

La certezza della pena: origini, evoluzione e prospettive riformistiche.

Autore: Perrotta Giulio

In: Diritto penale

Sommario 1. La pena legale. 2. La pena inflitta al reo. 3. Il trattamento rieducativo. 4. De iure condendo.

1. La pena legale

1.1. Breve cenno sull'origine del concetto di pena

La violazione del precetto penale comporta che l'autore della violazione sia sottoposto ad una punizione, cioè una pena di carattere afflittivo, spesso privativa della libertà personale, che rappresenti principalmente un "castigo" per la condotta illecita realizzata.

Esistono essenzialmente due prospettive per accostarsi al concetto di pena (**Ronco**): a) una prima modalità, vorrebbe trarre dalla pena, gli indici sintomatici del suo significato; b) una seconda modalità, che vede la pena come il consulente di politica criminale o lo scienziato di diritto penale

vorrebbero che essa svolgesse.

1.2. Il percorso storico e il pensiero di Cesare Beccaria

Fino alla fine del 1600, i criteri secondo i quali si stabiliva se un determinato comportamento fosse o no punibile erano strettamente legati al diritto canonico.

Sul finire del 1700, apparvero nuove regole di repressione penale, per cui i monarchi punivano non solo i peccatori ma anche gli oppositori politici, originando un intenso dibattito sul diritto penale e sulla giustificazione della pretesa punitiva dello Stato; fu in questo periodo che si affermarono le dottrine di **Locke** e **Thomasius**, che sostenevano la necessità di un assottigliamento dei comportamenti punibili, con l'esclusione da essi dei comportamenti che andavano incontro a disapprovazione solo religiosa o solo sociale.

Attraverso il "contratto sociale" di cui parla **Rousseau**, l'individuo accetta che la sua libertà sia sacrificata al potere politico dello Stato e delle sue Leggi e ne ha in cambio la sicurezza e la tranquillità che lo Stato stesso, vigilando sui trasgressori e punendoli, gli assicura.

La legge, secondo un concetto che **Montesquieu** mutua da Locke ed approfondisce in "De l'Esprit des loix" è garanzia di libertà, poiché "la libertà è il diritto di fare tutto ciò che le leggi permettono". La legge consente quindi che gli individui godano sia della libertà civile sia di quella politica e vivano in una situazione di sicurezza poiché ciascun governo è organizzato in modo da impedire che un cittadino possa temere un altro cittadino.

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

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

È proprio a questo punto che l'autore introduce il tema della pena; si vede quindi che l'autore si innesta sulla dottrina illuministica per trovare all'origine della pena la necessità di garantire la sicurezza di quello stato in cui l'uomo aveva accettato di vivere sacrificando la minima porzione possibile della sua libertà naturale.

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

In seguito Beccaria entra nella questione della crudeltà delle pene, ribadendo che la legge deve stabilire una pena la cui durezza sia la minima necessaria al raggiungimento dello scopo, che è l'utile sociale. La pena (...) viene vista come legittima ed efficace soltanto nelle sue

conseguenze utili per l'uomo".

Se la finalità della pena è infatti quella di prevenzione sociale, ne discende la necessità che essa sia proporzionale al delitto, poiché "se una pena uguale è destinata a due delitti che disugualmente offendono la società, gli uomini non troveranno più un forte ostacolo per commettere il maggior delitto, se con esso vi trovino unito un maggior vantaggio".

Collegata alla proporzione fra delitto e pena è l'opposizione alla pena di morte, poiché uno Stato non ha il potere di togliere la vita al suo cittadino, ed alla tortura, considerata contraria alla presunzione di innocenza ed al senso di umanità.

Praticamente, per poter assolvere alla sua naturale funzione (di prevenzione generale e speciale), la pena oltre che proporzionata deve essere infallibile. Più che la crudeltà, è l'infallibilità della pena che ne costituisce la funzione deterrente: "La certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre

una maggiore impressione che non il timore di un altro più terribile, unito colla speranza dell'impunità; perché i mali, anche minimi, quando sono certi, spaventano sempre gli animi umani".

1.3. Le tradizionali funzioni della pena e il loro rapporto

La pena svolge diverse funzioni: a) una funzione meramente retributiva (o assoluta); una funzione di prevenzione generale; c) una funzione di prevenzione speciale.

Secondo la TEORIA RETRIBUTIVA, la sanzione penale statale si legittima come un male inflitto dallo Stato per compensare (e quindi retribuire) il pericolo o la lesione che un uomo ha inflitto ad un altro uomo o alla società. Per cui, "TI PUNISCO PERCHE' HAI INFLITTO UN DANNO INGIUSTO PENALMENTE SANZIONABILE". Essendo una teoria assoluta, cioè svincolata dal raggiungimento di un qualsiasi fine, essa propende verso il solo ed unico scopo di punire il soggetto agente perchè ha cagionato con la sua condotta, un evento configurato dall'ordinamento giuridico italiano come penalmente rilevante. L'elemento necessario è la proporzione tra il fatto di reato e la pena irrogata.

Secondo la TEORIA GENERAL-PREVENTIVA o della INTIMIDAZIONE, la pena è il mezzo per orientare le scelte di comportamento della generalità dei suoi destinatari tramite il contenuto afflittivo della pena,

perchè esso ha la funzione di creare una reazione psicologica capace di neutralizzare le spinte delinquenziali degli altri consociati. Per cui, "TI PUNISCO PERCHE' COSI' GLI ALTRI CONSOCIATI SANNO CHE COMPIENDO TALE CONDOTTA, NE CONSEGUE TALE SANZIONE". In sostanza, la pena ha una funzione deterrente, che deve però rispettare il dettato normativo dell'**art. 27.3 Cost.**: "le pene (minacciate) non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato"

Secondo la TEORIA SPECIAL-PREVENTIVA o d'EMENDA, la pena è lo strumento per prevenire che l'autore di un reato commetta in futuro altri reati; tale funzione d'emenda può essere raggiunta in tre forme: a) con la risocializzazione (aiutando cioè il condannato a reinserirsi nella società nel rispetto della legge); b) con l'intimidazione (quando è vano il tentativo di risocializzare); c) con la neutralizzazione (quando a e b non sono sufficienti, l'unico scopo della pena è di renderlo inoffensivo). Per cui, "TI PUNISCO PERCHE' COSI' GLI ALTRI CONSOCIATI SANNO CHE COMPIENDO TALE CONDOTTA, NE CONSEGUE TALE SANZIONE, MA IL FINE E' LA RIEDUCAZIONE". La finalità rieducativa deve, pertanto, coordinarsi con la funzione intimidatoria e retributiva della pena.

La scuola Classica (da una parte) e la scuola Positiva (dall'altra) hanno entrambe contribuito a riempire di contenuto, significato e scopo, la pena: alla prima si devono i concetti di proporzionalità della pena, predeterminazione per legge e carattere di castigo; alla seconda, invece, si

deve l'introduzione del concetto di rieducazione e riabilitazione sociale.

Il dibattito intorno alla superiorità di una teoria sull'altra si protrae dal momento in cui furono elaborate le teorie stesse, e tutt'ora non può dirsi risolto, come dimostrano le diatribe dottrinali in tal senso.

1.4. Il concetto di "pena" nel codice Rocco

Il codice penale ancora in vigore in Italia è noto come **codice Rocco**, dal nome del Ministro della Giustizia che ne curò l'emanazione, Alfredo Rocco.

Risale all'epoca fascista, e risente nel suo impianto originario dell'istanza repressiva e dell'involuzione autoritaria che caratterizzava lo Stato dell'epoca.

Le caratteristiche del codice in merito alla pena sono: a) la reintroduzione della pena di morte; b) la previsione di pene assai elevate; c) l'eliminazione delle circostanze generiche; d) si prevede l'istituto della misura di sicurezza, la sospensione condizionale, la liberazione condizionale ed

il perdono giudiziale per i minorenni.

In sintesi, il legislatore del '30 introdusse un modello sanzionatorio che ruotava attorno ai poli della prevenzione generale, attuata anche attraverso il modello retributivo, e speciale, rispettivamente a strumenti sanzionatori di natura diversa, con l'obiettivo di sanare il contrasto fra la Scuola classica e la Scuola positiva, che divideva gli studiosi italiani dell'epoca in posizioni contrapposte".

A tal fine fu introdotto il sistema del cd. doppio binario, che poneva accanto alla pena tradizionale inflitta sul presupposto della colpevolezza una misura di sicurezza, fondata sulla pericolosità sociale del reo e con il compito della sua risocializzazione: sostanzialmente, il sistema prevede da un lato che sia comminata una pena qualora il soggetto sia responsabile per un fatto di reato e dall'altro che si applichi una serie di misure di sicurezza, che si possono sommare alla pena per i soggetti imputabili e semi-imputabili e consistono invece nell'unica pena prevista per i soggetti non imputabili.

Il sistema del doppio binario, però, si rivelò nei fatti contraddittorio ed incongruente a causa della sua natura eccessivamente compromissoria: la dottrina si ritrovò ben presto davanti ad una pesante

contraddizione teorica, dovuta al fatto che ove si consideri che ad uno stesso soggetto si possono applicare sia la pena, che è propria di chi è libero di volere e colpevole, sia la misura di sicurezza, la quale invece si commina ove vi siano tendenza a delinquere e pericolosità sociale, suppone una concezione dell'uomo come «diviso in due parti», per cui libero e responsabile per un verso, e come tale assoggettabile a pena e determinato e pericoloso per un altro verso, e come tale assoggettabile a misura di sicurezza.

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

Conseguenza di tale impianto è che per il giudizio di pericolosità rilevano quegli stessi elementi che servono per la quantificazione della pena, finendo così per sfumare le differenze dei presupposti applicativi tra pene e misure.

1.5. Il concetto di "pena" nella Costituzione Italiana

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

Fra tali principi-cardine, varie disposizioni concernono il tema della pena, talune in modo implicito, altre più direttamente. Rientrano nelle disposizioni più indirette gli articoli inseriti nei primi due titoli della Costituzione, “Principi fondamentali” e “Diritti e doveri dei cittadini”. Tali titoli riguardano i diritti fondamentali della persona, in relazione ai quali lo Stato si afferma come un organo di garanzia che assicura il pieno sviluppo dei valori personalistici e comunitari dei cittadini e, più in generale, dell’intero consorzio umano.

Fra i primi si ricorderà il principio di uguaglianza (**art. 3 Cost.**), e fra i secondi rientrano, fra gli altri, diritti quali la libertà personale (**art. 13 Cost.**), l’inviolabilità del domicilio (**art. 14 Cost.**), la libertà e la segretezza della corrispondenza (**art. 15 Cost.**), la libertà di circolazione nel territorio nazionale (**art. 16 Cost.**).

In riferimento ai principi costituzionali in materia di pena, non si può che cominciare la trattazione col principio di legalità nell’applicazione della pena sancito dall’**art. 25.2 Cost.**: “Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”.

Il principio di legalità vale sia per le norme incriminatrici, ossia le norme che prevedono il fatto-reato nelle sue caratteristiche tassativamente e precisamente elencate, sia per le leggi che prevedono le sanzioni, poiché una legge penale che si limitasse a prevedere il fatto ma rimettesse al giudice la scelta del tipo e/o della durata della sanzione, contraddirebbe le istanze garantistiche sottese al principio di legalità proprio nel momento nevralgico in cui si infligge un effettivo sacrificio al bene della libertà personale”. Tuttavia, predeterminazione legale della sanzione non significa esclusione di ogni potere discrezionale del giudice; infatti, in materia di pene, il giudice ha una vera e propria sovranità del caso concreto. Solleva inoltre delle questioni di rispetto della legalità il fatto che la durata o l’entità della pena per ciascun reato non sia fissata con certezza ma sia compresa nella c.d. cornice edittale. Il codice stabilisce infatti che per ciascun reato la pena è ricompresa entro un limite minimo ed un limite massimo, e spetta al giudice commisurarne l’entità concreta. La Corte costituzionale è entrata talvolta nel merito del giudizio sulla ragionevolezza dello spazio edittale: “è giurisprudenza costante della Corte che la configurazione delle fattispecie criminose e le valutazioni sulla congruenza fra i reati e le pene appartengono alla politica legislativa; salvo però il sindacato giurisdizionale sugli arbitri del legislatore, cioè sulle sperequazioni che assumano

una tale gravità da risultare radicalmente ingiustificate (...). 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” (**Sent. Cost., 5 maggio 1979, n. 26**).

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

Fatto salvo il principio di legalità, “il potere discrezionale del giudice in materia di pene può mettere tuttavia in pericolo la certezza del diritto, la quale riposa non solo sulla legalità formale, ma anche sulle garanzie di una sostanziale uguaglianza di trattamento contro i rischi di un soggettivismo arbitrario” (**Nuvolone**). Dalla certezza del diritto consegue la certezza della pena. L'**art. 27.4 Cost.**, nella sua formulazione originaria, bandiva espressamente la pena di morte, con una riserva: “non è ammessa la pena di morte, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra”; in seguito, l'**art. 1, legge 13 ottobre 1994, n. 598** ha abolito la pena di morte anche ove prevista dal codice penale militare di guerra e dalle leggi militari di guerra, sostituendola con la pena massima prevista dal codice penale.

Un altro principio costituzionale è quello per cui “le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità” (**art. 27.3, prima parte, Cost.**). L'espressione originariamente proposta per questo inciso era “trattamenti crudeli e disumani”, ma essa fu sostituita in Commissione con “trattamenti contrari al senso di umanità”.

L'**art. 27.3, seconda parte, Cost.** stabilisce anche che le pene devono tendere alla rieducazione del condannato, così che il problema degli scopi della pena assume, nel nostro ordinamento, una rilevanza di ordine costituzionale.

1.6. La marcia della dottrina sulla pena e i relativi riflessi sulla legislazione nel sessantennio

repubblicano

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

Nel corso degli anni Sessanta si fa strada la concezione polifunzionale della pena, che pur premettendo che la pena criminale ha essenzialmente una natura retributiva, rileva che essa non vale, da sola, a lottare contro il delitto. Si afferma che "riaffermazione o ideale reintegrazione del diritto violato, prevenzione generale e prevenzione speciale mediante il ricorso ad una pena che resta retributiva nella sua essenza sono dunque le funzioni essenziali che (...) ogni ordinamento giuridico (...) assegna alla pena criminale" (**Vassalli**). Particolare importanza riveste fra queste la prevenzione speciale, che è "tra tutte la più pregnante di significati e possibilità. Essa include ogni finalità assegnata alla pena in vista del futuro del singolo delinquente, sia sotto un profilo strettamente personale sia nei suoi rapporti con la società. [...] Questa funzione (...) è così importante che non è mai stata disconosciuta (...) neanche dai più genuini ed autorevoli rappresentanti delle teorie retribuzionistiche, [...] [e] meno ancora potrebbe essere disconosciuta

oggi, dopo che la più alta e nobile forma di prevenzione speciale, la rieducazione dei condannati, è stata inserita (...) tra gli obiettivi essenziali della pena, in tutti i suoi momenti" (**Vassalli**).

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

1.6. La piena valorizzazione del principio rieducativo degli anni '70

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

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

Ma v'è di più. La valorizzazione del principio rieducativo ha delle conseguenze anche sull'elaborazione del principio di colpevolezza e sulla costruzione dogmatica dell'illecito penale. Risale infatti a questi anni la concezione costituzionalmente orientata del reato proposta da **Bricola**, il quale include il principio di rieducazione tra i criteri che definiscono le caratteristiche essenziali dell'illecito penale. Affinché la pena possa effettivamente essere rieducativa, infatti, sarebbe necessario che essa fosse comminata solo se il soggetto agisca ledendo un bene del quale egli stesso

percepisce l'importanza, ossia un valore che si possa legittimamente assumere a punto di riferimento di un processo rieducativo.

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

La riforma estende l'ambito di operatività della sospensione elevando fino a due anni il tetto delle condanne sospensibili e permettendo la concessione di un secondo provvedimento di sospensione, se il

predetto limite di due anni è rispettato. Un successivo intervento di modifica, la **legge n. 689 del 1981**, subordina la concessione del secondo provvedimento di sospensione all'adempimento, da parte del condannato, di un obbligo specifico, come ad esempio il risarcimento del danno o l'eliminazione delle conseguenze dannose del reato.

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

Sul finire degli anni Settanta, l'ideologia della rieducazione rientra in crisi, poiché “una soddisfacente attuazione dei principi della riforma penitenziaria è (...) impedita dalla drammatica riemersione di esigenze di prevenzione generale e di difesa sociale (...). La necessità di contrastare gravi forme di criminalità, sia comune sia soprattutto politico-terroristica, induce ben presto a restringere l'applicabilità dei nuovi istituti attraverso una serie di preclusioni oggettive concernenti gli autori dei reati più gravi” (**Fiandaca-Musco**).

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

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

Con l'allentarsi dell'allarme terroristico a metà anni Ottanta si assiste, tramite la **legge 10 ottobre 1986, n. 663** (cd. **legge Gozzini**), all'introduzione di una riforma penitenziaria che tende ad un pur timido rilancio dell'ideologia rieducativa, eliminando le preclusioni oggettive previste dalle precedenti leggi emergenziali e favorendo il più possibile l'accesso alle misure alternative al

carcere.

E' questa l'epoca della cd. decarcerizzazione, in cui gli interventi legislativi "fiduciosamente si cimentano, pur tra mille difficoltà e contraddizioni, nel perseguimento dell'obiettivo del carcere come estrema ratio, prima tappa del dissolvimento del dominio del grande internamento penale. Solo qualche anno dopo l'emanazione della legge Gozzini vi è però un'inversione di tendenza, segnata dall'inasprimento delle sanzioni e del trattamento carcerario per le figure legate alla criminalità organizzata.

A questa inversione ne fa seguito un'altra, a conferma che la politica criminale italiana è caratterizzata da una "tipica oscillazione pendolare": nel '98 e nel '99 vi sono due interventi legislativi¹⁶⁷ che vanno in una direzione opposta rispetto all'inasprimento del trattamento perseguito con la legislazione antimafia ed ampliano le condizioni di accesso alle misure alternative.

1.8. Il momento attuale

In questi ultimi dieci anni, il legislatore non ha mancato di apportare svariate modifiche all'ordinamento penitenziario, intervenendo con leggi che, in modo non molto organico, hanno modificato singoli istituti in esso contenuti.

Volendosi limitare ad una mera elencazione, si ricordano, in ordine cronologico, la **legge n. 40/2001**, che ha introdotto una nuova figura di detenzione domiciliare per le condannate-madri, la **legge n. 277/2002**, che semplifica la procedura per la concessione della liberazione anticipata e la **legge n. 279/2002**, che rivede l'**art. 41-bis**.

Riguardano infine il trattamento penitenziario anche la **legge n. 95/2004** che si preoccupa di assicurare al detenuto nuove e più puntuali garanzie in tema di limitazioni e controlli della corrispondenza, la **legge n. 154/2005** che tratta della carriera dirigenziale penitenziaria ed infine la **legge n. 251/2005 (legge ex-Cirielli)**, che sarà qui esaminata solo nella parte relativa alla recidiva ma che è emblema, essa stessa, delle anime opposte che caratterizzano il legislatore: “ad una ratio garantista, volta alla tendenziale riduzione dei termini prescrizionali, si accompagna, infatti, un generale inasprimento del sistema penale, con particolare riferimento ai recidivi, ai quali vengono applicati maggiori aumenti di pena e ulteriori limitazioni all’accesso a varie misure penitenziarie” (**Brunetti**).

2. La pena inflitta al reo

2.1. Le pene principali

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

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

Sono pene principali per i delitti, considerando l'abolizione della pena di morte: a) l'ergastolo; b) la reclusione; c) la multa.

Sono pene principali per le contravvenzioni: d) l'arresto; e) l'ammenda.

Le pene detentive o restrittive della libertà personale sono elencate ai punti a), b) e d).

Le pene pecuniarie sono elencate ai punti c) ed e).

La massima pena prevista dal diritto penale italiano è l'ERGASTOLO, cioè la pena detentiva a vita. Essa è regolata dall'**art. 22 c.p.**, così come modificato con **legge n. 1634/1962**, che ha introdotto la possibilità del lavoro all'aperto. La **riforma penitenziaria del 1975** ha eliminato le differenze trattamentali che esistevano in precedenza fra l'esecuzione dell'ergastolo e quella della reclusione, così che ora l'ergastolo si sconta nelle case di reclusione, secondo le stesse regole che valgono per i condannati a pene detentive temporanee. Quanto all'ambito di applicazione di questa pena, esso è molto ristretto: l'ergastolo è previsto per alcuni delitti particolarmente gravi contro la personalità dello stato, e per fatti offensivi della vita, variamente collocati nel codice, fra cui alcuni delitti contro l'incolumità pubblica e contro la vita. L'**art. 73.2 c.p.** sul concorso di reati specifica inoltre che l'ergastolo può essere applicato anche quando concorrono più delitti, per ciascuno dei quali deve infliggersi la pena della reclusione non inferiore a 24 anni. L'**art. 22 c.p.** descrive l'ergastolo come pena perpetua, e pertanto anche fissa a livello edittale. Ciò solleva dei problemi sulla legittimità costituzionale di questa pena, alcuni dei quali sono stati corretti da interventi della Corte Costituzionale, altri dallo stesso legislatore: a) in primo luogo si pone la questione di una violazione dell'**art. 27.3 Cost.**, che in quanto perpetuo, non sarebbe adatto ad offrire al condannato alcuna possibilità di rieducazione (per la Corte c'è legittimità costituzionale sostenendo il non contrasto con la funzione polifunzionale della pena di cui essa stessa è stata sempre sostenitrice); b) in secondo luogo, fra gli interventi del legislatore si ricorda per prima la **legge n. 1634/1962**, che, oltre alla già citata previsione sul lavoro all'aperto, ha introdotto la possibilità, anche per i condannati all'ergastolo, di accedere alla liberazione condizionale dopo almeno 28 anni (ora 26 anni) di carcere. In entrambi i casi, la Corte si è espressa a favore della legittimità costituzionale.

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

La pena della reclusione si estende da 15 giorni a 24 anni, mentre nell'arresto, si estende da 5 giorni a 3 anni, che con le aggravanti diventano a massimo 30 anni e 5 anni. Un'unica differenza fra i due istituti riguarda la disciplina della semilibertà, come vedremo.

La pena pecuniaria prevista per i delitti è la MULTA (**art. 24 c.p.**), quella per le contravvenzioni è l'AMMENDA (**art. 26 c.p.**). L'importo delle sanzioni pecuniarie è stato recentemente innalzato dalla **legge n. 94/2009**. Dopo la riforma, la pena della multa consiste nel pagamento allo Stato di una somma che va da **50 a 50.000 €** (in precedenza da 5 a 5.164 €), mentre l'importo dell'ammenda è da **20 a 25.000 €** (prima l'ammenda era contenuta tra i 2 ed i 1032 €). Ambedue le pene possono essere adempite ratealmente in ragione delle condizioni economiche del condannato.

2.2. Le pene accessorie

L'ordinamento italiano prevede che in presenza di determinati reati il giudice, accanto alle pene principali, infligga anche delle pene accessorie, che si aggiungono alla condanna e ne costituiscono gli effetti penali.

Come recita l'**art. 20 c.p.**, le pene principali sono inflitte dal giudice con sentenza di condanna; quelle accessorie conseguono di diritto alla condanna, come effetti penali di essa.

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

c.p. fornisce i criteri di ragguaglio.

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

Sul piano delle **singole pene accessorie** , che sono sanzioni interdittive che derivano esclusivamente dalla condanna come effetto penale della stessa (**art. 20 c.p.**) e pertanto, comportano la perdita o la limitazione della capacità giuridica o di un potere o di un'esercizio di attività, distinguiamo per 1-6) PENE ACCESSORIE PER I DELITTI, 7-8) PENE ACCESSORIE PER LE CONTRAVVENZIONI e 9) PENA ACCESSORIA COMUNE: 1) INTERDIZIONE DAI PUBBLICI UFFICI; 2) INTERDIZIONE DA UNA PROFESSIONE O UN'ARTE; 3) INTERDIZIONE LEGALE; 4) INTERDIZIONE TEMPORANEA DAGLI UFFICI DIRETTIVI DELLE PERSONE GIURIDICHE E DELLE IMPRESE; 5) INCAPACITA' DI CONTRARRE CON LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE; 6) DECADENZA O SOSPENSIONE DALL'ESERCIZIO DELLA POTESTA' GENITORIALE; 7) SOSPENSIONE DALL'ESERCIZIO DI UN'ARTE O UNA PROFESSIONE; 8) SOSPENSIONE DALL'ESERCIZIO DEGLI UFFICI DIRETTIVI DELLE PERSONE GIURIDICHE E DELLE IMPRESE; 9) PUBBLICAZIONE DELLA SENTENZA.

In riferimento al punto 1), l'interdizione dai pubblici uffici consiste nella privazione di tutta una serie di diritti e facoltà, quali l'elettorato attivo e/o passivo, diritti politici, qualità di PU o incaricato di pubblico servizio, titoli, decorazioni e qualità accademiche (**art. 28 c.p.**). Essa può essere TEMPORANEA, se è da uno a cinque anni o FISSA, se è di cinque anni perchè consegue automaticamente ogni qualvolta vi sia condanna uguale o maggiore di tre anni o nel caso di delitto con abuso d'ufficio o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o all'ufficio ricoperto (**artt. 371.3, 373.1 e 377.3 c.p.**) o ancora PERPETUA, se la condanna è della reclusione uguale o maggiore a cinque anni o dell'ergastolo, presupponendo una dichiarazione di abitualità/ professionalità criminale/ tendenza a delinquere.

In riferimento al punto 2), l'interdizione ad una professione o un'arte consiste nella privazione della capacità di esercitare professioni, arti, mestieri, industrie e commercio per i quali è richiesta una licenza, un'autorizzazione o un permesso della PA, per un periodo tra uno mese e cinque anni (**art. 30 c.p.**). Ai fini

dell'applicazione di tale misura si richiede la compresenza dei presupposti dell'abilitazione e dell'effettivo esercizio della professione o di altra attività (**Sent. Cass. 30/12/1979**).

In riferimento al punto 3), l'interdizione legale consiste nella produzione dell'incapacità propria dell'interdizione giudiziale, ex **art. 414 ss c.c. (art. 32 c.p.)**, ma sono salve le capacità di deporre in giudizio e presentare/ rimettere querele (**art. 4, legge 354/1975**). Conseguenza alla condanna della reclusione uguale o maggiore a 5 anni per delitti non colposi.

In riferimento al punto 4), l'interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese consegue automaticamente ad una condanna di reclusione uguale o maggiore a 6 mesi per delitti non colposi, commessi con abuso d'ufficio o violazione di doveri inerenti all'ufficio e la durata è determinata in base all'**art. 37 c.p.** e non alla discrezionalità del giudice. La **Dottrina** estende l'interdizione anche a "ogni altro ufficio con poteri di rappresentanza", quali anche i soggetti esercenti di fatto l'ufficio privato senza averne l'investitura formale. Gli atti compiuti dal soggetto interdetto sono nulli per contrarietà a norme imperative.

In riferimento al punto 5), l'incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione consiste nel divieto di stipulare contratti con la PA, se non per ottenere prestazioni di servizio pubblico (**art. 32-ter c.p.**). Il presupposto è la condanna per un delitto presente nell'elenco del **32-quater**: a) malversazione a danno dello Stato; b) corruzione ed istigazione alla corruzione; c) concussione; d) turbata libertà degli incanti; e) inadempimenti di contratti di pubbliche forniture; f) associazione di stampo mafioso; g) truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche; h) usura; i) ... Inoltre, occorre che il delitto sia stato commesso in danno o a vantaggio di un'attività imprenditoriale.

In riferimento al punto 6), la decadenza o sospensione dall'esercizio della potestà genitoriale consiste (**art. 34 c.p.**) nella: a) decadenza (perdita) dei poteri che la legge riconosce ai genitori sul figlio, oltre alla privazione di ogni altro diritto che la genitore spetti sui beni del figlio; b) sospensione temporanea dei poteri che la legge riconosce ai genitori sul figlio e sui beni del figlio. Il presupposto è la condanna per un delitto presente nell'**art. 564 c.p.** o l'ergastolo (per la decadenza) e di reclusione uguale o maggiore di 5

anni per delitti commessi con abuso della potestà genitoriale (per la sospensione). Sia la DECADENZA che la SOSPENSIONE, si estinguono ove intervenga: 1) sentenza di riabilitazione; 2) indulto; 3) grazia (con decreto che lo preveda espressamente).

In riferimento al punto 7), la sospensione dall'esercizio di un'arte o una professione consegue alla condanna ad una contravvenzione commessa con abuso di poteri o violazione di doveri inerenti alla professione o arte, quando sia stato inflitto l'arresto non colposo uguale o maggiore di un anno (**art. 35 c.p.**). Va applicata esclusivamente ai soggetti che esercitano professioni autorizzate. La durata è tra i quindici giorni e i due anni e va determinata secondo i criteri dell'**art. 37 c.p.**.

In riferimento al punto 8), l'istituto della sospensione dall'esercizio degli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese è introdotta con l'**art. 123, legge n. 689/1981**. Si rimanda per contenuto e ambito applicativo all'**art. 32-bis c.p.**.

In riferimento al punto 9), la pubblicazione della sentenza consiste nell' inserzione della sentenza per estratto, salvo che il giudice decida altrimenti, per una sola volta su uno o più giornali designati dal giudice stesso, a spese del condannato (**art. 36 c.p.**). La pubblicazione può essere: a) OBBLIGATORIA (per i casi ex lege ed ergastolo); b) FACOLTATIVA (disposta dal giudice quale forma di risarcimento del danno -**art. 186 c.p.**-).

2.3. Le sanzioni applicabili dal Giudice di Pace, in materia penale

Sul piano delle **sanzioni applicabili dal Giudice di Pace (in materia penale)**, distinguiamo: 1) SANZIONI PECUNIARIE; 2) OBBLIGO DI PERMANENZA DOMICILIARE; 3) LAVORO DI PUBBLICA UTILITA'; 4) ESPULSIONE DELLO STRANIERO A TITOLO DI SANZIONE SOSTITUTIVA.

In riferimento al punto 1), la sanzione pecuniaria è sancita all'**art. 52, d.lgs. n. 274/2000**, per cui "ai reati attribuiti alla competenza del giudice di pace per i quali e' prevista la sola pena della multa o dell'ammenda continuano ad applicarsi le pene pecuniarie vigenti. Per gli altri reati di competenza del giudice di pace le pene sono cosi' modificate: a) QUANDO IL REATO E' PUNITO CON LA PENA DELLA RECLUSIONE O DELL'ARRESTO ALTERNATIVA A QUELLA DELLA MULTA O DELL'AMMENDA, si applica la pena pecuniaria della specie corrispondente da duecentocinquantotto a duemilacinquecentoottantadue; SE LA PENA DETENTIVA E' SUPERIORE NEL MASSIMO A 6 MESI, si applica la predetta pena pecuniaria o la pena della permanenza domiciliare da sei giorni a trenta giorni o la pena del lavoro di pubblica utilita' per un periodo da dieci giorni a tre mesi; b) QUANDO IL REATO E' PUNITO CON LA SOLA PENA DELLA RECLUSIONE O DELL'ARRESTO, si applica la pena pecuniaria della specie corrispondente da cinquecentosedici a duemilacinquecentoottantadue euro o la pena della permanenza domiciliare da quindici a quarantacinque giorni ovvero la pena del lavoro di pubblica utilita' da venti giorni a sei mesi; c) QUANDO IL REATO E' PUNITO CON LA PENA DELLA RECLUSIONE O DELL'ARRESTO CONGIUNTA CON QUELLA DELLA MULTA O DELL'AMMENDA, si applica la pena pecuniaria della specie corrispondente da settecentosettantaquattro a duemilacinquecentoottantadue euro o la pena della permanenza domiciliare da venti a quarantacinque giorni ovvero la pena del lavoro di pubblica utilita' da un mese a sei mesi. Nei casi di recidiva reiterata infraquinquennale, il giudice applica la pena della permanenza domiciliare o quella del lavoro di pubblica utilita', salvo che sussistano circostanze attenuanti

ritenute prevalenti o equivalenti. La disposizione dell'art. 52.3 c.p. non si applica quando il reato e' punito con la sola pena pecuniaria nonche' nell'ipotesi indicata nell'art. 52.2 lett. a), primo periodo c.p."

In riferimento al punto 2), l'obbligo di permanenza domiciliare è sancito all'**art. 53, d.lgs. n. 274/2000**: "La pena della permanenza domiciliare comporta l'obbligo di rimanere presso la propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in un luogo di cura, assistenza o accoglienza nei giorni di sabato e domenica; il giudice, avuto riguardo alle esigenze familiari, di lavoro, di studio o di salute del condannato, puo' disporre che la pena venga eseguita in giorni diversi della settimana ovvero, a richiesta del condannato, continuativamente. La durata della permanenza domiciliare è di sei-quarantacinque giorni; il condannato non e' considerato in stato di detenzione. Il giudice puo' altresì imporre al condannato, valutati i criteri di cui all'art. 133.2 c.p., il divieto di accedere a specifici luoghi nei giorni in cui non e' obbligato alla permanenza domiciliare, tenuto conto delle esigenze familiari, di lavoro, di studio o di salute del condannato. Il divieto non puo' avere durata superiore al doppio della durata massima della pena della

permanenza domiciliare e cessa in ogni caso quando e' stata interamente scontata la pena della permanenza domiciliare".

In riferimento al punto 3), il lavoro di pubblica utilità è sancito all'**art. 54, d.lgs. n. 274/2000**: "Il giudice di pace puo' applicare la pena del lavoro di pubblica utilita' solo su richiesta dell'imputato. Il lavoro di pubblica utilita' non puo' essere inferiore a dieci giorni ne' superiore a sei mesi e consiste nella prestazione di attivita' non retribuita in favore della collettivita' da svolgere presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni o presso enti o organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato. L'attivita' viene svolta nell'ambito della provincia in cui risiede il condannato e comporta la prestazione di non piu' di sei ore di lavoro settimanale da svolgere con modalita' e tempi che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute del condannato. Tuttavia, se il condannato lo richiede, il giudice puo' ammetterlo a svolgere il lavoro di pubblica utilita' per un tempo superiore alle sei ore settimanali. La durata giornaliera della prestazione non puo' comunque oltrepassare le otto ore. Ai fini del computo della pena, un giorno di lavoro di pubblica utilita' consiste nella prestazione, anche non continuativa, di due ore di lavoro. Fermo quanto previsto dal presente articolo, le modalita' di svolgimento del lavoro di pubblica utilita' sono determinate dal Ministro della giustizia con decreto d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'art. 8, d.lgs. n. 281/1997".

In riferimento al punto 4), l'espulsione dello straniero a titolo di sanzione sostitutiva, è sancita all'**art. 62-bis, d.lgs. n. 274/2000**, inserito nell'**art. 1.17 lett. d), legge 15 luglio 2009 "pacchetto sicurezza"** e afferma che il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna per la nuova figura contravvenzionale di "ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato", può infliggere allo straniero, in sostituzione della pena pecuniaria, la misura dell'espulsione per un periodo non inferiore a cinque anni".

2.4. Le sanzioni sostitutive

Sul piano delle SANZIONI SOSTITUTIVE, la **legge n. 134/2003** afferma che "il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna, può disporre in sostituzione le seguenti sanzioni, quando: a) la pena è inferiore o uguale a due anni, può disporre la semidetenzione; b) la pena è inferiore o uguale a un anno, può disporre

la libertà controllata; c) la pena è inferiore o uguale a sei mesi, può disporre la pena pecuniaria della specie corrispondente".

Per cui distinguiamo le singole fattispecie.

La semidetenzione consiste nell'obbligo per il soggetto di trascorrere almeno dieci ore al giorno negli Istituti di pena adibiti all'esecuzione del regime di semilibertà o nelle sezioni autonome di istituti ordinari destinate all'esecuzione della misura. Il giudice può sostituire la pena detentiva con la semidetenzione quando ritiene che essa non debba essere superiore ad un anno (**art. 53, legge n. 689/81**). La semidetenzione è subordinata ad alcuni limiti soggettivi ed oggettivi, ex **59-60, legge n. 689/81**. La semidetenzione viene attuata attraverso la prescrizione dei seguenti obblighi e divieti determinati con ordinanza del Magistrato di Sorveglianza: 1) divieto di detenere a qualsiasi titolo armi, munizioni ed esplosivi; 2) sospensione della patente di guida (qualora sia necessaria per l'attività lavorativa il Magistrato di Sorveglianza può regolamentare tale sospensione in base all'**art. 62.2, legge n. 689/81**); 3) ritiro del passaporto, nonché la sospensione della validità ai fini dell'espatrio di ogni altro documento equipollente; 4) obbligo di conservare e di esibire ad ogni richiesta degli organi di polizia e nel termine fissato, la copia dell'ordinanza del Magistrato di Sorveglianza di determinazione o di modificazione delle prescrizioni. Gli organi competenti per il controllo sull'adempimento delle prescrizioni sono l'Ufficio di pubblica sicurezza del comune ove si svolge la misura o il comando dell'Arma dei carabinieri. I soggetti semidetenuti possono beneficiare di sospensioni della pena per un periodo non superiore a sette giorni per motivi di particolari rilievo, attinenti al lavoro, lo studio o la famiglia. In caso di ritardo di rientro superiore alle dodici ore, la pena sostituiva viene convertita in pena detentiva. L'esecuzione della semidetenzione è altresì sospesa in caso di notifica di un ordine di carcerazione o di consegna, o in caso di arresto in flagranza di reato, di fermo o di cattura del condannato o di applicazione provvisoria di una misura di sicurezza. La semidetenzione è eseguita dopo le pene detentive. Le misure alternative alla detenzione non sono applicabili ai soggetti in esecuzione di pena sostitutiva. Quando vengono violate le prescrizioni, la Pubblica Sicurezza o il Direttore dell'Istituto di pena devono informare senza indugio il Magistrato di Sorveglianza che proporrà al Tribunale di Sorveglianza la conversione della pena sostitutiva nella pena detentiva sostituita (**art. 66, legge n. 689/81**).

La libertà controllata è una modalità di sostituzione delle pene detentive brevi (**art. 53, legge n. 689/81**) ed anche una modalità di conversione di pene pecuniarie (**art. 102, legge n. 689/81**). Il giudice può sostituire la pena detentiva con la libertà controllata quando ritiene che essa non debba essere superiore ai sei mesi (**art. 53, legge n. 689/81**). La semidetenzione è subordinata ad alcuni limiti soggettivi ed oggettivi, ex **59-60, legge n. 689/81**. Il Magistrato di Sorveglianza può inoltre convertire in libertà controllata le pene pecuniarie, la multa per un periodo massimo di un anno e l'ammenda di sei mesi, dopo che abbia accertato una situazione di insolvibilità da parte del condannato. In questo caso, il Magistrato di Sorveglianza determina le modalità della libertà controllata sentendo il condannato stesso, secondo quanto previsto dall'**art. 107, legge n. 689/81**, ed acquisendo informazioni anche tramite l' U.E.P.E.. Durante tale periodo il soggetto è sottoposto alle seguenti prescrizioni, determinate, con ordinanza, dal Magistrato di Sorveglianza: 1) divieto di allontanarsi dal comune di residenza salvo autorizzazione, di volta in volta per motivi di studio, di lavoro, di famiglia o di salute; 2) obbligo di presentarsi almeno una volta al giorno nelle ore fissate presso l'ufficio di Pubblica Sicurezza, o, in mancanza di questo, presso il Comando dei Carabinieri territorialmente competente; 3) divieto di detenere a qualsiasi titolo armi, munizioni ed esplosivi; 4) sospensione della patente di guida (qualora sia necessaria per l'attività lavorativa il Magistrato di Sorveglianza può regolamentare tale sospensione in base all'**art. 62.2, legge n. 689/81**). I soggetti in libertà controllata possono beneficiare di sospensioni delle a pena per un periodo non superiore a sette giorni per motivi di particolari rilievo, attinenti al lavoro, lo studio o la famiglia. La pena della libertà controllata è eseguita dopo le pene detentive e dopo la semidetenzione. Le misure alternative alla detenzione non sono applicabili ai soggetti in esecuzione di pena sostitutiva.

Quando vengono violate le prescrizioni imposte, la Pubblica Sicurezza deve informare senza indugio il Magistrato di Sorveglianza e questi, a sua volta, il Tribunale di Sorveglianza, che converte la sanzione sostitutiva nel seguente modo: 1) libertà controllata in sostituzione di pene detentive brevi: il resto della pena si converte nella pena detentiva sostituita (**art. 66, legge 689/81**); 2) libertà controllata conseguente alla conversione di una pena pecuniaria: la parte ancora da eseguire viene convertita in un uguale periodo di reclusione o di arresto a seconda della specie di pena pecuniaria precedentemente inflitta (multa o ammenda).

L'istituto della pena pecuniaria della specie corrispondente come sanzione sostitutiva è sancito dalla **legge n. 689/1981**, fondamentalmente una modalità di sostituzione delle pene detentive brevi (**art. 53,**

legge 689/81). Il giudice può sostituire la pena detentiva con la pena pecuniaria della specie corrispondente (multa o ammenda) quando ritiene che essa non debba essere superiore ai tre mesi.

La pena pecuniaria come sanzione sostitutiva è subordinata ad alcuni limiti soggettivi (recidiva, ecc.) ed oggettivi (reati ostativi), per i quali si rimanda agli **artt. 59-60, legge n. 689/1981**.

Quando viene accertata la impossibilità a pagare la multa o l'ammenda, o una rata di esse, si convertono in libertà controllata,, per un periodo massimo, rispettivamente di un anno e di sei mesi (**art. 102, legge n. 689/1981**). Qualora la pena pecuniaria da convertire non sia superiore a cinquecentosedici euro, la stessa può essere convertita in **lavoro sostitutivo**. Il PM trasmette gli atti al Magistrato di Sorveglianza competente che, in seguito agli opportuni accertamenti, provvede alla conversione della pena pecuniaria.

Le pene pecuniarie inferiori a cinquecentosedici euro che non sono state eseguite per insolvibilità del condannato possono essere convertite in lavoro sostitutivo, anziché in libertà controllata, a richiesta del condannato. Il Magistrato di Sorveglianza determina le modalità del lavoro sostitutivo sentendo il condannato stesso, e, ove occorra, il servizio sociale, secondo quanto previsto dall'**art. 107, legge n. 689/81**. Il lavoro sostitutivo consiste in prestazioni di attività non retribuite in favore della collettività, da svolgere presso lo Stato, gli enti locali, o presso enti, organizzazioni o corpi di assistenza, di istruzione, di protezione civile e di tutela dell'ambiente naturale o di incremento del patrimonio forestale, previa stipulazione di particolari convenzioni da parte del Ministero della Giustizia, che può delegare il Magistrato di Sorveglianza. Viene svolto nell'ambito della provincia di residenza del condannato e consiste in una giornata lavorativa alla settimana, salvo richiesta di maggiore frequenza da parte del soggetto. Il lavoro sostitutivo è subordinato ad alcuni limiti soggettivi (recidiva, ecc.) ed oggettivi (reati ostativi), per i quali si rimanda agli **artt. 59-60, legge n. 689/81**. Quando vengono violate le prescrizioni imposte, il Tribunale di Sorveglianza, dopo aver valutato gli atti trasmessi dal Magistrato di Sorveglianza, converte la parte ancora da eseguire in un uguale periodo di reclusione o di arresto a seconda della specie di pena pecuniaria precedentemente inflitta (multa o ammenda).

In tema, poi, di espulsione dello straniero, l'**art. 16, d.lgs. n. 286/1998** sancisce che "il giudice, nel

pronunciare sentenza di condanna per un reato non colposo o nell'applicare la pena su richiesta nei confronti dello straniero che si trovi in taluna delle situazioni indicate nell'art. 13.2, quando ritiene di dovere irrogare la pena detentiva entro il limite di due anni e non ricorrono le condizioni per ordinare la sospensione condizionale della pena ai sensi dell'art. 163 c.p. ovvero nel pronunciare sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 10-bis, qualora non ricorrano le cause ostative indicate nell'art. 14.1, del presente testo unico, che impediscono l'esecuzione immediata dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, può sostituire la medesima pena con la misura dell'espulsione per un periodo non inferiore a cinque anni. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano, in caso di sentenza di condanna, ai reati di cui agli artt. 14.5-ter e 14.5-quater.

Per effetto della **legge Bossi-Fini (legge n. 189/2002)**, l'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva non può essere disposta quando: a) la condanna riguarda uno o più delitti dell'art. 407.2 lett. a) c.p.p.; b) la condanna per delitti presenti nel TU Immigrazione, puniti con reclusione uguale o maggiore a due anni; c) lo straniero rimpatriato sarebbe sottoposto a persecuzione razziale/ politica/ religiosa; d) inferiore a diciotto anni, salvo che sia espulso con i genitori; e) donna in stato di gravidanza o nei mesi successivi dalla nascita del figlio.

2.5. Le misure alternative alla detenzione

Sul piano delle MISURE ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE, distinguiamo: 1) AFFIDAMENTO IN PROVA AL SERVIZIO SOCIALE (**47, legge 354/1975**); 2) DETENZIONE DOMICILIARE (**47-ter, legge 354/1975**, introdotta dalla "**legge Gozzini**"); 3) SEMILIBERTA' (**48 ss., legge n. 354/1975**); 4) LIBERTA' ANTICIPATA (**54, legge n. 354/1975**); 5) ESECUZIONE PRESSO IL DOMICILIO DELLE PENE DETENTIVE INFERIORE O UGUALE AD UN ANNO.

In particolare, proprio in riferimento al punto 5), possono beneficiare, per l'**art. 1, legge n. 199/2010**: a) condannati inferiore ad un anno; b) condannati in attesa d'esecuzione della pena; c) condannati che stanno scontando la pena. Occorre che: a) la condanna detentiva sia inferiore a dodici mesi; b) vi sia assenza di condizioni ostative (**art. 1.2, legge n. 199/2010**); c) accertamento dell'idoneità e dell'effettività del domicilio. Il PM competente per l'esecuzione sospende l'esecuzione della pena e il magistrato di sorveglianza, ricevuti gli atti del PM, può disporre d'ufficio, in assenza cioè di un'istanza del condannato, l'esecuzione della pena nel domicilio.

2.6. Le misure di sicurezza

Sul piano delle MISURE DI SICUREZZA , esse sono provvedimenti speciali la cui applicazione è prevista dal **Codice Penale** nei confronti degli autori del reato che sono considerati socialmente pericolosi.

Le misure di sicurezza possono affiancarsi o sostituirsi alla pena principale (ai soggetti non imputabili). Le misure si applicano quando il soggetto è socialmente pericoloso (**requisito soggettivo**) e ha commesso un fatto previsto dalla legge come reato (**requisito oggettivo**).

La durata dell'applicazione di tali misure è fissata dalla legge nel minimo, ma resta indeterminata nel massimo e ciò in quanto è impossibile determinare in anticipo la cessazione della pericolosità del soggetto. Ai sensi dell'**art. 207 c.p.**, infatti, tali misure non possono essere revocate se le persone ad esse sottoposte non hanno cessato di essere socialmente pericolose.

Se la pericolosità persiste, la misura viene rinnovata in caso contrario (ovvero in caso di cessazione) la misura può essere revocata dal Tribunale di Sorveglianza competente anche prima della scadenza.

Le misure di sicurezza sono di 2 tipi: a) PERSONALI: limitano la libertà personale del soggetto; b) PATRIMONIALI: incidono solo sul patrimonio del soggetto. Le misure di sicurezza possono essere rinnovate ad intervallo di sei mesi, a seguito di una valutazione in cui emerge che la pericolosità permane.

Si può applicare la misura di sicurezza a qualsiasi soggetto che, non punibile o non imputabile, abbia commesso un delitto o un quasi delitto (**artt. 49 e 115 c.p.**). Il soggetto è socialmente pericoloso perché si ritiene probabile che commetta altri reati. Le misure di sicurezza possono applicarsi solo se la legge lo prevede nella singola fattispecie di reato. È il giudice, dove previsto, a valutare se sussiste la pericolosità sociale del reo. Il giudice valuta la pericolosità sociale attenendosi ai criteri stabiliti dall'**art. 133 c.p.**, valutando quindi la gravità del reato commesso e la capacità a delinquere del reo.

Sono PERSONALI DETENTIVE: a) COLONIA AGRICOLA O CASA DI LAVORO (per soggetti imputabili, ex **art. 216-218 c.p.**); b) CASA DI CURA E DI CUSTODIA (per soggetti semi-imputabili, ex **art. 219-221 c.p.**); c) OSPEDALE PSICHIATRICO GIUDIZIARIO (per soggetti non imputabili, ex **art. 222 c.p.**); d) RIFORMATORIO GIUDIZIARIO (per i minori, ex **art. 223-227 c.p.**).

Sono PERSONALI NON DETENTIVE: a) LIBERTA VIGILATA (**art. 228-232 c.p.**); b) DIVIETO DI SOGGIORNO IN UNO O PIU' COMUNI O PROVINCE (**art. 233 c.p.**); c) DIVIETO DI FREQUENTARE OSTERIE E PUBBLICI SPACCI DI BEVANDE ALCOOLICHE (**art. 234 c.p.**); d) ESPULSIONE DELLO STRANIERO DALLO STATO.

Sono PATRIMONIALI: a) CAUZIONE DI BUONA CONDOTTA; b) CONFISCA.

In particolare, la cauzione di buona condotta è il deposito presso la Cassa delle Ammende di una somma uguale o maggiore a centoottantatré euro e uguale o inferiore a duemilasesantacinque euro, oppure nella prestazione di un'idonea garanzia ipotecaria o fideiussoria. Si applica a: 1) liberati dalla casa lavoro/colonia agricola, se il giudice non ordina la libertà vigilata; 2) trasgressori degli obblighi della libertà vigilata o del divieto di frequentare osterie e spacci di bevande alcoliche. Mentre le misure di sicurezze personali non hanno un limite massimo di durata e sono revocate soltanto quando si accerti la cessazione

dello stato di pericolosità sociale, la cauzione ha un limite massimo: se entro il termine fissato dal giudice, il prevenuto non commette un delitto o una contravvenzione punibile con l'arresto, la cauzione sarà restituita (in caso contrario, sarà definitivamente incamerata dalla Cassa delle Ammende).

La confisca è invece sancita agli **artt. 236-240 c.p.**.

2.7. Le misure di prevenzione

Sul piano delle MISURE DI PREVENZIONE, oggi disciplinate, in via generale, dalla **legge n. 1423/1956** (che ha sottratto alla competenza esclusiva dell'autorità di polizia il compito di applicarle sottoponendo le medesime al controllo dell'AG), sono misure che assolvono alla funzione di amministrativa di evitare la commissione di reati da soggetti considerati "socialmente pericolosi". Presupposto per l'applicabilità è l'attuale pericolosità sociale del destinatario, desunto da elementi di fatto, quali precedenti penali e giudiziari, denunce, frequentazioni e tenore di vita.

I riferimenti della **Carta Costituzionale** che legittimerebbero le misure di prevenzione sono:

1) l'**art. 2 Cost.** che, nel tutelare i diritti inviolabili, delle persone legittimerebbe misure, come quelle di prevenzione, dirette a tutelarli; 2) l'**art. 13 Cost.** a mente del quale sono ammesse limitazioni del diritto di libertà sulla base di tassative previsioni di legge ed a condizione che esse si fondino su provvedimenti dell'AG; 3) l'**art. 25 Cost.** che, nel contemplare espressamente le misure di sicurezza, sarebbe il riferimento naturale anche per le misure di prevenzione in chiave d'estensione analogica della portata della norma; 4) l'**art. 27 Cost.** che, nel prevedere la funzione di risocializzazione della pena.

In ogni caso, la **Corte Costituzionale**, più volte investita della questione relativa alla legittimità costituzionale delle misure di prevenzione, ha sempre avuto modo di precisare come siano ammesse le restrizioni alla libertà che non siano espressamente escluse dalla carta Costituzionale (**Corte Cost. n. 68/1964**).

A mente dell'**art. 1, legge n. 1423/1956**, le MISURE DI PREVENZIONE si applicano a: 1) coloro che debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono abitualmente dediti a traffici delittuosi; 2) coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose; 3) coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica.

Sono MISURE DI PREVENZIONE PERSONALI: a) RIMPATRIO CON FOGLIO DI VIA OBBLIGATORIO (**art. 2, legge 1423/1956**), di competenza del Questore; b) AVVISO ORALE (**art. 4, legge 1423/1956**), sempre di competenza del Questore; c) SORVEGLIANZA DI PUBBLICA SICUREZZA, di competenza del Tribunale (**art. 2, legge 1423/1956**); d) DIVIETO D'ACCEDERE NEI LUOGHI DI MANIFESTAZIONE SPORTIVE PER COLORO CHE HANNO GIA' MANIFESTATO EPISODI DI VIOLENZA (**legge n. 162/2005 e legge n. 8/2007**).

Sono MISURE DI PREVENZIONE PATRIMONIALI: a) SEQUESTRO PREVENTIVO (**art. 20-23, d.lgs. n. 159/2011**); b) CONFISCA (**artt. 24-25, d.lgs. n. 159/2011**).

In particolare, la "confisca di prevenzione" si distingue dalla "confisca di sicurezza", perchè quest'ultima: a) presuppone la pericolosità oggettiva della cosa, prescindendo dalla pericolosità sociale richiesto dalle altre misure di sicurezza; b) viene irrogata a seguito dell'accertamento della commissione di un fatto di reato; c) può riguardare solo le cose che servirono a commettere il reato o che ne sono il prodotto/profitto/prezzo; d) richiede un giudizio positivo di pericolosità del prevenuto; e) può riguardare ogni bene, di cui l'indiziato non sia in grado di dimostrare la legittima provenienza. La "confisca di prevenzione" è, invece, un provvedimento ablativo che comporta il definitivo trasferimento di tali beni del patrimonio del prevenuto a quello dello Stato.

Normativamente, i due istituti di prevenzione sono disciplinati dagli **artt. 20-25, d.lgs. n. 159/2011**.

Il tribunale, anche d'ufficio, ordina con decreto motivato il sequestro dei beni dei quali la persona nei cui confronti è iniziato il procedimento risulta poter disporre, direttamente o indirettamente, quando il loro valore risulta sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta ovvero quando, sulla base di sufficienti indizi, si ha motivo di ritenere che gli stessi siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. Il sequestro è revocato dal tribunale quando è respinta la proposta di applicazione della misura di prevenzione o quando risulta che esso ha per oggetto beni di legittima provenienza o dei quali l'indiziato non poteva disporre direttamente o indirettamente. L'eventuale revoca del provvedimento non preclude l'utilizzazione ai fini fiscali degli elementi acquisiti nel corso degli accertamenti svolti ai sensi dell'**art. 19, d.lgs. n. 159/2011**. Il sequestro è eseguito con le modalità previste dall'**art. 104, d.lgs. n. 271/1989**. L'ufficiale giudiziario, eseguite le formalità ivi previste, procede all'apprensione materiale dei beni e all'immissione dell'amministratore giudiziario nel possesso degli stessi, anche se gravati da diritti reali o personali di godimento, con l'assistenza obbligatoria della PG. Il tribunale, ove gli occupanti non vi provvedano spontaneamente, ordina lo sgombero degli immobili occupati senza titolo ovvero sulla scorta di titolo privo di data certa anteriore al sequestro mediante l'ausilio della forza pubblica. Il rimborso delle spese postali e dell'indennità di trasferta spettante all'ufficiale giudiziario è regolato dalla **legge n. 59/1979**. Il tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati di cui la persona nei cui confronti è instaurato il procedimento non possa giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. Il decreto di confisca può essere emanato entro un anno e sei mesi dalla data di immissione in possesso dei beni da parte dell'amministratore giudiziario. Nel caso di indagini complesse o compendi patrimoniali rilevanti, tale termine può essere prorogato con decreto motivato del tribunale per periodi di sei mesi e per non più di due volte. Ai fini del computo dei termini suddetti e di quello previsto dall'**art. 22.1, d.lgs. n. 159/2011**, si tiene conto delle cause di sospensione dei termini di durata della custodia cautelare, previste dal **c.p.p.**, in quanto compatibili. Il sequestro e la confisca possono essere adottati, su richiesta dei soggetti di cui agli **artt. 17.1 e 2, d.lgs. n. 159/2011**, quando ne ricorrano le condizioni, anche dopo l'applicazione di una misura di prevenzione personale. Sulla richiesta provvede lo stesso tribunale che ha disposto la misura di prevenzione personale, con le forme previste per il relativo procedimento e rispettando le disposizioni del presente titolo. Se la persona nei cui confronti è proposta la misura di prevenzione disperde, distrae, occulta o svaluta i beni al fine di eludere l'esecuzione dei provvedimenti di sequestro o di confisca su di essi, il sequestro e la confisca hanno ad oggetto denaro o altri beni di valore equivalente. Analogamente si procede quando i beni non possono essere confiscati in quanto trasferiti

legittimamente, prima dell'esecuzione del sequestro, a terzi in buona fede.

2.8. La prima fase della commisurazione della pena

Il giudice del processo di cognizione, una volta che ha accertato qual è il reato integrato dal comportamento del soggetto, deve compiere una scelta in ordine alla durata e talvolta al tipo di pena da irrogare nel caso concreto.

Sia che si tratti di una sanzione pecuniaria, sia che si tratti di una pena detentiva, il quantum di pena è di regola stabilito dalla legge sotto forma di un limite minimo ed un limite massimo, e talvolta la norma prevede più sanzioni alternativamente irrogabili.

“Si definisce commisurazione della pena la determinazione, da parte del giudice, della quantità di pena da infliggere in concreto al reo tra il minimo ed il massimo edittali, come pure, la scelta del tipo di sanzione da applicare per il reato commesso. Nello scegliere la pena adatta al caso concreto, il giudice esercita un potere discrezionale” (**Fiandaca-Musco**).

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

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

L'attribuzione al giudice di un potere di scelta della misura concreta della sanzione risulta, peraltro, compatibile con il rispetto del principio di legalità riferito non solo al precetto penale, ma anche alle conseguenze sanzionatorie.

Nel difendere la legittimità dell'**art. 132 c.p.**, la Corte Costituzionale ha escluso che il principio di legalità sia di ostacolo all'attribuzione all'organo giudicante di un adeguato ambito di discrezionalità, ricompreso nella cornice edittale, proprio perché ciò risponde all'esigenza di rendere veramente personale la responsabilità penale e di determinare una pena il più possibile tendente alla rieducazione del condannato.

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

Il potere discrezionale concesso al giudice nel momento della commisurazione è riconosciuto in maniera esplicita dall'**art. 132 c.p.**: nei limiti fissati dalla legge, il giudice applica la pena discrezionalmente; esso deve indicare i motivi che giustificano l'uso di tale potere discrezionale. Nell'aumento o nella diminuzione della pena non si possono oltrepassare i limiti stabiliti per ciascuna specie di pena, salvi i casi espressamente determinati dalla legge.

Si discute in dottrina se tale potere discrezionale debba considerarsi libero oppure vincolato, e la seconda opzione è quella nettamente prevalente.

Essa si fonda sulla constatazione che il giudice penale, nell'irrogare la pena, va incontro a limiti legislativamente predeterminati.

Tali limiti sarebbero costituiti in primo luogo dal quadro edittale della pena, in secondo luogo dalla

previsione esplicita dei criteri di commisurazione della pena di cui all'**art. 133 c.p.**, ed infine dall'obbligo di motivazione previsto dall'**art. 132 c.p.**, il quale costringerebbe il giudice a dar conto delle sue decisioni e renderebbe possibile un controllo giurisdizionale sull'esercizio dei poteri discrezionali.

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

Nella realtà, infatti, si rileva in primis che l'importanza dell'obbligo di motivazione di cui all'**art. 132 c.p.** è costantemente svilita da una prassi giurisprudenziale che "riduce al minimo la motivazione sulla pena, ridotta spesso a formule di stile (visto l'**art. 133 c.p.**, si considera equa la pena di...): formulette pigre che nulla dicono sul concreto processo di valutazione e sulle effettive

ragioni della decisione" (**Marinucci-Dolcini**). Ne consegue che i giudici possono limitarsi ad affermare che essi ritengono congrua una certa pena, senza dover entrare più nello specifico della scelta: questo atteggiamento è tendenzialmente avallato dalla Corte di Cassazione, che tende a fornire interpretazioni assai riduttive dell'obbligo di motivazione di cui all'**art. 132 c.p.**, accontentandosi appunto di tali formulette e richiedendo che si utilizzino motivazioni specifiche, più in accordo con gli elementi obiettivi acquisiti agli atti, solamente nel caso in cui la pena irrogata sia superiore al medio edittale.

Al contrario, quando la pena inflitta rimane vicina al minimo edittale, l'obbligo di motivazione si deve ritenere adempiuto tutte le volte che la scelta del giudice di merito venga a cadere su una pena che per sua entità globale non appare, sul piano della logica, manifestamente sproporzionata rispetto al fatto oggetto della sanzione.

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.

L'**art. 133 c.p.** integra la disciplina dei poteri discrezionali del giudice contenuta all'**art. 132 c.p.**, enumerando una serie di criteri fattuali di commisurazione, raggruppati all'interno di due categorie generali: la gravità del reato e la capacità di delinquere del reo.

Tale articolo però non fornisce dei criteri che si potrebbero definire finalistici, vale a dire non specifica quale delle funzioni della pena dovrebbe prevalere al momento della commisurazione, cosa che avrebbe delle serie ricadute sull'entità della pena irrogata.

Se infatti il giudice nello stabilire l'ammontare della pena dovrà essere orientato ad una finalità special-preventiva, è facile pensare che arriverà a determinare una pena diversa rispetto al caso in cui prevalgano la retribuzione o la prevenzione generale.

Nel silenzio della legge, il criterio finalistico applicato in concreto è rimesso "alle discordanti vedute di politica criminale manifestate dal singolo giudice in relazione a ciascun caso

concreto" (**Marinucci-Dolcini**).

Si vedrà ora nello specifico quali sono i criteri relativi agli elementi di fatto indicati dall'**art. 133 c.p.** ed in seguito si analizzeranno i suggerimenti della dottrina sulle finalità che il giudice dovrebbe perseguire nel momento della commisurazione della pena.

I criteri fattuali di commisurazione della pena sono: a) la gravità del reato (**art. 133.1 c.p.**); b) la capacità a delinquere del reo (**art. 133.2 c.p.**).

Il primo dei due criteri è la gravità del reato, inteso come gravità del fatto concreto, costituente reato, che

è oggetto del giudizio di colpevolezza. Tale gravità va desunta da un lato dagli aspetti concreti del fatto, dalle modalità dell'azione e dall'entità dell'offesa, e dall'altro dalla pregnanza degli elementi soggettivi da cui dipende il rimprovero di colpevolezza, vale a dire dall'intensità del dolo o dal grado della colpa. Questi ultimi due elementi servono a ricostruire il livello di colpevolezza dell'antigiuridicità del fatto, da cui consegue il livello di rimproverabilità dell'autore. Il riferimento alla gravità del fatto pare criterio imprescindibile in qualsiasi prospettiva si consideri la funzione della pena: "un modello di commisurazione della pena centrato sulla gravità del reato è coerente con una concezione retributiva del diritto penale; ma anche in un'ottica diversa, finalizzata alla prevenzione ed ancorata a principi garantisti, il riferimento alla gravità del fatto di

reato (..) non può non essere il punto di partenza ed il criterio di base. Se la pena si legittima in quanto risposta al reato (...) una commisurazione della pena che ecceda la valutazione di gravità del fatto concreto non ha alcuna legittimazione (...)" (**Pulitanò**).

Il secondo dei due criteri è costituito dalla capacità a delinquere del reo, le cui caratteristiche devono essere desunte, nell'indicazione dell'**art. 133.2 c.p.**, da elementi quali i motivi che hanno spinto il reo a delinquere, che possono anche essere legati a fattori socio-ambientali di criminogenesi, e dal carattere del reo, ivi compresi aspetti quali la sua capacità di autocontrollo, la sua stabilità emotiva o il senso della realtà. L'articolo menziona anche i precedenti penali e giudiziari del reo e la sua condotta processuale: tali elementi si rivelano particolarmente rilevanti nel giudizio, poiché sono i più facilmente conoscibili dal giudice⁴⁰⁵.

Sono da considerare infine anche il comportamento tenuto dall'agente dopo la consumazione del reato e le sue condizioni di vita individuale, sociale e familiare.

Circa, poi i criteri finalistici di commisurazione della pena, si è detto poc'anzi che il codice penale, all'**art. 133 c.p.**, si limita a fornire unicamente degli elementi oggettivi a cui il giudice si deve riferire per commisurare la pena in concreto, ma non dice quale è la finalità della pena che viene in rilievo in questa fase del processo. Per rinvenire criteri di orientamento capaci di avere una qualche efficacia vincolante

sul piano giuridico e di garantire una certa uniformità nella prassi, si è sostenuta la necessità di dare alla norma una lettura costituzionalmente orientata. Tale prospettiva porta ad affermare che anche nel momento della commisurazione (come in quello dell'esecuzione) il primato è detenuto dalla prevenzione speciale, poiché il giudice deve pensare ad una pena che sia individualizzata e consenta la rieducazione del condannato: "posto che la responsabilità penale è personale, fondata sulla soggettiva colpevolezza (**art. 27.1 Cost.**), la colpevolezza è criterio fattuale fondamentale per l'attribuzione di responsabilità, e quindi per la risposta al reato; la 'rieducazione' o risocializzazione del condannato è criterio finalistico espressamente indicato dal 3° comma.

Ai fini di un'equa commisurazione, è molto importante anche stabilire quale sia l'ordine da attribuire ai due criteri fattuali di cui all'**art. 133**, così come ai vari elementi da cui desumere tali criteri. Anche in questa operazione vengono in aiuto le indicazioni costituzionali: dal momento che l'**art. 27.1 Cost.** ha in qualche modo codificato il principio di colpevolezza, si ritiene che, fra gli elementi da cui si deve desumere la gravità del fatto, importanza preminente andrebbe data a quelli che riguardano la colpevolezza, vale a dire il dolo e la colpa.

Di conseguenza, le componenti incolpevoli del fatto dovrebbero contribuire a diminuirne la gravità, la quale "dovrebbe essere valutata dal giudice all'interno dei limiti segnati dalla colpevolezza" (**Marinucci**), così che il peso attribuito alla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato (**art. 133.1, n. 2 c.p.**) non potrà indurre l'organo giudicante ad infliggere una pena superiore a quella proporzionata al grado della colpevolezza. Inoltre, si è già visto che le indicazioni dell'**art. 27.3 Cost.** portano ad effettuare il giudizio sulla capacità a delinquere di cui al secondo comma dell'**art. 133 c.p.** in una prospettiva di prevenzione speciale rivolta al futuro. Ciò implica però che il giudice non potrebbe, in considerazione della capacità a delinquere del reo, irrogare una sanzione eccedente il grado di colpevolezza: "una pena inflitta in concreto in misura sproporzionata o sganciata dalla colpevolezza individuale non può certo favorire la 'collaborazione' indispensabile per ogni sensato programma di risocializzazione, e sortisce anzi gli effetti desocializzanti propri di ogni giudizio sentito come ingiusto" (**Marinucci**). Esigenze di risocializzazione potrebbero era stata considerata in un primo momento la misura della colpevolezza ed il minimo edittale. Quest'ultima osservazione suggerisce anche una lettura del rapporto intercorrente fra i **due commi dell'art. 133 c.p.**: al proposito, si ritiene che il principale parametro di commisurazione sia offerto dal primo comma, che indica al giudice di stabilire il massimo

edittale di pena entro i limiti della colpevolezza relativa al fatto oggetto del giudizio. Il secondo comma svolgerebbe invece un ruolo subordinato, come dimostra anche la lettera della legge che richiede che il giudice tenga conto “altresì, della capacità a delinquere del colpevole”: una volta determinata la pena corrispondente alla gravità del fatto, egli può infatti decidere di abbassarla in funzione della capacità a delinquere del colpevole. L'**art. 133-bis c.p.** prevede un ulteriore criterio di commisurazione per la pena pecuniaria, di cui il giudice deve tener conto in aggiunta a quelli di cui all'**art. 133 c.p.** Tale criterio è costituito dalle condizioni economiche del reo. In effetti, la pena pecuniaria sacrifica un bene molto disomogeneo, vale a dire il patrimonio: un identico ammontare di pena pecuniaria, quale conseguenza sanzionatoria di un identico fatto di reato, colpisce in maniera diseguale a seconda della condizione economica dei condannati. Tuttavia, l'**art. 133-bis** tace sugli indici che servono ad effettuare la valutazione delle condizioni economiche del condannato, lasciando una vera e propria lacuna che gli interpreti hanno colmato suggerendo che il giudice debba in primo luogo tener conto del reddito dell'autore del reato al momento della condanna.

2.9. La seconda fase della commisurazione: le circostanze del reato

Una volta individuata nell'an e nel quantum la pena (detta anche pena base) secondo i criteri dell'**art. 133 c.p.**, il giudice può operare un nuovo aumento o una diminuzione di pena ove lo ritenga necessario a causa della presenza di ulteriori elementi che caratterizzano la fattispecie di reato, le circostanze.

Queste non sono elementi costitutivi del reato, ma rappresentano, secondo la definizione più diffusa e ricorrente situazioni, inerenti al reato o alla persona del colpevole, che presuppongono la sussistenza nel caso concreto di una responsabilità penale e comportano soltanto una modificazione della pena, aggravandola o attenuandola.

In tale impostazione, le circostanze sarebbero elementi accidentali del reato e svolgerebbero un ruolo puramente accessorio avendo delle ricadute, appunto, solo sul quantum della pena da infliggere e non sulla natura del fatto punibile o sulla struttura intrinseca del reato.

L'attribuzione di un ruolo accessorio alle circostanze è frutto di una interpretazione dottrinale talmente radicata da appartenere ormai alle "vere e proprie costanti dell'ordinamento giuridico penale, fondate su canoni di valore pressoché assiologico e pregiuridico" (**Melchionda**) e tali da fondare soluzioni applicative ricorrenti e consolidate.

Tuttavia, parte della dottrina ha sollevato alcune perplessità in merito all'effettiva legittimità di questa soluzione applicativa ed alla sua conformità alla dimensione legalistica dell'ordinamento, poiché essa è fonte di innumerevoli problemi: in materia di criteri di individuazione delle circostanze e della loro distinzione dagli elementi essenziali del reato dominano il caos e l'incertezza. Per questo motivo, nell'ottica di una verifica del fondamento giuridico-penale della categoria delle circostanze⁴²⁹ si propone di non parlare più di fattispecie di reato circostanziato ma di un vero e proprio titolo autonomo di reato.

Le circostanze, in questa nuova prospettiva, inciderebbero, modificandoli, su aspetti essenziali del reato base, fino ad integrare un reato diverso dal reato base, ma da esso in qualche modo dipendente.

Le CIRCOSTANZE possono essere:

a) CIRCOSTANZE COMUNI, cioè previste per un numero indeterminato di reati.

b) CIRCOSTANZE SPECIALI, cioè previste per uno o più reati determinati.

c) CIRCOSTANZE AGGRAVANTI, che comportano un inasprimento della pena comminata dal giudice per il reato semplice. In particolare, sono CIRCOSTANZE AGGRAVANTI COMUNI (**art. 61 c.p.**) quelle che possono accompagnarsi ad un numero indeterminato di reati: 1) l'aver agito per motivi abietti (ignobili) o futili (sproporzionati rispetto al reato al quale ha dato origine); 2) l'aver commesso il reato per eseguirne od occultarne un altro; 3) l'aver, nei delitti colposi, agito nonostante la previsione dell'evento ("colpa

cosciente"); 4) l'aver adoperato sevizie, o l'aver agito con crudeltà verso le persone; 5) l'averne profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona tali da ostacolare la pubblica o la privata difesa; 6) l'averne il colpevole commesso il reato durante il tempo in cui si è sottratto volontariamente alla esecuzione di un mandato o di un ordine di arresto o di cattura o di carcerazione, spedito per un precedente reato; 7) l'averne, nei delitti contro il patrimonio, o che comunque offendano il patrimonio, ovvero nei delitti determinati da motivi di lucro, cagionato alla persona offesa del reato un danno patrimoniale di rilevante gravità; 8) l'aver aggravato o tentato di aggravare le conseguenze del delitto commesso; 9) l'aver commesso il fatto con abuso dei poteri, o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o un pubblico servizio, ovvero alla qualità di ministro di un culto; 10) l'averne commesso il fatto contro un pubblico ufficiale o una persona incaricata di un pubblico servizio, o rivestita della qualità di ministro del culto cittadino o di un culto ammesso nello Stato, ovvero contro un agente diplomatico o consolare di uno Stato estero, nell'atto o a causa dell'adempimento delle funzioni o del servizio; 11) l'aver commesso il fatto con abuso di autorità o di relazioni domestiche, ovvero con abuso di relazioni d'ufficio, di prestazioni d'opera, di coabitazione o di ospitalità; 11ter) l'aver commesso un delitto contro la persona ai danni di un < 18 anni all'interno o nelle giacenze di istituti di istruzione o di formazione; 11quater) l'averne il colpevole commesso un delitto non colposo durante il periodo in cui era ammesso ad una misura alternativa alla detenzione in carcere. Vi sono poi circostanze aggravanti comuni previste in leggi speciali: es. **legge n. 15/1980** stabilisce che "per i reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale punibili con pena diversa dall'ergastolo, la pena è aumentata della metà...".

d) CIRCOSTANZE ATTENUANTI, che comportano una mitigazione della pena comminata dal giudice per il reato semplice. Sono CIRCOSTANZE ATTENUANTI COMUNI (**art. 62 c.p.**): 1) l'aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale; 2) l'averne agito in stato d'ira, determinato da un fatto ingiusto altrui; 3) l'aver agito per suggestione di una folla in tumulto, quando non si tratta di riunione vietate dalla legge o dall'Autorità o è delinquente/ contravventore abituale, professionale o per tendenza; 4) l'averne, nei delitti contro il patrimonio o nei delitti determinati da lucro, cagionato alla persona offesa dal reato un danno patrimoniale di speciale tenuità; 5) l'esser concorso a determinare l'evento, insieme con l'azione del colpevole, il fatto doloso o colposo della persona offesa (è spesso applicata negli eventi lesivi, conseguenza di una condotta imprudente della vittima e del reo, nel fatto illecito altrui); 6) l'averne, prima del giudizio, riparato interamente il danno mediante risarcimento o restituzioni. Sono CIRCOSTANZE ATTENUANTI GENERICHE quelle la cui individuazione è rimessa alla discrezionalità del giudice; si tratta di "circostanze diverse" da quelle "previste dall'**art. 62 c.p.**", che il giudice ritiene tali da giustificare una diminuzione

della pena. Il giudice, però, non potrà considerare come attenuanti generiche situazioni che siano incompatibili con il tenore di una norma che prevede una circostanza attenuante tipica. Le attenuanti generiche dovranno essere applicate secondo lo schema del giudizio bifasico. Inoltre, le attenuanti generiche, in caso di concorso con circostanze aggravanti, entrano nel giudizio di bilanciamento.

e) CIRCOSTANZE A EFFICACIA COMUNE, che comportano un aumento o una diminuzione fino ad 1/3 della pena che dovrebbe essere inflitta per il reato semplice. Quando la legge non precisa l'ammontare dell'aumento di pena per una circostanza aggravante o quello della diminuzione per una circostanza attenuante: la pena deve essere aumentata o diminuita fino a 1/3.

f) CIRCOSTANZE AD EFFICACIA SPECIALE, che sono quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa rispetto a quella prevista per il reato semplice (es. le circostanze aggravanti dell'omicidio doloso che comportano la pena dell'ergastolo in luogo di quella della reclusione) ("circostanze autonome"). Sono quelle per le quali la legge prevede una cornice di pena diversa da quella prevista per il reato semplice ("circostanze indipendenti"). Sono quelle che importano un aumento o una diminuzione della pena superiore ad 1/3 ("circostanze a effetto speciale").

g) CIRCOSTANZE DEFINITE, cioè quelle già individuate dalla legge.

h) CIRCOSTANZE INDEFINITE, cioè quelle la cui individuazione è rimessa alla discrezionalità del giudice (generiche).

i) CIRCOSTANZE OGGETTIVE, cioè quelle che "concernono la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo, il luogo e ogni altra modalità dell'azione, la gravità del danno o del pericolo, ovvero le condizioni o le qualità personali dell'offeso".

l) CIRCOSTANZE SOGGETTIVE, cioè quelle che "concernono l'intensità del dolo o il grado della colpa, o le condizioni e le qualità personali del colpevole, o i rapporti fra il colpevole e l'offeso, ovvero che sono inerenti alla persona del colpevole".

Circa l'IMPUTAZIONE DELLE CIRCOSTANZE, per l'**art. 59 c.p.**: "Le circostanze che attenuano o escludono (scriminanti) la pena sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti. Le circostanze che aggravano la pena sono valutate a carico dell'agente soltanto se da lui conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa. Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze aggravanti o attenuanti, queste non sono valutate contro o a favore di lui; se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena (scriminanti), queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo".

Circa, poi, l'ERRORE SULLA PERSONA DELL'OFFESO, per l'**art. 60 c.p.**: " Nel caso di errore sulla persona offesa da un reato, non sono poste a carico dell'agente le circostanze aggravanti, che riguardano le condizioni o qualità della persona offesa, o i rapporti tra offeso e colpevole. Sono invece valutate a suo favore le circostanze attenuanti, erroneamente supposte, che concernono le condizioni, le qualità o i rapporti predetti. Le disposizioni dell'art. 60 c.p. non si applicano, se si tratta di circostanza che riguardano l'età o altre condizioni o qualità fisiche o psichiche, della persona offesa".

Circa l'APPLICAZIONE DEGLI AUMENTI/DIMINUZIONE DI PENA, si distingue tra: a) UNA SOLA CIRCOSTANZA; b) CONCORSO OMOGENEO DI CIRCOSTANZE; c) CONCORSO ETEROGENEO DI CIRCOSTANZE; d) CONCORSO APPARENTE DI CIRCOSTANZE.

In riferimento al punto a), se è presente nel caso concreto una sola circostanza aggravante o attenuante, la determinazione della pena avviene con un giudizio bifasico: nella prima fase il giudice quantificherà la pena per il reato semplice (secondo i criteri di commisurazione indicati dall'**art. 133 c.p.**), nella seconda fase procederà all'aumento o alla diminuzione di pena conseguente alla circostanza. La circostanza aggravante o attenuante, in ragione del rapporto di specialità che intercorre con il corrispondente criterio

di commisurazione della pena, mette "fuori gioco" tale criterio: nel senso che quel criterio potrà essere applicato solo per aspetti diversi da quelli isolati dal legislatore e assunti ad oggetto della circostanza. Quindi, il giudice non potrà dunque fare una doppia valutazione dello stesso elemento, sia nella determinazione della pena-base, cioè della pena che applicherebbe per il reato semplice, sia ai fini dell'aumento o della diminuzione di quella pena. La pena della reclusione da applicarsi per effetto dell'aumento determinato da una sola circostanza aggravante non può superare gli anni trenta; nel caso di una sola circostanza attenuante, alla pena dell'ergastolo è sostituita la reclusione da venti a ventiquattro anni.

In riferimento al punto b), se concorrono più circostanze tutte aggravanti o tutte attenuanti, e per ciascuna di esse è previsto un aumento o, rispettivamente, una diminuzione di pena fino ad 1/3, l'aumento o la diminuzione di pena si opera nella quantità di essa risultante dall'aumento, o dalla diminuzione precedente. Una volta calcolato l'aumento o la diminuzione di pena per una sola circostanza, sulla pena così determinata il giudice e effettuerà l'ulteriore aumento o l'ulteriore diminuzione, e così via.

In riferimento al punto c), si ha quando un reato sia corredato, in concreto, da due o più circostanze, una o alcune delle quali aggravanti e l'altra, o le altre attenuanti. In tal caso il giudice deve procedere al bilanciamento delle circostanze concorrenti, che può avere un triplice esito: la prevalenza delle attenuanti sulle aggravanti (in tal caso il giudice applica soltanto la relativa diminuzione di pena, non tenendo conto delle aggravanti), la prevalenza delle aggravanti sulle attenuanti (idem), l'equivalenza delle une con le altre (in tal caso il giudice applicherà la pena che avrebbe inflitto se non fosse stata presente alcuna circostanza). Il giudizio di bilanciamento risulta affidato alla libera e incontrollata discrezionalità del giudice ("alla sua capacità di intuizione").

In riferimento al punto d), il concorso apparente si profila quando una determinata situazione (circostanza) è riconducibile sotto più norme che prevedono (quelle) circostanze del reato, con la conseguenza che applicabile sarà una sola di tali norme. Vi sono 2 ipotesi di concorso apparente di circostanze: 1) la prima è quella in cui una data circostanza è in rapporto di specialità rispetto ad un'altra (in tal caso, il giudice applicherà la sola circostanza speciale); 2) la seconda ipotesi è quella in cui, non sussistendo tra le due norme un rapporto di specialità, una circostanza aggravante o attenuante

"comprende in sé" un'altra aggravante o un'altra attenuante: in casi di questo tipo si applica soltanto la circostanza che importa il maggior aumento di pena (se si tratta di circostanza aggravante), o soltanto la circostanza che importa la maggiore diminuzione di pena (se si tratta di circostanza attenuante).

2.10. "Sconti di pena e tecniche premiali"

Il sistema delle circostanze, particolarmente quello delle attenuanti, è pensato per favorire i soggetti che, pur avendo delinquito, mantengono, o hanno mantenuto, una condotta tale da giustificare un trattamento meno rigoroso nella commisurazione della pena.

Rispondono a questa ratio ad esempio l'attenuante comune di cui all'**art. 62, n. 6 c.p.**, che si applica a chi, dopo aver commesso il reato, si adopera per la riparazione del danno o il suo risarcimento, o anche la previsione, all'**art. 62-bis c.p.**, di circostanze attenuanti generiche.

L'ordinamento italiano prevede però anche altri meccanismi, molto più fortemente rivolti ad una riduzione di pena in senso premiale, tanto da creare, soprattutto nei settori della criminalità organizzata di stampo mafioso e terroristicò, un sistema di punizione definito a forbice: da un lato vi è un sistema sanzionatorio molto più rigoroso che per i delinquenti comuni, dall'altro si prevedono sconti di pena molto significativi a favore di chi collabori con le autorità di giustizia.

Un ulteriore ordine di riduzioni di pena è poi previsto in ambito processuale penale, attraverso l'introduzione, al libro VI del codice di procedura penale, dei procedimenti, o riti, speciali.

Tali riti sono stati introdotti allo scopo precipuo di ridurre e contemporaneamente di velocizzare il

processo penale, ma comportano necessariamente una perdita sul piano delle garanzie processuali

dell'imputato, alla quale si cerca di ovviare offrendo all'imputato una riduzione di pena.

Si analizzeranno ora brevemente i meccanismi premiali previsti per i soggetti che decidono di collaborare nel processo ed in seguito si cercherà di mettere in evidenza i punti più critici legati ai riti processuali alternativi ed agli sconti di pena ad essi connessi.

Il punto di vista privilegiato in questa analisi sarà ancora una volta il profilo della certezza della pena, intesa come prevedibilità dell'ammontare finale della pena una volta che sono intervenuti gli sconti, e della sua valutazione sul piano dell'uguaglianza e della legalità.

Sono tendenzialmente due gli ambiti nei quali l'ordinamento prevede da un lato, la regola di un trattamento sanzionatorio molto severo (composto dalla previsione di cornici edittali molto alte nel massimo e dalla previsione di aggravanti speciali), e dall'altro l'eccezione di considerevoli diminuzioni di pena a favore dei soggetti che offrano la loro collaborazione all'autorità giudiziaria penale: il campo dei delitti di eversione dell'ordine costituzionale ed i delitti legati alle attività delle associazioni criminose, in particolare di stampo mafioso.

La condotta di collaborazione consiste principalmente nel dissociarsi dall'organizzazione d'appartenenza e nell'aiutare la polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura di altri appartenenti all'associazione.

La corrispondente diminuzione di pena è generalmente molto consistente: alla pena dell'ergastolo è sostituita la reclusione da 12 a 20 anni, mentre le altre pene sono diminuite da un terzo alla metà⁴⁶⁴.

Inoltre, i pentiti possono avere accesso alle misure alternative alla detenzione, che altrimenti sarebbero loro precluse.

A prescindere dagli aspetti più specifici del fenomeno, in questa sede interessa soffermarsi sulle finalità che esso persegue.

La collaborazione processuale, detta anche pentitismo, è stata criticata da chi ravvisa nelle diminuzioni di pena la perdita della necessaria corrispondenza proporzionale tra reato e pena.

A questa osservazione retribuzionista si è soliti ribattere che tale perdita avviene solo in bonam partem, poiché gli sconti sono giustificati da una condotta collaborativa del reo, ben comprensibile in un'ottica special-preventiva.

In realtà, la funzione primaria delle riduzioni di pena è quella della prevenzione generale, vale a dire della prevenzione di futuri delitti grazie alle informazioni fornite dal pentito, più che quella della rieducazione-riabilitazione del soggetto: “la legittimazione di tecniche premiali ‘spinte’ non può che essere ricercata nella prevenzione generale: nel contributo che la collaborazione processuale, incentivata dalla promessa d’un trattamento meno sfavorevole, può dare al funzionamento della giustizia penale, e mediatamente al raggiungimento di obiettivi di prevenzione di futuri delitti” (**Pulitanò**).

In questo specifico campo, lo scopo di prevenzione generale sarebbe dunque nettamente prevalente rispetto a quello della prevenzione speciale: pur considerando la volontà di collaborare come un indice di ravvedimento che fa sì che il soggetto “si meriti” una pena più mite, è stato attentamente osservato che per tener conto del ravvedimento basterebbero i normali indici di commisurazione specialpreventiva.

Il sistema del pentitismo opera invece una forzatura di tali indici, discostandosi dalle finalità di

rieducazione per privilegiare, appunto, obiettivi come la sicurezza sociale e la prevenzione di futuri delitti.

I “premi” previsti per la collaborazione processuale potrebbero forse sollevare qualche dubbio in materia di rispetto del principio di uguaglianza.

In merito, si ritiene che il fatto di prestare o meno la collaborazione alle autorità di giustizia sia di tale rilievo da integrare una differenza soggettiva fra chi collabora e chi no, così che la differenziazione di trattamento è “non irragionevolmente valutabile dal punto di vista di interessi e criteri rilevanti per il sistema penale” e può legittimamente fondare la scelta di dare risposte sanzionatorie diverse nelle due situazioni.

Se dunque il fenomeno del pentitismo non pone problemi dal punto di vista del rispetto del principio di uguaglianza, non rimane che prendere atto che la scelta del legislatore in questo campo è stata quella di far prevalere esigenze di prevenzione generale su esigenze di prevenzione speciale.

2.11. La scelta dei riti processuali alternativi

Il nuovo codice di procedura penale del 1989 ha introdotto la possibilità che l'imputato sia giudicato secondo riti alternativi al giudizio ordinario, i quali si distinguono in due categorie: quelli diretti a deflazionare il dibattimento (ossia l'applicazione della pena su richiesta delle parti, il giudizio abbreviato ed il procedimento per decreto penale di condanna) e quelli che escludono l'udienza preliminare anticipando il dibattimento stesso, vale a dire il giudizio direttissimo ed il giudizio immediato.

I riti nei quali vi è rinuncia al dibattimento comportano una riduzione di pena: questo è il premio⁴⁷¹ per

l'imputato che accetta di venire giudicato solo sulla base degli atti di indagine preliminare, rinunciando a tutte le garanzie che vengono offerte dal dibattimento, primo fra tutti un più ampio rispetto del diritto del contraddittorio nell'acquisizione della prova: "una simile rinuncia -del tutto

legittima sul piano costituzionale, in quanto espressamente giustificata da quel richiamo al 'consenso' che compare nel novellato testo dell'art. 111.5 Cost. -comporta una comprensibile accelerazione dello svolgimento processuale, ma in modo da avvantaggiare sensibilmente l'accusa"(Orlandi).

L'aver introdotto questi procedimenti nel codice di rito risponde ad esigenze di deflazione del numero e della lunghezza dei processi ma presenta innegabili risvolti problematici, soprattutto in riferimento ai principi costituzionali di legalità ed uguaglianza.

La disciplina che li riguarda, di fatto, è stata più volte oggetto di pronunce della Corte Costituzionale.

Tuttavia, essi sono sopravvissuti agli interventi legislativi e giurisprudenziali successivi, fino ad entrare ormai nella quotidianità del processo penale: se non ci fossero, il collasso del sistema penale sarebbe ancora più grave di quanto non lo sia oggi, così che, pur criticamente, si afferma che la loro esistenza va accettata.

Il GIUDIZIO ABBREVIATO è un rito speciale che può essere richiesto solo dall'imputato, semplicemente o subordinatamente alla richiesta di una integrazione probatoria. La richiesta semplice "comporta l'obbligatoria adozione di questo rito speciale", mentre la richiesta condizionata è accettata dal giudice solo se egli non ritiene che le prove richieste sono irrilevanti o inammissibili, o che la loro assunzione comporterebbe un iter troppo lungo (**art. 438 c.p.p.**). Una volta accettata la richiesta dell'imputato, il giudice decide allo stato degli atti durante l'udienza preliminare: al termine della discussione egli provvede pronunciando sentenza di proscioglimento o di condanna, ma nel secondo caso la pena determinata tenendo conto di tutte le circostanze (vale a dire la pena che è già stata oggetto del processo

bifasico di commisurazione) è diminuita di un terzo. Alla pena dell'ergastolo è sostituita la reclusione di anni 30, mentre alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno è sostituita quella dell'ergastolo (**art. 442.2 c.p.p.**). Nei fatti, il rito abbreviato appare vantaggioso per chi è colpevole e non ha possibilità di difesa, e quindi non trarrebbe alcun vantaggio da un lungo dibattimento. Al contrario, il soggetto innocente non è incentivato a scegliere questo rito, dal momento che esso offre meno possibilità di difesa: d'altro canto, il giudizio abbreviato è meno costoso di quello ordinario, sia in termini di tempo sia in termini di denaro. Ne consegue un meccanismo poco lucido, nel quale il diritto di difesa, che trova la sua spiegazione massima nel dibattimento, diviene disponibile in nome di esigenze lontane dal processo quali il risparmio economico e la possibilità di uno sconto di pena. Un'altra distorsione sistematica provocata dal rito in esame riguarda la composizione dell'organo giudicante: se un soggetto imputato di un reato che secondo i criteri ordinari di attribuzione risulta di competenza di un giudice collegiale sceglie il rito abbreviato, egli verrà giudicato in udienza preliminare da un giudice monocratico senza il rispetto del contraddittorio fra le parti. La normativa sul giudizio abbreviato pone infine, ed è questo che più interessa evidenziare in questa sede, alcuni problemi di compatibilità con il principio di legalità dei reati e delle pene sancito dall'**art. 25.2 Cost.** La riduzione obbligatoria di pena sarà infatti ottenuta dall'imputato solo in base ad una sua scelta personale, cui il giudice deve attenersi. Il rito abbreviato pone dunque dei problemi di incertezza in merito al quantum di pena, non a sfavore dell'imputato ma per i consociati, e pare sollevare dei problemi anche sotto il profilo dell'uguaglianza: si pensi ad esempio a due richieste condizionate all'assunzione di nuove prove, la prima accolta dal giudice, l'altra rigettata: il diverso trattamento sanzionatorio per i due imputati dipenderà qui non da una loro scelta, ma dall'esistenza o meno di elementi tali da consentire il giudizio allo stato degli atti.

Anche il procedimento dell'APPLICAZIONE DELLA PENA SU RICHIESTA DELLE PARTI, detto anche "patteggiamento", esclude il dibattimento, consentendo di risolvere il processo durante l'udienza preliminare. Nel patteggiamento l'aspetto negoziale è ancora più marcato che nel giudizio abbreviato, poiché qui l'imputato decide di rinunciare ad essere giudicato per concordare, insieme al PM, con quale quantità e tipo di pena egli sarà punito, sottomettendosi volontariamente alla sanzione penale. La procedura richiede che una delle parti faccia richiesta di patteggiamento e l'altra acconsenta: nel caso in cui sia il PM a negare il consenso, egli deve motivare la sua scelta, in modo che il diniego non si traduca in una arbitraria decisione dell'organo dell'accusa. Imputato e pubblico ministero, in seguito, individueranno la misura ed il genere della pena da applicare nel caso concreto applicando essi stessi i meccanismi di commisurazione, per poi diminuirli fino ad un terzo, così che anche la libertà delle parti nella

determinazione della pena è superiore rispetto al rito analizzato poc'anzi. Il campo di applicazione del patteggiamento è dunque limitato alle pene la cui durata, diminuita fino ad un terzo, è contenuta nei dei cinque anni di reclusione. Il **comma I-bis dell'articolo 444** prevede inoltre un'esclusione ratione materiae dal patteggiamento per alcune categorie di reati particolarmente gravi, e per coloro che sono stati dichiarati delinquenti abituali, professionali e per tendenza o recidivi, qualora la pena da applicare superi i 2 anni. Le componenti premiali del patteggiamento sono molto incisive nel caso in cui la pena patteggiata non superi i due anni: in tal caso, la richiesta di patteggiamento può essere subordinata alla concessione della sospensione condizionale della pena (**art. 444.3 c.p.p.**). Ciò costituisce un ulteriore incentivo per l'imputato a scegliere il rito in esame. In presenza di tutti i requisiti formali, il giudice decide sulla base degli atti di applicare la pena proposta dalle parti se la ritiene congrua (**art. 444.2 c.p.**). Il requisito della congruità della pena, introdotto dalla **legge n. 479/1999**, era stato richiesto in precedenza nella **Sent. Cost. n. 313/1990**, la quale aveva dichiarato illegittimo il **comma II dell'art. 444** nella parte in cui non richiedeva la congruità della pena ai fini e nei limiti di cui all'**art. 27.3 Cost.**. Se il giudice trova che la pena non sia congrua egli può negare il suo consenso e le parti possono riproporre un'altra richiesta se lo ritengono opportuno. Proprio il riferimento alla congruità della pena solleva un primo problema del patteggiamento: dal punto di vista dell'uguaglianza sostanziale e della legalità, è difficile sostenere che una pena patteggiata, e dunque minore, sia più rieducativa rispetto alla pena di maggiore entità cui è sottoposto chi, per aver commesso lo stesso fatto, non ha patteggiato. In generale, la questione più complessa nel campo del patteggiamento è quella che riguarda la natura della sentenza con la quale il giudice applica la pena

richiesta dalle parti: si discute infatti se essa contenga o meno un accertamento della responsabilità della parte e se la si possa o meno definire una sentenza di condanna. La questione si riflette anche sulla legittimazione della pretesa punitiva, poiché è difficile comprendere quale debba essere la funzione della pena comminata ad un soggetto che non è stato condannato, né giudicato, ma ha deliberatamente accettato di sottoporvisi per veder concluso rapidamente il processo, o per ottenere una pena che, grazie alla riduzione di un terzo, potesse essere sospesa condizionalmente. Le conseguenze di questo sistema sono facilmente intuibili: "con questo rito il legislatore ha aperto una sorta di autostrada verso l'impunità, accessibile anche all'autore di reati nient'affatto bagatellari. Il patteggiamento rappresenta dunque un elemento non marginale in un processo degenerativo del sistema sanzionatorio che, sotto la bandiera della 'lotta alla pena detentiva', muove non tanto nel senso della mitigazione, quanto nel senso della 'liquidazione' totale" (**Dolcini**).

Il PROCEDIMENTO PER DECRETO PENALE DI CONDANNA può essere richiesto dal pubblico ministero per i reati perseguibili d'ufficio e per quelli perseguibili a querela, se la querela è stata presentata, nel caso in cui egli ritenga che si debba applicare solo una pena pecuniaria, anche in sostituzione di una pena detentiva. Nell'istanza del decreto il PM deve indicare l'ammontare della pena, che può essere diminuita fino alla metà rispetto al minimo edittale. Il decreto penale ha la natura di una sentenza di condanna, ma non ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo. All'imputato è inoltre data la possibilità di opporsi al procedimento e di richiedere che di essere sottoposto a processo (**art. 461 c.p.p.**). In questo procedimento la diminuzione di pena è la più sensibile, ma d'altra parte il suo campo di applicazione è ridotto ai reati punibili con la sola

pena pecuniaria, così che il procedimento per decreto si inquadra dunque tra gli strumenti di deflazione processuale, ma non fra gli strumenti di deflazione penitenziaria.

3. Il trattamento rieducativo

3.1. Il concetto di "trattamento rieducativo" del reo

La necessità che i condannati fruiscono di un trattamento rieducativo è codificata al sesto comma dell'**art. 1 ord. pen.**: nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi. Il trattamento è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche esigenze dei soggetti.

Secondo l'ordinamento penitenziario, la rieducazione consiste nel reinserimento sociale dei condannati. Il regolamento di esecuzione (**D.P.R. n. 230/2000**) specifica inoltre, all'**art. 1.2**: il trattamento rieducativo è diretto (...) a promuovere un processo di modificazione delle condizioni e degli atteggiamenti personali, nonché delle relazioni familiari e sociali che sono di ostacolo ad una costruttiva partecipazione sociale.

In ogni caso, è difficile identificare con precisione il concetto di rieducazione cui si riferisce il legislatore, così che ci si limita a richiedere che il condannato rieducato non ricada nel crimine: "in una prospettiva di tutela dei valori costituzionalmente orientata, la 'pena rieducativa' non può che proporsi il fine di garantire solamente una condotta puramente esteriore, cioè il mero rispetto della legge penale, considerato indipendentemente dai fattori che lo rendono possibile" (**Bernasconi**). In effetti, attribuire alla rieducazione anche un significato di emenda morale o di profondo ravvedimento del soggetto significherebbe concedere allo Stato la funzione di trasmettere valori trascendenti nell'amministrazione della giustizia, ma "[n]ulla, nella Costituzione, autorizza lo Stato a prendersi cura della 'moralità' dei cittadini" (**Dolcini**).

Inoltre, un tale atteggiamento è dovuto anche alla constatazione che il meccanismo previsto dalla legge per la predisposizione di un programma individualizzato e rieducativo si rivela molto difficile da attuare. L'ordinamento penitenziario prevede infatti che il trattamento risocializzante si costruisca intorno a tre momenti, in primo luogo l'osservazione scientifica della personalità del condannato ed in seguito la predisposizione di un programma suscettibile di venire integrato o modificato secondo le esigenze che si prospettano nel corso dell'esecuzione (**art. 13.1 e 13.3, ord. pen.**). L'individualizzazione del trattamento rieducativo consiste "nell'adozione delle metodologie terapeutiche specificamente adeguate alla personalità dei singoli soggetti", cosa che tuttavia non esclude la possibilità di attuare terapie di gruppo per soggetti con esigenze comuni (nelle cd. comunità terapeutiche).

La terza fase è quella dell'attuazione del programma. Ben presto, si arriva in dottrina all'affermazione di un atteggiamento disilluso circa le possibilità diagnostiche dell'osservazione della personalità e circa il successo degli interventi riabilitativi da porre in essere all'interno del carcere, così che l'obiettivo della carcere diviene quello di prevenire gli effetti desocializzanti o, ancor peggio, criminogeni della pena⁵⁸¹. Criticamente si è osservato che "nei fatti il trattamento altro non è che lo strumento pratico per misurare

il grado di accettazione (...) alla qualità della vita in carcere. Il solo parametro di valutazione della condotta del detenuto è quello che risponde al grado di problematicità o di resistenza dello stesso all'ordine carcerario" (**Pavarini**).

Gli organi dell'amministrazione penitenziaria sono gravati dall'obbligo di svolgere le attività di trattamento previste dalla legge, mentre esse non possono essere imposte ai condannati. Questi ultimi soggetti hanno dunque un vero e proprio "diritto al trattamento", ma non l'obbligo di sottoporvisi.

La valorizzazione del principio rieducativo nell'esecuzione penale si realizza attraverso la previsione di strumenti quali il lavoro, l'istruzione, la religione e le attività culturali, ricreative e sportive, nonché i contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia (**art. 15 ord. pen.**). In questo senso, gli interventi di trattamento consistono in un insieme, molto esteso, di attività, tutte

collegate fra loro dal fatto di essere inserite nel programma individualizzato di trattamento.

Le attività ricreative e sportive non operano direttamente in termini di risocializzazione, ma servono comunque alla distensione ed al maggior equilibrio della vita carceraria, mentre le attività culturali e l'istruzione sono forse più adatte a tal scopo.

3.2. Il lavoro

Negli istituti penitenziari deve essere favorita in ogni modo l'attività lavorativa dei detenuti e la loro partecipazione a corsi di formazione professionale (**artt. 20 e 20-bis ord. pen.**), così che il lavoro si configura come la modalità principale di esecuzione della pena detentiva.

In ragione del rilievo che la Costituzione dà al lavoro come principio fondante della Repubblica (**Art. 1.1 Cost.**), “l’elemento lavoro riveste eccezionale importanza e costituisce indubbiamente, se non l’unico, il più importante strumento del trattamento rieducativo”(Canepa).

Proprio il fatto che il lavoro sia considerato un metodo risocializzante tiene al riparo la disciplina dal rischio che esso, in quanto obbligatorio, sia considerato lavoro forzato, e pertanto illegittimo secondo le norme della **Convenzione Europea per i Diritti dell’Uomo**.

In ogni caso, il lavoro dei detenuti non ha contenuto afflittivo, ossia non deve essere un elemento che rende più severa la pena, e deve essere remunerato.

Il lavoro penitenziario deve riflettere l’organizzazione e i metodi del lavoro nella società libera, al fine di fare acquisire ai soggetti una preparazione professionale adeguata alle normali condizioni lavorative per agevolarne il reinserimento sociale.

Inoltre, in tema di lavoro penitenziario e di tutela previdenziale ed assicurativa dei detenuti lavoratori trova applicazione la legislazione ordinaria, ad esclusione del diritto di sciopero e del diritto di riunirsi in sindacati.

Normalmente i soggetti prestano la loro opera alle dipendenze dell’amministrazione penitenziaria, all’interno o all’esterno degli istituti, ma è anche previsto che ai soggetti in possesso di capacità professionali di carattere artigiano possa essere concesso di esercitare autonomamente le relative attività.

Le lavorazioni penitenziarie, inoltre, possono essere organizzate e gestite da imprese pubbliche,

private e da imprese cooperative sociali.

Vi è una differenza di trattamento salariale tra i detenuti che lavorano alle dipendenze dell'amministrazione penitenziaria, i quali ricevono una retribuzione stabilita equitativamente in misura non inferiore a due terzi delle tariffe sindacali, ed i detenuti che lavorano alle dipendenze dei privati, essendo questi soggetti remunerati come i lavoratori liberi.

La competenza a decidere le controversie in materia di lavoro penitenziario spetta al magistrato di sorveglianza, e non al giudice ordinario.

3.3. L'istruzione (**art. 19 ord. pen.**)

Secondo il dettato normativo, la formazione culturale e professionale negli istituti penitenziari è curata mediante l'organizzazione di corsi della scuola d'obbligo e corsi di addestramento professionale, mentre solo in via facoltativa è prevista l'istituzione di scuole di secondo grado.

Sono inoltre agevolati gli studi universitari, per corrispondenza o tramite radio e televisione.

L'istruzione gioca un ruolo molto importante nel percorso di rieducazione del condannato, e si configura quale strumento rivolto, oltre che ad un approfondimento della formazione scolastica e professionale, alla promozione di nuovi interessi e stimoli per un miglioramento complessivo delle conoscenze e della personalità dell'individuo.

Nel contesto dell'istruzione di base, un ruolo fondamentale è oggi rivestito dai corsi di lingua italiana per gli stranieri, che costituiscono una parte veramente considerevole della popolazione

penitenziaria.

3.4. I permessi di necessità (**art. 30 ord. pen**)

Il permesso costituisce lo strumento attraverso il quale si consente alla persona privata della libertà di trascorrere un breve periodo di tempo nell'ambiente esterno, secondo cautele da determinarsi di volta in volta e con l'obbligo di rientrare nell'istituto penitenziario alla scadenza del termine⁷³².

Nell'impostazione originaria dell'ordinamento penitenziario, era prevista una larga possibilità di concedere ai condannati tali permessi.

Già all'indomani della riforma del '75, tuttavia, a causa dell'enfaticizzazione di taluni episodi concernenti mancati rientri e reati commessi dai detenuti nel corso del beneficio, il Parlamento approvò una legge con la quale restrinse l'ambito di applicazione dell'istituto, rendendo possibile la sua applicazione solamente in casi di assoluta eccezionalità, legati a motivi di natura familiare del tutto indipendenti dal trattamento del detenuto: "Fu chiaro che il breve permesso non era più utilizzabile

in funzione del trattamento rieducativo. Dopo la suddetta operazione normativa,

una indagine del Consiglio superiore della Magistratura dimostrò che, nonostante

le critiche (...), la percentuale di mancati rientri e dei reati commessi nel corso

della fruizione dei permessi (...) era risultata di gran lunga inferiore a quella di

altri Paesi” (**Canepa**).

Questa modifica finì con il caratterizzare l’istituto “in modo tale da non consentirne l’utilizzazione come strumento del trattamento e da definirlo invece quale mero ‘rimedio diretto ad evitare, per esigenze di umanizzazione della pena, che all’afflizione propria della detenzione si assommi inutilmente quella derivabile all’interessato dall’impossibilità di essere vicino ai congiunti, o di adoperarsi in favore dei medesimi, in occasione di particolari avverse vicende della vita familiare” (**La Greca**).

Se ne deduce pertanto che il permesso di necessità non deve essere concepito come modalità del trattamento rieducativo, bensì quale strumento di umanizzazione della pena, idoneo a soddisfare unicamente il primo dei due principi enunciati dal **3° comma dell’art. 27 Cost.**

I permessi di necessità sono concessi ai condannati in due distinte ipotesi: a) la prima riguarda l’imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente; b) la seconda è eccezionalmente riservata ad eventi familiari di particolare gravità (“l’eccezionalità delle concessioni e la particolare gravità dell’evento si confermano e rafforzano vicendevolmente, concorrendo a definire un fatto del

tutto al di fuori della quotidianità, sia per il suo intrinseco rilievo sia per l’infrequenza del suo verificarsi”).

In forza della loro natura umanitaria, i permessi prescindono totalmente dalla rieducazione del condannato o dal suo ravvedimento, così che talvolta possono essere concessi anche nei confronti di colui che non abbia prestato una buona condotta.

La pena inflitta: fino alla introduzione dei permessi premio, avvenuta con la legge Gozzini, la magistratura di sorveglianza concesse il permesso di necessità con grande generosità, ampliandone il campo di applicazione anche al di là degli eventi strettamente connessi alla vita familiare.

Con l'entrata in vigore della **legge del 1986** questa tendenza tuttavia si esaurì, così che al momento attuale essi sono utilizzati, come dovrebbero, solo come strumenti di umanizzazione della pena.

3.5. I permessi premio (**art. 30-ter ord. pen**)

L'istituto, introdotto dalla **legge Gozzini**, si differenzia dal permesso di necessità per la sua natura premiale e per il fatto di essere parte integrante del programma di trattamento.

Era inizialmente controverso quale fra questi due aspetti dovesse considerarsi prevalente: a fronte di chi valorizzava unicamente la valenza premiale dell'istituto vi erano orientamenti tendenti a ravvisare nei permessi premio anche un'esigenza specialpreventiva, atta alla rieducazione.

Quella che sembra essersi affermata attualmente è la teoria del carattere polifunzionale dell'istituto, anche in seguito alla **Sentenza n. 296/97 della Corte Costituzionale**, la quale descrive il permesso premio "oltre che come 'incentivo alla collaborazione del detenuto con l'istituzione carceraria, appunto in funzione del premio previsto', anche 'come strumento esso stesso di rieducazione, in

quanto consente un iniziale reinserimento del condannato nella società', così da

costituire 'parte integrante del trattamento rieducativo'".

Anche in dottrina la contrapposizione è stata progressivamente superata, attraverso la convinzione che "il concetto di istituto specialpreventivo e quello di misura premiale non debbano, su di un piano concreto, necessariamente costituire una insormontabile antinomia, indicandosi anzi come ogni misura specialpreventiva, a ben vedere, debba fondarsi su ben accertati presupposti di merito: la fattispecie meritoria

sanzionata dal premio”(Pavarini).

I permessi premio possono essere concessi solamente ai condannati: a) alla pena dell’arresto o della reclusione non superiore a tre anni; b) alla pena della reclusione superiore a tre anni dopo l’espiazione di almeno un quarto della pena stessa; c) per uno dei delitti di cui all’**art. 4-bis ord. pen.**, dopo l’espiazione di almeno metà della pena, e comunque di non oltre dieci anni; d) alla pena dell’ergastolo, dopo l’espiazione di almeno dieci anni.

Il **V comma dell’articolo** specifica inoltre che nei confronti dei condannati che durante la detenzione abbiano commesso un delitto colposo la concessione è ammessa solo dopo due anni dalla commissione del fatto.

Quanto ai requisiti soggettivi per la concessione dei permessi premio, il **I comma dell’articolo 30-ter** li individua nella regolare condotta e nella non pericolosità sociale.

Il significato del primo presupposto è specificato dal **comma VIII dell’art. 30-ter**: la condotta dei condannati si considera regolare quando i soggetti, durante la detenzione, hanno manifestato costante senso di responsabilità e correttezza nel comportamento personale, nelle attività organizzate negli istituti e nelle eventuali attività lavorative o culturali.

La definizione della norma fa riferimento a due elementi, l’uno di natura più formale, la correttezza, che si riferisce al rispetto delle norme che si riferiscono all’istituto, e l’altro, il senso di responsabilità, tendente a cogliere un criterio di condotta del soggetto che va oltre la mera osservanza delle regole ed indica quanto meno la premessa o l’attitudine ad una evoluzione positiva.

La pericolosità sociale, invece, trova la sua definizione nell’**art. 203 c.p.**, che a sua volta rinvia agli indici

valutativi di cui all'**art. 133 c.p.**: sarà dunque necessario un giudizio prognostico atto a valutare la non probabilità che il soggetto commetta altri reati.

Il permesso deve inoltre consentire di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro.

La **legge 5 dicembre 2005, n. 251** ha aggiunto l'**art. 30-quater ord. pen.** per regolamentare in maniera più restrittiva la concessione del beneficio ai recidivi reiterati. I permessi concessi: secondo il DAP nell'anno 2008 sono stati concessi 8.027 permessi premio. I condannati definitivi, al 31 dicembre dello stesso anno, erano 26.587: posto (cosa non dimostrabile con i dati a nostra disposizione) che ogni condannato fruisca di un solo permesso premio all'anno, solo un terzo dei condannati ha goduto del beneficio.

3.6. La remissione del debito

La remissione del debito è un particolare provvedimento premiale che consiste nell'esenzione dei condannati dal pagamento delle spese del procedimento e relative al loro mantenimento in istituto.

Ciò avviene alla duplice condizione che i condannati si trovino in disagiate condizioni economiche e che abbiano tenuto regolare condotta.

Quest'ultimo requisito, coincidente nella definizione con quello richiesto per la concessione dei

permessi premio, divide la giurisprudenza per la sua interpretazione: è controverso, infatti, se la regolare condotta debba essere valutata solo in riferimento al comportamento del condannato all'interno dell'istituto o se si possa prendere in considerazione anche il comportamento tenuto all'esterno, durante

l'esecuzione delle misure alternative.

Se l'interessato non è stato detenuto, la remissione del debito per le spese del processo può avvenire se egli ha serbato in libertà una condotta regolare, ferma restando la necessità del presupposto delle disagiate condizioni economiche (**art. 6.1, d.P.R. n. 115/02**).

3.7. La riabilitazione (**art. 178 c.p.**)

La riabilitazione è un trattamento premiale che interviene dopo la pena: essa è infatti disposta dopo che siano decorsi almeno tre anni dal giorno in cui la pena principale è stata eseguita o si è in qualche modo estinta.

Per effetto della riabilitazione, si estinguono le pene accessorie ed ogni effetto penale della condanna, così che il soggetto sarà totalmente reintegrato nei suoi diritti pubblici ed in definitiva rimesso in condizioni di svolgere la sua normale attività nella società.

Presupposto per la concessione della misura è che il condannato dato prove effettive e costanti di buona condotta ed abbia adempiuto le obbligazioni civili derivanti da reato, salvo che dimostri di trovarsi nell'impossibilità di farlo (**art. 179.6, n. 2, c.p.**).

Se il riabilitato commette entro sette anni un delitto non colposo, per il quale sia inflitta la pena della reclusione per un tempo non inferiore a tre anni o un'altra pena più grave, la sentenza di riabilitazione è rievocata di diritto, così che rivivono le pene accessorie e gli altri effetti penali della condanna (**art. 180 c.p.**).

4. De iure condendo

Prendendo spunto ed elaborazione dall'opera testistica della **Dott.ssa Giorgia Oss**, il quadro degli elementi che vanno ad incidere sulla certezza della pena è variegato.

Senza dilungarmi in ampie ed auliche costruzioni letterarie, la proposta riformistica di chi scrive (che nulla a che fare con l'impostazione testistica presa in esame in questo articolo) consta, essenzialmente, di 7 passaggi:

1) l'eliminazione della categoria delle contravvenzioni, facendo rientrare le figure sanzionate con

l'arresto e l'ammenda nella famiglia dei "delitti" e prevedendo esclusivamente le pene della

reclusione (come pena limitativa della libertà), della multa (come pena pecuniaria) e tutte le

singole pene accessorie previste dal **c.p.**, per tutte le figure d'illecito penale.

2) l'eliminazione (dal panorama sanzionatorio) dell'ergastolo, prevedendo di conseguenza che:

a) i limiti edittali della reclusione (nel loro minimo e massimo) siano da 30 giorni a 50 anni,

b) i limiti edittali della multa (nel loro minimo e massimo) siano da 50,00 a 500.000,00 €.

- 3) l'eliminazione dal panorama penalistico dei benefici e delle misure alternative alla detenzione, quali permessi e licenze, ma anche: a) sanzione pecuniaria (**art. 52, d.lgs. n. 274/2000**), b) obbligo di permanenza domiciliare (**art. 53, d.lgs. n. 274/2000**), c) lavoro di pubblica utilità (**art. 54, d.lgs. n. 274/2000**), d) espulsione dello straniero a titolo di sanzione sostitutiva (**art. 16, d.lgs. n. 286/1998, art. 62-bis, d.lgs. n. 274/2000 e l. n. 189/2002**), e) semidetenzione (**legge 134/2003 e art. 53, legge n. 689/1981**), f) libertà controllata (**legge 134/2003 e art. 53, legge n. 689/1981**), g) pena pecuniaria della specie corrispondente come sanzione sostitutiva (**art. 53, legge n. 689/1981**), h) affidamento in prova al servizio sociale (**art. 47, l. 354/1975**), i) detenzione domiciliare (**art. 47-ter, legge 354/1975**, introdotta dalla "**legge Gozzini**"), l) semilibertà' (**art. 48 ss., legge n. 354/1975**), m) libertà' anticipata (**art. 54, legge n. 354/1975**), n) misure di sicurezza sancite dagli **artt. 216-235 c.p.**, o) buona condotta.

4) la conseguenza del punto 1), 2) e 3), comporta che le sanzioni previste sono disposte per

"castigo" rispetto all'illecito penale realizzato e le pene sono eseguite interamente, evitando sconti

o premi. La funzione che la pena deve avere è di deterrenza e castigo, mentre l'esecuzione

dev'essere di rieducazione, tramite l'introduzione di istituti già previsti ma in contesti diversi,

quali l'affidamento in prova, il lavoro di pubblica utilità e il reinserimento sociale.

La pena va scontata interamente una volta decisa dal giudice.

Pertanto, gli unici elementi che possono incidere sulla quantificazione della pena, devono essere:

a) **art. 133 c.p.**; b) le eventuali circostanze intervenute; c) l'eventuale instaurazione di un rito

speciale.

5) ridisegnare totalmente i limiti edittali delle sanzioni, in virtù del punto 1) della presente

elencazione. Un esempio per tutti, prevedere i limiti edittali del reato di pedofilia tra 15 e 30 anni

o ancora violenza sessuale di gruppo tra 20 e 40 anni.

6) prevedere un sistema penitenziario dove:

a) i detenuti si mantengono tramite il lavoro svolto presso la comunità, non costando alla

comunità a livello di spesa sociale;

b) utilizzare il detenuto come "forza lavoro";

c) coordinare gli istituti penitenziari con gli istituti di cura.

7) prevedere la punibilità anche per i soggetti non imputabili, in stato di sostanze che alterano le

facoltà psichiche e i minori di 14 anni.

<https://www.diritto.it/la-certezza-della-pena-origini-evoluzione-e-prospettive-riformistiche/>