

L'INELUDIBILE RIFORMA DEL SISTEMA SANZIONATORIO TRA ILLUSIONE E REALTÀ*

Elvira Dinacci**

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** L'adesione della Corte Costituzionale alla finalità rieducativa oltre la fase esecutiva. – **3.** Le antinomie dell'attuale normativa sanzionatoria. – **5.** La necessità di guardare oltre la pena detentiva. – **5.** Il sistema sanzionatorio nell'ottica di una tutela Costituzionale.

ABSTRACT

Nell'ambito di un'organica riforma del sistema sanzionatorio penale, è necessario che l'esigenza rieducativa pervada l'intero iter sanzionatorio, dalla fase edittale a quella esecutiva, attraverso una rivisitazione globale della pena nell'unica direzione consentita, quella di un potenziale, credibile reinserimento del condannato, nel rispetto delle libertà costituzionali.

As part of an organic reform of the criminal sanction system, it is necessary that the need for re-education pervades the entire sanctioning process, from the sanction phase to the executive phase, through a global review of the penalty in the only permitted direction: a potential, believable reintegration of the convicted, respecting constitutional freedoms.

1. Premessa.

Non vi è dubbio che l'attuale volto del sistema sanzionatorio susciti interesse da un lato, ed imbarazzo per la crisi profonda in cui esso versa. La ricognizione non può non partire dall'art. 27, co. 3 Cost., norma strategica e presupposto irrinunciabile per ogni indagine volta a delineare un sistema penale moderno ed umano. Il diritto penale quindi, comprensivo della pena, deve assolvere una funzione di tutela verso aggressioni a diritti fondamentali della persona, nei limiti dello stretto necessario; per cui anche la sanzione criminale segue il corollario di *extrema ratio*, che ne restringe il campo d'azione, eliminando qualsiasi trattamento contrario al senso di umanità, disciplinando solo quelli orientati nella direzione di un credibile reinserimento del condan-

* Scritto dedicato agli Studi in onore di Antonio Fiorella. Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un revisore, con esito favorevole.

** Ricercatore confermato di Diritto Penale presso Sapienza Università di Roma.

nato, nel pieno rispetto delle libertà costituzionali. Il rango preminente assegnato dall'art. 13 Cost., alla libertà personale, sta a significare che la sanzione penale, incidendo su tale massima libertà, deve essere prevista solo per la tutela di beni che siano almeno dotati di un rilievo costituzionale. Questo sta a significare che «il principio di rieducatività (ed umanità) della pena deve permeare l'intero sistema, imponendo di collegare all'esigenza di un effettivo orientamento del destinatario, verso i beni valori tutelati, la posizione di norme conoscibili»; ne consegue che l'irrogazione della pena potrà scaturire solo dalla commissione «di un fatto offensivo realmente dominabile e per ciò stesso voluto e rappresentato [...] o almeno rappresentabile[...] negli effettivi contenuti di disvalore sociale»¹. Solo così potrà prodursi quell'autentica adesione dei consociati alla legalità, da intendersi come consenso al rispetto delle norme, quindi scelta veramente personale, che in caso di trasgressione, si trasforma in assunzione consapevole di responsabilità verso l'illecito². Premessa, questa, che costituisce linea guida di ogni indagine riguardante il sistema penale, dovendo configurare un significativo punto di arrivo e insieme di partenza.

2. L'adesione della Corte Costituzionale alla finalità rieducativa oltre la fase esecutiva.

È evidente che ogni indagine tesa a ridisegnare in modo organico il sistema sanzionatorio penale, debba partire dall'art. 27, co. 3 Cost. e dal suo rivoluzionario contenuto normativo che, si badi bene, non stabilisce la quantità di pena necessaria a fini preventivi, bensì prescrive modalità coerenti col senso di umanità, quindi pensate per consentire il recupero del condannato alla vita civile. Modalità cioè, che dovrebbero assistere il sistema delle sanzioni sin dalla loro ideazione nella mente del legislatore. Quest'ultimo sarà vincolato nella formulazione della sanzione, a valorizzare il significato innovativo, senza eliminarne la precipua funzione intimidativa/afflittiva, circoscriven-

¹ A. FIORELLA, *Rieducatività della pena, orientamento del destinatario del precetto e componenti sostanziali del reato*, in *Arch. Pen.*, n. 1 /2018, 97. In *Id.*, *Responsabilità penale (voce)*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXIX, Giuffrè, 1988, 1289, si afferma con esattezza: «il destinatario dei precetti dello Stato democratico, a differenza che nello Stato autoritario, non può essere rappresentato da chi subisce modelli di comportamento, bensì da chi prende una posizione responsabile di fronte ai valori costituzionali che quei modelli rappresentano».

² L'allora Ministro della Giustizia Prof.ssa P. Severino, con decreto del 14 dicembre 2012, ha nominato una Commissione di studio presieduta dal Prof. A. Fiorella, per la revisione del sistema penale introducendo norme di depenalizzazione; il Progetto elaborato dalla Commissione (23 aprile 2013), raccogliendo l'indicazione del Presidente Prof. Fiorella introduce nell'articolato all'art. 21 una novità assoluta "l'ufficio dell'anagrafe dei reati" che, «consentendo finalmente di stabilire il numero esatto dei reati esistenti nel nostro ordinamento, permetterebbe di calibrare in modo razionale gli interventi di depenalizzazione». Ciò rappresenterebbe un fondamentale strumento per il cittadino come funzione di orientamento della norma. Il testo del Progetto è consultabile sul sito www.giustizia.it.

done il raggio di intervento punitivo, orientandolo sul soggetto, per finalità compatibili con la rieducazione, nel rispetto delle libertà costituzionali³. Se ne deduce un ricorso alla pena detentiva in termini di intervento veramente indispensabile a tutelare quei valori che ne assicurano la sociale convivenza (*extrema ratio*). L'esigenza rieducativa cioè, deve essere perseguita dal legislatore ma anche ispirare il giudice sin dalla fase dell'applicazione giudiziale. È stato egregiamente sottolineato che la sanzione, soprattutto detentiva, è «una parte essenziale e caratterizzante» del sistema penale che non può essere affidata «quasi integralmente alla legge penitenziaria»⁴.

Occorre rammentare che in passato, sul punto, la dottrina ha dato una interpretazione riduttiva dell'art. 27 co. 3, Cost., relegando la funzione rieducativa alla sola fase esecutiva⁵. La stessa Corte Costituzionale, in varie pronunce risalenti, nell'accogliere la c.d. concezione polifunzionale della pena, ha relegato il principio rieducativo soprattutto alla fase esecutiva⁶. Scelta questa bene evidenziata nella sentenza n. 12/1966, dove si enuclea la «vera portata del principio rieducativo», attraverso una lettura congiunta delle due parti di cui si compone il co. 3, dell'art. 27 Cost., in base al quale «la rieducazione del condannato pur nella importanza che assume in virtù del precetto costituzionale, rimane pur sempre inserita nel trattamento penale vero e proprio». Tale impostazione è stata mantenuta in diverse successive pronunce dove si è negata esclusività alla finalità rieducativa, affermandosi che essa è «indicata come finalità ultima (e non unica) della pena dall'art. 27, terzo comma, della costituzione», e va riferita non solo e non tanto alla durata della stessa, quanto soprattutto, «al suo regime di esecuzione»⁷. Tale impostazione trova conferma in altre pronunce dove la rieducazione viene

³ In tal senso A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali della parte generale*, Giappichelli, 2018, 35.

⁴ G. VASSALLI, *Riforma del codice penale: se, come e quando*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 28. Bisogna dare atto che la questione penitenziaria, insieme a quella delle pene accessorie e delle misure di sicurezza, è stata fatta oggetto all'art. 1, commi 81, 82, 83, 85 della L. n. 103/2017, di una futura riforma penitenziaria; è noto però che il cambiamento politico non ha consentito sul punto la effettiva attuazione della delega, effettuando una inversione di tendenza rispetto a quanto era stato previsto nella L. n. 103/2017 ed a quelli che erano gli orientamenti della riforma; sul punto si rinvia ai D.Lgs. 2 ottobre 2018 nn. 123 e 124 che si sono limitati a prevedere poche rilevanti novità in tema di assistenza sanitaria, vita detentiva, e lavoro penitenziario, risolvendo l'intera "questione penitenziaria" all'interno del carcere.

⁵ In tal senso: M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Giuffrè, 1966; G. BETTIOL, *Sul mito della rieducazione del condannato*, in *Sul problema della rieducazione del condannato*, Cedam, 1964, 15; B. PETROCELLI, *Retribuzione e difesa nel progetto del codice penale del 1949*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, 593.

⁶ In argomento si veda C.E. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della corte costituzionale: conferme e aspettative*, in G. VASSALLI (a cura di) *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, ESI, 2006, 150.

⁷ Cfr. Corte Cost. n. 22/1971, dove si è giudicata non fondata la questione di legittimità della previsione dei limiti massimi di pena per i reati di furto. Nello stesso senso cfr. sentenze Corte Cost. n. 119/1975, n. 102 e n. 169/1985.

confinata alla sola fase esecutiva, affermandosi che «*il principio dell'emenda [...] costantemente interpretato [...] confligge con le altre funzioni della pena (afflittiva, di prevenzione) e si riferisce propriamente alla esecuzione delle pene in senso stretto*»⁸. Su questa base si è affermato che alla radice della pena stiano dissuasione, prevenzione, difesa sociale, e che l'art. 27 Cost. «*non ha proscritto la pena dell'ergastolo [...] quando essa sembri al legislatore ordinario, nell'esercizio del suo potere discrezionale, indispensabile strumento di intimidazione per individui insensibili a comminatorie meno gravi*»⁹.

Un primo segnale di apertura verso la valorizzazione della finalità rieducativa oltre la fase esecutiva, viene affermato nella sentenza n. 204/1974, dove si qualifica «il recupero sociale del condannato come fine ultimo e risolutivo della pena», individuandosi così un «diritto per il condannato a che [...] Il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo»¹⁰. Il coinvolgimento poi della funzione rieducativa su un piano globale, e non limitato alla sola fase dell'esecuzione, lo si raggiunge con la storica sentenza n. 364/1988 che, nell'affermare «la necessaria rimproverabilità della personale violazione normativa», e «l'illegittimità costituzionale della punizione di fatti che non risultino espressione di consapevole, rimproverabile contrasto con i (o indifferenza ai) valori della convivenza espressi dalle norme penali», traduce il principio di personalità della responsabilità penale in principio della responsabilità per fatto proprio e colpevole. Si valorizza cioè il principio rieducativo già nella fase dell'applicazione della pena, richiedendosi ai fini della punizione l'accertamento di un reale contenuto di colpevolezza¹¹. Il consequenziale collegamento tra il

⁸ Cfr. Corte Cost. n. 167/1973; analogamente Corte Cost. n. 237/1984 ribadisce che «l'art. 27, terzo comma, Cost., si riferisce propriamente alla esecuzione delle pene in senso stretto [...]. Mentre sfugge al controllo di legittimità l'indagine sull'efficacia rieducativa della pena editale, la cui determinazione è rimessa alla valutazione discrezionale del legislatore»; sempre in tal senso si vedano le sentenze Corte Cost. n. 107/1980, n. 104/1982 e n. 23/1985, per le quali ciò che conta per «tendere alla rieducazione» è dare largo spazio al trattamento individualizzato nell'ambito dell'ordinamento penitenziario. Le riflessioni svolte dalla Consulta stanno a significare che il principio di umanità da intendersi come principio di civiltà deve informare di sé «la disciplina delle pene e della loro esecuzione, e dunque [...] tutta l'organizzazione carceraria e l'applicazione delle norme ad essa relative, come è ribadito nell'esplicito richiamo al dettato costituzionale, dell'art. 1, primo comma, dell'ordinamento penitenziario: «il trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona»»: Corte Cost. n. 165/1996.

⁹ Corte Cost., n. 264/1974, nell'affermare che la funzione e quindi la finalità della pena non può essere costituito dal solo riadattamento dei delinquenti, ritiene compatibile con l'art. 27, co. 3 Cost. la pena dell'ergastolo.

¹⁰ Su queste basi la Corte afferma che l'istituto della liberazione condizionale, alla luce dell'art. 27, co. 3, Cost., assume un ruolo di particolare significato e peso, che deve essere considerato già nella fissazione legislativa dei suoi presupposti e dei suoi limiti.

¹¹ In dottrina egregiamente F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *N. Dig. it.*, Vol. XIX, Utet, 1973, 53; D. PULITANÒ, *Ignoranza della legge (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Vol. XX, Giuffrè, 1970, 36; A. FIORELLA, *Rieducatività della pena, ed orientamento del destinatario del precetto e componenti*

principio di personalità della responsabilità penale ed i principi di legalità e di irretroattività della legge penale, attua compiutamente la funzione di garanzia che appunto la legalità deve assolvere; funzione che impone di «fondare la responsabilità penale su congrui elementi soggettivi», che impediscano la punizione di un soggetto incolpevole, realizzando così «il principio di colpevolezza il secondo aspetto del principio garantistico di legalità». Successivamente la Consulta superando le precedenti ambiguità, chiarisce che il principio concernente la finalità rieducativa della pena «lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»; questo sta a significare che il terzo comma dell'art. 27 Cost. «vale tanto per il legislatore quanto per il giudice della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie»¹².

In altre pronunce il Giudice delle Leggi, completando il raggio di azione dell'indagine, scorpora il momento esecutivo della sanzione, affermando l'incostituzionalità della retroattività in *malam* anche per questa fase, in relazione al principio di progressività trattamentale, considerando irragionevole ed incompatibile con la funzione rieducativa della pena una disciplina che non tenesse conto del raggiunto grado di rieducazione, adeguato al beneficio richiesto, ovvero che comportasse una regressione incolpevole del trattamento¹³. L'esecuzione della pena cioè, costituisce il momento realizzativo del finalismo rieducativo adeguando la portata sanzionatoria del titolo al singolo individuo. Ciò coinvolge l'intero procedimento di esecuzione, assistito dall'immanente presenza del giudice per tutto ciò che riguarda decisioni sui diritti di libertà, comportando questo le medesime garanzie utilizzate nella fase cognitiva in punto di legalità e giusto processo.

Di qui l'affermazione anche per gli ergastolani, che certi automatismi relativi alla concessione dei benefici penitenziari non sono ragionevoli, e che «la progressività trattamentale e flessibilità della pena», costituiscono «diretta attuazione del canone costituzionale della rieducazione del condannato», e stanno a significare che «le presunzioni assolute specie quando limitano un diritto fondamentale della persona violano il principio di uguaglianza»¹⁴; in

sostanziali del reato, cit., 99.

¹² Corte Cost. n. 313/1990, superando poi ogni equivoco afferma «se la finalità rieducativa venisse limitata alla sola fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto».

¹³ Cfr. sentenze Corte Cost. n. 504/1995, n. 445/1997, n. 137/1999.

¹⁴ Per il superamento degli automatismi e delle preclusioni assolute per la concessione dei benefici penitenziari anche con riferimento a chi è stato condannato all'ergastolo, si è affermata la illegittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 3, 27, co. 3, Cost., dell'art. 58-*quater*, co. 4, ord. pen., nella parte in cui subordina l'accesso ai benefici da parte degli ergastolani per i delitti di cui agli artt. 289-*bis* e 630 c.p., ove avessero cagionato altresì la morte del sequestrato, al-

questo caso, l'irragionevolezza consiste proprio nel non poter formulare ipotesi contrarie alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa. Sul solco tracciato da tale pronuncia, viene definitivamente smantellata la disciplina dell'art. 58-*quater*, co. 4 ord. pen. dichiarandone la illegittimità per contrasto con gli artt. 3, 27 co. 3, Cost., posto che il carattere automatico della preclusione temporale all'accesso ai benefici penitenziari, impedisce qualsiasi valutazione individuale sul concreto percorso di rieducazione compiuto dal soggetto, in ragione soltanto del titolo di reato che supporta la condanna¹⁵. Tale orientamento è coerente con quanto affermato dalla Corte Edu, che pronunciandosi sulla legittimità dell'ergastolo ostativo, ha dichiarato che esso è contrario al divieto di trattamenti inumani e degradanti di cui all'art 3 Cedu, in quanto lesivo della dignità dell'individuo, valore questo che orienta la tutela dell'intero sistema convenzionale e non ammette deroghe neanche a fronte di contesti di emergenza¹⁶. Tale percorso argomentativo viene sviluppato e completato anche nei confronti dei condannati per associazione di stampo mafioso, dalla recente Sentenza della Corte Cost. n. 253/2019 che, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 4-*bis* co. 1 ord. pen., nella parte in cui non prevede che questi possano usufruire dei permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia, ribadisce l'inammissibilità delle preclusioni assolute il cui effetto è quello di arrestare «qualunque valutazione in concreto sulla pericolosità del condannato». In tutte queste decisioni, risalta il riconoscimento di un obbligo costituzionalmente imposto al legislatore ordinario di prevedere istituti funzionali e in grado di garantire l'attuazione del percorso rieducativo. Istituti cioè, che non sovvertono la logica gradualistica che costituisce il fondamento del principio di progressività trattamentale, attraverso la effettiva partecipazione all'azione rieducativa che, proiettandosi nel tempo, deve consentire a tutti di alimentare la speranza di un futuro reinserimento.

Occorre sottolineare ancora, la rilevanza della relazione temporale per l'attuazione della finalità rieducativa, oltre ogni formalismo o presunzione assoluta. Ciò che si vuole evidenziare è il senso che lega la connessione tra il "prima" ed il "dopo", e cioè, tra il tempo necessario al soggetto per staccarsi dal delitto commesso ed intraprendere un cammino di allontanamento e di reinserimento nel sociale. È proprio la qualificazione temporale, da intendersi

la effettiva esecuzione di 26 anni di pena; la disciplina risultava «intrinsecamente irragionevole avuto riguardo alla funzione rieducativa che la pena deve necessariamente perseguire nel nostro ordinamento»: Corte Cost. n. 149/2018.

¹⁵ Corte Cost. n. 229/2019, la sentenza in oggetto rappresenta il naturale completamento della precedente (n. 149/2018) sancendo l'integrale illegittimità costituzionale del regime previsto dall'art. 58-*quater*, co. 4, ord. pen., in relazione ai condannati per i delitti di cui agli artt. 289-*bis* e 630 c.p. che abbiano cagionato la morte del sequestrato, «regime che configurava un vero e proprio doppio binario nel doppio binario, aggiungendosi alla già gravosa disciplina di cui all'art. 4-*bis* ord. pen.».

¹⁶ Così Corte EDU, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia*, § 130.

come necessaria flessibilità della pena, a consentire quel giudizio contingente ma anche assoluto, quindi giuridico, che consiste in un periodo (tempo definito), di osservazione da parte del Giudice di sorveglianza dello stato attuale della personalità del soggetto. In tema di punibilità, pur restando ancorati al principio di stretta legalità, occorre rifuggire da tutto ciò che paralizzando il cambiamento/l'evoluzione, rimane fisso ed immobile; è stato esattamente detto «*il formalismo comincia dove il diritto finisce. Esso rappresenta veramente una frattura dell'esperienza giuridica: al posto dell'esperienza e del suo libero movimento si pone una falsa esperienza, cioè l'immobile vuoto, che si tratta come cosa salda, modellandolo in forme che, essendo forme del vuoto, hanno il pregio di essere infinite*»¹⁷. L'art. 27, co. 3, Cost. impone una pena in concreto, cioè una individualizzazione sanzionatoria che presume un tempo di osservazione sulla personalità del detenuto. Ne discende la incompatibilità ed irragionevolezza di qualsiasi automatismo o presunzione di pericolosità che non abbia fondamento su congrui e specifici elementi.

Sembrirebbe evidente che la finalità rieducativa debba assistere la pena sia essa edittale, ovvero esecutiva, misure alternative; non vi è del pari dubbio, che queste ultime costituiscano «*il punto di emergenza del trattamento rieducativo in quanto tendono a realizzare quel reinserimento sociale al quale tale trattamento punta*». La finalità rieducativa quindi deve riflettersi in modo adeguato su tutta la legislazione penitenziaria, la quale deve determinare «*modalità e percorsi idonei a realizzare l'emenda e la risocializzazione del condannato, secondo scelte del legislatore che, pur nella loro varietà tipologica e nella loro modificabilità nel tempo, devono convergere nella valorizzazione di tutti gli sforzi compiuti dal singolo condannato e dalle istituzioni per conseguire il fine costituzionalmente sancito dalla rieducazione*»¹⁸.

¹⁷ Cfr. S. Satta, *Il mistero del processo*, Adelphi, 1994, 86. Le Sezioni Unite, seguite da una costante giurisprudenza di legittimità hanno aderito ad un approccio fortemente formalistico, concordando nell'affermare la natura processuale delle modalità esecutive della pena irrogata e quindi sottraendo le misure alternative alla detenzione al divieto di applicazione retroattiva: Cass. pen., Sez. Un., 17 luglio 2006, n. 24561; Cass. pen., Sez. I, 6 giugno 2019, n. 25212; Cass. pen., Sez. I, 26 settembre 2019, n. 39609; l'orientamento è stato rivisto dalla recente giurisprudenza di legittimità, che ha sollevato d'ufficio la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 6, lett. b), della L. n. 3/2019, nella parte in cui inserisce gli artt. 314 e 319-*quater*, co. 1, c.p., nei delitti di prima fascia, assolutamente ostativi all'accesso dei benefici penitenziari, mancando quei connotati idonei a sostenere un'accentuata e generalizzata considerazione di elevata pericolosità dell'autore, paragonabile a contesti di criminalità organizzata; cfr. Cass. pen., Sez. I, 18 luglio 2019, n. 31853. Sempre con riferimento alla L. n. 3/2019, che ha esteso i reati ostativi al fenomeno corruttivo, precludendo così la possibilità di ottenere l'ordine di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva (art. 656, co. 5, c.p.p.); cfr. Cass. pen., sez. VI, 14 marzo 2019, n. 12541, che nell'affermare la non rilevanza ai fini della decisione, ne evidenzia il contrasto con gli artt. 7 Cedu e 117 Cost., «*laddove si traduce [...] nel passaggio - "a sorpresa" e dunque non prevedibile-da una sanzione patteggiata "senza assaggio di pena" ad una sanzione con necessaria incarcerazione*».

¹⁸ Sentenze Corte Cost. n. 282/1989 e n. 532/2002. Si veda pure Corte Cost. n. 79/2007 dove si afferma l'incostituzionalità dei co. 1 e 7-*bis* dell'art. 58-*quater* ord. pen. (commi introdotti dalla L. 5 dicembre 2005, n. 251), nella parte in cui non prevedono che i benefici penitenziari indicati pos-

Di qui, escludere dal beneficio una categoria di soggetti che ne avevano già maturato l'applicazione, secondo la precedente normativa, costituisce una interruzione ma soprattutto la vanificazione di quell'iter rieducativo a favore di una esigenza meramente repressiva che determina la violazione dell'art. 27 co. 3, Cost. Infine il Giudice delle leggi in una recentissima sentenza di accoglimento interpretativo¹⁹, collegandosi direttamente all'art. 25, co. 2, Cost., ha dichiarato l'incostituzionalità di una interpretazione retroattiva delle modifiche peggiorative in tema di concedibilità delle misure alternative alla detenzione, aderendo a quella impostazione sostanzialistica sviluppata dalla giurisprudenza della Corte edu, in ordine all'estensione della garanzia dell'art. 7 Cedu²⁰, alle modifiche delle norme sull'esecuzione della pena quando determinano «una ridefinizione o modificazione della portata applicativa della “pena” imposta dal giudice». Si afferma quindi che la novella legislativa n. 3/2019 (c.d. legge “spazzacorrotti”), abbia apportato modifiche idonee ad incidere direttamente sulla natura afflittiva della pena, di fatto tramutata da “alternativa” in “detentiva”, con effetti concretamente peggiorativi sul regime della sanzione inflitta; effetti la cui natura non può che essere sostanziale, tale da rendere inapplicabile retroattivamente la norma in questione. La scelta operata, sicuramente rivoluzionaria, nel dichiarare la illegittimità costituzionale di ogni applicazione retroattiva di norme di sfavore che appartengano a situazioni di soggezione del condannato alla pena, ricomprende nella “legalità della pena” necessariamente anche le misure alternative alla detenzione che pertengono comunque ad esigenze di tutela dei diritti il cui riferimento normativo non può che essere l'art. 25, co. 2 Cost., come espressione di garanzia della libertà. Il riferimento questa volta senza passare dagli artt. 27, co. 3, e 3 Cost., è esplicitamente diretto allo spettro applicativo dell'art. 25 Cost., in una prospettiva di verifica empirica sugli effetti prodotti sui diritti di libertà.

Sempre nell'ottica della legalità della pena la cui preminente finalità è quella della rieducazione, si sono espresse anche le Sezioni Unite, attraverso un ampliamento dei poteri del giudice dell'esecuzione, superando il dogma della intangibilità del giudicato. Le pronunce, è noto, riguardano il caso Ercolano, in relazione alla possibilità di dare attuazione alla Sentenza Scoppola c. Italia della Corte Edu²¹. Si afferma che i principi enunciati dalla Corte Edu,

sano essere concessi sulla base della normativa previgente, ai condannati che, prima dell'entrata in vigore della L. n. 251/2005, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti.

¹⁹ Corte Cost. n. 32/2020.

²⁰ La giurisprudenza europea ha evidenziato più volte il volto convenzionale della pena, secondo il principio di umanizzazione, quindi, nel rispetto della dignità della persona anche condannata. Di conseguenza «quando le misure adottate dopo la pronuncia di una pena definitiva, o durante l'esecuzione di quest'ultima, portano ad una ridefinizione o ad una modifica della portata della “pena” inflitta, a tali misure si deve applicare il divieto di retroattività delle pene sancito dall'art. 7 § 1, Cedu»: *leading case*, Corte EDU, Grande Camera, 21/10/2013, *Del Rio Prada c. Spagna*.

²¹ Corte EDU 17 settembre 2019, *Scoppola c. Italia*, dove si dispone l'applicazione di anni 30 di

rilevando un contrasto con il diritto interno, vanno applicati anche ai processi diversi da quello relativo alla nota pronuncia; se così non fosse, vi sarebbe una evidente «violazione del principio di parità di trattamento tra condannati che versano in identica situazione»²². Viene immediatamente dopo esplicitato che «il giudicato non può che essere recessivo di fronte ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto dei diritti fondamentali della persona [...] quale certamente è quello che incide sulle libertà»²³.

Da quanto esposto, si deduce chiaramente che il piano delle garanzie costituzionali e sovranazionali non può essere mai disatteso; il monito è alla politica, cioè ad un legislatore ultimamente troppo attento ad esigenze elettorali, spesso tradotte in populismo penale, dimentico di essere anch'esso soggetto al principio di legalità e di avere l'obbligo di dare piena attuazione ai diritti individuali di libertà. Diritti che, bisogna rammentarlo al di là di esigenze preventive di politica criminale, appartengono anche a chi si trova in stato di detenzione. Affermazione questa le cui radici vanno ricercate nella giurisprudenza della Corte Edu²⁴, e soprattutto nelle istanze del principio di umanità della pena, che pervade l'intero *iter* sanzionatorio e ne impone una rivisitazione globale e non limitata ad una riforma penitenziaria.

3. Le antinomie dell'attuale normativa sanzionatoria.

Le chiare indicazioni suindicate, sembrerebbero affermare che il principio di umanità nella direttiva rieducativa, per realizzarsi effettivamente, debba assistere la pena sin dall' astratta previsione legale, nel momento della infrazione in concreto, fino alla sua espiazione, seppur con intensità diverse. Tale principio deve cioè, coinvolgere il legislatore ed il giudice sia della cognizione che dell'esecuzione in un unico progetto comune che coordini i vari momenti/fasi della punibilità, dando vita ad un vero sistema sanzionatorio così come prescrive la nostra Carta fondamentale. Il criterio teleologico, così ben enunciato all'art. 27, co. 3 Cost., valorizzato da quei principi fondamentali di cui agli artt. 2, 3, 13, 25 co. 2, 27, co. 1, Cost., indica che la reale funzione della pena non potrà mai derogare a quell'impianto personalistico di cui è diretta espressione²⁵. Tale funzione è fortemente ancorata ad un'idea di giustizia, quindi di proporzionalità, rispetto ad un fatto di elevato disvalore, tale da giu-

reclusione al posto della pena dell'ergastolo, quale effetto dell'applicazione della disciplina penale più favorevole vigente al tempo della proposizione della richiesta di giudizio abbreviato.

²² Cass. pen., Sez. Un., 19 aprile 2012, n. 34472.

²³ Cass. pen., Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 18821.

²⁴ Per tutte, si veda Corte EDU 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, definita dagli stessi giudici come "sentenza pilota" per quanto riguarda il problema strutturale del disfunzionamento del sistema penitenziario italiano e la questione del sovraffollamento carcerario, questione che viola l'art. 3 della Cedu, dando luogo a trattamenti inumani e degradanti.

²⁵ In tal senso con chiarezza S. MOCCIA, *Riflessioni sulla funzione normativa della pena. Costanti aporie tra teoria e prassi*, in AA.VV., *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile e G.L. Gatta, Giuffrè, 146.

stificare proprio l'impiego della più grave delle sanzioni. È richiesta cioè, una effettiva "esigenza di pena" da applicare con parsimonia ed equilibrio, mai in contrasto con le garanzie di libertà, o quantomeno, mai aprioristicamente contraria al recupero sociale. In un'ottica moderna la concezione della pena non può ridursi a mera vendetta o ad essere finalizzata a tormentare o ad affliggere, bensì deve « impedire il reo di far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali»; il riferimento è alla prevenzione generale ed a quella speciale, temperate però, da alcuni requisiti fondamentali egregiamente focalizzati: legalità, eguaglianza, personalità, proporzionalità, prontezza, quindi efficacia nell'applicazione, seguita da "dolcezza", da intendersi come contenimento della risposta sanzionatoria, in termini di effettiva giustizia²⁶. Il rapporto tra entità della pena e gravità del reato, principio di proporzione, comprensivo di un disvalore oggettivo (danno o pericolo), e soggettivo (colpa o dolo), sublimato in termini di garanzia, attraverso il collegamento con la funzione generalpreventiva, supera l'antica teoria retributiva intesa come mera afflittività satisfattiva, e diviene un freno insuperabile per il legislatore nella comminatoria edittale. È palese che tale concezione della pena, i cui tratti garantistici rispecchiano i nostri principi fondamentali, è opera del grande Pensatore Cesare Beccaria, che in tempi antichi (1764), ha completamente rivoluzionato i rapporti fra Stato ed individuo, apportando un radicale mutamento di prospettiva sul come e perché punire, ispirando così le successive Costituzioni degli Stati liberali, fino a considerare polo di riferimento e fine ultimo di ogni attività statale, la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo. Il Beccaria nel costruire la sua attualissima visione della pena, in termini semplici e chiari si è ispirato a criteri di giustizia e ragionevolezza, nell'ottica di un diritto penale minimo, in attuazione di un'uguaglianza sostanziale che solo la sottoposizione al testo normativo può garantire.

Nonostante un così chiaro messaggio, ben ribadito dalla Carta Costituzionale, il nostro legislatore, nella fase della comminatoria edittale, non ha ritenuto discostarsi dall'idea carcerocentrica già fatta propria dal codice Rocco. E non solo, la privazione della libertà personale, massima pena per l'individuo, continua ad essere l'unica privilegiata risposta al reato, che non sempre rispecchia nel contenuto l'adeguato disvalore. Persiste una penalizzazione sconsiderata nella parte speciale ed in quella, sempre più inflazionata, legislazione complementare, che ha dato vita a vari "tipi eccezionali" di diritto penale, il cui esito è *stato* la perdita d'identità dell'intero sistema, innanzitutto sanzionatorio. Si è *inteso* diffondere, in sfregio al canone della *extrema ratio*, un panpenalismo diffuso, enfatizzato da una illusoria minaccia di pena detentiva esemplare, diretta questa a compensare ciò che manca, cioè la certezza di applicazione, quindi di efficacia. In tal modo, almeno apparentemente, l'effetto è quello di assicurare la collettività, prospettando il

²⁶ I riferimenti e l'inciso sono chiaramente ripresi dal noto "libriccino" di Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1764, § XII°.

carcere come unico strumento per contrastare la continua emergenza criminale²⁷. A ciò avrebbe dovuto conseguire, quale tributo minimo per la nostra Carta Costituzionale, una seria ristrutturazione carceraria almeno nei termini di “capienza regolamentare” che consentisse, a chi versa in stato di costrizione, quella anche se esile, aspettativa di un possibile recupero. La sentenza Torreggiani della Corte Edu, condannando l'Italia per l'inumana situazione carceraria, conferma che nessuna modifica realmente significativa è intervenuta a migliorare gli stabilimenti di detenzione. Insomma, è mancata la tanto attesa riforma globale, diretta da un lato ad un'opera di riordino, connessa alla previsione di una effettiva “riserva di codice”²⁸, per meglio agevolare la conoscenza della legge penale già nel momento della sua comminatoria, assicurando maggiormente la funzione rieducativa; e dall'altro, allo sfoltoimento mirato ad una ordinata depenalizzazione²⁹, a cui avrebbe dovuto fare seguito

²⁷ Solo a titolo esemplificativo si cita la L. n. 251/2005, la cui disciplina prevedeva l'obbligatorietà generalizzata della recidiva, attenuata poi dall'intervento salvifico della Corte Cost. n. 185/2015; la L. n. 103/2017, seppur ispirata ad una riforma penitenziaria lodevole, inasprisce il trattamento sanzionatorio per alcuni delitti contro il patrimonio; la L. n. 3/2019, inasprisce il trattamento sanzionatorio per tutte le fattispecie riconducibili al fenomeno corruttivo inserendo questi delitti tra quelli di prima fascia, ostativi alla concessione dei benefici di cui all'art. 4-bis ord. pen., parificandoli ai delitti di criminalità organizzata; nella medesima ottica la L. n. 36/2019 che oltre a modificare la norma sulla legittima difesa, ha aumentato le pene per alcuni reati contro il patrimonio; la L. n. 43/2019, che, modificando l'art. 416-ter c.p., ne ha aumentato le pene, parificandole a quelle del partecipe al reato associativo di stampo mafioso, rimuovendo quel principio di proporzione base fondamentale del sistema penale.

²⁸ Bisogna dare atto che tutti i progetti di riforma del Codice penale dal 1988 in poi, contenevano un riferimento esplicito seppur con legge ordinaria alla “riserva di codice”; per esemplificare emblematico nel progetto Pagliaro, l'inserimento della riserva di codice, tra i principi di codificazione (art. 2, co. 3), così da imprimerle un valore precettivo che non può essere disatteso; definizione poi ripresa e completata nei progetti Grosso (art. 3, co. 1), e Pisapia (art. 5) dove si stabiliva che «le nuove disposizioni penali siano inserite nel codice penale ovvero nelle leggi disciplinanti organicamente l'intera materia cui si riferiscono, coordinandole con le disposizioni del codice e nel rispetto dei principi in esso contenuti». Com'è noto, il legislatore con l'art. 1, D.Lgs. n. 21/2018, ha inserito nel codice penale l'art. 3-bis, “Principio della riserva di codice”, dando seguito alla delega del co. 85, lett. q), art. 1, L. n. 103/2017 (riforma Orlando), che appunto disponeva «l'attuazione, sia pure tendenziale, del principio di 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 [...]». L'ambizioso progetto purtroppo si è rivelato carente sul piano dell'attuazione risolvendosi in un meccanico trasferimento piuttosto disordinato, all'interno del codice penale di poche figure di reato che sicuramente non raggiungono l'auspicato riordino. Sul punto non può non apprezzarsi la costruttiva interpretazione del Prof. A. Fiorella data all'art. 3-bis c.p. per il quale costituisce «una riaffermazione e un potenziamento della centralità del codice nel definire la disciplina penalistica, confermando il suo ruolo di polo di “riferimento e coordinamento” dell'intero sistema», e, aggiunge, «con consequenziale rilevanza costituzionale, sia pur mediata, con effetti non insignificanti in rapporto alla verifica del rispetto dei principi costituzionali di rieducatività e personalità della pena»: A. FIORELLA *Rieducatività della pena, orientamento del destinatario del precetto e componenti sostanziali del reato*, cit., 99; nello stesso senso M. DONINI, *La riserva di codice (art.3-bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito*, in www.la-legislazionepenale.eu, 2018, 12.

²⁹ Anche il tema della depenalizzazione un tempo in auge sembra aver perso interesse; se ne

una serie di mutamenti normativi ed organizzativi che ne avrebbero assicurato efficacia anche in termini di deflazione carceraria. Mutamenti da un lato diretti a ridurre i livelli massimi edittali, armonizzandoli con le regole sanzionatorie dettate nella parte generale, al fine di moderare nell'esecuzione la disapplicazione sistemica della pena inflitta; dall'altro, ad elargire politiche di reale e concreto impegno sociale ed economico, rafforzando la rete di controlli preventivi, diretti quantomeno a diminuire la "criminalità di strada", produttiva di quella insicurezza collettiva che vede nel diritto penale, ormai ridotto a solo carcere, l'unica soluzione a tutti i problemi criminali. Programma questo, che avrebbe potuto trovare un inizio di attuazione con la previsione di una disciplina di sistemi sanzionatori alternativi flessibili già nel giudizio, diretti a marginalizzare la pena detentiva, e ove quest'ultima fosse strettamente necessaria, attribuirle quella dignità minima, irrinunciabile per qualsiasi essere umano.

parla dal 1967, con la legge n. 317 che trasformò in illeciti amministrativi, i regolamenti dei comuni e delle province e alcuni articoli del codice della strada del 1959; successivamente con la L. n. 706 del 1975, la depenalizzazione fu estesa quasi a tutte le contravvenzioni sanzionate con la sola pena dell'ammenda; com'è noto la normativa per eccellenza in materia di depenalizzazione è data dalla L. n. 689 del 1981, che disciplina in modo organico la materia ispirandosi al libro I del codice penale, estendendo la depenalizzazione a tutti i delitti puniti con la sola pena della multa; i successivi interventi in materia (a titolo esemplificativo si vedano D.Lgs. n. 758/1994 e D.Lgs. n. 507/1999, nonché la L. n. 85/2006 in materia di reati di opinione), hanno conseguito risultati deflattivi modesti, anche ad opera di una parallela e continua produzione legislativa complementare che ha aggravato l'ipertrofia del diritto penale. Merita invece di essere nuovamente citato, per centralità e completezza d'indagine, il progetto presentato dalla Commissione diretta dal Prof. A. Fiorella, nominata dal Ministro della giustizia Prof.ssa P. Severino, per la revisione del sistema penale del 23 aprile 2013; con esso si sono gettate le basi di alcuni dei vari provvedimenti con finalità deflattiva; l'orientamento è nel senso di una significativa depenalizzazione sia in astratto che in concreto, escludendo dalla materia penale figure «desuete e non più conformi a principi di laicità e pluralismo del nostro ordinamento costituzionale»; si prevedeva anche una estensione della punibilità a querela, l'esclusione della procedibilità per la particolare tenuità del fatto (introdotta poi dall'art. 131-bis c.p. con D.Lgs. 16 marzo 2015, n. 28), e l'estensione dell'oblazione ai delitti, nonché l'estinzione del reato a seguito del compimento di condotte riparatorie. La nuova L. n. 67 del 2014, muovendosi sulla via tracciata dal progetto ministeriale Fiorella, ha mostrato di dare inizio ad una effettiva politica di decarcerizzazione, introducendo nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova, e delegando il governo in materia di pene detentive non carcerarie (in particolare la reclusione e l'arresto domiciliare) e di riforma del sistema sanzionatorio; si introduce poi con i D.Lgs. 15 gennaio 2016 nn. 7 e 8 una inedita sanzione pecuniaria civile, trasformando in illeciti amministrativi quasi tutti i reati puniti con sanzioni pecuniarie ed anche alcuni reati previsti dal codice penale e dalla legislazione speciale, punibili con pene detentive. Sempre in sintonia con il progetto ministeriale Fiorella, la L. n. 103 del 2017, ha previsto l'effetto estintivo delle condotte riparatorie con l'introduzione appunto del nuovo art. 162-ter c.p., delegando poi il governo per una estensione della procedibilità a querela per alcuni reati contro la persona e il patrimonio.

La risposta politica invece, si è espressa attraverso il solito contraddittorio pluralismo normativo, diretto ad ampliare a dismisura le cornici edittali con previsioni massime rigorosissime, che nel concreto poi, non trovano applicazione, potendo il giudice svolgere un ruolo quasi legislativo (supplenza giudiziaria), usufruendo di ampi spazi di discrezionalità conseguenti alla disciplina della commisurazione della pena, delle circostanze e del concorso di reati³⁰. Anche l'introduzione delle sanzioni sostitutive, ad opera della L. n. 689/1981, non ha sortito rilevanti effetti sotto il profilo applicativo e funzionale del tutto irrisorio, privilegiandosi, soprattutto in sede di riti alternativi, l'istituto della sospensione condizionale che consente la chiusura anticipata del procedimento con rinuncia alla esecuzione della pena³¹. Quindi, sempre in modo frammentario, producendo inevitabilmente intasamenti tra istituti analoghi, si è ridotto il carico sanzionatorio e giudiziario, con provvedimenti inseriti nella parte generale, alcuni dei quali probabilmente apprezzabili, in quanto ben inquadrati in quella "missione risocializzante" attribuita dalla Carta Costituzionale alla materia penale. Si pensi all'esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-*bis* c.p., oppure alla introduzione delle condotte riparatorie ex art. 162-*ter* c.p., nonché all'istituto della messa alla prova mediante sospensione del procedimento di cui agli artt. 168-*bis*, 168-*ter* e 168-*quater* c.p. (c.d. *probation* giudiziale per l'adulto), il cui esito positivo, dà luogo all'estinzione del reato. Tale ultimo istituto anch'esso emanato nell'ottica deflattiva, presenta elementi di sicura novità e completezza, collegando gli effetti della messa alla prova (estinzione del reato), ad una rivalutazione del sistema sanzionatorio, nell'ottica di una effettiva reintegrazione già nel corso del processo (artt. 464-*bis*, 464-*ter* c.p.p.), evitando il più possibile il sacrificio per la libertà personale. Il richiamo è alla giustizia riparativa, alternativa alla pura repressione, che privilegiando la ricomposizione del conflitto, conferisce alla pena detentiva un ruolo marginale, limitato alle sole ipotesi di esito negativo della prova, attuando nel concreto, il principio di *ultima ratio*. L'autore del reato in questo caso, finalmente assume un ruolo nuovo, dinamico, diventa effettivo partecipe nell'opera di mediazione, orientandola attraverso l'effettivo adempimento dell'obbligo risarcitorio, alla conciliazione con la vittima del reato che diviene la protagonista assoluta del periodo di messa alla prova. È mancata però, anche in questo caso, l'auspicata opera di razionalizzazione con quanto previsto da istituti con caratteristiche comuni, lasciando all'imputato la non sempre chiara scelta tra strategie processuali a volte sovrapponibili. Sul piano riformistico era necessaria un'operazione non più settoriale, orientata all'idea riparativa, che avrebbe dovuto attribuire effettiva centralità alla materia, sottolineandone la preminenza nella sperimentazione, così da incentivare l'interesse dello stesso imputato e stimolarlo ad intraprendere un percorso virtuoso, realmente sostitutivo della

³⁰ Sul punto *ex multis*, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena detentiva*, Cedam, 1979, 383.

³¹ Cfr. E. DOLCINI-E. PALIERO, voce *Sanzioni sostitutive*, in *Enc. dir.*, Vol. XLI, Giuffrè, 1989, 523.

tradizionale giustizia punitiva. Si pensi alla situazione dell'imputato che, consentendole le condizioni, alla luce della sistematica tendenza in giudizio di irrogare in concreto pene contenute su livelli minimi, immaginasse di potersi avvalere della sospensione condizionale della pena, difficilmente sceglierà di sottoporsi al programma di trattamento di cui all'art. 464-bis c.p.p. sicuramente più oneroso; l'istituto poi del lavoro di pubblica utilità, indefettibile fiore all'occhiello del programma di trattamento ex art.464-bis, co, 4, lett. b) c.p.p., è previsto in vari istituti tra cui per es. all'art.165 c.p. quale obbligo correlato alla sospensione condizionale della pena; il discorso vale anche rispetto ad altri esiti del processo, anch'essi imperniati sull'imposizione di obblighi lavorativi meno gravosi rispetto a quelli imposti dalla messa alla prova (per es. la sentenza del giudice di pace applicativa del lavoro di pubblica utilità). Bene sarebbe stato, visti l'espansione ed i contenuti davvero rieducativi dell'istituto del lavoro non retribuito a favore della collettività, attribuirgli un ruolo primario, unitario e graduabile a seconda della gravità del reato, inserendolo nel catalogo delle pene principali (non solo del giudice di pace), come effettiva modalità alternativa alla pena carceraria. Il "delitto riparato"³², in un'ottica compensatoria e seppur limitandolo ai reati minori, per i quali ci sembra possa realmente trovare un suo senso, merita un sicuro approfondimento sistematico; costituisce un importante segnale nella direzione della rieducazione, che guarda a quei comportamenti del reo susseguenti ed in contrasto con la precedente condotta criminosa, rilanciando così la possibilità di un agire responsabile per il futuro.

A contribuire alle aporie del sistema, è *necessario* citare l'introduzione di quei meccanismi premiali processuali con fini esclusivamente deflattivi, il cui ambito di operatività si è dilatato enormemente, producendo arbitrarie "manovre" sulla pena, svuotandola della fondamentale funzione di prevenzione generale; ciò evidenzia profili di reale ineffettività che inevitabilmente, violando i principi di uguaglianza e giustizia, contribuiscono a quella "disintegrazione"³³ dell'attuale sistema sanzionatorio.

La situazione non migliora in sede esecutiva dove, nonostante i buoni propositi che ne hanno ispirato la riforma, è *mancata* anche qui, quella rigorosa impostazione sistematica diretta a conciliare attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata, gli obiettivi di politica criminale nelle varie fasi processuali. Si assiste quindi, all'opera autonoma del giudice della sorveglianza, che vanifica/disfa quanto deciso dal giudice della cognizione, quasi

³² Ritene potersi parlare di delitto riparato come figura autonoma, con autonoma pena edittale in grado di rivedere la teoria del reato e della pena puntando preliminarmente alla riparazione: M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in AA.VV., *Giustizia riparativa*, a cura di G. Mannozi e G.A. Lodigiani, Il Mulino, 2015, 138.

³³ Il termine "disintegrazione", icasticamente coniato con riferimento all'attuale situazione sanzionatoria appartiene al Prof. T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 2, 419.

le due posizioni perseguissero obiettivi diversi e discordanti e non fossero destinate a convergere verso l'unico scopo ispirato alla riduzione dell'area di intervento del diritto penale, nel rispetto della tutela sia della vittima ma anche dell'indagato/condannato, riconducendo il carcere nel solco di misura di *extrema ratio*.

Inizialmente la riforma dell'ordinamento penitenziario³⁴, costituiva l'unico terreno per attuare nel concreto il principio rieducativo a fronte dell'immobilità della pena principale detentiva. L'introduzione delle misure alternative alla detenzione, la cui precipua finalità special-preventiva, doveva consistere nel recupero del detenuto attraverso la sperimentazione di nuovi percorsi extramurari, rappresentò un'effettiva trasformazione nel concepire la punizione, rese cioè flessibile, dinamica la sanzione, oltre il giudicato. Tale encomiabile obiettivo riformatore che vedeva nella fase esecutiva della pena la sede naturale per il trattamento individualizzato del colpevole ha subito una serie di arresti ed incongruenze che ne hanno vanificato la concreta realizzazione. Infatti, in quello stesso periodo, il paese funestato dalla grave emergenza terroristica riscoprì esigenze di difesa sociale che il legislatore tradusse nella legge Reale n. 152/1975, producendo un forte inasprimento della legislazione penale a scapito delle garanzie. Negli anni 90 poi, la recrudescenza del fenomeno mafioso, portò il legislatore ad esasperare il trattamento penitenziario attraverso una copiosa produzione legislativa che ha visto nell'esecuzione della pena lo strumento di lotta contro la criminalità organizzata. Si è assistito, da un lato all'irrigidimento dei percorsi penitenziari attraverso preclusioni automatiche collegate al tipo di reato, dall'altro a generosi sconti di pena con facile accesso ai benefici penitenziari per chi invece avesse collaborato con la giustizia (art. 4-*bis*, ord. pen.)³⁵. Insomma si è adottato un regime penitenziario differenziato: generale, quasi indulgenziale per la delinquenza comune, orientato alla minima desocializzazione teso a trasformare la pena detentiva nel corso dell'esecuzione se non addirittura prima che questa inizi, in altra pena alternativa; speciale, per un certo tipo di criminalità organizzata, caratterizzato da forte rigidità, orientato ad un'esecuzione della pena in forma chiusa tendente alla neutralizzazione del reo, salvo che non operi una scelta collaborativa, utile ai fini delle indagini, scissa però,

³⁴ L'apertura nella direzione della rieducazione, viene avviata dalla legge di riforma n. 354/1975, modificata poi dalla L. n. 663/1986 ed a sua volta rivisitata dalle leggi n. 165/1998 e n. 231/1999. Con queste ultime normative il legislatore ha operato una notevole apertura per la concessione delle misure alternative alla detenzione, anche nei confronti di reati connotati da seria gravità.

³⁵ Sul punto tra gli interventi più significativi si veda la L. n. 663/1986, c.d. "legge Gozzini", che ha da un lato ampliato la possibilità di adire alle misure alternative alla detenzione ed ai permessi premio e, dall'altro, ha introdotto nell'ordinamento l'ergastolo ostativo ex 41-*bis* ord. pen. Il D.Lgs. n. 8/1991 (convertito in L. n. 82/1991), introduce nel nostro ordinamento un sistema premiale per i collaboratori di giustizia per i delitti di stampo mafioso; il D.Lgs. n. 152/1991 (convertito in L. n. 203/1991), detta norme sul regime delle pene e sul trattamento penitenziario nonché disposizioni per l'imputato che si dissocia; il D.Lgs. n. 306/1992 (convertito in L. n. 356/1992) inasprisce il regime carcerario e modifica la disciplina sulla protezione dei collaboratori di giustizia.

da qualsiasi autentica partecipazione ad un processo di rieducazione indicativo di un reale cambiamento³⁶. Ciò che si evidenzia è la trasformazione delle misure alternative, formalmente subalterne alla pena detentiva, in misure sostanzialmente autonome, separate cioè, da quella che era la funzione originaria di evitare il carcere al destinatario di una pena detentiva medio-bassa, e realizzarne un utile reinserimento sociale. Si pensi all'art. 656, co. 5, c.p.p. che prevede la sospensione senza assaggio di pena, con conseguente applicazione dell'affidamento in prova, allorché la pena detentiva, anche se costituente residuo di maggior pena, non sia superiore a tre anni, quattro nei casi previsti dall'art. 47-ter, ord. pen; pena quest' ultima, che risulta difficile considerare "breve" e tantomeno "tenue", anche alla luce degli ulteriori sconti di pena previsti per la scelta di riti speciali. Insomma, pare che, indipendentemente dai contenuti gravi o non delle pene di riferimento, l'orientamento sia stato nel senso di evitare la risposta carceraria *tout court*, in un'ottica che guarda esclusivamente alla riduzione di quella risposta, svilendo così ulteriormente la funzione risocializzante così limpidamente imposta dalla Costituzione. Si potrebbe anche condividere l'impostazione che rifugge la pena detentiva, se a sostituirla vi fossero state misure afflittive in grado di soddisfare quelle irrinunciabili istanze di prevenzione generale e speciale, entrambe presupposti necessari per l'attuazione del reinserimento sociale del condannato. La situazione attuale però, evidenzia profili di ambiguità tali, da svuotare di contenuto il trattamento sanzionatorio anche nella fase esecutiva, ridotto ormai a finalità esclusivamente deflattive, prive quindi di quella capacità diretta a costruire percorsi rieducativi individualizzati efficaci³⁷. Si aggiunga poi quanto già evidenziato, e cioè l'assenza di qualsivoglia "comunicazione" tra le diverse fasi del processo: di cognizione, che applica la pena detentiva in carcere, e di esecuzione/sorveglianza che, in seguito al giudicato, adotta le misure alternative, seguendo una direzione non coincidente con la prima, neanche sotto il profilo di logiche di politica criminale. Si ottiene così, un'incoerente duplicazione processuale³⁸ produttiva di quel tanto lamentato senso di ineffettività della pena, generatrice di forti insicurezze nella collettività. La pena detentiva irrogata, viene neutralizzata nella fase dell'esecuzione attraverso l'automatica sostituzione con le misure alternative.

³⁶ Sottolinea con grande chiarezza «il rischio di soggettivazione[...] accentuato dalla visione premiale connessa al c.d. fenomeno del pentitismo» dove è evidente che «conta meno, molto meno il fatto commesso e la sua gravità di quel che soggettivamente il reo concede in termini di un (supposto) ravvedimento e di una [...] collaborazione processuale», A. FIORELLA, *La parte speciale tra codificazione e legislazione complementare*, in AA.VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Giuffrè, 1996, 270.

³⁷ In tal senso, M. CATENACCI, *Tipologie sanzionatorie, comminatorie edittali e misure alternative: lo stato dell'arte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 2, 1150.

³⁸ Cfr. sul punto V.N. D'ASCOLA, *Ineffettività e incompletezza di un sistema sanzionatorio superato*, in *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni. In memoria di Giuliano Vassalli*, a cura di A. Fiorella, A. Gaito, A.S. Valenzano, Sapienza Università Editrice, 2018, 391.

Nondimeno, il giudice della cognizione e quello della sorveglianza sono tenuti, nell'esercizio del potere discrezionale attraverso l'obbligo della motivazione, al rispetto di vincoli normativi coerenti con quelli che sono i criteri finalistici indicati nell'art. 27, co. 3, Cost.³⁹. La stretta relazione che deve unire i diversi momenti che perfezionano il complesso *iter* di composizione della pena sta a significare nella fase giudiziale, che il principio di personalità della responsabilità penale (art. 27, co. 1, Cost.), non consente alla pena di eccedere la misura della colpevolezza (meritevolezza); ben potendo invece risultare ad essa inferiore per quelle ragioni di prevenzione speciale che dovrebbero costituire il presupposto di ogni punizione. Ragioni che poi troveranno adeguato sviluppo e centralità nella fase esecutiva, costituendo questa il punto nodale e finale, per raggiungere in concreto il recupero del soggetto. Solo un disegno comune/unitario, che accompagni la formazione della pena in tutte le varie fasi dinamiche, a partire da quella edittale che delimita la potestà punitiva attraverso il principio di proporzionalità, potrà garantire la tenuta del sistema, lasciando intravedere e prevedere alternative flessibili, ragionevoli ed idonee a realizzare una effettiva prevenzione speciale nel rispetto sempre dei diritti inviolabili della persona (art. 2 Cost.). Proprio l'assenza di coerenza interna al sistema sanzionatorio, ha vanificato l'autentico significato di quell'accertamento in capo al giudice di sorveglianza, volto a modificare, rivedere se del caso, la durata o la modalità della pena inflitta, umanizzandola/plasmandola a seconda dei progressi raggiunti dal singolo detenuto. Di qui la trasfigurazione dell'autentico significato del percorso rieducativo, trasformato ormai in strumento meccanico di deflazione giudiziaria, utile per contrastare gli incrementi sanzionatori assolutamente slegati da qualsiasi collegamento con i principi costituzionali. La *ratio* del succitato art. 656, co. 5 c.p.p., sospendendo automaticamente l'esecuzione della pena per adire direttamente alle misure alternative dell'affidamento in prova e della detenzione domiciliare, prescinde proprio dalla necessaria verifica/valutazione, circa la sussistenza di quei presupposti legittimanti, individualizzati sulla personalità del reo⁴⁰. Lo stesso irragionevole meccanismo, diretto questa volta, in senso diametralmente opposto, a potenziare l'inasprimento esecutivo, viene disposto dalla L. n. 3/2019, all'art. 656, co. 9, lett. a), c.p.p., che vieta la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva ex art. 656, co. 5, c.p.p., per i reati previsti all'art. 4-bis, co. 1, lett. e), ord. pen. Norma quest'ultima il cui carattere inizialmente eccezionale, trovava giustificazione nelle peculiari caratteristi-

³⁹ Così G. VASSALLI, *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, in AA.VV., *Conferenze-Primo corso di perfezionamento per uditori giudiziari (10 maggio-27 giugno 1957)*, Tomo II, Milano, Giuffrè, 1958, pag. 741.

⁴⁰ Sul punto cfr. il D.L. n. 78/2013 (c.d. "svuota carcere"), che in linea con la legge "Simeone" n. 165/1998, consente l'accessibilità immediata alle pene alternative. Per completezza di indagine deve essere citata la L. n.9/2012, recante "*Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri*", introduttiva nell'ambito dell'esecuzione dell'istituto della detenzione domiciliare.

che di un certo tipo di criminalità, vede ora l'ampliamento del regime ostativo per una serie di delitti che, slegati dalla *ratio* legittimante la presunzione di pericolosità, fanno nascere seri dubbi di costituzionalità; e non solo in relazione alla finalità rieducativa, ma anche sotto il profilo dell'irragionevolezza, mancando un fondato supporto empirico che qualifichi come adeguata tale scelta di politica criminale. Il sistema dell'esecuzione, che l'impronta personalistica della Costituzione indirizza all'integrazione sociale ma che l'assenza di una prospettiva razionale di sistema, ha ridotto a strumento di mera deflazione giudiziaria, ovvero a mezzo di lotta sempre più esteso in ragione di situazioni settoriali e contraddittorie, sembrerebbe aver fallito il suo scopo. È noto che la questione penitenziaria, come futura riforma, è *stata fatta oggetto di particolare attenzione* nell'art. 1, co. 85, legge delega n. 103/2017, con particolare riferimento alla riduzione delle automatiche preclusioni penitenziarie, alla valorizzazione della discrezionalità del giudice di sorveglianza nel modulare pene flessibili ed al potenziamento di misure extramurarie. La perdurante crisi politica che affligge il nostro paese non ha consentito al legislatore delegato di dare attuazione alla tanto auspicata riforma e, nonostante l'orientamento Costituzionale fornito dalle autorevoli pronunce della Consulta e della Corte Edu, si è effettuata una inversione di tendenza con l'obiettivo di rafforzare le pene detentive, riproponendo un sistema sanzionatorio carcerocentrico, dove la stessa finalità rieducativa si risolve all'interno del carcere. Ancora una volta è mancata una reale strategia riformatrice, capace di traghettare la politica criminale nei momenti di forte criticità. La "perenne" emergenza criminale però, comunque la si voglia intendere, non può eliminare coerenza e razionalità al sistema penale, perché ciò costituirebbe rinunciare definitivamente al sistema.

4. La necessità di guardare oltre la pena detentiva.

L'apparato sanzionatorio così descritto appare molto fragile e inconsistente, soprattutto non esercita alcuna efficacia, né generalpreventiva, né tantomeno specialpreventiva. Da un lato minaccia pene detentive draconiane spesso slegate dal disvalore attribuito al reato, a cui seguirà (cronaca di una morte annunciata), l'applicazione di pene diverse/miti, il più delle volte sospese, spesso per scopi deflattivi collegati a scelte processuali, piuttosto che a ragioni sostanziali; dall'altro, si assiste ad una esecuzione che rivede automaticamente la condanna, a volte senza neanche iniziarla, e utilizza misure sospensive, "pene alternative", prive di reale contenuto. E non basta, occorre ricordare la profonda incoerenza che ha contraddistinto la legislazione emergenziale in materia di contrasto al fenomeno della criminalità mafiosa dal 1991 in poi. Legislazione questa che nel tempo estendendosi ad una serie variegata ed eterogenea di reati, ha neutralizzato i motivi ispiratori della riforma penitenziaria, diretti al promovimento ed alla partecipazione attiva del condannato verso l'integrazione sociale, il cui esito positivo si sarebbe riflesso sulla durata/esecuzione della pena. L'inasprimento del circuito trattamen-

tale è stato ulteriormente aggravato attraverso l'introduzione di fattispecie ostative non sempre riconducibili alla criminalità mafiosa⁴¹, producendosi un'assimilazione tra fatti ontologicamente diversi e non sempre compatibili con la salvifica collaborazione e col principio costituzionale del *nemo tenetur se detegere*⁴². Insomma, è stato creato un vero e proprio sottosistema che, ispirandosi a tipi d'autore variabili a seconda dell'allarme sociale del momento, deroga a quelle che sono le fondamentali garanzie costituzionali, senza assicurare effettività alla pena.

A fronte di un disordine normativo così evidente e sedimentato, si continua a ricorrere ad interventi legislativi di carattere contingente, dettati dall'emotività del momento che vanno comunque ad innestarsi su di un sistema penale vecchio, fondato sul monopolio assoluto della pena detentiva, riscoperta/vivificata anche nell'esecuzione, e manipolata al punto da non riuscire più ad esprimere alcuna efficacia di tipo preventivo in termini di ragionevolezza/omogeneità di sistema.

Una effettiva riforma della sanzione, orientata all'attuazione del dettato costituzionale, avrebbe consentito la comunicazione tra la minaccia di pena cristallizzata nel principio di proporzione, e la sua inflizione non troppo distante da quella, ma adeguata al caso concreto, fino alla sua esecuzione, ottimizzata tramite il trattamento alternativo generato dall'osservazione del detenuto. Di tale necessario coordinamento tra fasi dirette ad unirsi in un unico risultato: la sanzione polifunzionale, non vi è traccia nemmeno a livello di "idoneo tentativo", requisito questo, minimo per poter realmente dichiarare il fallimento dell'idea rieducativa, e restaurare un sistema tutto fondato sulla pena detentiva intramuraria⁴³.

Eppure, come chiaramente ricordato dal Prof. Fiorella, sul punto è possibile beneficiare di "un ampio patrimonio di risultati" frutto dell'impegno prodigato da studiosi ed operatori del diritto nei diversi progetti di riforma del codice penale, presentati dalle varie Commissioni ministeriali, avvicendate dal 1988 in poi⁴⁴.

⁴¹ La rubrica ed il co. 1 dell'art. 4-*bis*, ord. pen., sono stati dapprima sostituiti dall'art. 15, co.1, del D.L. n. 306/1992, in tema di criminalità mafiosa, convertito con modificazioni nella L. n. 356/1992, la cui genesi ha attratto al suo interno variegata ipotesi criminose tra cui anche alcune fattispecie commesse a danno dei minori (D.L. n. 11/2009 convertito in L. n. 172/2012); sul punto si rimanda a F. DELLA CASA-G. GIOSTRA, *Ordinamento penitenziario commentato*, Cedam, 2019, 49.

⁴² Sul punto cfr. Corte Cost. n. 253/2019, laddove si afferma che l'assenza di collaborazione con la giustizia dopo la condanna non può tradursi in un aggravamento delle modalità di esecuzione della pena, trasformandosi la libertà di non collaborare, garantita nel processo, in un gravoso onere di collaborazione; richiamando poi l'ordinanza n. 117/2019, ribadisce che il diritto a mantenere il silenzio da parte degli imputati o condannati costituisce un «corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa, riconosciuto dall'art. 24 Cost.».

⁴³ Sul punto si rinvia alle pregevoli considerazioni di S. MOCCIA, *Riflessioni sulla funzione normativa della pena. Costanti aporie tra teoria e prassi*, cit., 146.

⁴⁴ Si rammenta la proficua partecipazione del professor Fiorella alla Commissione per la riforma del codice penale, presieduta dal Prof. A. Pagliaro unica a consegnare i lavori completi della parte

Bisogna riconoscere che tutti i progetti si attestano su una linea di equilibrio, segnata dalla previsione di pene meno afflittive, caratterizzate comunque da effettività. Il fondamento costituzionale della funzione rieducativa della pena, ha guidato i lavori di tutte le commissioni, promuovendo una tendenza alla parcellizzazione, caratterizzata da notevole flessibilità del modello sanzionatorio, dove la reclusione diventa veramente *extrema ratio*, nel senso che deve essere utilizzata soltanto quando appare assolutamente necessaria in relazione alla gravità del reato ed alla pericolosità del delinquente.

Non vi è dubbio che è necessaria una riforma organica dell'apparato sanzionatorio che inizi dalla gamma delle pene principali e si sganci da quella visione carcerocentrica ancora dominante ed in contraddizione con l'idea personalistica/solidaristica espressa dai nostri Padri costituenti. Una gamma diversificata di pene principali consente di tenere conto sin dall'inizio di esigenze preventive differenti collegate al tipo di illecito ed alle peculiarità dell'autore, creando un formidabile raccordo con quella che sarà la fase esecutiva. Ancora, renderebbe veramente efficace e non solo simbolica la punizione per certe tipologie di reati (si pensi a reati economici-finanziari, colposi ovvero ambientali); e, in certi casi, valorizzerebbe l'esigenza di annullare i vantaggi derivanti da illeciti commessi per finalità di lucro (è il caso del delitto riparato). Sotto il profilo specialpreventivo poi, l'introduzione di pene non detentive è l'unica modalità attuativa sostanziale del dettato costituzionale, che vuole come ulteriore elemento della pena, un'afflittività orientata all'integrazione sociale del condannato e mai alla sua neutralizzazione⁴⁵. Non c'è dubbio che l'anticipazione della flessibilità della risposta sanzionatoria già attraverso la previsione edittale, bilancia il rapporto tra prevenzione generale e istanze di prevenzione speciale, indicando una specificità delle conseguenze afflittive, nel rispetto del principio di proporzione adeguando la pena alle caratteristiche del caso concreto in conformità alla colpevolezza dell'agente. Di qui la necessità di prevedere un'ampia gamma di tipologie

generale e della parte speciale nel 1991; nonché alla commissione presieduta dalla Dott. C. Nordio che ha predisposto un progetto comprensivo della parte generale nel 2005 e speciale nel 2006. Con specifico richiamo al Progetto Pagliaro ed alla necessità di un effettivo rinnovamento della codificazione penale da intendersi come maggiore aderenza ai principi generali imposti dalla Costituzione, si richiama l'interessante lavoro del Prof. A. FIORELLA, *La parte speciale tra codificazione e legislazione complementare*, in *Convegni di studio «Enrico de Nicola» Problemi attuali di diritto e procedura penale. Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, 1996, Giuffrè, p265.

⁴⁵ Si legge nella relazione al progetto di codice elaborato dalla Commissione Pisapia, al punto XXIII, che «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». Sostiene con forte convinzione in ordine allo scopo perseguito dalla pena il superamento del criterio della proporzionalità orientata in senso generalpreventivo, nella logica del *malum pro malo*, M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1162.

sanzionatorie, senza rinnegare la pena detentiva, bensì circoscrivendone la portata esclusivamente al “mondo” dei delitti, per i quali sarebbe utile e probabilmente ragionevole mantenere la pena carceraria, rivedendo le cornici edittali, secondo criteri orientati esclusivamente alla necessaria proporzione tra delitto e pena, e non come accade nella prassi normativa, ad obiettivi diversi di natura processuale. Obiettivi anche questi di sicura rilevanza, che proprio l'introduzione di pene diverse da quella detentiva potrebbe aiutare a raggiungere; per esempio attraverso una differenziazione dei riti che senza tradire lo scopo fondamentale di carattere sostanziale che la pena deve mantenere in ogni sua espressione, porterebbe un effetto di maggiore efficienza/velocità nell'ambito processuale. Insomma parrebbe ormai indilazionabile la necessità di prevedere «vere sanzioni non detentive in grado di sottrarre clienti al carcere, senza compromettere le irrinunciabili esigenze di prevenzione generale»⁴⁶. Un intervento, volto a recuperare strumenti innovativi mediante la previsione di nuove specie di pene principali non carcerarie, è obiettivo possibile ma soprattutto per il legislatore dovere ineludibile. Se vi fosse la reale volontà di rivedere il sistema, sarebbe bastato attingere ai succitati Progetti di riforma di Codice e allo Schema presentato dalla Commissione presieduta dal Prof. Palazzo, per la redazione di principi e criteri in materia di riforma del sistema sanzionatorio (2013); nonché si sarebbe data attuazione alla L. n. 67/2014, nella parte in cui delegava il governo ad introdurre pene principali domiciliari, il cui comune denominatore era la ricerca e l'arricchimento delle tipologie sanzionatorie principali⁴⁷. Sempre nel rispetto di una sanzione di contenuto afflittivo, proporzionata al reato commesso, determinata da minimi e massimi per garantirne la individualizzazione e quindi la giusta commisurazione, si è a lungo parlato: 1) di pene Interdittive che, oltre al contenimento dell'ingestibile sovraffollamento carcerario, certamente consentono un intervento mirato su presupposti relativi ad un certo tipo di reato, senza quell'effetto desocializzante tipico della pena detentiva; 2) prescrittive, strumenti questi fondamentali che, senza togliere contenuto afflittivo alla pena, si orientano o sulla riduzione della libertà di locomozione “libertà limitata”, del condannato in relazione alle peculiari caratteristiche del caso, ovvero favorendo per alcune tipologie di illecito, condotte conciliative/riparative, indicative di un ruolo propulsivo verso un percorso virtuoso di

⁴⁶ Così E. DOLCINI, *Riforma della parte generale del codice e rifondazione del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 848.

⁴⁷ Nella stessa direttiva dei Progetti di riforma del codice penale, si pone lo *Schema per la redazione dei principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale (dicembre 2013)*, ad opera della Commissione istituita con decreto del Ministro della giustizia del 10 giugno 2013 presieduta dal Prof. F. Palazzo, in www.giustizia.it. L'introduzione della detenzione domiciliare, prevista pertanto dallo Schema del Prof. Palazzo, avrebbe sicuramente rappresentato un forte segnale di rottura rispetto alle tradizionali pene principali, cfr. F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture. (A proposito della l. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 733.

concreto reinserimento; 3) pecuniarie/ablative, al cui interno dovrebbe inserirsi la disciplina della confisca anche in considerazione della natura poliedrica che la figura ha acquisito nel tempo assumendo, soprattutto quella per equivalente, la consistenza di vera e propria pena, dispensando una funzione ripristinatoria della situazione economica della vittima⁴⁸. Tutte le varie Commissioni di riforma, seppur con intensità diverse, hanno sviluppato i lavori seguendo la direzione di una revisione organica del sistema sanzionatorio. La Commissione del Prof. Palazzo, ben consapevole dei limiti di mandato ricevuti, preclusivi di interventi sulla parte generale e speciale del codice penale, e delle difficoltà tecniche di innesto delle innovazioni proposte sul vecchio tessuto codicistico e di legislazione complementare, si è premurata di prevedere, attraverso l'entrata in vigore dei decreti delegati di attuazione dello Schema, la previsione di norme di equiparazione e di sostituzione di pene nonché di coordinamento capaci di sostituire le pene carcerarie originariamente previste, con le specie sanzionatorie di nuova istituzione (art. 23), facilitando così il complesso cambiamento. Pertanto un'ampia diversificazione di pene principali a rigor di logica, dovrà comportare il superamento della distinzione tra queste e le pene accessorie, ovvero il loro coordinamento che produrrà un decremento di queste ultime, da contenere in un'ottica che privilegia la prevenzione speciale; ma anche questo aspetto è stato oggetto di approfondimento nelle varie Commissioni di studio⁴⁹. Il recente intervento della Corte Costituzionale si muove in tal senso, auspicando una riforma del sistema delle pene accessorie da uniformare nella disciplina alle pene principali, al fine di renderle pienamente compatibili con i principi della Costituzione. Si afferma: «la durata fissa delle pene accessorie dei delitti di bancarotta non è compatibile con i principi costituzionali di proporzionalità e necessaria individualizzazione del trattamento sanzionatorio», *né tantomeno* può apparire convincente «una soluzione che ancori meccanicamente la pena accessoria a quella detentiva, privandola di ogni sua – peraltro costituzionalmente legittima – autonoma finalità»⁵⁰. Procedendo su questa linea, le

⁴⁸ Sul punto cfr. Cass. pen., Sez. Un., 31 gennaio 2013 n. 183; ha precisato la Corte Cost. con ord. n. 97 /2009 che «la mancanza di pericolosità dei beni che sono oggetto della confisca per equivalente, unitamente all'assenza di un "rapporto di pertinenzialità" [...] tra il reato e detti beni, conferiscono all'indicata confisca natura sanzionatoria che impedisce l'applicabilità a tale misura patrimoniale del principio generale dell'art. 200 del codice penale»; mal si spiega la ricollocazione ad opera del D.Lgs. n. 21/2018 (riforma Orlando sulla riserva di codice), all'interno del codice penale tra le misure di sicurezza all'art. 240-bis c.p. "confisca in casi particolari", della confisca per equivalente e di valore.

⁴⁹ Conservano accanto alle pene principali anche quelle accessorie, funzionali a risultati sia di prevenzione speciale mediante incapacitazione, sia di prevenzione generale in ragione dell'efficacia deterrente, lo schema in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale Prof. Palazzo ed i progetti di riforma di codice del Dott. Nordio e del Prof. Pagliaro; ne prevedono invece l'abrogazione alla luce della vasta gamma di pene non detentive già previste come pene principali sia il progetto di riforma di codice Avv. Pisapia, sia quello del Prof. Grosso.

⁵⁰ In tal senso Corte Cost. n. 222/2018, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 216,

pene accessorie devono sempre di più assimilarsi e determinarsi nello stesso modo delle pene principali; per cui nei casi per i quali «la legge indica un termine di durata non fissa devono essere determinate in concreto dal giudice in base ai criteri di cui all'art. 133 c.p.». È necessario cioè, il più possibile procedere ad un' autonoma commisurazione in concreto della durata della pena accessoria, che potrà avere un tempo diverso da quello della pena principale, purché contenuto entro i limiti fissati dalla norma di legge per quella specifica fattispecie⁵¹. Quello che si evince da questi interventi è che la pena accessoria, al pari di quella principale, per essere costituzionalmente legittima, deve anch'essa essere effettivamente proporzionata ed individualizzata quindi, priva di automatismi superflui, quale può apparire in taluni casi quello dell'art. 37 c.p. che, seppur agganciato alla misura della pena principale continua ad evidenziare «un sistema rigido di determinazione del trattamento punitivo»⁵².

È evidente che a fronte di nuove tipologie sanzionatorie alfine di garantirne l'efficacia, occorre prevedere credibili misure di controllo *ad hoc* per il reo che gestisce spazi di libertà seppur limitati; misure che comunque dovranno connotarsi in senso risocializzativo, senza indulgere al clemenzialismo, disponendo interventi produttivi in tal senso; interventi che torneranno⁵³ utili in quella verifica periodica i cui giudizi positivi, rappresenteranno un significativo rafforzamento del controllo nel tempo sul percorso effettuato, ed un importante stimolo alla revisione delle scelte comportamentali, che molto probabilmente nessun internamento carcerario potrebbe produrre. Tutto questo però, è stato già scritto, con sfumature diverse, ma tutte orientate ad un reale ripensamento dell'intero sistema carcerario, nella direzione dei principi costituzionali. La volontà politica, salvo qualche parziale intervento, continua a guardare alla esecuzione della pena come unico e sicuramente più semplice rifugio «nel mondo delle riforme minimali possibili»⁵⁴. Ormai la “settorialità riformatrice”, non basta più a soddisfare quelle esigenze di siste-

ultimo comma, del R.D. n. 267/1942 (legge fallimentare) nella parte in cui dispone che “la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa per la durata di 10 anni l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa”, anziché “fino a 10 anni”. La stessa questione, precedentemente con sentenza Corte Cost. n. 134/2012, è stata invece dichiarata inammissibile in quanto eccedeva i poteri di intervento della Corte, implicando scelte affidate alla discrezionalità del legislatore in assenza delle c.d. “rime obbligate”.

⁵¹ Sul punto Cass. pen., Sez. Un., 28 febbraio 2019, n. 28910, che aderendo all'interpretazione della sentenza della Corte Cost. n. 222/2018, ritiene non applicabile la regola automatica di cui all'art. 37 c.p., bensì consente al giudice di «determinare, con valutazione caso per caso e disgiunta da quella che presiede alla commisurazione della pena detentiva, la durata delle pene accessorie previste dalla disposizione censurata sulla base dei criteri indicati dall'art. 133 cod. pen.».

⁵² Cass. pen., Sez. Un., 28 febbraio 2019, n. 28910.

⁵³ In tal senso, *Relazione per la riforma del sistema sanzionatorio*, presieduta dal Prof. F. Palazzo, cit.

⁵⁴ A. FIORELLA, *Rieducatività della pena, orientamento del destinatario del precetto e componenti sostanziali del reato*, cit., 108.

ma che richiedono in generale l'attuazione dei principi di umanità e rieducazione. Riepilogando e utilizzando le stimolanti parole di Antonio Fiorella, per registrare un miglioramento occorre l'abbandono della "mistica dell'afflittività", spostando l'epicentro dal carcere a sanzioni diverse pur sempre rieducative, contribuendo così a quella «evoluzione decisiva del sistema penale nella giusta direzione dei principi costituzionali»⁵⁵.

5. Il sistema sanzionatorio nell'ottica di una tutela Costituzionale.

Si è visto come la revisione complessiva ed ineludibile del sistema sanzionatorio è dettata oltre che dalla constatata ineffettività preventiva, dal necessario rispetto dei principi così ben espressi dal dettato costituzionale. Riterrei sbagliato parlare di "illusione dissolta" rispetto ad una strutturale, organica riforma delle sanzioni che finalmente restituisca valore e contenuto alla legalità della pena. Riterrei altresì necessario intervenire in tal senso come chiaramente hanno evidenziato sempre più incisivamente la Corte Costituzionale e la Corte Edu. E non solo, esimi studiosi dell'Accademia nonché esponenti dell'Avvocatura e della Magistratura, hanno prodotto un utilissimo materiale che si attesta sulla messa a punto di pene meno afflittive delle attuali, caratterizzate dalla ricerca della loro effettività, costituendo il fondamento costituzionale della funzione rieducativa della pena l'indicazione programmatica da seguire. Materiale questo completo e a lungo sceverato, che ormai andrebbe solo realizzato ed utilizzato. Le molteplici proposte riguardano un cambiamento globale che, nel riformulare una sanzione penale nuova arricchendola di umanità, ne motivino l'applicazione solo per condotte rilevanti, in ossequio ai principi di materialità ed offensività che sono consustanziali ad ogni reato⁵⁶. Principi quindi, immanenti al diritto penale del fatto che non potranno mai essere sganciati dalla sanzione effettivamente applicata. Insomma ciò che si evidenzia nelle varie Commissioni di studio, nonché nei numerosissimi ed autorevoli interventi a convegni e scritti è che, presupposto di ogni intervento punitivo, è il riconoscimento nonché la comprensione quindi, per usare una terminologia cara a Strasburgo "la prevedibilità" della legge penale, dal momento che «*Il codice penale non è un codice soltanto delle sanzioni, è un codice innanzitutto dei precetti e valori, ed allora è lì che l'ordinamento deve trasmettere il suo messaggio inequivocabile, affermando con forza il principio di chiarezza*»⁵⁷.

Per concludere, la norma penale per essere vera legge, e non frutto di ideologie o volubili manifestazioni di volontà del legislatore, deve essere in-

⁵⁵ A. FIORELLA, *op. ult. cit.*, 108.

⁵⁶ Rifiuta qualsiasi forma di «allontanamento dai principi nel senso della (stessa) anticipazione della tutela o comunque quale affievolimento della materialità e offensività del reato», A. FIORELLA, *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, cit., 272.

⁵⁷ Così A. FIORELLA, *Rieducatività della pena, orientamento del destinatario del precetto e componenti sostanziali del reato*, cit., 102.

trinsecamente razionale e tendere al bene dell'uomo. Occorre sempre rammentarlo, lo Stato assume su di sé la tutela del bene comune come suo fine ultimo, comprensivo anche dei diritti del condannato, e agisce ponendo norme razionali per lo sviluppo e la tutela dell'uomo e la promozione della sua dignità. Questo sta a significare che la violazione della legge penale, non può non assumere un connotato riprovevole e quindi da condannare attraverso la irrogazione di una pena, da commisurare sempre «all' effettiva responsabilità individuale, il più possibile concepita per il recupero del reo»; non potendosi ignorare «che il reato è co-determinato da fattori ambientali, familiari e sociali senza i quali il singolo non lo avrebbe commesso»⁵⁸.

In una visione laica, lo stesso concetto di rispetto della legge era stato bene espresso da Cicerone: «siamo schiavi delle leggi per poter essere liberi»⁵⁹. La legge quindi, e più di ogni altra quella penale dove la persona è centrale, non solo fonda l'ordine sociale ma la sua condivisione e accettazione da parte dei consociati, garantendo la libertà di ognuno, in quanto l'intima convinzione della giustizia di una norma, garantisce il rispetto più di qualsiasi pena per la sua trasgressione. Di qui la necessità da parte della politica criminale, di rifuggire da relativismi intellettuali tendenti a negare quei valori fondamentali su cui si fonda la nostra democrazia, ed a strumentalizzare per finalità contingenti i diritti della persona. Esistono valori fondamentali, preliminarmente la libertà personale che tutti li racchiude, che non possono essere negati, né tantomeno aggirati attraverso sterili procedure dettate da particolari esigenze/emergenze criminali. A ben vedere nella materia penale è in gioco l'essere umano, meglio il rispetto della dignità dell'uomo e della sua libertà, vale a dire di quanto più intimo ed inviolabile possa esserci. La grande e, occorre dirlo, improcrastinabile riforma del sistema penale/ sanzionatorio, vuole il rispetto dei valori Costituzionali, e quindi, la loro attuazione attraverso la legge, che significa precisione tecnico-legislativa e dominabilità del sistema.

⁵⁸ In tal senso A. FIORELLA, *op. ult. cit.*, 104.

⁵⁹ Massima ciceroniana in *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto* 3 (2013), 117-128.