ed economiche del reo. Ciò potrebbe accadere, ad esempio, quando la pena detentiva inflitta viene sospesa condizionalmente¹¹⁸.

Un'altra norma di parte generale (§ 47, co. II, *StGB*) impone l'inflizione della pena pecuniaria (anche se non prevista dalla norma violata) tutte le volte in cui il giudice ritenga di dover comminare una pena detentiva ricompresa nel limite dei sei mesi, a meno che non vi ostino ragioni particolari legati alle caratteristiche del reato ovvero alla personalità del reo, oppure ancora ragioni di *Verteidigung der Rechtsordnung*¹¹⁹.

In questo quadro di enorme preferenza per la pena pecuniaria, un aspetto peculiare è rappresentato dalla possibilità che essa, se non eseguita, si converta in pena detentiva, la *Ersatzfreiheitsstrafe* (§ 43 *StGB*). Se da un lato si prescinde dalla verifica in ordine ad un'eventuale insolvibilità incolpevole del condannato, dall'altro la conversione può essere evitata se essa rappresenterebbe per quest'ultimo una «*unbillige Härte*»¹²⁰.

Si tratta di un requisito interpretato in modo molto restrittivo dalla giurisprudenza, che viene quindi criticata dalla dottrina: se lo stato di insolvibilità

¹¹⁷ Il paragrafo in questione è il n. 12 delle disposizioni di attuazione del codice penale (*EGStGB*).

¹¹⁸ Cfr. H. ZIPF, D. DÖLLING, *Die Strafen und Nebenfolgen*, in *op. cit.*, 717, che specificano come il § 41 *StGB* sia stato interpretato in senso estensivo dalla giurisprudenza, che l'ha ritenuto applicabile anche nei reati in cui l'intento lucrativo fa parte del fatto tipico ed in quelli in cui dell'arricchimento abbia direttamente goduto un terzo, mentre il reo ha beneficiato di un vantaggio di altra natura.

¹¹⁹ Cfr. *infra*, 3.2.5.

¹²⁰ Cfr. § 459f *StPO*: «*Unterbleiben der Vollstreckung einer Ersatzfreiheitsstrafe. Das Gericht ordnet an, daß die Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe unterbleibt, wenn die Vollstreckung für den Verurteilten eine unbillige Härte wäre*».

non può essere rimproverato al condannato, la conversione in pena detentiva rappresenta già di per sé un male ingiustificato¹²¹.

La pena detentiva sostitutiva dovrà essere eseguita presso appositi stabilimenti, caratterizzati da un livello di sicurezza più basso e dall'assenza di attività ricreative o di formazione, che a causa della breve durata della detenzione non avrebbero ragione di esistere¹²². Nonostante questi accorgimenti consentano un risparmio dei costi della detenzione, normalmente il costo di questo tipo di sanzione supera di gran lunga la perdita patrimoniale derivante dalla mancata entrata, nelle Casse dello Stato, della somma dovuta a titolo di pena pecuniaria¹²³. Alle numerose critiche contro l'opportunità del mantenimento di tale pena, tuttavia, si risponde normalmente affermando che solo la minaccia della pena detentiva rende veramente efficace quella pecuniaria¹²⁴.

Problematica anche la possibilità che la pena detentiva esito della conversione venga sostituita dal lavoro di pubblica utilità: la relativa previsione è contenuta nelle disposizioni attuative del codice penale (§ 293 *EGStGB*). Esso, tuttavia, contiene solo previsioni di massima, che sono state attuate in modo differente nei diversi *Bundesländer* (anche per quanto riguarda la corrispondenza tra ore di lavoro ed un giorno di *Ersatzfreiheitsstrafe*)¹²⁵.

Negli ultimi tempi, in una prospettiva *de jure condendo* si è discussa la possibilità di un allargamento del ricorso al lavoro di pubblica utilità¹²⁶: tra i suoi svantaggi, tuttavia, si ascrivono gli alti costi amministrativi e di controllo, nonché la possibile concorrenza «sleale» con i lavoratori del libero mercato. Inoltre, recenti ricerche hanno dimostrato come, in realtà, i soggetti tipicamente destinatari della *Ersatzfreiheitsstrafe* non siano in grado di portare avanti un'attività lavorativa

¹²¹ Il meccanismo finisce così per punire la sola povertà del condannato. Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 775.

¹²² Cfr. K. LAUBENTHAL, *Strafvollzug*, cit., 45.

¹²³ Cfr. B. MAELICKE, *Das Knastdilemma*, cit., 194.

¹²⁴ Cfr. H.-J. ALBRECHT, § 43 *Ersatzfreiheitsstrafe*, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, H. U. PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch, Bd. I*, IV. Aufl., Baden-Baden, 2013, 1753, che riferisce che, secondo alcune ricerche, due condannati su tre ad una pena pecuniaria la pagano solo a causa della minaccia connessa all'inadempimento.

¹²⁵ In passato si era quindi auspicato che il legislatore federale provvedesse a regolarlo in modo unitario, anche alla luce dei buoni risultati che esso sembrava sortire. Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 776. Per una panoramica delle legislazioni statali cfr. H.-J. ALBRECHT, § 43 *Ersatzfreiheitsstrafe*, in *op. cit.*, Rn. 9.

¹²⁶ Cfr. K. LAUBENTHAL, *Strafvollzug*, cit., 3.

regolare, seppure per un periodo limitato di tempo¹²⁷. Il problema maggiore deriva comunque dalle norme costituzionali che vietano i lavori forzati: qualsiasi tipo di riforma dovrebbe prevedere il requisito del consenso del condannato e, in suo difetto, l'inflizione di una diversa pena¹²⁸.

Infine, si rileva che in Germania la *Ersatzfreiheitsstrafe* conosce una applicazione relativamente ampia rispetto agli altri Paesi europei che pure la prevedono (nei quali i soggetti in espiazione di una sanzione detentiva sostitutiva rimangono al di sotto dell'1% dei detenuti)¹²⁹: a seconda del *Bundesland* preso in esame, nel 2012 i soggetti in espiazione di una pena detentiva sostitutiva si aggiravano tra il 5,5 ed il 13,1%, con una media nazionale dell'8,4%. Tendenzialmente, la percentuale è più alta nei c.d. nuovi *Bundesländer* (che formavano la Repubblica Democratica Tedesca)¹³⁰. La durata media della pena detentiva sostitutiva si aggira intorno ai 30 giorni¹³¹.

In questo quadro, una «punta negativa» era rappresentata dallo Schleswig-Holstein, dove prima delle riforme degli anni Novanta il 39,2% dei detenuti stava espianando una pena sostitutiva. La cifra (che incideva negativamente sui costi generali dell'amministrazione della giustizia) fu ridotta attraverso l'adozione di varie misure, tra le quali appunto l'ampliamento del lavoro di pubblica utilità¹³².

¹²⁷ Considerato che il sistema dei tassi giornalieri consente di tenere conto anche delle condizioni economiche poco favorevoli del condannato, i soggetti che non riescono a fare fronte al pagamento della pena pecuniaria spesso fanno parte di gruppi sociali emarginati, ed hanno problemi di dipendenza da alcool o da sostanze stupefacenti che li rendono di fatto inabili al lavoro. Cfr. B. MAELICKE, *Das Knastdilemma*, cit., 194-5. Nonostante questa presa d'atto, l'autore si dice a favore dell'eliminazione della *Ersatzfreiheitsstrafe*, da sostituirsi, a suo parere, con il lavoro di pubblica utilità.

¹²⁸ Così sempre K. LAUBENTHAL, *Strafvollzug*, cit., 3-4.

¹²⁹ Cfr. B. MAELICKE, *Das Knastdilemma*, cit., 195.

¹³⁰ Si ritiene che i dati vadano arrotondati per eccesso, perché talvolta le pene detentive sostitutive hanno durata talmente breve che si esauriscono tra un giorno di rilevamento e l'altro (quindi, di fatto non vengono registrate dalle raccolte periodiche dei dati). Le differenze tra un *Bundesland* e l'altro dipendono da un lato dalla ricchezza dello Stato (in *Bayern*, ad esempio, solo il 5,5 % dei detenuti sta espianando una pena sostitutiva) ma dall'altro dalle diverse capacità degli stessi di sfruttare la possibilità di ricorrere al lavoro sostitutivo. Cfr. STATISTISCHES BUNDESAMT (a cura di), *Justiz auf einem Blick, Ausgabe 2015*, Wiesbaden, 2015, in www.destatis.de, 32-33. Pur confermando che tali dati sono parzialmente inaffidabili, rileva che al 31.3.2013 addirittura il 9,1% di tutti i condannati ad una pena detentiva stesse espianando una pena sostitutiva B.-D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, IV. Aufl., Berlin, 2015, 84. In generale, quest'ultimo A. ritiene plausibile sostenere che, negli ultimi anni, tale percentuale si sia costantemente mantenuta tra il 5 ed il 10% del totale dei condannati (cfr. *ibidem*).

¹³¹ Cfr. J. HÄGER, § 43, in LAUFHÜTTE, H. W., RISSING-VAN SAAN, R., TIEDEMAN, K., *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, Großkommentar*, II. Band, XII. Aufl., Berlin, 2006, 942.

¹³² I dati si riferiscono al 1989 e sono l'esito di una ricerca condotta dal F. DÜNKEL. Cfr. B. MAELICKE, *Das Knastdilemma*, cit., 154-5 e 159.

2.2. Conseguenze della condanna

2.2.1. Il Fahrverbot (§ 44 StGB)

Normalmente definita come l'unica vera pena accessoria «in senso stretto» del diritto penale tedesco¹³³, il divieto di guida impedisce al condannato per un reato connesso alla violazione delle norme del codice della strada di condurre automezzi per un periodo compreso tra uno e tre mesi¹³⁴. Esso ha una valenza prettamente specialpreventiva, dovendo fungere da «promemoria» per il condannato¹³⁵.

Tranne, in alcuni casi, la scelta in ordine alla sua inflizione è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice, che dovrà prendere la sua decisione in ottemperanza agli ordinari criteri sulla commisurazione della pena di cui al § 46 StGB.

Nella prassi, si registra un uso amplissimo del *Fahrverbot*, corroborato da un'interpretazione piuttosto ampia del requisito legislativo della connessione del reato commesso con la violazione degli obblighi relativi alla circolazione stradale¹³⁶.

Nel dibattito legislativo non sono mancate proposte volte a far assurgere alla pena accessoria in questione il rango di pena principale, da comminarsi in via esclusiva nei confronti dei condannati per i quali la pena pecuniaria sembra non spiegare efficacia alcuna, anche a prescindere dalla sussistenza di un nesso tra il reato commesso e la violazione delle norme del codice della strada¹³⁷. Anche in questo caso, molti argomenti depongono in senso contrario alla proposta: il divieto di guidare non impedisce certamente ai più abbienti di assumere un autista, mentre si

¹³³ Così A. MENGHINI, *Sistemi sanzionatori a confronto*, in *op. cit.*, 148, che chiarisce anche la distinzione tra questa pena accessoria e la misura di sicurezza del ritiro della patente. L'ordinamento conosce inoltre anche il divieto di guida quale misura amministrativa, previsto dall'art. 25 del codice della strada. Cfr. *supra*, nota 54.

¹³⁴ Più precisamente, la norma parla di «tutti gli automezzi, ovvero degli automezzi di un particolare tipo».

¹³⁵ Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 782.

¹³⁶ Letteralmente, il § 44 StGB fa riferimento agli «obblighi dell'automobilista». Nel 2013, sono stati inflitti 26.232 divieti di guida, oltre 10.000 dei quali per allontanamento illecito dal luogo dell'incidente (una sorta di ipotesi speciale di omissione di soccorso, § 142 StGB) e 4.858 per conduzione del veicolo senza permesso (*Fahrerlaubnis*, un requisito ulteriore rispetto alla patente di guida) ovvero nonostante la pendenza di un divieto di guida (penale o amministrativo). Altri reati commessi, sebbene meno frequentemente, sono stati la guida in stato di ebbrezza (§ 316 StGB), lesioni ed omicidio colposo (quest'ultimo relativamente infrequente) e l'interruzione del traffico stradale, con o senza la causazione di un incidente.

¹³⁷ Cfr. la proposta del Bundesrat «Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Fahrverbots als Hauptstrafe», 2008, in BT-Drucks. 16/8695, 5.

può rivelare particolarmente gravoso per chi usa l'auto per necessità di lavoro. Sussistono inoltre enormi difficoltà di controllo del rispetto del divieto, non eludibili attraverso la semplice confisca amministrativa del veicolo posseduto dal condannato¹³⁸.

2.2.2 Nebenfolgen

Il § 45 *StGB* prevede, tra le conseguenze accessorie del reato (*Nebenfolgen*), la perdita della capacità di rivestire pubblici uffici e del diritto di voto attivo e passivo. Il quadro applicativo dipinto dal paragrafo in esame è composito: se perdita temporanea dalla capacità di rivestire pubblici uffici ed eleggibilità sono conseguenze necessarie di tutte le condanne per delitto superiori ad un anno, in altre ipotesi la loro inflizione diviene discrezionale, ma solo se la norma di parte speciale violata lo prevede. Nel primo caso la sospensione si protrarrà per cinque anni, nel secondo la durata della stessa sarà fissata dal giudice entro una scala che va da due a cinque anni (§ 45 co. I e II *StGB*).

Anche la perdita del diritto di voto in pubbliche elezioni (da 2 a 5 anni) è oggetto di una scelta discrezionale del giudice, ma, di nuovo, solo per quei reati che contemplano questa possibilità (§ 45 co. V *StGB*).

Si ritiene che il giudice debba prendere la decisione discrezionale in ordine all'inflizione della *Nebenfolge* attenendosi ai criteri commisurativi generali di cui al § 46 *StGB*¹³⁹.

Alla perdita dei citati diritti consegue l'immediata caducazione dalle cariche sociali o politiche eventualmente ricoperte al momento della condanna.

Si discute sulla natura di tali misure: una parte della dottrina le considera delle vere e proprie pene, da commisurarsi dunque secondo i criteri di cui al § 46 *StGB*¹⁴⁰. Altre voci fanno invece leva sul dato letterale per escludere che le *Nebenfolgen* possano considerarsi *Strafen*, e le sottraggono quindi alle norme ordinarie sulla commisurazione.

¹³⁸ Il quale, ad esempio, potrebbe essere usato contemporaneamente da più membri della stessa famiglia. Cfr., per un elenco dettagliato delle critiche a tale proposta di legge, K. LAUBENTHAL, *Strafvollzug*, cit., 5.

¹³⁹ Così H. ZIPF, D. DÖLLING, *Die Strafen und Nebenfolgen*, in *op. cit.*, 740. Tali criteri verranno analizzati infra, *sub* 3.

¹⁴⁰ Così H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 785-8.

Per alcune particolari ipotesi di calunnia ed ingiuria, inoltre, la legge prevede quale conseguenza accessoria la pubblicazione della sentenza di condanna, subordinata alla relativa richiesta della parte offesa ed alla circostanza che il reato sia stato commesso pubblicamente o attraverso la diffusione di scritti¹⁴¹.

2.3. Sospensione condizionale della pena

L'istituto della *Strafaussetzung zur Bewährung* (§§ 56 ss. *StGB*), che si applica alle sole pene detentive¹⁴², risponde alle note istanze di diminuzione dell'utilizzo delle pene detentive di breve durata e persegue precipuamente il fine della risocializzazione del reo¹⁴³.

I presupposti per la concessione della misura¹⁴⁴ si snodano lungo due ordini di considerazioni: in primo luogo, occorre sempre una prognosi favorevole del tribunale relativamente alla circostanza che il condannato si asterrà dal commettere nuovi reati¹⁴⁵.

¹⁴¹ Prevedono la possibilità della pubblicazione della sentenza di condanna i §§ 103, II, 165 e 200 *StGB*. Criticano duramente l'esistenza di una tale sanzione, paragonandola ad una moderna gogna, H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 788.

¹⁴² Tuttavia, non è escluso che il giudice possa applicare, oltre alla pena detentiva sospesa, una pena pecuniaria, anche nel caso in cui la somma tra le due (convertendo la pena pecuniaria in detentiva) superi i due anni consentiti *ex lege* (cfr. BGH, 21 marzo 1985, 4 StR 53/85, in *JurionRS*, 1985, 11811). Inoltre, la pena detentiva può essere sospesa anche se viene contemporaneamente irrogata una misura di sicurezza (esclusa la custodia di sicurezza). In concreto tuttavia, ciò potrà accadere raramente, perché è probabile che in questi casi difetti il requisito dell'assenza di pericolo di recidiva. Cfr. J. HUBRACH, § 56, in H. W. LAUFHÜTTE ET AL., *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, Großkommentar, III. Band, XII. Aufl.*, Berlin, 2008, 9.

¹⁴³ Tale istituto fu introdotto nel 1953 ed il relativo utilizzo fu progressivamente ampliato ed arricchito di disposizioni nel corso degli anni. Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 833.

¹⁴⁴ La dottrina è divisa tra il considerarla come una vera e propria pena, seppure *sui generis*, ovvero, privilegiando la circostanza che essa presuppone in realtà l'avvenuta condanna a pena detentiva, come una rinuncia condizionata all'esecuzione della pena. Così H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *op. cit.*, 834. La definisce una «*Modifikation der Strafvollstreckung*», che mantiene tuttavia una propria autonomia quale sanzione non detentiva *sui generis* BGH, 8 dicembre 1970, 1 StR 353/70, in *JurionRS*, 1970, 12207, Rn. 14.

¹⁴⁵ Il relativo giudizio (*günstige Prognose*) dovrà essere condotto sulla base della personalità del reo, la sua vita precedente, le circostanze del fatto, il suo comportamento successivo al reato, i suoi rapporti personali e gli effetti che un'eventuale sospensione della pena potrebbe produrre per lui. Nonostante i tentativi di dare alla prognosi un fondamento scientifico, essa risente normalmente del giudizio intuitivo del giudice, basato sulla propria esperienza personale. Esso corrisponde alla fondata probabilità che il soggetto non commetterà altri reati. Cfr. BGH, 6 settembre 1985, 3 StR 185/85, in *JurionRS*, 1985, 11655, Rn. 7: «*Das Tatgericht erkennt hier möglicherweise, daß Erwartung im Sinne des § 56 Abs. 1 StGB nicht bedeutet, es müsse nach der Überzeugung des Gerichts eine sichere Gewähr für künftiges straffreies Leben bestehen. Es reicht für die Prognose aus, daß die Begehung weiterer Straftaten nicht wahrscheinlich ist, weil die Resozialisierung des Täters auch ohne Vollstreckung der Freiheitsstrafe aussichtsreich ist. Zwar genügt es für die Annahme einer günstigen Prognose nicht, daß diese sich nur nicht ausschließen läßt oder daß die Möglichkeit, der Angeklagte*

Gli altri requisiti, invece, variano a seconda della durata della pena detentiva inflitta: le pene contenute nel limite di sei mesi devono essere sempre sospese¹⁴⁶, come pure quelle tra sei mesi ed un anno, ma solo se ragioni di *Verteidigung der Rechtsordnung* non depongono in senso contrario (§ 56 III *StGB*).

Per la sospensione delle condanne ricomprese tra uno e due anni, infine, oltre ai già menzionati requisiti, il giudice dovrà valutare la sussistenza di particolari circostanze, legate al fatto commesso ed alla personalità del condannato. Tra queste, possono rientrare suoi eventuali sforzi in senso riparativo.

In forza della loro natura «originaria» di pene pecuniarie, le *Ersatzfreiheitsstrafen* non possono essere sospese condizionalmente¹⁴⁷.

Ai sensi del § 56a *StGB*, spetta al giudice fissare la durata del periodo di prova, che deve essere ricompreso tra i due ed i cinque anni.

Rispetto al sistema italiano, quindi, la disciplina tedesca si differenzia per i limiti di pena (il nostro art. 163 c.p. consente di arrivare a sospendere pene fino ai tre anni) e per la durata discrezionale del periodo di prova. Inoltre, manca una disposizione che, come il nostro art. 164 c.p., preveda che la sospensione possa essere concessa una sola volta (con il noto correttivo di cui all'ultimo comma dello stesso art. 164 c.p.)¹⁴⁸.

Le differenze più sensibili con il nostro ordinamento, tuttavia, paiono apprezzarsi sotto il profilo dello svolgimento della prova. Mentre in Italia è largamente diffusa la convinzione che la sospensione condizionale sia, nei fatti,

werde in Zukunft keine Straftaten mehr begehen, nicht verneint werden kann (...), doch darf andererseits die Bejahung einer günstigen Prognose auch nicht vom Vorhandensein eines hohen Wahrscheinlichkeitsgrades abhängig gemacht werden». Per un inquadramento di tutti i problemi (ma anche dei vantaggi) connessi all'affidabilità delle prognosi in ambito criminale cfr., per tutti, H.-J. ALBRECHT, *Kriminalprognosen – Entwicklungen und Stand der Forschung*, in G. FREUND ET AL. (a cura di), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems*, Berlin, 2013, 1063 ss.

¹⁴⁶ Lo si ricava in via interpretativa dal combinato disposto del primo e del terzo comma del § 56 *StGB*. Come osserva F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 88, nel caso delle pene detentive fino a sei mesi ragioni di *Verteidigung der Rechtsordnung* sono già state implicitamente prese in considerazione nel momento in cui il giudice ha deciso di irrogare una pena detentiva, seppur sospendendola.

¹⁴⁷ Cfr. B.-D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, IV. Aufl., Berlin, 2015, 108.

¹⁴⁸ Ciò tuttavia non toglie che i precedenti penali del reo possano essere presi in considerazione dal giudice tedesco al momento della formulazione della prognosi favorevole di non recidiva. Così G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, cit., 487.

sostanzialmente svuotata di contenuti (sia afflittivi sia risocializzativi)¹⁴⁹, le disposizioni del codice penale tedesco che le conferiscono una natura in parte afflittiva ed in parte preventiva sembrano godere di maggiore fortuna.

Il § 56b *StGB* prevede che il giudice possa imporre al condannato degli oneri (*Auflagen*), finalizzati ad una sorta di riparazione del danno causato con il reato (oltre al risarcimento del danno in senso stretto, vi rientrano la prestazione di un lavoro a favore della comunità ovvero il pagamento di una somma di denaro ad un'associazione impegnata nel sociale o dell'erario statale)¹⁵⁰. Nonostante la norma lasci la decisione in merito agli oneri alla discrezionalità giudiziale, si ritiene comunemente che almeno uno di essi debba sempre essere imposto, soprattutto al fine di scongiurare il pericolo che alla sospensione condizionale corrisponda una sostanziale impunità¹⁵¹. Di fatto, il ricorso alla *Wiedergutmachung* risulta molto scarso, soprattutto a causa delle difficoltà operative ed organizzative ad esso connesse (accordi con la vittima, fissazione di un programma o di un percorso di riparazione)¹⁵².

Nettamente prevalente risulta quindi l'inflizione dell'onere del pagamento di una somma di denaro. Nonostante esso non corrisponda ad una pena pecuniaria, tuttavia, è difficile rinvenire un criterio discretivo sostanziale rispetto a quest'ultima. Inoltre, pur in assenza di indicazioni legislative relative al minimo o al massimo di tale somma, non si può escludere che la sua quantificazione debba avvenire nel rispetto dei principi di colpevolezza e proporzionalità rispetto al disvalore del fatto. Nei fatti, l'onere di pagamento corrisponderà quindi spesso all'ipotetica pena pecuniaria che sarebbe stata inflitta, con la possibilità di alcune riduzioni¹⁵³.

In secondo luogo, possono accompagnare la pronuncia sulla sospensione condizionale anche alcune direttive (*Weisungen*, § 56c *StGB*), finalizzate ad evitare che il condannato commetta nuovi reati. Esse possono consistere, ad esempio, nel

¹⁴⁹ Cfr. tra i tanti, G. FORNASARI, *Riflessioni sulla disciplina della sospensione condizionale della pena nel «Progetto Grosso»*, cit., 58 e D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale della pena: problemi e prospettive*, in *op. cit.*, 129.

¹⁵⁰ L'elenco del § 56b *StGB* è tassativo. Inoltre, la previsione relativa alla riparazione prevale sulle altre due, come si evince dal secondo comma della norma, che ammette il ricorso al pagamento della somma a favore di un'associazione benefica o dello Stato oppure al lavoro di pubblica utilità solo quando questi due oneri non siano d'ostacolo alla *Wiedergutmachung*.

¹⁵¹ Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 840.

¹⁵² Cfr. F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 95-6.

¹⁵³ Cfr. *ibidem*, 97.

divieto di incontrare determinate persone o di possedere determinati oggetti, come pure nell'obbligo di presentarsi periodicamente al Tribunale o presso un ufficio pubblico. Tali misure rispondono ad una finalità che si potrebbe definire di prevenzione speciale negativa, e trovano un limite nell'inesigibilità della prestazione richiesta.

Un terzo, interessante aspetto, è rappresentato dalla possibilità di affiancare al condannato un *Bewährungshelfer*, una sorta di assistente sociale con una formazione *ad hoc* che lo dovrebbe aiutare a non ricadere nel reato (§ 56d *StGB*)¹⁵⁴. Si tratta di una opzione possibile solo nel caso in cui le direttive impartite ai sensi del paragrafo precedente non appaiano sufficienti a scongiurare il pericolo di recidiva¹⁵⁵, alla quale tuttavia negli ultimi anni si registra un crescente ricorso¹⁵⁶.

Contenuto e natura di oneri e direttive possono essere determinati dal tribunale anche in un momento successivo alla condanna. La loro violazione, come pure la volontaria sottrazione alla vigilanza del *Bewährungshelfer* e la commissione di un reato, comportano infine la revoca della prova¹⁵⁷.

Nel 2013, quasi il 70% delle sentenze di condanna ad una pena detentiva è stato sospeso condizionalmente¹⁵⁸. Si tratta di un valore medio, leggermente più alto per quanto riguarda le pene fino ai nove mesi e poco più basso per quelle da nove mesi a due anni¹⁵⁹.

2.4. Sospensione condizionale del residuo di pena detentiva temporanea

I §§ 57 e 57a *StGB* contengono una disciplina analoga a quella della liberazione condizionale italiana¹⁶⁰. Entrambe le misure, infatti, perseguono la risocializzazione del condannato, benché (almeno secondo una risalente interpretazione letterale) la norma del nostro ordinamento richieda che il processo

¹⁵⁴ La legge (§ 56d *StGB*) prevede che il *Bewährungshelfer* possa essere anche un volontario. Chiariscono meglio la funzione di questa figura, al tempo stesso aiuto e controllo per il condannato, R. GROSSER, B. MAELICKE, *Bewährungshilfe*, in AA.VV., *Resozialisierung. Handbuch*, cit., 180-3.

¹⁵⁵ Benché il § 56d al co. II preveda che l'affiancamento del *Bewährungshelfer* sia la regola se il condannato ha meno di 27 anni ed è stato condannato ad una pena detentiva superiore ai nove mesi.

¹⁵⁶ Cfr. F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 101.

¹⁵⁷ Cfr. §§ 56e-56f *StGB*.

¹⁵⁸ Più precisamente, sono state sospese 80.950 condanne su 115.880.

¹⁵⁹ I dati relativi al 2013 risultano leggermente inferiori rispetto a quelli riportati da F. STRENG, *op. cit.*, 81, riferiti al 2009, quando la media delle condanne sospese si aggirava intorno al 78%, con una punta dell'80% per quanto riguarda le pene detentive tra i sei ed i nove mesi.

¹⁶⁰ Cfr. G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, cit., 522.

rieducativo si sia già compiuto al momento della concessione della misura¹⁶¹. Comune ad entrambi gli ordinamenti è la convinzione che la prospettiva di una liberazione anticipata favorisca di fatto la buona condotta del detenuto¹⁶².

Inoltre, in Germania essa rappresenta una modalità di accompagnamento del condannato verso un pieno ritorno in libertà¹⁶³, e la sua esecuzione (fino all'espiazione della pena) è accompagnata dalle stesse prescrizioni che caratterizzano la sospensione condizionale¹⁶⁴.

Controversa, inoltre, la questione in ordine all'applicabilità dell'istituto in questione anche alle pene detentive ottenute dalla conversione della pena pecuniaria ineseguita. La giurisprudenza prevalente tende a rispondere in senso negativo, considerata la peculiare origine della pena sostitutiva e la circostanza che la relativa durata può essere abbreviata, anche successivamente, attraverso pagamenti parziali della *Geldstrafe* originaria¹⁶⁵. Parte della dottrina accoglie questa lettura, basandosi sia sul dato letterale (il § 57 *StGB* non fa alcun riferimento alla pena sostitutiva), sia sulla circostanza che le norme relative alla revoca della sospensione non sono compatibili con la pena sostitutiva¹⁶⁶. Le voci contrarie, invece, fanno leva sul principio di uguaglianza e sull'irragionevolezza di un tale divieto¹⁶⁷.

¹⁶¹ Cfr. *supra*, cap. II, 4.2.

¹⁶² Per l'Italia, si rimanda a quanto già scritto. Per la Germania, cfr. F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 134-5 e K. LAUBENHTAL, *Strafvollzug*, cit., 466.

¹⁶³ Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 849.

¹⁶⁴ I §§ 57 e 57a *StGB* fanno espresso rinvio alle norme in materia di sospensione condizionale della pena nel determinare non solo il contenuto del periodo di sospensione, ma anche le modalità di modifica delle prescrizioni e la revoca della prova.

¹⁶⁵ Così J. HÄGER, § 43, in H. W. LAUFHÜTTE ET AL., *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, Großkommentar*, cit., 949. Per un elenco della controversa giurisprudenza di merito cfr. *ibidem*, 942, nota 16. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, cfr. J. HUBRACH, § 57, in H. W. LAUFHÜTTE ET AL., *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, Bd. III*, cit., 111, la quale tuttavia osserva come l'interpretazione che propende per l'esclusione della possibilità della sospensione del residuo di *Ersatzfreiheitsstrafe* sia la più vicina al dato letterale della legge: una soluzione in senso contrario dovrebbe essere supportata da una modifica legislativa.

¹⁶⁶ Così J. HÄGER, § 43, in *op. cit.*, 942-3. Affronta dettagliatamente le contraddizioni sistematiche, dogmatiche e logiche che a suo parere deriverebbero dall'estensione analogica del campo di applicazione del § 57 *StGB* K.-H. GROß, *Reststrafenaussetzung von Ersatzfreiheitsstrafen?*, in *StV*, 1999, 508, il quale conclude il suo intervento con la richiesta (tuttora inascoltata) di un intervento chiarificatore del legislatore (cfr. *ibidem*, 510).

¹⁶⁷ Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 850, secondo i quali non vi sono argomenti di politica del diritto che possono validamente fondare la pretesa esclusione del raggio di applicazione del § 57 al § 43 *StGB*.

Di regola, la pena detentiva temporanea viene sospesa dalla *Strafvollstreckungskammer*¹⁶⁸ dopo che sono stati espiati due terzi della sua durata, sempre che il condannato vi acconsenta e che non vi ostino ragioni di sicurezza della collettività¹⁶⁹. In questo primo caso, la sospensione è obbligatoria¹⁷⁰.

Al contrario, essa è facoltativa se sia stata scontata metà della pena: in tale ipotesi, il secondo comma del § 57 *StGB* richiede, oltre ai requisiti di cui al primo comma (consenso del condannato ed assenza del pericolo di recidiva), che siano stati già scontati almeno sei mesi di pena e che la persona sia alla sua prima condanna a pena detentiva, la quale non deve superare i due anni¹⁷¹.

¹⁶⁸ Le *Strafvollstreckungskammern* vengono formate presso ogni tribunale «di primo grado» (*Landgericht*), nella cui circoscrizione si trovi almeno una struttura penitenziaria. Su questo, più precisamente, cfr. *infra*, 4.2, e K. LAUBENTHAL, N. NESTLER, *Strafvollstreckung*, Berlin, 2010, 28 ss. Tra le competenze di tali organi rientra anche la decisione sulla sospensione del residuo di pena. Per collaborare alla valutazione del comportamento del reo durante l'espiazione della pena, l'istituto di reclusione fa pervenire una «presa di posizione» al tribunale. Cfr. K. LAUBENTHAL, *Strafvollzug*, cit., 470.

¹⁶⁹ Questo è il requisito della c.d. *günstige Sozialprognose*: da un bilanciamento tra le esigenze di sicurezza della collettività e l'interesse alla risocializzazione del condannato, effettuato tenendo conto di elementi quali la personalità del condannato, la sua vita precedente, le circostanze del reato commesso ed il suo comportamento in carcere (cfr. § 57 co. I, seconda frase, *StGB*) l'organo giudicante deve poter ragionevolmente ritenere che egli si asterrà dal commettere nuovi reati. In assenza di una teoria o spiegazione scientifica che permetta di prevedere il rischio di recidiva, tale giudizio avrà carattere probabilistico. La giurisprudenza parla al proposito di «*vetretbares Restrisiko*» (accettabile rischio di ricaduta), cfr. *BVerfG*, sentenza del 22 marzo 1998, 2 BvR 77/97, in www.bverfg.de, Rn. 26. L'affermazione della *günstige Sozialprognose* non si limita alla valutazione della condotta in carcere del condannato o sulla sua partecipazione a programmi riabilitativi mirati: nel giudizio complessivo le modalità del reato mantengono un'importanza fondamentale. Così, ad esempio, il *BGH* ha confermato la decisione con cui le corti di merito avevano negato il beneficio ad un componente della «cellula di Amburgo» che aveva partecipato agli attentati dell'11 settembre 2001. Pur riconoscendo che la sospensione condizionale del residuo di pena deve avere uno spazio reale ed effettivo anche nei confronti di chi ha commesso delitti particolarmente gravi, nel caso di specie la Corte ha negato che il condannato si fosse in qualche modo dissociato dagli ideali del fondamentalismo islamico che lo avevano condotto a trascorrere dei periodi presso un campo di addestramento in Afghanistan ed in seguito a collaborare alla morte di 246 persone. Cfr. *BGH*, StB 4/14, sentenza del 10 aprile 2014, in *HRRS*, 2014, 545. Inoltre, se motiva la sua decisione, il Tribunale può discostarsi dalle conclusioni di una eventuale perizia medica che neghi il rischio di recidiva, perché la decisione prognostica finale spetta solo all'organo giudicante. Cfr. *BVerfG*, decisione del 27 giugno 2011, 2 BvR 2135/10, Rn. 16-17, in www.bverfg.de.

¹⁷⁰ Lo si ricava dalla lettera del § 57 co. I, che si limita ad affermare che, in presenza dei requisiti citati, il tribunale «sospende l'esecuzione della pena». Cfr. K. LAUBENTHAL, *Strafvollzug*, cit., 466.

¹⁷¹ Tale requisito viene interpretato nel senso di ricomprendere anche le ipotesi in cui il soggetto sia già stato sottoposto a custodia cautelare in un momento precedente, ovvero le ipotesi di numerose condanne, tutte eseguite per la prima volta nello stesso momento e la cui somma rimanga sotto il limite dei due anni. Tuttavia, il § 57 co. II non può trovare applicazione nei confronti del condannato che abbia già subito una pena detentiva prevista dal diritto penale minorile o una *Ersatzfreiheitsstrafe*. Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 851-2.

In alternativa a questo secondo requisito, la decisione di sospendere la pena può derivare anche dall'esistenza di particolari circostanze, desunte dal fatto, dalla personalità del reo e dalla sua evoluzione durante l'esecuzione¹⁷².

La dottrina più attenta ha fatto notare come la disposizione in esame non menzioni né aspetti generalpreventivi (non vi sono, infatti, riferimenti alla *Verteidigung der Rechtsordnung*, citata dal § 56 III co. *StGB*), né compensativi-retributivi (la *Schwere der Schuld* viene menzionata solo nel successivo § 57a). Di conseguenza, al soddisfacimento dei requisiti di cui al secondo comma del § 57 *StGB* dovrebbe corrispondere *de plano* la concessione della misura¹⁷³.

Tuttavia, l'applicazione della *Aussetzung der Strafrestes zur Bewährung* è relativamente modesta: nonostante vi siano differenze tra un *Bundesland* e l'altro, in media solo un terzo dei condannati ne fruisce dopo aver espiato due terzi della pena, ed una percentuale irrisoria (3%) dopo metà: si afferma quindi che, in Germania, l'espiazione dell'intera pena detentiva costituisca la regola, la sospensione parziale l'eccezione¹⁷⁴.

Vale la pena di notare che spesso la misura non viene concessa a causa del dissenso del condannato: si tratta di ipotesi problematiche, nelle quali è lecito dubitare della genuinità della decisione del soggetto (che potrebbe essere stato sottoposto a pressioni all'interno del carcere). Inoltre, pare difficile distinguere le scelte ponderate da quelle fondate sul solo timore del rigetto dell'istanza¹⁷⁵.

¹⁷² L'ambito di applicazione del secondo comma del § 57 *StGB* è stato ampliato dalla 23. legge di riforma del diritto penale del 13 aprile 1986, in vigore dal primo maggio dello stesso anno. Il legislatore ampliò i presupposti di concessione della sospensione facoltativa della metà della pena allo scopo di allargarne l'utilizzo, che negli anni precedenti si attestava su di un misero 0,2-0,3% del totale dei rilasci dal carcere. Su questo, cfr. M. WALTER, H. GEITER, W. FISCHER, *Halbstrafenaussetzung - ein ungenutztes Institut zur Verringerung des Freiheitsentzugs*, in *NStZ*, 1989, 407.

¹⁷³ Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 852. Secondo tale interpretazione, l'unico caso di esclusione della sospensione sarebbe l'ipotesi di cui al VI comma del § 57 (ipotesi in cui il condannato abbia dato informazioni false o lacunose relative alla collocazione del mezzo o del profitto del reato).

¹⁷⁴ I dati si riferiscono al 2011. Cfr. B.-D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 147-8, i quali tuttavia fanno presente che, trattandosi di una rilevazione effettuata sul totale delle condanne, togliendo le *Ersatzfreiheitsstrafen* e le pene di durata inferiore ai due mesi (insuscettibili di sospensione), la quota di pene sospese dovrebbe aumentare leggermente.

¹⁷⁵ La percentuale di rifiuto oscilla, a seconda delle ricerche, tra il 12 ed il 39%. Cfr. K. LAUBENTHAL, *Die Einwilligung des Verurteilten in die Strafrestauesetzung zur Bewährung*, in *JZ*, 1988, 953 ss. Prendono in considerazione il problematico aspetto del rifiuto del condannato anche M. WALTER, H. GEITER, W. FISCHER, *Halbstrafenaussetzung - ein ungenutztes Institut zur Verringerung des Freiheitsentzugs*, cit., 411.

2.5. Ammonizione con riserva di pena

Presenta alcune affinità con la sospensione condizionale l'ammonizione con riserva di pena¹⁷⁶, la quale tuttavia trova applicazione solo per le condanne a pena pecuniaria sino ad un determinato ammontare (180 tassi giornalieri, corrispondenti a reati di lieve gravità)¹⁷⁷. Tale istituto risponde principalmente ad una finalità specialpreventiva, ed è stato concepito per essere applicato nei confronti di chi ha delinuito per la prima volta: per tali soggetti, il contenuto punitivo della pena si riduce alla pronuncia della condanna ed al conseguente «ammonimento», corredato dall'eventuale obbligo di adempiere a determinate prescrizioni inflitte dal giudice al momento dell'ammonizione (§§ 59-59c *StGB*). Tra queste, anche il pagamento di una somma a favore di un'organizzazione attiva nel sociale ed il raggiungimento di un accordo con la parte offesa. La concessione della misura è subordinata, oltre che ad una prognosi favorevole di non recidiva, al fatto che, da un giudizio globale sulla personalità del reo, constino particolari circostanze che rendono superflua l'inflizione della pena. In terzo luogo, non devono ostare alla concessione del beneficio ragioni di *Verteidigung der Rechtsordnung*¹⁷⁸. In presenza di tutti questi requisiti, la misura dovrà essere concessa *de plano* dal giudice, il quale potrà decidere in senso contrario solo in casi veramente eccezionali¹⁷⁹.

Dopo l'ammonizione, la pena rimane sospesa per un periodo da uno a due anni, durante il quale il condannato dovrà rispettare le indicazioni ricevute e non commettere altri reati. Superato positivamente tale periodo, il tribunale dichiarerà con sentenza che l'ammonizione è stata sufficiente. La sentenza di condanna sarà quindi cancellata dal registro centrale ed il soggetto risulterà incensurato. Il mancato

¹⁷⁶ Ad entrambi gli istituti, infatti, è sottesa l'idea della *Bewährung*, intesa come «messa alla prova», ma l'ammonizione mantiene un carattere molto meno afflittivo della sospensione e non può essere considerata una vera e propria pena in senso sostanziale secondo F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 78.

¹⁷⁷ Ovviamente, deve trattarsi di una pena applicata in via esclusiva, perché un'eventuale applicazione dell'istituto insieme ad altre sanzioni oppure ad una misura di miglioramento e sicurezza lo svuoterebbe di significato. Cfr. B.-D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 57-8.

¹⁷⁸ Si tratta, come noto, di un concetto di matrice generalpreventiva impossibile da stabilire *a priori*, che dovrà essere preso in considerazione ogni volta con riferimento a caso concreto. Tuttavia, nella prassi non viene riconosciuta particolare importanza a tale requisito. Cfr. B.-D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 60-1.

¹⁷⁹ Cfr. F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 79 e nota 471 per riferimenti all'ampio consenso dottrinale di cui gode tale affermazione.

rinvio delle norme sull'ammonimento al § 56d *StGB* ha portato a ritenere che, in questo caso, il probando non potrà essere affiancato da un *Bewährungshelfer*.

L'utilità ed il fondamento politico-criminale dell'istituto sono piuttosto discussi: da un lato, si osserva che esso difetterebbe di quel contributo retributivo che deve caratterizzare la pena (ma a questa osservazione è facile obiettare che, nel caso in esame, le circostanze del caso concreto devono portare a ritenere che non sussista nemmeno la meritevolezza di pena). D'altro canto, vi è stato chi ha sostenuto la superfluità di un'ulteriore misura di contrasto alla criminalità lieve, la quale viene comunque già sanzionata con la pena pecuniaria oppure, se si tratta di ipotesi veramente bagatellari, con l'archiviazione provvisoria del procedimento (§ 153a *StPO*¹⁸⁰). Di conseguenza, risulta difficile ricavare uno spazio applicativo per l'istituto della sospensione.

Come autorevolmente affermato, tuttavia, la partita si gioca tutta sul buon funzionamento dei tassi giornalieri: se essi riescono a permettere un adattamento perfetto della pena pecuniaria alle condizioni economiche del condannato, anche la relativa funzione specialpreventiva risulta completamente soddisfatta. In tale quadro, non emergono ragioni valide per ricorrere alla sua sospensione, e l'istituto di cui al § 59 *StGB* non avrebbe ragione di essere¹⁸¹.

Le recenti statistiche hanno registrato un uso piuttosto scarso dell'istituto in esame¹⁸², il quale tuttavia è in lento, costante aumento negli anni¹⁸³. La circostanza che, nella ristretta cerchia di soggetti «ammoniti con riserva», solo una quota molto ridotta di essi non superi il periodo di prova viene letta come la conferma del

¹⁸⁰ Cfr. *supra*, cap. I, punto 4.2.

¹⁸¹ Esso tuttavia potrebbe recuperare uno spazio applicativo di fronte ad un maggiore utilizzo della possibilità, introdotta nel 1986, secondo cui la sospensione con ammonimento può essere accompagnata dalla condanna al pagamento di una somma a favore di una società attiva nel sociale (§ 59a co, II lett. 3 *StGB*). Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 857-8.

¹⁸² Nel 2013, gli ammoniti con riserva di pena sono stati 7.655. Considerato che in tutto sono stati condannati 674.201 soggetti, il § 59 *StGB* risulta applicato in poco più dell'1% dei casi. Tra gli ammoniti, 3.491 persone si sono risparmiate una pena pecuniaria ricompresa tra i 31 ed i 90 tassi giornalieri. Relativamente ristretta invece la quota dei soggetti che sarebbero stati condannati a pagare da 90 a 180 tassi giornalieri (635), a conferma del fatto che la misura trova applicazione nei confronti delle fasce più lievi di criminalità.

¹⁸³ Lo nota B.-D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 63, che evidenzia come il numero dei condannati «ammoniti» sia passato da 1309 nel 1980 a 8083 nel 2010. Circa un terzo di essi è di sesso femminile. La cifra è significativa anche se si tiene presente che le statistiche ufficiali hanno potuto ricomprendere i nuovi *Bundesländer* (ad esclusione di Berlino) solo da dopo il 2006. Il reato più frequente commesso dai beneficiari della misura di cui al § 59 *StGB* è la truffa (*Betrug*), seguito dalle lesioni personali semplici e dal furto.

carattere eccezionale della misura, destinata solo a soggetti particolarmente poco problematici¹⁸⁴.

2.6. Absehen von Strafe

Il diritto tedesco conosce tre ordini di ipotesi di «rinuncia alla pena».

In primo luogo, il § 60 *StGB* impone¹⁸⁵ al tribunale che pronuncia una sentenza di condanna (alla detenzione fino ad un anno) di astenersi dall'infliggere la pena nel caso in cui le conseguenze del fatto commesso siano per il suo autore talmente gravi da rendere superflua la sua punizione¹⁸⁶. In questa ipotesi, sia la finalità specialpreventiva che quella retributivo-compensativa si considerano sostanzialmente già soddisfatte dalla pronuncia della sola sentenza di condanna: il rischio di recidiva è praticamente nullo, ed il condannato risentirà a lungo delle conseguenze negative del fatto in termini di sofferenza, fisica o morale¹⁸⁷. Queste, tuttavia, devono avere assunto una gravità particolare, superiore alle normali reazioni che ci si può aspettare da un soggetto che ha commesso un reato¹⁸⁸. Inoltre, ragioni di prevenzione generale ostano ad un'estensione dell'ambito di applicazione dell'istituto a pene di durata maggiore¹⁸⁹.

La seconda possibilità di *Absehen von Strafe* è quella prevista dal § 46a *StGB* in relazione all'avvenuta riparazione del danno, di cui si è già parlato¹⁹⁰; mentre un terzo ventaglio di possibilità viene aperto da singole norme di parte speciale che

¹⁸⁴ Cfr. F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 80. L'A. basa le sue considerazioni su dati del 2009, secondo i quali su un totale di 7.930 persone ammonite con riserva di pena solo 550, pari al 6,7% circa del totale. Nel 2013 la percentuale è solo leggermente più alta: su 7.655 ammoniti, solo 609 di essi è stato condannato ai sensi del § 59b *StGB* ad espiare la pena precedentemente sospesa. Ciò corrisponde circa al 7,8 % circa del totale.

¹⁸⁵ Ricorrendone i presupposti di cui al § 60, il giudice deve concedere la misura. Cfr. B.-D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 54.

¹⁸⁶ Si tratta di ipotesi nelle quali l'autore del reato, pur avendo agito colpevolmente, ha subito egli stesso enormi danni alla salute, ovvero ha cagionato la morte di un familiare (ad es., nel caso di un incidente stradale). Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 862.

¹⁸⁷ Ovviamente, non si deve trattare di conseguenze negative volontariamente causate dal reo, anche se non rileva la loro prevedibilità o meno. Sono ricomprese conseguenze quali la perdita del lavoro o il fallimento del matrimonio, sempre che derivino dalla commissione del fatto e non dal processo penale, nonché danni subiti da persone vicine al reo. Cfr. B.-D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 54-55.

¹⁸⁸ Cfr. J. HUBRACH, § 60, in H. W. LAUFHÜTTE ET AL., *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, Großkommentar, III. Band*, cit., 209.

¹⁸⁹ Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 862.

¹⁹⁰ Cfr. *supra*, cap. I, 4.2.

individuano ipotesi di significativa diminuzione della colpevolezza ovvero dell'ingiustizia del fatto (*Unrecht der Straftat*)¹⁹¹.

3. La commisurazione della pena

La decisione relativa alla quantificazione della pena (con le particolarità che si vedranno) viene normalmente definita «commisurazione in senso stretto», mentre decisioni successive, quali ad esempio la sospensione condizionale ovvero la concezione di una rateazione di pagamento della pena pecuniaria, appartengono alla fase della «commisurazione in senso lato»¹⁹². I criteri che regolano la seconda fase della commisurazione sono già stati presi in esame al momento della trattazione delle diverse pene. Ci si concentrerà quindi ora sulle regole che guidano il giudice nella determinazione del *quomodo* e del *quantum* della sanzione.

3.1. Cornice edittale e besonders schwere o minder schwere Fälle

In Germania, come pure in Italia ed in tutti i paesi europei di *civil law*¹⁹³, la decisione in ordine alla specie ed all'entità della pena da irrogare nel caso concreto spetta al giudice, il quale è vincolato dalle cornici edittali e dai parametri di cui al § 46 *StGB*. Il legislatore ha fatto un uso molto parsimonioso delle pene fisse¹⁹⁴, prediligendo al contrario cornici edittali molto ampie¹⁹⁵, che consentano un vero adeguamento della pena al reato commesso ed al suo autore, in ossequio ad esigenze di uguaglianza sostanziale¹⁹⁶. I relativi, potenziali, problemi in termini di rispetto del principio di determinatezza si considerano normalmente attenuati dalla circostanza

¹⁹¹ Ad esempio, il IV co. del § 142 *StGB* prevede che il tribunale possa alternativamente diminuire la pena ovvero rinunciarvi del tutto nel caso del soggetto che, coinvolto in un incidente stradale, si sia allontanato dal luogo dell'incidente senza aver prima fornito le proprie generalità al danneggiato, ma vi provveda volontariamente entro le 24 ore successive, sempre che l'incidente si sia verificato in una zona poco trafficata ed abbia causato solo danni lievi alle cose.

¹⁹² Cfr. H. ZIPF, D. DÖLLING, *Die Rechtsfolgen der Tat*, in *op. cit.*, 753.

¹⁹³ Cfr. A. MENGHINI, *Sistemi sanzionatori a confronto*, cit., 172 ss., che porta l'esempio di Spagna e Portogallo, mentre H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *op. cit.*, 883-4, accennano brevemente alla disciplina legislativa di Austria, Svizzera e Francia (per poi dedicarsi ai paesi di *common law*).

¹⁹⁴ Tale è considerata la reclusione perpetua, nei due casi in cui essa è prevista come unica pena.

¹⁹⁵ Ad esempio, il reato di estorsione (*Erpressung*, § 253 *StGB*) è punito alternativamente con la pena pecuniaria oppure con la detenzione fino a cinque anni (la norma non menziona il minimo: quindi, si applica il § 38 co. II, che prevede la pena detentiva minima di un mese) oppure con la pena pecuniaria; l'omicidio «semplice» (*Totschlag*, § 212 *StGB*) con la detenzione fino a cinque anni, l'alto tradimento di uno Stato federale (*Hochverrat gegen ein Land* § 82 *StGB*) con la detenzione da uno a dieci anni.

¹⁹⁶ Cfr. F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 245.

che, di fatto, la prassi giurisprudenziale si è assestata molto al di sotto dei massimi edittali¹⁹⁷. Prevale quindi la visione che parla, al proposito, di discrezionalità vincolata¹⁹⁸.

In aggiunta a tali parametri, il sistema tedesco conosce alcune particolari «regole legislative di commisurazione»¹⁹⁹: per numerose ipotesi di parte speciale, il legislatore ridefinisce integralmente la cornice edittale nel caso in cui un reato venga commesso in una variante particolarmente grave o particolarmente lieve (*besonders schwerer* o *minder schwerer Fall*), il cui contenuto però non viene meglio specificato²⁰⁰. In assenza di un dettato legislativo che funga da guida, una parte della dottrina ritiene che la commisurazione della pena debba spiegarsi su due piani: per prima cosa, il giudice deve decidere se si trova di fronte ad un'ipotesi «normale» ovvero ad una variante grave o lieve del fatto. Solo una volta risolta questa questione, egli potrà fissare l'entità della pena concreta all'interno della cornice edittale data, ricorrendo ai criteri di cui al § 46 *StGB*²⁰¹.

Peraltro, rimane controversa la questione relativa agli aspetti da considerare per ammettere l'esistenza di un caso particolarmente (o meno) grave: la giurisprudenza prevalente richiede di ricomprendere in tale giudizio aspetti sia

¹⁹⁷ Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 872. Più critico, tuttavia, F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 246, che ricorda «con stupore» come le istanze dottrinali di ridurre l'ampiezza delle cornici sono state sconfessate dal legislatore, il quale con la sesta riforma del diritto penale (6. *StrRG*, in vigore dal 1.4.1998), ha di fatto aumentato genericamente le pene nei reati contro la vita, l'integrità fisica e la libertà. Egli inoltre porta alcuni esempi di cornici edittali ritenute troppo ampie: ad esempio, per casi particolarmente gravi di furto la pena detentiva va da 3 mesi a 10 anni (§ 243 co. I *StGB*).

¹⁹⁸ Cfr. H. ZIPF, D. DÖLLING, *Die Rechtsfolgen der Tat*, cit., 829.

¹⁹⁹ G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, cit., 508. Parlano al proposito di «*unbenannten Strafänderungsgründen*» H. ZIPF, D. DÖLLING, *Die Rechtsfolgen der Tat*, in *op. cit.*, 756. Benché il legislatore del 1973 abbia deciso di ridurre il numero di tali regole al fine di semplificarne la disciplina e ridurre la discrezionalità giudiziale, questi presentano tuttora aspetti interpretativi molto problematici (cfr. *ibidem*, 509).

²⁰⁰ Ad esempio, se la pena per il «matrimonio coatto» (*Zwangsheirat*) va da sei mesi a cinque anni, il quarto comma del § 237 *StGB* prevede semplicemente che, in casi di minore gravità, il giudice possa applicare la pena della reclusione fino a tre anni ovvero la pena pecuniaria.

²⁰¹ Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 873, che evidenziano l'inaccettabilità della teoria opposta, secondo la quale, se ritiene che sussista un caso particolarmente grave o lieve, il giudice dovrebbe poter muoversi all'interno della nuova cornice edittale complessiva così formata (che va quindi dalla pena più lieve prevista per il caso meno grave alla pena più alta prevista per il caso più grave). Tale teoria verrebbe inoltre contraddetta dalla circostanza che spesso le cornici edittali per il caso più o meno grave rimangono ricomprese all'interno della cornice edittale della fattispecie «base». *Contra* F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 251-2. Riportano entrambi le tesi, per poi mettere in guardia sulle rispettive scarse ricadute pratiche, H. ZIPF, D. DÖLLING, *Die Rechtsfolgen der Tat*, in *op. cit.*, 757-8, che definiscono «*virulent*» il problema delle ampie cornici edittali.

oggettivi sia soggettivi, come pure tutti gli elementi, precedenti, contemporanei o successivi al fatto, che consentono di fondare un «giudizio globale»²⁰².

La dottrina critica aspramente tale soluzione, suggerendo che la valutazione venga effettuata con esclusivo riferimento alle circostanze oggettive del fatto, mentre tutti gli altri aspetti dovrebbero essere presi in considerazione nella seconda fase della commisurazione, quella che avviene ai sensi del § 46 *StGB*²⁰³.

In talune ipotesi delittuose, il legislatore menziona, attraverso gli «esempi di regola» (*Regelbeispiele*) una serie di fattori che potrebbero integrare un caso particolarmente grave o meno grave. Questi elenchi non sono né tassativi né vincolanti per il giudice, il quale potrà ravvisare un caso particolarmente grave diverso da quelli elencati per la singola fattispecie oppure applicare la pena prevista per il reato base nonostante ricorrano i presupposti dell'esempio di regola²⁰⁴.

Il problema maggiore in relazione ai *besonders schwere* o *minder schwere Fälle* riguarda la loro natura giuridica, astrattamente ascrivibile sia agli elementi qualificanti il fatto tipico²⁰⁵, sia alle regole per la commisurazione. Ancora, vi è chi sostiene che essi rappresentino una terza categoria, a metà tra le due appena citate. Le ricadute pratiche di questa classificazione riguardano, come ovvio, l'applicabilità delle norme di parte generale (tentativo, errore, concorso di persone), tra le quali spicca la disciplina dell'elemento soggettivo²⁰⁶.

Il punto di vista prevalente le considera regole per la commisurazione, cui si applicano per analogia le norme sugli elementi della fattispecie, per quanto compatibili²⁰⁷. Quindi, il dolo dell'autore deve abbracciare anche i casi in esame, a

²⁰² Per ampi riferimenti giurisprudenziali, cfr. F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 248-51, il quale tuttavia avverte che, nei *besonders schwere Fälle*, la pena non potrà mai superare il limite della colpevolezza.

²⁰³ Così H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 873. Conf. F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 250, secondo cui la pratica dei tribunali contrasta con l'intenzione del legislatore, che sicuramente non intendeva dare loro un «assegno in bianco» per commisurare la pena.

²⁰⁴ In questo secondo caso, il giudice dovrà rispettare uno stretto obbligo motivazionale. Cfr. H. ZIPF, D. DÖLLING, *Die Rechtsfolgen der Tat*, in *op. cit.*, 760-1.

²⁰⁵ Se così fosse, tuttavia, per non infrangere il divieto di analogia bisognerebbe escludere la possibilità di riconoscere un *besonders schwerer Fall* al di fuori dei *Regelbeispiele*, ma questo contrasta con la *ratio* stessa della loro introduzione. Inoltre, dove fosse affermata l'esistenza di un *Regelbeispiel*, il giudice dovrebbe applicare *de plano* la relativa cornice edittale, senza spazio per una decisione discrezionale. Cfr. F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 251.

²⁰⁶ Cfr. H. ZIPF, D. DÖLLING, *Die Rechtsfolgen der Tat*, in *op. cit.*, 760.

²⁰⁷ Cfr. *ibidem*, 760.

meno che non si tratti di circostanze che incidono sul disvalore dell'evento, per le quali è sufficiente la colpa²⁰⁸.

3.2. Cornice legislativa e scopi della pena

Come noto, il momento dell'inflizione in concreto della pena risente moltissimo delle finalità della pena predilette dal legislatore ovvero, in assenza di un dettato chiaro sul punto, dal singolo giudice. Per quanto riguarda il sistema giuridico tedesco, come già accennato, le norme di cui al primo comma del § 46 *StGB* sono state ritenute congeniali alla *Vereinigungstheorie*: il riferimento alla colpevolezza dell'autore risente di echi retributivi, mentre quello agli effetti della pena sulla vita futura del condannato consente al giudice di prendere in considerazione elementi specialpreventivi (più precisamente, risocializzativi)²⁰⁹. In quest'ottica, la diffusa consapevolezza in ordine alle conseguenze negative del carcere dovrebbe indurre il giudice ad applicare la pena detentiva solo quale *ultima ratio*, cercando di privilegiare altri tipi di sanzione²¹⁰.

Dalla circostanza secondo la quale la norma in esame richiede che la pena sia adeguata alla colpevolezza (*schuldangemessene Strafe*)²¹¹, dottrina e giurisprudenza traggono unanimemente alcune conclusioni.

In primo luogo, si nega che la pena possa superare per eccesso il grado della colpevolezza. Tale considerazione consente di risolvere anche la questione sulla possibilità o meno di ricomprendere, tra gli scopi della pena al momento della commisurazione, la prevenzione generale. Benché tale scopo non sia direttamente menzionato dal § 46 *StGB*, la sua rilevanza si deduce da ragioni di ordine sistematico²¹². Inoltre, pur in assenza di prove scientifiche sul punto, è intuitivo che

²⁰⁸ In forza di un'applicazione analogica del § 18 *StGB*, il quale disciplina i reati aggravati dall'evento. Cfr. G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, cit., 510.

²⁰⁹ Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 877-8.

²¹⁰ Tale osservazione non ha un fondamento solo «buonistico»: tra gli effetti negativi del carcere, rientra notoriamente un alto rischio di recidiva. Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 878-9, secondo cui i giudici dovrebbero ogni volta chiedersi se la colpevolezza dell'autore e/o la necessità di garantire la sicurezza della collettività sono così gravose da richiedere di sottoporre l'autore del reato agli inevitabili effetti collaterali del carcere. Più recentemente, riscontrano un certo sforzo in questo senso H. ZIPF, D. DÖLLING, *op. cit.*, 799.

²¹¹ Rimane irrisolto, comunque, il problema di «misurare il grado della colpevolezza». In assenza di indicazioni scientifiche, di fatto il riferimento è rappresentato dalle abitudini commisurative, dedotte dal confronto tra casi simili. Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 878.

²¹² Come si è visto, il riferimento alla *Verteidigung der Rechtsordnung* si trova in articoli «vicini» al § 46 *StGB*, quali ad esempio i §§ 47, 56 e 59 *StGB*.

l'inflizione di una pena «giusta» è più idonea a rafforzare la fiducia dei consociati nell'ordinamento rispetto ad una assolutamente sproporzionata²¹³.

Tuttavia, in assenza di un criterio che consenta di commisurare la quantità di pena necessaria a rafforzare la fiducia dei consociati nella validità della norma (c.d. *Normstabilisierung*), solo il riferimento all'adeguatezza tra pena e colpevolezza può soccorrere il giudice²¹⁴. Tra l'altro, questa operazione mette pure al riparo dal rischio che il singolo sia strumentalizzato attraverso l'inflizione di una pena esemplare, finalizzata unicamente a spaventare gli altri consociati (prevenzione generale negativa)²¹⁵.

Più controversa invece una seconda questione, relativa alla possibilità di ammettere che l'ammontare della pena inflitta rimanga al di sotto del grado della colpevolezza. Una tale diminuzione potrebbe essere giustificata, ad esempio, da ragioni di prevenzione speciale²¹⁶. Nonostante alcune voci dottrinali contrarie, tuttavia, giurisprudenza e dottrina prevalenti ravvisano nella colpevolezza anche il limite minimo della pena: eventuali conseguenze in senso eccessivamente negativo per il reo potranno, se del caso, essere prese in considerazione in un momento successivo (ad esempio, attraverso la decisione in ordine alla sospensione condizionale della pena)²¹⁷.

3.2.1. La «Grundlageformel» e la «Sozialklausel» di cui al primo comma del § 46 StGB

La determinazione del preciso significato dei due requisiti di cui al primo comma del § 46 StGB si rivela in realtà piuttosto difficoltosa, tanto che la norma si è guadagnata numerose accuse di indeterminatezza²¹⁸.

In particolare, i problemi maggiori sorgono dalla necessità di definire il concetto di colpevolezza ai fini della commisurazione²¹⁹: se la giurisprudenza di

²¹³ Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 877.

²¹⁴ Cfr. F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 266.

²¹⁵ H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 871-2.

²¹⁶ Si pensi all'ipotesi di un soggetto che, pur avendo commesso un reato, risulti talmente integrato nella società che una sanzione a contenuto detentivo potrebbe spiegare solo conseguenze negative per la sua vita futura.

²¹⁷ Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 879-80.

²¹⁸ Cfr. F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 253, il quale considera insuperabile il problema della vaghezza della formulazione legislativa, anche a causa della difficoltà di «tradurre» i gradi della colpevolezza in «quantità di pena».

legittimità tende ad identificarlo con la rimproverabilità personale del fatto, parte della dottrina richiede un'interpretazione più laica del concetto, che dia maggiore rilievo alla libertà dell'individuo²²⁰. Inoltre, è stato rilevato come, nella determinazione di tale concetto, non si devono considerare solo le modalità dell'azione, ma anche quelle dell'evento, per quanto riconducibili alla condotta del reo²²¹. Quanto ai fattori che dovrebbero orientare tale giudizio, il giudice può ricorrere ai criteri esemplificativi di cui al secondo comma del § 46²²². Tuttavia, rimane fermo il divieto di un «diritto penale dell'autore»: per questo, il giudice dovrà prendere in considerazione aspetti come la vita del reo ed il suo comportamento oltre la commissione del reato solo in quanto questi presentino uno stretto collegamento con il reato commesso²²³.

Il riferimento agli «effetti della pena sulla futura vita dell'autore nella società» si presta ad essere letto secondo entrambe le varianti della prevenzione speciale: da un lato, tale formula richiede che la pena non sia inutilmente desocializzante. Dall'altro, però, vengono in rilievo anche esigenze di protezione della società dal pericolo potenzialmente costituito dal reo (prevenzione speciale negativa)²²⁴.

In realtà, già un giudizio completo sulla colpevolezza dovrebbe ricomprendere aspetti quali l'effetto della pena sulla futura vita lavorativa del reo, ovvero sulla sua salute: particolari ricadute negative della pena in questi ambiti possono portare ad una diminuzione della pena commisurata alla colpevolezza, perché è come se il relativo contenuto, già afflittivo, assorbisse quello della pena²²⁵.

²¹⁹ Si parla, al proposito, di «*Strafzumessungsschuld*» quale «*Inbegriff derjenigen Umstände, aus deren Vorliegen oder Nichtvorliegen das Maß des gegen den Täter erhobenen Vorwurfs abgeleitet werden kann*» (B.-D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 185-6).

²²⁰ Cfr. F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 253.

²²¹ Cfr. H. ZIPF, D. DÖLLING, *Die Rechtsfolgen der Tat*, in *op. cit.*, 778-9, che chiariscono: «*Würde man die Strafzumessungsschuld allein von der Vorwerfbarkeit des Verhaltens abhängig machen, so müsste die Strafzumessungsschuld stets gleich sein, unabhängig davon, was im konkreten Fall geschieht. (...) Das dabei in Erscheinung tretende „Zufallsproblem“ wird für den Begriff der Strafzumessungsschuld dadurch erträglich, dass der Täter nur für solche Tatfolgen haftet, deren Eintritt ihm vorwerfbar ist*». Conf. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 887.

²²² Cfr. F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 255.

²²³ Cfr. W. THEUNE, § 46, in H. W. LAUFHÜTTE ET AL., *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, cit., 1066-7.

²²⁴ Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 878.

²²⁵ Così W. THEUNE, § 46, in *op. cit.* Una giurisprudenza costante riconosce un motivo di diminuzione della pena nel caso in cui un soggetto, a causa della commissione del reato, sia esposto al rischio di una sanzione disciplinare, della perdita del posto di lavoro o delle pretese pensionistiche. Questo

Per questa ragione, si ritiene che le valutazioni più pregnanti in riferimento alla vita futura del reo vengano prese in considerazione soprattutto per quanto riguarda l'opportunità o meno di concedere la sospensione condizionale della pena²²⁶, ovvero per la scelta della pena pecuniaria rispetto a quella detentiva²²⁷.

Il rapporto tra i due criteri in esame viene normalmente spiegato attraverso la *Spielraumtheorie*: quale prima operazione, il giudice deve individuare una fascia di pena adeguata alla colpevolezza, più ristretta rispetto alla cornice edittale legislativa. All'interno di tale intervallo, egli commisura la pena che, tenuto conto delle esigenze di prevenzione speciale, appare la più adatta al caso concreto²²⁸.

Nonostante questa precisazione, ed il suo ulteriore corollario che richiede di tenere concettualmente separati i concetti di colpevolezza e prevenzione speciale, di fatto la giurisprudenza sembra effettuare un giudizio globale, nel quale tiene conto di entrambi i fattori. Non sempre, inoltre, essa assolve puntualmente all'obbligo di motivazione²²⁹, ed infine non nega che, all'interno della cornice di pena adeguata alla colpevolezza, possano trovare spazio anche considerazioni di ordine generalpreventivo²³⁰.

principio, inizialmente affermato solo con riferimento ai dipendenti pubblici, è stato successivamente esteso anche ad altre professioni (avvocati, farmacisti, commercialisti). La sentenza «capofila» in questo ambito è rappresentata da *BGH*, 16 dicembre 1987, 2 StR 527/87, in *BGHSt* 35, 148 ss., che richiede che la conseguenza della perdita del posto di lavoro (pubblico) sia considerata già al momento della quantificazione della pena commisurata alla colpevolezza: (Rn. 7): «*Sie (la perdita del lavoro, n. d. A.) führt zu einer erheblichen Verschärfung der staatlichen Reaktion auf die Straftat und muß deshalb bei der Bestimmung des gerechten Schuldausgleiches beachtet werden*».

²²⁶ Cfr. W. THEUNE, § 46, in *op. cit.*, 1072.

²²⁷ Cfr. F. STRENG, *op. cit.*, 264.

²²⁸ Cfr. H. ZIPF, D. DÖLLING, *Die Rechtsfolgen der Tat*, in *op. cit.*, 749-51. La prevalenza della *Spielraumtheorie* rispetto ad altre opzioni di coordinamento tra i requisiti di cui al § 46 *StGB* (come ad es. la *Theorie der Punktstrafe*, secondo la quale esiste una sola pena possibile per ciascun caso concreto, oppure la *Theorie des sozialen Gestaltungsakts*, che privilegia non tanto la corrispondenza con la colpevolezza quanto l'adeguatezza sociale del *quantum* di pena) risulta accolta anche da H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 881.

²²⁹ Critico nei confronti delle applicazioni pratiche della *Spielraumtheorie* W. THEUNE, § 46, in *op. cit.*, 1079-81.

²³⁰ Cfr. *BGH*, 11 dicembre 2013, 5 StR 463/13, che precisa che la prevenzione generale negativa può trovare spazio solo in alcuni casi eccezionali, mentre più diffuso rimane il riferimento alla prevenzione generale positiva (*Stärkung des Vertrauens der Bevölkerung in den Schutz der Rechtsordnung*). Conf. (sulla necessità che la prevenzione generale negativa possa essere presa in considerazione solo in casi particolari) *BGH*, 8 maggio 2008, 3 StR 150/08, Rn. 5. Inoltre, talvolta si richiede che, a seguito della commissione del reato, vi sia stato un aumento di reati di quel genere: cfr. *BGH*, 5 aprile 2005, 4 StR 95/05: «*Der Tatrichter darf aber die Strafe aus Gründen der Abschreckung potentieller Täter nur dann höher bestimmen, als sie sonst ausgefallen wäre, wenn eine gemeinschaftsgefährliche Zunahme solcher oder ähnlicher Taten, wie sie zur Aburteilung stehen, festgestellt worden ist*». Tutte queste decisioni sono state reperite sul sito <http://juris.bundesgerichtshof.de>. Analisi nel dettaglio orientamenti giurisprudenziali ormai risalenti,

3.2.2. Il secondo comma del § 46 StGB

Il secondo comma del § 46 *StGB* riporta una serie di elementi che il giudice deve tenere in considerazione al momento della commisurazione della pena. L'elenco è aperto e meramente esemplificativo; inoltre, la norma non specifica quale sia il peso da attribuire ai singoli fattori, limitandosi ad affermare che devono essere valutati a favore o contro il reo. Al proposito è stato osservato che essi sono ambivalenti, perché il peso di uno stesso elemento può produrre effetti opposti a seconda delle circostanze²³¹.

Se le *strafzumessungsrelevanten Umstände* costituiscono già elementi del fatto tipico, non possono essere prese in considerazione due volte (§ 46, III co., *StGB*)²³². Inoltre, la loro esistenza non deve formare l'oggetto di un giudizio meramente ipotetico, ma deve essersi effettivamente verificata²³³. Qualsiasi dubbio, infine, va risolto a favore del condannato²³⁴.

Le circostanze in esame vengono normalmente divise in tre sottogruppi²³⁵.

Una prima categoria riguarda elementi relativi all'aspetto psicologico del reato, come i motivi che hanno spinto il soggetto ad agire ed i relativi scopi, nonché il suo atteggiamento interiore e la volontà esplicita nel fatto. Quanto ai motivi, la premeditazione assume un peso negativo, al contrario delle decisioni occasionali²³⁶. La giurisprudenza suole valutare in senso favorevole per il reo anche la decisione di

ma tendenzialmente conformi a quelli attuali, H.-J. BRUNS, «*Generalprävention als Zweck und Zumessungsgrund der Strafe?*», in H. WELZEL ET AL., *Festschrift für Hellmut von Weber*, Bonn, 1963, 79-83, il quale evidenzia, tra l'altro, come la prevenzione generale negativa fosse già stata espunta dal diritto penale minorile sin dal secondo dopoguerra, mentre essa caratterizzava massicciamente le pronunce del periodo bellico (sia nei confronti degli adulti, sia nei confronti dei minori).

²³¹ Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 886, che fanno l'esempio del ricco che commette un furto in un negozio: le sue agiate condizioni economiche da un lato potrebbero avere efficacia aggravante, perché segno di disadattamento sociale e disprezzo per la proprietà altrui. Dall'altro, però, esse consentono di formare un giudizio prognostico favorevole quanto all'assenza di pericolo di recidiva.

²³² Cfr. W. THEUNE, § 46, in H. W. LAUFHÜTTE ET AL., *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, cit., 1066-7.

²³³ E così, ad esempio, il BGH ha censurato una decisione dei giudici di merito che, tra le conseguenze colpevoli del fatto, avevano incluso la circostanza che l'esplosione provocata dal condannato, nonostante egli avesse adottato alcune contromisure in tal senso, avrebbe potuto anche avere conseguenze mortali per altre persone. Cfr. BGH, 25 ottobre 1994, 4 StR 582/94, in *JurionRS*, 1994, 12676.

²³⁴ Cfr. BGH, 15 giugno 2005, 5 StR 78/05: in questo caso, la Suprema Corte ha negato che l'esistenza di un motivo particolarmente deprecabile (quindi, da valutarsi contro l'accusata) potesse essere fondato sulla «mera presupposizione» (*bloße Vermutung*).

²³⁵ Cfr. W. THEUNE, § 46, in *op. cit.*, 1092 ss.

²³⁶ Cfr. BGH, 23 novembre 2001, 2 StR 456/01, in *JurionRS*, 2001, 16900

delinquere derivata dalla necessità o da precarie condizioni economiche; oppure da paura, disperazione e mancanza di alternative²³⁷. Più cauto, invece, il giudizio relativo all'atteggiamento interiore (*Gesinnung*), che verrà preso in considerazione solo in quanto esso si rispecchi chiaramente nel modo di agire del reo²³⁸. In questo quadro, assume peculiare rilievo la figura del delinquente per convinzione (*Überzeugungstäter*), che si oppone all'ordine legale costituito sulla base delle proprie convinzioni morali, politiche o religiose. Quindi, il proprio operato gli appare lecito e giustificato. Se, da un lato, ciò comporta un rischio di recidiva molto alto, dall'altro potrebbe darsi che i motivi che lo spingono ad agire siano nobili e degni di considerazione, tanto da giustificare un'attenuazione della pena. In generale, in questi casi la giurisprudenza valuta questi aspetti a favore del reo, a meno che non vi ostino ragioni di prevenzione generale o la particolare pericolosità del soggetto²³⁹.

Riguardano invece l'aspetto obiettivo del reato l'antidoverosità (n. 3, che rileva soprattutto nei reati colposi)²⁴⁰ e le modalità di esecuzione e le conseguenze colpevoli dello stesso. Queste ultime sono suscettibili anche di una commisurazione in termini di entità del danno causato: nel caso dei delitti contro la vita e l'integrità fisica, si pone quindi il difficile problema della commisurazione dei danni psichici o morali subiti dalla vittima. Per quanto riguarda i reati contro il patrimonio, invece, il giudice non deve guardare solo all'entità del danno al momento della commissione del reato, ma è tenuto a considerare anche fattori ulteriori, quali l'eventuale rapida restituzione della cosa rubata ovvero l'entità dell'eventuale risarcimento²⁴¹.

Infine, gli ultimi due requisiti attengono a circostanze esterne rispetto al fatto. Essi corrispondono alla vita precedente dell'autore ed alle sue condizioni personali

²³⁷ Cfr. F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 268.

²³⁸ Cfr. H. ZIPF, D. DÖLLING, *op. cit.*, 819.

²³⁹ La decisione di riferimento in questo ambito è BGH, 28 luglio 1955, StE 213/52 (in *BGHSt*, 8, 162). Cfr. diffusamente, cfr. W. THEUNE, § 46, in *op. cit.*, 1097-8, ma anche G. FORNASARI, *op. cit.*, 501.

²⁴⁰ Cfr. F. STRENG, *op. cit.*, 270. Inoltre, si considera la misura della *Pflichtwidrigkeit* anche nel caso dei delitti stradali, dei reati omissivi impropri (commessi quindi dal garante, che avrebbe dovuto impedire l'evento) e di tutti quei reati cui è sotteso un particolare obbligo giuridico, come l'infedeltà (§266) ed alcuni reati sessuali (§§ 174, 174c *StGB*). In tale quadro, ad esempio, possono assumere peso aggravante la commissione, da parte di un maestro elementare, di abusi sessuali sui suoi scolari, il traffico di sostanze stupefacenti da parte di un medico, il possesso illegittimo di armi da parte di un militare professionista, oppure, ancora, lo sfruttamento della prostituzione portato avanti da un poliziotto. Cfr. W. THEUNE, § 46, in *op. cit.*, 1101-2.

²⁴¹ Cfr. F. STRENG, *op. cit.*, 270-1. Il rispetto del principio di colpevolezza è garantito dal fatto che la legge richiede che si tratti di conseguenze colpevoli, quindi almeno prevedibili dal soggetto agente (cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 888).

ed economiche ovvero alla relativa condotta dopo il fatto, ivi compreso lo sforzo di riparare il danno causato dal reato.

L'aspetto di maggior rilievo inerente la vita del reo è rappresentato dagli eventuali precedenti penali: dopo l'abrogazione della norma (§ 48 *StGB*) che prevedeva un aumento obbligatorio di pena per i recidivi²⁴², questi possono venire in rilievo solo quale fattore aggravante all'interno della cornice edittale, perché vengono considerati la prova che la condanna precedente non è bastata quale «monito» per condannato²⁴³. A dire il vero, tuttavia, è impossibile provare che, invece, una terza condanna potrebbe finalmente avere effetto dissuasivo²⁴⁴.

Ad ogni buon conto, la necessità che la pena sia commisurata alla colpevolezza impedisce un ricorso spregiudicato a tale disposizione; inoltre, le condanne precedenti per reati colposi normalmente non rilevano in senso aggravante, a meno che non si tratti di violazioni di norme del codice della strada²⁴⁵. Non debbono rientrare in tale giudizio nemmeno aspetti relativi allo stile di vita moralmente riprovevole del reo, se esso si mantiene al di fuori del penalmente rilevante²⁴⁶. Per converso, la «fedina penale pulita» del soggetto viene valutata a suo favore²⁴⁷.

Le condizioni personali ed economiche del reo rilevano principalmente per quanto riguarda il giudizio sugli effetti della pena sulla vita futura (in particolare,

²⁴² La 23. *StAG* del 1986 ha abrogato il § 48 *StGB*, il quale prevedeva l'irrogazione obbligatoria di una pena più grave nei confronti di quei soggetti che fossero ricaduti nel delitto doloso lasciando intendere di non aver subito gli effetti ammonitori delle almeno due condanne precedenti. Cfr. G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, cit., 507-8. L'abolizione di tale norma fu approvata dalla dottrina, che tuttavia oggi rimpiange la mancanza di indicazioni legislative relative al peso da attribuire agli eventuali precedenti penali del reo: tale decisione ricade invero integralmente nella discrezionalità giudiziale. Cfr. H. ZIPF, D. DÖLLING, *op. cit.*, 821. A certe, ristrette, condizioni, inoltre, la recidiva può giustificare l'applicazione di una misura di sicurezza (cfr. *ibidem*, 822).

²⁴³ Su questo, la giurisprudenza richiama in realtà il contenuto del § 48 abrogato, che faceva appunto riferimento alla *Warnfunktion* delle precedenti condanne. Cfr. H. ZIPF, D. DÖLLING, *op. cit.*, 822.

²⁴⁴ Così F. STRENG, *op. cit.*, 275. Considerata appunto la mancanza della possibilità di misurare l'efficacia deterrente di una pena, soprattutto se inflitta ad un soggetto recidivo, ritengono che il giudice debba scegliere sempre e comunque la sanzione più lieve H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 893.

²⁴⁵ Cfr. H. ZIPF, D. DÖLLING, *op. cit.*, 822. Inoltre, il § 51 della legge sul casellario giudiziale (*Bundeszentralregistergesetz*) vieta di prendere in considerazione a sfavore del reo delle condanne per le quali il soggetto è stato riabilitato ovvero ha maturato i presupposti per la riabilitazione (*Tilgung*).

²⁴⁶ Cfr. H. ZIPF, D. DÖLLING, *op. cit.*, 823.

²⁴⁷ La giurisprudenza di legittimità ha censurato quell'orientamento di merito che ha negato rilevanza alla condizione di incensuratezza del reo considerandola una caratteristica «neutra» e «ovvia» (*selbstverständlich*). Cfr. W. THEUNE, § 46, in *op. cit.*, 1120.

lavorativa e personale) del reo, nonché dei suoi famigliari e di eventuali persone da questo dipendenti²⁴⁸. Giurisprudenza e dottrina parlano al proposito di sensibilità alla pena (*Strafempfindlichkeit*), che potrebbe essere particolarmente alta per un soggetto già psichicamente labile oppure molto anziano. Tuttavia, per evitare che questo genere di giudizio finisca sempre per favorire i soggetti appartenenti alle classi più agiate (presumibilmente ben integrati socialmente), anche in questo caso potenziali violazioni del principio di uguaglianza potranno essere evitate solo attraverso la stretta correlazione tra pena e colpevolezza²⁴⁹. Del resto, la circostanza che il reo sia stato costretto a delinquere sulla spinta delle proprie condizioni di povertà o necessità viene normalmente valutata a suo favore²⁵⁰.

Infine, grande importanza riveste il riferimento al comportamento del reo dopo il fatto, compresi i suoi sforzi di riparare il danno ovvero di trovare un accordo con la vittima. Trattandosi di una circostanza esterna al reato, si pone il problema della relativa compatibilità con il principio secondo il quale la pena deve corrispondere solo alla colpevolezza per il fatto. In tal senso, si ritiene, per un verso, che possano essere prese in considerazione solo le circostanze susseguenti che possono contribuire a chiarire il quadro della colpevolezza²⁵¹. D'altro canto, però, tali elementi possono acquisire pure un significato autonomo, in un'ottica specialpreventiva e di stima della pericolosità sociale del soggetto²⁵².

Tra i fattori da valutarsi a sfavore del reo si contano l'aggravamento dei danni (ad esempio, il danneggiamento del bottino) ed l'inammissibile esercizio di influenza sui testimoni, mentre sono da considerarsi legittime, e quindi ininfluenti ai fini della commisurazione della pena, condotte quali la cancellazione delle tracce del reato²⁵³ o

²⁴⁸ Cfr. F. STRENG, *op. cit.*, 280.

²⁴⁹ Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 890-1.

²⁵⁰ Cfr. W. THEUNE, § 46, in *op. cit.*, 1124.

²⁵¹ Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 893.

²⁵² Cfr. F. STRENG, *op. cit.*, 280-1, che descrive il ragionamento delle corti come «*Indizkostruktion*».

²⁵³ Sempre che esse non consistano nella commissione di un altro reato ovvero che facessero parte sin dall'inizio del piano delittuoso. Così, il BGH ha riconosciuto efficacia aggravante alla condotta di un soggetto che, dopo aver assassinato la moglie incinta, lo fece brutalmente a pezzi per buttarlo via (al solo fine di cancellare i sensi di colpa della sua nuova compagna): «*Der Revision ist zwar zuzugeben, daß dem Täter grundsätzlich die Beseitigung der Tatspuren als sog. Nachtatverhalten nicht angelastet werden darf, weil ihm der Versuch, sich der Strafverfolgung zu entziehen, unbenommen ist (...). Anders verhält es sich indessen, wenn der Täter dadurch neues Unrecht schafft oder mit seinem Verhalten weitere Ziele verfolgt, die ein ungünstiges Licht auf ihn werfen*» (BGH, 12 gennaio 2000, 1 StR 636/99).

il pieno esercizio del diritto di difesa²⁵⁴. Lo stesso vale per la mera negazione della commissione del reato²⁵⁵.

Quanto al risarcimento del danno, da ultimo, occorre distinguere: il mero sforzo di risarcire il danno ovvero di trovare un accordo con la vittima va considerato a favore del reo in un'ottica di attenuazione della pena ai sensi del § 46 *StGB*. Al contrario, l'avvenuta riparazione del danno rappresenta una specifica causa di attenuazione della pena (*ex* § 46a *StGB*)²⁵⁶.

La scelta legislativa di dare rilievo attenuante al mero sforzo riparativo è dettata dalla necessità di evitare che il reo risenta di un pregiudizio nel caso in cui la vittima rifiuti le sue offerte²⁵⁷. Più in generale, si ritiene che esso sia apprezzabile dal punto di vista della prevenzione generale (attraverso il riconoscimento della propria colpa, il soggetto implicitamente riconosce la validità della norma violata) e speciale (la volontà di riparare il danno appare incompatibile la recidiva). Infine, i sacrifici fatti dal reo per riparare il danno si possono equiparare ad una parziale espiazione della pena²⁵⁸.

3.2.3. *Circostanze rilevanti ai fini della commisurazione di creazione giurisprudenziale*

Come si è detto, l'elenco di cui al secondo comma del § 46 è meramente esemplificativo.

Tra le circostanze a cui la giurisprudenza riconosce un valore attenuante si conta l'ipotesi in cui il reo abbia dovuto subire pregiudizi superiori alla norma perché il processo ha avuto una durata eccessiva, dovuta ad impedimenti materiali o logistici (ad es., la perdita del fascicolo) a lui non imputabili²⁵⁹.

²⁵⁴ Cfr. F. STRENG, *op. cit.*, 281.

²⁵⁵ Cfr. *BGH*, 13 febbraio 2001, 4 StR 562/00, in <http://juris.bundesgerichtshof.de>, 4, che esclude pure la rilevanza aggravante del mancato pentimento per il reato: «*Daher darf auch in diesem Zusammenhang fehlende Reue weder einem die Tat leugnenden Angeklagten nachteilig angelastet werden (BGH StV 1993, 639) noch einem solchen, der versucht, sie in einem wesentlich milderem Licht darzustellen (BGH, Beschluß vom 23. Mai 2000 - 1 StR 193/00)*».

²⁵⁶ Cfr. H. ZIPF, D. DÖLLING, *op. cit.*, 826.

²⁵⁷ H. ZIPF, D. DÖLLING, *op. cit.*, 826, i quali tuttavia negano che invece possa essere dato rilievo aggravante della pena al reo che decide di non intraprendere alcuno sforzo in senso riparativo.

²⁵⁸ Cfr. H. H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., 896.

²⁵⁹ Cfr. *BVerfG*, 19 aprile 1993, 2 BvR 1487/90, in *NJW*, 1993, 3254. Più recentemente, chiamata a decidere se tre processi penali (durati dai 6 ai 9 anni) fossero in contrasto con i diritti fondamentali dell'imputato, la Corte Costituzionale ha affermato: «*Ein Strafverfahren von überlanger Dauer kann den Beschuldigten - zumal dann, wenn die Dauer durch vermeidbare Verzögerung der Justizorgane*

Una seconda circostanza attenuante è rappresentata dal caso in cui il reo sia stato istigato alla commissione del reato da parte di un agente provocatore²⁶⁰, oppure dall'ipotesi di concorso di colpa della vittima²⁶¹.

3.2.4. Cause legislative di attenuazione della pena

Può accadere che una norma di parte generale o speciale richieda al giudice, in determinate circostanze, di diminuire la pena ai sensi del § 49 *StGB*.

Il primo comma di tale disposizione quantifica esattamente le diminuzioni di pena consentite (ad esempio, l'ergastolo è sostituito dalla reclusione non inferiore ai tre anni)²⁶². In questa ipotesi, la natura obbligatoria o facoltativa delle diminuzioni si deduce dalla norma di parte speciale che vi fa riferimento²⁶³.

Al contrario, il secondo comma del § 49 *StGB* regola l'ipotesi nella quale la norma di parte speciale preveda che il giudice possa diminuire discrezionalmente la pena. In tal caso, egli potrà scendere fino al minimo edittale ovvero infliggere una pena pecuniaria al posto di quella detentiva²⁶⁴.

Il successivo § 50 *StGB* si occupa del caso in cui una stessa circostanza possa integrare sia un «*minder schwerer Fall*» sia un «*besonderer gesetzlicher Milderungsgrund*», richiedendo che essa venga presa in considerazione una sola volta²⁶⁵.

bedingt ist - zusätzlichen fühlbaren Belastungen aussetzen (...), die in ihren Auswirkungen der Sanktion selbst gleichkommen können. Infolge des Zeitablaufs veränderte Umstände können negative Wirkungen, die von einer staatlichen Sanktion für das künftige Leben des Betroffenen zu erwarten sind (vgl. § 46 Abs. 1 Satz 2 StGB), etwa bei einem zwischenzeitlich sozial integrierten Täter, verstärken» (BVerfG, 5 febbraio 2003, 2 BvR 327/02, in www.hrr-strafrecht.de, Rn. 35).

²⁶⁰ Cfr. F. STRENG, *op. cit.*, 306-7.

²⁶¹ Cfr. W. THEUNE, § 46, in *op. cit.*, 1135.

²⁶² Per quanto riguarda le diminuzioni da applicarsi alla pena detentiva temporanea, invece, le lettere 2 e 3 del § 49 I co. *StGB* fissano alcune fasce (dipendenti dalla durata della pena che noi definiremmo «base») entro le quali deve avvenire la diminuzione. Cfr., per un inquadramento ancora attuale del contenuto della norma, G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, cit., 506.

²⁶³ Maggiormente diffusa risulta l'ipotesi delle diminuzioni facoltative di pena, previste ad esempio dai §§ 13, II co. (consente di diminuire la pena per il reato omissivo improprio rispetto al reato commissivo), 23, II co. (diminuzione facoltativa di pena per il tentativo) e da numerose norme di parte speciale. Meno diffuse, invece, le diminuzioni obbligatorie (es. § 27, II co., diminuzione obbligatoria di pena per il complice rispetto a quella inflitta all'autore). Cfr. H. ZIPF, D. DÖLLING, *op. cit.*, 763.

²⁶⁴ È questo ad esempio il caso del tentativo c.d. inidoneo di cui al § 23, III co., *StGB*.

²⁶⁵ Il § 50 *StGB*, tuttavia, non prende in esame l'ipotesi nella quale ricorrano più circostanze di attenuazione della pena per uno stesso reato. In assenza di un esplicito divieto legislativo, si ritiene che tali circostanze possano sommarsi, conducendo ad una doppia diminuzione della pena. Cfr. H. ZIPF, D. DÖLLING, *op. cit.*, 764.

Anche il § 46a *StGB*, dedicato alla giustizia riparativa, fa un espresso rinvio alla norma in esame: nelle due ipotesi ivi previste (riparazione o tentativo di riparazione del danno e di risarcimento alla vittima) il giudice può diminuire la pena ai sensi del § 49, co. I, *StGB* (oppure rinunciare alla pena, ma solo nell'ipotesi in cui siano commessi reati di lieve entità)²⁶⁶.

3.2.5. Una regola commisurativa speciale: il § 47 *StGB*

Il § 47 *StGB*²⁶⁷, più volte menzionato, mira a ridurre il più possibile il ricorso alle pene detentive di durata ricompresa nei sei mesi. Dalla norma si deduce che il giudice, ove ritenga di dover infliggere in concreto una pena contenuta in tale limite, deve di regola sostituirla con la pena pecuniaria. Questo vale anche se quest'ultima sanzione non sia contemplata dalla norma violata tra le possibili conseguenze sanzionatorie.

Al contrario, la pena detentiva breve può essere inflitta solo nel caso in cui particolari circostanze, legate al fatto ovvero alla personalità del reo, lo impongano per ragioni di deterrenza nei confronti del singolo o di difesa dell'ordinamento giuridico (§ 47, co. I, *StGB*)²⁶⁸.

Si ritiene che la regola di cui al § 47 *StGB* rappresenti una particolare ipotesi di commisurazione²⁶⁹: una volta stabilito l'ammontare della pena commisurata alla colpevolezza, il giudice deve prendere in esame i requisiti ivi elencati. Tra le «particolari circostanze» potrebbero rientrare ad esempio le modalità della commissione del reato o i particolari danni causati, come pure le numerose condanne precedenti del reo²⁷⁰.

Quanto alla «*Einwirkung auf den Täter*», il giudice deve irrogare la pena detentiva ove ritenga che essa sia la sola sanzione adatta a prevenire il pericolo di

²⁶⁶ Su questo, cfr. cap. I., 4.2 e, diffusamente, B.-D. MEIER, *op.cit.*, 417-24.

²⁶⁷ La portata della norma emerge già dalla relativa rubrica, che recita: «*Kurze Freiheitsstrafe nur in Ausnahmefällen*».

²⁶⁸ Più precisamente, la norma parla di *Unerlässlichkeit* della pena detentiva: questa deve quindi apparire come imprescindibile, indispensabile, l'unica sanzione possibile.

²⁶⁹ Cfr. H. ZIPF, D. DÖLLING, *op. cit.*, 847.

²⁷⁰ Cfr. B.-D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 93, che parla di elementi, relativi alla modalità della commissione del fatto o della personalità del reo, che rendono la situazione concreta diversa da quella che in media si presenta all'esame del giudice.

recidiva del reo, il quale invece rimarrebbe indifferente di fronte ad una pena pecuniaria²⁷¹.

Infine, il riferimento al noto requisito della *Verteidigung der Rechtsordnung* si può così sintetizzare: il giudice può irrogare una pena detentiva di breve durata ove ritenga, dall'esame di tutti i fattori rilevanti, che l'inflizione di una pena pecuniaria potrebbe mettere in pericolo il comune sentimento di giustizia e la fiducia dei cittadini nell'amministrazione della stessa²⁷².

3.3. *Obbligo di motivazione e ricerche empiriche sulla prassi commisurativa*

Nella commisurazione della pena, seppure all'interno dei vincoli della (sostanzialmente) imprescindibile necessità di corrispondenza con la colpevolezza (*Schuldangemessenheit*), i vari parametri di cui al secondo comma del § 46 *StGB* si intrecciano fra loro, fino a formare un quadro abbastanza composito dove ciascuna circostanza trova il suo posto. Qui, il richiamo alla prevenzione speciale funge da efficace barriera contro un uso indiscriminato della pena detentiva. D'altro canto, la prevenzione generale, seppure non menzionata espressamente, fa capolino a più riprese.

Secondo parte della dottrina, questo particolare ambito del diritto penale, regolato dall'applicazione di regole scritte e non scritte²⁷³, è impossibile da spiegare fino in fondo in termini logici e prevedibili. Tuttavia, uno stringente obbligo di motivazione e l'avvenuto consolidamento degli indirizzi giurisprudenziali consentono di sottoporre le varie decisioni ad un controllo razionale²⁷⁴. In questa operazione, l'ostacolo maggiore rimane l'irrisolto problema della conversione dei gradi della colpevolezza in «quote» di pena²⁷⁵.

²⁷¹ Cfr. H. ZIPF, D. DÖLLING, *op. cit.*, 850-1.

²⁷² Cfr. *BGH*, 8 dicembre 1970, 1 StR 353/70, in *JurionRS*, 1970, 12207, Rn. 23: «Die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu einem Jahr ist somit zur Verteidigung der Rechtsordnung nur dann geboten, wenn eine Aussetzung der Strafe zur Bewährung im Hinblick auf schwerwiegende Besonderheiten des Einzelfalles für das allgemeine Rechtsempfinden schlechthin unverständlich erscheinen müßte und das Vertrauen der Bevölkerung in die Unverbrüchlichkeit des Rechts und in den Schutz der Rechtsordnung vor kriminellen Angriffen dadurch erschüttert werden könnte».

²⁷³ «Rechtsanwendung von teils geschriebene, teils ungeschriebene Rechtsregeln» secondo H. ZIPF, D. DÖLLING, *op. cit.*, 829.

²⁷⁴ Cfr. H. ZIPF, D. DÖLLING, *op. cit.*, 830.

²⁷⁵ Cfr. *ibidem*, 830.

Il § 267 co. III *StPO*²⁷⁶ richiede al giudice del merito di elencare in motivazione le circostanze che sono state ritenute decisive ai fini della commisurazione della pena (*prozessuale Begründungszwang*). A questo, la dottrina aggiunge la richiesta di specificare qual è stato il peso attribuito a tali circostanze e le ragioni fondanti la scelta (*materiell-rechtlich Begründungspflicht*).

Sono questi gli elementi che analizza il giudice del secondo grado, il quale è libero di sostituire integralmente la propria decisione a quella del giudice di prime cure, riconsiderando integralmente i fattori rilevanti *quod poenam*. La Suprema Corte, invece, deve limitarsi al profilo degli errori di diritto (ad es. violazione del divieto di doppia valutazione o mancata presa in considerazione degli elementi di cui al secondo comma del § 46 *StGB*) ed alla verifica che la decisione delle corti di merito sia rimasta all'interno di un intervallo di congruità rispetto alla colpevolezza²⁷⁷. Più marginale, infine, l'ambito di azione della giurisprudenza di legittimità in riferimento alla valutazione delle istanze specialpreventive: non potendo conoscere direttamente la personalità del reo, né raccogliere prove sul suo conto, esso rimarrà limitato ai soli errori di diritto²⁷⁸.

Nonostante da una lettura dei commentari si ricavi l'impressione che in Germania vi siano degli orientamenti piuttosto consolidati per quanto riguarda la pratica commisurativa, le ricerche empiriche hanno potuto registrare grandi divergenze, soprattutto a livello regionale e locale²⁷⁹. Inoltre, si è potuto rilevare che

²⁷⁶ «Die Gründe des Strafurteils müssen ferner das zur Anwendung gebrachte Strafgesetz bezeichnen und die Umstände anführen, die für die Zumessung der Strafe bestimmend gewesen sind. Macht das Strafgesetz Milderungen von dem Vorliegen minder schwerer Fälle abhängig, so müssen die Urteilsgründe ergeben, weshalb diese Umstände angenommen oder einem in der Verhandlung gestellten Antrag entgegen verneint werden; dies gilt entsprechend für die Verhängung einer Freiheitsstrafe in den Fällen des § 47 des Strafgesetzbuches. Die Urteilsgründe müssen auch ergeben, weshalb ein besonders schwerer Fall nicht angenommen wird, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, unter denen nach dem Strafgesetz in der Regel ein solcher Fall vorliegt; liegen diese Voraussetzungen nicht vor, wird aber gleichwohl ein besonders schwerer Fall angenommen, so gilt Satz 2 entsprechend. Die Urteilsgründe müssen ferner ergeben, weshalb die Strafe zur Bewährung ausgesetzt oder einem in der Verhandlung gestellten Antrag entgegen nicht ausgesetzt worden ist; dies gilt entsprechend für die Verwarnung mit Strafvorbehalt und das Absehen von Strafe».

²⁷⁷ Cfr. H. ZIPF, D. DÖLLING, *op. cit.*, 832-3.

²⁷⁸ Cfr. H. ZIPF, D. DÖLLING, *op. cit.*, 835.

²⁷⁹ In questo tipo di ricerche, la Germania vanta una lunga tradizione: il primo ad analizzare le differenze nelle pratiche commisurative fu F. EXNER nel 1931. Cfr. B.-D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 255. Con «differenze regionali» si intendono pratiche differenti anche all'interno dello stesso *Bundesland*. Ad esempio, alcune ricerche hanno dimostrato una grande disomogeneità punitiva all'interno dello stesso *Land*, il Baden-Württemberg, per quanto riguarda i delitti «stradali» commessi sotto l'effetto di alcool: in alcuni tribunali di primo grado (*Amtsgerichten*), tra il 1959 ed il

in ogni distretto giudiziario si possono individuare una serie di delitti puniti più gravemente, mentre altri ricevono un trattamento più clemente²⁸⁰.

Rispetto all'Italia, si ha l'impressione che le ricerche empiriche, che analizzano sistematicamente un numero determinato di sentenze per capire qual è la pena applicata per un determinato reato, siano in Germania più numerose ed avanzate. Tuttavia, anche le ricerche tedesche sinora sono riuscite solo a dare conto della diversità delle pratiche commisurative, senza poterne spiegare le cause²⁸¹.

Parallelamente, sono stati resi noti pure i risultati di alcuni questionari sottoposti ad un campione di magistrati, ai quali veniva chiesto di commisurare la pena per alcuni «casi ideali»: ciò ha consentito di individuare i fattori personali più influenti sulla decisione (più che l'età, il sesso o la confessione religiosa, rilevano le opinioni in materia di teoria della pena, l'anzianità di servizio ed il grado dell'organo giudicante)²⁸².

In conclusione, si ritiene che la varietà delle risposte sanzionatorie concrete per ciascun reato, perfettamente lecita finché rimane all'interno delle cornici edittali, abbia il privilegio di prendere in considerazione le particolarità del caso (e dell'autore) concreto, come del resto espressamente richiesto dalle norme²⁸³. Tuttavia, anche una decisione ben motivata non scongiura del tutto il pericolo di violazioni del principio di uguaglianza: per questo, è vista con un certo favore la tendenza giurisprudenziale a valutare la congruità della pena irrogata nel singolo caso anche con riferimento alla «prassi» consolidata in materia²⁸⁴. Un'analisi

1962 l'80% di tali delitti fu sospeso condizionalmente, contro l'1,4% di altri. Cfr. F. STRENG, *op. cit.*, 235.

²⁸⁰ Cfr. F. STRENG, *op. cit.*, 235.

²⁸¹ Cfr. F. STRENG, *op. cit.*, 236.

²⁸² Cfr. F. STRENG, *op. cit.*, 237-8, che trae le sue conclusioni dai risultati di una ricerca di VERFASSER condotta in Bassa Sassonia nel biennio 1979/1980: i giudici all'inizio della carriera risultano infliggere pene più lievi rispetto agli anziani; mentre le corti di appello sono in genere più clementi rispetto a quelle di primo grado. Nel prosieguo, l'A. accenna ai risultati di una ricerca empirica condotta da MCFATTER negli Stati Uniti (R. M. MCFATTER, *Sentencing disparity: perforce or perchance?*, in *Journal of applied social psychology*, 1986, 150): il risultato più sorprendente si è ottenuto sottoponendo agli stessi giudici la soluzione degli stessi casi ideali, ma in tempi diversi. A distanza di alcune settimane, moltissimi degli intervistati hanno dato risposte completamente diverse, quasi a confermare la teoria secondo la quale la commisurazione della pena non si può mai totalmente liberare dalla sua componente intuitiva (cfr. *ibidem*, 242).

²⁸³ Cfr. B.-D. MEIER, *op. cit.*, 255-6, che sottolinea l'importanza del principio della individualizzazione della pena.

²⁸⁴ Cfr. F. STRENG, *op. cit.*, 319 ss., che parla al proposito di «*Orientierung am richterlichen Wertungskonsens*». Proprio questo aspetto, tuttavia, pare incentivare le differenze regionali, perché i

diacronica, infine, pare dimostrare una certa omogeneità della prassi sanzionatoria nel tempo²⁸⁵.

4. L'esecuzione delle pene privative della libertà personale

Nonostante la ricchezza del dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui fondamenti dogmatici del diritto di punire e sull'applicazione concreta delle varie teorie, i maggior manuali sul diritto dell'esecuzione della pena lo ritengono relativamente trascurato dagli studi universitari²⁸⁶.

Ciò non toglie, tuttavia, che ad un osservatore esterno la ricchezza ed il livello delle opere che si occupano della materia appaia comunque degna di nota²⁸⁷. In particolare, le diverse fasi del trattamento penitenziario risultano approfondite nel dettaglio. Rispetto all'Italia, inoltre, sembra che vi sia una maggiore attenzione per la prassi, costantemente supportata da ricerche statistiche e criminologiche.

Infine, un acceso dibattito riguarda tuttora la questione mai sopita della compatibilità tra pena detentiva carceraria e possibilità di rieducazione del condannato²⁸⁸. Nel prosieguo, si prenderanno in considerazione alcuni aspetti peculiari legati all'esecuzione della pena detentiva²⁸⁹.

4.1. Inflizione ed applicazione delle pene: qualche dato

Nel corso del presente lavoro, i due aspetti peculiari dell'ordinamento tedesco, per quanto riguarda le sanzioni, sono già emersi: in Germania vi è un larghissimo ricorso alla pena pecuniaria, che rappresenta oltre l'80% delle

giudici si orienteranno maggiormente alle pratiche loro note, vale a dire quelle invalse nel proprio distretto. Così B.-D. MEIER, *op. cit.*, 257.

²⁸⁵ L'analisi in realtà si concentra, necessariamente, solo su alcuni delitti selezionati. Cfr. B.-D. MEIER, *op. cit.*, 257-8.

²⁸⁶ Così H. ZIPF, D. DÖLLING, *Die Rechtsfolgen der Tat*, in R. MAURACH, K.-H. GÖSSEL, H. ZIPF, *op. cit.*, 690 e B.-D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, IV. Aufl., Berlin, 2015, V. Evidenzia come la tematica carceraria non rientri negli interessi dell'opinione pubblica B. MAELICKE, *Überbelegung = Fehlbelegung? !!!*, in *NK*, 2003, 144.

²⁸⁷ Invero, il numero di opere dedicate all'esecuzione della pena sembra essere, in Germania, maggiore rispetto all'Italia, come fa notare anche A. DI MARTINO, «*Rivoltarsi nella feccia di Romolo*», cit., 3.

²⁸⁸ Su questo, diffusamente, B. MAELICKE, *Das Knastdilemma*, cit., 179 ss.

²⁸⁹ In questo contesto, quindi i due termini «diritto dell'esecuzione penale» e «diritto penitenziario» verranno indifferentemente usati quali sinonimi, fermo restando che il termine tedesco di riferimento è *Vollzugsrecht*. La legge federale viene indicata con l'abbreviazione *StVollzG*, mentre per indicare le leggi statali si è soliti premettere a tale abbreviazione la lettera o la sillaba iniziale del nome del Land (es.: *Bayern, BayStVollzG; Hessen, HStVollzG*).

condanne²⁹⁰. Quanto alla pena detentiva inflitta, essa viene prevalentemente contenuta nei due anni, ricadendo in larghissima misura (due terzi) nell'ambito di applicazione della sospensione condizionale della pena²⁹¹.

In questo quadro di decisa «fuga» dalla sanzione detentiva, un rilevante problema è rappresentato dall'alto numero di pene detentive inflitte a seguito della «conversione» della pena pecuniaria non eseguita: i detenuti in espiazione di pena sostitutiva corrispondono ad una percentuale considerevole dei totali. Essi rappresentano un significativo costo per la gestione della giustizia, anche perché la giurisprudenza (tra le critiche della dottrina) tende a non concedere loro la sospensione del residuo di pena.

Quanto ai tassi di carcerazione, la Germania si colloca da anni nella parte più bassa delle classifiche europee e mondiali. Nel 2013, risultavano in carcere 79 persone ogni 100.000 abitanti²⁹².

Infine, nonostante alcune notizie giornalistiche sembrano voler far credere il contrario²⁹³, il problema del sovraffollamento è attualmente²⁹⁴ estraneo al sistema tedesco, dove i posti disponibili superano di gran lunga quelli occupati: temporanei *overbooking* sono dovuti solo a problemi organizzativi e di suddivisione dei detenuti

²⁹⁰ Il dato è sostanzialmente costante sin dagli anni Settanta, epoca delle prime modifiche che, nell'intento di ridurre il ricorso alla pena detentiva (soprattutto di breve durata) miravano ad ampliare l'utilizzo della pena pecuniaria. Fatta eccezione per un picco negativo nel 2000 (pena pecuniaria corrispondente all'80,3% delle condanne totali), le pene pecuniarie si assestano sull'82% del totale delle condanne. Cfr. B.-D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 52-3.

²⁹¹ Anche questo dato si mantiene costante dal 1975 al 2012, cfr. B.-D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 52-3. Confermano il rapporto 2:1 delle pene sospese rispetto a quelle eseguite anche i dati del 2013.

²⁹² Cfr. R. WALMSLEY, *World Prison Population List (tenth edition)*, 2013, in www.prisonstudies.org (consultato il 27.1.2016). Dati reperiti sullo stesso sito e riferiti all'agosto 2015 indicano un tasso di carcerazione di 76 detenuti ogni 100.000 abitanti. Nel 2000, esso ammontava a 85; dopo aver raggiunto un picco nel 2004 (96), il tasso è in continua decrescita (2006: 93, 2008: 88; 2010: 85; 2012: 82). Nello stesso intervallo di tempo, in Italia si è registrato un andamento molto più oscillante (2000: 93; 2004: 96; 2006: 66; 2008: 97; 2010: 112; 2012: 110), fino alla recente diminuzione del 2014 (88 detenuti ogni 100.000 abitanti).

²⁹³ Cfr. ad esempio, la notizia comparsa il 24 agosto 2012 sull'edizione *online* del giornale *Kieler Nachrichten* («Gefängnisse sind überbelegt»), riferita allo *Schleswig-Holstein*, in www.kn-online.de oppure quella del *Thüringer Allgemeine* del 15 aprile 2010: «Länder-Vergleich: Thüringens Gefängnisse überbelegt» ([ww.thueringer-allgemeine.de](http://www.thueringer-allgemeine.de)).

²⁹⁴ Problemi in termini di sovraffollamento carcerario si erano presentati negli anni 2003-2004, in corrispondenza con il citato «picco» di presenze carcerarie. Ad esempio, al 31.3.2003 il numero dei detenuti superava del 5% quello dei posti disponibili. Dati più precisi, anche per quanto riguarda le differenze regionali, in F. DÜNKEL, B. GENG, *Fakten zur Überbelegung im Strafvollzug und Wege zur Reduzierung von Gefangenenraten*, in *NK*, 2003, 146-7.

tra i vari *Bundesländer*²⁹⁵. Tuttavia, in questo quadro, alcuni commentatori definiscono «sovraffollamento camuffato» l'occupazione delle celle da parte di due detenuti, perché lo *StVollzG* si schiera nettamente a favore delle celle singole²⁹⁶.

Anche il rapporto tra detenuti in custodia cautelare e detenuti in espiazione di pena appare meno preoccupante rispetto all'Italia, essendo stabile intorno ad un 1:5²⁹⁷.

4.2. *Lo Strafvollstreckungsrecht, brevi cenni procedurali*

Come si è visto, la fase successiva al passaggio in giudicato di una sentenza di condanna viene regolata da alcune previsioni dei codici penale e di procedura penale, le quali si intersecano con leggi amministrative (raccolte nello *Strafvollstreckungsordnung*) e con norme di natura regolamentare. Il quadro composito che ne deriva suscita qualche perplessità di natura costituzionale, in particolare per quanto riguarda la sua compatibilità con i principi di riserva di legge e determinatezza²⁹⁸.

Benché l'esecuzione sia formalmente considerata una parte del processo penale, l'autorità di riferimento per questa fase è il pubblico ministero, competente per l'emissione dell'invito a presentarsi in carcere, se necessario, del mandato di cattura, e per i successivi adempimenti²⁹⁹. Durante la reclusione, invece, la decisione sulla sospensione del residuo di pena ai sensi dei §§ 57 e 57a *StGB* spetta ad un'apposita sezione del tribunale, la *Strafvollstreckungskammer* (§ 462a *StPO*).

²⁹⁵ Al 31.8.2015, i posti disponibili risultano essere 74.519, a fronte di una popolazione detenuta di 61.906 persone (dati del *Center of Prison Studies*).

²⁹⁶ Così F. DÜNKEL, B. GENG, *Fakten zur Überbelegung im Strafvollzug und Wege zur Reduzierung von Gefangenenraten*, cit., 147-8. La norma di riferimento è il § 18 *StVollzG*. Molte delle norme statali, invece, contengono regole decisamente meno favorevoli nei confronti delle celle singole. Per *Bayern, Hamburg e Niedersachsen* cfr. M. KÖHNE, *3 Landesstrafvollzugsgesetze – Beiträge zum „Wettbewerb der Schabigkei“?*, cit., 132. In *Baden-Württemberg*, la legge stabilisce la grandezza minima delle celle doppie (o multiple) e richiede che le nuove carceri di regola debbano contenere solo celle singole (§ 7 *BWJVollzGB I*), in *Hessen* la legge vieta che le celle possano contenere più di tre detenuti (§ 18 *HStVollzG*).

²⁹⁷ Al 31 agosto 2015, l'Ufficio Statistico federale registrava 61.906 detenuti, 11.751 dei quali si trovava in *Untersuchungshaft*. Cfr. STATISTISCHES BUNDESAMT, *Rechtspflege. Stichtag 31. August 2015*, rapporto pubblicato il 1.12.2015, www.destatis.de, 5.

²⁹⁸ Cfr. K. LAUBENTHAL, C. NESTLER, *Strafvollstreckung*, cit., 4. I due principi che sembrano messi a repentaglio dalle variegate norme che si occupano dell'esecuzione della pena sono il principio secondo il quale le norme che riguardano i diritti fondamentali devono essere sempre emanate con legge ed il *Prinzip der Normenklarheit*.

²⁹⁹ Cfr. B.-D. MEIER, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 99-100.

Quest'ultimo organo può sempre essere adito dal detenuto che voglia contestare una decisione presa dalla direzione del carcere e relativa a questioni inerenti il trattamento penitenziario ovvero la violazione di un suo diritto (§ 109 *StVollzG*). Egli, inoltre, può sempre presentare i suoi reclami alla direzione del carcere o all'autorità ad essa preposta (direttamente dipendente dal ministero statale di riferimento, normalmente quello della Giustizia) (§ 108 *StVollzG*)³⁰⁰.

4.3. *Lo Strafvollzugrecht: alcune peculiarità*

4.3.1. *Lo scopo dell'esecuzione penale carceraria*

La legge penitenziaria sancisce in modo inequivocabile che, durante l'esecuzione della pena, il condannato deve diventare «capace, in futuro, di vivere senza commettere reati ed in modo socialmente responsabile». La stessa norma definisce questo proposito come lo scopo dell'esecuzione penale e le conferisce un rango preferenziale rispetto a ragioni di sicurezza della società, che vengono menzionate solo quale finalità ulteriore ed aggiuntiva³⁰¹.

Le numerose leggi statali che a poco a poco si stanno sostituendo alla norma federale, invece, hanno per lo più rinunciato a sancire la precedenza assoluta dello scopo risocializzativo, declinandolo in modo da attenuarne il significato. E così, ad esempio, nella legge penitenziaria bavarese esso risulta il secondo compito dell'esecuzione della pena, subordinato alla protezione della collettività dalla commissione di nuovi reati (Art. 2 *BayStVollzG*, il quale non parla più di *Vollzugsziel* bensì di *Behandlungsauftrag*). Segue lo stesso ordine la legge del *Baden-Württemberg*, che si limita a richiedere che la pena fornisca un contributo al reinserimento sociale del condannato, alla sicurezza interna ed alla pace³⁰².

³⁰⁰ In questo campo, le norme degli Stati federali hanno essenzialmente ricalcato quelle del *Bund*. K. LAUBENTHAL, *Strafvollzug*, cit., 559 ss.

³⁰¹ Cfr. § 2 *StVollzG*, *Aufgaben des Vollzuges*: «Im Vollzug der Freiheitsstrafe soll der Gefangene fähig werden, künftig im sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen (Vollzugsziel). Der Vollzug der Freiheitsstrafe dient auch dem Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten». La preferenza per la risocializzazione deriva da una chiara scelta di campo del legislatore del 1976, il quale ha apertamente rifiutato di ammettere una concezione polifunzionale dello scopo della pena per accogliere invece il suggerimento dell'AE 1966, tutto improntato alla risocializzazione del condannato. Cfr. K. LAUBENTHAL, *Strafvollzug*, cit., 102-3.

³⁰² Cfr. § 2 *BWJVollzugsgesetzbuch*: «Die kriminalpräventive Zielsetzung des Strafvollzugs und des Jugendstrafvollzugs in Baden-Württemberg liegt im Schutz der Bürgerinnen und Bürger vor weiteren Straftaten. Strafvollzug und Jugendstrafvollzug leisten einen Beitrag für die Eingliederung der Gefangenen in die Gesellschaft, die innere Sicherheit und für den Rechtsfrieden». Interessante notare

Più vicini alla versione dell'originaria legge federale Amburgo, *Hessen* e *Niedersachsen*: se quest'ultimo Stato tuttavia rimane fedele al concetto di «risocializzazione quale scopo dell'esecuzione», i primi due usano i concetti meno forti di «*Eingliederungsauftrag*» (*Hessen*) e «*Aufgabe*» (Amburgo)³⁰³.

Infine, gli Stati che più recentemente hanno legiferato in materia distinguono tra scopo dell'esecuzione della pena (detentiva), vale a dire il reinserimento sociale del condannato, ed il relativo compito (protezione della società dalla commissione di nuovi reati)³⁰⁴.

Nella scelta di porre l'accento sulla sicurezza collettiva si è letto il rischio di una sorta di cambio di paradigma di fondo dell'esecuzione penale, con rilevanti conseguente pratiche in termini di sacrificio delle misure risocializzanti a favore della sicurezza collettiva³⁰⁵.

Ad ogni buon conto, la ritrosia statale su questo versante risulta superata dalla circostanza che il «*Sozialisationsziel*» è da tempo considerato un obbligo costituzionale, vincolante per gli Stati federali e per le amministrazioni penitenziarie³⁰⁶. Esso rappresenta anche una vera e propria pretesa del detenuto, con due precisazioni: da un lato, tutte le leggi statali (in accordo con la *StVollzG* federale) escludono che la partecipazione ad un programma rieducativo possa essere posta in termini obbligatori per il condannato³⁰⁷.

che la rubrica iniziale di tale norma, che parlava di *Aufgaben* dell'esecuzione, è stata poi modificata in «*Ziele des Vollzugs*».

³⁰³ In questo quadro, risulta degna di nota la legge del *Niedersachsen*, che esordisce sancendo alcune «*gemeinsame Bestimmungen*»: tra queste, la necessità che la vita carceraria sia adattata il più possibile ai normali rapporti umani, che si cerchi di combattere contro le conseguenze negative della privazione della libertà personale e che, tra le varie misure adottabili nei confronti dei carcerati, vengano scelte quelle che comportano per loro il minor sacrificio possibile (cfr. §§ 2 e 4 *NJVollzG*). In ogni caso, anche esigenze di sicurezza vanno prese in considerazione (§ 3 *NJVollzG*).

³⁰⁴ Cfr. § 2 *Brandenburg StVollzG (BbgJVollzG)*: «*Ziel und Aufgabe des Vollzugs der Freiheits- und Jugendstrafe. Der Vollzug der Freiheitsstrafe und der Jugendstrafe dient dem Ziel, die Straf- und Jugendstrafgefangenen zu befähigen, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen. Er hat die Aufgabe, die Allgemeinheit vor weiteren Straftaten zu schützen*». Disposizioni analoghe si ritrovano nei secondo paragrafi delle leggi di *Mecklenburg-Vorpommern*, *Rheinland-Pfalz*, *Saarland*, *Sachsen* e *Thüringen*.

³⁰⁵ Cfr. M. KÖHNE, *3 Landesstrafvollzugsgesetze*, cit., 131.

³⁰⁶ Cfr. K. LAUBENTHAL, *Strafvollzug*, cit., 104. Per l'inquadramento del diritto alla risocializzazione quale derivato dell'obbligo di rispetto della *Menschenwürde* e del *Sozialstaatsprinzip* cfr. *supra*, 1.1.3.

³⁰⁷ La norma di riferimento è rappresentata dal § 4 *StVollzG*, I co., il quale richiede tuttavia che la collaborazione dei detenuti al percorso rieducativo debba essere «risvegliata ed incentivata». L'espressione è ripresa da quasi tutte le norme statali (cfr., ad esempio, Art. 6 *BayStVollzG*, § 5 *HmbStVollzG*; § 4 *HStVollzG*; § 6 *BbgStJVollzG*).

D'altro canto, tutte le leggi ammettono una limitazione dei diritti fondamentali del detenuto, se necessario per facilitarne il percorso risocializzativo³⁰⁸: rientrano in queste ipotesi le norme che regolano la possibilità di possedere oggetti da utilizzare per le occupazioni del tempo libero ovvero quelle sull'allestimento delle celle³⁰⁹.

Quanto, infine, al profilo soggettivo, vale la pena di notare come le norme finalizzate alla facilitazione del reinserimento sociale spieghino di regola la loro efficacia nei confronti di tutti i condannati, ivi compresi gli ergastolani³¹⁰. Se ne deduce che eventuali restrizioni fondate su ragioni di particolare pericolosità sociale dovranno essere valutate caso per caso, in assenza di una disposizione analoga al «nostro» art. 4*bis* o.p.

Proprio la riflessione in ordine ad una eventuale influenza del reato commesso sul trattamento penitenziario fa sorgere due ordini di considerazioni.

Sotto un primo profilo, i due fini dell'esecuzione della pena (reinserimento sociale e protezione della collettività) sanciti dalle varie leggi penitenziarie rappresentano oggi pacificamente un catalogo chiuso: nelle decisioni sulle modalità del trattamento penitenziario non possono entrare considerazioni di diverso genere,

³⁰⁸ Cfr. K. LAUBENTHAL, *Strafvollzug*, cit., 101.

³⁰⁹ Cfr. § 70 *StVollzG*, che consente al detenuto di possedere libri o altri oggetti per il tempo libero, ma solo se questo non mette in pericolo lo scopo dell'esecuzione della pena ovvero la sicurezza dello stabilimento penitenziario. Analogamente, tra i tanti, il § 53 *HambStVollzG*. Più in generale, il § 19 *Hessen-StVollzG* vieta il possesso di oggetti illeciti ovvero idonei a mettere in pericolo «*die Eingliederung, die Sicherheit oder die Ordnung der Anstalt*».

³¹⁰ Cfr. *BVerfG*, 30 giugno 2015, 2 BvR 1857/14, in *JurionRS*, 2015, 22104, che afferma il diritto di un soggetto condannato alla pena detentiva perpetua di essere trasferito in un istituto penitenziario vicino ai suoi familiari e che gli possa offrire un adeguato trattamento social-terapeutico, finalizzato alla sua risocializzazione: «a) *Wird ein Strafgefangener gegen seinen Willen in eine andere Justizvollzugsanstalt verlegt, greift dies in sein Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG ein (...). Die Verlegung kann für den Gefangenen mit schwerwiegenden Beeinträchtigungen verbunden sein. Insoweit ist insbesondere in den Blick zu nehmen, dass sämtliche in der Justizvollzugsanstalt entwickelten sozialen Beziehungen praktisch abgebrochen werden und der schwierige Aufbau eines persönlichen Lebensumfelds in einer anderen Anstalt von neuem begonnen werden muss (...). Darüber hinaus kann eine Verlegung - nicht nur aus den genannten Gründen - auch die Resozialisierung des Strafgefangenen beeinträchtigen und somit dessen durch Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG vermittelten Anspruch auf einen Strafvollzug, der auf das Ziel der Resozialisierung ausgerichtet ist (...), berühren*» (*ibidem*, Rn. 28).

basate sulla gravità del reato commesso³¹¹. Al proposito, si suole affermare che l'inflizione della pena e la relativa esecuzione sono regolate da fini eterogenei³¹².

Questa regola conosce però un'eccezione: la decisione sulla sospensione condizionale del residuo di pena (§§ 57 e 57a *StGB*), di competenza del tribunale penale, deve essere presa con riferimento ai criteri di cui al § 46 *StGB*. Del resto, lo stesso § 57a *StGB* richiede di prendere in considerazione la *Schwere der Schuld*.

Nonostante la chiarezza del dato legislativo, tuttavia, negli anni Settanta ed Ottanta del secolo scorso la giurisprudenza tendeva ad ammettere la legittimità delle decisioni che, seppure relative a sole modifiche esecutive (ad esempio, alla concessione di permessi di uscita dal carcere³¹³), facevano ricorso alla colpevolezza del detenuto³¹⁴. Questo gruppo di decisioni, criticato dalla dottrina³¹⁵, usava l'argomento della particolare gravità del reato commesso per negare la concessione dei benefici penitenziari ai criminali nazionalsocialisti condannati all'ergastolo³¹⁶.

In un primo momento, la Corte Costituzionale salvò la legittimità di tali decisioni, affermando che la gravità della colpevolezza ben poteva rientrare tra i vari argomenti da soppesare ai fini della concessione dei benefici, insieme ad altri aspetti quali l'età e lo stato di salute del condannato³¹⁷.

³¹¹ Si parla al proposito di *Gestaltungsentscheidungen*, che riguardano le modalità di esecuzione della pena, di natura anche amministrativa. Esse possono essere prese direttamente dalla direzione del carcere, ma contro tale decisione è ammesso un ricorso giurisdizionale. Cfr. K. LAUBENTHAL, *Strafvollzug*, cit., 119.

³¹² Cfr. K. LAUBENTHAL, *Strafvollzug*, cit., 120, il quale fa tuttavia notare come i vari fini presi in considerazione al momento della commisurazione della pena si riflettono necessariamente sulla relativa esecuzione, perché nel determinarne la durata influenzano anche le relative modalità esecutive (il tipo di trattamento rieducativo dipende anche dal tempo a disposizione).

³¹³ Si parla di *Vollzugslockerungen* per definire le ipotesi nelle quali al condannato è concesso di allontanarsi dal carcere, con o senza la sorveglianza di un operatore penitenziario, ad esempio per svolgere una determinata attività (cfr. § 11 *StVollzG*).

³¹⁴ La «capofila» di queste sentenze è OLG Karlsruhe, in *JR*, 1978, 213. Conf. OLG Frankfurt, in *NJW*, 1979, 1173, OLG Frankfurt, in *NStZ*, 1981, 117, OLG Hamm, in *NStZ*, 1981, 495.

³¹⁵ Cfr. K. LAUBENTHAL, *Strafvollzug*, cit., 121 e nota 145.

³¹⁶ Cfr. K. LAUBENTHAL, *Strafvollzug*, cit., 122.

³¹⁷ Cfr. ad es. *BVerfGG*, 28 giugno 1983, 2 BvR 539/80 u 612/80, che ammette che, nel decidere se concedere o meno un permesso (*Hafurlaub*) a due condannati all'ergastolo, il direttore del carcere possa considerare anche il grado della colpevolezza: «Zwar ist die Entscheidung über die Gewährung von Urlaub aus der Haft an dem in § 2 *StVollzG* normierten Vollzugsziel auszurichten, das vornehmlich darin besteht, den Gefangenen zu befähigen, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen. Weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinnzusammenhang dieser Vorschrift läßt sich jedoch entnehmen, daß andere Gesichtspunkte, wie die Berücksichtigung der Schwere der Schuld, bei der gemäß § 13 *StVollzG* zu treffenden Ermessensentscheidung nicht berücksichtigt werden dürften» (ibidem, Rn. 41).

Prima che tale tendenza assumesse limiti incontrollati (alcune corti di merito cominciarono a ricorrere al parametro della colpevolezza anche per negare la concessione di benefici a soggetti condannati a pene temporanee, nonché ai minori)³¹⁸, tuttavia, la Corte Costituzionale intervenne nuovamente, affermando che «*Gesichtspunkte der Vergeltung des Schuldausgleichs haben auf die Aufgestaltung des Vollzugs keinen Einfluss*»³¹⁹.

Chiarito dunque che la decisione di rifiutare un beneficio penitenziario a causa della gravità del reato commesso sarebbe da considerarsi *contra legem*³²⁰, occorre chiedersi, in secondo luogo, se l'ordinamento tedesco considera questo aspetto altrimenti rilevante al fine della determinazione del trattamento penitenziario.

Sebbene una risposta a questa domanda che non tenga conto della disciplina delle misure di sicurezza rischi di peccare di parzialità, l'analisi delle norme fa propendere per l'opzione negativa. I vari ordinamenti penitenziari prevedono invero che, in presenza di particolari requisiti, il condannato sia sottoposto a particolari misure, quali il ricovero in una cella singola, l'osservazione notturna, l'interruzione dei contatti con gli altri detenuti. Tuttavia, da una prima analisi pare che queste norme siano finalizzate unicamente al mantenimento dell'ordine e della disciplina in carcere, e che la loro inflizione avvenga all'esito dell'osservazione della condotta carceraria del detenuto³²¹. Se nella pratica vi sia un automatismo tra la riduzione dei benefici e la commissione di particolari delitti (legati ad esempio alla criminalità organizzata) rimane una questione che necessiterebbe di approfondimento.

4.3.2. L'esecuzione «aperta»

Di regola, le leggi penitenziarie (federale e statale) contemplano due forme di esecuzione della pena privativa della libertà personale, l'una definita «aperta» e l'altra «chiusa».

In sostanza, la procedura prevede che nelle prime settimane di detenzione il detenuto rediga, insieme ad un assistente sociale ed eventualmente al personale

³¹⁸ Cfr. *OLG Frankfurt*, in *NStZ*, 1983, 140, *OLG Nürnberg*, in *NstZ*, 1984, 82.

³¹⁹ La pronuncia di riferimento è sempre *BVerfG*, 5 febbraio 2004, sulla custodia di sicurezza (cfr. *supra*, 1.1.3).

³²⁰ Cfr. K. LAUBENTHAL, *Strafvollzug*, cit., 124.

³²¹ In particolare, «*besondere Sicherungsmaßnahmen*» sono adottate principalmente quando vi sia pericolo di fuga, pericolo di violenza contro cose o persone, di suicidio o autolesionismo. Cfr. § 88 *StVollzG*, Art. 96 *BayStVollzG*, § 74 *HambStVollzG*, § 50 *Hessen-StVollzG*.

penitenziario, un *Vollzugsplan*, nel quale sono indicati gli obiettivi della sua detenzione, l'eventuale opportunità di partecipazione a corsi di apprendistato ed attività psicoterapeutiche (ad esempio, di *training* per controllare l'aggressività) e lo svolgimento di attività lavorativa³²².

La prima delle decisioni da prendere al proposito riguarda proprio il regime di detenzione: il § 10 *StVollzG* dà indicazioni molto precise in tal senso, prevedendo che il detenuto dovrebbe essere ristretto in un carcere aperto, se questo appare sufficiente a rispondere alle esigenze di sicurezza ed in particolare non vi siano rischi di fuga o di abusi da parte sua. Al secondo comma, tale norma prevede che, negli altri casi, debba applicarsi il regime del carcere chiuso.

Il regolamento attuativo della legge specifica poi che il regime aperto non può essere applicato nei confronti dei soggetti sottoposti a misura di sicurezza o custodia cautelare. Inoltre, per i condannati a reati particolarmente gravi (e per gli appartenenti alla criminalità organizzata) i criteri di ammissibilità si fanno più stringenti: tale regime non è escluso *a priori*, ma la sussistenza dei requisiti di cui al § 10 *StVollzG* deve essere analizzata con particolare cura³²³.

Le norme statali essenzialmente ricalcano questo meccanismo. Se la maggior parte di esse, sulla falsariga della norma nazionale, ha scelto di disciplinare i requisiti di ammissibilità sul piano regolamentare³²⁴, il *Land Hessen* li ha inglobati nella legge³²⁵. Questa scelta lascia perplessi i commentatori, che vi ravvisano un eccessivo

³²² Descrive meglio i primi giorni di carcere B. MAELICKE, *Das Knastdilemma*, cit., 72 ss. Nella legge federale, la disposizione di riferimento è rappresentata dal § 7.

³²³ Questo il contenuto del III co. della disposizione amministrativa relativa al § 10 *StVollzG*: «Bei Gefangenen, gegen die während des laufenden Freiheitsentzuges eine Strafe wegen grober Gewalttätigkeiten gegen Personen, wegen einer Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung oder wegen Handels mit Stoffen im Sinne des Gesetzes über den Verkehr mit Betäubungsmitteln vollzogen wurde oder zu vollziehen ist oder die im Vollzug in den begründeten Verdacht des Handels mit diesen Stoffen oder des Einbringens dieser Stoffe gekommen sind, bedarf die Frage, ob eine Unterbringung im offenen Vollzug zu verantworten ist, besonders gründlicher Prüfung. Dies gilt auch für Gefangene, über die Erkenntnisse vorliegen, dass sie der organisierten Kriminalität zuzurechnen sind». L'analisi più approfondita è richiesta per i soggetti che stanno espiando una pena per gravi reati contro la persona, reati sessuali, traffico di sostanze stupefacenti o per gli appartenenti alla criminalità organizzata.

³²⁴ Cfr. ad esempio la disposizione amministrativa relativa all'art. 12 della legge penitenziaria bavarese. Le *Verwaltungsvorschriften zum Bayerischen Strafvollzugsgesetz*, in vigore dal 1. luglio 2008, sono consultabili attraverso portale governativo del *Land* (www.gesetze-bayern.de).

³²⁵ Cfr. § 13, co. IV e V, *HStVollzG*.

irrigidimento della disciplina, e l'impossibilità di adattarla alla molteplicità delle situazioni che si potrebbero presentare³²⁶.

Ad ogni buon conto, allo studioso del diritto italiano non può sfuggire che le esclusioni oggettive e soggettive non operano mai automaticamente: sulla regola tendenziale prevale sempre il giudizio del caso concreto³²⁷.

Un ulteriore, interessante, aspetto della norma federale riguarda il rapporto regola-eccezione stabilito tra l'esecuzione aperta e quella chiusa: sussistendone i requisiti, il condannato dovrebbe («*soll*») poter godere del regime più favorevole. Egli non ha una vera e propria pretesa all'*offener Vollzug*, bensì il diritto a che la sua richiesta venga legittimamente presa in esame³²⁸.

Tale meccanismo, tuttavia, non è stato ripreso dalla norme statali, la maggior parte delle quali ha scelto di porre i due regimi sullo stesso piano³²⁹, nella menzionata ottica di maggior favore per la tutela della sicurezza collettiva³³⁰.

Addirittura, il *Land Niedersachsen* ha invertito il rapporto tra le due fattispecie, prevedendo che il condannato sia di regola ristretto in una struttura chiusa, a meno che il suo *Vollzugsplan* non preveda diversamente³³¹.

Fa eccezione il *Brandenburg*, che ha scelto di rafforzare la prevalenza del regime in esame sancendone l'applicabilità diretta in presenza dei requisiti di

³²⁶ Cfr. K. LAUBENTHAL, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 244.

³²⁷ Cfr. K. LAUBENTHAL, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 245.

³²⁸ Si parla al proposito di «*Soll-Vorschrift*», facendo riferimento al verbo usato dal legislatore. L'amministrazione penitenziaria gode di un grande spazio discrezionale nella decisione. Cfr. K. LAUBENTHAL, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., 246.

³²⁹ Cfr. ad esempio, il § 12 I della legge penitenziaria del *Niedersachsen*: «*Der oder die Gefangene wird in geschlossener Vollzug unterbracht*» oppure il § 15 della legge del *Mecklenburg-Vorpommern*: «*Die Gefangenen werden im geschlossenen oder offenen Vollzug untergebracht*», il cui contenuto è identico a quello del § 12 I della legge del *Nordrhein-Westphalen*. Quanto al *Land Hessen*, secondo il § 13 *StVollzG* i condannati vengono di regola rinchiusi in uno stabilimento chiuso. Tuttavia, ai sensi del § 71 della stessa legge, i condannati che si trovano in libertà nel momento in cui la sentenza di condanna diviene esecutiva, devono espriare una pena non superiore ai due anni e non rientrano nelle esclusioni oggettive o soggettive di cui al precedente § 13 vengono *de plano* ristretti in *offener Vollzug*. Analoghe disposizioni si ritrovano al § 12 I della legge penitenziaria del *Niedersachsen*, all

³³⁰ Cfr. M. KÖHNE, *3 Landesstrafvollzugsgesetze*, cit., 131.

³³¹ Cfr. § 12 *NStVollzG*.

legge³³². Una regola analoga è prevista, in via amministrativa, dalla città di Berlino³³³.

Quanto, più nello specifico, alle caratteristiche dell'esecuzione aperta, si prevede che la stessa debba avvenire in strutture caratterizzate da misure di sicurezza attenuate: dal punto di vista edilizio, le finestre possono essere prive di inferriate, non tutte le porte blindate. Inoltre, la sorveglianza dei detenuti è meno stringente: essi possono muoversi liberamente all'interno della struttura e la porta delle loro celle non viene chiusa a chiave durante le ore notturne³³⁴.

La norma federale e quella del *Bayern* prevedono che il trasferimento in esecuzione aperta, anche se disposto nel corso dell'espiazione, possa essere concesso solo con il consenso del condannato³³⁵. Prescindono invece dal consenso del condannato le norme degli altri *Bundesländer*, mentre alcune di esse fanno salva la possibilità che il soggetto ammesso all'esecuzione aperta possa validamente richiedere di ritornare nel regime «chiuso». Una tale istanza si potrebbe fondare, ad esempio, sul fatto che solo nel regime chiuso egli può beneficiare di un particolare tipo di trattamento.

³³² Cfr. § 22 II co. *BbgJStVollzG*: «Die Strafgefangenen sind im offenen Vollzug unterzubringen, wenn sie dessen Anforderungen genügen, insbesondere verantwortet werden kann zu erproben, dass sie sich dem Vollzug nicht entziehen oder die Möglichkeiten des offenen Vollzugs nicht zu Straftaten missbrauchen werden».

³³³ Cfr. le *Ausführungsvorschriften zum § 10 StVollzG* dell'11 novembre 2014 (*SenJustV III A 2*) emanate dal Senato della città di Berlino: «1. Grundsatz. Gefangene sind nach Maßgabe der vorhandenen Haftplätze im offenen Vollzug unterzubringen, wenn die Voraussetzungen des § 10 StVollzG, der hierzu erlassenen bundeseinheitlichen Verwaltungsvorschriften (VV) und der nachfolgenden Regelungen vorliegen». Nel caso in cui il condannato si presenti spontaneamente all'autorità penitenziaria entro un dato termine (decorso il quale dovrà avvenire il trasferimento coatto in carcere), egli sarà assegnato al regime di esecuzione esterna: «2. Direktaufnahme von Selbststellern. In Abweichung von den Nummern 1 und 2 der VV zu § 10 StVollzG sind die zu Freiheitsstrafen Verurteilten zunächst direkt im offenen Vollzug aufzunehmen, wenn sie sich dort zum Strafantritt stellen». In deroga rispetto a quanto previsto dalle regole federali, l'idoneità del soggetto ad espire la pena nel regime più favorevole sarà valutata solo in un secondo momento, con possibilità di successiva revoca della misura. Valuta positivamente tale disposizione B. MAELICKE, *Das Knastdilemma*, cit., 196.

³³⁴ Tali disposizioni si ricavano dal § 141 *StVollzG* e dalle relative disposizioni di attuazione. La distinzione tra *geschlossener* ed *offener Vollzug* è presente in tutte le leggi penitenziarie statali (cfr., ad esempio, Art. 167 II *BayStVollzG*, §§ 99 III *HambStVollzG*, 72 II *Hessen*, 22 *Thür.JStVollzG*, 12 *NJVollzG*).

³³⁵ Cfr. § 10 I *StVollzG* ed Art. 12 II *BayStVollzG*.

In generale, da quasi tutte le norme emerge che il regime in esame va favorito dall'amministrazione penitenziaria con l'avvicinarsi del termine finale della pena, in modo da preparare gradualmente il condannato al ritorno in libertà³³⁶.

Infine, la mancata osservanza delle regole di comportamento dell'esecuzione aperta e l'abuso della libertà ivi concessa portano alla revoca del regime più favorevole³³⁷.

Quanto, per concludere, all'effettivo ricorso all'*offener Vollzug*, negli ultimi anni si riscontra un calo: la media nazionale di un terzo di detenuti che beneficiavano del regime aperto risalente ai primi anni del 2000 si è abbassata nel 2015 al 13%³³⁸. In questo ambito, enormi sono le differenze a seconda del *Bundesland*: in *Bayern*, solo il 5% dei condannati è ammesso al regime più favorevole, contro il 14 % del *Niedersachsen*, il 22,5% circa del *Nordrhein-Westphalen* ed il 24% della città di Berlino³³⁹. Certo, i posti disponibili nell'*offener Vollzug* sono molto meno rispetto a quelli delle carceri «normali» (essi rappresentano circa il 14,8% dei posti totali): tuttavia, in tutti gli Stati esaminati essi sono sfruttati molto al di sotto della capienza regolamentare³⁴⁰.

4.3.3. La preparazione al rilascio

Particolarmente interessante, infine, per un osservatore esterno, risulta anche la disciplina degli ultimi mesi di reclusione. È in questo periodo, invero, che si gli sforzi rieducativi devono concentrarsi, in modo da assicurare che il condannato non ricada nel reato appena uscito dal carcere. Gli studi sulla recidiva concordano nell'affermare che il rischio di ricaduta è più alto nei primi mesi dopo la reclusione, per diminuire progressivamente con il passare del tempo³⁴¹.

³³⁶ Cfr. ad esempio, § 15 II *StVollzG*, Art. 17 II *BayStVollzG*, § 15 IV *HambStVollzG*, § 12 II *StVollzG NRW*. Altre leggi si limitano a prevedere, più genericamente, che con l'avvicinarsi del termine di rilascio al condannato devono essere progressivamente riconosciute alcune attenuazioni del regime detentivo (cfr., ad es., § 50 *ThürJVollzGB* o § 54 *BbgJVollzG*).

³³⁷ Cfr. K. LAUBENTHAL, *op. cit.*, 247-9.

³³⁸ Cfr. B. MAELICKE, *Das Knastdilemma*, cit., 196-7. I dati del 2015 sono presi di nuovo da STATISTISCHES BUNDESAMT, *Rechtspflege. Stichtag 31. August 2015*, rapporto pubblicato il 1.12.2015, cit., 5.

³³⁹ Percentuali calcolate dall'A. sulla base dei dati di cui alla nota precedente.

³⁴⁰ Dei 74.519 posti disponibili in tutta la Germania, 63.505 sono offerti da stabilimenti chiusi, mentre i rimanenti 11.014 da carceri aperti. Cfr. STATISTISCHES BUNDESAMT, *Rechtspflege. Stichtag 31. August 2015*, cit., 5.

³⁴¹ Cfr. J.-M. JEHL, H.-J. ALBRECHT ET AL., *Legalbewährung nach strafrechtliche Sanktionen*, *Bundesministerium der Justiz*, Berlin, 2013, 9, dove si evidenzia come la maggior parte delle ricadute

La legge federale contiene varie disposizioni che consentono, a partire da sei mesi prima del rilascio, di concedere particolari allentamenti della rigidità del regime carcerario al condannato, sotto forma di possibilità di uscire periodicamente dal carcere durante il giorno (*Vollzugslockerungen*), permessi straordinari della durata massima di sei giorni (in aggiunta a quelli regolari) e la citata facilitazione dell'accesso all'*offener Vollzug*³⁴².

Inoltre, prima del ritorno in libertà il condannato può ricevere una piccola somma di denaro per le prime necessità (*Entlassungsgeld*)³⁴³, oltre ad un contributo per le spese di viaggio, e talvolta anche un aiuto nella ricerca di un alloggio³⁴⁴. Le varie leggi, inoltre, regolano dettagliatamente le modalità del rilascio (orario, giorno della settimana, concomitanza con giorni festivi).

Tutti i condannati che hanno scontato una pena minima di due anni sono sottoposti *ex lege* alla misura di sicurezza del *Führungsaufsicht* (§68f I *StGB*).

Vi è infine la possibilità che, per alcuni mesi dopo la scarcerazione, l'*ex* detenuto possa chiedere di rientrare spontaneamente in carcere, se ritiene che questo sia l'unico modo per scongiurare il pericolo di recidiva.

La legge federale prevede espressamente una tale opzione, ma solo a favore dei soggetti rilasciati da istituti c.d. socialterapeutici, che offrono particolari forme di sostegno psicologico (§ 125 *StVollzG*).

Alcune leggi statali hanno ricalcato la norma federale³⁴⁵. Altre, invece, hanno eliminato la restrizione soggettiva, consentendo a tutti i detenuti che ne facciano

si verifica nei primi tre anni dopo la condanna ovvero dopo il rilascio dal carcere. Di queste, metà avviene durante il primo anno. Trascorsi i tre anni, la quota di recidiva diminuisce ulteriormente. I soggetti con più di una condanna alle spalle tendono a ricadere nel reato con una frequenza maggiore rispetto a coloro per i quali la condanna rappresenta un episodio isolato della vita.

³⁴² Cfr. K. LAUBENTHAL, *op. cit.*, 474-7.

³⁴³ Tale possibilità è prevista dal § 75 *StVollzG*. Inoltre, ma solo in caso di bisogno, prevede la concessione di un *Überbrückungsbeihilfe* il § 60 V *StVollzG NRW*. Meno generose le disposizioni di *Brandenburg e Thüringen* (§§ 51), che prevedono solo un contributo per il viaggio.

³⁴⁴ Cfr. ad es. § 50 *JVollzG Brandenburg*: «Die Anstalt arbeitet frühzeitig mit den Kommunen, den Agenturen für Arbeit, den Trägern der Sozialversicherung und der Sozialhilfe, den Hilfeeinrichtungen anderer Behörden, den forensischen Ambulanzen, den Verbänden der freien Wohlfahrtspflege und weiteren Personen und Einrichtungen außerhalb des Vollzugs zusammen, insbesondere um zu erreichen, dass die Straf- und Jugendstrafgefangenen nach ihrer Entlassung über eine geeignete Unterbringung und eine Arbeits- oder Ausbildungsstelle verfügen».

³⁴⁵ Cfr. Art. 120 *BayStVollzG*; §§ 18 II *HambStVollzG*, 106 *JVollzG Niedersachsen*, 12 V *StVollzG Hessen*.

richiesta di tornare in carcere: tuttavia, la decisione sulla loro ammissione rientra nella discrezionalità della direzione dell'istituto³⁴⁶.

5. Seconda conclusione parziale

La breve analisi oggetto di questo capitolo si è concentrata su tre grandi argomenti: la concezione della pena maggiormente diffusa nell'ordinamento tedesco, la commisurazione giudiziale della stessa e, infine, l'impianto sanzionatorio in generale, con un'attenzione particolare per i dati relativi all'applicazione delle sanzioni ed alcuni spunti sulla loro esecuzione.

Quanto alle teorie della pena, si riscontra un grande attaccamento normativo (ma anche giurisprudenziale e dottrinale) alla concezione secondo la quale essa deve rispecchiare il grado della colpevolezza. Questo requisito viene visto per lo più a garanzia del reo. Esso, nella fase commisurativa, consente anche di superare eventuali problemi legati alla circostanza che, per molti reati, le cornici edittali sono molto ampie, scongiurando il rischio di decisioni arbitrarie del giudice.

Per quanto riguarda, infine, la fase esecutiva, il trasferimento della competenza legislativa ai *Länder* si è tradotta, almeno sulla carta, in un generale abbassamento del livello dell'offerta rieducativa al condannato. Considerato che una buona parte delle leggi statali è entrata in vigore nel 2013, è ancora presto per effettuare un bilancio consapevole. Tuttavia, pare potersi affermare che, in Germania, le numerose questioni legate al diritto penitenziario rappresentano quasi l'evoluzione di quelli riscontrati nell'analisi dell'ordinamento italiano. Ad esempio, un aspetto problematico è rappresentato non dal sovraffollamento, ma dal fatto che non tutti i penitenziari riescono ad offrire una cella singola ai detenuti.

Inoltre, la dottrina più attenta lamenta il sovraccarico di lavoro dei *Bewährungshelfern*, partendo dal presupposto che la disciplina legislativa della sospensione condizionale della pena (e del residuo di pena) di per sé non necessiti di modifiche. Le più recenti istanze di riforma, invero, non hanno ad oggetto le norme codicistiche sulle sanzioni (a differenza dell'Italia), ma chiedono un intervento

³⁴⁶ È questo il caso delle *Strafvollzugsgesetze* di *Brandenburg* (§ 53), *Mecklenburg-Vorpommern* (§ 45), *Rheinland-Pfalz* (§ 52), *Saarland* (§ 45), *Sachsen* (§ 45) e *Thüringen* (§ 53).

statale unitario sul piano dell'esecuzione. In questa direzione si muove, ad esempio, il citato progetto per una legge federale sulla risocializzazione³⁴⁷.

³⁴⁷ Cfr. B. MAELICKE (a cura di), *Erster Diskussionsentwurf eines Landesresozialisierungsgesetzes*, 10.2.2014, cit., e *supra*, punto 1.1.2.

CONCLUSIONI

1. L'esito del confronto

Nella prima parte di questo lavoro, si è risaliti alle origini storiche delle attuali legislazioni penali europee, soprattutto in riferimento ai sistemi sanzionatori. Si è creduto di poter partire dagli anni a cavallo tra l'Ottocento ed il Novecento, quando le ferree convinzioni, quasi sempre vagamente moraleggianti, degli esponenti delle scuole più «classiche» furono messe in discussione dai «moderni» studiosi del Positivismo. Il dibattito fu intenso ed acceso, e, soprattutto dopo la fondazione dell'Associazione Internazionale dei Professori di Diritto Penale, assunse echi europei che, tenuto conto della diversità dei mezzi, non paiono da meno rispetto a quelli attuali.

Da questo retroterra comune, che chiedeva al giudice di tenere in conto non solo la gravità del fatto commesso dal soggetto, ma anche la sua persona, i suoi precedenti ed il suo futuro, sono sorti tutti i codici penali europei. Da allora, nessuno di essi ha mai messo davvero in discussione il binomio punizione-rieducazione che deve caratterizzare l'inflizione della sanzione penale.

Parallelamente, la consapevolezza dell'oggettiva difficoltà connessa alla predisposizione di un trattamento penitenziario rieducativo ha aperto nuove strade: da un lato vi è la ricerca per le misure alternative, meccanismi di *probation* prima o dopo il processo, facilitazioni dell'uscita anticipata dal carcere. L'altra faccia della medaglia è rappresentata dall'attenzione verso meccanismi di giustizia riparativa. Nella loro forma più pura, questi sono totalmente alternativi rispetto a quella tradizionale, volti ad inserire il binomio reato-pena in un paradigma nuovo.

Queste tendenze comuni, tuttavia, ben riconoscibili, hanno assunto, nelle legislazioni nazionali, forme molteplici: alla vicinanza sostanziale fa per lo più da contrappeso una grande differenza procedurale; le comuni premesse di partenza e le conoscenze condivise sono state declinate nei modi più vari.

L'ordinamento tedesco e quello italiano sono particolarmente rappresentativi di questo fenomeno: in entrambi i sistemi, la commisurazione della pena rappresenta l'esito di un processo che tiene conto della colpevolezza per il fatto e della persona dell'autore, mentre l'esecuzione della pena detentiva è improntata alla risocializzazione. I due ordinamenti condividono la convinzione di fondo secondo la quale il carcere, con tutte le sue ricadute negative per la personalità del condannato, dovrebbe rappresentare l'*ultima ratio* nel ventaglio delle scelte sanzionatorie. In Germania, il larghissimo utilizzo della pena pecuniaria ed il basso tasso di carcerizzazione fanno presumere che sia già così. Il legislatore italiano, soprattutto dopo le recenti riforme in attuazione delle deleghe contenute nella legge 67/14, si sta muovendo nella stessa direzione¹.

Tuttavia, di fatto le scelte dei due legislatori nazionali hanno preso direzioni molto diverse: oltre alle citate differenze in relazione alle cornici edittali (in Germania, le pene sono tendenzialmente più basse rispetto all'Italia, e le cornici edittali molto più ampie), risulta difficile far coincidere i lembi dei due sistemi sanzionatori. Oltralpe, il quadro è piuttosto chiaro: ci sono due soli tipi di pene principali (pena pecuniaria e pena detentiva), e tutte le decisioni di «apertura» del regime detentivo in un'ottica rieducativa sono relegate all'ambito esecutivo. Inoltre, la sospensione condizionale rappresenta una vera e propria pena, perché è corredata da quegli oneri tipici degli istituti di «*probation*» come intesi nei Paesi anglosassoni.

In Italia, la stratificazione legislativa ha creato un complesso mosaico fatto di pene principali, sostitutive ed alternative. Tra queste ultime, spicca la detenzione domiciliare, recentemente potenziata dal legislatore italiano, che non sembra avere un diretto equivalente in Germania.

Un'ulteriore differenza riguarda il contenuto della pena detentiva. Mentre in Italia delitti e contravvenzioni sono sottoposti alle diverse pene della reclusione e dell'arresto, in Germania si è scelto il modello della *Einheitsfreiheitstrasse*, che non distingue tra *Verbrechen* e *Vergehen*. La differenza può apparire di poco conto nel momento attuale, considerato che la norma dell'ordinamento penitenziario italiano che prescrive che reclusi ed arrestati siano detenuti in istituti diversi (art. 61) è sostanzialmente inapplicata, ma potrebbe rivelarsi più problematica, in un'ottica di

¹ Anche in Italia, comunque, la dottrina era orientata in questo senso già da tempo. Cfr. *supra*, cap. II.2.

mutuo riconoscimento delle sentenze di condanna², se l'arresto fosse completamente sostituito dall'arresto domiciliare³.

Probabilmente, una certa vicinanza di contenuti potrebbe esserci tra lo *status* dell'affidato in prova al servizio sociale italiano e quello del *Proband* tedesco, che ha beneficiato della sospensione condizionale dell'intera pena o di una sua parte; oppure è stato ammonito con riserva di pena. Entrambi i soggetti devono attenersi ad una serie di prescrizioni comportamentali e sono seguiti da un assistente sociale. Non si deve dimenticare, però, che pure l'Italia conosce l'istituto della sospensione condizionale dell'intera pena o di una sua parte (liberazione condizionale). Tuttavia, con questi due ultimi istituti il confronto non si può fare: chi ne beneficia gode di un regime di sostanziale libertà.

Un'ulteriore divergenza si può registrare per quanto riguarda l'istituto italiano della «liberazione anticipata», che ai sensi dell'art. 54 o.p. consente una detrazione di quarantacinque giorni di pena per ogni singolo semestre di pena scontata⁴: tale meccanismo, molto diffuso nella prassi, incide sensibilmente sulla durata effettiva della pena. Dall'analisi condotta, non si è rinvenuta una norma dal contenuto analogo nell'ordinamento penitenziario tedesco.

Altri spunti vengono dalla realtà effettuale: il tasso di carcerizzazione in Germania è molto più basso rispetto all'Italia, il problema dell'ineffettività della pena non viene particolarmente approfondito⁵, e nonostante il recente favore dei legislatori statali verso esigenze di tutela della sicurezza collettiva le carceri continuano seriamente a perseguire il reinserimento sociale del condannato. La conferma che la pena detentiva rappresenta davvero l'*ultima ratio* potrebbe desumersi dallo scarso ricorso alla sospensione del residuo di pena ed all'esecuzione

² Cfr. *infra*, punto 2.

³ In tal senso la richiesta della legge delega 67 del 2014, cfr. *supra*, cap. II, punto 2.2.

⁴ Cfr. *supra*, cap. II, punto 4.2.

⁵ Per quanto riguarda la pena pecuniaria, come si è visto, il dibattito in Germania riguarda principalmente l'opportunità o meno della sua conversione in pena detentiva, mentre la possibilità che essa rimanga ineffettiva, vale a dire non venga né riscossa, né convertita, non viene considerata. Già questo aspetto rappresenta una grande differenza rispetto all'Italia. In riferimento, invece, alla pena detentiva, le statistiche tedesche si concentrano sulla *Legalbewährung*, vale a dire il tasso di recidiva nei soggetti che hanno espriato una pena detentiva. Non si è potuta trovare, tuttavia, nel dibattito tedesco, una discussione analoga alla nostra per quanto riguarda la mancanza di effettività della pena intesa come inflizione di pene totalmente prive di contenuto afflittivo o rieducativo: in Italia, questo è il caso della sospensione condizionale della pena e dell'affidamento in prova al servizio sociale ordinato senza la preventiva osservazione in carcere.

aperta: se pochi soggetti vengono ammessi a tali benefici può significare che è già stata fatta una scrematura «a monte» da parte del giudice del merito. Tuttavia, probabilmente anche per motivi storici e legati al tipo di criminalità, in questo Paese non ci sono regole che precludono *a priori* l'accesso ad attenuazioni del regime carcerario (o che impongono particolari restrizioni) a categorie predeterminate di delinquenti, tra i quali spiccano gli appartenenti alla criminalità organizzata di stampo mafioso⁶.

2. Nuove esigenze europee di mutuo riconoscimento

La comparazione dei sistemi sanzionatori di due Stati membri dell'Unione Europea non è un'operazione meramente culturale, utile solo in una prospettiva *de jure condendo* e di interpretazione del diritto esistente.

Ormai da tempo, la Commissione Europea ha compiuto un importante passo a favore della libera circolazione delle decisioni giudiziarie all'interno dell'Unione: le decisioni quadro 2008/909/GAI e 2008/957/GAI, infatti, prevedono il mutuo riconoscimento delle sentenze che irrogano, rispettivamente, pene detentive ed altre misure limitative della libertà personale, nonché la sospensione condizionale e le pene sostitutive⁷.

Prima di questi due atti normativi, il trasferimento dei detenuti da uno Stato all'altro era possibile, ma veniva regolato da convenzioni internazionali, strumenti di tipo pattizio frutto di accordi tra gli Stati⁸. Le norme dell'Unione si pongono in

⁶ Chiaramente, per quanto riguarda l'Italia il riferimento è alle norme di cui agli artt. 4bis e 41bis o.p., cui si è accennato diffusamente nel II. cap.

⁷ Cfr. «Decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea», e «Decisione quadro 2008/947/GAI del Consiglio del 27 novembre 2008 relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive». Normalmente, insieme a queste due decisioni ne viene ricordata una terza, la 2009/829/GAI, che riguarda invece il mutuo riconoscimento delle alternative alla detenzione cautelare. Il concetto di «mutuo riconoscimento», formulato per la prima volta in occasione del Consiglio europeo di Tampere del 1999, si fonda sul presupposto che gli Stati membri, in forza dei rapporti di fiducia reciproca che li uniscono, in linea di massima sono tenuti a riconoscere le rispettive decisioni giudiziarie, senza potere di sindacato nel merito delle stesse (è permesso, semmai, solo un controllo di tipo procedurale). Cfr. A. KLIP, *European Criminal law. An integrative approach*, Antwerp, 2009, 330-353.

⁸ Per un inquadramento più dettagliato delle varie norme pattizie, cfr. N. PLASTINA, *L'esecuzione delle pene detentive*, in L. KALB (a cura di), *Spazio europeo di giustizia e procedimento penale italiano*, Torino, 2012, 591 ss. Tra gli Stati membri dell'Unione europea il trasferimento delle persone condannate in precedenza era regolato dalla convenzione del Consiglio d'Europa del 21 marzo 1983,

un'ottica totalmente diversa: la decisione quadro n. 909 prevede che uno Stato che ha irrogato una sentenza di condanna nei confronti di un soggetto possa richiedere ad un altro Stato di metterla in esecuzione, alla sola condizione (derogabile) dell'esistenza del consenso di quest'ultimo e dell'assenza dei motivi di rifiuto di cui all'art. 9 della decisione stessa⁹. Lo Stato di esecuzione viene individuato come quello del quale il condannato ha la cittadinanza, vive o sarà espulso. Inoltre, il trasferimento può avvenire anche verso qualsiasi Stato membro diverso da questi due, a condizione che l'autorità competente dia il consenso (art. 4 decisione quadro 2008/909/GAI).

Per quanto riguarda i reati commessi dalle persone condannate, l'art. 7 della decisione quadro fa una distinzione. Al primo paragrafo, esso elenca una serie di fattispecie che danno automaticamente luogo al riconoscimento della sentenza ed all'irrogazione della pena, sempre che siano punibili nello Stato di emissione con una pena detentiva oppure con una misura privativa della libertà personale della durata massima non inferiore a tre anni. Si tratta di reati normalmente puniti in tutti gli Stati membri, come omicidio, violenza sessuale e lesioni gravi, ma anche tratta di esseri umani, truffa, corruzione, partecipazione ad un'organizzazione criminale ed altri¹⁰.

L'elenco è tassativo: i reati diversi da quelli elencati al primo paragrafo dell'articolo rientrano in un secondo gruppo, rispetto al quale lo Stato di esecuzione può decidere di verificare il c.d. requisito della doppia incriminabilità. Tale Stato, invero, può subordinare il riconoscimento della sentenza e la relativa esecuzione «alla condizione che essa si riferisca a fatti che costituiscono reato anche ai sensi della legge dello Stato di esecuzione, indipendentemente dai suoi elementi costitutivi o dalla denominazione del reato stesso»¹¹.

che prevedeva essenzialmente il trasferimento della persona condannata per l'esecuzione della parte residua della pena verso il suo Stato di cittadinanza e solo previo consenso del condannato e degli Stati interessati. La convenzione è stata ratificata in Italia con legge 25 luglio 1988, n. 334.

⁹ Esso ricomprende motivi formali o procedurali (la mancanza del certificato di riconoscimento della sentenza), o sostanziali (potenziale contrasto con il principio di *ne bis in idem*, prescrizione della pena ai sensi della legge dello Stato di esecuzione oppure il reato per cui c'è stata la condanna non è tale nello Stato di esecuzione). Inoltre, ai sensi dell'art. 7 della direttiva, il fatto commesso dalla persona condannata deve essere previsto come reato da entrambi gli ordinamenti (c.d. requisito della doppia incriminabilità). Per un inquadramento, cfr. A. MARTUFI, *Diritti del detenuto e spazio penitenziario europeo*, Napoli, 2015, in corso di pubblicazione, 226 della bozza.

¹⁰ Per l'elenco completo di queste fattispecie, in riferimento alle quali non occorre verificare la sussistenza del requisito della doppia incriminabilità, cfr. decisione quadro 2008/909/GAI, art. 7.1.

¹¹ Art. 7.3 decisione quadro 2008/909/GAI.

A prescindere dagli aspetti tecnico-processuali, i quali mirano, come sempre in questo ambito, a velocizzare la procedura di riconoscimento e trasferimento¹², vale la pena sottolineare che, se le condizioni della decisione quadro sono soddisfatte, le autorità nazionali sono reciprocamente tenute ad eseguire le sentenze di condanna¹³.

L'aspetto più interessante della decisione emerge tuttavia dalla lettura del relativo *Considerando* n. 9: «L'esecuzione della pena nello Stato di esecuzione dovrebbe aumentare la possibilità di reinserimento sociale della persona condannata». Lo Stato di emissione, prima di emanare la richiesta nei confronti dello Stato «destinatario», deve valutare «elementi quali, per esempio, l'attaccamento della persona allo Stato di esecuzione e il fatto che questa consideri tale Stato il luogo in cui mantiene legami familiari, linguistici, culturali, sociali o economici e di altro tipo». Lo stesso intento si ritrova nell'art. 4.2 della decisione: «La trasmissione della sentenza e del certificato può aver luogo qualora l'autorità competente dello Stato di emissione, ove opportuno previa consultazioni tra l'autorità competente dello Stato di emissione e quella dello Stato di esecuzione, abbia la certezza che l'esecuzione della pena da parte dello Stato di esecuzione abbia lo scopo di favorire il reinserimento sociale della persona condannata»¹⁴.

Il forte accento posto sulla rieducazione fa sorgere alcune considerazioni, condizionate da quanto analizzato nel corso del presente lavoro.

In primo luogo, appare degno di nota che, in un'epoca nella quale, almeno in Italia ed in Germania, esigenze di sicurezza collettiva rubano il campo al dibattito sulla risocializzazione del condannato, il legislatore europeo abbia deciso, per lo meno sulla carta ed a livello di dichiarazioni di principio, di richiamarsi a quest'ultimo ideale.

¹² L'art. 5.1 della decisione prevede che «La sentenza o una sua copia autenticata, corredata del certificato, è trasmessa dall'autorità competente dello Stato di emissione direttamente all'autorità competente dello Stato di esecuzione con qualsiasi mezzo che lasci una traccia scritta in condizioni che consentano allo Stato di esecuzione di accertarne l'autenticità». Il certificato a cui si fa riferimento rappresenta un documento *standard*, allegato alla direttiva, che richiede di indicare in modo uniforme i requisiti della decisione in modo da facilitarne la comprensione in tutti gli Stati membri.

¹³ Cfr. A. MARTUFI, *Diritti del detenuto e spazio penitenziario europeo*, cit., 227.

¹⁴ Dalla norma parrebbe doversi dedurre che, quindi, anche la mancanza di una tale certezza possa rientrare tra i motivi ostativi all'invio della richiesta di riconoscimento. Inoltre, già il precedente articolo 3.1 della decisione quadro chiariva: «Scopo della presente decisione quadro è stabilire le norme secondo le quali uno Stato membro, al fine di favorire il reinserimento sociale della persona condannata, debba riconoscere una sentenza ed eseguire la pena».

Una seconda riflessione sorge spontanea leggendo il riferimento del nono *Considerando* ai rapporti sociali o famigliari del detenuto con lo Stato di esecuzione. Sicuramente, la vicinanza fisica con i famigliari ne facilita l'incontro, anche se lo stesso avviene solo all'interno del carcere. Tuttavia, una reale integrazione con la società esterna è possibile solo ove il detenuto goda realmente della possibilità di stabilire contatti con questa: al di là delle occasioni fornite dai permessi (previsti, con modalità diverse, in entrambi gli ordinamenti in esame), solo in una modalità di *offener Vollzug* l'ambiente circostante può essere davvero decisivo per il condannato. Quindi, delle due l'una: o questo aspetto è sfuggito al legislatore europeo, che aveva in mente solo la pena detentiva «classica» ed ha introdotto la citata regola mosso dal reale ma non dichiarato scopo di combattere il sovraffollamento carcerario¹⁵.

In alternativa, si può leggere nelle nuove norme l'intento di ottenere una sorta di gioco al rialzo tra i vari Stati, nel quale ciascuno è in realtà incentivato a favorire una detenzione davvero «rieducativa»¹⁶.

Un terzo elemento di rilievo è rappresentato dal consenso del condannato: la regola che lo richiede (art. 6.1) conosce un'eccezione (art. 6.2): il consenso non è necessario se lo stato di esecuzione è quello in cui la persona vive, sarà espulsa ovvero è fuggita a seguito del procedimento penale pendente nei suoi confronti nello Stato di emissione. La possibilità di prescindere dal consenso ha un duplice rilievo: da un lato, essa rompe con il passato: prima delle due decisioni quadro, il consenso era un elemento essenziale per il suo trasferimento interstatale¹⁷. Analizzando le varie norme statali di attuazione di questo articolo, tuttavia, la Commissione europea ha richiesto un'interpretazione restrittiva dei casi in cui non occorre il consenso, invitando gli Stati membri a prevedere sempre la possibilità che egli venga interpellato prima del trasferimento¹⁸.

¹⁵ Menziona la lotta al sovraffollamento tra gli scopi delle due direttive A. MARTUFI, *Diritti del detenuto e spazio penitenziario europeo*, cit., 226 e 229.

¹⁶ Così H. KUCZYŃSKA, *Mutual Recognition of Judicial Decisions in Criminal Matters with Regard to Probation Measures and Alternative Sanctions*, in *Eu. Crim.*, 2009, 145-6.

¹⁷ Cfr. M. PISANI, *Reinserimento del condannato e cooperazione giudiziaria internazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 513 ss.

¹⁸ Cfr. *Relazione della Commissione al Parlamento europeo ed al Consiglio sull'attuazione da parte degli Stati membri delle decisioni quadro 2008/909/GAI, 2008/947/GAI e 2009/829/GAI relative al reciproco riconoscimento delle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, delle decisioni di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive e delle misure alternative alla detenzione cautelare*, (COM/2014/057 final), Bruxelles, 5.2.2014.

D'altro canto, questa disposizione si pone in un rapporto di potenziale frizione con quanto esposto sinora¹⁹ in riferimento alla necessità che l'adesione all'offerta rieducativa sia spontanea: una forzatura del condannato in tal senso non solo pregiudica il buon esito del percorso, ma mette anche a repentaglio i suoi diritti fondamentali. Anche dietro questa scelta, forse, si nasconde l'intento del legislatore europeo di meglio «smistare» i detenuti tra gli Stati membri.

La decisione quadro relativa al riconoscimento delle sentenze che irrogano la sospensione condizionale della pena ovvero una sanzione sostitutiva (2008/947/GAI) risponde alla stessa *ratio* della decisione n. 909, appena esaminata. Essa prevede che lo Stato di emissione possa delegare a quello di esecuzione i compiti di controllo e verifica dell'esecuzione della sanzione sostitutiva, oppure del rispetto, da parte del condannato, delle prescrizioni disposte insieme alla sospensione condizionale della pena²⁰.

Accanto all'intento di favorire la risocializzazione del condannato, questa seconda decisione quadro aspira pure a risolvere un problema di disparità di trattamento tra i cittadini dell'Unione: è stata empiricamente provata la scarsa predisposizione dei giudici nazionali a disporre la sospensione condizionale della pena ovvero l'applicazione di misure alternative a favore di persone che non risiedono nello Stato della condanna. Il motivo di questa ritrosia va trovato nella difficoltà pratica di controllare il rispetto delle prescrizioni da parte di questi soggetti²¹.

In tale senso, la decisione quadro mira ad ottenere due risultati: da un lato, la prevenzione di problemi di discriminazione dei cittadini (o residenti) di diversi Paesi dell'Unione, cercando di garantire a tutti lo stesso diritto, ricorrendone i presupposti di legge, di poter beneficiare effettivamente della sospensione della pena oppure della misura sostitutiva.

¹⁹ Cfr. *supra*, cap. I.2.

²⁰ Dettagliatamente, cfr. H. KUCZYŃSKA, *Mutual Recognition of Judicial Decisions in Criminal Matters with Regard to Probation Measures and Alternative Sanctions*, cit., 43 ss.

²¹ Cfr. A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti*, cit., 231. Il *Considerando* n. 2 della decisione quadro in esame menziona, tra i relativi obiettivi, la garanzia della sicurezza collettiva, mentre il successivo *considerando* n. 14 aggiunge i seguenti scopi: «favorire la riabilitazione sociale delle persone condannate, migliorare la protezione delle vittime e del pubblico in generale e favorire l'applicazione di opportune misure di sospensione condizionale e sanzioni sostitutive nel caso di autori di reati che non vivono nello Stato di condanna».

Dall'altra parte, però, il legislatore europeo pare essersi fatto carico pure del rispetto di esigenze di sicurezza, facilitando il controllo da parte dello Stato in cui si trovano dei soggetti destinatari di un provvedimento sanzionatorio a carattere non detentivo. Questi, invero, godono di regola del diritto di circolare e risiedere nel territorio degli Stati membri²².

Per prevenire alcuni dei problemi che si potrebbero presentare nel tentativo di stabilire una corrispondenza tra le varie misure inflitte dagli Stati, la decisione quadro fornisce un elenco, non esaustivo e modificabile dagli Stati, dei provvedimenti che possono essere oggetto del mutuo riconoscimento²³.

Particolare rilievo riveste l'art. 9.1 della decisione quadro, che concede allo Stato di emissione la facoltà di adattare il contenuto della decisione «straniera» al proprio diritto nazionale, pur dovendo cercare la maggior corrispondenza possibile con il contenuto della condanna originaria²⁴.

Questa disposizione appare di particolare interesse, perché è volta a creare una sorta di armonizzazione di fatto del diritto sanzionatorio europeo: superando le etichette, il giudice sarà tenuto a cercare una corrispondenza sostanziale tra le varie misure, al fine di garantire un'applicazione omogenea delle sentenze di condanna.

Il termine per il recepimento della decisione quadro 2008/909 scadeva il 5 dicembre 2011: l'Italia ha tempestivamente provveduto all'attuazione con il d.lgs. 7 settembre 2010, n. 161. La decisione quadro 2008/947/GAI doveva essere implementata entro il 6 dicembre 2011 (art. 25): in Italia essa risulta in corso di

²² Espone il contenuto del diritto alla libera circolazione delle persone (artt. 45-55 TFUE) e del diritto di stabilimento dei cittadini europei (art. 21.2 TUE) e le relative limitazioni A. KLIP, *European criminal law*, cit., 78-81 e 84-90 e 95 ss.

²³ Cfr. art. 4 decisione quadro 2008/947/GAI, il quale, tra i tipi di misure suscettibili di essere oggetto di mutuo riconoscimento, menziona l'obbligo della persona condannata di comunicare ogni cambiamento di residenza o di posto di lavoro a una determinata autorità, il divieto di frequentazione di particolari luoghi o persone, le restrizioni alla libertà di movimento; l'obbligo di svolgere un lavoro, una prestazione socialmente utile ovvero di prendere parte a programmi terapeutici di disintossicazione, ed altre misure a contenuto prescrittivo o interdittivo.

²⁴ Cfr. art. 9 decisione quadro 2009/947/GAI, Adattamento delle misure di sospensione condizionale o delle sanzioni sostitutive: «Se la natura o la durata delle pertinenti misure di sospensione condizionale o delle sanzioni sostitutive ovvero la durata del periodo di sospensione condizionale sono incompatibili con la legislazione dello Stato di esecuzione, l'autorità competente di quest'ultimo può adattare alla natura e alla durata delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive ovvero alla durata del periodo di sospensione condizionale che si applicano nella propria legislazione a reati equivalenti. La misura di sospensione condizionale, la sanzione sostitutiva o la durata del periodo di sospensione condizionale adattata corrispondono, il più possibile, a quella irrogata nello Stato di emissione».

adozione²⁵. La Germania, invece, ha provveduto all'attuazione di entrambe le direttive nel luglio 2015²⁶.

Nel febbraio del 2014, tre anni dopo la scadenza del termine per l'adempimento, la Commissione aveva denunciato lo stato di generale ritardo di buona parte degli Stati membri nell'attuazione delle decisioni quadro in esame²⁷: da allora, quasi tutti gli Stati hanno provveduto²⁸. Nel frattempo, l'Unione europea ha istituito un'agenzia (*EuroPris*) per monitorare il trasferimento dei detenuti e la garanzia dei loro diritti nei vari Stati membri²⁹.

Per ora, l'ambito di applicazione delle norme in esame pare abbastanza limitato³⁰: in Italia, qualche pronuncia isolata ha cominciato a confrontarsi con i problemi formali relativi al riconoscimento delle sentenze estere da eseguirsi nel nostro Paese, al fine di superare le prime resistenze dei giudici di merito ad accettare detenuti provenienti da altri Stati³¹. In Germania, al momento non constano pronunce

²⁵ La legge 9 luglio 2015, n. 114 (Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea), con il suo art. 18, ha conferito delega al Governo per l'adozione di decreti legislativi attuativi di diverse decisioni quadro, tra le quali appunto quella in esame. Lo «Schema di decreto legislativo recante disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2008/947/GAI relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive (n. 231)» adottato dal Governo il 13 novembre 2015 è ora all'esame delle varie Commissioni delle due Camere (Giustizia, Politiche dell'Unione Europea, Bilancio, Affari costituzionali). Da informazioni reperite presso i siti istituzionali dei due rami del Parlamento, tutte le Commissioni risultano avere espresso il loro parere, da ultima la Commissione Bilancio presso la Camera dei Deputati (favorevole con rilievo - 14 gennaio 2016).

²⁶ Cfr. *Gesetz zur Verbesserung der internationalen Rechtshilfe bei der Vollstreckung von freiheitsentziehenden Sanktionen und bei der Überwachung von Bewährungsmaßnahmen, sowie zur Änderung des Jugoslawien-Strafgerichtshof-Gesetzes und des Ruanda-Strafgerichtshof-Gesetzes* del 17 luglio 2015, in *BGBI. 2015, Teil I, Nr. 31 vom 24. Juli 2015, 1349*.

²⁷ Cfr. la citata *Relazione della Commissione al Parlamento europeo ed al Consiglio sull'attuazione da parte degli Stati membri delle decisioni quadro 2008/909/GAI, 2008/947/GAI e 2009/829/GAI* ed il relativo commento di A. MARTUFI, *La Commissione europea denuncia il ritardo degli Stati membri nell'attuazione della disciplina comune in tema di detenzione*, www.dirittopenalecontemporaneo.it, 26 febbraio 2014.

²⁸ Al 25 gennaio 2016, mancano all'appello solo Bulgaria, Irlanda e Portogallo.

²⁹ Sul sito dell'agenzia (www.europris.org), per ora, si trovano solo informazioni generali sullo stato di adempimento della decisione quadro 909. L'intento per il futuro è quello di monitorare l'effettivo funzionamento degli strumenti legislativi nazionali, cercando di evidenziare i punti più deboli della disciplina in un'ottica di futuro miglioramento della stessa.

³⁰ Cfr. A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 230.

³¹ Cfr. Cass., 22 luglio 2015, n. 32980: «*Ai fini del riconoscimento per l'esecuzione in Italia della sentenza di condanna emessa in altro Stato membro dell'Unione europea, ai sensi del D.Lgs. n. 161 del 2010, la Corte d'appello investita della richiesta non può dichiararne l'inammissibilità per il fatto che la sentenza non sia stata trasmessa per il tramite del Ministro della giustizia, ma direttamente dall'Autorità giudiziaria straniera, avendo l'Autorità governativa un ruolo di mera ricezione e trasmissione della sentenza, ed essendo espressamente prevista, dal predetto D.Lgs., la possibilità di una "corrispondenza diretta" tra le autorità giudiziarie interessate*».

CONCLUSIONI

che si siano confrontate con la norma: ciò non esclude che alcuni trasferimenti siano già avvenuti, considerato che la legge di attuazione di entrambe le decisioni quadro è in vigore dal 25 luglio 2015.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Francesco Carrara nel I Centenario della morte, Atti del Convegno Internazionale* (Lucca-Pisa, 2-5 giugno 1991), Milano, 1991.
- AA.VV., *Introduzione al diritto penale internazionale*, II. Ed., Milano, 2010
- AA.VV., *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Torino, 2005
- AA.VV., *Il progetto di codice penale della Commissione Nordio*, in *Cass. pen.*, 2005, I, 244
- AA.VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico. Atti del convegno «Enrico De Nicola»*, Milano, 1977
- AA.VV., *Relazione al "Progetto preliminare di riforma del codice penale" – Parte generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 575
- ALBANO, A., PICOZZI, F., *Gli incerti confini del sovraffollamento carcerario*, in *Cass. pen.*, 2014, 2398B
- ALBRECHT, H. –J., *Sanction policies and alternative measures to incarceration: european experiences with intermediate and alternative criminal penalties*, in UNAFEI (ed.), *Resource material series n. 80*, 28-51, Tokyo, 2010, 40 ss. (reperibile online all'indirizzo: http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_rms_all/no80.pdf)
- ALBRECHT, H.-J., *Die Geldstrafe in Ländern der Europäischen Union - Normative Strukturen und praktische Anwendung*, in E. HILGENDORF, R. RENGIER (a cura di), *Festschrift für Wolfgang Heinz zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, 2012, 575
- ANCEL, M., *Chronique de défense sociale*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1973, I, 190.
- ANDENAES, J. B., *La prevenzione generale: illusione o realtà?*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1953, 265
- ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI Ed., Milano, 2003
- ANTONIO, M. E., YOUNG, J. L., WINGEARD, L. M., *When actions and attitude count most: assessing perceived level of responsibility and support for inmate treatment and rehabilitation programs among correctional employees*, in *The prison journal*, 2009, 363
- BALBI, G., *Infermità di mente e pericolosità sociale tra OPG e REMS*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 20.7.2015
- BECCARIA, C., *Dei delitti e delle pene*, Milano, 11a ristampa 2008
- BETTIOL, G., *Diritto penale. Parte Generale*, VI Ed., Padova, 1966
- BETTIOL, G., *Repressione e prevenzione nel quadro delle esigenze costituzionali*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, 369
- BORSARI, R., *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Padova, 2007

- BRESCI, L., *I riflessi delle novità introdotte dalla ex Cirielli in materia di esecuzione penale*, in <http://www.altrodiritto.unifi.it/misure/bresci/index.htm>, 2005, consultato il 30 novembre 2015
- BRICOLA, F., *Teoria generale del reato (voce)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, Torino 1973, 7 ss.
- 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. criminol.*, 2006, III, 47
- BURZI, E., *Infermità fisica, infermità psichica ed esecuzione della pena. Nota a Cass. Sez. I, 27 maggio 2008, n. 26806*, in *Giur. it.*, 2009, IV, 945
- CAMERA DEI DEPUTATI – SEGRETARIATO GENERALE (a cura di), *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Volume VI, Roma, 1971
- CANESTRARI, S., CELVA, M., *Della pena di morte*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2014, 337
- CANIPA, M., MERLO, S., *Manuale di diritto penitenziario. Le norme, gli organi, le modalità dell'esecuzione delle sanzioni penali*, IX Ed. Milano, 2010
- CARNEVALE, S., *I fatali inconvenienti della tortura giudiziaria. L'insegnamento di Beccaria come antidoto contro i ritorni alle fredde atrocità*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2014, 313
- CARRARA, F., *Programma del Corso di Diritto Criminale dettato nella università di Pisa*, Voll. I e II, XXI Ed., Firenze, 1924
- CARRARA, F., *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*, in *ID.*, *Opuscoli di diritto criminale*, Vol. I, III Ed., Prato, 1878, p. 221 ss.
- CATELANI, G., *Le novità della legge Simeone in tema di condanna a pena detentiva e misure alternative*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, VII, 809.
- CATTANEO, M. A., *Francesco Carrara e la filosofia del diritto penale*, Torino, 1988
- CATTANEO, M. A., *Il problema filosofico della pena*, Ferrara, 1978
- CAVADINO, M., DIGNAN, J., *The penal system. An introduction*, 4. Ed., Los Angeles et al., 2007
- CECANESE, G., *Pena (profili reali della) e benefici penitenziari*, (voce), in *Digesto delle discipline penalistiche*, Tomo II, IV Ed., Aggiornamento ***, Torino, 2005, 1004 ss.
- COLAMUSSI, M., MESTITZ, A., *Giustizia riparativa (restorative justice) (voce)*, in *Dig. Disc. Pen.*, Agg. 2010 *****, Torino, 423
- COLOGNESE, L. L., *«Indultino»: rilievi critici e primi risvolti applicativi*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, VIII, 1020
- CORNEL, H., KAWAMURA-REINDL, G., MAELICKE, B., SONNEN, B.-R. (a cura di), *Resozialisierung. Handbuch*, III. Aufl. Baden-Baden, 2009

CIAPPI, S., COLUCCIA, A., *Giustizia criminale. Retribuzione, riabilitazione e riparazione: modelli e strategie di intervento penale a confronto*, Milano, 1997

CIVELLO CONIGLIARO, S., *La nuova normativa europea a tutela delle vittime di reato*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 14.11.2012

CORNACCHIA, L. *Funzione della pena nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano, 2009

COLLICA, M. T., *Verso la chiusura degli O.p.g.: una svolta (ancora) solo annunciata?*, in *Leg. Pen.*, 2014, IV, 261

CULLEN, F. T., GENDREAU, P., *From nothing works to what works: changing professional ideology in the 21st Century*, in *The prison journal*, 2001, 81, 313.

CURI, U., *I paradossi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, III, 1073.

DAMAŠKA, M., *L'incerta identità delle corti penali internazionali*, in *Criminalia*, 2006, 9

DELLA BELLA, A., *Approvata in via definitiva la legge sulla sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili. Al Governo due deleghe in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 Aprile 2014.

DELLA BELLA, A., *Emergenza carceri e sistema penale, I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte Cost. n. 32/2014*, Torino, 2014

DELLA BELLA, A., *Il ruolo dell'affidamento in prova nella crisi di certezza e di effettività della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, IV, 1492

DELLA BELLA, A., *L'esperienza italiana, in Sovraffollamento carcerario e alternative alla detenzione: esperienze europee a confronto. Dialogo tra Italia, Belgio, Francia, Polonia, Romania e Spagna, Atti del Convegno (Università di Milano, 16 ottobre 2014)*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 marzo 2015, 13.

DELLA CASA, F., *Approvata la legge c.d. svuota-carceri: un altro «pannicello caldo» per l'ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario?*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, I, 5

F. DELLA CASA, *Il monito della Consulta circa il «rimedio esterno» della scarcerazione per il condannato vittima di un grave e diffuso sovraffollamento*, in *Giur. cost.*, 2013, 4533

DELLA CASA, F., *Ordinamento penitenziario (voce)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali, Volume II, Tomo 2*, Milano, 2008, 793 ss.

DELLA CASA, F., GIOSTRA, G., *Ordinamento penitenziario commentato*, V. Ed., Padova, 2015

DELL'ANDRO, R., *Il dibattito delle scuole penalistiche*, in *Archivio Penale*, 1958, I, 173

DE MINICIS, F., *Ergastolo ostativo: un automatismo da rimuovere*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, XI, 1269

- DE VITO, C. G., *Camosci e girachiavi. Storia del carcere in Italia*, Roma, Bari, 2009
- DODARO, G., *Nuova pericolosità sociale e promozione dei diritti fondamentali della persona malata di mente*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, V, 611.
- DOLCINI, E., *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali ricordando Vittorio Grevi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, I, 33
- DOLCINI, E., *La commisurazione della pena*, Padova, Cedam, 1979
- DOLCINI, E., *La rieducazione del condannato: un'irrinunciabile utopia?*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 7 dicembre 2011
- DOLCINI, E., *Le due anime della legge «ex Cirielli»*, in *Corr. mer.*, 2005, I, 55
- DOLCINI, E., *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, III, 857
- DOLCINI, E., *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 338
- DOLCINI, E., *Pene detentive, pene pecuniarie, pene restrittive della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, I, p. 95
- DOLCINI, E., *Pene pecuniarie e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, 408.
- DOLCINI, E., *Potere discrezionale (dir. proc. pen.) (voce)*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXIV, Milano, 1985, 744
- DOLCINI, E., *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, III, 797
- DOLCINI, E., *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero, della lungimiranza del costituente*, in *Rass. pen. crim.*, 2005, II-III, 69
- DOLCINI, E., *La pena in Italia oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci, Teoria della pena – Teoria del reato*, Vol. II, Milano, 2006, 1073
- DOLCINI, E., PALIERO, C. E., *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Milano, 1989
- DONINI, M., *Certeza della pena e certezza del diritto. Una riforma chirurgica, per dissolvere il non sistema*, in *DPC*, 2012, I, 221
- DONINI, M., *La condanna a morte di Saddam Hussein. Riflessioni sul divieto di pena capitale e sulla «necessaria sproporzione» della pena nelle gross violations*, in *Cass. pen.*, 2007, I, 6

- DONINI, M., *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 3, 1162
- DOVA, M., *Torreggiani c. Italia: un barlume di speranza nella cronaca del collasso annunciato del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, II, 948
- DÜNKEL, F., GENG, B., *Fakten zur Überbelegung im Strafvollzug und Wege zur Reduzierung von Gefangenenraten*, in *NK*, 2003, IV, 146
- EUSEBI, L., *Dibattiti sulle teorie della pena e «mediazione»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 3, 911
- EUSEBI, L., *La «nuova» retribuzione, Sez. I e II*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, risp. 914 e 1249
- EUSEBI, L., *La pena “in crisi”: il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia 1990
- EUSEBI, L., *La risposta al reato ed il ruolo della vittima*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, V, 527
- EUSEBI, L., *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, in DOLCINI, E., PALIERO, C. E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci, Teoria della pena, Teoria del reato*, Vol. II, Milano, 2006
- EUSEBI, L., *Ripensare le modalità della risposta ai reati traendo spunto da C. Eur. Dir. Uomo, 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italie, (Nota a Corte eur. Dir. Uomo sez. II 16 luglio 2009)*, in *Cass. pen.*, 2009, XII, 4938
- ESER, A., *Resozialisierung in der Krise?*, in BAUMANN, J., TIEDEMANN, K. (a cura di), *Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters*, Tübingen, 1974, 505
- FERRI, E., *Sociologia criminale*, V Ed., Torino, 1929
- FERRI, E., *Studi sulla criminalità*, II Ed., Torino, 1926
- FIANDACA, G., MUSCO, E., *Diritto penale. Parte generale*, VII Ed., Zanichelli, Bologna 2014
- 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, 1991.
- FIANDACA, G., *I crimini internazionali tra punizione, riconciliazione e ricostruzione*, in *Criminalia*, 2007, 41
- IORE, C., *Evitiamo di perpetuare gli errori del passato, e affrontiamo finalmente le emergenze reali della giustizia penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012, I, 218
- FIorentin, F., *Il punto su... la tutela dei diritti dei detenuti. I. L’esecuzione penale e il rapporto di esecuzione*, in *Giur. merito*, 2006, I, 7
- FIorentin, F., *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione. Normativa e giurisprudenza ragionata*, Milano, 2013.
- FORNASARI, G., *La tortura nel libro «Dei delitti e delle pene». Spunti per la costruzione di un contesto nella storia e nell’attualità*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2014, 297

- FORNASARI, G., *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino, 2013
- FORNASARI, G., *Riflessioni sulla disciplina della sospensione condizionale della pena nel «Progetto Grosso», con particolare riferimento ai rapporti con la pena pecuniaria*, in *Critica del Diritto*, 2001, 56
- FORNASARI, G., MENGHINI, A., *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, III Ed., 2012
- FOUCAULT, M., *Sorvegliare e punire, Nascita della prigione*, ET Saggi, Einaudi, Torino 1993
- FREUND, G., MURMANN, U., BLOY, R., PERRON, W. (a cura di), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2013
- GABELLI, A., *Sulla «scuola positiva» del diritto penale in Italia*, in *Rivista penale*, 1886, Vol. XXIII (III° della IIª Serie), 505.
- GALLO, E., *L'evoluzione del pensiero della Corte costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giur. cost.*, 1994, 3203
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Estudios penales*, Barcelona, 1984
- GAROFALO, R., *Criminologia. Studio sul delitto e sulla teoria della repressione*, Torino, Fratelli Bocca Editori, II Ed., 1891
- GATTA, G. L., *Aprite le porte agli internati! Un ulteriore passo verso il superamento degli OPG e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza detentive: stabilito un termine di durata massima (applicabile anche alle misure in corso, a noi pare). Editoriale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 6.6.14
- GEMMA, C., *Amnistia e indulto dopo la revisione dell'art. 79 Cost.*, in *Leg. Pen.*, 1992, 349
- GIARDA, A., *La realtà carceraria italiana: un dramma angosciante*, in *Corr. mer.*, 2012, III, 219
- GIARDA, A., *La legge “svuota-carceri”: un intervento di buona volontà per un'emergenza drammatica*, in *Corr. mer.*, 2011, II, 121.
- GIOSTRA, G., *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, I, 55.
- GIUNTA, F., *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, I, 414
- GIUNTA, F. (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla Legge 5 dicembre 2005*, n. 251, Milano, 2006
- GOISIS, L., *Il criterio di ragguglio della pena pecuniaria sostitutiva al vaglio della Corte Costituzionale: esigenze di riforma della disciplina*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, II, 913
- GOISIS, L., *La revisione dell'articolo 27, comma IV, della Costituzione: l'ultima tappa di un lungo cammino*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1655

GOISIS, L., *La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione*, Milano, 2008

GOISIS, L., *L'effettività (rectius ineffettività) della pena pecuniaria in Italia, oggi*, in *dirittopenalecontemporaneo*, 12.11.2012, http://www.penalecontemporaneo.it/materia/1-/1-/1835-1_effettivit_rectius_ineffettivit_della_pena_pecuniaria_in_italia_oggi/.

GOZZINI, M., *E nelle carceri sparì la legalità*, in *L'Unità*, 22 ottobre 1992, 2

GRANDE, E., *Il terzo strike. La prigionia in America*, Palermo, 2007

GRASSO, P. G., *Appunti sulla pena nella Costituzione Italiana*, in *Giust. pen.*, 1954, I, 225

GREVI, V. (a cura di), *L'ordinamento penitenziario dopo la riforma (L. 10 ottobre 1986 n. 663)*, Padova, 1988

GRISPIGNI, F., *Regresso di un secolo nella legislazione penale*, in *Scuola pos.*, 1949, III-IV, 330

GROSSO, C. F., *Inevitabili amnistia ed indulto per risolvere l'attuale emergenza carceraria*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012, 1, 205.

GROß, K.-H., *Reststrafenaussetzung von Ersatzfreiheitsstrafen?*, in *StV*, 1999, IX, 508

GUZMÁN DALBORA, J. L., *Pena e misure di sicurezza. Profili concettuali, storici e comparatistici*, Ed. ital. a cura di FORNASARI, G., CORN, E., Trento, 2009

ESER, A. *Bene giuridico e vittima del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, III, 1064.

HARDERS, I., *Die elektronische Überwachung von Straffälligen. Entwicklung, Anwendungsbereiche und Erfahrungen in Deutschland und im europäischen Vergleich*, Mönchegladbach, 2014

HASSEMER, W., KEMPF, E., MOCCIA, S., *In dubio pro libertate, Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, München, 2009

HASSEMER, W., *Resozialisierung und Rechtsstaat*, in *KrimJ*, 1982, 3, 161.

HASSEMER, W., *Warum Strafe sein muss, Ein Plädoyer*, Berlino, 2009

HEINZ, W., *Strafrechtsreform und Sanktionentwicklung – Auswirkungen der sanktionenrechtlichen Regelungen des 1. Und 2. StrRG 1969 sowie der EGStGB 1974 auf die Sanktionspraxis*, in *ZStW*, 1982, 94, 632

HILGENDORF, E., RENGIER, R. (a cura di), *Festschrift für Wolfgang Heinz zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, 2012

HOVEN, E., *Elf Stunden für ein Menschenleben. Zur Strafzumessung im Völkerstrafrecht*, in *ZStW*, 2013, 137

ILLUMINATI, G., *Le ultime riforme del processo penale: una prima risposta all'Europa*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 26 marzo 2015, 4-6.

INSOLERA, G., MAZZACUVA, N., PAVARINI, M., ZANOTTI, M., *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, IV Ed., Torino, 2012

JAKOBS, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Berlin, New York, 1993

JESCHECK, H. H., *Linee direttive del movimento internazionale di riforma penale*, in *Ind. Pen.*, 1979, 181.

JESCHECK, H. H., *La pena pecuniaria, moderno mezzo di politica criminale, ed i problemi ad essa connessi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 365

JESCHECK, H. H., WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, V Ed., Dunker & Humblot, Berlino, 1996

JESCHECK, H. H., GREBING, G. (a cura di), *Die Geldstrafe in deutschen und ausländischen Recht*, Baden-Baden, 1978

JOEL, D., *A Guide to Prison Privatization*, in *Backgrounder #650*, The Heritage Foundation, 24.5.1988, ora in <http://www.heritage.org/research/reports/1988/05/bg650-a-guide-to-prison-privatization>

KASPAR, J., SCHLICKUM, G., WEILER, E., *Der Täter-Opfer-Ausgleich*, Monaco, 2014, 1-3.

KIEBER, S., *Überbelegung italienischer Gefängnisse*, in *NLMR*, 2013, 1, 6

KINDHÄUSER, U., NEUMANN, U., PAEFFGEN H. J. (a cura di), *Strafgesetzbuch*, Bd. 1, IV. Aufl., Baden-Baden, 2013

KLIP, A., *European Criminal law. An integrative approach*, Antwerp, 2009

KÖHNE, M., *3 Landesstrafvollzugsgesetze – Beiträge zum „Wettbewerb der Schädigkeit“?*, in *NStZ*, 2009, 130

KUBINK, M., *Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel*, Berlin, 2001

KÜHL, K., *Die ethisch-moralen Grundlagen des Strafrechts*, in *ZStW*, 2004, IV, 870

KUCZYŃSKA, H., *Mutual Recognition of Judicial Decisions in Criminal Matters with Regard to Probation Measures and Alternative Sanctions*, in *Eu. Crim.*, 2009, I-II, 43

LAUFHÜTTE, H. W., RISSING-VAN SAAN, R., TIEDEMAN, K., *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, Großkommentar*, II. Band, XII. Aufl., Berlin, 2006.

LAUBENTHAL, K., *Die Einwilligung des Verurteilten in die Strafrestausssetzung zur Bewährung*, in *JZ*, 1988, XX, 953

LAUBENTHAL, K., *Strafvollzug*, VII. Aufl., Berlin, 2015

LEGROS, R., *Für eine erweiterte soziale Verteidigung*, in *ZStW*, 1960, 315

- LEO, G., *Emergenza carceri: la circolare del Procuratore della Repubblica di Milano dopo la sentenza della Corte edu nel caso Torreggiani v. Italia*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 18 gennaio 2013.
- LOMBROSO, C., *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla medicina legale ed alle discipline carcerarie*, Torino, Fratelli Bocca Editori, V Ed. 1896
- LONGHI, S., *Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale*, Milano, 1911
- LOZZI, G., *Lezioni di procedura penale*, IX Ed., Torino, 2014, 819-21.
- LÜDERSSSEN, K., *Krise der Resozialisierungsgedankens im Strafrecht?*, in *JA*, 1991, 7, 222.
- MACCORÀ, V., *Ordinamento penitenziario e legge Simeone: buone intenzioni e strumenti discutibili*, in *Questione Giustizia*, 1998, II, 291
- MAELICKE, B., *Das Knastdilemma. Wegsperrren oder resozialisieren? Eine Streifschrift*, München, 2015
- MAELICKE, B., *Überbelebung = Fehlbelebung? !!!*, in *NK*, 2003, IV, 143
- MAGNAGNENSI, S., RISPOLI, E., *La finalità rieducativa della pena e l'esecuzione penale*, in *Corte Costituzionale, Studi e ricerche*, <http://www.cortecostituzionale.it/studiRicerche.do>, luglio 2008
- MANES, V., ROMANO, L., *L'illegittimità costituzionale della la legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale. Nota a Corte cost., sent. 25 febbraio 2014, n. 32, Pres. Silvestri, Est. Cartabia*, in *DPC*, 2014, I, 215.
- 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*, Milano, 2006, 1171
- MANNOZZI, G., *Il «legno storto» del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, VII, 781
- MANNOZZI, G., *La commisurazione giudiziale: la vicenda sanzionatoria dalla previsione legislativa alla prassi applicativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, III, 1217.
- MANNOZZI, G., *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in DOLCINI, E., PALIERO, C. E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci, Vol. II - Teoria della pena – Teoria del reato*, Milano, 2006, 1129
- MANNOZZI, G., *Traduzione e interpretazione giuridica nel multilinguismo europeo: il caso paradigmatico del termine «giustizia riparativa» e delle sue origini storico-giuridiche e linguistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1, 137
- MANNOZZI, G., *La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empatia*, in *Dir. Penale e processo*, 2012, VII, 833
- MANNOZZI, G., LODIGIANI, G. A. (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*. Bologna, 2015

- MAUGERI, A. M., *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001
- MARINUCCI, G., *Beccaria penalista, nostro contemporaneo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 2025
- MARINUCCI, G., *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, I, 160
- MARINUCCI, G., DOLCINI, E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV Ed., Milano, 2012
- MARTINSON, R., *What works? Questions and answers about prison reform*, in *The public interest*, 1974, 35, 22
- MAURACH, R., GÖSSEL, K.-H., ZIPF, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. 2, VIII. Aufl., Heidelberg, 2014
- MAZZACUVA, F., *La materia penale e il «doppio binario» della Corte Europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, IV, 1899.
- MAZZILLI, E., *La direttiva europea a tutela delle vittime di reato: i primi effetti nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 721
- MEIER, B.-D., *Strafrechtliche Sanktionen*, IV. Aufl., Berlin, 2015
- MENGHINI, A., *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo*, Torino, 2008
- MELANI, G., *Le misure con finalità deflattiva e il loro impatto*, in *Rass. pen. crim.*, 2014, III, 129
- MELCHIONDA, A., *Circostanze del reato (voce)*, in CASSESE, S. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. II, Milano, 2006, 903
- MELOSSI, D., *«Fate che i lumi accompagnino la libertà»! Ovverosia della sociologia di Cesare Beccaria. In margine ai §§ XLI-XLV di «Dei delitti e delle pene»*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2014, 377
- MEREU, I., *La morte come pena*, Donzelli, Roma, III Ed., 2007
- MEZZETTI, E. (a cura di), *Diritto penale internazionale, II. Studi*, 2. Ed., Torino, 2010
- MOCCIA, S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992
- MOCCIA, S., *Pena e colpevolezza nel pensiero di Claus Roxin*, in *Ind. Pen.*, 1981, 155.
- MOCCIA, S., *Il volto attuale del sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 3, 1193
- MONACO, L., *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, Napoli, 1984
- MONACO, L., PALIERO, C. E., *Variazioni in tema di «crisi della sanzione»: la diaspora del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, II, 421

- MONGILLO, V., *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Critica del diritto*, 2009, I-IV, 173
- MÜLLER-TUCKFELD, J. C., *Integrationsprävention. Studie zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, Frankfurt a. M., 1998
- NAUCKE, W., *Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882*, in *ZSTW*, 1982, III, 525
- NAUCKE, W., *Strafrecht. Eine Einführung*, X. Aufl., Neuwied, Krißel, 2002
- NEPPI MODONA, G., *Il sistema sanzionatorio: considerazioni in margine ad un recente schema di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, II, 315
- NEUBACHER, F., *Strafzwecke und Völkerstrafrecht*, in *NJW*, 2006, 966
- NIETZSCHE, F., *Zur Genealogie der Moral, Zweite Abhandlung: „Schuld“, „schlechtes Gewissen“ und Verwandtes*, in COLLI, G., MONTINARI, M. (a cura di), *Jenseits von Gut und Böse – Zur Genealogie der Moral, Kritische Studienausgabe*, Berlin, 1999
- NOTARO, D., *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta «lima» il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*, in *Cass. pen.*, 2013, V, 1755
- NUVOLONE, P., *La scienza penale all'inizio del secolo XX*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 433.
- NUVOLONE, P., *Norme penali e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1956, 1253
- NUVOLONE, P., *Pena (diritto penale) (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXXII, Milano, Giuffrè, 1982
- PADOVANI, T., *L'utopia punitiva: il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981
- PADOVANI, T., *Aspetti problematici della sospensione della pena pecuniaria*, in *Cass. pen.*, 1980, 419
- PADOVANI, T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, II, 419
- PAGLIARO, A., *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, I, 25
- PALAZZO, F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, IV. Ed., Torino, 2011
- PALAZZO, F., *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali. Editoriale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10 febbraio 2014
- PALAZZO, F., *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1963
- PALAZZO, F., *Per un piano di salvataggio della giustizia penale, contro slogan ed illusioni*, in *Cass. pen.*, 2008, 2, 455.

- PALAZZO, F., *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, I, 97
- PALIERO, C. E., *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, I, 726
- PARK, T., *Die Vermögensstrafe - ein Nachruf*, in *StV*, 2002, VII, 395
- PARISI, F., *La restorative justice alla ricerca di identità e legittimazione*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 24 dicembre 2014
- PAVARINI, M. (a cura di), *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Bologna, 2006
- PAVARINI, M., *Dei delitti e delle pene: origine delle pene*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2014, II, 233
- PAVARINI, M., *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, in Ius17@unibo.it, numero monografico, anno VI, III, 2013.
- PAVARINI, M., *Riflessioni in merito alle modifiche sull'ordinamento penitenziario*, in *Marginalità e società*, 1987, I-II, 102.
- PAVARINI, M., *L'inferno esiste, anche se all'inferno non c'è nessuno*, in *Quest. giust.*, 1986, IV, 804
- PAVARINI, M., *Vivere in meno di 3 metri quadrati. Quando la pena carceraria è inumana e degradante*, in www.ristretti.it, Bologna, 27 febbraio 2013, 1
- PAVARINI, M., GUAZZALOCA, B., *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, 2007
- PAVARINI, M., GUAZZALOCA, B., *Saggi sul governo della penalità. Letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario*, Bologna 2007
- PAPA, E. R. (a cura di), *Il positivismo e la cultura italiana*, Milano, 1985
- PELISSERO, M., *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, VIII, 918.
- PELISSERO, M., *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, III, 261.
- PICOTTI, L., *Proporzione fra i delitti e le pene (Dei delitti e delle pene, § VI)*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2014, II, 261
- PISANI, M., *Cesare Beccaria e il principio di umanità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 2, 407
- PISANI, M., *Cesare Beccaria e la sua missione universale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 2043
- PISANI, M., *Reinserimento del condannato e cooperazione giudiziaria internazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, II 513

- PITTARO, P., *L'incontrovertibilità della pena pecuniaria: implicazioni sistematiche di una decisione certamente «storica»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 1375.
- PONCELA, P., *Droit de la peine*, Parigi, II. Ed. 2001
- PULITANÒ, D., *Diritto penale*, Torino, 6. Ed. 2015
- PULITANÒ, D., *Il messaggio del Presidente Napolitano e le politiche penali*, in *DPC*, 2014, I, 136
- PULITANÒ, D., *La sospensione condizionale della pena: problemi e prospettive*, in AA.VV. *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, *Atti del XXIII Convegno Enrico de Nicola*, Milano, 2002, 115
- PULITANÒ, D., *Per una nuova politica del diritto penale, oltre la logica dello scontro tra magistratura e classe politica*, in *DPC*, 2012, I, 215
- PULITANÒ, D., *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 507
- QUATROCOLO, S., *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona. Riflessioni a prima lettura sulla nuova disciplina del procedimento senza imputato (legge 28 aprile 2014, n. 67)*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 30 Aprile 2014.
- REISIG, M. D., PRATT, T. C., *The ethics of correctional privatisation: a critical examination of the delegation of coercive authority*, in *The prison journal*, 2000, 210
- RENOUX, T. S., *Nota a Conseil constitutionnel*, sentenza 93-334 DC del 20 gennaio 1994, in *Revue française de droit constitutionnel*, 1994, 353
- RESTA, F., *Nella giusta direzione: il decreto-legge salva-carceri*, in *Giur. mer.*, 2012, III, 546
- ROCHE, D., *Truth commissions Amnesties and the ICC*, in *Brit. J. Criminol.*, 2005, 45, 565
- ROCCO, AL., *Relazione a S. M. il Re del Ministro Guardasigilli (Rocco) per l'applicazione del testo definitivo del regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena*, in *Riv. dir. pen.*, 1931, III, 581
- ROCCO, AR., *Il problema ed il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1910, I, 497
- RODMAN, K. A., *Is peace in the interests of justice? The case for broad prosecutorial discretion at the ICC*, in *Leiden Journal of International Law*, 2009, I, 99
- ROMANO M., GRASSO, G., PADOVANI, T., *Commentario sistematico del codice penale*, III, Art. 150-240, II. Ed., Milano, 2011
- ROMANO, M. GRASSO, G., *Commentario sistematico del codice penale*, II, Art. 85-149, IV. Ed., Milano, 2012
- ROMOLI, F., *Il sovraffollamento carcerario come trattamento inumano o degradante*, in *Giur. it.*, 2013, V, 1188

- RONCO, M., *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, Giappichelli, 1996
- ROSSETTI, M., *Controllo di ragionevolezza e oggettività giuridica dei reati di insubordinazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 200
- ROXIN, C., *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 1, 3
- ROXIN, C., *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Jus*, 1966, 10, 377
- ROXIN, C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, IV Ed., Monaco, 2006
- RUGA RIVA, C., *Sanatorie, condoni, 'indultino': forme e limiti costituzionali dell'impunità retroattiva*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, 191
- RUOTOLO, M. (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Napoli, 2014
- RUSCHE, G., KIRCHHEIMER, O., *Pena e struttura sociale* (trad. it. D. MELOSSI e M. PAVARINI), Bologna, 1978, 49-53.
- SAUTNER, L., *Überlegungen zur Einführung einer Wiedergutmachungsstrafe in das österreichische Strafrecht*, in *Juristische Blätter*, 2010, 6, 341
- SCHMIDT-BLEIBTREU, B., HOFMANN, H., HENNEKE, G.-G., *GG Kommentar zum Grundgesetz*, XII. Aufl., Köln, 2014
- SECHI, P., *Contrasto al sovraffollamento carcerario e misure alternative alla detenzione: un primo bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, I, 199
- SEIDL, R., *Der Streit um den Strafzweck zur Zeit der Weimarer Republik*, Frankfurt am Main, 1974
- SHICOR, D., SECHREST, D. K., *Privatisation and flexibility: legal and practical aspects of interjurisdictional transfer of prisoners*, in *The prison journal*, 2002, 386.
- SBRICCOLI, M., *Storia del diritto penale e della giustizia, Scritti editi ed inediti (1972-2007)*, Tomi I e II, Milano, 2009
- SCHMIDT, E., *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, III Ed., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1965
- SCHWARTZ, H., *The myth of rehabilitation*, in *The prison journal*, 1972, 56
- SPASARI, M., *Diritto penale e costituzione*, Milano, 1966
- SPIRITO, U., *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, Torino, 1932
- STRENG, F., *Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, Stuttgart, III Ed. 2012
- TAGLIAFERRO, F., *Analisi dei dati sulla popolazione detenuta*, in *Rass. pen. crim.*, 2014, III, 9

- TAMBURINO, G., *La sentenza Torreggiani ed altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, I, 11
- TAMBURINO, G., *Diritto penale e diritto penitenziario. Integrazione e distacco*, in *Rass. pen. crimin.*, 2014, I-II, 13
- TULKENS, F., VAN DE KERCHOVE, M., *Introduction au droit pénal*, Bruxelles, 1991
- TURCHETTI, S., *Legge svuotacarceri e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare? Considerazioni a margine della l. 26 novembre 2010, n. 199*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 14 Dicembre 2010
- VASSALLI, G., *Il dibattito sulla rieducazione. In margine ad alcuni recenti convegni*, in *Rass. pen. crim.*, 1982, 3-4, 437
- VASSALLI, G., *Funzioni ed insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 297
- VASSALLI, G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006
- VIGANÒ, F., *Le Sezioni Unite risolvono un contrasto... dottrinale sugli effetti della sentenza n. 32/2014 in materia di stupefacenti*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 1 agosto 2015.
- VINCIGUERRA, S., *L'identità proteiforme della pena detentiva. Appunti per la comparazione fra ordinamenti penali europei*, in *Giur. It.*, 2002, 5, 1119
- VINCIGUERRA, S., *La riforma del sistema punitivo nella l. 24 novembre 1981, n. 689*, Padova, 1983
- V. LISZT, F. (a cura di), *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Tomo 1 (1875-1891), Berlino, 1905
- V. LISZT, F., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. a cura di CALVI, A.A., Milano, 1962
- VOCCA, O., *Evoluzione del pensiero criminologico sulla pena di morte*, Napoli, 1984
- VOGLER, T. (a cura di), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1985
- VOLK, K., *Der Begriff der Strafe in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *ZStW*, 1971, 83, 405
- VORMBAUM, T., *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, II. Aufl., Berlin, 2011
- VORMBAUM, T., *Storia moderna del diritto penale tedesco. Una introduzione*, Padova, 2013
- WALTER, M., GEITER, H., FISCHER, W., *Halbstrafenaussetzung - ein ungenutztes Institut zur Verringerung des Freiheitsentzugs*, in *NStZ*, 1989, 405.
- WEIGEND, T., *Resozialisierung – Die gute Seite der Strafe?*, in H. RADTKE ET AL. (a cura di), *Muss Strafe sein?*, Baden-Baden, 2004, 181.
- WELZEL, H., CONRAD, H., KAUFMANN, A., KAUFMANN, H., *Festschrift für Hellmut von Weber zum 70. Geburtstag*, Bonn, 1963

ZEHR, H., *The little book of restorative justice*, Intercourse, 2002