DIRITTO
E GIUSTIZIA MINORILE

Rivista Giuridica Trimestrale

1/2 **2025 • ANNO XIII**

EDITORI
Mario Covelli
Mariangela Covelli

DIRETTORE RESPONSABILE
Clelia Iasevoli

DIRETTORE SCIENTIFICO:
Sergio Moccia

COMITATO SCIENTIFICO
Claudio do Prado Amaral (San Paolo),
Raul Cervini (Montevideo),
Javier De Luca (Buenos Aires),
Maria José Jimenez Diaz (Granada),
Ricardo Jacobsen Gloeckner (Porto Alegre),
Vincenzo Ruggiero (Londra),
Klaus Volk (Monaco di Baviera)

COMITATO DI DIREZIONE
Piero Avallone, Teresa Bene, Antonio Cavaliere,
Maria de Luzenberger, Fabiana Falato,
Francesco Forzati, Clelia Iasevoli, Fausto Izzo,
Carlo Longobardo, Valentina Masarone, Vania Maffeo,
Mariano Menna, Barbara Nacar, Egle Pilla,
Nicola Russo, Giuseppe Sassone, Antonino Sessa,
Gemma Tuccillo

CAPO DI REDAZIONE
Rossella Nicodemo

COMITATO DI REDAZIONE
Mario Afeltra,
Anna Maria Covelli, Marco de Martino,
Chiara Naimoli, Antonio Nappi,
Gennaro Demetrio Paipais, Ilaria Piccolo,
Alessandra Scalas, Michela Siracusa

COMITATO DI REVISIONE
Claudia Cesari, Glauco Giostra,
Luca Marafioti, Oliviero Mazza, Paolo Patrono,
Mauro Ronco, Francesco Schiaffo,
Vania Patanè

SEGRETERIA DI REDAZIONE
Andrea Esposito

DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE

DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE è una rivista trimestrale pubblicata in Napoli. Si propone di trattare rilevanti questioni di diritto sostanziale e di diritto processuale penale, nonché di giustizia minorile, in una prospettiva teorica e pratica, sia de lege lata *sia* de lege ferenda*. L'accesso alla rivista è gratuito.*

Rivista fondata da Mario Covelli
Registrazione presso il Tribunale di Napoli, al n. 9 del 05 marzo 2012
ANNO 2015, CODICE ISSN 2280-4323
Inserita nell'archivio del CINECA: "DirGiusMinorile" n. E217312
Sede legale: Via Bernardo Cavallino 6, 80128 Napoli

INDICE

L'editoriale

Qualche riflessione in ordine ad un'auspicabile riforma dell'ormai illegibile sistema sanzionatorio

SERGIO MOCCIA 1

L'Opinione

Separazione delle carriere, prassi devianti e cultura della legalità processuale

CLELIA IASEVOLI 8

Gli Orientamenti della Dottrina

DIRITTO INTERNAZIONALE

Il profilarsi in Italia della giustizia riparativa nell'accoglimento delle istanze della comunità internazionale

GIANCARLO SCALESE 17

DIRITTO SOSTANZIALE

Sulle radici politico-criminali dell'ergastolo

MARCELLO IADEVITO 28

Sulla configurabilità della fattispecie di lieve entità nell'orizzonte problematico del T.U. stupefacenti

ALESSIA VIOLA 46

DIRITTO PROCESSUALE PENALE

Mandato d'arresto europeo e condizioni di detenzione in una recente pronuncia della Cassazione

GIUSEPPE CERULLO 55

Applicabilità del beneficio della sospensione condizionale da parte del giudice dell'esecuzione come conseguenza della riduzione di pena per mancata impugnazione della sentenza in abbreviato

GIUSEPPE DELL'AVERSANO 69

GIUSTIZIA MINORILE

La pronuncia della Corte cost. n. 52/2025 sulla disparità di genere nel trattamento penitenziario dei genitori

ILARIA PICCOLO 91

L’EDITORIALE

Qualche riflessione in ordine ad un'auspicabile riforma dell'ormai illegibile sistema sanzionatorio

SERGIO MOCCIA

La situazione attuale del sistema sanzionatorio è caratterizzata dall'incertezza della pena, dovuta a spazi di discrezionalità giudiziale troppo ampi, derivanti a loro volta dalle ampie cornici edittali, dalla disciplina della commisurazione della pena, dai regimi delle circostanze e del concorso di reati; dalla previsione di pene astrattamente draconiane, che concretamente non vengono inflitte; dalla discrasia tra la pena irrogata dal giudice di cognizione e quella applicata in sede di esecuzione e, infine, dalla vera e propria frantumazione del sistema, determinata anche da meccanismi processuali (patteggiamento, sospensione del procedimento con messa alla prova) e penitenziari: tutto ciò rende effettivamente illegibile il sistema sanzionatorio!

Si avverte la necessità di una ricostruzione in termini teleologico-normativi del sistema delle sanzioni e della rifondazione negli stessi termini della normativa sulla commisurazione. Mezzi e scopi vanno dedotti, innanzitutto, dalla Legge fondamentale, dove sono precisati i valori che, divenuti principi giuridici, danno vita ai parametri in base ai quali ogni altro diritto dev'essere misurato. E, specialmente per il diritto ed il processo penale, questo problema dei fondamentali valori di riferimento ha, a ben vedere, lo stesso contenuto del problema della difesa dei diritti dell'uomo.

Qualsiasi sistema penale, tendenzialmente e in via di principio, si trova in un rapporto di tensione con i diritti dell'uomo. Ma questo problema non sembra, attualmente, stare sempre molto a cuore, né sotto il profilo metodologico, né sotto il profilo assiologico, al legislatore ed alla giurisprudenza.

Da quella caratteristica dipende il fatto che ogni sistema di diritto penale ha due funzioni, che non sempre si lasciano contemperare senza attriti. Da un lato, si tratta del controllo di comportamenti connotati da dannosità sociale e, dall'altro, del controllo del potere statuale che, in via preventiva ed in via repressiva, procede contro tali condotte socialmente dannose, mediante uno strumento gravemente lesivo dei diritti fondamentali della persona, quale è la pena criminale.

Il teleologismo fondato sui principi normativi di politica criminale, quali emergono da un contesto di Stato sociale di diritto, non può limitarsi alla ricostruzione dommatica delle categorie del reato, trattando, consapevolmente e coerentemente, gli istituti con la stessa metodologia, né può esaurire il suo compito con la discussione su presupposti e funzioni della pena, ma deve necessariamente comprendere il sistema concreto delle sanzioni. Ciò tuttavia non basta, il principio teleologico si spinge oltre e porta alla questione fondamentale del controllo delle conseguenze del sistema penale.

Con questo si intende aprire, coerentemente con il postulato normativo dell'*extrema ratio*, alla considerazione di conseguenze di genere molto differente, come quelle di ordine sociale, psicologico, culturale, di teoria dell'apprendimento ed altre ancora.

In che misura il diritto penale deve prestare attenzione a tali conseguenze, considerarle già in via preventiva e, quindi, attrarle all'interno dello stesso sistema, è un problema ancora ampiamente irrisolto, quando pure è stato affrontato, e non certamente dal legislatore di questi ultimi anni.

La verità è che le aporie, le irregolarità, la scarsa funzionalità, l'incoerenza dell'attuale sistema delle sanzioni non sono – o tutt'al più non sono solo – il risultato di una cattiva applicazione della normativa, di un cattivo funzionamento degli istituti. È l'attuale conformazione del sistema complessivo delle sanzioni che, sia per difetti d'origine, sia per una scoordinata stratificazione novellistica nei diversi settori del sistema penale, determina questo stato di disagio.

In un tale ambito, ad aggravare le cose, si inserisce una diffusa prassi giurisprudenziale che, da un lato, ha reso del tutto incerta la risposta sanzionatoria tradizionale e, dall'altro, ha scaricato sul processo in sé le esigenze di repressione, facendo un uso spregiudicato della custodia cautelare. A ciò va anche aggiunta la rinnovata esaltazione del carcere, nella sua dimensione meramente afflittivo-deterrente, ed il contestuale, esasperato indulgenzialismo premiale, anche nei confronti di autori di crimini molteplici ed efferati, che finisce per rendere poco credibile l'intero sistema delle sanzioni.

Un clima da *law and order*, che fa da supporto a prassi e legislazione connotate in senso autoritario, ha comportato una rinnovata esaltazione del carcere: con la vergognosa situazione che caratterizza la maggior parte delle nostre istituzioni carcerarie si sta verificando lo sgradevole paradosso per il quale è il carcere a mettere 'in ceppi' la giustizia.

Infatti, a porre la giustizia in una situazione di contrarietà alla Costituzione già basterebbe il dato secondo cui, solo a seguito delle successive riforme della disciplina della custodia cautelare, la percentuale dei detenuti in attesa di giudizio, rispetto al totale dei presenti negli istituti di prevenzione e pena, sembra essersi ridotta da quote molto vicine al 50 per cento fino a quella più recente, intorno al 25 per cento; si tratta, comunque, di cifre preoccupanti se si considera, da un lato, che quella percentuale rimane ben più alta, se rapportata al numero degli ingressi in carcere, e, dall'altro, che la carcerazione preventiva, in base al principio di cui all'art. 13 Cost. per il quale la "libertà personale è inviolabile", avrebbe dovuto essere un'eccezione ben circoscritta. A ciò deve aggiungersi anche il fatto che la detenzione di migliaia di persone in attesa di giudizio, spessissimo di primo grado, mortifica un altro principio costituzionale di altissimo valore civile: la presunzione di non colpevolezza.

Lo Stato sociale di diritto, accanto all'idea del minor numero possibile di norme penali, deve favorire quella del minor numero possibile di persone penalmente perseguite che debba essere carcerizzato. Attualmente, invece, il numero dei detenuti in Italia, dopo essersi raddoppiato nel giro di pochissimi anni, sembra essersi assestato su cifre non molto inferiori ai livelli massimi della storia dell'Italia repubblicana raggiunti nel 2010, in una situazione penitenziaria caratterizzata da un degrado sempre maggiore, drammaticamente testimoniato dal numero dei suicidi.

Che questo stato di cose dipenda da un'esaltazione repressiva, tanto irrazionale sul piano degli effetti, quanto deleteria sul piano dei diritti, viene esemplarmente confermato dall'assenza di un pari incremento dei delitti denunciati, che, anzi, quando non risultano in diminuzione, subiscono un aumento che, in termini percentuali, non è affatto paragonabile a quello che nel volgere di pochi anni ha subito la popolazione carceraria. Ed è soltanto ingenuo, se non segno di preoccupante malafede, a fronte di questo dato, attribuire l'incremento delle carcerazioni ad una rinnovata efficienza nella persecuzione dei reati di mafia, di terrorismo o di grave corruzione. In termini percentuali i numeri relativi a questi fatti sono assolutamente esigui!

Come di consueto, la repressione finisce per orientarsi verso le fasce di marginalità via via emergenti: gli 'oziosi' e i 'vagabondi' attualmente sono i tossicodipendenti e gli immigrati,

preferibilmente di colore. E, infatti, secondo i dati del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria aggiornati al 31 dicembre 2024, reperibili sul sito internet *www.giustizia.it*, all'incirca il numero di stranieri detenuti è di 20.000 su 62.000, ovvero il 30 % del totale; i tossicodipendenti in carcere alla fine del 2013 erano, secondo i dati presentati nella relazione annuale al Parlamento del 2014 dal Dipartimento politiche antidroga della Presidenza del Consiglio, quasi il 30 %; per entrambe le categorie si tratta di percentuali sul totale dei detenuti che non hanno assolutamente riscontro nella popolazione esterna al carcere.

Secondo il consueto schema dell'emergenza, con tutto il suo bagaglio di intolleranza, illiberalità, sterile simbolicità, approssimazione, ad una repressione legittima, purché sempre rispettosa delle regole, di allarmanti fenomeni criminali – come la grande corruzione e i delitti di mafia – si abbina una repressione di tipo carcerario, ingiustificata e contraria ai principi costituzionali di riferimento. Non risponde, infatti, alle esigenze personalistiche e di solidarietà solennemente riconosciute nella Legge fondamentale, né può costituire motivo di conforto, la carcerizzazione di centinaia di giovani tossicodipendenti o di immigrati, per ogni mafioso o colletto bianco in più in carcere.

In realtà, nella sua concreta articolazione la pena ha assunto quale latente, ma effettiva funzione un misto di retribuzione e deterrenza, testimoniata dall'abbandono al mero custodialismo carcerario di svariate decine di migliaia di persone, con un totale tradimento delle funzioni normativamente stabilite.

Paradossalmente, più il carcere fallisce, più ne aumenta la richiesta. Le ragioni possono essere le più diverse, ma, essenzialmente, ciò si verifica perché è ancora radicato l'equivoco – che il legislatore e la giurisprudenza tendenzialmente assecondano – dell'equazione carcere uguale giustizia, a cui si aggiunge quello secondo cui più dura è la pena, maggiormente si realizza la giustizia.

È inutile nasconderlo, sopravvive una concezione premoderna, ancestrale, teologico-sacrale della giustizia e della pena come espiazione, che si collega immediatamente all'aggressività dell'individuo, ignorando prospettive di solidarietà: essa aggrava più che risolvere i problemi.

È evidente, allora, che, se non si rimuovono le cause profonde di questa concezione primitiva della sanzione penale, è destinato a fallire ogni tentativo di far diffondere nel sentire comune il valore delle garanzie. Non c'è proclamazione costituzionale che tenga, la popolarità delle garanzie resterà sempre bassa, se la cultura giuridica continuerà ad essere, in fondo, logica riduttiva dei mezzi e non scienza, assiologicamente orientata, dei fini.

È il caso di rilevare sin d'ora la centralità dell'idea di risocializzazione ai fini di una riforma del sistema sanzionatorio. Infatti, il nostro ordinamento, con una particolarità che lo caratterizza significativamente, contiene, a livello di Legge fondamentale, un'espressa enunciazione sul compito che la pena deve realizzare: essa, unitamente alle disposizioni di altre norme costituzionali, è in grado di delineare affidabilmente le finalità di integrazione sociale che possono essere perseguite e che, di converso, debbono fungere da τελος privilegiato per la costruzione, la riforma ed il funzionamento del sistema delle sanzioni, coinvolgendo sempre tutte e tre le fasi in cui si realizza il rapporto di diritto penale: la minaccia legale, l'inflizione giudiziale e l'esecuzione.

Ma, altra peculiarità della nostra esperienza giuridica, ad una chiara enunciazione in materia di funzione della pena, non è seguita, neppure a livello di giurisprudenza della Corte costituzionale -

tranne alcune decisioni -, una deduzione univoca delle finalità della pena sulla base del disposto normativo.

Io ritengo che la funzione della pena normativamente dedotta escluda, innanzitutto, la funzione di retribuzione e, in generale, qualsiasi teorizzazione assoluta. Va considerato che, fino a non molti anni or sono, la teoria della retribuzione raccoglieva ampi consensi. Il recupero ad effettività dei principi costituzionali in materia penale, ha determinato un'inversione di tendenza a favore del perseguimento di finalità di prevenzione.

Tutto ciò implica la considerazione non solo di strutture giuridiche o di valutazioni normative, ma anche dei risultati dell'analisi intorno alla concreta condizione in cui versano istituzioni e società, così come di quelli dell'indagine sulle condotte devianti come fenomeno psico-sociale e sociologico. La necessità di tutto ciò deriva dalla stessa opzione metodologica in senso teleologico. Su questo punto essa concorda con le esigenze di una scienza giuridica empirica, che si occupa della verificazione o della falsificazione di tesi normative e quando si parla della 'forza normativa dei fatti', si accenna a tali relazioni in maniera incompleta. Esiste in un certo senso anche il fenomeno opposto e cioè la forza fattuale delle regole normative: quando sono esse stesse a creare i fatti e non a regolarli. Dunque, fatti del diritto non sono soltanto fatti che il diritto deve prendere in considerazione, ma anche quelli che esso talvolta crea.

Il teleologismo fondato sui principi normativi di politica criminale, quali emergono dalla Costituzione, deve necessariamente comprendere l'effettivo sistema concreto delle sanzioni.

Quella tendenza, normativamente fondata, all'affermarsi dell'idea di risocializzazione e/o non desocializzazione, che ha trovato la sua piena espressione anche in alcune basilari decisioni della Corte costituzionale, e nell'ordinamento penitenziario del 1975, almeno prima della controriforma a partire degli anni Novanta del Novecento, va assolutamente riattivata, in un contesto più ampio di recupero di valori di tipo personalistico e solidaristico che vivono una stagione di inquietante oblio.

Era, infatti, maturata negli anni Ottanta una crisi di legittimazione della carcerizzazione come espressione della riduzione della centralità del modello custodiale nelle politiche di controllo sociale, rinvenibile diffusamente in Paesi di analoga esperienza giuridico-ordinamentale e culturale. La tendenza era, dunque, quella dell'integrazione sociale e non, quindi, dell'emarginazione, assecondando, secondo gli schemi del recupero sociale, l'intensificarsi di sistemi di disciplina sociale extramuraria.

Il residuo di istituzionalizzazione - sempre orientata in linea di principio a risocializzazione e/o non desocializzazione – doveva servire ad esigenze di prevenzione generale – tendenzialmente positiva – di fronte alla commissione di reati connotati da particolare dannosità sociale che, almeno inizialmente, o per finalità di aggregazione di consensi attorno alle regole ordinamentali o per esigenze di difesa sociale, non potevano consentire una soluzione extramuraria. In ogni caso, una volta venute meno o attenuate le esigenze di prevenzione generale, la realizzazione di finalità di integrazione sociale pretende la tendenziale fuoriuscita del detenuto dall'istituzione totale.

A questo punto la riflessione, che viene diffusamente svolta sul fallimento dell'idea del trattamento e con essa di quella della risocializzazione, acquista un significato ben diverso, che non riguarda, però, il fallimento motivato da mancanza di risultati, derivante da una concreta, effettiva sperimentazione di quelle idee. Il fallimento, indubbio, riguarda la mancata attuazione di quelle idee,

che risulta connessa a deficienze strutturali, organizzative, normative e culturali, a cui uno Stato civile ha il dovere di far fronte.

La prospettiva dell'attuazione di un sistema penale orientato ad esigenze di prevenzione generale e speciale positiva dovrebbe allora tradursi, prima ancora che nelle singole opzioni sanzionatorie, nella definizione generale degli obiettivi, da non limitare ad un'esigenza, pur fondamentale, di certezza della pena. Paradigmatico risulta l'esempio dell'*Alternativ-Entwurf* tedesco occidentale, lo splendido 'Progetto dei Professori' (*§§* 2, 37-39), che contiene sia l'indicazione espressa degli scopi di pene e misure di sicurezza, sia quella degli obiettivi dell'esecuzione delle sanzioni, sia la prescrizione di linee generali dell'esecuzione, la cui concretizzazione dovrebbe rimanere nell'ordinamento penitenziario.

Relativamente alla riforma del sistema sanzionatorio, ci sembra possibile suggerire alcune linee generali.

In primo luogo, la privazione detentiva della libertà dovrebbe rappresentare realmente l'*ultima ratio* – con i caratteri dell'assoluta eccezionalità, quando si tratta di custodia cautelare –; ad essa dovrebbe farsi riferimento qualora non risulti efficace alcun altro rimedio. E questo dovrebbe significare un deciso abbandono delle pene detentive brevi ed una seria sperimentazione di alternative per fatti di lieve-media criminalità.

Ciò implica, innanzitutto, la valorizzazione, specialmente per autori primari, di figure di astensione dall'applicazione della sanzione che possono validamente rappresentare la prima forma di risposta ordinamentale.

Quando proprio non sia possibile evitare la pena detentiva, la sua esecuzione deve essere improntata almeno alla non-desocializzazione del reo e questo, al di là di contenuti di merito della sanzione, che possono anche conoscere forme extramurarie di attività, presuppone situazioni ambientali e di qualificazione professionale degli operatori, adeguate, mentre, com'è noto, la realtà attuale è ben diversa. Pertanto, non ha alcun senso ribadire principi, anche affermati solennemente da decenni, se prima non si creano le condizioni di solidarietà sul piano assiologico, e di effettività sul piano strutturale, perché anche nell'esperienza reale quei principi abbiano un significato.

Nella prospettiva di un sistema sanzionatorio penale orientato ai principi costituzionali, andrebbe dunque sviluppata una strategia complessiva che appronti soluzioni differenziate, con un'articolazione graduale che parta da forme di rinuncia alla pena, per poi passare ad una pena sospesa con l'eventuale imposizione di obblighi e prescrizioni o preferibilmente ad altre forme di controllo in libertà, come un affidamento in prova rivitalizzato ed infine a sanzioni pecuniarie o comunque non detentive come quelle richiamate in precedenza, fino ad una pena detentiva domiciliare o in carcere, che dovrebbe rappresentare comunque l'*extrema ratio*, restando altresì esclusa, innanzitutto per ragioni legate alla funzione della pena sancita dalla Costituzione, una pena perpetua.

A questo punto, s'impone la considerazione di un aspetto molto significativo, la cui sottovalutazione rischia di compromettere totalmente l'efficacia di una riforma del sistema sanzionatorio, e cioè quello dei mezzi disponibili e, quindi, di quelli da esigere ai fini di una effettiva riforma. Un progetto che voglia orientarsi ad una razionalità rispetto a scopi e valori deve preoccuparsi innanzitutto di verificare le condizioni per la propria attuazione, in termini di mezzi a disposizione e di risorse umane.

Ad esempio, un trattamento 'ambulante' nell'ipotesi di un affidamento al servizio sociale con prescrizioni ed obblighi presuppone la possibilità concreta di assistere e controllare – attraversi gli U.E.P.E. – i soggetti sottoposti ad una tale sanzione; così come, ad esempio, è necessario, in relazione alla pena pecuniaria, assicurare la sua effettiva riscossione, come si è tentato di fare con la recente riforma Cartabia.

In relazione all'esecuzione delle sanzioni, in particolare, è necessario poter assicurare, in primo luogo, l'effettiva separazione tra soggetti in custodia cautelare e condannati, nonché la formazione di gruppi omogenei di detenuti ed in generale le condizioni concrete – ad esempio, in termini di effettività del diritto ad una cella singola – per un trattamento umano e risocializzante.

Tutto ciò ha notevoli ripercussioni anche per una selezione delle condotte punibili orientata all'*extrema ratio* ed al principio di effettività: nel determinare la sfera del punibile, un utile criterio di decriminalizzazione dev'essere dato dalle possibilità concrete di implementare determinati programmi di tutela penale, e ciò non solo con riferimento alla gestione dell'esecuzione penale, ma anche al sistema processuale.

L'Opinione

Separazione delle carriere, prassi devianti e cultura della legalità processuale

CLELIA IASEVOLI

ABSTRACT

I must say right away that the amendment to article 104 of the Constitution, which stipulates that the judiciary constitutes an autonomous body, independent of all other branches of government and composed of judges and prosecutors, does not convince me. The separation of careers is not the solution to the climate of total laxity toward inviolable rights; a precipitous decline in constitutional values and principles.

Dico subito che la modifica dell'art. 104 Cost. secondo cui la *magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere ed è composta dai magistrati della carriera giudicante e della carriera requirente*: non mi convince. La separazione delle carriere non è la soluzione al clima di totale lassismo verso i diritti inviolabili; di verticale caduta dei valori/principi costituzionali.

La verità è che non siamo mai usciti dallo Stato d'emergenza. Lo stesso di cui parlava Giuseppe Riccio, nel 1982, in *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, di cui discorreva Sergio Moccia, nel 1995, nella *Perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*. E con loro, altri grandi Maestri hanno rappresentato, con lungimiranza scientifica, le distorsioni costituzionali innestate dallo Stato d'eccezione, sebbene, in quegli anni, nulla facesse presagire la radicalizzazione del paradigma emergenziale.

Lo dimostrano i pacchetti sicurezza del nuovo millennio che, partendo da talune tipologie d'autore e dal terrorismo di matrice islamica, sono approdati ad uno statuto punitivo differenziato per lo straniero.

Lo Stato d'eccezione, sicuramente, si è giovato del supporto dell'informazione, della politica e, senza infingimenti, ha consentito a parte significativa della magistratura di occupare spazi di potere, che la politica non è stata in grado di ricoprire. Da qui l'espansione del doppio binario, che ha utilizzato e continua ad approfittare della "forza" della legislazione emergenziale, avvalendosi di un'organizzazione investigativa imponente, nazionale e derogatoria rispetto all'organizzazione della giurisdizione ordinaria, con il prevalere della logica della ricerca della verità materiale a tutti i costi. La conseguenza è che il sistema penale non tiene più da nessuna parte, neanche nei valori di essenza delle funzioni.

Non è, però, la separazione delle carriere il correttivo funzionale al *giusto processo*, al miglioramento della qualità della giurisdizione, né la panacea alla crisi della terzietà del giudice o il presupposto ordinamentale per l'accusatorietà del processo. La separazione delle carriere non è la soluzione; lo è, invece, l'effettività del principio di legalità processuale da cui dipende la tenuta del processo democratico.

Sono convinta che l'art. 111 Cost., chiamato in causa 'impropriamente' a giustificare una riforma ordinamentale, sia, invece, una norma primaria di natura processuale: rappresentando g*iurisdizione* e *processo*, l'una, la funzione e, l'altro, il luogo di esercizio, cioè un *unicum*, giacchè le regole per l'esercizio della funzione ne sono anche la fonte di legittimazione.

Il riferimento testuale alla *legge* assume la specificità di *presupposto* e di *limite* di qualsivoglia comportamento del giudice. Ne discende il concetto costituzionale di processo come sistema di limiti, che 'imbriglia' il potere statuale di punire. Per questa ragione l'art. 1 c.p.p. sancisce che la giurisdizione è esercitata *secondo le norme di questo codice*. Il *giusto processo regolato dalla legge* fonda sulla *riserva di codice.* Se è così*,* la fattispecie processuale assume il valore di tutela dei diritti della persona in movimento nel processo e le sanzioni processuali costituiscono i rimedi alla violazione della legalità.

Il problema è che questo principio costituzionale è considerato troppo rigido o, addirittura, «antistorico», soprattutto alla luce delle «tensioni efficientiste», che coinvolgono direttamente l'ambito delle invalidità degli atti e che provengono dal contesto sovranazionale. Forti sono le suggestioni dell'art. 35 CEDU; esse hanno prodotto – ahimè! – la liquefazione delle forme processuali, incompatibile con il principio costituzionale secondo cui la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.

Non si può trascurare il dato che la tendenza antiformalistica della Corte europea è la conseguenza di un ragionamento, che prescinde dalle fattispecie normative, fondandosi su violazioni di diritti da accertare caso per caso.

In questo contesto, la Procedura penale è stata snaturata dalle interferenze di carattere funzionalistico; penso al principio di offensività processuale che ha trasformato le forme in barriere da superare. Eppure secondo Capograssi, *procedere* è trasformazione che «non si opera alla fine con la sentenza, ma si opera in tutti i momenti in cui si risolve quel procedere, e si opera alla fine» con la sentenza. Questa metamorfosi avviene attraverso regole procedurali, forme, predeterminazione di ordine, organizzazione di funzioni, scansioni per gradi.

Il *trend* del momento è però l'efficientismo e le forme a tutela dei diritti inviolabili appaiono come intralci; i formalismi, viceversa, sono considerati utili a rafforzare le maglie dei filtri per l'accesso alle giurisdizioni di controllo: mi riferisco all'appello e al ricorso in cassazione. Basti pensare alle cause di inammissibilità previste dalla norma transitoria di cui all'art. 87 *bis* d.lgs n. 150 del 2022, volta a regolare il processo telematico.

Ora, se l'unicità della giurisdizione, intesa in senso strutturale e cioè come l'esistenza di un unico apparato di magistrati aventi lo stesso *status* e le stesse garanzie di indipendenza, costituisce un valore irrinunciabile; lo è altrettanto il modello penale garantista, che è un modello costituzionale di legalità sia sul versante del diritto sostanziale che del diritto processuale, inteso nella sua accezione formale. Questo paradigma razionale di giustificazione è stato tradito non soltanto dall'eccessiva anticipazione della tutela penale; dalla marginalizzazione del fatto e dalla centralità assunta dalla tipologia d'autore, ma anche dall'attribuzione al processo penale di funzioni securitarie e dalla liquidità delle sue forme, un connubio anch'esso strutturale, conseguente allo squilibrio all'interno del rapporto autorità/libertà.

Voglio dire che la separazione delle carriere è un falso problema, dobbiamo invece interrogarci su un processo che è divenuto il luogo in cui si celebrano le prassi, in cui si disapplicano le regole,

mediante torsioni sostanzialistiche, a detrimento di un fondamentale principio etico-sociale, oltre che normativo in democrazia: il principio di legalità processuale.

La separazione delle carriere favorirebbe ulteriormente una visione di giustizia sostanziale secondo la quale il fine giustifica i mezzi; a prevalere sarebbe l'impronta inquirente in senso colpevolista, con l'affermazione di una cultura del risultato. Si otterrebbe, cioè, l'effetto opposto a quello dichiarato: la sottrazione, in via definitiva, della magistratura requirente alla "*cultura della prova"*; il *modus operandi* sarebbe quello della polizia giudiziaria.

Se si condividono questi rilievi, allora non si può assistere inerti alla perdita di valore di quelle idee-guida di libertà, di dignità dell'uomo, di presunzione di non colpevolezza, contribuendo alla stabilizzazione di logiche miopi di immediatezza, che mal si adattano alla 'forza' dell'*inviolabilità* dei diritti fondamentali.

Troppe sono le disfunzioni processuali prodotte dal panpenalismo e dal populismo penale, ma non si parla di un'opera di depenalizzazione legislativa; anzi aumentano i reati di pericolo astratto, i meccanismi presuntivi, aumentano le circostanze aggravanti non suscettibili di un bilanciamento in concreto, nell'esercizio di una politica criminale dell'ordine pubblico. Eppure tutto ciò non è tollerabile alla luce del combinato disposto degli artt. 27 comma 3, 13, 25 comma 2 Cost., da cui deriva un sistema penale improntato alla logica dell'*ultima ratio*, che pone al centro il principio di offensività del fatto di reato e non il principio di offensività processuale. Questi dovrebbero essere i temi ad unire magistratura e politica in uno Stato sociale di diritto.

Si va, invece, in altra direzione, ricorrendo ad argomenti di un passato non molto lontano, in cui l'affievolimento del senso istituzionale della giurisdizione di garanzia era determinato anche da cause strutturali, che avevano condotto all'appiattimento della funzione del giudice per le indagini preliminari sulle richieste del pubblico ministero.

Nel frattempo alcune cose sono mutate: è stata definita la componente oggettiva e soggettiva della notizia di reato; è stato previsto l'accertamento della tempestività dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato; sono stati previsti i rimedi correttivi all'incompletezza delle indagini espletate dal pubblico ministero; è stato rafforzato il controllo del giudice dell'udienza preliminare sulla chiarezza e precisione dell'imputazione contribuendo a rendere concreto il diritto di difesa.

Altro discorso se i controlli del giudice sono troppo pervasivi, divenendo meccanismi di co-decisione.

Sul piano cautelare, è stata prevista la composizione collegiale del giudice per le indagini preliminari investito di una richiesta di custodia cautelare, sebbene non siano stati eliminati i meccanismi presuntivi di adeguatezza della stessa; è stato introdotto l'interrogatorio preventivo, sebbene abbia una connotazione molto residuale; sicuramente però non sono più ammesse motivazioni apparenti o di stile dell'ordinanza coercitiva; l'autonoma valutazione dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari è requisito tipico del provvedimento che dispone la misura. La funzione giurisdizionale di garanzia è presidiata dalla nullità dell'ordinanza, bilanciando il potere cautelare del pubblico ministero.

Va ribadito, poi, che la legge n. 71 del 2022 ha previsto presupposti ancora più stringenti per il passaggio dalla funzione giudicante a quella requirente, che può essere richiesto per non più di una volta nell'arco dell'intera carriera e può essere disposto solo previa partecipazione ad un corso di qualificazione professionale e, subordinatamente, ad un giudizio di idoneità allo svolgimento delle

diverse funzioni espresso dal C.S.M., previo parere del Consiglio giudiziario. La stessa legge all'art. 13 disciplina l'organizzazione dell'ufficio del pubblico ministero con esclusivo riguardo al progetto organizzativo, i cui contenuti, tra cui i criteri di priorità, sono declinati nell'ottica di ridurre l'autonomia organizzativa dei singoli dirigenti e favorire una maggiore uniformità tra gli uffici di procura. Esso è predisposto dal Procuratore della Repubblica in conformità ai principi generali del CSM, è adottato ogni 4 anni con delibera del CSM, previo parere del Consiglio giudiziario e valutate le eventuali osservazioni formulate dal ministro della Giustizia.

Tuttavia, si invoca la separazione delle carriere, la duplicazione del Consiglio Superiore della Magistratura, pur se basterebbe prevedere due sezioni separate all'interno dello stesso organismo e rivedere le sole modalità di elezione dei componenti laici e togati, per estirpare le pratiche clientelari e corporative delle correnti.

Il dubbio è che si voglia riprodurre il modello processuale americano, in cui la polizia e il *prosecutor* hanno un ruolo preminente nella definizione della pena e la giuria decide a verdetto immotivato. E se fosse così, si avrebbe la chiusura dei pubblici ministeri in un corpo autoreferenziale con il rafforzamento del modello gerarchico; da un lato, sarebbe compromessa l'indipendenza esterna e, dall'altro, l'indipendenza interna subirebbe un ulteriore affievolimento, considerato che essa risente dell'organizzazione della procura.

Dal mio punto di vista, la sola strada da percorrere è il modello costituzionale di processo penale democratico, cioè, di un modello processuale incompatibile con la teoria del pregiudizio effettivo; implicante il rafforzamento delle sanzioni per le incompatibilità del giudice, la tutela del metodo epistemologico garantista servente alla qualità della giurisdizione di accertamento, l'effettività dei controlli in sede di impugnazione e, in questa razionalità sistemica, l'eliminazione della legittimazione ad appellare del pubblico ministero, non avendo essa un fondamento costituzionale.

Rispetto a quest'ultimo punto è d'obbligo qualche chiarimento.

La proposta va attribuita alla Commissione Lattanzi, che in linea con le carte internazionali, aveva ridefinito l'appello come strumento di controllo nel merito della sentenza di primo grado azionabile dal solo imputato per motivi prestabiliti dalla legge: un rimedio a critica vincolata a tutela del diritto di difesa.

Si tratta di una proposta che fonda su una precondizione: la centralità del dibattimento e dei contenuti costituzionali della funzione di accertamento. Secondo Giuseppe Riccio, la legittimazione del potere punitivo sta nella natura "cognitiva" del giudizio, ma anche nelle garanzie che ad esso sono strumentali, tra le quali l'immediatezza svolge il ruolo di principio epistemologico fondamentale per la decisione. Il Maestro supera il dibattito sui dubbi di un riconoscimento costituzionale del principio, alla luce dell'interdipendenza tra contraddittorio e immediatezza. Essa è «parte del circuito interno alla monade-contraddittorio, indipendentemente dalla dimostrazione della sua inscindibilità con il principio di oralità con cui converge; *condicio* ontologica per l'attuazione di un rapporto corretto tra giudice e prove, la cui formazione è garanzia di imparzialità». Da qui l'immediatezza come valore intrinseco al contraddittorio; ciò significa che il *vulnus* alla stessa si risolve nella violazione del principio, che ne costituisce la sintesi (art. 111 Cost.), tutte le volte che le eccezioni non siano ipotesi tipiche, determinate, tassativamente applicabili (art. 111 co. 5 Cost.). Questi sono i corollari che discendono dalla classificazione dell'art. 111 Cost. come norma primaria

processuale, che individua nel giudice il destinatario della sola metodologia epistemologica riconosciuta dalla nostra Costituzione: il contraddittorio per la prova. D'altra parte, lo si è detto: l'art. 111 Cost. è norma *per* e *sulla* giurisdizione, sancendo i canoni del *giusto processo* come luogo di esercizio della funzione da parte di un giudice terzo ed imparziale nel rispetto della legalità, davanti alle parti in condizioni di parità e attraverso il metodo cognitivo dell'immediatezza/partecipazione. Si tratta di un insieme inscindibile, di una monade.

Vi è, però, una stridente antinomia tra gli esiti interpretativi a cui è pervenuta la giurisprudenza di legittimità in tema di conformazione della regola dell'immediatezza nell'ipotesi di mutamento del giudice in primo grado e le ricostruzioni esegetiche a cui sono giunte la Corte europea e la stessa Cassazione con riferimento al giudizio di secondo grado. Eppure la contrazione della regola epistemica immediatezza/partecipazione è connaturale proprio al giudizio di appello, non essendo più presupposto oggettivo di tutte le decisioni, bensì meccanismo richiesto dalle parti e/o rimesso alla discrezionalità del giudice (art. 603 comma 1 e 3 co. c.p.p.) o, ancora, regola di comportamento in situazioni tassativamente predeterminate, basti pensare alla sopravvenienza o alla scoperta di nuove prove dopo il giudizio di primo grado (art. 603 co. 2 c.p.p.) oppure al caso di *overturning* sfavorevole all'imputato, per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa (art. 603 co. 3 *bis* c.p.p.). La giurisprudenza, prima, e la legge, dopo, hanno ammesso che la legalità della *reformatio in peius* nel giudizio di secondo grado impone il rispetto della regola epistemica dell'immediatezza/partecipazione, come precondizione oggettiva della 'giusta' sentenza, (artt. 111 e 27 co.2 Cost.).

La proposta della Commissione Lattanzi risolve alla radice le distorsioni conseguenti all'appello del pubblico ministero, contribuendo alla durata ragionevole del processo.

Dal canto suo, la Corte costituzionale ha precisato che non è possibile estendere il principio di parità delle parti al complessivo sistema delle impugnazioni e, in particolare, al tipo di controllo assegnato al giudizio di appello. Il tema va trattato in maniera scevra dai condizionamenti del substrato ideologico posto alla base del ruolo sostanzialistico del pubblico ministero, piuttosto che processuale. Penso al ricorso improprio alla categoria della soccombenza per giustificare la pretesa violazione dell'esigenza di tutela del pubblico ministero soccombente e privato del potere di realizzazione della pretesa punitiva. Eppure, la Corte costituzionale ha già chiarito che il potere di appello del pubblico ministero non può ricondursi all'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale (sent. n. 363 del 1991, n. 426 del 1998; n. 421 del 2001; n. 347 del 2002, n. 165 del 2003), ed ha già detto (con la sent. n. 286 del 2000) che il concetto di soccombenza è estraneo al processo penale.

In questo percorso si inscrive la recente modifica apportata al comma 2 dell'art. 593 c.p.p., con la quale si è privato il pubblico ministero della legittimazione ad appellare le sentenze di proscioglimento emesse per i casi di citazione diretta a giudizio (art. 550 commi 1 e 2); si tratta, ancora una volta, di un'opzione di politica legislativa metodologicamente errata sul piano della teoria generale del processo, in quanto riproduce la visione limitata della legge Pecorella. A ciò si aggiunga che è proprio il *deficit* di collegialità in fase di prime cure, ad evidenziare l'interesse al mantenimento di un gravame nel merito affidato al giudice collegiale. La Commissione Lattanzi, invece, aveva teorizzato la radicale abolizione dell'appello del pubblico ministero, perché privo di un fondamento costituzionale.

Si consideri poi che la parità delle parti non ha veste autonoma, bensì strumentale al procedimento probatorio, non è, quindi, un connotato dell'intero sistema processuale. La formula del secondo comma dell'art. 111 Cost. indica il principio di parità come termine correlato al contraddittorio, piuttosto che riferito genericamente al complessivo iter processuale in funzione di riaffermazione processuale dei principi di cui all'art. 3 Cost. Per più ragioni: *a)* un livellamento delle situazioni soggettive è irrealizzabile nel processo penale dove il pubblico ministero esercita poteri autoritativi inconcepibili per il difensore; *b)* il contraddittorio, nella stessa giurisprudenza costituzionale, è richiamato congiuntamente alla parità tra le parti. Si tratta di una strumentalità intrinseca, perché la parità delle parti costituisce la precondizione del contraddittorio come metodo epistemologico garantista di formazione della prova, sì da assicurare a ciascuna parte, la potenzialità di influire sulla formazione del convincimento del giudice e, pertanto, della decisione.

Se così non fosse, il principio finirebbe con l'identificarsi con la parità delle armi delle parti antagoniste nel processo. Ma cosi non è. Sicché il riconoscimento del potere di impugnazione all'imputato non ne comporta di per sé uno corrispondente per il pubblico ministero, le cui funzioni non sono assistite da garanzie di intensità pari a quelle assicurate all'imputato dall'art. 24 Cost. (sent. n. 98 del 1994) e dall'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili. Lo ha detto, chiaramente, la Corte costituzionale nel 2020 con la sentenza n. 34, ritenendo legittima la rinuncia dello Stato ad un controllo di merito sul *quantum* della sanzione irrogata e riconoscendo l'asimmetria strutturale della fase delle indagini di cui è *dominus* il pubblico ministero.

Pertanto, privare il pubblico ministero della legittimazione ad appellare sarebbe una strategia di riequilibrio del sistema e di deflazione del sovraccarico delle corti d'appello.

A mio avviso questa è la strada per il giusto equilibrio tra libertà e sicurezza. Usando le parole di Federcio Stella «il magistrato punitivo è il massimo potere che lo stato ha nelle sue mani per esercitare la sua autorità, è un diritto armato, un vero *jus gladii* per il quale è inconcepibile che lo stato totalitario consenta a spogliarsene per un malinteso riguardo ai diritti dell'individuo». Se lo Stato ha sbagliato una volta nell'esercitare l'azione penale perché l'imputato è risultato innocente, il giusto equilibrio fra autorità statuale e diritti individuali di libertà impone allo Stato di non riprovarci. Ciò implica però il recupero della funzione cognitiva del processo ovvero la neutralità del processo, che discende dall'art. 111 Cost., configurando i poteri processuali delle parti in funzione della tutela dell'accertamento del fatto penalmente rilevante, le cui cadenze prescindono dagli interessi sostanziali delle stesse. L'obiettivo dell'art.111 Cost. è la legalità dell'*iter* processuale, scandita dall'accentuata processualizzazione dell'attività in iudicando, vale a dire, centralità della giurisdizione come momento di sintesi dello sviluppo dialettico dei poteri delle parti nel contraddittorio.

Resta, però, il problema delle cattive prassi, nella maggioranza delle situazioni, prodotte dall'inosservanza delle norme processuali. Eppure, l'art. 124 c.p.p. obbliga magistrati, cancellieri, altri ausiliari del giudice, ufficiali giudiziari, ufficiali agenti di polizia giudiziaria a rispettare le norme del codice di rito, «anche quando l'inosservanza non importa nullità o altra sanzione processuale». La violazione dell'obbligo è causa di responsabilità disciplinare.

L'illecito disciplinare previsto dalla lett. *g)* dell'art. 2 co. 1 d.lgs. n. 109 del 2006, sanziona *la grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile*. Essa è una delle più frequenti ipotesi oggetto di contestazione disciplinare. Il legislatore al fine di limitarne l'estensione,

ne ha circoscritto la rilevanza attraverso il requisito della gravità. L'intento, non condivisibile, è quello di evitare che ogni nullità o invalidità di un provvedimento possa integrare un illecito disciplinare. A ciò si aggiunga che la gravità è un concetto di valore che non si presta a generalizzazioni, sostanziandosi in una valutazione di merito da condurre caso per caso. E con tale valutazione di merito si misura costantemente la giurisprudenza disciplinare, pervenendo di volta in volta a risultati diversi. Da qui le sperequazioni trattamentali.

Si ricorre alla natura e all'entità del danno materiale cagionato come correttivo ermeneutico, al fine di determinare la valutazione concreta della gravità della violazione di legge, sebbene il danno materiale non rientri espressamente nella struttura della fattispecie. Il caso tipico è quello delle ritardate scarcerazioni. Si ricorre, invece, all'esimente del fatto di scarsa rilevanza di cui all'art. 3-*bis,* qualora la fattispecie disciplinare sia integrata in tutti i suoi elementi costitutivi sia oggettivi che soggettivi, tuttavia, in considerazione di particolari circostanze del caso contingente, l'illecito disciplinare non è configurabile perché il fatto risulta di scarsa rilevanza. Il riferimento all'ignoranza o negligenza inescusabile richiede che la condotta del magistrato sia riconducibile alla colpa aggravata dall'inescusabilità, esulando un comportamento intenzionalmente volto a violare la legge, che rientrerebbe nella fattispecie di cui alla lett *a)*. Assai dibattuta sul versante giurisprudenziale è la qualificazione in termini di inescusabilità, essendo l'argomento fondamentale posto alla base delle questioni attinenti alla sussistenza o meno della fattispecie.

Nell'opera nomofilattica della Cassazione si rintraccia il concetto di abnormità deontologica e/o disciplinare, con riferimento proprio alla grave inosservanza di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile, a monte dell'emanazione di un provvedimento fuori dai casi consentiti. Un'esemplificazione pregnante è rappresentata da atti di perquisizione e sequestro, compiuti in misura esorbitante rispetto alle finalità da raggiungere, con un danno ingiusto alla persona sottoposta alle indagini. Si è detto che l'abnormità ai fini deontologici, si ha quando il provvedimento sia stato emanato sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza, essa non è, solo o tanto, un elemento costitutivo proprio della fattispecie considerata, esprimendo il grado di inescusabilità della negligenza dimostrata da e/o insita in un comportamento. Altra situazione, che evidenzia, le caratteristiche della grave violazione di legge è la condotta dell'autorità giudiziaria, qualora si traduca nell'inosservanza degli artt. 61, 63 e 64 c.p.p. Si pensi ad una persona informata dei fatti che, però, subisce intercettazioni, contestazioni, sostanziali perquisizioni con repertazione e sequestro, il tutto mediante sollecitazioni investigative nelle due fasi dell'esame e delle attività fortemente invasive. Negare l'esistenza di astratti indizi di reità a suo carico è, evidentemente, un fuor d'opera; da tale sussistenza, viceversa, deriva l'obbligo per l'autorità procedente d'interromperne immediatamente l'attività, con l'avvertimento che possono essere svolte indagini nei suoi confronti e con l'obbligatorio invito a nominare un difensore (art. 63 c.p.p.), oltre all'iscrizione della persona nell'apposito registro (artt. 335, 61, 64 c.p.p.).

Il mancato rispetto di questa sequenza travolge le garanzie difensive minime, che l'ordinamento predispone a tutela dei diritti dell'indagato.

A preoccuparmi sono le omissioni e le violazioni che si ripetono costantemente nella prassi, forse anche per l'inefficacia deterrente della responsabilità disciplinare dei magistrati.

Vi invito a riflettere sull'obbligo del pubblico ministero di trasmettere al giudice dell'udienza preliminare, *ex* art. 416 comma 2 c.p.p., l'intera documentazione raccolta nel corso delle indagini. E

in tema di tabulati telefonici, la suprema Corte ha affermato che l'inutilizzabilità degli atti non trasmessi *ex* art. 416 comma 2 c.p.p. è una sanzione di carattere generale, cioè, non limitata ad una sola fase, bensì rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento. Inoltre, l'art. 526 c.p.p. sancisce l'utilizzabilità ai fini della decisione delle prove legittimamente acquisite, e poiché i tabulati telefonici rappresentano prove per essere utilizzati a carico o a favore dell'imputato devono prima entrare nel procedimento attraverso la loro formale acquisizione.

Dunque, sarebbe in qualche modo giustificabile l'omesso deposito dei tabulati telefonici? Dal mio punto di vista, no! La legge è chiara e la sua inosservanza determina un vizio 'perpetuo' dagli effetti dirompenti sul diritto di difesa, inducendo il difensore ad un'erronea valutazione degli atti di causa, con conseguente erronea scelta del rito.

Eppure, recentemente, è stato rigettato un ricorso per cassazione per violazione degli artt. 191 e 178 lett c) c.p.p., sebbene il giudice di primo grado avesse acquisito illegittimamente *ex* art. 507 c.p.p. le intercettazioni ambientali, non depositate dal pubblico ministero e, quindi, non utilizzabili. Si consideri che le parti non avevano prestato il consenso per l'acquisizione, perciò il giudice, nel provvedere *ex* art. 507, ha sacrificato il diritto di difesa, essendo le intercettazioni l'unica fonte di prova a sostegno della condanna e di esse il difensore non aveva avuto contezza. Ciò nonostante, la Cassazione (n. 44793 del 2024) ha ritenuto che l'inutilizzabilità degli atti – non trasmessi al giudice dell'udienza preliminare –, permane finchè gli stessi restano estranei al compendio probatorio acquisito al dibattimento; diversamente, gli stessi atti possono essere assunti e, conseguentemente, utilizzati dal giudice del dibattimento *ex* art. 507 c.p.p., avendo la norma natura sostanziale ed essendo diretta alla ricerca della verità, indipendentemente dalle vicende processuali che hanno determinano la decadenza della parte al diritto alla prova.

Allora qualche problema c'è!

Ma la separazione delle carriere peggiorerebbe lo stato delle cose in nome di una cultura del risultato e non certo della legalità processuale.

GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

Il profilarsi in Italia della giustizia riparativa nell'accoglimento delle istanze della comunità internazionale

GIANCARLO SCALESE

ABSTRACT

The recent introduction into the Italian legal system of a complex restorative justice mechanism has marked the dawn of a "Copernican revolution" in our country, destined to profoundly impact the fundamental structure of the Italian system of criminal law and procedure.

SOMMARIO. 1. Una premessa "vittimologica". – 2. L'archetipo internazionale della giustizia riparativa e il suo potenziale impatto sulla dommatica penalistica. – 3. Gli aspetti salienti della nuova disciplina introdotta dal d.lgs. 150/2022.

1.La recente introduzione, nell'ordinamento giuridico italiano, di un complesso meccanismo di giustizia riparativa[1] ha segnato l'alba per il nostro Paese dell'inizio di una "rivoluzione copernicana" destinata a incidere profondamente sull'impostazione di fondo del sistema italiano del diritto e della procedura penale.

Più precisamente, la cd. "Riforma Cartabia", di cui al d.lgs. n. 150/2022, contiene una vera e propria gemma, consentendo alla vittima di un qualunque reato - e si badi bene indipendentemente dalla sua gravità - di prendere parte a dei programmi di giustizia riparativa principalmente tesi all'instaurazione di un rapporto diretto vittima-reo[2].

In estrema sintesi, è il caso di anticipare come l'esito di siffatte procedure, che si dovranno svolgere con la partecipazione di mediatori professionisti, possa portare all'adozione di un accordo tra la vittima e il reo, suscettibile di condizionare l'irrogazione e la quantificazione della pena. Appare, quindi, evidente che un siffatto meccanismo normativo consentirà alla vittima d'incidere potenzialmente sullo svolgimento del processo penale, dalla fase di cognizione a quella di esecuzione[3].

---

[1]Esiste in materia una vastissima letteratura; cfr. tra i tanti, G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Milano 2003; M. COLAMUSSI-A. MESTIZ, voce *Giustizia riparativa*, in *Dig. pen*., V agg., Torino 2010, 423 ss.; E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa*, Napoli 2017; G. DE FRANCESCO, *Uno sguardo d'insieme sulla giustizia riparativa*, in *Leg. pen*. 2023, 1 e ss.; M. BOUCHARD-F. FIORENTIN, *La giustizia riparativa*, Milano 2024, cui si rinvia pure per gli autori ivi citati.

[2] Già prima dell'introdotta modifica legislativa, invero, risultavano presenti diverse previsioni volte a tutelare, sia pure in modo disorganico, la posizione della vittima. Al riguardo, cfr. *amplius* M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. contem.*, 2015, 236 ss. e E. VENAFRO, *Brevi cenni introduttivi sull'evoluzione della vittima nel nostro sistema penale*, in E. VENAFRO-C. PIEMONTESE (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino 2024, 12 ss.

[3] Vedi *infra*, par. 3.

Per troppo tempo pretermessa nel nostro ordinamento dalle valutazioni proprie del diritto penale[4], se non per quanto concerne la determinazione dell'eventuale risarcimento a essa dovuto[5], la vittima si vede ora assegnare per la prima volta un ruolo attivo, che va ben oltre le mere logiche retributive. La vittima finalmente conquista, così, un'effettiva rilevanza nel sistema penale nazionale e il nostro legislatore si ritrova a compiere un passo deciso verso l'accoglimento delle basilari istanze di quella, ben affermata – ma in Italia per troppo tempo trascurata – scienza che va sotto il nome di "vittimologia"[6].

Può, allora, fondatamente sostenersi che oggi, nel nostro ordinamento, siano finalmente maturati i semi di quella "rivoluzione vittimologica"[7] che, a partire dagli anni 40' del secolo scorso, aveva già avuto modo d'investire gran parte dei Paesi occidentali, portando alla ribalta le esigenze della vittima del reato[8]. Il tutto in risposta alla sua preoccupante condizione e al ruolo marginale tradizionalmente assegnatole nel sistema della repressione penale, pressocché imperniato sul solo rapporto Stato-delinquente[9]. Cosicché, la vittimologia, segnando un sempre più auspicabile saldamento delle scienze sociali con quelle giuridiche[10], ha finito con il teorizzare un'inversione di prospettiva del processo penale che non dovrà più considerarsi incentrato sulla figura del reo, ma anche considerare la posizione e il ruolo della vittima, coinvolgendola nella gestione dell'illecito e negli eventuali percorsi di recupero del reo.

Non a caso, uno degli aspetti essenziali della vittimologia, se non il principale, risiede proprio nel propugnare l'instaurazione di meccanismi di giustizia riparativa volti al superamento del tradizionale modello del castigo[11]. Conseguentemente, il reato non andrà più considerato soltanto alla stregua di un'azione *contra ius* che determina la comminazione della sanzione penale, ma come una condotta ontologicamente pregiudizievole per le vittime, sempre suscettibile di arrecare alle stesse ingenti traumi psicologici[12].

A ben guardare, è appena il caso aggiungere che una compiuta rivoluzione vittimologica richiederebbe, altresì, che gli ordinamenti si dotino di efficienti sistemi di indennizzo, per tutti quei casi in cui l'autore del reato non disponga di risorse sufficienti per risarcire la vittima dei danni subiti o qualora il primo non riesca ad essere identificato. Una tale esigenza, da ritenersi oramai

---

[4] La dottrina ha parlato, al riguardo, di *vittima ignorata*. Sul punto cfr. Y. PARZIALE, *Il ruolo della vittima del reato tra diritto e neuroscienze. Il caso dei minori*, in *Cass. pen.*, 2020, 2144. Per un approfondimento della questione, cfr. M.M. CORRERA-D. RIPONTI, *La vittima nel sistema italiano della giustizia penale: un approccio criminologico*, Padova 1990.

[5] A tale specifico riguardo viene in rilievo l'art. 185 c.p., avente a oggetto il risarcimento del danno e le restituzioni conseguenti alla commissione di un reato; cfr. per tutti M. PISANI, *Il risarcimento del danno da reato nell'ordinamento italiano*, in *Indice pen*. 1975, 55 ss.

[6] Pietra miliare dei relativi studi va considerata l'opera di H. VON HENTING, *The Criminal and his Victim. Studies in Sociobiology and Crime*, New Haven, 1948.

[7] L'espressione è di B. LEE WILLIS, *State Compensation of Victims of Violent Crimes: The Council of Europe Convention of 1983*, in *Virg. JIL*, 1984, 214.

[8] Cfr. *ex multis*, M.V. DEL TUFO, voce *Vittima del reato*, in *Enc. dir*., Vol. XLVI, 997 e M. PISANI, *Per le vittime del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen*.,1989, 465.

[9] In tal senso, cfr. T. BANDINI, voce *Vittimologia*, in *Enc. dir*., Vol. XLVI, 1993, 1008 e L. SEBBA, *The Victim's Role in the Penal Process: a Theorical Orientation*, in *AJCL*, 1982, 217-218.

[10] Cfr. sul punto lo studio dello "UN Office for Drug Control and Crime Prevention" (qui di seguito: UNODC), intitolato *Handbook on Justice for Victims*, del 2010, p. 6 ss. Peculiare attenzione deve pure essere riservata in questo caso al rapporto del diritto penale con le neuroscienze; cfr. al riguardo Y. PARZIALE, *op. cit.*, 2139 ss.

[11] Cfr. A. CERETTI, *Giustizia riparativa e mediazione penale. Esperienze pratiche a confronto*, in F. SCAPARRO (a cura di), *Il coraggio di mediare*, Milano 2001, 307 ss.

[12] Sull'inadeguatezza della pena a rispondere a siffatte esigenze, cfr. ad es. F. CINGARI, *La giustizia riparativa nella Riforma Cartabia*, in *www.sistemapenale.it*, 2024, 5.

corrispondente a un autonomo interesse della Comunità internazionale[13], risulta particolarmente avvertita a livello continentale, ove innanzitutto si registra la "Convenzione europea sul risarcimento delle vittime di crimini violenti", del 1983, promossa dal Consiglio d'Europa[14]. Questo accordo internazionale, che certamente ha contribuito a elevare gli standard di protezione degli stranieri, dispone, a carico degli Stati contraenti, l'adozione di una disciplina inderogabile *in peius* che preveda un sistema di ristoro delle vittime dei più gravi reati, caratterizzati da un elevato grado di antisocialità della condotta. In direzione analoga si è mossa, poi, l'Unione europea, con l'approvazione da ultimo della direttiva n. 2004/80/CE[15]. Ma in un tale ambito, il nostro Paese ha accusato un poco edificante ritardo. Innanzitutto, l'Italia non si è neanche preoccupata – non di ratificare – ma almeno di firmare l'appena citata convenzione[16]. Quanto alla sopra richiamata direttiva, poi, il suo recepimento è risultato particolarmente travagliato, passandosi da un suo flagrante inadempimento a una faticosa attuazione degli obblighi comunitari[17].

2.La diffusione dei modelli di giustizia riparativa nell'ambito dei più evoluti sistemi giuridici nazionali è stata ampiamente sollecitata dalla Comunità internazionale. Emblematico in tal senso risulta essere innanzitutto il documento approvato in seno al Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite, nel 2002, sui "Principi base inerenti all'uso dei Programmi di giustizia riparativa in materia penale"[18], da considerarsi al riguardo un vero punto di riferimento sul piano universale[19]. Nello stesso solco, poi, a livello continentale, si inscrivono numerosi altri atti, come la direttiva comunitaria n. 2012/29/UE[20] e le diverse raccomandazioni adottate in materia dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, tra cui spicca per la ricchezza di contenuti la R(2018)8[21].

---

[13] È quanto innanzitutto emerge da due risoluzioni dell'Assemblea Generale delle NU: la n. 40/34, del 29 novembre 1985, intitolata *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*; e la n. 60/147, del 16 dicembre 2005, sui *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*. A ciò si aggiunga il progetto di Convenzione delle NU intitolato *Justice and Support for Victims of Crime and Abuse of Power*, dell'8 febbraio 2010. Per un accurato approfondimento della problematica, cfr. E. RUOZZI, *Il risarcimento come forma di riparazione per la violazione di diritti umani fra responsabilità internazionale degli Stati e soggettività internazionale dell'individuo*, in *www.federalismi.it*, n. 2, 2017, 1 ss.

[14] La richiamata convenzione è entrata in vigore il 2 gennaio 1988, avendo raggiunto il numero minimo di ratifiche richieste. Cfr. *amplius*, G. SCALESE, *Un nuovo passo verso l'ampliamento del catalogo dei diritti umani: la Convenzione europea sul risarcimento delle vittime dei crimini violenti*, in *Com. inter*., 1996, 554 ss., cui si rinvia altresì per la bibliografia ivi citata.

[15] Si tratta della direttiva del Consiglio, deliberata in data 29 aprile 2004, relativa all'indennizzo delle vittime di reato.

[16] È appena il caso di rammentare che normalmente è solo con la *ratifica* che lo Stato manifesta la sua volontà negoziale di divenire parte di un trattato, mentre la *firma* svolge solo una funzione "para-notarile" di autenticazione del testo da parte di coloro che ne curano la redazione, il quale verrà portato, poi, all'attenzione degli organi dotati dell'effettiva competenza a stipulare.

[17] Per una ricostruzione di questa complessa vicenda, cfr. G. PULEIO, *Vittime di reati intenzionali violenti: una recente pronuncia della Corte di giustizia*, in *Pers. mer.*, 2020, 435 ss.

[18] Trattasi della Risoluzione n. 2002/12 adottata dal richiamato Consiglio, nel corso del suo *37th plenary meeting*, il 24 luglio 2002. In funzione prodromica cfr. pure le sue risoluzioni n. 1998/23 e 1999/26.

[19] Questa risoluzione ha successivamente ispirato l'adozione di uno studio in materia da parte dell'UNODC, prima nel 2006, poi nel 2020, confluito nelle due edizioni del suo *Handbook on Restorative Justice Programmes*.

[20] Trattasi della direttiva adottata dal Parlamento europeo e dal Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, in sostituzione della precedente decisione quadro 2001/220/GAI.

[21] Tra le altre, vedi pure le raccomandazioni R(87)21, R(99)19, R(99)22 e R(2010)1. Sempre nell'ambito della medesima organizzazione, attraverso l'istituita Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia (CEPEJ) - con il compito di valutare l'efficacia e la qualità dei sistemi giudiziari nei Paesi membri e operante dal 2002 sotto l'egida del relativo

A eccezione dell'atto dell'Unione europea di diritto derivato da ultimo menzionato, dotato d'indubbia portata precettiva per i relativi Stati membri (Italia compresa), tutti gli altri strumenti internazionali cui si è fatto cenno si configurano come atti di *soft law* dal valore meramente esortativo e, in quanto tali, sforniti di efficacia obbligatoria[22]. Nel loro complesso considerati, essi hanno finito tutti, comunque, con lo svolgere una funzione di stimolo nei riguardi dei legislatori nazionali (almeno dei più avveduti[23]), prospettando, sia pure con talune marginali differenze, un medesimo modello normativo di riferimento per l'instaurazione di un fattivo meccanismo di giustizia riparativa la cui principale caratteristica consiste nella *volontarietà* del relativo sistema[24].

Nello specifico, le fondamentali *guide lines* che caratterizzano il richiamato quadro normativo internazionale consistono, in estrema sintesi, nell'attivazione di un libero e volontario processo di mediazione che favorisca l'instaurazione un dialogo diretto tra l'autore e la vittima del reato.

Ciò implica, in primo luogo, un coinvolgimento congiunto della vittima e del reo nell'analisi del comportamento deviante dalla prima subito, che consenta il componimento di quella "frattura relazionale"[25] naturalmente insita nella consumazione di un qualunque reato. Trattasi, allora, di affrontare l'illecito penale non quale semplice scaturigine di una sanzione retributivo-afflittiva, bensì come fatto umano comprensivo di tutti gli aspetti emotivi a esso connessi[26]. Viene, così, a configurarsi un rimedio normativo di pacificazione sociale, nell'ambito del quale lo Stato abdica, in parte, alla sua tradizionale *primauté* vantata nel diritto penale, in favore di un "modello consensualistico" di gestione del reato[27]. Innanzitutto, la vittima si ritrova nella posizione di confrontarsi con il delinquente in merito al patimento psicologico sofferto, nella consapevolezza di prendere parte a un programma suscettibile di condizionare, in chiave premiale, l'espiazione della pena da parte di colui che aveva attentato alla sua sfera giuridica. Viene, altresì, consentita una "partecipazione allargata" a siffatti programmi involgente soggetti terzi, quali ad esempio i parenti della vittima, gli esponenti della

---

Consiglio dei ministri - viene di fatto assicurata un'azione di *follow up* (anche) in ordine allo stato di attuazione della giustizia riparativa negli ordinamenti nazionali.

[22] Ma non privi di effetti giuridici! Merita, infatti, di essere sottolineato che gli atti di *soft law*, in presenza di una serie di fattori concludenti quali il sufficiente grado di specificità delle relative previsioni, il tipo di consenso eventualmente ottenuto, *etc*., possono originare delle vere e proprie *norme permissive*. Queste norme, che si pongono su di una linea di confine tra le norme precettive e le semplici regole di condotta sociale, si traducono in delle direttive generali a carattere programmatico ed esortativo che i destinatari sono liberi di osservare. A differenza delle norme precettive, esse non contengono un comando assistito da una sanzione. Ma diversamente dalle mere *esortazioni*, che rilevano solo su di un piano extragiuridico, queste stesse norme hanno qualità giuridica, ponendosi a presidio di valori riconosciuti dell'ordinamento e come tali suscettibili di orientare l'attività di chiunque sia chiamato a valutare *secundum ius* una determinata, rilevante situazione. La nozione di "norma permissiva", del resto, è tutt'altro che sconosciuta alla teoria generale del diritto ed è affermata dalla più attenta dottrina: cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1975, vol. I, 347; A. CAROLA, *Il valore giuridico delle esortazioni del legislatore nel diritto canonico*, in *Studi in onore di Vincenzo Del Giudice*, Milano 1963, 123 ss. Sul *soft law* o "diritto morbido" esiste, poi, una vastissima letteratura: cfr. per tutti D. DECLEVA, *Le dichiarazioni di principio delle Nazioni Unite*, in *Annuario di diritto internazionale*, Napoli 1965, 63 ss.; G. ARANGIO RUIZ, *The Normative Role of General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations*, in *RC*, 1972, III, 431 ss., spec. 469 e ss.; A. VERDROSS, *Kann die Generaluersammlung der Vereinten Nationen das Vólkerrecht weiterbilden?*, in *ZAORV*, 1966, 690 ss.

[23] Si pensi ad es. agli ordinamenti francese, tedesco, austriaco e britannico, come anche a quello australiano, neozelandese e canadese. Per un'analisi comparativa dei rilevanti sistemi legislativi europei, cfr. M. BOUCHARD-F. FIORENTIN *op. cit.* p. 54 ss. e J. FAGET, *La médiation. Essai de politique pénale*, Toulouse 1997.

[24] Vedi G.L. GATTA, *La giustizia riparativa una sfida del nostro tempo*, in *www.sistemapenale.it*, 10/2024, 59.

[25] Così, F. CINGARI, *op. cit*., 4

[26] *Ibidem*, p. 4 ss.

[27] Sembrerebbe porsi in senso contrario L. EUSEBI, *op. cit.*, 1, quando sente il bisogno di affermare al riguardo che "non si apre, in altre parole, a una giustizia penale privatizzata". Ma vedi quanto si preciserà *infra*, nota 45.

società civile o anche persone che hanno subito reati analoghi[28], al fine di riedificare i legami comunitari recisi dal reato e la cui commissione va a perturbare immancabilmente l'ordine sociale della collettività. Al contempo, si promuove l'instaurazione di un processo di auto-responsabilizzazione del reo, permettendogli di analizzare le ragioni del proprio comportamento antigiuridico e prendendo coscienza dell'effettivo nocumento arrecato alla vittima[29]. Il tutto favorito dall'ufficio di un *facilitatore-mediatore* che si adopererà affinché si pervenga alla conclusione di un patto dal variegato contenuto, che potrà avere a oggetto scuse formali, l'assunzione di responsabilità da parte del reo, nonché tutte quelle ulteriori misure finalizzate ad assicurare il pieno ristoro (materiale e morale) della vittima.

Ma un siffatto modello normativo comporta delle fortissime implicazioni a livello dommatico, suscettibili, almeno in parte, di stravolgere le tradizionali concezioni penalistiche.

In primo luogo, la *mediazione*, nella sua accezione di strumento di risoluzione delle controversie alternativo alla tradizionale funzione di accertamento del diritto[30], irrompe a pieno titolo nel processo penale[31], arricchendolo di nuovi contenuti. A tale riguardo, è appena il caso di rammentare che la mediazione *de qua* si presenta, nel suo schema di fondo, come l'intervento nel corso di una lite di un soggetto terzo (mediatore) accettato dalle parti controvertenti, il quale, pur privo di ogni potere decisionale, cerca di agevolarne il riavvicinamento, al fine di permettere alle stesse di pervenire alla conclusione di un accordo *lato sensu* "conciliatorio". In linea di principio, poi, l'ambito di applicazione di un simile istituto appare proporzionalmente correlato allo spazio concesso dall'ordinamento all'autonomia negoziale, di regola massimo in ambito civilistico[32].

Così, il modello di giustizia riparativa, auspicato dalla Comunità internazionale, apre le porte a una soluzione pattizia facilitata dal mediatore e destinata a dispiegare la sua efficacia nello sviluppo del processo e dell'esecuzione penale, arrivando a poter condizionare la determinazione e l'applicazione delle pene[33]. Senza avere a questo punto la minima pretesa di affrontare le intrigate questioni teoriche e definitorie inerenti alla poliedrica nozione di *patto*, non v'è dubbio, allora, che il sistema di giustizia riparativa culmini, di fatto, in un accordo da intendersi, nella sua essenza, quale atto collettivo ove le volontà delle parti (vittima e reo) si incontrano per il conseguimento, attraverso un reciproco impegno, di una finalità condivisa.

Merita di essere evidenziato ulteriormente come un simile sistema riparativo, proprio in quanto proiettato verso una soluzione di tipo negoziale e valorizzando di fatto il ruolo dei privati nell'amministrazione della giustizia, finisca con il realizzare una vera e propria *sussidiarietà perfetta*. Il principio di sussidiarietà, che trova la sua originaria matrice nel diritto dell'Unione europea, è

---

[28] Può ben parlarsi a tale specifico riguardo di "vittima surrogata"; così M. BOUCHARD-F. FIORENTIN, *op. cit*., 238.

[29] In generale, sugli inerenti aspetti giuridico-filosofici si veda l'interessante lavoro di R. MAZZOLA, *Chiedere scusa*, Napoli 2023.

[30] Cfr., *ex multis*, R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino 2011.

[31] Nel nostro ordinamento, comunque, già prima della "Riforma Cartabia", sono state sperimentate forme di mediazione penale: cfr. ad es., F. RUGGIERI, voce *Mediazione*, in G. SPANGHER (a cura di), *Dizionario sistematico di procedura penale*, Milano 2008, 751 ss.; R. CATERUCCIO, *Le prospettive della mediazione penale: teoria e prassi giudiziarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1293 ss.

[32] È appena il caso di rammentare che in Italia, con il d. lgs. n. 28/2010, è stata introdotta nel processo civile una figura unitaria e obbligatoria di mediazione. Peraltro, questo istituto, in quanto tipico sistema ADR, ovviamente non va confuso con il contratto disciplinato dagli artt. 1754 ss. c.c., inerente all'opera del mediatore inteso come colui che mette in relazione due o più persone per la conclusione di un affare. L'istituto della mediazione aveva comunque già fatto ingresso nel diritto penale; al riguardo, vedi *supra*, nota 31.

[33] Sul punto, vedi quanto si dirà *infra*, par. 3.

quello in forza del quale, nell'esercizio di una pubblica funzione, occorre favorire le scelte decentrate di un centro di imputazione inferiore, rispetto a quelle che potrebbero essere adottate da un'autorità di rango superiore[34]. Ebbene, qui si assiste all'accoglimento di una vera e propria "sussidiarietà perfetta", ove il più basso livello decisionale previsto dall'ordinamento viene accordato non a un ente, ma direttamente agli atomi della società, ovvero ai soggetti privati coinvolti o, per meglio dire, al reo e alla vittima[35]. Qui si registra, quindi, una sorta di "recessione" dei pubblici poteri nell'esercizio di una tipica attività *iure imperi* connessa all'espletamento della giurisdizione penale, con un effettivo trasferimento di poteri in favore di persone private che risultano, così, investite di una funzione di "gestore responsabile" degli interessi della collettività.

Da ultimo, merita di essere evidenziato come la giustizia riparativa finisca con il concretizzare un nuovo, addizionale meccanismo di *garanzia* del diritto, dovendosi intendere per tale, secondo una limpida sistemazione dommatica, ogni strumento, atto o procedimento volto a prevenire le violazioni dell'ordinamento o a reprimerle qualora queste fossero state già perpetrate[36]. Le garanzie del diritto descrivono, dunque, un concetto ben più ampio di quelli di "sanzione" o di "pena"[37] che ne rappresentano solo delle possibili declinazioni, andando piuttosto a ricomprendere qualsiasi fattore normativo operante ed efficiente nella difesa dell'equilibrio sociale e giuridico tutelato dall'ordinamento. Non v'è dubbio, allora, che l'idea di una giustizia riparativa volta a una ricomposizione multilivello della frattura sociale causata dal reato e che nello specifico impatta sul trilatero vittima-reo-collettività, risultando suscettibile di condizionare la stessa irrogazione della pena, descriva, in un *restorative dialogue*, una nuova forma di garanzia complementare – non alternativa – ai metodi di gestione del reato tradizionalmente affermatisi negli ordinamenti interni.

Cosicché, il sistema di garanzia proprio del diritto penale, nell'arricchirsi oggi dei meccanismi di giustizia riparativa che vanno a integrare il suo tipico sistema sanzionatorio, sembra accogliere delle nuove istanze di solidarietà, divenendo un efficace strumento di pacificazione che va ben oltre gli aspetti meramente retributivi e correttivi della pena.

3.Largamente improntate al recepimento delle appena descritte indicazioni promananti dalla Comunità degli Stati, risultano essere le previsioni della recentissima "Riforma Cartabia", di cui al Titolo IV del d.lgs. 150/2022, intitolato "Disciplina organica della giustizia riparativa" (artt. 42 ss.)[38].

---

[34] Ai sensi dell'art. 5, par. 3 TUE: "In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione". Sul principio in parola, cfr. *amplius* P. DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità europea*, Napoli 2000. Il principio di sussidiarietà è stato poi consacrato nel nostro ordinamento dall'art. 118 Cost., così come novellato dalla l. cost. n. 3/2001.

[35] La teoria della *sussidiarietà perfetta* è stata elaborata da G. SCALESE, *art. 173*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano 2014, 1567-1568.

[36] Così R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, V ed., Napoli 1968, 229.

[37] Sulla natura e la funzione della *pena* esiste una sterminata bibliografia. Per una disamina delle principali teorie, vedi F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed., Milano 2003, 675 ss. Per un sintetico riferimento alla problematica in questione, tra i tanti, cfr. C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Vicenza, 2020, 59 ss.

[38] Come Paese membro dell'UE, l'Italia è stata obbligata invero a conformarsi ai dettami della direttiva n. 2012/29/UE, quale atto di diritto comunitario derivato, dotato di indubbia portata precettiva e il cui contenuto ricalca in buona parte lo schema della richiamata raccomandazione del Consiglio d'Europa R/2018/8.

Il legislatore nazionale si è ritrovato, in tal modo, a dare sostanziale attuazione al modello internazionale di giustizia riparativa – specie con riguardo a quanto sostenuto dalla prevalente *communis opinio* europea[39] – allineandosi con i più evoluti standard applicati nei fori domestici[40].

Anche il sistema italiano si fonda sulla partecipazione attiva e volontaria del reo e della vittima ai programmi di giustizia riparativa, nell'ottica del raggiungimento di un consenso tra i medesimi soggetti, che tenga conto dei loro reciproci interessi[41] e che viene favorito dall'intervento di un mediatore terzo (artt. 43 e 45). Nello specifico, ai sensi del novellato art. 129 *bis* c.p.p.[42], l'accesso ai

---

[39] Non mancano tuttavia le divergenze. Una distonia della normativa italiana, rispetto alle rilevanti fonti europee, è rappresentata dal mancato *riconoscimento dei fatti essenziali* della vicenda criminosa da parte del reo, quale condizione per l'accesso ai programmi di giustizia riparativa, prevista invece da queste ultime (cfr. art. 12, par. 1, lett. *c*, dir. 2012/29/UE e punto 30 racc. Cons. d'Europa R/2018/8), nella misura in cui ciò avrebbe potuto contrastare, nel nostro ordinamento, con la presunzione di innocenza garantita dall'art. 27, co. 2 Cost. e con il fondamentale principio *nemo tenetur se detegere*. Per un approfondimento di questa problematica e dell'inerente *querelle* dottrinale, cfr. M. BOUCHARD-F. FIORENTIN, *op. cit*., 353 ss. Un ulteriore divergenza sembrerebbe porsi anche con riguardo al *diritto della vittima* di essere sempre e comunque assistista nel processo e nell'esecuzione penale, sancito dalla stessa direttiva e che all'incontrario sembrerebbe di fatto negato in Italia, qualora non risultasse azionato il meccanismo di giustizia riparativa. Al riguardo, vedi *infra*, nota 43.

[40] Vedi *supra*, par. 2.

[41] Merita di essere evidenziato come simili meccanismi acquistino un ulteriore valore sociale nel momento coinvolgono dei *minori*, quali individui caratterizzati da una loro ontologica fragilità; cfr. Y. PARZIALE, *op. cit*., p. 2150 ss. È chiaro, che un'efficiente giustizia riparativa finisce con il contribuire ad assicurare un'adeguata protezione dei minori, in linea, peraltro, con quanto sancito a livello internazionale. A un secolo dall'adozione, nel 1924, della "Dichiarazione dei diritti del fanciullo", ad opera della SdN, può oggi ritenersi che la tutela dei minori vada a inscriversi a pieno titolo nel quadro dei diritti fondamentali dell'uomo. In un siffatto contesto, merita di essere richiamata la Convezione internazionale dei diritti del fanciullo, del 1989, promossa dalle NU, che codifica, in termini generali, tutta una serie di regole e principi di ampia portata in favore dei minori. Tale importantissima convenzione, entrata in vigore nel 1990, può peraltro considerarsi uno degli accordi internazionali che ha raccolto il maggior numero di ratifiche al Mondo, potendosi parlare al riguardo di un vero e proprio *traité loi*. Un ruolo centrale nel sistema della convenzione in parola è rivestito, poi, dal principio del *superiore interesse del minore*, consacrato dal relativo art. 3, alla luce del quale deve essere assicurata l'applicazione e l'interpretazione di tutte le norme che lo riguardano, oltre a costituire un criterio guida di stampo precettivo, cui è tenuto a ispirarsi il legislatore nazionale nella predisposizione dei suoi interventi in materia. Non è un caso, allora, che l'art. 46 del d.lgs. 150/2022 abbia previsto che, nello svolgimento dei programmi di giustizia riparativa, l'applicazione delle relative diposizioni dovrà essere sempre improntata al pieno rispetto di questo principio.
La tutela internazionale del minore, peraltro, si è arricchita di un nuovo efficacissimo strumento procedurale, introdotto dal III Protocollo opzionale alla citata convenzione delle NU, approvato nel 2011 e ratificato dall'Italia nel 2015. Nello specifico, il Protocollo contempla tra l'altro la possibilità per i minori di adire il Comitato dei diritti del fanciullo – che opera sotto l'egida delle NU – per la violazione dei diritti garantiti dalla richiamata Convenzione ONU. La legittimazione attiva per l'attivazione di un simile strumento di reclamo compete in realtà tanto agli Stati, quanto ai singoli individui. Ma l'aspetto di maggior rilievo, in quanto immediatamente funzionale al rafforzamento dei rimedi procedurali a tutela dei minori, inerisce al meccanismo dei *ricorsi individuali* che verranno sottoposti alla cognizione del Comitato. Beninteso, va evidenziato che si tratta di una procedura di tipo non-giurisdizionale che culmina, nell'adozione di una raccomandazione diretta allo Stato ritenuto responsabile, comportante l'adozione di misure in favore del minore, quali scuse, restituzione, risarcimento *etc*. Al riguardo, cfr. I. INGRAVALLO, *La tutela internazionale dei minori dopo l'entrata in vigore del terzo protocollo opzionale alla Convenzione del 1989*, in *La Comunità Internazionale*, 2014, 341 ss.

[42] La modifica è stata introdotta dalla "Riforma Cartabia" (art. 7 del d.lgs. 150/2022) che simmetricamente ha previsto, con riguardo alla fase di esecuzione della pena, il nuovo art. 15-*bis* ord. pen., a norma del quale «1. In qualsiasi fase dell'esecuzione l'autorità giudiziaria può disporre l'invio dei condannati e degli internati, previa adeguata informazione e su base volontaria, ai programmi di giustizia riparativa. 2. La partecipazione al programma di giustizia riparativa e l'eventuale esito riparativo sono valutati ai fini dell'assegnazione al lavoro all'esterno, della concessione dei permessi premio e delle misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, nonché della liberazione condizionale. Non si tiene conto in ogni caso della mancata effettuazione del programma, dell'interruzione dello stesso o del mancato raggiungimento di un esito riparativo». Va rilevato che tanto con riguardo alla fase processuale (art. 129-*bis* c.p.p.), che a quella esecutiva (art. 15-*bis* ord. pen.) l'avvio del programma di giustizia riparativa, quindi, può essere disposto o negato dal magistrato senza il consenso di tutti i soggetti interessati – e specialmente senza quello della vittima – in palese contrasto con quanto previsto dall'art. 8, par. 1 della direttiva 2012/289/UE che invece sancisce il diritto della vittima ad avere accesso nel proprio interesse «a specifici servizi di assistenza riservati, gratuiti… prima, durante e per un congruo periodo di tempo dopo il procedimento penale». In tal senso, cfr. M. BOUCHARD-F. FIORENTIN, *op. cit*., 346-349.

programmi in parola viene disposta con ordinanza dall'autorità giudiziaria, d'ufficio o su richiesta della vittima o dell'imputato, verificatane l'utilità per la risoluzione delle questioni derivanti dal fatto incriminato, nonché l'assenza di pericoli per i soggetti interessati[43] e per l'accertamento dei rilevanti accadimenti. Tuttavia, questo filtro della magistratura, alla quale viene rimesso l'atto d'impulso del relativo meccanismo, rilevando solo su di un piano squisitamente procedurale, non altera nella sostanza l'asserito fondamento *consensualistico* della giustizia riparativa, il cui esito (accordo) resta nella piena disponibilità delle parti interessate[44].

Va, poi, debitamente evidenziato come l'operatività dei programmi di giustizia riparativa venga concepita nella forma più *estesa* possibile. Innanzitutto, sotto il profilo *soggettivo* potranno prendervi parte tutte le persone turbate dalla condotta antigiuridica e, quindi, oltre ovviamente il reo e la vittima, anche i parenti di quest'ultima, gli enti *non-profit* esponenziali di rilevanti interessi coinvolti, le amministrazioni territoriali *etc*., al fine di conseguire quella piena pacificazione sociale che è stata compromessa dal reato[45]. Completamente fiscalizzati risultano, poi, i costi di svolgimento di siffatti programmi, connotati dall'assoluta gratuità (art. 43, par. 3), sempre nell'ottica di favorire al massimo la partecipazione degli interessati. Neppure esistono *limiti oggettivi* ricollegabili al contenuto materiale della relativa fattispecie incriminatrice. L'accesso ai programmi di giustizia riparativa è, difatti, prospettabile per ogni tipologia di reato, a prescindere dalla sua gravità (art. 44). Infine, *quoad tempus*, i programmi di giustizia riparativa risultano esperibili in ogni stato e grado del processo e dell'esecuzione penale[46], come pure in presenza di una qualunque causa estintiva del reato, d'improcedibilità o, addirittura, nel caso di già avvenuta espiazione della pena (art. 44). Nell'ipotesi, poi, di reati perseguibili a querela di parte, viene prevista l'attivazione di siffatti programmi persino prima che risulti effettivamente dato impulso dall'avente diritto al relativo procedimento (art. 44, par. 3).

Fulcro essenziale dell'intero programma di giustizia riparativa è rappresentato dalla figura del *mediatore*. A lui il delicato compito di catalizzare il ravvicinamento delle parti interessate, al fine di ricomporre quello iato collettivo che la condotta criminosa ha determinato[47]: ad esempio, sul versate

---

[43] L'art. 43, par. 4 del d.lgs. n. 150/2022, che va comunque letto in combinato disposto con l'art. 129-*bis* c.p.p., stabilisce: "L'accesso ai programmi di giustizia riparativa è sempre favorito, senza discriminazioni e nel rispetto della dignità di ogni persona. Può essere limitato soltanto in caso di pericolo concreto per i partecipanti, derivante dallo svolgimento del programma".

[44] Precisa al riguardo L. EUSEBI, *op. cit*., 13: «Viene, dunque, nuovamente in considerazione l'esigenza di evitare qualsiasi tendenza alla *privatizzazione* della giustizia penale». L'affermazione è solo parzialmente corretta. Di certo, in linea di principio, l'esercizio della giustizia penale rimane una tipica manifestazione del potere sovrano dello Stato; ma al contempo, non si può negare che il sistema volontario di giustizia riparativa (sia pure come appena visto con il filtro del magistrato competente) abbia aperto la strada alla potenziale incidenza del *patto* riparativo e, dunque, dell'autonomia negoziale, sullo svolgimento del processo e dell'esecuzione penale. D'altronde, come rileva acutamente CINGARI, *op. cit*., p. 6, nel quadro della giustizia riparativa «lo Stato, pur essendo presente attraverso la figura del mediatore, assume un ruolo di controllo ma non di supremazia nei confronti degli altri soggetti…».

[45] Vedi quanto rilevato *supra*, par. 2.

[46] Parte della dottrina ha sottolineato la massima potenzialità dei meccanismi di giustizia riparativa nella fase dell'esecuzione; cfr. sul punto, M. PELLISSERO, *La metamorfosi della pena in fase esecutiva tra funzione rieducativa e legalità della pena. Una rilettura sostanziale della crisi del giudicato*, in *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano 2018, 339 ss. Per un'approfondita analisi dell'impatto della giustizia riparativa sull'esecuzione penale, cfr. M. BOUCHARD-F. FIORENTIN, *op. cit*., 335 ss.

[47] Si tratta, quindi, di "ricomporre il conflitto intersoggettivo creato dal reato"; così F. VIGANÒ, *Verità e giustizia riparativa*, in *www.sistemapenale.it*, 2024, 6. Analogamente, cfr. G. MANNOZZI, voce *Giustizia riparativa*, in *Enc. dir*., *Annali*, X, Milano 2017, 474 ss.

della vittima, sedando il suo sentimento di vendetta[48]; e su quello del reo, stimolando la sua effettiva presa di coscienza del disvalore sociale della propria condotta, in modo da favorirne il pieno recupero, in coerenza, del resto, con quanto auspicato dal nostro dettato costituzionale[49]. L'ufficio del mediatore dovrà, in ogni caso, essere espletato da soggetti altamente qualificati che opereranno presso dei "Centri per la giustizia riparativa", sotto la vigilanza del Guardasigilli, e che risulteranno abilitati allo svolgimento della relativa funzione a valle di un complesso e articolato programma di formazione *ad hoc* (artt. 60 ss.)[50].

Va a questo punto debitamente evidenziata la posizione di assoluta *indipendenza* del mediatore il quale potrà operare secondo criteri e metodologie che sfuggono integralmente al controllo del giudice (art. 43, par. 1, lett. *g*). Ciò appare in perfetta linea con la formale alterità del programma di giustizia riparativa rispetto al procedimento penale *tout court* inteso[51], per quanto i suoi risultati, come verrà di qui a poco precisato, potrebbero finire con il condizionare la stessa irrogazione della pena.

Coerentemente, lo svolgimento di tutte le attività del mediatore sono permeate da un dovere di massima *riservatezza*, risultando questi tra l'altro obbligato a non divulgare presso terzi le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso del programma di giustizia riparativa, che potranno essere pubblicate solo con il consenso delle parti interessate (art. 50). A maggior ragione, viene espressamente sancito il principio dell'inutilizzabilità nel procedimento penale, come pure nella fase di escussione della pena, della documentazione acquisita nel corso del programma di giustizia riparativa (art. 51). Lo stesso mediatore, infine, non potrà essere tenuto a deporre sulle attività svolte e né, tantomeno, verranno consentiti sequestri e/o intercettazioni in un tale ambito (art. 52).

L'immanente segretezza, che dunque afferisce agli incontri tra il mediatore e le parti interessate, costituisce un fattore decisivo per consentire al primo di operare con la massima efficacia, affrancando al contempo le seconde (specialmente il reo) da possibili "nocumenti processuali" ricollegabili al contegno da queste in concreto ivi tenuto. Il che permette, inoltre, di agevolare il raggiungimento di quel *consenso* tra le parti interessate, che costituisce il vero strumento di produzione giuridica degli effetti della giustizia riparativa.

La procedura *de qua* culmina, infatti, in quell'*esito riparativo* consacrato in «qualunque accordo… volto alla riparazione dell'offesa e idoneo a rappresentare l'avvenuto riconoscimento reciproco e la possibilità di ricostruire la relazione tra i partecipanti» (art. 41, par. 1, lett. *e*). Attraverso un simile patto, le parti interessate si ritrovano, così, a gestire consensualmente la complessa situazione di fatto che la condotta antigiuridica ha originato. L'accordo in questione potrà, invero, comportare un esito riparatorio il più ampio possibile, comprendente non solo misure materiali di

---

[48] Così G.L. GATTA, *op. cit*., 59.

[49] Considerata infatti l'evidente funzione rieducativa dei programmi di giustizia riparativa, è del tutto ovvio ricondurli nell'alveo dell'art. 27 Cost., comma 3, a norma del quale: «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla *rieducazione* del condannato» (corsivo aggiunto). V'è, poi, chi come F. CINGARI, *op. cit*., 3., colloca la giustizia riparativa, in rapporto alle connesse finalità di recupero del reo, pure nel quadro dell'eliminazione delle diseguaglianze sociali sancita dall'art. 3 Cost.

[50] È chiaro che sarà solo l'efficiente operare dei richiamati organismi (cfr. F. CINGARI, *op. cit*. p. 23), coniugato alla loro capillare diffusione sul territorio nazionale a decretare l'effettivo successo della "Riforma Cartabia" al riguardo. A tutto il 2024, si contavano solo 36 Centri per la giustizia riparativa; cfr. la scheda dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, al seguente indirizzo telematico: *https:// www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/2023-10/12-10-2023-scheda ricerca-giustizia-riparativa.pdf.*

[51] Sul punto: G. MANNOZZI, *op. cit.*, 482 ss.; F. VIGANÒ, *op. cit*., 7-8; F. CINGARI, *op. cit.,* 9-10.

restitutio in integrum o di risarcimento del danno, ma pure forme di soddisfazione morale, come ad esempio scuse simboliche o impegni comportamentali che il reo assume nei riguardi della vittima e/o della collettività (art. 56).

Ma l'aspetto di maggior rilievo è costituito, a questo punto, dalla possibilità che il descritto esito riparativo finisca con lo spiegare efficacia sullo svolgimento del processo e dell'esecuzione penale, in tal modo rendendo sia per la vittima che per il reo ancora più attrattivo il ricorso al meccanismo in questione. Il mediatore, infatti, al termine della procedura è tenuto a trasmettere all'autorità giudiziaria una relazione sulle attività svolte e sull'esito riparativo raggiunto (art. 57)[52], la quale ben potrà tenerne conto, ma solo *in melius*, nell'esercizio del proprio potere di applicazione della pena (art. 58, par. 1)[53]. È previsto, infatti, che la mancata conclusione del patto o il suo eventuale successivo inadempimento giammai produrranno effetti sfavorevoli nei riguardi dell'autore dell'offesa, incentivandosi così ulteriormente la partecipazione del reo a tali programmi (art. 58, par. 2)[54].

A ben guardare, la valutazione del magistrato competente dell'esito riparativo e del relativo accordo, diventa una condizione d'efficacia dello stesso patto nel processo penale. Non sembrerebbe, allora, un'ipotesi peregrina ritenere che, attraverso una siffatta "omologazione" del giudice, quel libero consenso originariamente manifestato dalle parti interessate si tramuti in una sorta di *Gemainwille*, che potrebbe arrivare a condizionare, come appena detto, la determinazione (autoritativa) della pena, assumendo per tal via, la vittima e il reo, un ruolo attivo che finisce con l'incidere sull'applicazione della relativa sanzione[55].

In definitiva, appare evidente come le sin qui descritte innovazioni legislative recepite nel nostro ordinamento risultano tutte essere state stimolate dal diritto internazionale[56], in perfetta armonia, del resto, con il dettato della nostra Costituzione. Come riconosciuto dalla migliore dottrina, infatti, deve sempre rammentarsi che l'osservanza del diritto internazionale costituisce un indiscusso *valore supremo* dell'ordinamento giuridico italiano, il quale concorre, insieme agli altri principi fondamentali della Costituzione, a individuarne la reale essenza[57].

---

[52] La medesima previsione è contemplata dall'art. 129-*bis*, co. 5 c.p.p.

[53] Nello specifico, con riguardo al processo di *cognizione*, viene anzitutto in rilievo l'art. 133, co. 2 c.p., a norma del quale il giudice, nell'esercizio del proprio potere discrezionale inerente all'applicazione della pena, potrà tener conto della condotta contemporanea o susseguente al reato osservata dal colpevole, evidentemente ivi comprendendosi pure la partecipazione dello stesso a un programma di giustizia riparativa e del relativo esito concordato con la vittima. Il risultato riparativo può incidere, altresì, sulla valutazione della *tenuità del fatto* ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p., nonché come *circostanza attenuante ex* art. 62 c.p., co. 6 o, ancora, ai fini della *sospensione condizionale* della pena, in forza dell'art. 163 c.p. Allo stesso modo, i medesimi risultati possono inoltre influire sull'*estinzione* del reato, considerato che, a norma dell'art. 162-*ter*, co. 3 c.p., il giudice potrà dichiararla all'esito positivo delle condotte riparatorie o anche come causa di remissione tacita della querela *ex* art. 152, co. 2 c.p. *Mutatis mutandis*, sostanzialmente analoghe previsioni con riguardo alla fase dell'*esecuzione* penale sono previste, poi, dagli art. 13, 15-*bis* e 47 ord. pen. Tutte le richiamate disposizioni risultano essere state introdotte o modificate dal d.lgs 150/2022, per il cui ampio commento si rinvia a M. BOUCHARD-F. FIORENTIN, *op. cit.,* 312-406.

[54] Valgono al riguardo i corretti rilievi di L. EUSEBI, *op. cit*., 11 ss.

[55] Da questo punto di vista potrebbe parlarsi una vera e propria *ultrattività* dell'accordo riparativo.

[56] Vedi *supra* par. 2.

[57] Cfr. G. SPERDUTI, *Trattati internazionali e leggi dello Stato*, in *Riv. dir. int.*, 1982, 10-11, per il quale il rispetto del diritto internazionale va considerato uno di quei «sommi principi… che s'inscrive fra quelli 'supremi' dell'ordine costituzionale». La più accorta dottrina, d'altro canto, ha da sempre evidenziato la valenza sistemica nel nostro ordinamento delle esigenze di rispetto del diritto internazionale, prospettando la virtuale impossibilità di configurare un rilevante contrasto tra la coscienza giuridica interna e quella internazionale, alla luce di quanto effettivamente disposto della Costituzione. Al riguardo cfr.: G. BARILE, *Costituzione e rinvio mobile a diritto straniero, diritto canonico diritto comunitario, diritto internazionale*, Padova 1987, 92-93; F. SALERNO, *Il neo-dualismo della Corte costituzionale nei*

rapporti tra diritto internazionale e diritto interno, in *Riv. dir. int.*, 2006, p. 382; G. SPERDUTI, *Il primato del diritto internazionale nel sistema del diritto interno*, in *Riv. dir. int.*, 1978, 31.

Sulle radici politico-criminali dell'ergastolo

MARCELLO IADEVITO

ABSTRACT

In this paper, the political-criminal roots of life imprisonment are analyzed in order to understand how – given the original nature of the perpetual sentence, conceived as a surrogate for the death penalty – it is fundamentally incompatible with the idea of rehabilitation as established in the Constitution. The Roman term ergastulum was originally referred to a place of forced labor for slaves. Later it disappeared in the Middle Ages, except within the Church's penal system, where it began to denote a specific type of punishment. Life imprisonment would be later definitively reestablished during the Enlightenment as a perpetual sentence, and subsequently valued as a replacement for the death penalty in the Zanardelli Code. Finally, we examine the evolution of the life sentence during Fascism and the debate within the Constituent Assembly. This analysis of the political-criminal origins of life imprisonment is not, however, intended to merely list a series of historical facts. It rather aims to offer a reading of them, that highlights how unacceptable the existence of life sentence is in our legal system and also serves as a critical reflection on the present.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le origini dell'ergastolo. – 3. La pena perpetua e la pena capitale nell'Italia liberale. – 4. L'ergastolo e la pena capitale dal fascismo al dibattito in Assemblea Costituente. – 5. L'analisi sulle origini dell'ergastolo per interpretare in chiave critica il presente.

1.L'ergastolo, tra i vari istituti, è quello che, forse, meglio di ogni altro, consente di cogliere il divario enorme che ancora sussiste tra il sistema penale e la "promessa rieducativa" dei Costituenti sancita nell'art. 27 co. 3 Cost., dal momento che tutte le forze politiche succedutesi nel tempo, per l'enorme e immediata valenza simbolico-espressiva della pena perpetua, non hanno mai avuto, fino in fondo, il coraggio di rinunciarvi. Tuttavia, la persistenza dell'ergastolo nel nostro sistema rappresenta un'aporia insanabile rispetto al sistema di valori delineato in Costituzione, dal momento che, in quanto pena *usque ad mortem*, è incompatibile con una serie di principi, tra cui, *in primis,* ovviamente, quelli di cui all'art. 27 co.3 Cost. ovvero il finalismo rieducativo e il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità.[1]

Dalla Costituzione si ricavano, infatti, per la pena le finalità di prevenzione generale positiva e prevenzione speciale positiva, sintetizzabili nel concetto di integrazione sociale[2]. E tali istanze

[1] Cfr: E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell' ordinamento italiano*. *Appunti e riflessioni* in *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, a cura di E. Dolcini, E. Fassone, D. Galliani, Paulo Pinto De Albuquerque e A. Pugiotto, Torino 2019, 31 ss.; S. MOCCIA, *L'ergastolo e le sue varianti*, in *www.penaledp.it*, 14 dicembre 2021, 2 ss.; A. PUGIOTTO, *La versione della consulta. Gli ergastoli nella giurisprudenza costituzionale* in *Contro gli ergastoli*, a cura di S. Anastasia, F. Corleone, A. Pugiotto, Roma, 2021, 42 ss.; ID., *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 5 marzo 2013, 12 ss.

[2] Cfr: G. FIANDACA, *Commento all'articolo 27 co. 3 della Costituzione*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna 1991, 273 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica*

politico-criminali sono del tutto antitetiche rispetto agli originari sistemi di valori in cui è venuto a svilupparsi l'ergastolo.

Provare a ricostruire le radici politico-criminali dell'ergastolo ci aiuta a cogliere nel profondo quanto, per l'originaria fisionomia della pena perpetua, consistente in un surrogato della pena capitale, essa sia radicalmente incompatibile con l'idea di risocializzazione della pena. L'analisi che si proverà a delineare sulle origini della pena perpetua, non è finalizzata a ripercorrere una serie di dati storici, ma si pone l'obiettivo di consentire una lettura di questi ultimi indirizzata a far cogliere quanto sia inaccettabile la persistenza dell'ergastolo nel nostro ordinamento.

2. Come è noto, l'etimologia del termine ergastolo deriva dal greco ἔργον, dunque opera, lavoro e dal verbo derivato ἐργάζομαι – fare, lavorare – da cui poi nasce il sostantivo ἐργαστήριον ovvero luogo di lavoro, bottega, officina[3]. Il termine ἐργαστήριον viene poi alterato nella lingua latina in *ergastulum* per indicare non più un generico ambiente di lavoro, ma un luogo, generalmente sotterraneo, dove venivano rinchiusi gli schiavi condannati ai lavori forzati.[4] Plutarco riferisce che questa tipologia di punizione nasce in seguito alle conquiste fatte dai Romani e al conseguente elevato numero di schiavi "barbari" impiegati nella coltura delle terre conquistate. Dunque, l'*ergastulum* dei Romani rappresenta un luogo di lavoro forzato in cui i privati proprietari tenevano per punizione, in catene, gli schiavi ritenuti infedeli o facinorosi e, di conseguenza, incorreggibili. Ancora, dalle fonti si ricava che l'imperatore Adriano abolì questo sistema di prigionia degli schiavi poiché, per l'eccessivo arbitrio, aveva dato luogo ad inaccettabili abusi[5].

In seguito alla dominazione romana, per lungo tempo, non si trovano tracce di luoghi di pena chiamati ergastolo, né di punizioni così denominate. Ciò anche perché nel Medioevo e agli albori dell'epoca moderna trovano ingresso pratiche e pene ancor più feroci e crudeli. A tal proposito, è utile riportare un passo di autorevole dottrina nel 1906 che riferisce: "Noi possiamo asserire in modo assoluto che la pena dell'ergastolo inflitta agli schiavi romani era ben più mite, e meno al certo crudele e ferace di quanto il fossero i piombi e i pozzi della Repubblica veneta, i forni di Monza al tempo dei Visconti, con gli accessori dati per rendere più grave ed intensa e tormentosa la pena, quali le gabbie di ferro, i ceppi, i gioghi, gli aculei"[6].

Tuttavia, nella stessa epoca la Chiesa comincia a riutilizzare il termine ergastolo e anzi inizia ad attribuirgli un'accezione più vicina a quella odierna, indicando con esso il carcere, a cui veniva dato anche un particolare rigore attraverso la segregazione perpetua e non più il lavoro, ma l'ozio forzato. Con questo significato la parola si può leggere in alcune fonti canoniche, come un canone del Concilio di Toledo del 675 e uno del Concilio di Trebur dell'895: per il primo i sacerdoti che avevano emesso o eseguito condanne a morte o a mutilazione, per il secondo i religiosi che erano venuti meno al voto di castità, erano rinchiusi in "*ergastula*" a far penitenza delle loro colpe "*vita natural durante*", avendo come unico conforto quello di potersi accostare alla comunione in punto di morte.

---

teleologica, Napoli 1992, 83 ss.; A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 2014, 2 ss.

[3] A. ASCHIERI, *Ergastolo,* in *Ergastolo e Diritto alla speranza. Forme e criticità del "fine pena mai",* a cura di C. Danusso, E. Dolcini, D. Galliani, F. Palazzo, A. Pugiotto, M. Ruotolo, Torino 2024, 3 e 4.

[4] P. FIORELLI, *Ergastolo a) Premessa,* in *Ergastolo e Diritto alla speranza. Forme e criticità del "fine pena mai"*, cit., 43-44.

[5] E. DE GIULJ, *Ergastolo,* in *Ergastolo e Diritto alla speranza. Forme e criticità del "fine pena mai"*, cit., 21-22.

[6] E. DE GIULJ, *op .cit*., 22.

Può, quindi, affermarsi come punto di partenza che l'ergastolo, inteso nell'accezione di pena perpetua, è estraneo, in generale, alla concezione romana e a quella germanica, facendosi riferimento con tale termine ai lavori forzati, mentre resta a lungo una peculiarità del regime penitenziale della Chiesa.

D'altronde l'impiego della pena dell'ergastolo da parte della Chiesa trova una sua spiegazione nella finalità di recuperare il condannato "peccatore" attraverso l'utilizzo di "medicine forti", quali l'isolamento perpetuo e l'ozio forzato, con una motivazione che lasciava, però, sempre viva la speranza di una futura liberazione, conquistata attraverso l'espiazione, il pentimento e il perdono ottenuto. Quindi, seppur con tutte le differenze ideologiche del caso, un barlume dell' idea di pena come integrazione sociale può scorgersi più nella concezione di pena prevista in quegli anni dalla Chiesa, che nelle punizioni "laiche".[7]

Ovviamente, in una prospettiva come quella odierna da Stato sociale di diritto, non è immaginabile che lo Stato abbia come obiettivo il recupero morale del condannato, ma si deve semplicemente pretendere, molto più laicamente, un recupero del condannato tramite un percorso di risocializzazione che lo porti a reintegrarsi nel contesto sociale.[8] Tuttavia, è sicuramente interessante scorgere quanto una prima idea di recupero del condannato e l'identificazione del termine ergastolo con la pena perpetua trovino origine non tanto nei sistemi – se così li si può chiamare, data la loro rudimentalità e disorganizzazione – punitivi laici dell'epoca romana e germanica, quanto nelle pratiche punitive messe in atto dalla Chiesa durante il medioevo[9].

Intorno al XVI secolo, il carcere comincia ad apparire anche nei sistemi laici come vera e propria pena. In quel periodo in Italia nascono le prime cattedre di diritto criminale e «*il de facto deve trovare posto nel de jure, e si comprende, stanno nascendo gli Stati*»[10]. Prima del Cinquecento si può dire che la pena per definizione è quella di morte e si fa giustizia uccidendo, oppure torturando ed esiliando. Il carcere esiste già da tempo, ma per i giuristi civilisti, secondo l'insegnamento del *Digesto,* è da un millennio solo custodia temporanea, cautelare.

Questo lento fenomeno di contaminazione tra diritto civile e diritto canonico comincia, in realtà, a presentarsi sulla scena già qualche secolo prima della svolta del Cinquecento, all'incirca intorno al XIII secolo, quando vi è uno snodo rilevantissimo per la storia della pena perpetua così come viene oggi intesa. Inizia, infatti, una competizione tra i ferrei civilisti e i più duttili canonisti, che mettono in circolazione due argomenti; da una parte, il carcere a vita è concepito come alternativa alla pena capitale, *poena sanguinis* troppo inumana e dura per i giudici ecclesiastici. Dall'altra parte, si afferma la concezione secondo cui isolare induce a rigenerarsi interiormente, fino a pentirsi, riavvicinando il condannato a Dio. I canonisti si cominciano ad appropriare di un istituto, il carcere, nato per scopi diversi. Di fronte a ciò, i civilisti reagiscono e si entra nel periodo delle "Pratiche criminali", che chiude definitivamente il medioevo.

Nei secoli attraversati dall'esperienza delle "Pratiche Criminali" è un punto fermo, quindi, la discrasia fra *ius civile*, che difende l'idea romanistica del carcere quale custodia cautelare, e *ius*

---

[7] E. FASSONE, *L' ergastolo e il diritto alla speranza*, in *Quest. Giust.*, 24 Febbraio 2020, 1-3.
[8] S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore,* cit., 97 ss.
[9] E. FASSONE, *op. cit*., 2-5.
[10] D. GALLIANI, *Una introduzione alle forme e alle criticità della pena perpetua,* in *Ergastolo e Diritto alla speranza. Forme e criticità del "fine pena mai"*, cit., XXVII ss.

canonicum, pronto a riconoscere al carcere funzioni retributive e specialpreventive, spogliando la pena da ogni patina di vendetta e attribuendole sempre più il ruolo di strumento di espiazione.[11]

Le distanze quindi sono enormi, ma ad un certo punto si delinea una sintesi tra le diverse istanze. I canonisti, infatti, cominciano ad influenzare i civilisti - e i criminalisti - tanto è vero che nelle "Pratiche criminali" inizia a leggersi sullo sfondo l'idea di un carcere anche espiativo-punitivo. Questa idea prende corpo però solo *de facto* poiché, da un punto di vista teorico-concettuale, le distanze rimangono. Tuttavia sono ormai maturate le condizioni affinché il carcere-punizione cominci ad essere visto come un surrogato della pena capitale. Da questa svolta nascono i presupposti di ciò che avverrà durante l'Illuminismo. Infatti, il carcere a vita comincia a sostituire la pena capitale e per rendere possibile ciò se ne ammettono anche modalità terribilmente afflittive, inconcepibili se si intende il carcere come mero luogo di custodia. Dunque, entrano sulla scena anche per il carcere le oscurità e le legature; tuttavia, sono proprio queste modalità di trattamento che rendono possibile ai successivi legislatori illuministi e riformisti il superamento della pena capitale. La pena di morte, quindi, inizia ad entrare in crisi, anche grazie al movimento abolizionista e poi scompare. Ovviamente i legislatori illuministi recepiscono l'ergastolo così come si era andato a sviluppare nei secoli precedenti, ovvero come il naturale surrogato della pena di morte e, dunque, carico delle afflittività utili a non fare apparire la pena perpetua troppo più mite di quella capitale[12]. A tal proposito, negli anni precedenti alla stagione illuminista si parla dei "*sepoltura vivorum*", cioè dei murati vivi. Non si uccide più, o lo si fa di meno, ma il surrogato della pena capitale, la pena perpetua, comporta tali sofferenze che, il più delle volte, è una sventura non morire nel giro di poco tempo. Senza aria, sotto terra, privi di luce, ferri ai polsi e catene ai piedi: non una pena di morte, ma una pena di morte rimandata, nemmeno tanto al rallentatore, questo è la pena perpetua. Nasce da qui l'immagine dei condannati alla pena perpetua quali "sepolti vivi".[13]

Si può quindi senz'altro affermare che l'ergastolo, com'è oggi inteso, nasce, paradossalmente, non contrario al senso di umanità della pena, ma anzi per soddisfarlo ovvero per evitare di uccidere un uomo, seppur con le modalità cruenti e comunque disumane di cui si è detto[14].

Nell'età moderna, sia i lavori forzati che il termine ergastolo tornano in Italia definitivamente in auge. In particolare, la denominazione ergastolo, anche nei sistemi laici di punizione, viene riesumata per indicare il luogo di pena, lo stabilimento destinato ai lavori forzati e spesso anche una tipologia di pena.

La stagione illuminista dei riformatori giuridici a cavallo tra Settecento e Ottocento invoca, dunque, a gran voce, l'abolizione della pena capitale. Cesare Beccaria, nel suo "*Dei delitti e delle pene*", pietra miliare del diritto penale, usa tra gli argomenti a sfavore della pena di morte anche la portata fortemente intimidatrice che l'ergastolo può comunque esplicare in alternativa alla pena capitale[15]. Si tenga presente che per Beccaria le pene erano «motivi sensibili" che "immediatamente percuotono i sensi e che di continuo si affacciano alla mente per controbilanciare le forti impressioni

---

[11] L. GARLATI, *Sepolti vivi. Il carcere al tempo delle Pratiche criminali: riti antichi per funzioni nuove*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 4/2017, 24.
[12] D. GALLIANI, *op. ult. cit*., XXVIII-XXIX.
[13] L. GARLATI, *op. ult. cit*, 12 ss.; D. GALLIANI, *op. ult. cit*., XXIX.
[14] D. GALLIANI, *op. ult. cit*., XXIX.
[15] E. FASSONE, *op. cit.*, -4.

delle passioni parziali che si oppongono al bene universale»[16]. Dunque, valorizzando le funzioni di prevenzione generale e speciale della pena, Beccaria ritiene che i lavori forzati a vita siano addirittura più efficaci della pena di morte e a tal proposito afferma che «non è l'intensione della pena che fa il maggiore effetto sull'animo umano, ma l'estensione di essa; perché la nostra sensibilità è più facilmente e stabilmente mossa da minime ma replicate impressioni che da un forte ma passeggiero movimento. […] Non è il terribile ma passeggiero spettacolo della morte di uno scellerato, ma il lungo e stentato esempio di un uomo privo di libertà, che, divenuto bestia di servigio, ricompensa con le sue fatiche quella società che ha offesa, che è il freno più forte contro i delitti». E ancora, egli afferma che «perché una pena sia giusta non deve avere che quei soli gradi d'intensione che bastano a rimuovere gli uomini dai delitti; ora non vi è alcuno che, riflettendovi, sceglier possa la totale e perpetua perdita della propria libertà per quanto avvantaggioso possa essere un delitto: dunque l'intensione della pena di schiavitù perpetua sostituita alla pena di morte ha ciò che basta per rimuovere qualunque animo determinato»[17].

Le parole di Beccaria vanno lette sicuramente nell'ottica di voler convincere l'opinione pubblica a lui coeva della necessità di superare la pena capitale; il suo favore verso la pena perpetua rappresenta un tentativo di tranquillizzare i consociati della uguale efficacia in termini di intimidazione di quest'ultima. Ovviamente, nel suo continuo ricercare un equilibrio tra utilitarismo e esigenze di umanizzazione della pena, Beccaria a proposito della pena perpetua, per i motivi predetti, cede esageratamente a favore del primo, in una visione incompatibile con l'idea di pena che oggi trova espressione nella Costituzione repubblicana.

D'altronde, riguardo alle critiche che nel tempo sono state rivolte a Beccaria in rapporto alla sua posizione sull'ergastolo, anche in termini di coerenza del suo pensiero, va detto che il suo cedere eccessivamente in favore dell'utilitarismo rispetto al principio di umanità deriva anche dalla concezione che di quest'ultimo vi era in quell' epoca. Infatti, il principio di umanità in Beccaria non è da intendersi ancora del tutto come collocazione del reo e dei suoi diritti al centro dell'universo punitivo, ma come ponderazione e misura del potere di punire, ovvero quella dolcezza delle pene di cui parla nella sua opera[18] . Letta in questa chiave, l'idea dell'ergastolo di Beccaria risulta coerente con i valori espressi nel resto dell'opera, seppur ovviamente lontana dalla visione della pena come la intendiamo oggi.

Ad accogliere in pieno l'idea di Beccaria è Pietro Leopoldo, Granduca di Toscana, il quale, abolite le forche, nella sua Leopoldina del 1786, prevede come «ultimo supplizio» la pena dei lavori pubblici a vita per gli uomini e l'ergastolo a vita per le donne. I primi hanno l'anello tondo al piede e una doppia catena, l'abito di colore e taglio diverso dagli altri forzati con la scritta "ultimo supplizio", i piedi nudi, e sono impiegati nei lavori più duri e faticosi. Anche le donne indossano un abito particolare e compiono peculiari attività. Un altro esempio di legislatore influenzato dalle idee di Beccaria è Giuseppe II, fratello maggiore di Leopoldo e imperatore d'Austria. Nel suo codice penale del 1787, egli abolisce sostanzialmente la pena di morte, lasciandola sopravvivere solo per pochissimi reati di particolare gravità. Negli altri Stati italiani restaurati, l'esigenza della codificazione si fa prima o dopo strada e il modello più seguito è quello francese. Ovunque si mantiene la convivenza tra pena

[16] C. BECCARIA, *Dei Delitti e delle pene*, 1764, ed. a cura di R. Fabietti, Torino, 1973, 7.
[17] C. BECCARIA, *op.cit*., 70-71.
[18] S. MANACORDA, *Cesare Beccaria e la pena dell'ergastolo*, in *Jus*, 2/2015, 165 ss.

di morte e pena perpetua, quest'ultima talora connotata dal termine ergastolo. Esso, infatti, ricorre nel Codice del Regno delle Due Sicilie del 1819, dopo la pena di morte e prima della pena dei ferri: è pena perpetua che gli uomini scontano nel «forte di un'isola» e le donne in casa di reclusione. Il termine ergastolo ricorre, poi, nel codice toscano del 1853, per definire la pena che intercorre tra la morte e la casa di forza per gli uomini; è eseguito con un anello di ferro al collo del piede destro e la segregazione continua con l'obbligo di lavoro per vent'anni, oltre i quali si può essere ammessi al lavoro in comune, ma con l'imposizione del silenzio; si sconta all'isola d'Elba, in uno stabilimento dove sono rinchiuse anche le donne, senza però l'anello al piede. Dopo l'abolizione della pena di morte nel 1860, sarà eliminato anche l'anello al piede.

Nel codice estense del 1855, l'ergastolo, che segue, in termini di durezza, la morte sulla forca, può essere a vita o a tempo e implica lavori forzati e catene. Negli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla – codice del 1820 – e nel Regno di Sardegna – codici del 1839 e del 1859 – l'espressione usata per definire la pena perpetua è quella classica dei "lavori forzati a vita". Nel Regno sabaudo, accanto ai lavori forzati, compare anche il termine ergastolo, ma è usato per designare la pena destinata ai «delinquenti di tenera età o di tenue discernimento», da scontarsi in una apposita casa di correzione. Infine, nel Regolamento pontificio del 1832, al di sotto della pena di morte, semplice o di speciale esemplarità, è prevista la galera perpetua[19].

Dunque, è utile mettere in evidenza, concludendo questa prima parte, che in epoca moderna e fino alla fine dell'Ottocento in Italia l'ergastolo è usato soprattutto per indicare la pena dei lavori forzati a vita ed affianca di solito negli stati preunitari la pena di morte, anche se si comincia a fare strada, come indicato da Beccaria, l'idea che la pena perpetua possa completamente sostituirla. Già queste prime considerazioni ci consentono di riflettere sulla circostanza che una pena che nasce come surrogato meno afflittivo della pena di morte e anzi dotata secondo Beccaria di un'efficacia intimidatrice addirittura superiore, possa ancora trovare posto in un ordinamento come il nostro, ispirato ai valori costituzionali da Stato sociale di diritto.

3.Per l'affermazione in Italia di un diritto penale fondato su principi razionali molto si deve, fuor di dubbio, al pensiero illuministico settecentesco, ma è altrettanto vero che il dibattito svoltosi nel corso dell'Ottocento è molto importante per il diritto penale e decisivo per lo sviluppo anche successivo di esso. E' innegabile, infatti, come la dura dialettica tra la Scuola classica e quella positiva sia continuata fino alla stesura del codice Rocco che, nel tentativo di superare lo scontro tra le due Scuole, evitò volutamente di impegnarsi in una lunga discussione sui presupposti filosofici del diritto penale, in nome del nuovo indirizzo del tecnicismo giuridico, dietro cui si celava un impianto autoritario.

Negli anni del processo di unificazione politica dell'Italia, infatti, mentre il codice di procedura penale viene promulgato il 26 novembre 1865, per il codice penale l'*iter* è molto più lungo e complesso. La proclamazione del Regno d'Italia, il 17 marzo 1861, rende, infatti, urgente la necessità di una ricomposizione unitaria del diritto e con specifico riguardo alla legislazione penale, con il procedere delle annessioni, il codice penale sabaudo viene esteso ad altri territori degli stati preunitari. Ciò non avviene nell'area del Granducato di Toscana, dove continua ad applicarsi il codice penale

[19] C. DANUSSO, *Patibolo ed ergastolo dall' Italia liberale al fascismo*, in *Dir. pen. contemp.*, 4/2017, 52-56; E. FASSONE, *op. cit.,* 2-4; A. ASCHIERI*, Ergastolo,* in *Ergastolo e Diritto alla speranza. Forme e criticità del "fine pena mai"* cit., 3-4.

del 1853. Infatti, nonostante i plurimi tentativi di estendere all'area del Granducato il codice sabaudo, non si giunse mai a ciò, poiché quest' ultimo prevedeva la pena di morte, che non venne mai accettata in Toscana, dove la pena capitale era stata per la prima volta storicamente abolita e dove, anche grazie all'opera di Beccaria, era nato il movimento di opinione abolizionista[20].

Orbene, il percorso che portò alla stesura del codice Zanardelli fu molto lungo e complesso, dal momento che negli anni i vari Ministri della giustizia che si succedettero provarono a far approvare il loro progetto di un nuovo codice penale.

Prima di soffermarsi sul codice Zanardelli, è importante sottolineare che tra i vari ministri che si succedono vi è un personaggio chiave per la storia della pena in Italia, ovvero Pasquale Stanislao Mancini, che dimostra di dissentire dal precedente progetto Vigliani, soprattutto in riferimento alla pena di morte, rispetto alla quale egli ritiene maturi i tempi per un'abolizione. Mancini affida, dunque, la revisione del precedente progetto ad una Commissione, istituita nel maggio 1876. Noto come Progetto Mancini, il testo, che finalmente abolisce la pena di morte, viene approvato dalla Camera nel 1877 limitatamente al Libro primo, ma i lavori si interrompono alla fine del 1877 per le dimissioni di Mancini. Come si vedrà, il suo progetto sarà poi in gran parte ripreso dalla Commissione Zanardelli[21]. Per tale ragione è importante analizzarne alcuni passi, al fine di comprenderne la gestazione soprattutto in merito alla prospettata abolizione della pena di morte.

A proposito della pena capitale, Mancini, nella sua relazione al codice, dichiarava che «il Progetto, nella scala delle pene, sopprime la pena di morte». A proposito della presunta efficacia intimidatrice di essa, molto lucide appaiono le sue argomentazioni: «la necessità della pena di morte si desume principalmente dai due effetti, che, a giudizio dei propugnatori di essa, se ne ottengono: la intimidazione, e la esemplarità. Quanto al primo effetto, si dice e si crede che gli scellerati, i quali, di fronte alla minaccia di qualsiasi altro castigo, proseguirebbero indifferenti ed audaci nel cammino del delitto, si fermeranno impauriti al pensiero di perdere la vita sul patibolo. Erronea conseguenza è questa, che parte da un erroneo presupposto. (…) Lo scellerato, che si avvia al delitto, pensa a soddisfare la malvagia passione, che lo trascina, e non pensa alla pena: o se vi pensa, si lusinga di evitarla; e dove fosse certo che la giustizia lo cogliesse pronta e severa dopo il reato, tanto varrebbe a trattenerlo il pensiero del patibolo, quanto la certezza di passare tutta la sua vita chiuso nella solitudine e nei patimenti dell'ergastolo; imperocché non è la severità della pena, ma è la sua certezza quella che meglio e più efficacemente giova a prevenire i reati». Illuminanti risultano alcune critiche che il Mancini rivolge alla pena capitale che secondo lui «è demoralizzatrice, perché la freddezza, colla quale il carnefice uccide, è lugubre esempio di crudeltà; è eccitamento al sangue per gli animi che vi sono proclivi; e distrugge il culto di un'idea, che nell'interesse di tutti bisognerebbe favorire e tenere in onore, l'idea del rispetto e dell'assoluta inviolabilità della vita umana»[22].

Il riferimento al *"*culto di un'idea*"*, ovvero quella del rispetto dell'inviolabilità della vita umana sembra quasi in parte rimandare al concetto odierno di prevenzione generale positiva. Infatti, che la dinamica di violenza, connaturata alla pena di morte, possa impedire quella funzione di orientamento

---

[20] A. CALDERINI e U. CONTI, *Ergastolo*, in *Ergastolo e Diritto alla speranza. Forme e criticità del "fine pena mai",* cit., 33-34. Cfr., *I lavori preparatori dei codici italiani*, in *Biblioteca centrale giuridica online*, *www.giustizia.it*.

[21] Cfr., *I lavori preparatori dei codici italiani*, in *Biblioteca centrale giuridica online, www.giustizia.it.*

[22] *Progetto del codice penale del regno d'Italia presentato alla Camera dei Deputati nella tornata del 25 novembre 1876 dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti Mancini con la relazione ministeriale*, 65, in *Biblioteca Centrale Giuridica online, www.giustizia.it*.

dei consociati intorno ai valori dell'ordinamento, tra cui *in primis*, ovviamente, il rispetto della dignità e vita umana, sembra davvero anticipare quanto poi si affermerà in parte della dottrina[23] in seguito all'entrata in vigore della Costituzione. E ancora, il riferimento alla proporzionalità della pena, all'emenda – quasi richiamando il moderno concetto di rieducazione – seppur non intesa come fine precipuo della pena e, addirittura, il passaggio relativo al diritto alla speranza, anticipano temi che sono ancora oggi al centro del dibattito intorno ad una pena che sia espressione dei valori costituzionali.

Per quanto riguarda, invece, la pena dell'ergastolo, i toni di Mancini cambiano completamente e sembrano riaffiorare esigenze di intimidazione, proprio al fine di giustificare la soppressione della pena capitale che la pena perpetua va a sostituire. Risultano, quindi, interessanti le spiegazioni politico- criminali che Mancini adduce*: «*la pena dell'ergastolo, che nel Progetto è surrogata alla pena capitale, differisce sostanzialmente per intensità di privazioni e di dolori, da tutte le altre pene carcerarie. Essa dovrà espiarsi in uno o due stabilimenti speciali da erigersi in uno o due luoghi del Regno. Saranno ciò che di più lugubre e spaventoso l'umana immaginazione potrebbe concepire: tombe di esseri viventi, che la società ha reietto per sempre dal suo seno; esse sole, a differenza da tutte le altre case di pena, assoggetteranno i condannati alla segregazione individuale e cellulare continua, cioè ad una vita forse peggiore della morte stessa, mentre codesto assoluto isolamento il legislatore ha bandito dalle pene inferiori, considerandolo una terribile aggravante di penalità da applicarsi soltanto a quei grandi scellerati che finora lasciavano il capo sul patibolo. Questo stato miserrimo, a cui l'uomo libero non potrà pensare senza terrore, durerà dieci anni»[24]. E, ancora, sostiene Mancini che «severa, e giustamente, è la pena dell'Ergastolo, siccome quella che deve surrogare la pena di morte. Suo primo ed essenziale carattere è la perpetuità, per la quale il condannato viene separato per sempre, e senza bisogno, né di patibolo, né di carnefici, dalla società che egli offese, e la società rimane cosi garantita per sempre da ogni pericolo da parte dei grandi scellerati»[25].

Orbene, qui si è di fronte ad un passaggio fondamentale rispetto alla ricostruzione delle origini politico-criminali dell'ergastolo. Quest'ultimo, infatti, trova ingresso nell'Italia unita nel Progetto di codice Mancini – da cui deriva – il codice zanardelliano, come una pena dotata di una evidente finalità di intimidazione, pari, se non addirittura superiore, alla pena di morte, come d'altronde riteneva anche Beccaria. La descrizione della pena dell'ergastolo è, infatti, in certi tratti quasi terrificante e ispirata a ragioni non solo di prevenzione generale negativa, ma addirittura di neutralizzazione. Risulta, di conseguenza, davvero difficile ritenere ancora oggi compatibile con il sistema di valori che emerge dalla Costituzione – ci riferiamo non solo all' art. 27 co.3 Cost., ma a tutti i principi da Stato sociale di diritto ricavabili dalla Carta fondamentale – una pena come l'ergastolo, che ha trovato ingresso nell'Italia unita come surrogato della pena di morte ed è descritta dai suoi propugnatori come altrettanto terrificante in termini di intimidazione.

Per quanto riguarda, invece, il codice Zanardelli, quest' ultimo all'art. 13 stabilisce che «la pena dell'ergastolo è perpetua. Si sconta in uno stabilimento speciale, dove il condannato rimane per i primi sette anni in segregazione cellulare continua, con l'obbligo del lavoro. Negli anni successivi egli è ammesso al lavoro insieme con altri condannati, con l'obbligo del silenzio».

---

[23] Cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit.,109 ss.
[24] *Progetto Mancini*, cit., 79-81.
[25] *Progetto Mancini*, cit., 94.

Orbene, nel dibattito che precede la redazione del nuovo codice e nella relazione del Ministro Zanardelli, è chiara la scelta di proseguire sulla strada tracciata dall'originario – e come si è detto fondamentale – Progetto Mancini nell'abolire la pena di morte per sostituirla con l'ergastolo. Nella relazione si legge, infatti, senza più avvertire nemmeno la necessità di dover spiegare la scelta di abolire la pena di morte, che «in questo titolo, che è fra i più importanti del Codice, perché determina le specie e le modalità delle pene, furono introdotte diverse modificazioni; non tali però da alterarne le discipline fondamentali e l'organismo. Identico è il sistema, identiche le norme generali che lo caratterizzano. Al vertice della scala penale per i delitti sta la pena perpetua dell'ergastolo».

A testimonianza dei progressi avvenuti nel dibattito pubblico in tema di pena, nella relazione l'attenzione non è più puntata sulla necessità di spiegare, anche all' opinione pubblica, l'efficacia intimidatrice che l'ergastolo ha rispetto alla pena di morte, ma piuttosto ci si concentra sul fatto che «in ambedue i rami del Parlamento eransi udite proposte dirette a temperare il rigore della pena dell'ergastolo, sostenendosi che la segregazione cellulare stabilita nel Progetto, la quale era, di regola, perpetua ed anche in caso di buona condotta del condannato dovea durare per un tempo almeno di dieci anni, riusciva disumana ed insopportabile, specialmente in un paese meridionale, in una stirpe mobile, vivace, impetuosa come la nostra. (…). Io reputai preferibile di abbreviare il termine, determinandolo però in modo fisso e invariabile, rendendo per tal modo certa la pena ed escludendo l'arbitrio, troppo pericoloso in sì delicata materia, e non ammesso dal Codice nemmeno rispetto alla reclusione, poiché, nel regolare le norme di essa, la durata della cella è dal Codice stesso precisamente determinata»[26].

Dunque, rispetto alla relazione Mancini di anni prima, l'esigenza non è più quella di spiegare all'opinione pubblica l'efficacia intimidatrice dell'ergastolo, che andava a sostituire la pena di morte, ma piuttosto quella di mitigarne alcuni aspetti di eccessivo rigore.

Come brillantemente osservato in dottrina, la scelta di prevedere nel catalogo delle pene del codice Zanardelli l'ergastolo rappresenta un'aporia rispetto al sistema di valori di riferimento, poiché espressione di istanze meramente repressivo-deterrenti che mal si conciliano con la mitezza del codice liberale. Emerge, insomma, un eccessivo eclettismo rispetto alle funzioni da attribuire alla pena che si traduce in una scelta «antinomica rispetto a quella alla base di tutte le altre opzioni operate all'interno del medesimo sistema delle sanzioni»[27]. Ovviamente, preme evidenziare che se la pena perpetua rappresenta un'aporia, come si è autorevolmente osservato, rispetto ai valori liberali del codice Zanardelli, ciò vale a maggior ragione oggi per la persistenza dell'ergastolo nel nostro sistema espressione dello Stato sociale di diritto.

Come è noto, nelle ultime decadi dell'Ottocento e nel primo Novecento, la contrapposizione tra Scuola classica e Scuola positiva condiziona fortemente il dibattito sul codice penale. Dopo la fine della Prima guerra mondiale, le nuove istanze sociali provenienti dalla rappresentanza politica socialista e popolare, dopo le prime elezioni a suffragio universale maschile, rendono necessaria una riforma dei codici di matrice liberale.[28] A tal proposito, nel settembre 1919, il Guardasigilli Ludovico Mortara propone di modificare il codice Zanardelli, incaricando una Commissione ministeriale,

[26] *Relazione a s.m. il re del ministro guardasigilli Zanardelli nell'udienza del 30 giugno 1889 per l'approvazione del testo definitivo del Codice penale*, in *Biblioteca Centrale Giuridica online*, *www.giustizia.it*, 21-22.
[27] S. MOCCIA, *Ideologie e diritto nel sistema sanzionatorio del Codice Zanardelli*, in *Diritto penale dell' Ottocento. I codici preunitari e il codice Zanardelli, studi coordinati da Sergio Vinciguerra*, 1999, 567-568.
[28] Cfr., *I lavori preparatori dei codici italiani*, in *Biblioteca centrale giuridica online, www.giustizia.it*.

presieduta dal positivista Enrico Ferri, i cui lavori si concretizzano nel progetto di una nuova parte generale del codice penale, presentato nel gennaio 1921 al nuovo ministro Luigi Fera, che provoca grandi discussioni e dissensi. Nel pensiero di Ferri, il diritto penale è considerato non più un diritto penale del fatto, bensì dell'autore e il reato non è più visto quale fenomeno giuridico, ma solo come fenomeno naturale, condizionato deterministicamente da fattori interni ed esterni all'autore.[29]

Ferri giunge, negando il libero arbitrio, a non riconoscere alcuna colpevolezza per il reato commesso e di conseguenza a rivedere i criteri misuratori dell'intervento punitivo, non più concepiti in base alla qualità e gravità del delitto, secondo la concezione retributiva di derivazione liberale, ma solo in base alla pericolosità del delinquente, giungendo a vedere il fondamento del diritto di punire nella semplice difesa sociale.[30] Egli sostiene, infatti, la necessità di un sistema diversificato di sanzioni in rapporto alla personalità dei delinquenti, da cui scaturisce, appunto, la conseguenza che la durata della pena, dovendo essere in relazione alla guarigione del delinquente, non può essere determinata *a priori,* ma dev'essere indeterminata.

La penetrazione nella cultura penalistica del pensiero di Ferri arriva ad ispirare nel 1921 un progetto preliminare di codice penale italiano, che prende proprio il nome di Progetto Ferri e che accoglie in pieno tutti i presupposti culturali e politico-criminali dell'indirizzo positivistico; tale Progetto, tuttavia, non si trasformerà mai in legge dello Stato, in quanto travolto dai successivi sconvolgimenti della storia che di lì a poco si verificheranno con l'avvento del fascismo.[31]

I presupposti politico-criminali alla base del pensiero di Ferri si colgono perfettamente analizzando la relazione al suo progetto di codice: «dirigere ed adattare le disposizioni di legge al delinquente anziché al delitto»[32]. Più nello specifico, in relazione alle scelte sanzionatorie, nella sua relazione Ferri chiariva che «il criterio direttivo della riforma delle leggi penali è che, dunque, le sanzioni da queste stabilite per i fatti delittuosi, debbono essere estranee a qualsiasi pretesa di infliggere un castigo proporzionato ad una colpa morale». In virtù di questi presupposti Ferri affermava quindi che se non è realizzabile la pretesa di precisare un castigo proporzionato ad una colpa, e si tratta, invece, di segregare, quando sia necessario, un individuo inadatto alla vita sociale, questa segregazione non può avere un termine prefisso ma deve durare tanto tempo quanto sia necessario perché l'individuo diventi adatto alla vita libera e quando esso sia incorreggibile deve durare a tempo assolutamente indeterminato. Dunque Ferri giungeva alla conclusione che «il sistema tradizionale di pene carcerarie a termine fisso, deve quindi essere sostituito dalla segregazione a tempo relativamente od assolutamente indeterminato pur assicurando al diritto individuale le necessarie garanzie»[33].

Sebbene le teorie di derivazione lombrosiana siano state da tempo superate – nonostante qualche rigurgito oggi emergente nel dibattito pubblico intorno alla pena – e siano radicalmente incompatibili con i valori costituzionali, salta all'occhio che la sanzione della segregazione a tempo assolutamente indeterminato non è altro che una pena perpetua, ancor oggi presente nel nostro ordinamento. Si pensi anche che il meccanismo, anche esso tuttora vigente, dell'ostatività rispetto ai

---

[29] In proposito, tra gli altri, C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale, Parte Generale*, VII ed., Milano 2023, 43- 44.
[30] Cfr. U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, Firenze1974, 146 e C. FIORE-S. FIORE, o*p. cit*., 44.
[31] Cfr. U. SPIRITO, o*p. cit*., 167 e C. FIORE-S. FIORE *op. cit.,* 45-46.
[32] *Progetto preliminare di Codice penale italiano per i delitti. Libro primo. Relazione del presidente Enrico Ferri approvata dalla commissione*, 3, in *Biblioteca Centrale Giuridica online, www.giustizia.it.*
[33] *Progetto Ferri*, 11-12.

benefici penitenziari per i non "collaboranti" ai sensi dell' art. 4-*bis* ord. penit. non sembra poi così lontano dalle valutazioni politico-criminali presenti nella Relazione di Ferri. Gli ergastolani non "collaboranti" con la giustizia non sono, infatti, altro che dei soggetti ritenuti non correggibili e perciò valutati dall' ordinamento indegni di accedere ai benefici penitenziari, in sfregio al volto rieducativo della pena. Insomma, nell'ergastolo di oggi e ancor più in quello ostativo, si scorgono anche lontane tracce di quella sanzione indeterminata perpetua di derivazione positivista che dovrebbero invece essere espunte radicalmente dal nostro sistema sanzionatorio costituzionalmente orientato.

4.Come già anticipato, il progetto Ferri non trovò attuazione poiché travolto dall'avvento del fascismo. La lunghissima e aspra contesa tra Scuola classica e Scuola positiva giunse alla paradossale conseguenza di preparare il terreno al tecnicismo giuridico, indirizzo di pensiero che rifiutava, programmaticamente, ogni discussione sui presupposti filosofici e sui principi costitutivi del diritto penale. Nel 1910 questo indirizzo trovò la sua massima espressione nella *Prolusione sassarese* di Arturo Rocco, con cui egli iniziò il corso di Diritto e procedura penale nell'Università sarda.[34]

Punto di partenza del pensiero di Rocco è la constatazione della crisi in cui si trovava la scienza del diritto penale, dovuta, secondo la sua visione, alla contaminazione della scienza criminalistica con l'antropologia, la filosofia del diritto e la politica criminale, che avevano inquinato la "purezza" delle costruzioni dogmatiche.[35]

L'orientamento tecnico-giuridico è, infatti, di impostazione positivistica, ma di un positivismo non scientifico, bensì giuridico, normativistico, che rifiuta come suo oggetto lo studio della personalità del delinquente e che riconosce soltanto il diritto positivo vigente, emanato dal legislatore nazionale, «il solo che la esperienza ci addita e il solo che possa formare l'oggetto di una scienza giuridica, quale la scienza del diritto penale è, e quale, sbugiardati ormai gli oracoli di una comoda, quanto inesatta, antropologia, essa deve e vuole rimanere».[36] L'idea, dunque, è quella di spiegare "*il diritto con il diritto*" e di giungere così ad una dogmatica giuridica che trae dalla legge il criterio della sua sistematicità e gli stessi principi di diritto, realizzando una vuoto formalismo, camuffato da rigore scientifico. Il rifugio nel tecnicismo copre, infatti, qualsiasi dibattito sui contenuti del diritto penale e, dietro il metodo di limitare l'analisi al solo dato normativo, nasconde la volontà di eliminare qualsiasi rivisitazione critica in senso garantista del diritto penale e qualsiasi dibattito sull'idea classista e autoritaria del sistema repressivo.[37]

In coerenza con tali presupposti, nasce il nuovo codice penale del 1931, che prende il nome dal Guardasigilli Alfredo Rocco, fratello dell'ideatore del tecnicismo giuridico. Il codice nasce, quindi, in pieno regime autoritario ed è perciò, ovviamente, espressione del radicale mutamento politico-istituzionale, che porta nella sua duplice anima, autoritaria e borghese, ad un diritto penale dell'oppressione e del privilegio, pur mascherato dietro una presunta veste di coerenza sistematica logico-formale.

Orbene, dalla Relazione al codice del Guardasigilli Alfredo Rocco risultano chiare le nuove linee programmatiche in tema di pena adottate in coerenza con i nuovi valori autoritari del regime

[34] Cfr. C. FIORE-S. FIORE, o*p. cit*., 46.
[35] Cfr. U. SPIRITO, o*p. cit*., pp. 183 ss. e A. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. e proc. pen*., 1910, 497ss. e 561ss.
[36] Cfr. U. SPIRITO, o*p. cit*., 191 ss. e A. ROCCO, *op. cit*., 56.
[37] Cfr. U. SPIRITO, *op. cit.,* 194 e C. FIORE-S. FIORE, *op. cit*., 47.

fascista. Affermava il Ministro: «a una più immediata e vigorosa efficacia dei mezzi repressivi, il Progetto perviene, seguendo tre fondamentali criteri; quello della semplificazione, di cui si è fatto cenno, del sistema penale; quello dell'abbandono di ogni tendenza che pecchi di eccessivo pietismo; e, infine, quello di una connessione più intima, nella disciplina delie singole pene, fra il carattere intimidativo di esse e la loro capacità di individualizzazione. Alla necessità di un maggior rigore, s'ispira il ripristino della pena di morte»[38].

Ancora, Rocco sostiene che la durezza delle pene vale «particolarmente in relazione alla nuova Era, instaurata dal Fascismo, in cui i valori individuali, anziché trasformarsi in coefficienti di dissoluzione e disgregamento, debbono costituirsi in un saldo organismo di sane energie, atte a plasmare la forza e l'anima della Nazione»[39].

Ovviamente, quanto affermato nella Relazione al codice fa trasparire l'evidente cambio di rotta in tema di pena durante il regime fascista, con una netta preferenza per le ragioni di intimidazione generale negativa e difesa sociale, se non addirittura di neutralizzazione. Ciò deve fare ovviamente riflettere rispetto all'attuale vigenza – seppur ovviamente temperata dagli interventi nel tempo del legislatore e della Corte costituzionale – del sistema sanzionatorio ereditato dal codice Rocco e anche sulla mancata realizzazione dei progetti di riforma del codice. Risulta, infatti, evidente che le istanze di politica criminale espresse nella relazione al codice Rocco risultano radicalmente inconciliabili con i valori costituzionali e, in particolare, con la finalità rieducativa sancita dall' art.27 Cost.

Con riguardo specifico all'ergastolo, invece, nella relazione al codice si afferma che la severità delle pene non può essere giustificata, se non da una concreta e immediata finalità di più vigorosa repressione. «Dai lavori preparatori del Codice vigente risulta che, con la segregazione cellulare continua per i primi sette anni dell'ergastolano, s'intese dal legislatore, anzitutto imprimere a tale pena, che doveva riuscire un serio e appropriato surrogato dell'estremo supplizio, tutto il rigore e il carattere intimidativo richiesti dai delitti pei quali s'infligge. Se mancassero altre ragioni per abolire un trattamento così rigoroso, basterebbe considerare che il ripristino della pena di morte fa nel Progetto venir meno il primo dei detti motivi (…) Pertanto, il Progetto viene a innovare largamente nel disciplinamento di questo istituto. Esso, cioè, rende facoltativa per il giudice l'applicazione dell'isolamento diurno (…) Ma la innovazione più notevole, che il Progetto accoglie (anche riguardo alla pena della reclusione), è quella che concerne il lavoro all'aperto. Tale forma di lavoro, ove si tratti di ergastolani, dei quali venga adottato un regime severo di sorveglianza e sia disposta l'assegnazione a lavori non lievi (ad es., dissodamento o bonifica), impedisce gli effetti deleteri della pena perpetua, senza distruggere o attenuare il carattere di afflittività, che ad essa è inerente».[40]

Orbene, rispetto all'ergastolo zanardelliano vi sono, dunque, addirittura dei miglioramenti che, tuttavia, si spiegano facilmente con la reintroduzione, per i reati ritenuti più gravi, della pena di morte. Ancora una volta, si può notare che anche secondo Rocco l'ergastolo nella precedente esperienza liberale rappresentava un surrogato, dotato perciò di fortissima valenza di intimidazione, della pena di morte. Si ribadisce, dunque, che l'origine politico-criminale della pena perpetua è fortemente afflittiva e intimidatoria; e ciò rende l'ergastolo, anche per questa ragione, incompatibile con il volto costituzionale odierno della pena.

---

[38] *Relazione al codice Rocco*, 67.
[39] *Relazione al codice Rocco*, 67-69.
[40] *Relazione al codice Rocco*, cit., 69-71.

L'entrata in vigore della Costituzione repubblicana nel '48, in seguito alla caduta del fascismo, porta ad un radicale mutamento di valori rispetto a quelli sui cui si era fondato lo Stato autoritario, che si manifesta, ovviamente, anche nella concezione del diritto penale e, in particolare, della funzione della pena.

La Costituzione, nasce, infatti, non solo come diretta reazione nei confronti della precedente concezione autoritaria dello Stato, ma anche come passaggio ulteriore dallo Stato liberale allo Stato sociale di diritto, ed è quindi espressione e sintesi delle diverse ideologie presenti nel dopoguerra, rappresentando un "alto" compromesso tra le istanze liberal-individualiste, quelle socialiste e marxiste e quelle cristiano-solidaristiche.

Questo nuovo *humus* culturale, frutto di quello spirito di rigenerazione emerso in seguito alla Resistenza, non poteva non manifestarsi anche in una nuova concezione del diritto penale, rispetto a quella del codice fascista del '30; tale rovesciamento di valori si riscontra, oltre che nella statuizione, all'articolo 25 co.2 e 3 Cost., del principio di legalità dei reati, delle pene e delle misure di sicurezza e nell'affermazione di diritti e libertà costituzionalmente garantiti in cui lo Stato non può interferire, soprattutto nell'articolo 27 Cost., in cui viene sancito al primo comma il principio di personalità della responsabilità penale e ai commi 3 e 4, che «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato» e che «non è ammessa la pena di morte».[41]

Risulta interessante soffermarsi, brevemente, sulla discussione in seno all'Assemblea costituente, che porterà poi all'attuale formulazione della norma costituzionale.[42] Il dibattito sulla funzione della pena, infatti, ancora una volta, ruota tutto intorno alla contrapposizione tra Scuola classica e Scuola positiva e dunque anche il confronto in Assemblea costituente[43] non può non risentirne, volendo la maggior parte dei costituenti evitare in tutti i modi di prendere esplicita posizione per l'una o l'altra visione. Pertanto, si avvertivano come altissimi i rischi che, attraverso l'affermazione del principio della rieducazione, si potesse dare l'idea di una netta scelta di campo a favore dell'idea positivista rieducativa, a discapito di quella classica retributiva. Per tale ragione, l'originale formulazione del testo approvato dalla Commissione dei 75, che sanciva: «le pene devono tendere alla rieducazione del condannato e non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità», veniva ribaltata, nella stesura finale della norma, in modo da fare apparire più neutro e meno sbilanciato a favore delle istanze positiviste il contenuto della norma.[44] Tra le cause che portarono all'attuale formulazione della norma si segnalano sia le argomentazioni di studiosi di orientamento moderato, che godevano di grande prestigio, sia, probabilmente, la mancanza di altrettante approfondite elaborazioni da parte delle forze di sinistra.

---

[41]Come noto, la legge costituzionale n. 1 del 2 ottobre 2007 ha soppresso le parole: "Se non nei casi previsti dalle leggi penali militari di guerra".

[42] Cfr. G. FIANDACA *op. ult. cit*, 224 e 225; F.S. FORTUNA, *La pena dell'ergastolo nella Costituzione e nel pensiero di Aldo Moro*, in *Contro l'ergastolo. Il carcere a vita, la rieducazione e la dignità della persona,* a cura di S. Anastasia-F. Corleone 2009, 23-34.

[43] Alla stesura dell'art. 27 della Costituzione – originariamente art. 21 – furono dedicate le sedute del 9, 17, 18, 19 settembre e del 10 dicembre 1946 della prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione; le sedute del 5 e 12 dicembre della seconda Sezione della seconda Sottocommissione; le 2 sedute del 25 gennaio 1947 della Commissione per la Costituzione e le sedute dal 5 marzo al 15 aprile 1947 dell'Assemblea Costituente (*http://www.nascitacostituzione.it*).

[44] Cfr. G. FIANDACA *op. ult. cit*., 225 e 226.

Ciò che va messo in risalto è che, nonostante i rischi di strumentalizzazione a cui il principio rieducativo si prestava, ciò che risultò più avvertito nel dibattito in Assemblea costituente fu l'idea di dover affermare, dopo il buio dell'autoritarismo fascista, una nuova visione della pena compatibile con la nuova concezione di Stato sociale di diritto.[45] Dunque, alla fine prevalse, più dei contrasti politici e di quelli tra le diverse scuole, l'idea che l'istanza rieducativa non fosse "un portato di scuola, ma il frutto di una nuova sensibilità politica".[46]

Molto interessante e probabilmente meno conosciuto, è però anche il dibattito[47], seppur limitato ad una sola seduta, che si ebbe in Assemblea costituente sull'ergastolo del quale alcuni Costituenti ne sostennero espressamente l'abolizione. Soppressa la pena di morte, infatti, al vertice della scala penale rimaneva la reclusione a vita, sul mantenimento della quale Togliatti, durante i lavori della prima Sottocommissione per la Costituzione, sollevò dubbi, suscitando un animato dibattito.

Al suo fianco, a favore dell'abolizione, si schierarono Roberto Lucifero d'Aprigliano e Pietro Mancini, ma Mario Cevolotto e Aldo Moro si opposero, paventando soprattutto una drastica diminuzione dell'efficacia intimidatoria nei confronti dei reati più gravi. Essi convinsero i colleghi che l'argomento meritasse una più approfondita trattazione e andasse inquadrato in una complessiva riforma del sistema punitivo e carcerario e, dunque, che fosse meglio lasciarlo in futuro alla competenza del legislatore penale ordinario. A questa conclusione, approvata poi dal Comitato di redazione, si attenne la prima Commissione, sottolineando che si riteneva sufficiente stabilire il concetto generale secondo cui le pene devono tendere alla rieducazione del reo e devono escludere trattamenti inumani e crudeli.

Nei resoconti del dibattito in Assemblea costituente, si legge che Togliatti, sull'articolo 9, in cui è detto che la pena di morte non è ammessa, domanda se la Commissione ritenga fuor di luogo sollevare la questione della pena dell'ergastolo, che essendo altrettanto inumana quanto la pena di morte, dovrebbe essere parimenti soppressa. Il Presidente Tupini, invece, afferma di temere «che l'abolizione della pena dell'ergastolo potrebbe essere un incentivo a commettere delitti efferati, essendosi soppressa l'unica pena, quella di morte, capace di incutere paura ai grandi criminali». Emerge, poi, che Moro è d'accordo con l'onorevole Cevolotto, secondo cui la questione rientra nella competenza del legislatore penale, in sede di riforma del sistema delle pene e carcerario. Circa la sostanza dell'emendamento che si vorrebbe introdurre, pone in evidenza l'esigenza della difesa della società umana, che è compromessa dal moltiplicarsi di atti nefandi e afferma che «soppressa la pena di morte, l'ergastolo è rimasto l'unico motivo di inibizione al delitto». Lucifero dichiara, invece, «di non credere affatto al potere inibitorio della pena per coloro che, per temperamento o per particolare stato d'animo, sono portati a commettere simili delitti. Ad ogni modo, è d'avviso che bisognerebbe sempre stabilire che la segregazione cellulare deve essere proibita, come inumana e perciò contraria all'ultimo comma dell'articolo in esame».

Neppure Mancini crede all'efficacia intimidatrice della pena, dal momento che il maggior numero di delitti si verifica proprio nelle nazioni dove è prevista la pena di morte; inoltre, ritiene che 30 anni di privazione della libertà siano più che sufficienti per soddisfare le esigenze del diritto.

---

[45] Cfr. G. FIANDACA, *op. ult. cit*., 226-228.

[46] E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna 1980, 71.

[47] Seduta della prima Sottocommissione del 10 dicembre 1946, Resoconto sommario della seduta, in *http://www.nascitacostituzione.it> Titolo I della Parte I >Rapporti civili >Articolo 27 > Appendice – Argomenti o articoli non entrati nella Costituzione – Abolizione dell'ergastolo.*

Ricorda che in Italia la pena dell'ergastolo non era prevista e che fu introdotta come surrogato della pena di morte.

Il Presidente Tupini, dunque, «riassunta la discussione, dà atto all'onorevole Togliatti del voto espresso per l'abolizione della pena dell'ergastolo, cui si sono associati gli onorevoli Lucifero e Mancini. Trattandosi, però, di argomento di tale importanza da meritare di essere più approfondito, ritiene che la Sottocommissione possa essere concorde nel rinviarlo in sede più opportuna»[48].

In Assemblea costituente non se ne fece più cenno, ma, in compenso, si discusse, come si è detto, con vivacità su una questione inscindibilmente collegata al problema della legittimità dell'ergastolo: quella della funzione rieducativa della pena, sulla quale da tempo si fronteggiavano i due indirizzi della Scuola classica e della Scuola positiva. Risulta importante, però, evidenziare un aspetto. Aldo Moro in Assemblea costituente risultava assolutamente timido rispetto alla prospettata abolizione dell' ergastolo, mentre, anni dopo, da retribuzionista puro, definì l'ergastolo «fatto agghiacciante, crudele e disumano non meno di quanto lo sia la pena di morte» e sull'esercizio del potere punitivo affermò che «deve essere ben controllato, per non farsi condurre ad immaginare che la pena sia considerata una vendetta e quando si dice pena perpetua si dice una cosa […] umanamente non accettabile. Ci si può anzi domandare se, in termini di crudeltà, non sia più crudele una pena che conserva in vita, privando questa vita di tanta parte del suo contenuto, che non una pena che tronca, sia pur crudelmente, disumanamente, la vita del soggetto, che libera di quella sofferenza quotidiana, di quella mancanza di rassegnazione o di quella rassegnazione che è uguale ad un abbrutimento, caratteristica della pena perpetua»[49].

Colpisce il netto cambio di rotta di Aldo Moro a proposito dell'ergastolo, che anni dopo ritenenne addirittura più atroce della pena di morte.

Va specificato, infine, che la portata innovatrice dell'art 27 co.3 non fu subito del tutto compresa dagli interpreti negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione e anche negli anni '60. Infatti, una valorizzazione e un tentativo di reale attuazione del principio rieducativo si ebbero soltanto a partire dalla fine degli anni '60, attraverso una nuova visione del diritto penale teleologicamente orientato ai principi della Costituzione e in particolare alla concezione della pena così come delineata nell'art. 27 co. 3 Cost. Infatti, in una stagione come quella della contestazione "sessantottesca", la dottrina, finalmente si aprì, dopo anni di imperante tecnicismo giuridico e rifiuto di qualsiasi rapporto con la politica criminale, alle istanze di quella fase politica di forte rottura.[50] Crebbe, quindi, nella cultura accademica l'attenzione verso la risocializzazione; e soltanto in questo contesto culturale e politico-ideologico riuscì a svilupparsi la costruzione teorica di Bricola[51], con la sua teoria generale del reato.

Dunque, nonostante il vivace dibattito in Assemblea costituente, ci vollero non pochi anni perché si cominciasse davvero a cogliere la portata innovatrice e fondamentale dell'art. 27 co.3 Cost.

---

[48] *Resoconto sommario della seduta della prima Sottocommissione in Assemblea costituente del 10 dicembre 1946*, 470-471.
[49] A. MORO, *Lezioni di diritto penale (1976)*, a cura di F. Tritto, Bari 2005, 115-117.
[50] Cfr. G. FIANDACA, *Commento all'art. 27 comma 3 Cost.*, cit., 242-243.
[51] Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato,* in *Nss. D. I.,* Vol. XIX, Torino, 1973, 7-93 e G. FIANDACA*, op. ult. cit.,* 246 ss.

5.La ricostruzione dell'evoluzione dell'istituto dell'ergastolo che si è provato a fare aiuta a cogliere quanto le originarie radici politico-criminali della pena perpetua siano radicalmente incompatibili con quelle finalità di prevenzione generale e speciale positiva che si ricavano oggi per la pena dalla Costituzione. Infatti, una pena come l'ergastolo, che storicamente nasce per indicare i lavori forzati e che nel diritto penale moderno viene, invece, a rappresentare un surrogato, appena meno afflittivo, della pena di morte, come si è visto dallo studio delle varie fonti dell'epoca sia liberale che fascista, non può ritenersi oggi compatibile con quei valori di Stato sociale di diritto espressi dalla Costituzione.

D'altronde l'*excursus* sulle origini politico-criminali dell'ergastolo sembra utile anche in una chiave critica del presente, in un'epoca in cui sembrano riaffiorare nel dibattito pubblico concezioni della pena ispirate ad istanze di prevenzione generale negativa, di difesa sociale, se non addirittura di neutralizzazione. Dunque l'aver analizzato, ad esempio, nella Relazione al codice Rocco le istanze di politica criminale alla base del sistema delle pene, oltre a farci meglio percepire l'assurdità di mantenere ancora in vita un codice nato in epoca fascista, ci permette anche di cogliere, ancor più nitidamente, le idee oggi, spesso, predominanti in materia di pena nel dibattito politico. Illuminante in tal senso risulta, ancora una volta, l'analisi di un testo normativo, ma stavolta recente, ovvero la proposta di legge costituzionale n. 3154 presentata alla fine della precedente legislatura. La proposta, presentata da FdI, ha come prima firmataria l'allora On. Giorgia Meloni, attuale Presidente del consiglio e come secondo firmatario l'On. Andrea Delmastro Delle Vedove, attuale Sottosegretario alla Giustizia. Evidentemente, per la centralità politica attuale dei suoi ideatori, si tratta di una proposta che, essendo passato poco tempo dalla sua presentazione, rappresenta le linee programmatiche in tema di pena dell'attuale primo partito in Parlamento.

Orbene, il documento citato si apre con la premessa che «la presente proposta di legge costituzionale prevede una modifica all'articolo 27 della Costituzione che renda esplicito l'imprescindibile interesse della difesa sociale sotteso all'esecuzione della pena, in piena sintonia con gli esiti del dibattito in Assemblea costituente sull'approvazione dello stesso articolo 27 e, in seguito, con quanto affermato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale sul carattere polifunzionale della pena»[52].

Avendo approfondito nelle pagine precedenti sia la relazioni al codice Zanardelli che quella al codice Rocco e analizzato il dibattito in Assemblea costituente in tema di pena, si possono subito fare alcune osservazioni; *in primis*, volutamente ignorando la portata innovatrice che ha avuto e ha tutt'ora l'art 27 co.3 Cost per il sistema penale, ci si pone come primo obiettivo *"*l'imprescindibile interesse della difesa sociale*"*. La difesa sociale, come ampiamente visto, rappresentava l'obiettivo primario del Progetto Ferri e anche nella Relazione al codice Rocco se ne esaltava esplicitamente il primato rispetto alle altre finalità della pena. Al contrario, i Costituenti decisero di citare, solennemente, tra le varie finalità della pena solo quella rieducativa, proprio per chiudere quella stagione autoritaria ispirata alle istanze di difesa sociale e prevenzione generale negativa espressioni del regime autoritario fascista. Dunque, che tale proposta di legge costituzionale presentata poco tempo fa si apra in tal modo, ci fa comprendere, nitidamente, quali siano le istanze politico-criminali che muovono l'attuale maggioranza di governo in tema di pena. Nella stessa premessa si legge, inoltre, che ciò è in

[52] Proposta di legge costituzionale n. 3515 presentata l' 8 giugno del 2021, firmatari Meloni ed altri, "modifica all'articolo 27 della costituzione, in materia di funzioni della pena".

sintonia con il dibattito emerso in Assemblea costituente; tale affermazione desta sconcerto, dato che, come si è analizzato, nel dibattito della Costituente emergeva fortissima proprio l'esigenza di rompere con il diritto penale autoritario ispirato alla difesa sociale, per abbracciare una nuova funzione della pena che fosse espressione dei valori della Resistenza. E proprio per tale ragione, i Costituenti, alla fine, optarono per il principio rieducativo, come espressione di una nuova palingenesi culturale che andasse al di là della dialettica allora ancora presente tra Scuola classica e positiva. Si assiste, dunque, ad una grande mistificazione, in una proposta di legge costituzionale, sul dibattito in Assemblea costituente; e ciò appare ancor più incredibile, se si guarda anche alla discussione intorno alla prospettata abolizione dell'ergastolo proposta da Togliatti che, pur non approvata, la dice lunga sull'idea in tema di pena emersa in Assemblea costituente.

Sulla base di tale mistificazione ideologica, la proposta di legge costituzionale prevede che «come argine a spinte unilaterali si propone di inserire nell'articolo 27 della Costituzione, accanto alla previsione che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato, la disposizione secondo cui la legge deve garantire che l'esecuzione delle pene tenga conto della pericolosità sociale del condannato e avvenga senza pregiudizio per la sicurezza dei cittadini, in una logica inclusiva dell'equilibrio e dell'integrazione reciproca tra valori e interessi in potenziale contrapposizione»[53].

Orbene, risulta lampante il tentativo di scardinare dalle fondamenta quella valorizzazione dell'art. 27 co.3 Cost che ha permesso, nel tempo, di adeguare il sistema penale e in particolare quello sanzionatorio ai nuovi valori espressi dalla Carta fondamentale. Mettere sullo stesso piano della rieducazione ed aggiungere all'art 27 co. 3 Cost. i concetti di pericolosità sociale e sicurezza significa, infatti, provare a minare alla radice quel diritto penale costituzionalmente orientato che, nel tempo, si è valorizzato.

D' altronde le scelte legislative adottate finora in tema di pena dall'attuale maggioranza di governo risultano assolutamente coerenti con tali "linee programmatiche" in tema di pena, espresse poco tempo fa in una proposta di legge costituzionale.

Infatti, la legislatura è iniziata con il sostanziale mantenimento dell'ergastolo ostativo – come si vede, tutto si tiene – che risulta assolutamente coerente rispetto a quel nuovo art. 27 co.3 Cost. immaginato in quella proposta di riforma costituzionale, per poi proseguire, da ultimo, con il più recente d.l. n. 48/2025, ovvero il cd. decreto sicurezza.

Questi, come tanti altri provvedimenti adottati dall'attuale Governo, risultano assolutamente coerenti rispetto a quell'idea di pena che emergeva in quella proposta di legge costituzionale, ispirata alla (ri)valorizzazione di esigenze di difesa sociale a scapito della reintegrazione sociale.

Queste brevi considerazioni finali su questa Proposta di legge costituzionale valgano da esempio per cogliere quanto sia importante ancora oggi indagare sulle origini politico- criminali dell'ergastolo. Solo in tal modo, infatti, si può scorgere davvero fino in fondo la tendenza, che troppo spesso riemerge nel dibattito pubblico odierno, a far ritornare vecchie concezioni della pena che sono espressione di istanze di politica criminale che rimandano alla difesa sociale, alla prevenzione generale negativa, se non, addirittura, alla neutralizzazione e, dunque, ad esperienze illiberali pregresse e incompatibili con la Costituzione.

---

[53] Proposta di legge costituzionale n. 3515 presentata l' 8 giugno del 2021.

Interrogarsi sulle radici politico- criminali dell'ergastolo, come si è cercato di fare, significa chiedersi di quale salute godano oggi, nella stagione dei populismi penali e dei nuovi autoritarismi, i principi democratici e da Stato sociale di diritto, affermatisi in Italia in seguito alla Resistenza.

Sulla configurabilità della fattispecie di lieve entità nell'orizzonte problematico del T.U. stupefacenti

ALESSIA VIOLA

ABSTRACT

Regarding the recognition of the autonomous hypothesis of minor seriousness of the act, pursuant to art. 73, paragraph 5, of Presidential Decree 309/1990, a recent decision by the 4th Section of the Supreme Court reconstructs the situation by recalling the relevant case law, confirming its more restrictive stance according to which "minor seriousness cannot be based exclusively on merely quantitative criteria but must be the result of a comprehensive assessment of the act, taking into account all the indicators indicated by law." Consequently, if one of the elements provided for by the legislator is found to be negatively absorbing, the others, considered independently, cannot be relevant for the purposes of recognizing minor seriousness.

SOMMARIO: 1. Profili essenziali della pronuncia. – 2. Evoluzione interpretativa del "fatto di lieve entità": cenni. – 3. L'esclusione del fatto di lieve entità e l'elemento assorbente in negativo. – 4. Considerazioni conclusive.

1.La configurabilità della fattispecie di lieve entità, di cui all'art. 73, co. 5, d.P.R. 309/1990, mostra diversi rilievi problematici. Una recente pronuncia della Cassazione offre significativi spunti di riflessione sui criteri interpretativi, che guidano il giudice all'esclusione del fatto di lieve entità, *ex* art. 73, co. 5, d.P.R. 309/1990, pur in presenza di indici apparentemente favorevoli all'imputato.

Nel caso di specie, la Corte veniva chiamata a pronunciarsi su un ricorso presentato avverso la decisione della Corte di appello di Palermo. I giudici dell'impugnazione, infatti, in riforma della decisione del primo grado, avevano accolto l'appello del pubblico ministero, escludendo l'applicabilità del co. 5, in ragione del tipo e della quantità di sostanza rinvenuta, nonché delle altre modalità della condotta[1].

La difesa lamentava la violazione della legge penale e sostanziale e il vizio di motivazione, per mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della stessa, nella parte in cui aveva escluso la lieve entità del fatto, senza considerare che il dato quantitativo della sostanza era risultato inferiore a quello ritenuto dalla giurisprudenza compatibile col fatto di lieve entità; rilevando, altresì, che neppure la

[1] Cfr. Cass. pen., sez. un., 5 ottobre 2010, n. 35737, in *Il Foro It.*, 6 giugno 2011, p. 379 ss., con cui la Corte, nel ritenere compatibile l'ipotesi della lieve entità del fatto con l'aggravante della cessione ad un soggetto minorenne, apriva all'applicazione del criterio di ragionevolezza, di cui all'art. 3 Cost. Ancora, cfr. Cass. pen., sez. VI, 20 febbraio 2018, n. 13982, con cui la Suprema Corte ha precisato che, ai sensi dell'art. 73, comma 5, d.P.R. 309/1990, anche il vasto assortimento di sostanze stupefacenti offerte al consumatore non è di per sé idoneo ad escludere la lieve entità del fatto. In dottrina, sul punto specifico, cfr. M. TORIELLO, *Il fatto di lieve entità è configurabile anche in caso di detenzione di sostanze stupefacenti di diversa specie: i principi di diritto affermati dalle Sezioni Unite con la sentenza Murolo*, in *Cass. pen*., 2019, 1987 ss.

diversità delle sostanze rinvenute potesse essere di per sé ostativa al riconoscimento dell'ipotesi di cui al co. 5.

La questione è stata oggetto di approfondimento da parte della suprema Corte. Quest'ultima, infatti, nel dichiarare inammissibile il ricorso, ha confermato quell'indirizzo particolarmente rigoroso della giurisprudenza, invero consolidato, che ritiene applicabile il fatto di lieve entità soltanto in ipotesi di minima offensività penale della condotta, sia per quanto attiene i dati quantitativi e qualitativi, che le modalità, i mezzi o le circostanze dell'azione.

Di conseguenza, anche laddove uno solo degli indici risulti negativo si esclude l'applicabilità del fatto di lieve entità[2]. In altri termini, secondo quest'orientamento l'ipotesi di lieve entità, di cui all'art. 73, co. 5, d.P.R. 309/1990, troverebbe applicazione solamente in presenza di una effettiva modestia del fatto, intesa come compressione di tutti gli indici normativi verso un livello minimo dell'offesa.

Pertanto, ai fini del riconoscimento in parola la valutazione dell'offensività della condotta non può essere ancorata solo al quantitativo della sostanza stupefacente singolarmente spacciata o detenuta, ma deve necessariamente riferirsi anche alla concreta capacità di azione del soggetto, alle relazioni esistenti col mercato di riferimento, in generale alla rete organizzativa e alle altre modalità adottate per porre in essere le condotte illecite[3].

2. Ora, la previsione di cui all'art. 73, co. 5, d.P.R. 309/90[4] risponde ad «un'esigenza pratica imprescindibile, facendo da cuscinetto tra le gravi ipotesi delittuose di cui all'art. 73 e quelle amministrative […], prendendone il posto tutte le volte che per qualsiasi ragione le prime appaiono esagerate rispetto al contesto della condotta e le seconde sotto misura» [5]. La sua funzione, dunque, è quella di attenuare il rigido trattamento sanzionatorio previsto per le condotte illecite disciplinate dai commi precedenti dello stesso articolo tutte quelle volte che i fatti tipizzati siano di lieve entità «per i mezzi, per le modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze», nella prospettiva di rendere il sistema repressivo in materia di sostanze stupefacenti maggiormente rispondente ai principi di cui all'art. 27, co.1 e 3, Cost.

Dunque, come è stato osservato in dottrina, la funzione attribuita all'ipotesi della lieve entità risulta essere proprio quella di «valvola di sfogo»[6] del sistema, in ossequio ai principi di offensività e di proporzionalità, prevedendo una risposta sanzionatoria idonea a sottrarre i fatti connotati da minore gravità al severo trattamento sanzionatorio previsto per le figure delittuose, ben più gravi, di cui ai commi precedenti[7].

---

[2] Cass. pen., sez. III, 16 aprile 2024, n. 33103.

[3] Cfr. Trib. Ascoli Piceno, 19 marzo 2020, n. 106, in *Guid. dir.,* 2020*,* 98.

[4] Sul punto cfr. J. DE LILLO, *Spaccio e detenzione personale nella nuova disciplina in materia di stupefacenti*, in A. Cadoppi-S. Canestrari-A. Manna-M. Papa (a cura di), *Trattato di diritto penale*. *Riforme (2008 2015*), Torino 2015, 487 ss.

[5] E. FORTUNA, (voce) *Stupefacenti*, in *Enc. dir.,* XLIII, Milano 1990, 1201.

[6] O. DI GIOVINE, Stupefacenti*: meglio "di tutta l'erba un fascio" oppure "un fascio per ogni erba"?"*, in *Leg. pen.*, 27 febbraio 2020, 7.

[7] Secondo parte della dottrina, la fattispecie di lieve entità di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. 309/ 1990, pur essendo stata introdotta per rispondere ad esigenze di riequilibrio del sistema punitivo, è divenuta l'unico presidio di ragionevolezza rispetto all'equiparazione fra droghe pesanti e leggere. Sul punto, F. DONELLI*, Circostanze del reato e "tipicità negata" nella recente riforma del diritto penale degli stupefacenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1879.

In linea generale, il fatto lieve è quello a cui può essere riconosciuta una minima offensività penale della condotta, deducibile da diversi criteri, intesi dalla giurisprudenza quali parametri-guida per l'interprete. E dunque: il dato quantitativo (peso ponderale della sostanza stupefacente); il dato qualitativo (purezza della sostanza); le modalità della condotta (organizzazione, eterogeneità delle sostanze ecc.); i mezzi (strumenti utilizzati per commettere il reato); le circostanze dell'azione (sia oggettive che soggettive)[8], sì da pervenire all'affermazione di lieve entità conformemente ai principi costituzionali di offensività e proporzionalità della pena[9].

Si tratta, invero, di una valutazione complessiva che il giudice è chiamato di volta in volta a compiere, essendo consentito allo stesso «prendere in esame qualsiasi concreta circostanza di carattere soggettivo od oggettivo per pervenire ad un giudizio favorevole o sfavorevole»[10].

Sul piano legislativo la disciplina della fattispecie di lieve entità trae origine dalla legge n. 685/1975, che, col dichiarato intento di addivenire alla depenalizzazione della condotta destinata al mero uso personale entro la 'modica quantità', aveva previsto una differenziazione della risposta sanzionatoria, stabilendo pene diverse a seconda delle differenti sostanze stupefacenti ed inserendo altresì la circostanza attenuante del fatto di lieve entità per quelle condotte rientranti appunto entro la soglia della 'modica quantità'.

Successivamente, la legge n. 162/1990 e poi lo stesso art. 73, co. 5, d.P.R. 309/1990 prevedevano pene diverse per i fatti lievi a seconda che questi riguardassero sostanze stupefacenti o psicotrope di tipo leggero (di cui alle tabelle II e IV) oppure di tipo pesante (di cui alle tabelle I e III).

Con la legge n. 314/1991 il legislatore qualificò espressamente il fatto di lieve entità come circostanza attenuante. In particolare, il trattamento sanzionatorio in materia subì un aggravio ad opera della novella n. 251/2005, che stabilì un divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti e, dunque, dell'ipotesi di lieve entità di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R., sulla recidiva reiterata di cui all' art. 99, comma 4, c.p.

Successivamente, il d.P.R. 309/1990 è stato profondamente innovato dalla legge 49/2006[11], cd. Fini-Giovanardi, con cui il legislatore eliminò la distinzione tra droghe leggere e pesanti, equiparando il trattamento sanzionatorio, con la previsione di un'unica sanzione: reclusione da uno a sei anni e la multa da euro 3.000 ad euro 26.000.

Tutto ciò comportò, inevitabilmente, che nella prassi giudiziaria si assistesse a numerosi casi di lieve entità che finivano per essere puniti con pene altissime; con la naturale ed ovvia conseguenza di determinare un sovraffollamento carcerario.

Pertanto, per porre rimedio al sovraffollamento, la giurisprudenza di merito, pur senza trovare inizialmente conferma nella giurisprudenza di legittimità[12], iniziò a ricostruire l'ipotesi della lieve

---

[8] Sul punto, Cass. pen., sez. IV, 9 aprile 2019, n. 17674.

[9] Al riguardo, è opportuno ricordare soprattutto, Corte cost., sent. n. 40/2019, in *www.cortecostituzionale.it*, punto 5.2. del *considerato in diritto* con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 73, comma 1, d.P.R. 309/1990 nella parte in cui prevedeva la pena minima edittale nella misura di anni otto di reclusione anziché sei, altresì che: «il costante orientamento della Corte di cassazione è nel senso che la fattispecie di lieve entità di cui all'art. 73, comma 5, può essere riconosciuta solo nella ipotesi di minima offensività penale della condotta, deducibile sia dal dato qualitativo e quantitativo, sia dagli altri parametri richiamati dalla disposizione».

[10] *Ex plurimis*, Cass. pen., sez. VI, 8 luglio 1993, n. 10947, in *Foro it.,* 1994, II, 289 ss.

[11] Si trattò soprattutto di una riforma legislativa dall'alto valore simbolico, tesa a soddisfare l'esigenza di una tutela anticipata dei beni giuridici protetti dalla disciplina in materia di stupefacenti; sul punto, Cass. pen. sez. un., 24 giugno 1998, n. 9973, Rv. 211073, in *Giust. pen.,* 1999, 203.

[12] Cfr. tra le altre, Cass. pen., 20 febbraio 2007, n. 16444.

entità come autonoma fattispecie di reato[13], anticipando l'intervento legislativo che si avrà solo nel 2013[14].

Com'è noto, in relazione all'art. 77, co. 2, Cost., con la sentenza n. 32/2014, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge Fini-Giovanardi[15].

La legge di conversione n. 79/2014 intervenne nuovamente sulla disciplina, riducendo la pena della reclusione da sei mesi a quattro anni e la multa da euro 1.032 ad euro 10.329.

Da ultimo, il d.l. 123 del 2023 (c.d. decreto Caivano)[16], convertito in legge n. 159/2023, ha nuovamente modificato la fattispecie di lieve entità, innalzando la previsione della pena massima edittale in anni cinque, con tutte le note implicazioni processuali sfavorevoli per l'imputato che questa modifica inevitabilmente comporta.

Tali numerosi interventi[17], espressione di opzioni politico-culturali molto diverse, hanno finito per dar vita, sovente, a repentini *revirement* giurisprudenziali. Nondimeno, al variegato panorama normativo e giurisprudenziale si è accompagnata una copiosa elaborazione dottrinale, tesa a sistematizzare la disciplina, assai variegata e complessa anche per gli stessi operatori del diritto[18].

3.Ebbene, se è vero che le Sezioni unite hanno «escluso che una singola circostanza possa assumere a priori ed in astratto carattere ostativo alla qualificazione del fatto come lieve entità»[19], occorre ricordare che la stessa giurisprudenza di legittimità, nella medesima pronuncia, ha evidenziato come la presenza di un indice marcatamente negativo alla riconducibilità del fatto

---

[13] Cfr. Trib. Napoli, 4 ottobre 2006, n. 11619.

[14] Con il d.l. n. 146/2013, conv. in l. n. 10/2014, il legislatore, nel modificare la disciplina di cui all'art. 380, co. 2, c.p.p. sostituì alla lettera h) il precedente inciso con «salvo per i delitti di cui al comma 5 del medesimo articolo», trasformando in tal modo tale previsione normativa da mera circostanza attenuante in una ipotesi criminosa autonoma, allo scopo di evitare la vanificazione del beneficio sanzionatorio attraverso il bilanciamento delle circostanze. In dottrina cfr. M. GAMBARDELLA, *La nuova disciplina in materia di stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 2014, 9 ss.

[15]Con tale intervento della Consulta del 2014 tutte le disposizioni della legge Fini-Giovanardi furono dichiarate illegittime, con l'effetto di far rivivere le disposizioni abrogate dalla legge Vassalli-Iervolino e le relative tabelle.
Sull'intervento, V. MANES-L. ROMANO*, L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 23 marzo 2014; B. LAVARINI, *Incostituzionalità della disciplina penale in materia di stupefacenti e ricadute* ante e post iudicatum, in *Giur. cost*., 2014, 1903 ss.
A ciò si aggiungano le riflessioni della dottrina, per tutti, A. CAVALIERE, *Il controllo del traffico di stupefacenti tra politica criminale e dogmatica*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 587, secondo cui «se è vero che grazie alla pronuncia della Corte […] si pone fine soprattutto ad un iniquo, draconiano e controproducente livellamento verso l'alto delle sanzioni di cui all'art. 73 t.u. stupefacenti, resta il dato per cui la disciplina vigente, che è quella risultante dalla controversa riforma del 1990, continua ad essere orientata in senso proibizionistico, fortemente repressiva e di assai dubbia efficaci».

[16] Per un commento cfr., A. CAVALIERE, *Il c.d. decreto Caivano: tra securitarismo e simbolicità*, in *www.penaledp.it.,* 9 febbraio 2024.

[17] Al riguardo si segnala il recentissimo intervento della Corte cost., sent. 90/2025, in *www.cortecostituzionale.it*, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 168 *bis*, co. 1, c.p., in relazione all'art. 3 Cost, ovvero l'esclusione del reato di spaccio di lieve entità o piccolo spaccio dall'Istituto della messa alla prova. È, infatti, ad avviso della Corte, irragionevole e foriera di disparità di trattamento la circostanza che l'accesso al rito speciale della sospensione del procedimento con messa alla prova sia precluso per la fattispecie meno grave (co. 5), mentre per quella più grave (l'istigazione all'uso illecito di sostanze stupefacenti) sia, almeno in astratto, ammissibile. Precisando, altresì, che «l'esclusione del piccolo spaccio dall'ammissione alla messa alla prova, che coniuga in sé una funzione premiale e una forte vocazione risocializzante, frustra anche le finalità di deflazione giudiziaria che detto istituto persegue, in particolare, per i reati di minore gravità e di facile accertamento, come quello in esame».

[18] Secondo O. DI GIOVINE, *op. cit.*, 5, «il pendolo delle strategie di contrasto penale è continuamente oscillato tra posizioni assistenzialiste, che considerano il drogato una persona da curare e/o da recuperare alla società, e ondate proibizioniste, che eleggono nel diritto penale lo strumento per cercare di sradicare il problema o quantomeno emarginare l'autore che tale problema rappresenta, togliendolo alla vista della società».

[19] Cass. pen., sez. un., 27 settembre 2018, n. 51063, par. 8.

nell'alveo della lieve entità sia idoneo a rendere superflua la valutazione degli altri parametri, che potrebbero essere favorevoli al reo, dovendosi trattare, però, di un indice che «in concreto assuma valore assorbente, e cioè che la sua intrinseca espressività sia tale da non poter essere compensata da quella di segno eventualmente opposto di uno o più degli altri»[20].

Ritenere che la valutazione dei criteri normativi elencati nell'art. 73, co. 5, t.u. stupefacenti debba essere complessiva, vuol dire escludere che gli stessi possano essere utilizzati dal giudice in maniera alternativa, riconoscendo, o al contrario, escludendo la lieve entità pure in presenza di un solo indice di segno positivo o negativo, senza tener conto di tutti gli altri; con la conseguenza che tra gli stessi indici siano possibili compensazioni tali da consentire una valutazione unitaria sulla concreta offensività del fatto, anche in quelle ipotesi in cui le circostanze risultino a prima vista contraddittorie[21].

Pertanto, è necessario chiarire quando ci si trovi dinanzi ad un elemento assorbente in negativo rispetto agli altri.

Al riguardo, la giurisprudenza di legittimità ha precisato che anche il dato ponderale non è di per sé ostativo[22], ovvero pure un quantitativo elevato di sostanza stupefacente, valutato assieme agli altri indicatori normativi, potrebbe integrare l'ipotesi del fatto lieve; e viceversa, un quantitativo minimo di stupefacente potrà risultare non decisivo, all'esito della valutazione, per ritenere integrata l'ipotesi della lieve entità[23].

In tal senso, è parimenti fondamentale che la motivazione[24] del giudice tenga conto del percorso valutativo, dovendo la stessa essere ancor più rigorosa nel ripercorrere l'*iter* logico ed argomentativo seguito, sì da dimostrare di aver vagliato tutti gli indici richiesti dalla norma, al fine di giustificare le ragioni per le quali il singolo dato ostativo al riconoscimento del fatto lieve non possa essere bilanciato da altri elementi indicativi invece della sua ridotta offensività; tenendo in considerazione,

---

[20] Sempre Cass. pen., sez. un., 27 settembre 2018, n. 51063, par. 7. Sul punto successivamente anche Cass. pen., sez. VI, 23 gennaio 2019, n. 10095, in *Dir. giust.*, 8 marzo 2019; Corte Appello-Ancona, 22 maggio 2020, n. 593, in *Redazione Giuffrè,* 2020; Cass. pen. sez. VI, 3 novembre 2022, n. 45061, in *Cass. pen.,* 2023, 115; Tribunale-Campobasso, 24 gennaio 2023, n. 47.

[21] Cfr., Cass. pen., sez. VI, 23 gennaio 1992, n. 167, in cui la Corte ha precisato che la lieve entità possa essere riconosciuta anche in presenza di un quantitativo non modico di sostanza stupefacente, qualora altri indici (condotta e concreta modalità dell'azione) ne ridimensionino la portata penale.

[22] Sebbene l'elemento ponderale sia strettamente connesso alla dimensione valoriale dell'offesa arrecata, occorre sottolineare che tale offesa non si esaurisce nel *quantum* di sostanza oggetto della condotta. Sul punto cfr. E. PENCO, *Stupefacenti e fatto di lieve entità: la rilevanza dell'elemento quali-quantitativo nella pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Giur. it*. 2019, fasc. 3, 663-675. In giurisprudenza, tra le altre, cfr. Cass. pen., 14 dicembre 2017, n. 33019, in *Dir. giust.*, 18 luglio 2018, ove si precisa che l'ipotesi di spaccio di lieve entità può riscontrarsi in relazione alla quantità e qualità della sostanza, da accertarsi con riguardo al principio attivo, alla complessità e ampiezza dell'organizzazione.

[23] Cfr. Cass. pen., sez. III, 9 maggio 2023, n. 46871, in *Dir. giust.*, 23 novembre 2023, nel caso di specie la Corte ha ritenuto che, a fronte di una quantità modica di droga leggera, la presenza di buste per il confezionamento dello stupefacente e la presenza di un bilancino di precisione, in assenza di ulteriori indici, non risultassero sufficienti per escludere l'ipotesi di fatto lieve, non permettendo di ritenere sussistente l'attività di spaccio. Sul punto, in dottrina v. F.C. PALAZZO, *Consumo e traffico di stupefacenti*, Padova 1994, 167.

[24]Cass. pen., sez. IV, 8 novembre 2019, n. 49897, in *Guid. dir.,* 2020, 7, 101, con cui la Corte ha annullato la sentenza impugnata, con rinvio per nuovo giudizio, sul rilievo che «la motivazione con cui la Corte di appello rigetta il motivo relativo alla derubricazione del reato nella fattispecie di cui al d.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 5, non assolve l'onere dell'articolata valutazione indicata dalle Sezioni Unite di questa Corte, al fine di provvedere alla corretta qualificazione del reato nel caso concreto. Invero, la sentenza impugnata limita il proprio giudizio al numero delle dosi (neppure 40) ed al luogo ove l'imputato si è recato per spacciare, senza neppure accennare al grado di purezza e di capacità drogante dello stupefacente, non indicando il principio attivo della sostanza, non desumibile neppure dalla contestazione».

però, che ove uno degli indici previsti risulti negativamente assorbente, ogni altra considerazione non inciderà sul giudizio[25].

4.Dai rilievi sin qui svolti emerge che la Corte di cassazione richiede, per l'applicazione della fattispecie di cui all'art. 73, co. 5, d.P.R. 309/1990, un'effettiva scarsa offensività del fatto, intesa come livellamento di tutti gli indici legislativi verso un grado minimo dell'offesa e non semplicemente come assenza di elementi sintomatici della professionalità nel reato di spaccio. Essa ha, quindi, aderito all'indirizzo maggiormente restrittivo della giurisprudenza di legittimità, confermandone l'orientamento.

Sul punto si rileva che l'inquadramento del fatto nell'ipotesi della lieve entità può trovare giustificazione solo in presenza di condotte di minor disvalore sociale, tali da determinare una minima lesione o messa in pericolo del bene protetto dalla norma, ovvero la salute.

In tale prospettiva ermeneutica, il principio di offensività e il principio di proporzionalità risultano essere i riferimenti cardine per la risoluzione dei contrasti, ove per offensività qui si intende non già il giudizio di tipicità, ma il criterio interpretativo di ragionevolezza della norma, sì da consentire di adeguare in modo razionale la pena al fatto, imponendo l'art. 3 Cost. nella materia penale una proporzione tra l'offensività (in concreto) del fatto e la pena, sia in termini quantitativi che qualitativi[26].

Pertanto, in dottrina si è fatta strada l'idea che una soluzione utile potrebbe essere rappresentata dal ricorso al principio di offensività in concreto[27], atteso che resta compito esclusivo del giudice verificare se la singola condotta sia assolutamente inidonea a ledere o porre in pericolo i beni giuridici protetti dalla norma[28].Tradizionalmente nella materia di cui si discorre l'inoffensività in concreto viene fatta coincidere con la assoluta inettitudine drogante della sostanza[29].

Nel caso di specie la Cassazione, condividendo la decisione del giudice d'appello, ha riconosciuto che l'imputato, pur trovandosi sottoposto ad un regime di restrizione cautelare (arresti domiciliari) per altro reato, avesse piena e concreta capacità di azione, mantenesse relazioni col mercato di riferimento (quello della droga). Inoltre, si è ritenuto che considerata l'entità della droga, nonché la diversa tipologia di sostanza stupefacente e il numero di assuntori riforniti, la capacità di approvvigionamento e di diffusione della sostanza stupefacente fosse tale da escludere che la condotta rientrasse nell'alveo della minima offensività, avendo il ricorrente trasformato la propria abitazione in una sorta di mercato della droga e disponendo di tutta la strumentazione necessaria per la pesatura, il frazionamento e confezionamento dello stupefacente (bilancino di precisione, banconote di diverso taglio, agenda ove erano annotati nomi e somme di denaro).

Sicché, alla luce delle argomentazioni della giurisprudenza, è legittimo escludere la lieve entità quando le singole cessioni, seppur di modesto quantitativo, costituiscano una dimostrazione effettiva della capacità criminale del soggetto di diffondere in maniera continuativa sostanza stupefacente,

---

[25] Cass. pen. Sez. un., 21 giugno 2000, n. 17; Cass. pen. Sez. un., 24 giugno 2010, n. 35737, in *Foro It.*, 2011, 379 ss.
[26] Cfr. Cass. pen., 17 maggio 1994, n. 6887.
[27] In dottrina, fra gli altri, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino 2005, 245 ss.
[28]Sul punto la dottrina è critica, tra gli altri, V. MONGILLO, *Sullo stato del principio di offensività nel quadro del costituzionalismo penale. Il banco di prova della coltivazione della cannabis*, in *Giur. cost*., 2016, 941 ss.
[29] Per una panoramica generale, v. Massimario Corte di cassazione, *La categoria dell'offensività nel reato di coltivazione di piante stupefacenti*, Rel. n. 36/16, 7 giugno 2016.

dovendo la valutazione dell'offensività dell'azione riferirsi ad ogni aspetto del fatto considerato nella sua oggettività.

Nondimeno, la materia degli stupefacenti merita una più ampia riflessione, al di là della sola ipotesi della lieve entità.

In linea generale, la disciplina legislativa delle sostanze stupefacenti pone in via del tutto preliminare il problema di contemperare l'impianto fortemente repressivo, voluto dall'ordinamento per la tutela della salute, con la misura della risposta sanzionatoria.

Pertanto, sarebbe auspicabile in uno Stato sociale di diritto[30], che possa davvero definirsi tale, quantomeno ipotizzare l'applicazione giurisprudenziale uniforme di soglie predefinite con maggiore chiarezza, che consentirebbero di preservare l'ipotesi della lieve entità come fattispecie di chiusura dell'ordinamento, nel rispetto dei principii di proporzionalità e di razionalità del sistema penale.

Invero, una siffatta soluzione ridurrebbe considerevolmente il margine di incertezza e imprevedibilità delle decisioni giudiziali riguardanti gli stupefacenti.

Com'è noto, il dichiarato scopo delle incriminazioni in materia è quello di eliminare dal mercato nazionale il traffico di stupefacenti, atteso che la cessione della sostanza stupefacente al consumatore determina la circolazione della droga e, di conseguenza, finisce per alimentare tale mercato illecito, con la messa in pericolo dei beni ritenuti tradizionalmente oggetto di tutela penale, ovvero la salute pubblica, la sicurezza e l'ordine pubblico.

Tuttavia, a riguardo è opportuno muovere alcuni rilievi critici.

Invero, così tratteggiata, la normativa in materia di stupefacenti ha ad oggetto fattispecie plurioffensive, in cui il bene giuridico 'salute', da intendersi quale risultante dalla somma della salute dei singoli individui, assume valore preminente rapportato ai beni giuridici della sicurezza pubblica[31] e dell'ordine pubblico[32].

In una prospettiva *de iure condendo*, come già in dottrina autorevolmente osservato, si dovrebbe, *in primis*, separare nettamente la disciplina penale in materia di stupefacenti dal binomio salute-ordine pubblico[33], ovvero dal modello di tutela iperpubblicistico pensato dal legislatore. Inoltre, si dovrebbero anche rimodulare, verso il basso, le cornici edittali per alcune condotte (come appunto il traffico di stupefacenti di lieve entità) che si pongono in evidente contrasto col principio di proporzione[34].

---

[30] Nella materia penale le indicazioni di principio derivanti dal sistema normativo di riferimento devono ritenersi vincolanti per il legislatore. Sul punto, S. MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1989, 1006 ss.

[31] Per una riflessione sull'utilizzo del concetto di sicurezza come bene giuridico, si veda G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino 2014, 91-97.

[32] Per la definizione di ordine pubblico, S. MOCCIA, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell')*, in *Enc. giur., XXII,* Roma 1990, 4.

[33] In dottrina, A. CAVALIERE, *op. cit.*, 588, secondo cui «l'ordine pubblico è notoriamente, secondo la definizione bindinghiana, un "ripostiglio di concetti", un concetto vago ed onnicomprensivo, incompatibile con il principio costituzionale di determinatezza […] Il concetto di "sicurezza pubblica" ha sostanzialmente le stesse caratteristiche vaghe ed onnicomprensive. Esso comprende, in realtà, la sicurezza della vita, dell'incolumità fisica, del patrimonio, e così via; è un predicato di altri beni giuridici, non un bene a sé stante».

[34] In dottrina si nega la legittimazione ai beni giuridici della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, ritenendo che essi non dovrebbero trovare tutela all'interno del diritto penale. In senso critico, anche A. CAVALIERE, *op. loc. cit.,* 589, secondo cui: «con quelle espressioni [ordine pubblico e sicurezza pubblica] vengono evocati, infatti, pericoli per beni diversi e più concreti di ordine e sicurezza; pericoli non sempre verificabili – dal momento che non tutte le sostanze stupefacenti inducono pulsioni criminogene – e talora solo remoti o indiretti […] ma soprattutto, pericoli in rapporto ai quali ci si dovrà porre la questione dell'effettività, ovvero se l'intervento penale sia uno strumento adeguato contro tali

A ben vedere, il solo bene legittimamente tutelabile dal diritto penale è quello della salute della persona, dunque, la salute del singolo individuo.

Si è, infatti, sovente osservato in dottrina che la disciplina degli stupefacenti molto spesso diviene per lo Stato uno strumento di controllo sociale ed un mezzo per acquisire consensi, rappresentando una «sorta di vetrina per dimostrare la propria capacità di rispondere alle frequenti istanze di giustizia avanzate dalla popolazione, con la conseguenza di svilire così la funzione stessa del diritto penale, ridotto ormai a mero strumento di controllo dell'opinione pubblica»[35].

Esemplificativamente, stando alla previsione normativa, la detenzione o lo spaccio delle droghe cd. leggere è ritenuto dal nostro legislatore più grave dell'ipotesi delittuosa dell'omicidio colposo o di una lesione personale[36].

Sotto un primo profilo il "fatto lieve", di cui all'art. 73, co. 5, d.P.R. 309/1990, nella prassi finisce per risolversi in quella che è stata definita come una sorta di delega in bianco del legislatore alla giurisprudenza, in totale spregio del principio di legalità della fattispecie penale, in particolare, *sub specie* tassatività/determinatezza[37].

La giurisprudenza, infatti, in questo suo "potere delegato" sovente ha dato vita a diverse letture interpretative in riferimento all'ipotesi della lieve entità.

Al riguardo, come sottolineato in dottrina[38], si impone la necessità di accogliere una interpretazione maggiormente rispettosa del principio di tassatività[39] della fattispecie penale, sì da consentire di recuperare certezza del diritto, determinatezza e prevedibilità delle decisioni giudiziali dei reati in materia di stupefacenti per i destinatari del precetto penale e per tutti i consociati.

A ciò si aggiunga un'ulteriore riflessione.

Come già anticipato, la legislazione di stampo proibizionista in materia di stupefacenti, criminalizzando anche la cessione di piccoli quantitativi di droga, aumenta considerevolmente il tasso di carcerizzazione dei soggetti tossicodipendenti, contribuendo a determinare un inaccettabile sovraffollamento degli istituti di pena, incompatibile con i principi di cui all'art. 27, co. 3, Cost. I

---

fenomeni o, piuttosto, finisca per favorirli, nel qual caso il diritto penale non sarebbe legittimato in funzione di tutela di beni giuridici».

[35] V.MANES, *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti. Frasario essenziale alla luce dei principi di offensività, proporzione e ragionevolezza*, in AAVV., *La legislazione penale compulsiva,* G. INSOLERA (a cura di), Padova 2006, 7.

[36] Sul punto cfr. C. RUGA RIVA, *La disciplina repressiva del consumo e del traffico di stupefacenti*, in *Diritto penale, parte speciale*, Vol. I, D. Pulitanò (a cura di), Torino 2019, 176 ss.

[37] È opportuno brevemente riportare che, nonostante una dichiarazione di incostituzionalità della fattispecie di lieve entità non sia certo oggi auspicabile, quantomeno da un punto di vista di politica criminale, attesa la funzione deflattiva del sistema sanzionatorio, tuttavia, parte della dottrina ha, a più riprese, accennato a possibili profili di incostituzionalità dell'art. 73, comma 5, t.u. stupefacenti per carenza di precisione. In particolare, la clausola della "lieve entità" è a tal punto indeterminata da far dubitare della sua legittimità costituzionale. Sul punto, F. C. PALAZZO, *Consumo e traffico*, *cit*., 165, secondo cui, la legittimità della previsione normativa poteva ritenersi giustificata solo in quanto circostanza attenuante.

[38] Tra gli altri, N. RUSSO, "*Il nuovo che avanza…" confronto tra opposti orizzonti legislativi in tema di c.d. "piccolo spaccio" (art. 73 comma V d.p.r. n. 309 del 1990*), in *Gius. ins.*, 2020, § 3, secondo cui i criteri di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. 309/1990 «si prestano spesso a considerazioni fortemente disomogenee a seconda del contesto territoriale, dell'esperienza professionale e financo della sensibilità sul tema del singolo magistrato giudicante».

[39]Sul principio di tassatività, S. MOCCIA, *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001, p. 13 ss; G. FIANDACA- E. MUSCO*, Diritto penale, parte generale*, Torino 2023, 88 ss.

numeri sono impietosi: basti pensare che nel nostro Paese quasi un terzo della popolazione detenuta è costituita da soggetti tossicodipendenti[40].

Secondo parte della dottrina i problemi nella regolamentazione della disciplina degli stupefacenti, costantemente in bilico tra politiche di proibizionismo[41] e di assistenzialismo, dipendono da una incapacità interna dello stesso sistema penale, ritenuto inadeguato a risolvere gli aspetti critici sinora rilevati. A ben vedere, le difficoltà del legislatore penale in materia sono una mera conseguenza della sua incapacità (da leggersi quale 'non volontà') a legiferare.

Si impone, però, oggi più che mai la rivisitazione dell'intera disciplina, nel rispetto del principio di legalità, in particolare, dei suoi corollari di tassatività e di determinatezza della fattispecie penale, ed ancora, del principio di offensività e, non da ultimo, del principio di proporzionalità, sì da adeguare al meglio la pena al fatto.

Si tratta, invero, di una sfida sicuramente non agevole, sicuramente non semplice, ma, tuttavia, doverosa.

---

[40] Secondo l'ultima relazione presentata al Parlamento nel 2025, al 31 dicembre 2024, in Italia, risultano presenti 19.755 detenuti tossicodipendenti, di cui il 96% è di genere maschile e il 35% di nazionalità straniera. In particolare, «i detenuti tossicodipendenti rappresentano il 32% della popolazione carceraria complessiva (61.861 persone), facendo registrare un leggero aumento rispetto al 2023, quando la quota era del 29%. A livello regionale, il 45% dei detenuti tossicodipendenti risulta presente negli istituti penitenziari del Nord, il 32% in quelli del Sud e delle Isole, e il restante 23% in quelli del Centro, mentre si attesta attorno al 24% nelle regioni meridionali e insulari. Nel corso del 2024, le persone tossicodipendenti entrate in carcere sono state complessivamente 16.890 (8.700 nel primo semestre e 8.190 nel secondo), corrispondenti al 39% dei 43.489 ingressi totali», *Relazione annuale al Parlamento sul fenomeno delle tossicodipendenze in Italia*, 2025, p. 80, in *https://www.politicheantidroga.gov.it.*

[41] Al riguardo, sui limiti delle politiche di stampo proibizionista, A. CAVALIERE, *op. cit*., 598, secondo cui «se l'intervento penale mira a diminuirne il numero [dei consumatori], secondo le istituzioni e gli studiosi ciò non è avvenuto, né in Italia, né altrove; si riconosce diffusamente il fallimento del proibizionismo. In contesti normativi di liberalizzazione o di legalizzazione, il consumo tende a diminuire […] al contrario, proprio il proibizionismo crea per il consumatore rischi per la salute derivanti dalla possibile adulterazione della sostanza (c.d. taglio)».

Mandato d'arresto europeo e condizioni di detenzione in una recente pronuncia della Cassazione

GIUSEPPE CERULLO

ABSTRACT

Regarding EAWs, the ruling by the Sixth Criminal Section stated that: in the event that the European Arrest Warrant is issued for the purpose of executing a custodial sentence, the Court of Appeal, pursuant to the ruling of the Grand Chamber of the Court of Justice of 4 September 2025, Case C305/22, is required to obtain the consent of the issuing State, with the related transmission of the conviction and the certificate pursuant to Articles 4 and 5 of Framework Decision 2008/909/JHA, before refusing surrender and taking charge of the execution of the sentence pursuant to Article 18-bis, paragraph 2, of Law No. 69 of 22 April 2005. It is, however, required to order surrender in the event of dissent from the issuing State; if, prior to the judgment of the Grand Chamber of the Court of Justice of 4 September 2025, Case C305/22, the enforcement of the sentence has already begun in Italy and the Court of Appeal has not requested the consent of the issuing State, unilaterally proceeding with the recognition and enforcement of the conviction, the issuing State, pursuant to Articles 13 and 22 of Framework Decision 2008/909/JHA, cannot proceed with the enforcement of the sentence imposed. Despite the evident critical issues, the evident dialogue between the courts appears to be a true fusion of experiences and principles, a path that strengthens the protection of citizens and consolidates the European legal identity, without compromising the function of national institutions, but enhancing it in a perspective of cooperation and mutual enrichment.

SOMMARIO: 1. Interazione tra MAE e trattamento detentivo: l'inquadramento normativo. – 2. …la dimensione politica. – 3. La decisione esaminata. – 4. Le norme e la loro interpretazione nell'ordinamento dell'Unione Europea. – 5. Quadro attuale e criticità operative. Conclusioni.

1.L'obbligo di leale collaborazione, stabilito dall'art. 4, paragrafo 3, primo comma del Trattato sull'Unione europea e sviluppato in modo costante dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE, richiede agli Stati membri di cooperare tra loro in modo leale e reciproco[1].

Secondo questo principio, gli Stati membri hanno due obblighi fondamentali: da un lato, devono adottare tutte le misure necessarie e appropriate per garantire il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione e assicurare che le norme e i principi unionali vengano applicati in modo concreto ed efficace. Ciò significa che non basta rispettare formalmente le regole, ma occorre anche mettere in atto azioni e strumenti tangibili, che ne consentano l'effettiva realizzazione sul territorio nazionale.

[1] Sul principio, in generale, recentemente F. CASOLARI, *The Interaction between Loyalty and Solidarity in the EU Legal Order,* in *La solidarietà europea, Avanzamenti, arretramenti e prospettive a 15 anni dalla riforma di Lisbona,* a cura di G. Morgese, Roma-Bari, 2025, 27-45.

Dall'altro lato, gli Stati devono astenersi da qualsiasi comportamento che possa ostacolare o compromettere l'efficacia dell'ordinamento europeo.

Non è sufficiente, quindi, non violare le norme: è necessario evitare atti, omissioni o pratiche che possano ridurne l'impatto o impedirne l'applicazione. In tal modo, il principio di leale cooperazione garantisce che tutti i membri dell'Unione lavorino insieme in modo coerente e coordinato, promuovendo l'efficienza complessiva del diritto UE e assicurando che gli obiettivi condivisi possano essere realmente raggiunti in tutte le situazioni.

Ne discende l'obbligo per gli Stati membri di non ostacolare l'applicazione dei Trattati da parte degli altri Stati, nonché di garantire l'esecuzione degli atti giuridici dell'UE. In una prospettiva di cooperazione multilivello, Stati membri e Unione sono inoltre tenuti a prestarsi reciproca assistenza e a rispettare le rispettive competenze, evitando l'adozione di misure suscettibili di pregiudicare il perseguimento degli obiettivi comuni dell'Unione.

Da un diverso angolo prospettico, ai giudici nazionali spetta il compito di disapplicare le disposizioni interne incompatibili con gli obiettivi e con il diritto dell'Unione, assicurandone il pieno rispetto e la corretta attuazione.

Tale principio trova una significativa applicazione nell'ambito del mandato d'arresto europeo, nel quale le autorità degli Stati membri coinvolti – tanto lo Stato emittente quanto lo Stato di esecuzione – sono tenute a osservare stringenti obblighi di leale cooperazione. Ciò al fine di garantire sia l'effettività e l'efficacia dello strumento di cooperazione giudiziaria in funzione repressiva che un adeguato livello di tutela dei diritti fondamentali della persona oggetto della consegna.

2.Il legame tra l'esecuzione del mandato d'arresto europeo e le condizioni di detenzione solleva questioni importanti e merita approfondite riflessioni sul processo di integrazione europea.

In particolare, esso evidenzia la necessità di considerare attentamente i rapporti tra le giurisdizioni nazionali degli Stati membri e l'assetto di garanzia dei diritti fondamentali della persona.

Non si tratta soltanto di un tema procedurale o tecnico: le modalità di esecuzione del mandato d'arresto, infatti, possono avere un impatto diretto sulla tutela della dignità, della libertà e della sicurezza delle persone coinvolte.

In questo contesto, l'integrazione europea si manifesta non solo come coordinamento tra sistemi giuridici differenti, ma anche come costruzione di uno spazio comune di protezione dei diritti fondamentali.

I giudici nazionali, le autorità centrali e le Corti sovranazionali devono collaborare in modo leale, assicurando che le procedure di consegna siano compatibili con i principi di dignità umana e con le garanzie previste dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

In sostanza, l'analisi del nesso tra mandato d'arresto e condizioni detentive riguarda indubbiamente l'applicazione della legge, ma, allo stesso tempo, offre pure una chiave di lettura più ampia del percorso di integrazione europea: essa mostra come la tutela dei diritti fondamentali e la cooperazione giudiziaria transnazionale siano strettamente interconnesse e come il rafforzamento

delle garanzie individuali sia un elemento centrale nel consolidamento di un sistema giuridico europeo coeso e condiviso[2].

Tale prospettiva è propria della fase post-moderna del fenomeno descritto: accanto al principio di autonomia statale si afferma l'egemonia di un ordinamento giuridico unitario, che presuppone i sistemi nazionali e li integra, ai sensi degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., attraverso un processo di reciproco arricchimento. Ne deriva un riequilibrio nelle dinamiche di formazione del diritto europeo, sempre più connotato dall'emersione di standard comuni di tutela dei diritti fondamentali.

Pertanto, sotto il profilo metodologico, le fonti europee non devono essere interpretate secondo una prospettiva statocentrica, ossia circoscritta all'ordinamento interno e alla mera delimitazione dei rispettivi ambiti di applicazione. Al contrario, il rapporto tra le diverse "legislazioni" va ricostruito alla luce dei principi propri del diritto dell'Unione, in funzione delle esigenze derivanti dai valori fondamentali che hanno orientato il processo di coordinamento con l'ordinamento nazionale, e in un quadro sistemico che si collega e si completa con il sistema di tutela delineato dalla CEDU[3].

Se consideriamo il concetto di "fonte" in stretta connessione con le nozioni di "diritto" e di "diritti", infatti, emerge chiaramente come le conseguenze sul piano della politica e della scienza giuridica siano profonde e di grande portata.

In particolare, la coesistenza di più fonti di diritto – nazionali e sovranazionali – evidenzia l'esistenza di un vero e proprio pluralismo giuridico, in cui le diverse tradizioni, sistemi e norme si incontrano e interagiscono. Tale pluralismo, a sua volta, non riguarda solo aspetti formali o tecnici, investendo il modo in cui vengono riconosciuti e tutelati i diritti delle persone, rendendo evidente l'universalità delle situazioni giuridiche meritevoli di protezione.

Contemporaneamente, la molteplicità delle fonti e delle tradizioni giuridiche riflette un reale pluriculturalismo, mostrando come culture diverse e sistemi normativi differenti possano coesistere, confrontarsi e arricchirsi reciprocamente.

La combinazione, cioè, rafforza l'idea che il diritto non sia un insieme isolato di regole astratte, bensì un fenomeno vivente, strettamente legato alla storia, alla politica e alla vita sociale. In questo modo, il dibattito tra storia e politica giuridica non solo viene attualizzato, ma si apre a nuove prospettive, superando visioni rigidamente settoriali o atomistiche che considerano le norme come elementi isolati e separati dal contesto sociale e culturale in cui operano.

Infine, siffatta lettura evidenzia come la comprensione delle fonti e dei diritti richieda un approccio integrato, in grado di cogliere le connessioni tra i diversi sistemi e di valorizzare l'interdipendenza tra norme, valori e pratiche sociali.

In altre parole, il pluralismo delle fonti e l'universalità dei diritti non rappresentano un ostacolo, quanto, al contrario, una ricchezza che consente al diritto di adattarsi alle trasformazioni della società e di garantire una protezione più ampia ed efficace dei diritti fondamentali[4].

In questa prospettiva si colloca il costituzionalismo affermatosi nella seconda metà del Novecento, che, nel delineare la persona come titolare di un complesso di libertà e diritti sottratti all'arbitrio del potere, da un lato, si radica nella concretezza dei rapporti sociali, tracciando limiti

---

[2] Diffusamente, F. TRAPELLA, *Riflessioni sull'"Europa dei diritti" a partire da una pronuncia in materia di mandato d'arresto europeo e incolumità della persona richiesta,* in *www.archiviopenale.it,* 2025, n. 3.
[3] R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto,* Torino 2023, spec. 69-110.
[4] F. FALATO, *Sistema penale di fonti e di interpretazioni,* in *Scritti di cooperazione giudiziaria penale,* a cura di F. Caringella, F. Falato, Roma 2018, 3-31.

stringenti all'esercizio della discrezionalità politica e rafforzando la tutela dei diritti fondamentali della persona; dall'altro, in modo speculare, evolve in senso inclusivo e universalistico, tanto con riferimento al pluralismo culturale quanto a quello giuridico[5].

In tale articolato contesto ordinamentale, le libertà individuali trovano fondamento e tenuta nelle dimensioni sociale, collettiva e sovranazionale del diritto, mentre lo Stato, pur rimanendo il naturale produttore delle norme giuridiche, non può più considerarsi il loro produttore necessario ed esclusivo. Ne discende una profonda trasformazione dell'approccio teorico e metodologico di chi opera nel campo della giurisdizione rispetto ai temi della giustizia europea, che conduce il giurista a riconoscere un'efficacia costitutiva alla funzione reattiva e alle prospettive ricostruttive della giurisprudenza. In tale quadro, un ruolo centrale è assunto in particolare dalla Corte di cassazione, chiamata sempre più a svolgere la funzione di autentico "giudice dei diritti" [6].

La metamorfosi investe finanche la dimensione politica, incidendo sui confini tradizionali della sovranità.

Nelle democrazie contemporanee, infatti, il popolo, nell'esercizio della funzione legislativa, dispone di una discrezionalità orientata e primariamente delimitata dai vincoli costituzionali posti a presidio dei diritti fondamentali, ma altresì condizionata – secondo modulazioni e intensità differenti – dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dalla CEDU e dagli indirizzi interpretativi elaborati dalle Corti sovranazionali.

Ne deriva che, nel contesto dell'integrazione europea, la tradizionale sovranità dello Stato nazionale tende a cedere progressivamente il passo a quella che possiamo definire una "sovranità dei valori", la quale non si basa esclusivamente sul potere dello Stato di emanare leggi o di esercitare la propria autorità in maniera indipendente, ma prende forma attraverso un patrimonio condiviso di principi, norme e diritti fondamentali che tutti gli Stati membri riconoscono e si impegnano a rispettare.

In altre parole, la forza dello Stato non si misura più soltanto attraverso la sua capacità di autodeterminarsi sul piano legislativo o politico, ma anche e soprattutto attraverso la sua adesione a valori comuni, come la tutela dei diritti umani, la protezione della dignità della persona e il rispetto dei principi democratici.

Questo spostamento di prospettiva implica che le decisioni statali devono essere valutate alla luce di standard condivisi a livello europeo, creando un equilibrio tra autonomia nazionale e obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione.

Di conseguenza, la sovranità dei valori funge da collante per l'integrazione europea, assicurando che le politiche e le norme nazionali si armonizzino con un quadro comune di protezione dei diritti fondamentali. In questo senso, i principi condivisi diventano un punto di riferimento costante, orientando l'azione degli Stati membri e garantendo che la tutela dei diritti individuali rimanga centrale nell'evoluzione del diritto europeo.

3.L'assunto trova puntuale conferma nel più recente arresto della Sesta sezione penale della Corte di cassazione, chiamata a pronunciarsi su una questione di particolare delicatezza e di crescente

[5] F. FALATO, *La massimizzazione della tutela dei diritti e delle libertà fondamentali. Punti di essenza,* in *Spazio giuridico europeo e tutela dei diritti dell'imputato tra processo e carcere,* a cura di F. Falato, Napoli, 2021,155-161.
[6] C. IASEVOLI, *La Cassazione penale "giudice dei diritti",* Napoli 2018, *passim*.

rilevanza applicativa[7], concernente le condizioni di detenzione e la loro compatibilità con l'art. 3 CEDU, norma che sancisce il divieto assoluto di tortura e di pene o trattamenti inumani o degradanti[8].

In materia di mandato d'arresto europeo, il motivo di rifiuto facoltativo previsto dall'art. 18-bis, comma 1, lett. a), per reati commessi in parte sul territorio dello Stato italiano, sussiste solo quando emerga un concreto interesse dell'ordinamento nazionale a esercitare la propria giurisdizione. Tale interesse si manifesta, ad esempio, attraverso l'esistenza di indagini sul fatto oggetto del mandato, indice dell'effettiva volontà dello Stato di affermare la propria competenza. Non può, dunque, ritenersi automaticamente sussistente in ragione del mero collegamento del reato con il territorio nazionale, essendo necessaria, appunto, una valutazione concreta dell'effettivo interesse dello Stato italiano.

Quanto all'esecuzione del mandato d'arresto europeo in presenza di possibili trattamenti inumani o degradanti, la valutazione del rischio di violazione dell'art. 3 CEDU e dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve fondarsi su elementi oggettivi, attendibili, precisi aggiornati sulle condizioni di detenzione vigenti nello Stato membro emittente.

La giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo individua come standard minimo uno spazio detentivo individuale di almeno tre metri quadrati in regime chiuso o semiaperto. Qualora lo spazio riservato sia inferiore a tale soglia, è necessario verificare la sussistenza di circostanze compensative idonee a superare la presunzione di violazione dell'art. 3 CEDU, quali la breve durata della detenzione, una sufficiente libertà di movimento al di fuori della cella accompagnata dallo svolgimento di adeguate attività e condizioni materiali dignitose. Tali fattori compensativi devono essere valutati congiuntamente ad elementi negativi, quali la disponibilità di uno spazio individuale inferiore a tre metri quadrati in celle collettive.

Quando non è possibile escludere l'esistenza di un rischio concreto per la persona soggetta al mandato d'arresto europeo, la Corte di appello ha l'obbligo di rifiutare la consegna. La decisione viene adottata sulla base della documentazione e delle informazioni disponibili fino a quel momento, ossia allo stato degli atti, senza pregiudicare eventuali sviluppi futuri.

Tuttavia, questa pronuncia non costituisce un giudizio definitivo o immutabile: qualora le circostanze dovessero mutare, ad esempio perché l'ostacolo che impediva la consegna venisse rimosso o si dimostrasse che il rischio non sussiste più, la sentenza potrà essere sottoposta a una nuova valutazione.

In altre parole, il rifiuto di consegna non chiude in maniera irreversibile la procedura, ma lascia aperta la possibilità per la Corte di riesaminare la situazione alla luce di nuovi elementi.

L'approccio garantisce un equilibrio tra due esigenze fondamentali: da un lato, la tutela dei diritti fondamentali della persona sottoposta al mandato d'arresto, evitando che essa sia esposta a trattamenti inumani o degradanti; dall'altro, la possibilità di assicurare l'esecuzione della giustizia, qualora le condizioni di sicurezza e di rispetto dei diritti vengano effettivamente ripristinate. In tal

[7] Cfr., Cass. pen., sez. un., 19 febbraio 2021, n. 6551.
Conformi, tra le molte, Cass. pen., sez. I, 3 aprile 2025, n. 12849; Cass. pen, sez. I, 8 ottobre 2024, n. 41735; Cass. pen, sez. fer., 20 agosto 2024, n. 32998; Cass. pen, sez. I, 8 febbraio 2024, n. 11207; Cass. pen, sez. I, 20 dicembre 2022, n. 21495; Cass. pen, sez. I, 20 dicembre 2022, n. 21494.
[8] Cass. pen., sez. VI, 12 settembre 2025, n. 30618.

modo, il sistema prevede una protezione dinamica e adattabile dei diritti, che si conforma alle circostanze concrete senza compromettere la cooperazione giudiziaria tra Stati membri.

Al contrario, la certezza dei diritti della persona da consegnare sembra essere messa in discussione dalla pronuncia della Grande Sezione della Corte di giustizia[9] e dalla successiva giurisprudenza conforme[10], le quali operano un bilanciamento tra l'esigenza di garantire il reinserimento sociale della persona ricercata al termine della pena e il rischio di impunità.

In particolare, la VI sezione della Corte di cassazione ha precisato che, quando il mandato di arresto europeo sia emesso ai fini dell'esecuzione di una pena detentiva, la Corte di appello è tenuta, conformemente alla citata pronuncia della Corte di giustizia, ad acquisire il consenso dello Stato di emissione. Ciò comporta la trasmissione della sentenza di condanna e del relativo certificato ai sensi degli artt. 4 e 5 della decisione quadro 2008/909/GAI, prima di poter rifiutare la consegna e assumere l'esecuzione della pena ai sensi dell'art. 18-bis, comma 2, legge n. 69/2005. In caso di dissenso dello Stato di emissione, invece, la Corte di appello è obbligata a disporre la consegna della persona.

Il Collegio ha inoltre chiarito che, qualora l'esecuzione della pena in Italia sia già iniziata prima della pronuncia in esame e la Corte di appello abbia proceduto unilateralmente al riconoscimento e all'esecuzione della sentenza di condanna senza richiedere il consenso dello Stato di emissione, quest'ultimo, ai sensi degli artt. 13 e 22 della decisione quadro 2008/909/GAI, non può successivamente procedere all'esecuzione della pena irrogata.

Tale arretramento ha conseguenze significative sul funzionamento delle procedure ostative alla consegna, incidendo in maniera diretta sull'equilibrio tra tutela dei diritti della persona e prerogative degli Stati membri. In particolare, si osserva che l'efficacia delle procedure che consentono di rifiutare la consegna in presenza di rischi per i diritti fondamentali tende a ridursi, poiché il sistema

---

[9] Corte giust., GS, 4 settembre 2025, C 305/22.
Con specifico riferimento al rifiuto dell'esecuzione di un MAE per il motivo previsto dall'art. 4, punto 6 della decisione quadro 2002/584/GAI - cioè, al rifiuto di eseguire il mandato a carico di una persona che dimori, sia cittadino o risieda nello Stato di esecuzione, purché questo, riconosciuta la decisione di condanna pronunciata dall'autorità dello Stato di emissione, si impegni ad eseguire la pena o la misura di sicurezza secondo il proprio diritto interno - e alle formalità previste dalla decisione quadro 2008/909/GAI sul riconoscimento delle sentenze penali straniere, la Corte di giustizia ha espresso il seguente principio di diritto: "L'articolo 4, punto 6 della decisione quadro 2002/584/GAI (di qui in avanti, decisione quadro MAE) e gli articoli 4, 22 e 25 della decisione quadro 2008/909/GAI, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea, devono essere interpretati nel senso che: 1) da un lato, il rifiuto dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione, fondato sul motivo di non esecuzione facoltativa previsto all'articolo 4, punto 6 della decisione quadro MAE, di consegnare una persona oggetto di un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una pena privativa della libertà personale, presuppone che tale autorità giudiziaria rispetti le condizioni e la procedura previste dalla decisione quadro 2008/909 per quanto riguarda il riconoscimento della sentenza di condanna a tale pena e la presa in carico dell'esecuzione di detta pena; 2) dall'altro lato, lo Stato di emissione conserva il diritto di eseguire la stessa pena, e quindi di mantenere il mandato d'arresto europeo, in circostanze in cui, senza aver rispettato le condizioni e la procedura previste dalla decisione quadro 2008/909 quanto al riconoscimento di tale sentenza e a tale presa in carico, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione abbia rifiutato, sulla base di tale motivo, l'esecuzione di detto mandato d'arresto europeo. L'articolo 3, punto 2, della decisione quadro MAE deve essere interpretato nel senso che non costituisce una «sentenza definitiva per gli stessi fatti», ai sensi di tale disposizione, una decisione con la quale l'autorità giudiziaria dell'esecuzione ha rifiutato, sulla base dell'articolo 4, punto 6, di tale decisione quadro, di consegnare una persona oggetto di un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una pena privativa della libertà personale, ha riconosciuto la sentenza di condanna a tale pena e ha disposto l'esecuzione di detta pena nello Stato di esecuzione".
N. CANESTRINI, *Il consenso come veto: la Corte di Giustizia svuota il diritto al reinserimento sociale nel sistema MAE a favore della sovranità punitiva. La Sentenza C-305/22 della Corte di Giustizia del 4 settembre 2025*, in *www.giurisprudenzapenale.it,* 2025, 9.
[10] Cass. pen., sez. VI, 12 settembre 2025, n. 30618.

attribuisce un ruolo prevalente alla potestà punitiva dello Stato di emissione. Questo significa che, nel momento in cui lo Stato richiedente esercita la sua autorità per ottenere l'esecuzione di una pena, il giudice dello Stato di esecuzione si trova spesso vincolato a dare priorità agli interessi punitivi dello Stato emittente, anche nei casi in cui potrebbero emergere criticità sul piano della protezione dei diritti individuali.

In pratica, l'arretramento della tutela dei diritti determina una sorta di sbilanciamento tra il principio di leale collaborazione tra Stati membri, volto a garantire l'effettiva esecuzione della giustizia e la necessità di salvaguardare le garanzie fondamentali delle persone sottoposte al mandato. Ciò comporta che, in presenza di conflitti tra le esigenze di giustizia penale dello Stato emittente e la tutela dei diritti dell'individuo, la bilancia tende a pendere a favore della potestà punitiva nazionale, riducendo il margine di discrezionalità e di protezione che il diritto europeo e le norme internazionali mirano a garantire.

Il fenomeno mette in luce una tensione strutturale nel sistema di esecuzione dei mandati d'arresto europei, evidenziando la necessità di un continuo dialogo tra le Corti nazionali e la Corte di giustizia, nonché di strumenti giuridici capaci di armonizzare l'esercizio della giurisdizione penale con la protezione dei diritti fondamentali.

Solo attraverso tale equilibrio sarà possibile conciliare l'efficacia della cooperazione giudiziaria con il rispetto dei principi costituzionali e dei diritti umani, evitando che la tutela dei singoli sia sacrificata sull'altare dell'interesse punitivo dello Stato di emissione.

La necessità di chiarire l'articolato intreccio tra le pronunce e di definire l'effettiva incidenza di tali condizionamenti sulle prerogative soggettive della persona da consegnare troverà a breve una risposta più compiuta. Nell'immediato, tuttavia, risulta fondamentale approfondire il contributo della giurisprudenza nazionale alla tutela dei diritti della persona sottoposta a richiesta di consegna, sia in sede processuale sia in ambito detentivo, all'interno dello Spazio giuridico europeo. Fino a tempi recenti, tale approccio costituiva lo strumento principale per garantire la leale cooperazione tra gli Stati membri.

4.La Corte di cassazione partecipa attivamente al dialogo tra Corti e Carte, confrontandosi con il processo di globalizzazione del diritto e dei diritti, inteso come uno spazio in cui i soggetti operano all'interno di differenti sistemi giuridici e interagiscono con ordinamenti sovranazionali inseriti in un processo di integrazione, coordinamento reciproco e pluralismo giuridico. Quest'ultimo si distingue per il forte legame tra gli aspetti giuridici e quelli politici, una caratteristica che rappresenta un tratto distintivo del costituzionalismo europeo[11].

La convergenza evidenzia come le norme e i principi giuridici non operino isolatamente, intrecciandosi intimamente con le scelte politiche degli Stati membri e con il processo di integrazione sovranazionale, contribuendo a creare un equilibrio tra tutela dei diritti fondamentali, sovranità nazionale e armonizzazione delle legislazioni europee[12].

L'ampliamento delle interazioni tra culture e sistemi differenti sta progressivamente favorendo l'affermazione di un diritto comune europeo, che realizza un vero e proprio progetto di convivenza

[11] M. DANI, A. J. MENÉDEZ, *Costituzionalismo europeo,* Napoli 2022, *passim*.
[12] R. BIN, P. CARETTI, G. PITRUZZELLA, *Profili costituzionali dell'Unione europea. Processo costituente e* governance *economica*, Bologna, 2015; E. DI SALVATORE (a cura di), *Sistemi costituzionali europei*, Milano 2021.

dei diritti. In tale prospettiva, la protezione e il riconoscimento dei diritti fondamentali non si attuano più esclusivamente all'interno dei singoli Stati, ma trovano concretezza in un livello sovranazionale; la loro realizzazione non passa più soltanto attraverso strumenti formali quali codici e leggi, ma anche per mezzo di prassi consolidate e orientamenti giurisprudenziali condivisi.

Su queste premesse, diventa chiaro come si delinei un vero e proprio paradigma che possiamo definire alla stregua di pluralismo giuridico unito a universalismo dei diritti, che non nasce in astratto, essendo il frutto concreto della condivisione e del rispetto reciproco delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri dell'Unione europea.

In altre parole, le esperienze storiche, i valori culturali e i principi giuridici sviluppati nel corso del tempo dai diversi ordinamenti nazionali vengono messi in dialogo tra loro, generando un terreno comune in cui i diritti fondamentali trovano una protezione effettiva e condivisa.

La circostanza rappresenta una manifestazione tangibile della cosiddetta costituzionalizzazione del processo di integrazione europea: l'Unione non si limita a stabilire norme vincolanti o procedure comuni, bensì consolida principi fondamentali e valori condivisi che assumono carattere strutturale all'interno degli ordinamenti nazionali. In tal modo, il pluralismo dei sistemi giuridici nazionali non entra in conflitto con la costruzione di un quadro di garanzie universali, ma diventa esso stesso un elemento che arricchisce e rafforza l'universalità dei diritti.

L'effetto pratico si traduce in una maggiore coerenza e solidità del sistema di tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea, in cui i giudici nazionali e le istituzioni sovranazionali operano in sinergia per assicurare che i valori comuni non restino teoria, ma diventino strumenti concreti di protezione e promozione delle situazioni giuridiche soggettive delle persone. In tal modo, il pluralismo giuridico e l'universalismo dei diritti non sono concetti immaginari, ma costituiscono il cuore stesso dell'integrazione europea, dimostrando che diversità e condivisione possono coesistere armonicamente nell'ambito di uno spazio giuridico comune.

La centralità delle tradizioni costituzionali comuni nelle dinamiche di interazione tra ordinamenti costituisce un elemento imprescindibile per dissipare eventuali dubbi sul rischio di marginalizzazione della Corte costituzionale nel dialogo con le Corti sovranazionali.

La questione riveste particolare rilevanza, poiché rappresenta la chiave di volta del costituzionalismo europeo e il fondamento dell'universalismo dei diritti nel contesto giuridico integrato contemporaneo, caratterizzato dalla primazia del diritto dell'Unione e della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE sul diritto nazionale in caso di contrasto, nonché dall'obbligo di interpretazione conforme al diritto convenzionale consolidato.

All'uopo, occorre innanzitutto chiarire e precisare il concetto di tradizioni costituzionali comuni, un termine che riveste un ruolo centrale nel dialogo tra ordinamenti nazionali e diritto dell'Unione europea.

Ebbene, il lemma non si limita a un'accezione formale o puramente giuridica, poiché abbraccia un insieme complesso di elementi storici, culturali e normativi, comprendendo, da un lato, il patrimonio storico e giuridico derivante dall'evoluzione e dallo sviluppo dell'ordinamento costituzionale di ciascun Stato membro, inteso come insieme di istituzioni, prassi e principi che hanno modellato la struttura fondamentale dello Stato e la sua organizzazione politica e sociale. Dall'altro lato, esso include un insieme di valori culturali condivisi, che riflettono le concezioni storiche e sociali della comunità in merito a ciò che costituisce una situazione soggettiva meritevole di tutela.

Tali valori non riguardano solamente i diritti formali e riconosciuti dalle norme scritte, giacché investono i principi giuridici fondamentali che orientano l'interpretazione e l'applicazione del diritto, contribuendo a definire il quadro normativo e valoriale entro il quale devono essere garantiti le prerogative delle persone.

In questo senso, le tradizioni costituzionali comuni fungono da parametri di riferimento essenziali per l'interpretazione e l'integrazione materiale dell'ordinamento europeo. Esse consentono, infatti, di stabilire punti di contatto e armonizzazione tra sistemi giuridici differenti, offrendo criteri condivisi per la tutela dei diritti fondamentali e per il rafforzamento dei principi di democrazia, legalità e giustizia. Di conseguenza, comprendere pienamente il significato del termine "tradizioni costituzionali comuni" è indispensabile per apprezzare come l'Unione europea riesca a combinare la diversità dei suoi ordinamenti membri con la necessità di creare uno spazio giuridico coerente e condiviso, capace di garantire la protezione universale dei diritti fondamentali in tutto lo Spazio europeo.

Le tradizioni costituzionali comuni assumono, in definitiva, il ruolo di parametri di riferimento per l'interpretazione e l'integrazione sostanziale dell'ordinamento comunitario. Tale funzione giustifica il richiamo contenuto nel par. 3 dell'art. 6 TUE, che eleva i diritti fondamentali a principi generali del diritto dell'Unione, codificando gli orientamenti giurisprudenziali consolidati della Corte di giustizia, e nell'art. 4, par. 2, TUE, che impone la salvaguardia dell'"identità nazionale" degli Stati membri, intesa come parte integrante della loro struttura fondamentale, politica e costituzionale.

Il richiamo a tali principi non è affatto casuale, ma costituisce una chiara e significativa evidenza di quanto sia fondamentale il consolidamento e la condivisione di valori comuni tra gli Stati membri, giacché fungono da vero e proprio collante dell'Unione europea, creando una base culturale e giuridica condivisa senza la quale l'integrazione non potrebbe procedere in modo coerente ed efficace.

In altre parole, la stabilità e l'avanzamento del processo di integrazione europea non dipendono esclusivamente dalla creazione di norme vincolanti o da strumenti procedurali, invece si fondano soprattutto sulla convergenza di principi e valori partecipati, capaci di guidare le azioni degli Stati membri e orientano le decisioni delle istituzioni comunitarie.

Questa condivisione di valori non riguarda solo aspetti astratti o teorici del diritto, ma si traduce concretamente nella costruzione di un quadro normativo armonizzato, in cui i diritti fondamentali, le libertà civili e i principi democratici trovano un terreno comune di applicazione.

Sicché, il richiamo ai principi sottolinea proprio come il rafforzamento del processo di integrazione non sia un obiettivo puramente tecnico o procedurale, bensì un percorso profondamente radicato nella necessità di garantire coerenza, tutela dei diritti e fiducia reciproca tra gli ordinamenti degli Stati membri.

In definitiva, è proprio attraverso il consolidamento e la progressiva partecipazione di valori comuni che l'Unione europea può continuare a svilupparsi e a rafforzarsi, promuovendo un compimento non solo normativo, ma sostanziale, in grado di garantire la stabilità politica, il rispetto dei diritti fondamentali e l'efficacia del sistema giuridico europeo nel suo complesso.

Un'ulteriore osservazione utile a comprendere gli effetti della nuova dimensione plurale degli ordinamenti sulla tutela dei diritti riguarda il fatto che l'impianto costituzionale dei diritti fondamentali sviluppato nelle democrazie degli Stati membri ha progressivamente modificato

l'originaria attenzione dei Trattati alle libertà economiche, approdando a un assetto multidimensionale e pluralistico dei diritti, oggi pienamente espresso nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Pertanto, allo stato attuale, i principi generali individuati dalla Corte di giustizia, elaborati in chiave comparativa e recepiti nella normativa unionale, costituiscono fonti del diritto europeo dotate di primato all'interno degli ordinamenti nazionali, sebbene limitatamente alle materie devolute alla competenza dell'Unione. A sua volta, la supremazia della legislazione europea va interpretata alla luce del pluralismo costituzionale, che valorizza le tradizioni costituzionali dei singoli Stati membri. Ciò comporta che il diritto europeo non può essere considerato "straniero", poichè costituisce parte integrante dell'ordinamento nazionale di ciascun Paese membro[13].

L'impatto sul sistema delle garanzie appare immediatamente evidente e di notevole rilevanza. Il principio di prevalenza del diritto dell'Unione europea, combinato con gli effetti diretti delle norme comunitarie e con la procedura del rinvio pregiudiziale, attribuisce ai giudici nazionali un ruolo di primaria importanza: essi diventano i veri custodi dei diritti sanciti dal diritto europeo, chiamati non soltanto ad applicare le norme, ma anche a garantirne l'effettiva tutela in tutti i procedimenti in cui esse trovino applicazione.

In concreto, ciò significa che i giudici nazionali devono agire in funzione di soggetti attivi nella protezione dei diritti fondamentali, assicurandosi che le persone possano beneficiare delle garanzie riconosciute dall'ordinamento europeo.

La funzione di custodia – anche in questa circostanza – non è meramente formale: essa comporta l'obbligo di verificare che le norme nazionali non contravvengano ai principi e agli standard stabiliti dal diritto dell'Unione. In questo senso, la tutela dei diritti non rischia un mero riconoscimento teorico o astratto, in quanto si traduce in una protezione concreta ed effettiva, che assume valore pratico nel contesto dei procedimenti giudiziari ordinari.

È, inoltre, fondamentale comprendere che la supremazia del diritto europeo sulle norme nazionali in conflitto non è un dettaglio tecnico secondario, bensì un elemento logico e necessario per assicurare coerenza e certezza del diritto. Sarebbe infatti del tutto contraddittorio e inefficace riconoscere a livello europeo diritti e libertà fondamentali se poi, all'interno dei singoli ordinamenti nazionali, essi potessero essere facilmente elusi o neutralizzati da leggi interne contrastanti.

L'applicazione coerente di questi principi garantisce, quindi, che le norme europee non restino lettera morta, ma diventino strumenti reali di protezione per la persona, rafforzando la fiducia dei cittadini nel sistema giuridico europeo e consolidando l'efficacia complessiva dell'integrazione normativa all'interno degli Stati membri.

Quando una norma nazionale non è in contrasto con il diritto comunitario, ovvero non pregiudica la "supremazia, l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione", essa non è limitata dal diritto dell'Unione, rispettando così l'identità e la diversità degli ordinamenti nazionali.

Tuttavia, la supremazia europea è attenuata in presenza di controlimiti, che si fondano sui diritti fondamentali e sull'identità costituzionale nazionale. Questi controlimiti, infatti, tutelano i principi inviolabili della Costituzione contro possibili violazioni da parte dell'ordinamento dell'Unione europea.

---

[13] F. FALATO, *Sistema integrato di fonti,* cit., 17.

Tale consapevolezza si basa sull'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che sembra incaricare la Corte di giustizia di intraprendere un dialogo dinamico con le Corti costituzionali nazionali, al fine di rafforzare il sistema di tutela dei diritti fondamentali.

Ne consegue che la tutela dei diritti fondamentali nello spazio giuridico europeo non si limita a essere semplicemente confermata o protetta, ma ne esce addirittura rafforzata, assumendo una dimensione più ampia e sistemica, senza implicare in alcun modo una compressione o una riduzione della sovranità nazionale degli Stati membri; al contrario, essa avviene in un contesto di cooperazione e armonizzazione, in cui il livello delle garanzie a tutela della persona viene spostato verso l'alto, elevando lo standard complessivo di protezione dei diritti fondamentali in tutto lo spazio europeo.

In suddetto scenario, le Costituzioni degli Stati membri mantengono un ruolo centrale, fungendo da riferimento imprescindibile per la tutela dei principi fondamentali e per l'interpretazione coerente delle norme. Allo stesso modo, le Corti costituzionali nazionali continuano a svolgere una funzione determinante, agendo come garanti della coerenza tra il diritto nazionale e i principi del diritto europeo, e assicurando che le misure adottate sul piano interno rispettino i diritti e le libertà fondamentali riconosciute a livello sovranazionale.

Il collegamento tra diritto nazionale e diritto dell'Unione si traduce in un vero e proprio sistema integrato di protezione dei diritti, in cui le istituzioni nazionali non vengono marginalizzate, ma valorizzate nella loro capacità di contribuire alla costruzione di uno spazio giuridico europeo coerente, armonico e orientato alla massima tutela della persona. In sostanza, il rafforzamento delle garanzie non avviene a discapito della sovranità degli Stati, bensì attraverso un percorso di dialogo, coordinamento e reciproco supporto tra le diverse Corti e tra i vari ordinamenti, consolidando così l'efficacia e l'universalità dei diritti fondamentali nello spazio giuridico europeo.

Si realizza in tal modo un rapporto di interdipendenza reciproca tra gli ordinamenti nazionali e il diritto dell'Unione europea, che si sviluppa progressivamente fino a tradursi in una condivisione di valori fondamentali e nella ricerca di obiettivi comuni. Non si tratta di una semplice subordinazione degli ordinamenti nazionali o di una marginalizzazione dei sistemi giuridici degli Stati membri; al contrario, si configura come una vera e propria integrazione e armonizzazione delle prassi giuridiche che consente di elevare il livello complessivo di tutela dei diritti individuali, garantendo che le garanzie previste dagli ordinamenti nazionali e quelle sancite dal diritto europeo operino in maniera coerente e sinergica, rafforzando la protezione delle persone all'interno dello spazio giuridico europeo.[14].

5.In questa direzione va analizzato il diritto giurisprudenziale attuale in materia di rifiuto della consegna, in prospettiva di un mandato d'arresto europeo, che si muove nella direzione di tutelare la persona sottoposta a consegna quando sussistono elementi oggettivi, attendibili, precisi e aggiornati che documentino carenze sistemiche pregiudicanti specifici gruppi di persone o determinati istituti di detenzione nello Stato membro emittente.

In tali ipotesi, l'autorità giudiziaria di esecuzione è tenuta a verificare in maniera concreta e rigorosa se vi siano motivi seri e comprovati per ritenere che la persona oggetto del mandato – sia ai

[14] F. FALATO, *Sistema integrato di fonti,* cit., 23.

fini dell'esercizio dell'azione penale sia dell'esecuzione di una pena privativa della libertà – corra un rischio concreto di trattamento inumano o degradante, ai sensi dell'art. 4 CDFUE, in caso di consegna.

A tal fine, l'autorità giudiziaria di esecuzione deve richiedere informazioni complementari all'autorità giudiziaria emittente, la quale, se necessario, può avvalersi dell'assistenza dell'autorità centrale o di una delle autorità centrali dello Stato membro emittente ai sensi dell'art. 7 della decisione quadro. Le informazioni devono essere trasmesse entro il termine previsto. L'autorità giudiziaria di esecuzione sospende la decisione sulla consegna fino all'acquisizione dei dati richiesti; qualora il rischio non possa essere ragionevolmente escluso, essa deve valutare se porre fine alla procedura di consegna.

In altri termini, la Corte di giustizia stabilisce che lo Stato di esecuzione può legittimamente rifiutare di procedere alla consegna di una persona quando emergono evidenze di violazioni sistematiche — e non semplicemente individuali o isolate — dei principi fondamentali sanciti dall'articolo 2 del Trattato sull'Unione europea. Tra questi principi rientra in particolare l'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che vieta in maniera assoluta la tortura, così come ogni forma di trattamento o pena inumana o degradante. La ragione di tale divieto risiede nella stretta connessione tra il rispetto di queste norme e la tutela della dignità umana, riconosciuta e garantita dall'articolo 1 della Carta stessa.

La portata della limitazione non si esaurisce all'interno del contesto europeo, ma si estende anche agli obblighi di protezione previsti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, creando un quadro di garanzie che collega i principi fondamentali dell'Unione a quelli del diritto internazionale convenzionale.

Il collegamento emerge chiaramente dall'interpretazione congiunta degli articoli 53, paragrafo 3, della CDFUE, 6, paragrafo 3, del TUE, nonché dagli articoli 2 del TUE, 4 e 1 della CDFUE e 3 della CEDU. In sostanza, il diritto dell'Unione non consente di ignorare né di marginalizzare la protezione della dignità e dei diritti fondamentali dell'individuo, imponendo allo Stato di esecuzione di valutare con attenzione e rigore la situazione dello Stato membro emittente.

La regola rafforza il carattere inderogabile delle garanzie fondamentali nell'ambito dell'esecuzione del mandato d'arresto europeo, imponendo un obbligo concreto di verifica e di tutela da parte delle autorità giudiziarie. Ne deriva che la consegna non può essere eseguita quando sussistono rischi sistematici di violazioni dei diritti umani, garantendo così priorità alla protezione della persona rispetto alla mera efficacia del procedimento penale transfrontaliero.

Alla luce del recente orientamento della Corte di giustizia e della giurisprudenza conforme della Cassazione, emerge una crisi in termini di effettività della tutela: le sentenze interpretative della Corte di giustizia hanno efficacia diretta, vincolano il giudice nazionale che ha sollevato la questione e producono effetti immediati su casi analoghi. La subordinazione del rifiuto di consegna alla volontà dello Stato di emissione — che nell'emettere il MAE rivendica la potestà punitiva domestica — si estende a tutte le situazioni in cui elementi oggettivi, attendibili, precisi e aggiornati dimostrino che l'esecuzione del mandato comporterebbe una violazione dei diritti della Carta, purché il pericolo non sia di natura puramente individuale, potendo essere riferito a problemi sistemici riguardanti trattamenti inumani o degradanti.

Gli effetti della pronuncia si manifestano in maniera chiara e significativa: essa stabilisce un obbligo di uniformità per tutte le autorità giudiziarie degli Stati membri chiamate a eseguire il

mandato d'arresto europeo, imponendo che l'interpretazione e l'applicazione delle norme avvengano secondo criteri coerenti e condivisi. In tal modo, viene rafforzato l'orientamento consolidato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, creando un filo conduttore che lega le decisioni delle diverse corti nazionali.

Tale uniformità non si limita a un'esigenza di coerenza procedurale: essa garantisce anche la piena effettività delle tutele previste dalla legislazione europea, assicurando che i diritti fondamentali delle persone sottoposte al mandato siano rispettati in ogni Stato membro. Allo stesso tempo, favorisce la cooperazione leale tra le autorità giudiziarie nazionali, prevenendo discrepanze o possibili violazioni dei diritti sanciti dal diritto dell'Unione. In questo modo, la pronuncia rafforza non solo la certezza del diritto, ma anche la fiducia reciproca tra ordinamenti, contribuendo a costruire uno spazio giuridico europeo più integrato e solidale.

Infine, resta da chiarire se la pronuncia della VI sezione della Cassazione abbia efficacia vincolante soltanto per il giudice di rinvio, nei limiti degli artt. 623, 627, comma 3, 628, comma 2 c.p.p. e 173, comma 2 disp. att., mantenendo un valore persuasivo per altri giudici, oppure se assuma valore di precedente vincolante.

La dottrina ritiene che, quando la Cassazione si uniformi a un precedente comunitario, si applichi il principio di vincolatività del precedente.

In questo contesto, la Corte di cassazione si pone come un vero e proprio punto di raccordo tra il diritto nazionale e quello dell'Unione europea, adeguandosi alle interpretazioni fornite dalla Grande Sezione della Corte di giustizia. Siffatto adattamento non è un mero atto formale o procedurale: rappresenta piuttosto un momento essenziale per l'integrazione effettiva del diritto europeo nell'ordinamento italiano, garantendo che i principi e le norme comunitarie siano applicati in maniera coerente e uniforme, con un impatto diretto sulla tutela dei diritti fondamentali dei cittadini. Pertanto, la sua conformità va ben oltre il singolo caso giudiziario: anche quando la Corte d'appello non ricopre la qualifica di giudice di rinvio, essa è comunque vincolata a rispettare gli accertamenti e i principi indicati dalla Cassazione.

In pratica, la pronuncia della Corte suprema diventa una guida interpretativa per tutti i giudici nazionali che affrontano situazioni analoghe, assicurando un'applicazione uniforme delle norme e una protezione efficace dei diritti della persona in tutto il territorio nazionale.

Ma il valore di questa dinamica non si esaurisce qui. Essa favorisce un vero e proprio dialogo continuo tra le corti nazionali e la Corte di giustizia, creando un circuito virtuoso di confronto e cooperazione. In questo modo, l'ordinamento italiano riesce a conciliare la propria sovranità con gli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, rafforzando al contempo la certezza del diritto e il rispetto dei principi fondamentali comuni.

Pure in questa situazione, il processo di coordinamento e i limiti derivanti dalla primazia dell'ordinamento europeo non rappresentano una discriminazione del diritto nazionale, bensì una sua trasformazione e integrazione: le decisioni della Cassazione e della Corte di giustizia diventano strumenti per elevare il livello di tutela dei diritti individuali, armonizzando le prassi giuridiche nazionali con i valori fondamentali condivisi dall'Unione.

In tal senso – e nonostante le indubbie criticità – il dialogo tra le corti si configura come una vera e propria fusione di esperienze e di principi, un percorso che rafforza la protezione dei cittadini

e consolida l'identità giuridica europea, senza compromettere la funzione delle istituzioni nazionali, ma valorizzandola in una prospettiva di cooperazione e di mutuo arricchimento[15].

[15] F. FALATO, *Sistema integrato di fonti,* cit., 21.

Applicabilità del beneficio della sospensione condizionale da parte del giudice dell'esecuzione come conseguenza della riduzione di pena per mancata impugnazione della sentenza in abbreviato

GIUSEPPE DELL'AVERSANO

ABSTRACT

Shortly after one another, the Italian Court of Cassation and the Constitutional Court ruled on the applicability, at the enforcement stage, of the suspended sentence following the sentence reduction introduced by the Cartabia reform for the failure to appeal a conviction rendered in abbreviated proceedings. These rulings allow for a broader assessment of the scope of the enforcement judge's authority to intervene in sentencing, particularly with regard to the tension between the finality of criminal convictions as regards sentencing and the principle of legality of the sentence imposed.

SOMMARIO: 1 La nuova diminuente "esecutiva" tra intenti legislativi e nodi problematici. – 2 La questione sottoposta all'attenzione della Corte di cassazione. – 2.1 Le ragioni di rigetto da parte della Corte di cassazione. – 3. Le soluzioni alternative *de iure condendo.* – 3.1 L' art. 676 c.p.p. e i "provvedimenti conseguenti". – 3.2 I cosiddetti "poteri impliciti" del giudice dell'esecuzione. – 3.3 Sul rapporto tra intangibilità del giudicato e potere di intervento a tutela dei diritti del condannato. – 3.4 Segue: Il concetto di pena illegale e la sospensione condizionale *in executivis.* – 3.5 L'applicazione del principio di proporzionalità sanzionatoria di matrice europea. – 4. L'intervento della Corte costituzionale.

1. È noto che la legge delega 134/2021, e il successivo d.lgs.150/2022, avessero tra i principali obbiettivi la riduzione dei tempi processuali[1], da raggiungere pure attraverso l'incentivazione ai riti

[1] Tale profilo cardine dell'intera Riforma Cartabia è stato quantomeno in parte influenzato dalla necessità di consentire l'accesso ai fondi stanziati dall'Unione Europea nel Piano Nazionale di ripresa e resilienza all'interno del più ampio programma del Next Generation EU, subordinati, tra l'altro, ad una significativa riduzione del carico dei tribunali entro il quinquennio successivo dall'adozione. Per quanto concerne il settore penale, in particolare, l'obbiettivo posto della diminuzione del 25% dei procedimenti penali pare essere divenuto la ragione giustificatrice di numerosi interventi legislativi volti a bilanciare i diritti delle parti con la necessità di un processo penale più efficiente. Il referente costituzionale giustificatore della parziale recessione delle prerogative di parte sarebbe individuato nel principio della ragionevole durata del processo, espressamente richiamato, a seguito della riforma costituzionale del 1999 definita del "giusto processo", dal comma II dell'art. 111 Cost. Da tempo, tuttavia, Corte costituzionale ha sottolineato come «il diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo non possono entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento, indipendentemente dalla completezza del sistema delle garanzie. Ciò che rileva è esclusivamente la durata del "giusto" processo, quale delineato dalla stessa norma costituzionale invocata come giustificatrice della limitazione del diritto di difesa del contumace. Una diversa soluzione introdurrebbe una contraddizione logica e giuridica all'interno dello stesso art. 111 Cost., che da una parte imporrebbe una piena tutela del principio del contraddittorio e dall'altra autorizzerebbe tutte le deroghe ritenute utili allo scopo di abbreviare la durata dei procedimenti. Un processo non "giusto", perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata. In realtà, non si tratterebbe di un vero bilanciamento, ma di un sacrificio puro e semplice, sia del diritto al contraddittorio sancito dal suddetto art. 111 Cost., sia del diritto di difesa, riconosciuto dall'art. 24, secondo comma Cost.: diritti garantiti da norme costituzionali che entrambe risentono dell'effetto espansivo dell'art. 6 CEDU e della corrispondente giurisprudenza della Corte di Strasburgo» (Corte Cost. sent. 04 dicembre 2009 n. 317). Sul principio della ragionevole durata del processo si

alternativi al dibattimento, rivitalizzando la loro efficacia deflattiva: in alcuni casi si è ampliato l'accesso ai procedimenti speciali rimodulando tempi, condizioni e modalità; in altri ci si è mossi in un'ottica più tradizionale e si è aumentata la loro l'appetibilità, potenziandone le componenti di premialità. Queste modifiche, che possono *prima facie* apparire non essenziali, in realtà rappresentano «cellule germinali» di possibili future interpretazioni ed interventi più generalizzati sull'intera disciplina dei procedimenti speciali[2].

Nella seconda categoria di interventi rientra di certo la riscrittura degli artt. 442 e 676 c.p.p.[3], a seguito della quale l'imputato che non impugni la sentenza di condanna emessa in abbreviato avrà diritto ad un'ulteriore diminuente, definita come "esecutiva"[4], di un sesto della pena irrogata in sentenza. Il meccanismo si inserisce a pieno titolo nella logica, propria dei procedimenti speciali consensuali, secondo cui, alla rinuncia consapevole di *talune* garanzie concernenti il giudizio ordinario, corrispondono *taluni* benefici premiali come, per l'appunto, lo sconto di pena[5]. Lo scopo della previsione è individuato in modo chiaro dal legislatore nell'obbiettivo di «ridimensionare l'incidenza di appelli finalizzati a censurare unicamente l'entità della pena»[6]; la modifica non è dunque, a ben vedere, funzionale a rendere maggiormente appetibile il rito in sede di udienza preliminare, quanto piuttosto a garantire ulteriori vantaggi a chi, avendo già optato per il procedimento speciale, scelga di non impugnare la sentenza di condanna[7].

All'indomani dell'entrata in vigore della riforma però sono state avanzate riserve sull'effettiva capacità della disposizione codicistica di incidere sulla diminuzione degli appelli dei soggetti condannati in abbreviato, apparsa, di conseguenza, una cura palliativa più che un reale strumento deflattivo del contenzioso in appello[8]. Ci si è chiesti, in particolare, quale *appeal* potesse avere sul condannato la scelta di rinunciare all'impugnazione del provvedimento di condanna per ricevere una modesta riduzione della pena, a fronte della possibilità di appellare la sentenza di prime cure per tentare di ottenere una decisione più favorevole o per godere ugualmente di un beneficio sanzionatorio, accordandosi in appello ai sensi dell'art. 599-*bis* c.p.p.

A prescindere dall'effettivo interesse a rinunciare all'impugnazione, non si può non osservare che il legislatore ha introdotto ancora una volta, sul piano processuale, sconti sanzionatori che male si raccordano con il potere discrezionale del giudice in sede di sentenza, alla luce del quale, all'interno della forbice edittale stabilita per la singola fattispecie incriminatrice, spetta all'organo decidente la

---

veda P. FERRUA, *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione Europea,* in *Questione Giustizia,* 2017, n.1, 1 ss.; sulla connotazione necessariamente soggettiva del principio in esame e sulla differenza rispetto all'efficienza processuale si veda B. LAVARINI, *La ragionevole durata del processo come garanzia soggettiva,* in *www.lalegislazionepenale.eu,* 31 dicembre 2019, 5 ss.

[2]F. MARCHETTI, *Nuovi incentivi premiali nella disciplina del giudizio abbreviato e del rito monitorio: Riflessioni in vista dell'esercizio della delega,* in *www.sistemapenale.it,* 22 febbraio 2022, 2.

[3] Elaborato nei lavori della Commissione Lattanzi e confluito nell'art. 1 co. 10 lett. b) n.2 della legge delega n.133/2021.

[4]Formula utilizzata nella Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante attuazione della L. 134 del 27 settembre 2021, 133.

[5]Sul punto M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali),* in *www.sistemapenale.it,* 02 novembre 2022, 53.

[6] Si veda *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. a.c. 2435,* 24 maggio 2021.

[7]Per una critica a questa scelta di politica criminale, il cui risultato sarebbe quello di diminuire ulteriormente i diritti difensivi nei confronti di chi è stato già parte di un processo penale celebrato con rito contratto tanto nei tempi quanto nelle garanzie, si veda D. AMIDANI, *Aspettative e criticità della nuova diminuente esecutiva nel giudizio abbreviato,* in D. VIGONI (a cura di), *Il sistema multipolare dei procedimenti speciali in materia penale: l'evoluzione e le criticità,* Torino 2024, 24 ss.

[8] D. AMIDANI, *Aspettative e criticità della nuova diminuente esecutiva nel giudizio abbreviato,* cit., 24 ss.

determinazione del *quantum* di pena da irrogare al condannato sulla base della gravità del reato e della capacità a delinquere del reo, così come indicato nell'art. 133 c.p.[9]

Al netto delle riserve inerenti l'utilità e l'opportunità dell'intervento legislativo, numerosi sono stati i dubbi interpretativi nati con l'entrata in vigore della nuova diminuente, scaturenti in buona parte dalla genericità delle formule inserite nel comma 2-*bis* dell'art. 442 c.p.p. e dal mancato collegamento normativo con altre disposizioni del codice. I primi commentatori si sono preliminarmente interrogati sull'ampiezza da attribuire alla locuzione "impugnazione", concordando infine sulla possibilità di ottenere il beneficio tanto in appello quanto nel ricorso per cassazione[10], con l'esclusione delle sole impugnazioni straordinarie[11]. Inoltre, sebbene la *littera* della norma si presti a plurime interpretazioni, ha prevalso l'esegesi per cui il beneficio possa essere concesso al solo condannato che non ricorra avverso la sentenza di primo grado, non anche all'imputato che si astenga dall'impugnare la sentenza di appello attraverso il ricorso per Cassazione[12]. Le motivazioni che spingono a prediligere tale ermeneutica si innestano pienamente nella logica di scambio sopra descritta fra rinuncia a prerogative processuali e concessione di diminuzioni *ex lege* della sanzione, il cui obbiettivo è di garantire la più ampia riduzione di carico processuale, anche nei giudizi di impugnazione.

Altri interrogativi di natura lessicale sono sorti in merito alla mancata proposizione dell'impugnazione e alle modalità di calcolo dello sconto di pena. Sul primo versante ci si è domandati se la rinuncia all'impugnazione già presentata consentisse di accedere, allo stesso modo dell'assenza di proposizione *ab initio*, al trattamento sanzionatorio attenuato. La dottrina maggioritaria[13], supportata anche dai primi arresti giurisprudenziali[14], ha decisamente propeso per la risposta negativa, ritenendo che la mancata presentazione dell'impugnazione fosse condizione necessaria per godere della diminuente. La finalità propria della riformata normativa è infatti la riduzione della durata del procedimento penale nel suo complesso, favorendo la definizione della causa con la decisione di primo grado emessa in abbreviato, così da non dare luogo alla fase di gravame quando essa non appaia supportata, alla luce di una libera valutazione compiuta dalla parte, da un concreto interesse. Ad essere il discrimine per l'applicazione del comma 2-*bis* dell'art. 442 c.p.p. è conseguentemente la sola mancanza della proposizione dell'impugnazione da parte dell'imputato e non anche la sua rinuncia, che, pur rispondendo ad esigenze deflattive del contenzioso, non impedirebbe l'instaurarsi, almeno formalmente, di un processo di seconde cure.

Per quanto concerne il secondo quesito, a seguito dell'entrata in vigore della riforma si è assistito ad un iniziale contrasto fra chi – al fine di delineare una maggiore diminuzione di pena per il condannato in abbreviato non appellante – riteneva che lo sconto di un sesto dovesse sommarsi a

---

[9] Sul punto A. CAVALIERE, *Considerazioni "a prima lettura" su deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021 n.134, c.d. riforma Cartabia,* in *www.penaledp.it,* 02 novembre 2021, 11; M. DANIELE, *La riforma della giustizia penale e il modello perduto,* in *Cass. pen.*, 2021, 10, 3073.

[10]Si veda sul punto V. CANNAS, *Il "nuovo" rito abbreviato: una novità apparente,* in G. SPANGHER (a cura di), *Riforma Cartabia*, Pisa 2022, 380;

[11]*Ex multis* B. NACAR, *Riforma Cartabia e i riti alternativi: piccole modifiche all'insegna dell'efficienza del processo,* in *Dir. pen. e proc.,* 2023, 1, 168.

[12]R. BRICHETTI, *Prime riflessioni sulla riforma Cartabia: I procedimenti speciali. Il giudizio abbreviato.* In *www.ius.giuffrefl.it,* 23 dicembre 2022, 1 ss.

[13] Si veda sul punto V. CANNAS, *Il "nuovo" rito abbreviato: una novità apparente, cit.,* 380; B. NACAR, *Riforma Cartabia e i riti alternativi: piccole modifiche all'insegna dell'efficienza del processo,* cit., 168.

[14]Cass. pen., sez. I, 14 aprile 2023, n. 16054, rv. 284545-01.

quello di un terzo, o della metà, concesso in sentenza di condanna[15], arrivando così la diminuzione alla metà della pena irrogata dal giudice di cognizione *ex* art. 133 c.p.; e chi affermava invece che appariva senz'altro più corrispondente alla *ratio* della norma l'interpretazione per cui il sesto di pena da decurtare andasse sottratto al *quantum* risultante all'esito del giudizio di primo grado, così come diminuita dal beneficio concesso per l'accesso al rito[16]. L'interpretazione più aderente alla lettura legislativa, che espressamente contiene il termine "ulteriormente", pare essere la seconda, la quale ha senz'altro l'ulteriore vantaggio di evitare un'eccessiva riduzione di pena che forse rischierebbe di andare in frizione con l'esigenza di individualizzazione della stessa, principio tutelato dal nostro Ordinamento all'art. 27 Cost.

Il mancato coordinamento tra le norme codicistiche e il silenzio serbato dal legislatore su alcuni profili ha portato il sorgere di ulteriori problematiche nell'esegesi dell'art. 442 c.p.p. nelle ipotesi di sentenze soggettivamente ed oggettivamente cumulative emesse nelle forme dell'abbreviato. Epperò, poiché non sembra sussistere alcun dubbio circa la facoltà del singolo imputato, in un processo plurisoggettivo, di accedere al procedimento contratto, sciogliendo così la riunione soggettiva tra i giudizi, non si rinvengono le ragioni per le quali analoga soluzione non possa estendersi per l'ipotesi di una mancata impugnazione di una condanna in abbreviato[17]. Ragionando *a contrario*, il condannato, che prestasse acquiescenza alla sentenza emessa a suo carico, si troverebbe nella paradossale condizione di vedersi precluso lo sconto di pena sulla base di elementi totalmente indipendenti dalla sua volontà, ma derivanti da strategie processuali altrui e consistenti nella scelta di proporre o meno impugnazione avverso la condanna in abbreviato[18].

Di più complessa soluzione appare l'interrogativo in merito alla possibilità di concedere lo sconto di cui all'art. 442 co-2*bis* c.p.p. al soggetto che impugni solo alcuni capi della sentenza, prestando acquiescenza agli altri. Nel caso di cumulo oggettivo, infatti, all'imputato non è permesso, nemmeno in sede di definizione del rito alternativo in primo grado, di scindere i capi di imputazione, prediligendo il rito abbreviato solo per alcune fattispecie contestategli[19]. Ciò nonostante, parte della dottrina continua a ritenere comunque applicabile il beneficio sanzionatorio quando la rinuncia al gravame abbia ad oggetto anche singoli capi della sentenza.[20] Le ragioni a sostegno di siffatta esegesi appaiono duplici. Considerazioni di carattere pragmatico non possono «fare a meno di sottolineare che l'eventuale introduzione di una preclusione alla fruizione dello sconto di pena, nel caso in cui la rinuncia dell'imputato a presentare l'impugnazione non investa tutti i capi della sentenza, potrebbe apparire in contraddizione con le finalità deflattive sottese all'intervento di riforma»[21]. Su altro fronte, uno sguardo attento ai principi regolatori del nostro ordinamento rileva come la possibilità che più reati vengano contestati al medesimo soggetto in un unico o in più procedimenti penali, dipendente da fattori talvolta puramente contingenziali, potrebbe condurre a soluzioni di dubbia compatibilità

---

[15]A. CABIALE - S. QUATTROCOLO, *Un filtro più potente precede un bivio più netto: nuove possibili prospettive di equilibrio tra udienza preliminare, riti speciali e giudizio nel quadro della riforma Cartabia,* in *www.giustiziainsieme.it, 09 gennaio* 2023, 16.

[16]D. VIGONI, *Le innovazioni all'assetto delle originarie vie di fuga dal procedimento ordinario,* in *Arch. n. proc. pen.,* 2022, 6, 554 ss.

[17] *Ex multis,* Cass. pen., sez. I, 16 luglio 1999, n. 9142.

[18] V. MAFFEO, *Efficienza e deflazione processuale nella riforma dei procedimenti speciali,* in *Cass. pen.,* 2023, 32 ss.

[19]Da ultimo Cass. pen., sez I, 3 novembre 2023, n. 7686, rv. 285812-01.

[20]Si veda sul punto V. MAFFEO, *Efficienza e deflazione processuale nella riforma dei procedimenti speciali*, cit., 32 ss.

[21] F. MARCHETTI, *Nuovi incentivi premiali nella disciplina del giudizio abbreviato e del rito monitorio,* cit., 12.

costituzionale. L'impossibilità di poter scindere il cumulo in sede di appello e ottenere, di conseguenza, lo sconto di un sesto sui capi di sentenza impugnata, comporta una certa frizione col principio di uguaglianza e ragionevolezza dettato dall'art. 3 Cost., in quanto consente al solo imputato le cui condotte criminose generino autonomi procedimenti di poter godere della riduzione premiale, differentemente da chi è sottoposto ad un unico procedimento per tutte le contestazioni.

Per quel che ai fini del presente lavoro più rileva dubbi, solo in parte risolti dal successivo intervento legislativo correttivo alla riforma, sono sorti infine con riferimento alla procedura di applicazione dello sconto di pena in oggetto. Se all'indomani dell'entrata in vigore del dlgs. 150/2022, la formulazione dell'art. 676 co. 1 c.p.p. inseriva, tra le competenze del giudice dell'esecuzione, anche quella di decidere in ordine all'applicazione della riduzione della pena prevista dall'articolo 442 co. 2-*bis*, nulla veniva detto in merito alla possibilità per il giudice di agire *motu proprio*, in assenza di un'istanza di parte. Un'interpretazione orientata in ottica affermativa sarebbe stata certamente in deroga al principio generale, che permea la fase esecutiva del processo, secondo cui *ne procedat iudex ex officio*[22]. E, tuttavia, la scelta di condizionare l'applicazione della riduzione ad un'espressa richiesta del pubblico ministero o del condannato poneva problematiche di non secondo momento, soprattutto con riguardo alla fase dell'adozione dell'ordine di esecuzione[23]. È intervenuto dunque il legislatore con il dlgs. 31/2024, correttivo del dlgs. 150/2022, che, all'art. 2 co. 1 lett. dd), ha inserito nella fattispecie normativa il comma 3-*bis*, ove si prevede che il giudice dell'esecuzione, nell'ipotesi indicata, procede d'ufficio prima della trasmissione dell'estratto del provvedimento divenuto irrevocabile.

Sebbene l'intervento legislativo sul punto sia stato certamente opportuno e abbia colmato un'effettiva lacuna normativa, la scarsa attenzione al sistema nel suo complesso ha comportato un'altra problematica su cui in tempi recenti è intervenuto il giudice di legittimità[24]. La volontà di disciplinare nel nuovo comma 3-*bis* dell'art. 676 c.p.p. la diminuente esecutiva per la mancata impugnazione della condanna emessa in abbreviato ha di fatto impedito il ricorso automatico al procedimento semplificato *ex* art. 667 co. 4 c.p.p., richiamato dal primo comma della disposizione. Il Supremo consesso, pur dando rilievo alla natura meramente deflattiva della riduzione, ha interpretato la disposizione nel senso di escludere la fattispecie dal novero di quelle per le quali è previsto il procedimento esecutivo semplificato, con una decisione presa *de plano* dal giudice, poi eventualmente opponibile. Il paradosso è che una normativa adottata allo scopo di semplificare e snellire la procedura di applicazione di una diminuente automatica prevista *ex lege,* tanto da consentire al giudice di intervenire prescindendo da un'istanza di parte, rischia di dilatare i tempi della decisione, poiché onera il giudicante della fissazione di un'udienza camerale partecipata ai sensi dell'art. 666 c.p.p.

2. Un ultimo punto problematico, dal quale prendono le mosse le sentenze in questa sede esaminate, riguardava infine la collocazione in fase esecutiva dell'applicazione della riduzione di un

[22] Si veda sul punto V. CANNAS, *Il "nuovo" rito abbreviato,* cit., 381; *contra,* G. SEPE, *Acquiescenza alla condanna nel giudizio abbreviato e riconoscimento di un sesto della pena,* in *www.giustiziainsieme.it,* 14 febbraio 2023, 1; in ottica più dubitativa B. NACAR, *Riforma Cartabia e i riti alternativi: piccole modifiche all'insegna dell'efficienza del processo,* cit., 168.
[23] Sul punto F. MARCHETTI, *Nuovi incentivi premiali nella disciplina del giudizio abbreviato e del rito monitorio,* cit., 14.
[24] Cass. pen., sez. I, 07 febbraio 2025, n.7356, rv. 287522-01.

sesto della pena. In assenza di un'espressa previsione normativa, ma comunque a fronte di una giurisprudenza che in passato si è mostrata orientata ad un ampliamento dei poteri cognitivi del giudice dell'esecuzione, ci si è chiesti se fosse possibile, a seguito della riduzione di cui all'art. 442 co. 2-*bis* c.p.p. e nell'ipotesi in cui la pena residua risultasse, proprio in ragione di tale sconto, inferiore ai due anni di detenzione, applicare il beneficio della sospensione condizionale *ex* art. 163 c.p.

È intervenuta la suprema Corte e poi, a distanza di qualche mese con una sentenza eterogenea rispetto alla prima, la Consulta[25]. La prima delle due decisioni[26], in particolare, si è pronunciata avverso un'ordinanza del giudice per le indagini preliminari in funzione del giudice dell'esecuzione il quale, a seguito dell'istanza di un condannato di diminuzione pena per mancata impugnazione *ex* art. 676 co. 3-*bis* c.p.p. e contestuale concessione della sospensione condizionale della pena, pur rideterminando la sanzione entro i limiti di cui all'art. 163 c.p. ha ritenuto di dover rigettare nel resto la domanda poiché la pena rilevante ai fini della sospensione condizionale resterebbe quella irrogata al termine del giudizio di cognizione.

2.1 La Prima sezione della Cassazione si è trovata a decidere in merito a un ricorso nel quale la richiesta di applicazione della sospensione condizionale *in executivis* fondava su due diversi presupposti. In primo luogo l'impugnazione rileva la possibilità di applicare analogicamente la disposizione di cui all'art. 671 co. 3 c.p.p. che autorizza il giudice dell'esecuzione a concedere la sospensione condizionale della pena nell'ipotesi in cui, a seguito del riconoscimento del concorso formale tra reati, la pena inflitta scenda al di sotto della soglia massima per poter beneficiare dell'istituto.

Nel ricorso si sosteneva che, nel caso di specie, non trovasse applicazione l'art. 14 delle preleggi, inerente le sole norme di diritto penale sostanziale[27] e quelle di natura eccezionale[28], quanto piuttosto l'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, nel cui secondo comma è prevista la facoltà, nell'ipotesi in cui una controversia non possa essere risolta con gli ordinari canoni interpretativi, di applicare le disposizioni che riguardano casi simili o materie analoghe[29].

L'esegesi, tuttavia, appare contrastata da costante giurisprudenza[30] che considera illegittima un'analogia *legis* del contenuto dell'art. 671 co. 3 c.p.p., stante la sua natura di norma eccezionale.

---

[25] Per l'analisi dell'intervento della Corte costituzionale si veda *infra,* par.4.

[26] Cass. pen., sez. I, 09 luglio 2024, n. 37899, rv. 287012-01.

[27] Si veda, sul punto, S. BARTOLE-R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., Padova 2008, 258. Sulla possibilità di applicazione analogica *in bonam partem* delle norme penali si rinvia, in ultimo, a R. D'ANDREA, *L'analogia in bonam partem nel diritto penale. Una riflessione sulla natura "eccezionale" delle norme penali di favore,* in *www.sistemapenale.it,* 12 febbraio 2024, 1 ss.

[28] Con l'eccezione, per quanto concerne le norme processuali, di quelle suscettibili di interferire direttamente con la libertà personale dell'imputato, come nel caso delle misure cautelari. Sul punto M. DANIELE, *La norma processuale penale,* in AA.VV., *Fondamenti di Procedura Penale,* IV ed., Padova 2023, 82 ss.

[29] L'esplicita scelta di escludere la possibilità di ricorrere all'analogia in caso di norme penali incriminatrici trova il suo fondamento nell'art. 25 co. II Cost. il quale, enunciando il principio per cui «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso», implica che il soggetto debba conoscere *a priori* la tavola del lecito e dell'illecito come predisposta dal legislatore, non essendo ammissibile che, successivamente, il giudice possa applicare per analogia alla sua condotta una legge diversa, per quanto similare. In proposito si veda G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale, Parte generale*, Milano 2024, XII, 88 ss.

[30] in tema di mancato riconoscimento da parte del giudice della cognizione Cass. pen., sez. III, 27 giugno 2012, n. 29162, rv. 253164, in tema di mancata concessione della sospensione condizionale della pena nell'ipotesi in cui le pene ostative

Sul tema appare di particolare rilevanza la decisione delle Sezioni unite *Catanzaro*[31], che proprio ragionando sul potere concesso al giudice dell'esecuzione di concedere il beneficio della sospensione condizionale a seguito dell'applicazione della disciplina del concorso formale di reati o del reato continuato, esclude la possibilità di una *analogia legis* in forza del principio dell'immodificabilità del giudicato in sede esecutiva, derogabile solo da espresse previsioni legislative aventi il carattere di norme eccezionali e, pertanto, non soggette ad analogia.

A prescindere dal rilievo, sottolinea il ricorrente, vi è un orientamento giurisprudenziale che autorizza il giudice dell'esecuzione a concedere la sospensione condizionale della pena quando, in ragione di elementi emersi dopo il passaggio in giudicato della sentenza, questo sia dovuto intervenire sul trattamento punitivo non più ritenuto legittimo. Il riferimento più diretto è alle già citate Sezioni unite *Catanzaro*, in cui la Cassazione si era pronunciata in merito all'applicabilità in fase esecutiva della sospensione condizionale della pena in conseguenza dell'*abolitio criminis* di un reato ostativo[32] alla concessione del beneficio[33].

Invero, la decisione da ultimo richiamata interviene in un più ampio contesto – su cui è utile soffermarsi per quanto si dirà poi – nel quale era stata investita della questione anche la Corte costituzionale su sollecitazione del giudice di legittimità, il quale aveva rilevato un contrasto dell'673 co. 1 c.p.p. con l'art. 3 Cost. «nella parte in cui non prevede che il giudice dell'esecuzione – il quale abbia revocato, a seguito di abrogazione della norma incriminatrice, sentenze di condanna ritenute ostative alla concessione della sospensione condizionale della pena inflitta con una successiva sentenza di condanna – possa valutare l'applicabilità di detto beneficio».[34]

La Prima sezione della cassazione, chiamata a decidere la questione, aveva escluso la possibilità di fornire una lettura costituzionalmente orientata della norma, ritenendo di non poter inserire nella gamma dei "provvedimenti conseguenti", indicati nell'art. 673 c.p.p., anche quello di applicazione della sospensione condizionale della pena[35] e, per quanto sopra esposto, di non considerare possibile utilizzare il disposto dell'art. 671 c.p.p. per la sua natura eccezionale; norma che invece venne presa in considerazione quale *tertium comparationis* al fine di sottolineare quanto fosse «"irragionevolmente discriminatorio" che il giudice dell'esecuzione non possa concedere la sospensione condizionale della pena anche nell'ipotesi di revoca, per *abolitio criminis*, delle sentenze di condanna che abbiano costituito l'unico ostacolo alla concessione del beneficio in sede di cognizione»[36].

---

alla concessione del beneficio siano state dichiarate estinte *ex* art. 174 c.p. Cass. pen., sez. I, 24 marzo 2023, n. 29877, rv. 284972-01; Cass. pen., sez. VII,15 ottobre 2020, ord. n. 31091, rv. 279875-01.

[31]Cass. pen., sez. un., sent. 20 dicembre 2005, n. 4687, rv. 232610.

[32] Da intendersi, con tale locuzione, tanto il reato per il quale sia stata irrogata una pena detentiva superiore agli anni 2 di reclusione, quanto l'ipotesi di non concedibilità del beneficio sospensivo contenute negli artt. 164, 165 c.p.

[33] In particolare, la decisione si innesta su un ricorso presentato avverso un'ordinanza con cui la Corte d'appello di Palermo, in funzione di giudice dell'esecuzione, pur accogliendo l'istanza di revoca avente ad oggetto plurime pronunce di condanna per sopravvenuta abrogazione del reato di emissione di assegni a vuoto da parte del d.lgs. 30 dicembre 1999 n.507, respingeva la contestuale istanza di applicare la disciplina della continuazione fra gli illeciti depenalizzati e il delitto di ricettazione, al fine di ottenere il beneficio della sospensione condizionale della pena, già concesso per le condanne inerenti alla normativa sugli assegni bancari. L'impugnazione, denunciando la violazione delle lettere b) ed e) dell'art. 606 c.p.p., lamentava il mancato riconoscimento della continuazione e, conseguentemente, del beneficio della sospensione condizionale, per altro già concessa prima della depenalizzazione.

[34] Corte cost. 23 maggio 2005, ord. n. 211.

[35] Il beneficio, infatti, secondo la sezione rimettente non potrebbe automaticamente derivare dalla revoca di una condanna ostativa alla concessione.

[36] Corte cost. ord. n. 211/2005, *cit.*

La questione venne dunque rimessa alla Corte costituzionale, che però, aderendo al filone ermeneutico dei provvedimenti di inammissibilità per omessa interpretazione conforme[37], la ritenne inammissibile, affermando che la Cassazione, in luogo di adire il giudice delle leggi, avrebbe dovuto sposare, in assenza di un consolidato orientamento contrario, l'interpretazione maggiormente conforme ai principi costituzionali vigenti in materia. La questione tornò quindi dinnanzi al giudice *a quo*, il quale fu sollecitato a pronunciarsi secondo l'orientamento ritenuto maggiormente rispettoso dei princìpi costituzionali, comunque adottato da alcune decisioni precedenti, ma che la Prima sezione aveva scelto di non seguire.

Difatti il giudizio, una volta riassunto, venne immediatamente rimesso alle Sezioni unite[38] con lo scopo di dirimere il contrasto. Il Supremo consesso, con la sentenza n. 4687 del 20 dicembre 2005, preliminarmente, si confrontò con gli opposti indirizzi nati in seno alla Corte stessa, analizzando dapprima le sentenze in cui si limitava il potere del giudice dell'esecuzione di sospendere la pena infrabiennale alla sola ipotesi di riconoscimento del concorso formale o della continuazione tra reati[39]. I giudici di legittimità presero, poi, atto del nascere di un'opposta linea interpretativa che, a partire da una sentenza del 2000[40], progressivamente si era discostato dal filone appena citato, riconoscendo la possibilità per il giudice dell'esecuzione – dapprima limitatamente alla specifica ipotesi di reati unificati dal vincolo della continuazione per cui sia intervenuta la revoca in ordine solo ad alcuni di essi, poi anche a prescindere dalla continuazione – di deliberare in merito all'esistenza dei presupposti normativi e prognostici del beneficio di cui agli artt. 163 ss. c.p.[41]

Una volta ripercorsi i punti centrali dei due contrastanti indirizzi, i giudici di piazza Cavour fecero tesoro dell'ordinanza di inammissibilità della Corte costituzionale ed optarono per la lettura che considerasse illegittime le decisioni che negano il potere, per il giudice dell'esecuzione, di

---

[37] Tali decisioni, definite dalla dottrina interpretative di inammissibilità, iniziano a trovare spazio nella giurisprudenza Costituzionale fin dagli anni '80 del secolo scorso, raggiungendo tuttavia un proprio statuto definitorio solo con la sentenza n. 356 del 1996 nella quale è espresso il principio secondo cui «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali». In dottrina, si veda A. BONOMI, *Il limite oltre il quale non può spingersi l'interpretativa di inammissibilità per omessa interpretazione "conforme a" e il suo diverso "colore" rispetto alla decisione di infondatezza*, in *www.cortecostituzionale.it,* 25 ottobre 2013, 3 ss.; sul concetto di sentenza interpretativa di inammissibilità E. LAMARQUE, *Una sentenza «interpretativa di inammissibilità»?,* in *Giur. cost.,* 1996, 3107 ss. Sul controllo diffuso di costituzionalità delle norme si veda G. SORRENTI, *La Costitunzione "sottintesa"*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici. Atti del Seminario (Roma, 6 novembre 2009),* Milano 2010, pp. 3 ss.; G. SERGES, *L'interpretazione conforme a Costituzione tra tecniche processuali e collaborazione dei giudici,* in *Scritti in onore di Franco Modugno,* IV ed., Napoli, 2011, 3380. Per quanto concerne la distinzione tra interpretazione costituzionalmente orientata ed adeguatrice ai principi costituzionali, la stessa può essere espressa nei seguenti termini: nella prima si individua l'unica lettura conforme alla Costituzione, mentre nella seconda si predilige, tra più interpretazioni rispettose dei principi dell'ordimento, quella maggiormente conforme, in un'ottica di ordinazione sulla base del loro grado di adeguatezza. Sul punto M. DE LUCA, *L'interpretazione costituzionalmente orientata: note minime,* in *Il Foro Italiano,* 2009, vol. XI, 422 ss.; T.E. EPIDENDIO, *Riflessioni teorico-pratiche sull'interpretazione conforme,* in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org,* 17 ottobre 2012, 4 ss.

[38] Nell'ordinanza di rimessione si afferma la necessità dell'intervento delle sezioni Unite stante la «fisiologica impossibilità di applicare la continuazione di fatti costituenti reato e fatti non più previsti dalla legge come tali» così come richiesto dal ricorrente. Si veda Cass. pen., sez. I, ord. 20 settembre 2005.

[39] Si veda, sul punto, Cass. pen., sez. I, 21 settembre 2001, n. 38296, rv. 220736; Cass. pen., sez. VI, 03 dicembre 2003, n. 4316, rv. 228374; Cass. pen., sez. I, 18 novembre 2004, n. 48512, rv. 230171. Queste decisioni aderiscono all'interpretazione più restrittiva sulla base dell'intangibilità del giudicato e dell'eccezionalità del potere concesso dall'art. 671 co. 3 c.p.p., sostenendo inoltre l'assenza di poteri di valutazione prognostica e di istruttoria *in executivis,* considerati come prerogative del giudice di cognizione.

[40] Cass. pen., sez. III, 30 marzo 2000, n. 20693, rv. 219515.

[41] Si veda sul tema Cass. pen., sez. III, 20 febbraio 2002, n.13651, rv. 221368; Cass. pen., sez. V, 06 novembre 2002, n.11345, rv. 224111; Cass. pen., sez. I, 06 ottobre 2004, n. 46236, rv. 230318.

applicare il beneficio della sospensione condizionale della pena nell'ipotesi di *abrogatio criminis*, in quanto foriera di «risultati che appaiono disarmonici rispetto alla regola fondamentale del sistema penale enunciata dall'art. 2 c.p.p., comma 2, e ai valori costituzionali di ragionevolezza e di equilibrata simmetria dell'ordinamento»[42]. Non si può insomma ritenere ragionevole una disciplina che consenta di sospendere la pena irrogata in sede cognitiva per il riconoscimento della continuazione fra più reati e la escluda invece nel caso di revoca della sentenza di condanna per intervenuta depenalizzazione, risultando maggiormente aderente alle linee strutturali del sistema normativo e costituzionale, la scelta di consentire la sospensione condizionale della pena anche nell'ipotesi di *abrogatio criminis post iudicatum*. Epperò, avendo ritenuto inapplicabile analogicamente la soluzione prevista nell'art. 671 co. 3 c.p.p., l'unica via percorribile restò quella di un'interpretazione in chiave estensiva del testo dell'art. 673 c.p.p. che includesse nell'ampia clausola dei "provvedimenti conseguenti"[43] anche la concessione del beneficio sospensivo.

Ebbene, ritornando al caso in esame, nonostante le due fattispecie a confronto fossero similari, la soluzione adottata per l'art. 673 c.p.p. non è stata ritenuta applicabile, nella decisione del 2024, per l'art. 676 c.p.p. Si sottolinea preliminarmente che la legge nulla ha previsto in merito ai poteri del giudice dell'esecuzione quando applica lo sconto di un sesto per la mancata impugnazione del condannato della sentenza emessa a valle della celebrazione del rito abbreviato; e, dunque, secondo il brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit,* tale possibilità gli sarebbe preclusa[44]. La Corte sottolinea inoltre come il caso dell'abrogazione del reato o della dichiarazione di illegittima costituzionale, intervenuti dopo il passaggio in giudicato della sentenza, «determinano sopravvenienze che incidono sul quadro sanzionatorio, per così dire, genetico, nel senso che, la valutazione prognostica da effettuarsi ai sensi dell'art. 164 cod. pen. – *in thesi* non compiuta in allora – diviene possibile alla stregua del *novum* sopravvenuto, idoneo ad incidere sull'ammissibilità della valutazione che avrebbe dovuto farsi se esso fosse maturato in sede cognitiva»[45]. Il caso riferibile al novellato art. 676 c.p.p., *a contrario,* pur disciplinando un'ipotesi del tutto peculiare di riduzione della pena, la quale si pone esattamente nel mezzo tra la fase cognitiva e quella esecutiva, trova il suo spazio di operatività nella seconda sede, senza che tale modificazione successiva al passaggio in giudicato della sentenza possa incidere sugli altri effetti penali della condanna, in assenza di un espresso riferimento normativo. Né a tal scopo, conclude la sentenza, sarebbe utile il riferimento, pur inserito nell'art. 676 co. 3 c.p.p., ai provvedimenti susseguenti in quanto, pure per quanto concerne l'estinzione del reato, la formula non include in modo automatico e generalizzato la possibilità di esaminare nuovamente la concedibilità del beneficio sospensivo.

3. Sebbene, per quanto sopra esposto, la Corte nella sentenza citata abbia escluso in modo categorico che, in assenza di un'espressa previsione normativa, potesse essere applicata in sede esecutiva la sospensione condizionale di una pena diminuita ai sensi dell'art. 442 c.p.p.,

[42]Cass. pen., sez. un., n. 4687/2005, *cit.*
[43]Da leggersi come potere-dovere del giudice dell'esecuzione di eliminare tutti gli effetti pregiudizievoli provenienti dal giudicato revocato per *abrogatio criminis.*
[44]Per una visione realistica dell'attività creativa della giurisprudenza, anche in ipotesi di assenza di riferimenti normativi, si veda M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo,* in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org,* 06 giugno 2016, 35 ss.
[45]Cass. pen., sez. I, sent. n. 37899/2024, *cit.*

un'interpretazione sistematica della normativa codicistica avrebbe potuto condurre ad una soluzione opposta.

3.1 Anche solo partendo dal riferimento letterale, il richiamo, contenuto all'art. 676 co. 3 c.p.p., all'adozione di "provvedimenti conseguenti" parrebbe aprire la strada ad una esegesi similare a quella adottata per l'ipotesi di *abolitio criminis.* La sentenza di Cassazione, invero, non considera dirimente la formula adottata nella disposizione al fine di consentire, all'interno della gamma di tali poteri, quello di concedere il beneficio sospensivo, in quanto tale dicitura non includerebbe «in modo meccanico e generalizzato la esaminabilità o la riesaminabilità della questione della sospensione condizionale»[46]. Al fine di sostenere questa tesi, il provvedimento fa riferimento alla diversa ipotesi disciplinata dall'art. 445 co. 2 c.p.p., a norma del quale l'estinzione degli effetti penali del reato, derivante dal decorso del termine di due o cinque anni dalla sentenza di patteggiamento, è limitata alla pena pecuniaria ed a quella sostitutiva, non essendo concesso in superamento del limite di due anni di pena detentiva sospesa di cui all'art. 163 c.p.

Il provvedimento della suprema Corte, tuttavia, omette di rilevare come la legge, nell'ipotesi ora citata, accanto al riferimento all'estinzione di tutti gli effetti penali, ha cura di precisare che resta in ogni caso di ostacolo una pena detentiva non sostituita ai fini della concessione di una sospensione della pena. Del resto, la soluzione, in questa sede prospettata, pare essere indirettamente avallata dallo stesso art. 164 c.p. nella parte in cui, al comma 2 numero 1, prescrive che la sospensione di cui all'articolo precedente non può essere concessa a chi ha riportato altra condanna a pena detentiva per delitto, anche se è intervenuta la riabilitazione, senza indicare alcun regime differenziale e di favore nell'ipotesi di estinzione. Logico presupporre, di conseguenza, che l'istituto sia del tutto neutro alla concessione della sospensione condizionale della pena. Già questo singolo dato potrebbe avere un'incidenza significativa sul tema in discussione, concedendo, l'art. 676 co. 3 c.p.p., il potere di adottare provvedimenti conseguenti, nel cui alveo potrebbe rientrare pure il beneficio *ex* art. 163 ss. c.p. proprio in ragione della sua indifferenza all'estinzione.

3.2 L'obiezione secondo cui sarebbe necessaria un'esplicita previsione legislativa che legittimi il giudice dell'esecuzione ad apprezzare la concedibilità della sospensione potrebbe, inoltre, essere superata aderendo alla cosiddetta teoria dei "poteri impliciti". In più occasioni la Cassazione ha attribuito a quel giudice la legittimazione a adottare taluni provvedimenti conseguenti, in ragione di interventi modificativi sul trattamento punitivo, a prescindere da un espresso richiamo normativo. Se nelle Sezioni unite *Catanzaro* la Corte utilizza l'inciso testuale previsto all'art. 673 c.p.p. al fine di riconoscere il potere sospensivo in sede di *abrogatio criminis*, nella stessa decisione si precisa pure che «evidenti esigenze di ordine logico, coessenziali alla razionalità del sistema, inducono a ritenere che, una volta dimostrato che la legge processuale demanda al giudice una determinata funzione, allo stesso giudice è conferita la titolarità di tutti i poteri necessari all'esercizio di quella medesima attribuzione»[47].

Il medesimo percorso argomentativo viene poi ripreso nel successivo arresto delle Sezioni unite *Marcon*, ove la possibilità di applicare il beneficio di cui all'art. 163 c.p. è giustificata rilevando che

[46] Cass. pen., sez. I, 37899/2024, cit., par. 3.3.
[47] Cass. pen., sez. un., n. 4687/2005 cit.

il riferimento ai provvedimenti conseguenti «lungi dal consegnare un'attribuzione in via eccezionale, è indicativo di una situazione di potere necessariamente implicata da quella che consente al giudice dell'esecuzione di rimuovere un giudicato» e quindi, in ragione di ciò «il giudice dell'esecuzione può provvedere sulla sospensione condizionale – su cui in precedenza non si sarebbe potuto pronunciare per l'impedimento derivante dal giudicato di condanna revocato»[48].

Seguendo l'orientamento, allora, appare evidente come, tra i poteri impliciti del giudice che ha diminuito la pena irrogata in una sentenza di condanna emessa a seguito di abbreviato e non impugnata, non può che rientrare anche quello di disporre il riconoscimento del beneficio sospensivo. Sul punto a nulla rileva la mancata concessione della sospensione in sede cognitiva – che impedirebbe al giudice dell'esecuzione di intervenire sullo specifico profilo – in quanto l'ulteriore sconto premiale che consente di accedere al beneficio matura successivamente al primo grado di giudizio[49].

Sostanzialmente non avviene nulla di troppo dissimile da quanto accade in tema di amnistia condizionata, quando, ai sensi dell'art. 151 co. 4 c.p., l'estinzione del reato è sottoposta a condizioni o ad obblighi fissati dal legislatore. In specie è, infatti, il giudice dell'esecuzione ad essere competente, *ex* art. 672 co. 5 c.p.p., per la valutazione in merito all'effettivo adempimento delle obbligazioni e delle condizioni a cui l'amnistia è subordinata, non essendo possibile decidere in fase cognitiva sulla concreta applicazione dell'istituto[50]. Parimenti, l'art. 188 disp. att. c.p.p., nel consentire alle parti di chiedere in esecuzione, mediante un nuovo accordo, l'applicazione degli istituti del concorso formale o del reato continuato tra due pene patteggiate, implicitamente fa salva la possibilità per il giudice di valutare, ove inserito nel progetto, la possibilità di applicare *in executivis* il beneficio sospensivo.

In conclusione, l'analisi del dato codicistico autorizza a ritenere che la concessione della sospensione condizionale della pena rientri, seppure implicitamente, tra le prerogative riconosciute al giudice dell'esecuzione. Se, insomma, la normativa vigente consente di ravvisare tale attribuzione *in executivis* in ipotesi espressamente previste, non si rinvengono ragioni sistematiche per escludere che analoga facoltà possa essere esercitata anche quando i presupposti per la concessione del beneficio sopravvengano successivamente al passaggio in giudicato della sentenza.

3.3 A prescindere dalla *littera legis,* o dall'adesione ad orientamenti volti a riconoscere poteri impliciti al giudice dell'esecuzione, la risposta positiva alla questione sottoposta all'attenzione della Corte di cassazione avrebbe potuto trovare conforto nel nuovo ruolo che la giurisprudenza ha assegnato al giudice dell'esecuzione.

---

[48]Cass. pen., sez. un., 15 settembre 2015, n. 37107, rv. 264857, nella quale si riconosce al giudice di applicare la sospensione condizionale nel caso di pena precedentemente patteggiata su cui è stato necessario l'intervento del giudice dell'esecuzione alla luce della dichiarazione di incostituzionalità dei limiti edittali previsti dalla norma incriminatrice. Questa impostazione, del resto, pare essere accolta anche in pronunce delle singole Sezioni della Corte, aventi ad oggetto l'annullamento senza di rinvio di taluni capi di condanna e l'ipotesi di una pluralità di provvedimenti definitori nei quali veniva contestato il medesimo fatto alla stessa persona. Sul punto si veda rispettivamente Cass. pen., sez. I, 01 marzo 2013, n. 16679, rv. 254570; Cass. pen., sez. I, 30 ottobre 2018, n. 51692, rv. 274547-01.

[49]Resta chiaramente esclusa l'ipotesi di mancata applicazione degli artt. 163 ss. c.p. per la presenza di ulteriori elementi ostativi valutati dal giudice in sentenza.

[50] Inoltre, sarebbe pure ipotizzabile il caso in cui l'amnistia condizionata intervenga su un reato la cui pena fa parte di un cumulo giuridico e che quest'ultimo scenda al di sotto dei due anni di sanzione detentiva, proprio a seguito dell'applicazione del beneficio. Il giudice dell'esecuzione si troverebbe ad essere il solo posto nelle condizioni di decidere in merito alla concedibilità della sospensione condizionale della pena residua, essendo venuta meno la condizione ostativa oggettiva solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza.

La tematica, di ordine generale, si cala in un contesto che, tradizionalmente, tendeva a distinguere in maniera netta i due segmenti procedimentali. Il troncone processuale della cognizione rappresentava, e rappresenta tuttora, il «momento del sapere»[51] per il tramite del quale accertare la necessità di una sanzione penale per il soggetto sottoposto al vaglio giurisdizionale, mentre l'esecuzione penale, identificata come il «momento del potere»[52], altro non era che un'appendice nella quale l'intervento dell'autorità giudiziale era richiesto solo in ipotesi specifiche. Le incursioni cognitive del "giudice degli incidenti" erano limitate a sporadici interventi in una fase sostanzialmente amministrativa e distinta dal momento propriamente giurisdizionale. La cesura così netta tra le due "fasi" implicava, da un lato, il divieto di interferenza di logiche sanzionatorie in un segmento processuale indefettibilmente cognitivo e la cui funzione conoscitiva non poteva che essere neutra[53]; dall'altro, l'assenza di qualsivoglia *deficit* epistemico o vuoti di tutela giurisdizionale residuali nella fase di esecuzione, volta esclusivamente a garantire l'effettività della sanzione penale applicata[54]. Il precipitato di quanto affermato potrebbe essere riassunto nell'espressione per cui, quando inizia l'esecuzione della sanzione, l'accertamento penale deve essere già terminato[55]. La demarcazione così netta tra i due momenti si fonda sul cosiddetto "mito del giudicato"[56], punto di approdo della cognizione penale finalizzata al raggiungimento di una verità processuale, la quale non può essere in alcun modo scalfita successivamente né da fatti sopravvenuti né, a maggior ragione, da circostanze preesistenti e non valutate, secondo il brocardo per cui la cristallizzazione dell'accertamento "copre" tanto il dedotto quanto il deducibile.

E tuttavia, già da tempo, la parte più attenta della dottrina ha messo in guardia da queste semplificazioni e ha sottolineato la necessità che la cosa giudicata venga depurata «da tutti quegli elementi parossistici e irrazionali, che hanno trasformato questo che doveva essere un istituto di salvaguardia della sicurezza giuridica in una specie di castello turrito, tetragono ad ogni aspirazione di giustizia»[57]. Da qui l'esigenza che sia destinata ad un momento successivo – per l'appunto l'esecuzione – la mediazione di alcuni errori giudiziali derivanti da sopravvenienze o incongruenze sistemiche, anche a costo di intervenire sul giudicato, il cui valore assoluto recede dinnanzi all'esigenza di tutelare diritti individuali dei soggetti condannati[58].

L'intangibilità del giudicato resta un principio cardine dell'ordinamento, da leggersi però in una chiave necessariamente soggettiva, ossia di garanzia dei diritti e delle libertà del singolo soggetto interessato[59]. La categoria giuridica in esame involge princìpi quali la certezza del diritto e la stabilità

---

[51]Termine utilizzato in V. GAROGOLI, *Giudizio, regole e giusto processo. I tormentati itinerari della cognizione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 512.

[52] V. GAROGOLI, *Giudizio, regole e giusto processo. I tormentati itinerari della cognizione penale,* cit. 512 ss.

[53] Sulla funzione necessariamente e strettamente cognitiva del processo penale si vedano, *ex multis* L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale,* Bari-Roma 1991, 17 ss.; P. FERRUA, *Processo penale e verità*, in S. ANASTASIA, M. PALMA, *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, Milano 2001, 21.

[54]F. CENTORAME, *La ricognizione penale in fase esecutiva,* Torino 2018, 2 ss.

[55]In questi termini, R. ORLANDI, *Effettività della sanzione penale e principi processuali*, in AA.VV., *L'effettività della sanzione penale,* Milano 1998, 37.

[56]Espressione usata da G. LEONE, *Il mito del giudicato*, in *Riv. dir. proc. pen*., 1956, pp. 167 ss., ora in *Scritti giuridici*, Vol. I, Napoli 1987, 63.

[57] G. LEONE, *Il mito del giudicato, cit.,* 92.

[58] In proposito, si vedano B. LAVARINI, *L'incidente di esecuzione a rimedio della pena e della condanna illegale: tra riforme "pretorie" e mancate riforme legislative,* in *www.arciviopenale.it,* 29 ottobre 2019, 12 ss.; A. FRANCESCHINI, *La fragilità del giudicato al cospetto di una pena costituzionalmente illegittima*, in *Riv. dir.*, 2014, n. 8, 10 ss.

[59] Si veda sul punto G. DE LUCA, *voce Giudicato (diritto processuale penale)*, in *Enc. giur.*, Roma 1989, 2.

delle decisioni giudiziarie, oltre ad essere la finalità ultima dell'attività giudiziaria, improntata a che «le controversie abbiano un fine»[60]. Questo fine non può che rispondere, dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, sovversiva del precedente rapporto tra libertà personali del singolo ed autorità statale, ad esigenze individual-garantiste, volte a porre un limite alla perpetuazione dei giudizi, sia nella forma del nuovo esercizio dell'azione penale nei confronti dello stesso soggetto e per il medesimo fatto, sia di rinnovazione del processo per un numero indefinito di impugnazioni[61]. La presa di coscienza della necessità di procedere ad una lettura in chiave necessariamente soggettiva del principio del *ne bis in idem* e dell'intangibilità del giudicato, pienamente operante solo se a favore del soggetto sottoposto a processo penale[62], vede quale precipitato processuale la possibilità per i soggetti giudicati di poter parzialmente disporre della garanzia posta a loro tutela. Se l'opzione tradizionale, come si è visto, trovava nel giudicato il muro invalicabile sanante di tutti i vizi di una sanzione illegittima, l'assetto è parso come parzialmente incompatibile con un sistema democratico che già a livello costituzionale ammette la possibilità di un errore giudiziario e impone di porvi rimedio.

Già con la vigenza del vecchio codice, invero, talune pronunce delle Corti interne si erano occupate del tema e avevano consentito l'intervento sulla cosa giudicata al fine di modificare le pene considerate illegali[63]. Epperò, è a partire dalla riforma attuata nell'88 che, parallelamente al progressivo ampliamento delle impugnazioni straordinarie, il giudice degli incidenti diviene il soggetto che conosce dell'esecuzione del provvedimento, ed eventualmente lo modifica ove necessario.

Massima attenzione sul tema è stata posta dalla giurisprudenza agli inizi del decennio scorso. Superando lo schema tradizionale, secondo cui il giudice dell'esecuzione dovrebbe limitarsi a dare applicazione alla volontà espressa nel giudizio di merito – rompendo il giudicato il collegamento tra fatto e norma e sostituendosi alla seconda[64] – viene infatti permesso, nell'ipotesi in cui i limiti edittali di una norma incriminatrice vengano dichiarati costituzionalmente illegittimi dopo il passaggio in giudicato della sentenza, di intervenire e di modificare la pena che pure sarebbe contenuta in un provvedimento divenuto definitivo[65]. La giurisprudenza di legittimità ha quindi riconosciuto al giudice dell'esecuzione ampi poteri, anche di ridefinizione della pena, sebbene ciò lo abbia legittimato a compiere apprezzamenti discrezionali o di merito, incidendo sul contenuto del titolo esecutivo[66].

---

[60] In questi termini M. SCARDIA, *Relazione*, in AA. VV., *Errore giudiziario e riparazione pecuniaria*, in *Atti del Convegno Lecce 1962*, Galatina 1963, 35.

[61] P. TROISI, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali,* in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org,* 02 aprile 2015, 2 ss.

[62] Non è infatti un caso che le impugnazioni straordinarie, aventi ad oggetto proprio sentenze passate in giudicato, vedono nell'operatività a favore del reo uno dei principali *trait d'union.*

[63] A titolo esemplificativo Cass. pen., sez. V, 29 maggio 1985, *Lattanzio.*

[64] Sul punto F. CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte Costituzionale,* in *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto,* Milano 2013, 271.

[65] In questa direzione Cass. pen., sez. I, 27 ottobre 2011, n. 977, rv. 252062; Cass. pen., sez. I, 24 febbraio 2012, n. 19361, rv. 253338; Cass. pen., sez. I, 25 maggio 2012, n. 26899, rv. 253084; Cass. pen., sez. I, 12 giugno 2012, n. 40464.

[66] Sul punto si veda B. NACAR, *Legalità della pena e poteri del giudice dell'esecuzione,* Padova 2017, 127 ss.

Fondamentale punto di approdo sono state certamente le ben note decisioni delle Sezioni unite Ercolano[67] e Gatto[68] che hanno riconosciuto un valore limitato al giudicato, quantomeno in punto di determinazione del *quantum* sanzionatorio da applicarsi a seguito del riconoscimento della penale responsabilità dell'imputato, rendendo possibile la sua modifica in ragione di valori considerati maggiormente meritevoli di tutela[69]. La Cassazione, pur non potendo disconoscere, il valore e il ruolo del giudicato, sottolinea come sia in ogni caso costituzionalmente imposta[70], la verifica della legalità della pena sostanzialmente inflitta anche nella fase esecutiva. Tale garanzia non può che prevalere anche sull'intangibilità del provvedimento divenuto esecutivo[71], poiché la restrizione della libertà personale di un individuo deve essere necessariamente fondata su norme conformi a Costituzione per tutto l'arco della sua durata.

I princìpi già espressi da questi due arresti della Corte vengono poi meglio specificati ed ampliati in un trittico di sentenze del 2015[72]. Il giudice competente per l'esecuzione viene provvisto di poteri idonei ad incidere in modo radicale sulla graduazione della pena, correggendo errori materiali o di fatto, disconoscendo addirittura provvedimenti di condanna il cui trattamento sanzionatorio non era certamente in contrasto con i princìpi dettati dall'ordinamento al momento

---

[67]Cass. pen., sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, rv. 258649, che chiude il cerchio apertosi nel nostro Ordinamento con la sentenza della Corte di Strasburgo "Scoppola contro Italia", trovando una soluzione per i cosiddetti "fratelli minori" del ricorrente, nei cui confronti erano già state emesse sentenze di condanna all'ergastolo passate in giudicato. Sulla problematica in esame si veda M. GAMBARDELLA, *Overruling favorevole della corte europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza "Scoppola"*, in *Cass. pen.,* 2012, 3981 ss.

[68]Cass. pen., sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, rv. 260698, avente ad oggetto la possibilità di rideterminare in sede esecutiva una pena divenuta illegale a seguito dell'illegittimità costituzionale di una norma diversa da quella incriminatrice, intervenuta successivamente al passaggio in giudicato della condanna. In quest'ultimo arresto la Corte di legittimità ricostruisce il percorso evolutivo che ha segnato il ruolo del giudice dell'esecuzione tanto dal punto di vista dottrinario quanto legislativo e giurisprudenziale, arrivando infine a sciogliere positivamente il dubbio posto al Supremo consesso, mediante l'utilizzo dello strumento offerto dall'art. 30 della legge n.87 del 1953. Per un commento alla sentenza si veda A. FRANCESCHINI, *Libertà personale* vs *intangibilità del giudicato* (nota a Cass., S.U., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto), in *Gaz. for.*, 30 giugno 2015, n. 1, 1 ss. La soluzione di compromesso individuata dalle Sezioni unite ha generato numerose perplessità, in quanto è stata letta come un tentativo di rinvenire un appiglio normativo per giustificare un intervento *post iudicatum* sulla pena in una norma che, al contrario di quanto affermano le Sezioni unite, inerisce la sola ipotesi di *abrogatio criminis,* e per tal ragione risulta abrogata con l'entrata in vigore dell'art. 673 c.p.p. Sul punto si veda M. GAMBARDELLA, *Gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale della circostanza aggravante della "clandestinità": abolizione o annullamento? Nota a Cass. Pen., 17 novembre 2010, n. 40836,* in *Cass. pen.,* 2011, 1 ss. Parte della dottrina sottolinea inoltre come un'operazione più corretta, ed in un certo qual senso coraggiosa, sarebbe stata probabilmente quella di interpretare in via analogia l'673 c.p.p. Sul tema si veda B. NACAR, *Legalità della pena e poteri del giudice dell'esecuzione*, cit.,169 ss.

[69] Cfr., G. CANZIO, *La giurisdizione e l'esecuzione della pena,* in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.,* 26 aprile 2016, 7 ss. Nella giurisprudenza successiva, Cass. pen., sez. III, 11 luglio 2017, n. 52438, rv. 271879, nella cui motivazione si legge che «dalla "flessibilizzazione" del giudicato registrata nella fase esecutiva, sembra emergere una duplice dimensione del giudicato penale: la prima relativa all'accertamento del fatto, realmente intangibile, non essendo consentita, al di fuori delle speciali ipotesi rescissorie, una rivalutazione del fatto oggetto del giudizio, e tendenzialmente posta a garanzia del reo (presunzione di innocenza e divieto di *bis* in idem); la seconda relativa alla determinazione della pena, che, sprovvista di reale copertura costituzionale (o convenzionale), appare maggiormente permeabile alle "sollecitazioni" provenienti *ab extra* rispetto alla *res iudicata*. In altri termini, se il "giudicato sull'accertamento" è, e resta, intangibile, non consentendo rivalutazioni del fatto, il "giudicato sulla pena" è permeabile ad eventuali modifiche del trattamento sanzionatorio, purché in *bonam partem*, essendo espressione di un interesse collettivo, quello della certezza dei rapporti giuridici esauriti, suscettibile di bilanciamento con altri principi costituzionali e convenzionali, quali la libertà personale, la legalità della pena, la finalità rieducativa, il principio di uguaglianza, che, nella loro dimensione individuale, sono prevalenti rispetto alla dimensione collettiva sottesa all'esigenza di certezza dei rapporti giuridici».

[70]I riferimenti costituzionali sono sicuramente gli artt. 13 co. II, 25 co. II e, in modo forse meno diretto ma centrale, 27 co. III Cost.

[71]G. CANZIO, *La giurisdizione e l'esecuzione della pena,* cit., 3 ss.

[72]Rispettivamente Cass. pen., sez. un., 26 febbraio 2015, n. 33040, rv. 264205, *Jazouli*; Cass. pen., sez. un., 15 settembre 2015, n. 37107, rv. 264857, *Marcon*; Cass. pen., sez. un., 26 giugno 2015, n. 47766, rv. 265109, *Butera.*

dell'emissione, salvo poi divenirlo per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale del trattamento punitivo contenuto nella norma incriminatrice. Viene al contempo fissato però un fortissimo limite a tali poteri: aderendo a un orientamento compromissorio secondo il quale l'intervento è concesso in specifiche circostanze, la correzione è consentita solo in ipotesi che non trovano giustificazione in sentenza, mentre è esclusa per le situazioni valutate consapevolmente dal giudice della cognizione, sebbene con una motivazione errata. Ciò implica che «se l'illegalità della pena deriva da un errore oggettivo del giudice, potrà essere emendata; se, invece, è il frutto di un errore valutativo, a questa dovrà darsi esecuzione»[73].

3.4 L'intervento del giudice dell'esecuzione resta in ogni caso strettamente legato, oltre che limitato, alla sola pena illegale. Il diritto vivente si è limitato a temperare la rigidità e la tendenziale immutabilità della cosa giudicata «consentendo eccezionalmente la modificazione in sede esecutiva delle pene illegali comminate durante il giudizio di merito e, specificamente, delle sanzioni non previste dall'Ordinamento giuridico ovvero di quelle che, per specie o quantità, eccedono il limite edittale»[74]. Espresso in siffatti termini, il potere manipolativo del giudice *in executivis* risulta finalizzato a ricondurre la pena nei corretti parametri edittali segnati dal legislatore e trova la sua *ratio* giustificatrice nell'art. 25 co. II Cost., oltre che nell'art. 7 CEDU, in un'ottica di equilibrio tra tendenziale immutabilità della cosa giudicata e la necessaria legalità della pena inflitta in sentenza[75].

Sulla base di questa rinnovata interpretazione del giudicato, la Corte di cassazione — anche a seguito di un intenso dialogo con la Corte europea dei diritti dell'uomo e in supplenza dell'inerzia legislativa — ha assunto un ruolo proattivo nel tentativo di offrire soluzioni alle impellenti esigenze di garanzia del principio di legalità nella fase esecutiva della pena. In tale contesto, la nozione di pena illegale subisce un'estensione, venendo a ricomprendere anche quella dichiarata costituzionalmente illegittima, che il giudice dell'esecuzione è tenuto a ricondurre, per l'appunto, entro i confini della legalità.

Rispetto ai già citati arresti segnati dalle Sezioni unite *Ercolano* e *Gatto,* che pure ragionano ed utilizzano il concetto di pena illegale per consentire l'intervento del giudice dell'esecuzione sul giudicato, le successive sentenze *Jazouli*[76] e *Marcon*[77] in verità sembrano compiere un ulteriore salto in avanti, facendo rifluire, nei fatti, il concetto di pena illegittima in quello di pena illegale. La ragione che ha spinto le Sezioni unite ad intervenire dipendeva dalla circostanza che la Corte costituzionale,

---

[73] B. NACAR, *Legalità della pena e poteri del giudice dell'esecuzione,* cit., 108 ss.
[74] B. NACAR, *Legalità della pena e poteri del giudice dell'esecuzione,* cit., 108.
[75] Il concetto di pena legale, così come delineato, risulta strettamente connesso al principio di proporzionalità della risposta sanzionatoria. Quest'ultimo, pur non trovando una esplicita enunciazione nel testo costituzionale, è comunque desumibile da una lettura sistematica della Carta fondamentale, con particolare riferimento agli articoli 3 e 27. Sebbene una pena sproporzionata non possa essere automaticamente qualificata come illegale, la definizione del contenuto valoriale del principio di proporzionalità incide in modo diretto su quello di legalità. In assenza, un'interpretazione rigida e non sistemica dell'art. 25 Cost. potrebbe condurre a ritenere paradossalmente la pena fissa come maggiormente – se non l'unica – conforme al principio di legalità. Tuttavia, è proprio il principio di proporzione a modulare, in un Ordinamento come quello italiano – improntato all'uguaglianza sostanziale e alla funzione risocializzante della pena – la risposta sanzionatoria sulla base della gravità del fatto materialmente commesso. Ne consegue che, attraverso una lettura congiunta e coerente degli artt. 3 e 25 Cost., può considerarsi legale solo la pena prevista all'interno di una cornice edittale stabilita in via preventiva dal legislatore. Tale impostazione risponde, infine, alla funzione rieducativa della sanzione penale, così come sancita dall'art. 27, co. III, della Costituzione.
[76] Cass. pen., sez. un, n. 33040/2015, cit.
[77] Cass. pen., sez. un, n. 37107/2015, cit.

nel dichiarare illegittimo il trattamento sanzionatorio di talune norme, aveva riesumato i limiti edittali precedentemente in vigore. Ciò comportava che una sanzione inflitta sulla base di una normativa, poi dichiarata incostituzionale, ben poteva rientrare nella precedente forbice edittale tornata in auge, ma corrispondeva di certo ad una valutazione discrezionale compiuta dal giudice rispetto ad un fatto che assumeva un diverso disvalore. La *querelle* si concentrava, insomma, sull'interrogativo se l'illegalità della pena emendabile in sede esecutiva dovesse intendersi limitata alla pena in concreto, eccedente il massimo della rinnovata forbice edittale, ovvero potesse ricomprendere anche l'illegalità in astratto, derivante dall'applicazione di un quadro sanzionatorio successivamente dichiarato invalido, ancorché il *quantum* irrogato risultasse compatibile con i limiti attualmente vigenti[78].

Ebbene la Corte non ragiona sulla categoria di pena illegale[79] per delinearne i confini, ma sulla funzione della risposta sanzionatoria, necessariamente da calibrarsi sul disvalore del fatto-reato, in ossequio al principio di proporzionalità e di risocializzazione del reo. Dunque, pur rientrando anche nei precedenti limiti edittali tornati in vigore a seguito della declaratoria di illegittimità, la sanzione emessa sulla base di una norma dichiarata poi incostituzionale esprimerebbe un giudizio di colpevolezza fondato su basi prive di legittimazione e, di conseguenza, non conforme a Costituzione. Epperò, «ritenendo correggibile sia la pena che si pone al di fuori dei limiti edittali – unica formalmente ad essere in contrasto col principio di legalità in senso stretto – sia la sanzione che non esorbita dai nuovi confini normativi, la cassazione amplia la nozione di pena correggibile *in executivis* ad evenienze in cui la illegalità non riguarda la pena in sé e per sé considerata, ma il procedimento decisionale del giudice fondato su indici normativi da ritenere come mai esistiti che ha prodotto una pena sostanzialmente illegittima»[80].

Ci troviamo dinnanzi ad un significativo aumento dei poteri del giudice dell'esecuzione, il cui intervento manipolativo non è più giustificato dalla presenza di una pena illegale. Sebbene *prima facie* la soluzione possa apparire più conforme ai principi dettati dalla Carta costituzionale, non può essere di certo ignorato come, i citati arresti, siano stati a ragione criticati dalla dottrina più accorta e sostanzialmente restati privi di seguito nella giurisprudenza di legittimità successiva. Non assume ruolo di secondo rilievo l'effetto dirompente e, per taluni versi, sovversivo, che deriverebbe dall'adesione all' esegesi, con influssi diretti sul rapporto tra regola ed eccezione in tema di intangibilità del giudicato penale, valore in ogni caso costituzionalmente tutelato che finirebbe per recedere sempre di fronte ad una pena non equa[81]. Così ragionando si arriverebbe alla conclusione che pure la pena ritenuta incongrua dovrebbe essere necessariamente rivisitata dopo il passaggio in giudicato, laddove contrastante con i princìpi di cui agli artt. 3 e 27 Cost.[82] Si assisterebbe, inoltre, ad un mutamento sostanziale non solo dei poteri assegnati al giudice dell'esecuzione, quanto, in definitiva, della sua stessa funzione. L'incidente di esecuzione, se fosse considerato utile strumento

[78] Sul punto e sugli opposti orientamenti si veda B. NACAR, *Legalità della pena e poteri del giudice dell'esecuzione,* cit., 120 ss.
[79] In entrambe le ipotesi, infatti, la pena determinata dalle parti era comunque ricompresa nella forbice edittale di risulta dopo la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma peggiorativa.
[80] B. NACAR, *Legalità della pena e poteri del giudice dell'esecuzione,* cit., 124.
[81] Sul punto, G. RICCARDI, *Giudicato penale e "incostituzionalità" della pena. Limiti e poteri della rideterminazione della pena in exexutivis in materia di stupefacenti,* in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org,* 26 gennaio 2015, 13 ss.
[82] Diversa è l'ipotesi in cui la sanzione venga dichiarata illegittima dalla Corte EDU. In tal caso, l'Ordinamento riconosce un'eccezione, ammettendo la possibilità di emendare la pena indipendentemente dalla specifica ragione per cui essa sia ritenuta non conforme ai parametri della CEDU. Tale obbligo discende direttamente dal dovere di adeguamento alle pronunce della Corte di Strasburgo, in forza dell'art. 117 della Costituzione.

per modificare una pena legale, ma potenzialmente in contrasto con altri princìpi tutelati dall'Ordinamento, porterebbe alla modificabilità in ogni momento e senza limitazioni della sanzione irrogata in sede cognitiva, tramutandosi in un quarto grado di giudizio *post iudicatum.*

Nonostante anche in tempi recenti – in aperto contrasto con le sentenze ora riportate – sia stato chiaramente affermato che la pena illegale sia solo quella eccedente, tanto qualitativamente quanto quantitativamente, i valori assegnati dal legislatore ad una determinata fattispecie penale incriminatrice[83], deve osservarsi però che nel concetto di illegalità va ricompresa, oltre che la violazione dei limiti edittali previsti, anche la mancata applicazione delle altre disposizioni che ineriscono al trattamento sanzionatorio astrattamente riferibile al condannato. Il cambio di prospettiva prende avvio dalla presa d'atto del cortocircuito derivante dall'opzione ermeneutica restrittiva del principio di legalità della pena, le cui estreme conseguenze condurrebbero al paradosso per cui a precludere l'applicazione di istituti di favore per il reo, sia lo stesso principio di legalità, che nel corso della storia ha assunto invece un ruolo latamente mitigatore delle istanze punitive statuali e di garanzia per i soggetti condannati[84]. La tesi elaborata da parte della dottrina viene poi consacrata dalla Consulta nel 1988[85] con una decisione nella quale, con riferimento al diverso istituto del reato continuato ma con considerazioni valevoli per tutti i benefici sanzionatori, si afferma con forza che «pena legale non è soltanto quella comminata dalle singole fattispecie penali. Lo è infatti, anche quella risultante dall'applicazione delle varie disposizioni incidenti sul trattamento sanzionatorio»[86]. Di tale inversione di rotta pare tenerne conto anche la Corte di legittimità, la quale conferma il recepimento di una nuova concezione di illegalità della pena, distinta dalla più generale categoria di illegittimità, ma nella quale è ricompresa pure la mancata applicazione di tutte le disposizioni di parte generale che astrattamente potrebbero incidere sulla sanzione penale[87].

Rientra, di conseguenza, nell'ambito di cognizione del giudice dell'esecuzione anche la sospensione condizionale della pena, la cui concedibilità certamente incide in modo diretto sul trattamento sanzionatorio irrogato al reo. Sebbene l'istituto introdotto all'inizio del secolo scorso[88], nella sua applicazione pratica venga talvolta confuso con una misura clemenziale integrante più uno strumento di deflazione penitenziaria che di individualizzazione della sanzione penale irrogata[89], il beneficio sospensivo svolge tutt'ora una funzione di riconduzione della pena sotto i principi della proporzionalità e della sua funzione risocializzante. In particolare, la sua *ratio* è certamente la sottrazione all'esecuzione penale di soggetti condannati a pene detentive di breve durata nell'ipotesi in cui sia ritenuto più utile alla loro risocializzazione il semplice deterrente di una possibile futura

---

[83] Si veda, *ex multis,* Cass. pen., sez. un., 31 marzo 2022, n. 47182, rv. 283818-01.
[84] Sul punto A. COSSEDDU, *Ancora in tema di continuazione tra reati puniti con pene eterogenee,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1978, 1 ss.
[85] Corte cost.,10 marzo 1988 n. 312.
[86] Corte cost. 312/1988, cit.
[87] In giurisprudenza, *ex multis,* Cass. pen., sez. un 21 giugno 2018, n. 40983, rv. 273750*;* Cass. pen., sez. II, 28 settembre 2017, n.48386; in dottrina, per una ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale si veda J. CRISCUOLO, *L'istituto della continuazione nelle ipotesi di reati puniti con pene eterogenee: le Sezioni Unite dissipano i dubbi sul criterio di calcolo da adottare nella determinazione della pena,* in *www.archiviopenale.it,* 18 ottobre 2018, 3 ss.
[88] La legge di introduzione è la 267 del 26 giugno 1904, la quale riservava il beneficio ai delinquenti occasionali e non pericolosi, condannati per la prima volta ad una pena di breve durata. Sul punto F. VERGINE, *Sospensione condizionale della pena,* in *Dig. pen.,* 1997, XIII.
[89] Sul punto F. MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte generale,* XII edizione, Padova 2023, 784 ss., che arriva a definirla quale "sospensione incondizionata" della pena.

espiazione[90]. La derivazione diretta del beneficio sospensivo dall'esigenza, imposta dalla finalità rieducativa della sanzione penale, di individualizzare la responsabilità del condannato e la pena allo stesso irrogata, mostra in modo evidente come l'esecuzione di una sanzione a cui non dovrebbe essere data applicazione alla luce dell'art. 163 c.p. non è meramente illegittima, ma in senso tecnico illegale, ed in ragione di ciò è certamente consentito l'intervento del giudice dell'esecuzione sul punto. Del tutto ininfluente la circostanza per cui ai fini della decisione sul beneficio è necessaria, comunque, una prognosi sulla futura astensione dal commettere ulteriori reati da parte del condannato. Tanto il legislatore quanto la Corte di cassazione hanno riconosciuto medesima possibilità quando il giudice interviene per riconoscere la sospensione condizionale della pena negli specifici ambiti della continuazione tra reati e della *abrogatio criminis*. In simili circostanze, è proprio la sopravvenienza di un *quid novi* a costituire il fondamento della legittimazione del giudice dell'esecuzione a svolgere, in via eccezionale, mediante un nuovo accertamento connotato da margini di discrezionalità, su una valutazione già compiuta nella fase cognitiva e, in via ordinaria, non più sindacabile.

3.5 Infine appare opportuno evidenziare che pure un'esegesi dell'istituto attenta agli impulsi provenienti dalle Corti sovranazionali condurrebbe a rispondere affermativamente all'interrogativo in merito all'applicazione dell'istituto sospensivo *in executivis*.

Il riferimento è, in particolare, al principio di proporzionalità sanzionatoria di origine comunitaria, introdotto dapprima dalla Corte di giustizia dell'Unione[91] e poi confluito nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, in cui si afferma che «le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato»[92]. L'assunto rappresenta in primo luogo una specificazione del principio di proporzionalità in senso lato, che impone al legislatore una valutazione in merito alla previsione e all'applicazione di limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciute dalla Carta dei diritti fondamentali[93].

Nell'accezione che in questa sede più rileva, il principio di cui all'art. 49 par. 3 Cdfue configura uno strumento di controllo da parte dell'Europa sulle scelte sanzionatorie degli Stati membri, per il tramite dell'imposizione di una relazione tra gravità del reato commesso e pena inflitta e, dunque, ponendo un limite di garanzia oltre il quale la sanzione non giustifica più il fine a cui mira la norma incriminatrice nelle materie di competenza unionale[94]. L'innovatività della previsione risiede nell'avere come destinatario anche il giudice comune, e quindi anche quello dell'esecuzione che, sebbene non infligga direttamente la pena, per il ruolo che tradizionalmente gli è assicurato ha il

---

[90] Sul tema E. DOLCINI, *In tema di non menzione della condanna, sospensione condizionale e attenuanti generiche: discrezionalità vincolata o "graziosa" indulgenza?,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1975, 326 ss.

[91]La prima decisione in cui appare codesto principio è la sentenza *Commissione contro Grecia* del 21 settembre 1989, C-68/88.

[92]Cdfue art. 49 par. 3.

[93]Cdfue art. 52 par. 1. Il giudizio di proporzionalità in senso lato impone una triplice valutazione di idoneità, necessarietà e proporzionalità in senso stretto per ogni ipotesi di limitazione alla libertà dei soggetti; costituendo così un giudizio a "tre gradini", nato dapprima come principio di origine giurisprudenziale e poi inserito tanto nel trattato di Maastricht quanto nella Carta di Nizza. Non sembra questa la sede idonea per un'analisi approfondita del principio, per la quale si rinvia a R. CISOTTA, *brevi note sulla giurisprudenza sull'art.52 par.1 della carta dei diritti fondamentali dell'UE in materia di limitazioni ai diritti fondamentali… con uno sguardo in avanti,* in *Osservatorio sulle fonti,* 2021, 1, 20 ss.3.

[94]Per un'analisi approfondita di entrambe le accezioni del principio di proporzionalità, delle problematiche interpretative ed applicative si veda B. NACAR*, Il principio di proporzionalità sanzionatoria quale criterio per la disapplicazione parziale della sanzione penale, fra diritto unionale, principi costituzionali e disciplina codicistica,* in *Judicium,* 10 giugno 2024, 3 ss.

dovere di garantire la risocializzazione del condannato come imposto dalla Carta costituzionale. Quest'ultimo è chiamato a verificare che le pene inflitte in sede di cognizione continuino ad essere proporzionate al reato pure in fase esecutiva[95]. Se anche il giudice dell'esecuzione deve garantire la proporzionalità sanzionatoria – tanto più nel nostro ordinamento in cui la funzione rieducativa della pena trova il suo principale momento applicativo in *executivis* – pur in assenza di una normativa che espressamente consenta la possibilità di concedere in via generalizzata la sospensione condizionale della pena in tale fase, la possibilità di applicare il beneficio trova la sua fonte giustificatrice proprio nell'art. 49 par. 3 Cdfue[96].

4. Nel contesto fino ad ora delineato è infine intervenuta la Consulta[97], dichiarando l'illegittimità costituzionale degli artt. 442 co. 2-*bis*, 676 co. 3-*bis* c.p.p. nella parte in cui non prevedevano espressamente la possibilità di concedere in esecuzione la sospensione condizionale della pena e la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale, quando il giudice della cognizione non vi avesse provveduto perché la pena allora determinata era superiore ai limiti di legge per l'applicazione dei benefici.

Il ragionamento seguito dai giudici, ricalcante quello dell'ordinanza di rimessione, si articola in due diverse direzioni di illegittimità. Si evidenzia, sotto un primo punto di vista, l'incompatibilità della normativa con gli artt. 3 e 27 commi primo e terzo Cost., alla luce della natura dei benefici menzionati, i quali, «lungi dall'esprimere generiche istanze indulgenziali o di immotivata "fuga dalla sanzione" nei confronti degli autori del reato […] sono istituti chiave nell'ottica della funzione oggi costituzionalmente assegnata alla pena»[98]. Per tale ragione, l'esecuzione di una pena detentiva, che pure meriterebbe di essere sospesa, si porrebbe innanzitutto in un rapporto di conflittualità con il principio di cui all'art. 3 Cost., poiché foriera del rischio di prevedere un regime trattamentale radicalmente diverso sul piano dei benefici a seconda del momento in cui intervenga l'applicazione della riduzione concessa, senza la necessità di valutazione di merito alcuna[99]. In aggiunta, una scelta di questo tipo da parte del legislatore ordinario non potrebbe che generare una sanzione non rispondente al carattere necessariamente individualizzante e rieducativo a cui la stessa deve aspirare nel nostro ordinamento ai sensi dell'art. 27 Cost.

---

[95]Sul punto D. BRUNELLI, *Dall'equità commisurativa all'equità nella esenzione da pena per fatto,* in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA, *La pena ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano 2018, 251. Sul potere di controllo e sul sindacato dell'operato del legislatore interno in dottrina, R. SICURELLA, *Commento all'art. 49; legalità e proporzionalità nel diritto penale sostanziale,* in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea,* Milano 2017, 993. In giurisprudenza, da ultimo, Corte di Giustizia Ue, Grande Sezione, sent. 09 marzo 2022, C-205/20 in cui si sottolinea la natura immediatamente precettiva nell'Ordinamento degli Stati membri dell'art. 49 par. 3 Cdfue e si afferma il principio per cui il giudice interno è sempre chiamato a disapplicare quella parte della legislazione nazionale da cui derivi una sanzione sproporzionata.

[96]Non si ignora, tuttavia, come questa scelta porterebbe comunque problemi interpretativi che richiederebbero un'operazione di bilanciamento tra il principio ora indicato e quello dell'immutabilità del giudicato. Quest'ultimo però, nella sua lettura soggettiva, può comunque recedere ed essere soggetto ad una parziale disponibilità nel momento in cui l'intervento è finalizzato alla concessione di provvedimenti più favorevoli per il condannato.

[97] Corte cost.,19 dicembre 2024 n. 208.

[98] Corte cost. 208/2024*, cit.*

[99] Si consideri, a titolo esemplificativo, l'ipotesi in cui venga irrogata una pena detentiva infrabiennale grazie allo sconto di un terzo o della metà derivante dall'accesso al rito abbreviato e, per tal ragione, la stessa possa essere sospesa già in sentenza di condanna.

Il secondo rilevo concerne la ragionevole durata del processo, considerata tanto quale principio autonomo ad oggi contenuto nell'art. 111 co. II Cost.[100], quanto come espressione del giusto processo *ex* art. 6 CEDU, avente valore di norma costituzionale interposta per il tramite dell'attuale art. 117 co. I Cost. La concessione dell'ulteriore sconto di pena previsto dall'art. 442 co. 2-*bis* c.p.p. rientra tra gli strumenti adottati al fine di raggiungere una più incisiva deflazione del contenzioso ed una conseguente riduzione dei tempi e dei carichi processuali, obbiettivo cardine della riforma Cartabia[101]. Di certo la mancata possibilità di far discendere il beneficio sospensivo dall'ulteriore diminuzione di un sesto derivante dalla rinuncia all'impugnazione della sentenza in abbreviato, non potrebbe che essere tra i fattori di uno scarso ricorso all'istituto deflattivo. La Corte richiama implicitamente il principio di proporzionalità in senso lato di matrice unionale[102], che impone una lettura delle norme – sia legislativa che giurisprudenziale – orientata all'efficacia, intesa come rapporto tra gli obiettivi perseguiti e i mezzi impiegati per raggiungerli[103].

Pur condividendo nei risultati la decisione cui perviene la Corte, va evidenziato, sul piano squisitamente formale, che il giudice rimettente ha in realtà sollevato la questione con riferimento al solo art. 442 c.p.p. Nessun accenno viene fatto all'art. 676 c.p.p. che concretamente inerisce, anche alla luce della sua collocazione sistematica, al procedimento applicativo in fase esecutiva dello sconto di un sesto di pena; stravaganza rilevata altresì dalla Corte che ricostruisce la breve storia dell'istituto. La Consulta sottolinea che il comma 1 dell'art. 676 c.p.p., all'indomani del dlgs 150/2022, ha introdotto, tra "altre competenze"[104] del giudice dell'esecuzione, quella relativa «all'applicazione della riduzione della pena prevista dall'articolo 442 comma 2-*bis*»[105], risultando una mera ripetizione di quanto già indicato all'articolo 442 c.p.p., che pure indica il giudice dell'esecuzione come competente all'applicazione dello sconto di pena. Sul punto non ha sortito effetti di razionalizzazione neppure il d.lgs. 31/2024 che ha sì eliminato il riferimento presente nel primo comma dell'art. 676, spostando però la locuzione al neointrodotto comma 3-*bis*, il quale si limita a specificare la procedibilità d'ufficio per l'applicazione del beneficio. In questo contesto, sebbene «dal punto di vista di tecnica legislativa, la sede in astratto più appropriata in cui intervenire allo scopo di conferire questo potere al giudice dell'esecuzione sarebbe l'art. 676 co. 3-*bis* cod. proc. pen. che disciplina nel dettaglio il procedimento di riduzione della pena»[106] , la scelta di indicare il solo art. 442 co 2-*bis* non può considerarsi tanto erronea da rendere inammissibile la questione di legittimità. Del resto, in sede decisoria si ha anche cura di intervenire, sfruttando i poteri concessi dall'art. 27 l. 11 marzo 1953 n. 87, sulla disposizione del libro X del codice di rito, dichiarandola incostituzionale laddove non prevede la possibilità di concedere *in executivis* i benefici menzionati nell'ipotesi in cui il giudice della cognizione non avesse potuto provvedervi laddove la pena irrogata, superiore ai limiti previsti

[100]Sulla qualificazione della ragionevole durata del processo quale diritto soggettivo della parte si veda B. LAVARINI, *La ragionevole durata del processo come garanzia soggettiva,* in *www.lalegislazionepenale.eu,* 31 dicembre 2019, 5 ss.
[101]Sul punto E. AMODIO, *La cultura della speditezza processuale nella riforma Cartabia,* in *Riv. It. dir. proc. pen.,* 2022, 1.
[102] Di cui all'art. 52 Cdfue già richiamato.
[103] Sul concetto di efficacia in termini giuridici si veda G. TUZET, *Effettività, efficacia, efficienza,* in *Materiali per una storia della cultura giuridica,* 2016, 207 ss.
[104] Questa è l'espressione utilizzata in rubrica.
[105] Art. 676 co. 1 c.p.p. *ante* d.lgs. 31 del 19 marzo 2024.
[106]Corte Cost, n. 208/2024, cit., par.4.2.

dalla legge, era poi divenuta infrabiennale a seguito dell'applicazione dello sconto di un sesto previsto nell'attuale disciplina del rito abbreviato.

Alcune osservazioni conclusive appaiono utili anche sul tipo di decisione attraverso cui la Consulta pone fine alla questione controversa. La sentenza in esame appare certamente in controtendenza rispetto alla strada, già da tempo intrapresa, di abdicare al ruolo di interprete monopolista della Carta costituzionale, in favore di un controllo diffuso sulla legislazione da parte dei giudici ordinari. In altri termini, prima di sollevare questione di illegittimità costituzionale, i giudicanti dovrebbero avere cura di elaborare un'interpretazione adeguatrice della normativa e di motivare approfonditamente le ragioni dell'eventuale fallimento del loro tentativo[107]. L'utilizzo di sentenze di inammissibilità o di rigetto, quali strumenti per fornire interpretazioni costituzionalmente conformi e imporre nei fatti una determinata chiave esegetica al giudice comune, di certo comporta il travalicamento, ad opera della Consulta, del ruolo alla stessa assegnato in sede di costituente, insidiando, peraltro, anche la funzione nomofilattica della Corte di cassazione[108]. Nonostante ciò, appare pacifica l'attuale legittimazione della Corte funzionale all'utilizzo di tale strumento, specie con riferimento alle ipotesi in cui – come sottolineato anche nell'ordinanza di inammissibilità del 2005 inerente l'istituto dell' *abrogatio criminis*[109] – sollevare la questione di illegittimità costituzionale altro non sia che «un improprio tentativo per ottenere dalla Corte costituzionale l'avallo a favore di un'interpretazione, contro un'altra interpretazione, senza che da ciò conseguano differenze in ordine alla difesa dei principi e delle regole costituzionali»[110].

La scelta di accogliere l'istanza di illegittimità presta il fianco ad una riflessione metodologica circa l'effettiva necessità di una sentenza demolitoria in luogo di una interpretativa di rigetto o di inammissibilità. La stessa Corte, invero, ammette la possibilità di individuare una soluzione interpretativa idonea a rendere *de iure condendo* legittimo l'istituto in esame. Epperò, al tempo stesso, i giudici costituzionali rilevano come le primissime sentenze della Corte di cassazione avevano escluso fino a quel momento il potere di disporre in esecuzione la sospensione condizionale e la non menzione a valle della rideterminazione della pena, focalizzandosi sulla natura eccezionale dell'intervento sul giudicato, tale da non considerare possibile l'applicazione dei poteri previsti dall'art. 671 co. 3 c.p.p. La decisione esaminata, pur ammettendo che non ci si trova di fronte ad un diritto vivente consolidato[111], afferma che «questa Corte non può che prendere atto della circostanza che, allo stato, la Corte di cassazione ha ritenuto di non poter pervenire ad un'interpretazione costituzionalmente conforme, nel senso appena indicato, della disposizione censurata»[112].

La ragione dell'apparente passo indietro della Consulta, che opta per una sentenza di accoglimento della questione sollevata in luogo di un provvedimento di rigetto, più che rappresentare un'operazione di *self-restraint*, risponde quindi probabilmente ad una specifica esigenza di carattere

---

[107]Sul punto R.BIN, *L'applicazione diretta della costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a costituzione della legge*, in AA.VV., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa,* a cura di AIC, Napoli, 2010, 201 ss.

[108] R.BIN, *L'applicazione diretta della costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a costituzione della legge,* cit., 208 ss.

[109]Corte cost. ord.n. 211/2005, cit.

[110]Corte cost., n. 356/1996, cit.

[111]Sulla centralità del diritto vivente all'interno della giurisprudenza della Consulta si veda F. VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale,* in *www.sistemapenale.it,* 19 gennaio 2021, 7 ss.

[112] Corte cost., n. 208 del 19 dicembre 2024, cit.

squisitamente pragmatico: la finalità è di prevenire il rischio, a fronte di una decisione interpretativa, della nascita di orientamenti della suprema Corte comunque difformi, stante la non vincolatività per il giudice ordinario di questo tipo di pronunce[113]. In passato, infatti, plurime volte il giudice delle leggi era stato costretto a dichiarare illegittime norme delle quali era stata fornita una possibile lettura conforme ai principi dell'Ordinamento, poiché l'interpretazione continuava ad essere avversata da decisioni distoniche della Cassazione, generando evidenti ripercussioni tanto sulla gerarchia delle fonti del diritto, quanto sulla vita dei soggetti impugnanti[114].

La pronuncia poteva essere l'occasione affinché la consulta procedesse a riscrivere sistemicamente del giudizio esecutivo. Una decisione interpretativa nelle forme prospettate avrebbe segnato un'importante tappa lungo il percorso che da tempo oramai ha intrapreso la giurisprudenza, finalizzato alla costruzione di una nuova veste al giudice dell'esecuzione. Ripercorrendo gli approdi giurisprudenziali che, nel tempo, hanno progressivamente riscritto ruolo e funzioni del giudice dell'esecuzione, la decisione in esame avrebbe potuto rappresentare un passaggio decisivo per la definizione di un nuovo statuto del giudizio di esecuzione. Un'occasione, dunque, per valorizzare la centralità di una figura ormai lontana dall'originaria configurazione di "giudice degli incidenti", cui è oggi affidata la responsabilità di garantire l'equilibrio tra l'intangibilità del giudicato e la salvaguardia di principi fondamentali del nostro ordinamento, come quello di legalità penale.

In questo senso, un intervento della Corte più sistematico e incisivo avrebbe potuto costituire un chiaro monito al legislatore, da tempo inerte rispetto a una disciplina che, nella prassi, viene ormai rimodellata quasi esclusivamente a opera della giurisprudenza[115]. Da qui la necessità di una revisione organica del Libro X del codice di procedura penale, che recepisca gli sviluppi dottrinali e giurisprudenziali, riconoscendo in modo esplicito la nuova fisionomia del giudizio di esecuzione e i poteri del giudice che lo presiede, così da garantire una maggiore coerenza sistematica e prevedibilità nell'applicazione della legge.

---

[113] Sul tema Cass. pen., sez.un., 31 marzo 2004, n. 23016, rv. 227523 in cui viene affermato il principio di diritto secondo cui «Non è sufficiente che il Giudice delle leggi definisca una certa interpretazione come costituzionalmente obbligata e la sola compatibile con le norme della Costituzione perché questa possa imporsi all'osservanza dei giudici, essendo questi tenuti autonomamente a verificare, con l'uso di tutti gli strumenti ermeneutici dei quali dispongono, se la norma possa realmente assumere quel significato e quella portata. Qualora le premesse ermeneutiche della soluzione proclamata costituzionalmente obbligata travalichino i limiti dell'interpretazione letterale-logico-sistematica, i giudici hanno il dovere di non attenersi a quella soluzione, per la decisiva ragione che, in caso contrario, disapplicherebbero una norma vigente e arrecherebbero un vulnus ai principi di legalità e soggezione alla legge».

[114] A titolo puramente esemplificativo si consideri il contrasto nato tra le due Corti inerente al termine di durata massimo delle misure cautelari custodiali, terminato - dopo ben sette anni di decisioni interpretative di rigetto o di inammissibilità da parte della Consulta seguite da sentenze delle Sezioni Unite assolutamente antitetiche - con la Sentenza costituzionale n.299 del 22 luglio 2005, nella quale, dichiarando costituzionalmente illegittimo l'art. 303 c.p.p., il giudice delle leggi prende atto che «l'indirizzo delle Sezioni unite debba ritenersi ormai consolidato, sì da costituire diritto vivente, rispetto al quale non sono più proponibili decisioni interpretative».

[115] Sul tema delle tecniche monitorie nel panorama delle decisioni della consulta si veda E. COCCHIARA, *L'evoluzione dei moniti della Corte costituzionale al legislatore: un bilancio a settant'anni dalla L.87 del 1953,* in *Gruppo di Pisa,* 2023, 1 ss.; R. PINARDI, *Moniti al legislatore e poteri della Corte costituzionale,* in *Forum di Quaderni Costituzionali,* 3, 2022, 1 ss.

La pronuncia della Corte cost. n. 52/2025 sulla disparità di genere nel trattamento penitenziario dei genitori

ILARIA PICCOLO

ABSTRACT

With judgement no. 52/2025, the Constitutional Court only partially corrected the unequal treatment of mothers and fathers in matters of precautionary measures and imprisonment, declaring unconstitutional the prohibition on granting special home detention to fathers in cases where the mother is deceased or incapacitated, but third parties are available to care for the children. This outcome highlights the limits of a conservative stance toward social and cultural changes concerning shared parenting, which negatively affects the best interests of the child.

SOMMARIO: 1. Premessa di ordine sistematico. – 2. La sentenza n. 52 del 2025 della Corte costituzionale. – 3. I precedenti giurisprudenziali. – 4. Le istanze di uguaglianza sostanziale.

1.Nel sistema penale la questione di genere ha conosciuto una singolare eterogenesi.

Per comprenderne le radici occorre tornare al 1961, quando la Corte costituzionale ritenne legittima la disparità di trattamento prevista dall'art. 559 c.p. in tema di adulterio. La norma incriminava la sola moglie infedele – insieme al suo amante – con la pena della reclusione fino a un anno, che saliva a due in caso di relazione stabile, lasciando invece impunita l'infedeltà del marito.

In quella occasione, il giudice delle leggi respinse le censure di legittimità costituzionale fondate sugli artt. 3 e 29 Cost., ritenendo che l'ordinamento non potesse prescindere dalle opinioni sociali dominanti, secondo cui l'adulterio femminile costituiva un'offesa più grave all'unità familiare[1].

Negli anni Sessanta, dunque, il diritto penale non faceva che recepire e rafforzare una disparità già radicata nel tessuto sociale, traducendo la subordinazione della donna in un trattamento dichiaratamente discriminatorio[2].

---

[1] Corte cost., 28 novembre 1961, n. 64, par. 3. «L'ordinamento giuridico positivo non può del tutto prescindere – e di fatto non prescinde – dalle valutazioni che si affermano, spesso imperiosamente, nella vita sociale. Ora, che la moglie conceda i suoi amplessi ad un estraneo è apparso al legislatore, in base, come si è detto, alla prevalente opinione, offesa più grave che non quella derivante dalla isolata infedeltà del marito. Al di fuori di ogni apprezzamento, che non spetta alla Corte di compiere, trattasi della constatazione di un fatto della vita sociale, di un dato della esperienza comune, cui il legislatore ha ritenuto di non poter derogare. Da solo esso è idoneo a costituire quella diversità di situazione che esclude ogni carattere arbitrario e illegittimo nella diversità di trattamento. Del resto, nel disporre un simile trattamento, il legislatore penale, lungi dall'ispirarsi a sue limitate particolari vedute, non ha fatto che adeguarsi a una valutazione dell'ambiente sociale che, per la sua generalità, ha influenzato anche altre parti dell'ordinamento giuridico». Il delitto di adulterio sarà dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla stessa Corte costituzionale solo qualche anno più tardi, con le sentenze n. 126 del 1968 e n. 147 del 1969.

[2] Il trattamento di sfavore trovava conferma altresì nella disciplina del Codice civile del 1942, che attribuiva alla donna, nella cura e nell'educazione dei minori, una funzione vicaria rispetto a quella del padre, cioè esercitabile solo in caso di morte o di lontananza dal marito. Si pensi al vecchio art. 340 c.c. che negava l'amministrazione dei beni dei figli minori da parte della madre vedova e passata a nuove nozze. Per il rigetto della questione di legittimità, si v. Corte cost., 23 maggio 1966, n. 49.

Col tempo, la progressiva presa di coscienza sulla condizione femminile e l'evoluzione dei modelli familiari hanno contribuito a ridefinire il quadro culturale e costituzionale.

Tuttavia, lo Stato sociale di diritto si è rivelato in larga parte inadeguato. I meccanismi previsti dall'art. 3, comma 2, Cost., volti a rimuovere gli ostacoli all'uguaglianza sostanziale, sono rimasti in larga parte inattuati. Ancora oggi mancano politiche strutturate di prevenzione della violenza di genere, misure di sostegno alla genitorialità, percorsi educativi diffusi; basti pensare che l'Italia è tra i pochi Paesi europei privi di programmi scolastici di educazione sessuale e affettiva.

In assenza di strategie sociali efficaci, il sistema penale è divenuto lo strumento privilegiato – benché inadeguato – di gestione dei fenomeni sociali. Questa disfunzione ha finito per generare nuove asimmetrie, al punto che, in talune ipotesi, è l'uomo che risulta sottoposto a un regime giuridico meno favorevole.

L'esemplificazione è offerta da talune disposizioni in materia cautelare e penitenziaria, che riconoscono alle madri un trattamento preferenziale.

Nel codice di rito, l'art. 275, comma 4, c.p.p., stabilisce che: «quando imputati siano donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni con lei convivente, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, non può essere disposta né mantenuta la custodia cautelare in carcere, salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza». Si tratta di un divieto che risponde all'esigenza di assicurare al minore la presenza di almeno un genitore in una fase cruciale della formazione psicofisica[3]. In buona sostanza, il diritto del figlio a ricevere cura ed educazione[4] prevale sulle esigenze cautelari, salvo che queste ultime risultino di eccezionale rilevanza[5].

Lo stesso regime si estende anche al padre, ma solo nell'ipotesi in cui la madre sia deceduta o del tutto impossibilitata a prendersi cura della prole.

---

[3] Cfr. C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, Napoli 2012, 22 ss., secondo cui «il minore vanta, dunque, il diritto soggettivo, costituzionalmente sancito, ad essere 'educato' nella sua famiglia, di regola, il luogo privilegiato di formazione della personalità ancora *in fieri*».

[4] P. BERNAZZANI, *Misure cautelari e tutela dei rapporti familiari*, in G. FIDELBO (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, Torino 2021, 991, pone in evidenza come il limite dei sei anni coincida sostanzialmente con i primi obblighi di scolarizzazione. A tal riguardo, si segnala come il limite di età dei sei anni sia stato oggetto di una questione di legittimità costituzionale. Corte cost., 26 gennaio 2017, n. 17. ha dichiarato la questione infondata, rilevando come detto limite di età costituisca il frutto di una scelta legislativa non irragionevole, espressiva di un bilanciamento tra esigenze di difesa sociale e tutela del minore. Eventuali profili problematici, secondo la Corte, attengono semmai alla presunzione assoluta di cui al comma 3, già più volte ritenuta costituzionalmente compatibile in quanto giustificata dall'esigenza di recidere i legami degli indagati per reati mafiosi con l'associazione criminale. In chiave critica si v. M. COLAMUSSI, *Detenzione e maternità*, Bari 2023, 103-104, secondo cui «non convince il limite di età stabilito in termini assoluti nel compimento del sesto anno, quando ancora un bambino, pur in età scolare, non ha sviluppato quegli anticorpi emotivi per poter affrontare il distacco dalla figura genitoriale e comprenderne e accettarne le ragioni. [...] La particolare attenzione dedicata allo *status* di genitore detenuto, ma soprattutto ai "*best interests of the child*", improvvisamente perde quota, fino a comportare l'annullamento della principale garanzia a tutela del figlio convivente, che, al compimento del sesto anno di età, o nel caso in cui si tratti di minore di età superiore, subirà il distacco dal genitore sottoposto a custodia cautelare in carcere, in ragione della presenza di ordinarie esigenze cautelari».

[5] Si v. M. ROSSI, *Alcune riflessioni sulla eccezionale rilevanza delle esigenze cautelari*, in *Cass. pen.*, 2013, 3166 ss.

Emerge così un modello culturale di *maternal preference*, che attribuisce alla madre il lavoro di cura[6] e al padre il ruolo produttivo esterno[7].

Questa impostazione, che subordina il riconoscimento dei benefici al padre unicamente all'assenza o all'impedimento della madre, ricorre anche in talune norme dell'ordinamento penitenziario[8]. In particolare, all'art. 21-*bis* ord. penit., in tema di accesso al lavoro esterno[9]; all'art. 21-*ter* ord. penit., con riguardo alla possibilità di accompagnare alle visite mediche i figli fino ai dieci anni di età affetti da *handicap* o da gravi infermità[10]; all'art. 47-*ter* ord. penit., in materia di accesso

---

[6] Di particolare interesse sono i dibattiti in Assemblea Costituente. Emblematiche le parole di P. CALAMANDREI, seduta del 17 aprile 1947, in *www.nascitacostituzione.it*. «"Il matrimonio è basato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi". "Morale" certamente; ma non è con una norma giuridica che questa uguaglianza morale può essere assicurata. Ma, sotto l'aspetto giuridico, il nostro diritto vigente — che nessuno, per ora, che io sappia, vuole cambiare — non è basato sull'uguaglianza giuridica dei coniugi: perché il capo della famiglia è il marito, è lui che dà il cognome alla moglie ed ai figli, è lui che stabilisce il domicilio della famiglia, e la moglie è obbligata a seguire il marito, e non viceversa. E questa disuguaglianza giuridica dei coniugi nella famiglia è una esigenza di quella unità della famiglia, di questa società, che, per poter vivere, ha bisogno di essere rappresentata e diretta da una sola persona. Si potrebbe cambiare questo sistema: e stabilire che capo della famiglia sia la moglie, che essa dia il cognome ai figli e stabilisca il domicilio, e che il marito sia obbligato a seguire la moglie; e che ad essa spetti la patria potestà sui figli. Sarebbe un altro sistema. Ma tra questi due sistemi bisogna scegliere: uno intermedio, che dia a tutt'e due i coniugi la assoluta parità giuridica, non esiste. E per ora non mi pare che la scelta tradizionale, che è stata fatta nel nostro diritto, si abbia intenzione di cambiarla. Quindi, l'articolo, in questa parte, non risponde a verità».

[7] Cfr. A. CONTI, *La bigenitorialità nella fase cautelare e nell'esecuzione della pena: il ruolo del padre*, in *Dir. pen. proc*., 2020, 4, 552 ss.

[8] Secondo P. GONNELLA, *Essere padri in carcere. La sentenza n. 219 della Corte costituzionale salva la differenza di trattamento per le madri,* in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2024, 1, 3, non c'è legislazione frammentata come quella penitenziaria, che ha visto le proprie maglie allargarsi e restringersi più volte a seconda delle presunte emergenze. «Si configura quello che potremmo definire sociologicamente 'effetto fisarmonica', il quale non ha aiutato il sistema penitenziario a godere di razionalità, omogeneità, capacità di adeguamento alle innovazioni date dalla tecnologia. Anche nel campo ristretto della questione dei rapporti genitori-figli, della maternità e della genitorialità c'è un dedalo di norme e sentenze che si sono sovrapposte nel tempo».

[9] L'art. 21-*bis* ord. penit. dispone: «1. Le condannate e le internate possono essere ammesse alla cura e all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci, alle condizioni previste dall'articolo 21. 2. Si applicano tutte le disposizioni relative al lavoro all'esterno, in particolare l'articolo 21, in quanto compatibili. 3. La misura dell'assistenza all'esterno può essere concessa, alle stesse condizioni, anche al padre detenuto, se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre».

[10] L'art. 21-*ter* ord. penit. stabilisce: «1. In caso di imminente pericolo di vita o di gravi condizioni di salute del figlio minore, anche non convivente, ovvero nel caso in cui il figlio sia affetto da handicap in situazione di gravità, ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, accertata ai sensi dell'art. 4 della medesima legge, la madre condannata, imputata o internata, ovvero il padre che versi nelle stesse condizioni della madre, sono autorizzati, con provvedimento del magistrato di sorveglianza o, in caso di assoluta urgenza, del direttore dell'istituto, a recarsi, con le cautele previste dal regolamento, a visitare l'infermo o il figlio affetto da handicap grave. In caso di ricovero ospedaliero, le modalità della visita sono disposte tenendo conto della durata del ricovero e del decorso della patologia. 2. La condannata, l'imputata o l'internata madre di un bambino di età inferiore a dieci anni, anche se con lei non convivente, o di figlio affetto da handicap in situazione di gravità, ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, accertata ai sensi dell'articolo 4 della medesima legge, ovvero il padre condannato, imputato o internato, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, sono autorizzati, con provvedimento da rilasciarsi da parte del giudice competente non oltre le ventiquattro ore precedenti alla data della visita e con le modalità operative dallo stesso stabilite, ad assistere il figlio durante le visite specialistiche, relative a gravi condizioni di salute».

alla detenzione domiciliare ordinaria[11]; e all'art. 47-*quinquies* ord. penit., quanto alla detenzione domiciliare speciale[12].

Alla base di queste disposizioni vi è sempre lo stesso schema: il padre può accedere ai benefici solo se la madre – o qualsiasi altra persona idonea – non può occuparsi dei figli, rivestendo così un ruolo residuale[13].

Sicuramente, tale assetto solleva non pochi dubbi circa la sua compatibilità con il principio di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi[14], nonché con l'inderogabilità della tutela del superiore interesse del minore.

2.A questi interrogativi ha dato nuovamente voce la Corte costituzionale, chiamata a scrutinare la disciplina della detenzione domiciliare speciale.

Tale misura[15] mirava a ridurre il fenomeno della carcerizzazione dei bambini[16], consentendo alle madri detenute di scontare la pena presso il domicilio anche quando superiore al limite di quattro anni previsto per la detenzione domiciliare ordinaria, purché non sussista un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e vi sia la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli.

L'art. 47-*quinquies* ord. penit. accorda lo stesso trattamento ai padri solo in via residuale: essi possono beneficiare della misura esclusivamente in assenza della madre, nonché di qualsiasi altra figura ritenuta idonea alla cura dei figli.

Contro questa disparità, il Tribunale di sorveglianza di Bologna[17] e quello di Venezia[18] hanno sollevato la questione di costituzionalità dell'art. 47-*quinquies*, comma 7, ord. penit., nella parte in cui subordina la concessione della detenzione domiciliare speciale al padre detenuto a condizioni più gravose rispetto a quelle previste per la madre.

---

[11] In particolare, l'art. 47-*ter* ord. penit. prevede che la misura possa essere concessa a donne incinte o madri conviventi con figli di età inferiore a dieci anni, purché la pena non superi i quattro anni. I padri, invece, possono beneficiarne solo se conviventi con prole minore di dieci anni e in assenza della madre, ovvero quando questa sia deceduta o del tutto inabile all'assistenza. Cfr. Corte cost., 4 aprile 1990, n. 215, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*ter*, comma 1, ord. penit., per contrasto con gli artt. 3, 29, 31 e 31 Cost., nella versione originaria, nella parte in cui non estendeva detto beneficio al padre detenuto, nel caso di madre deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole.

[12] L'art. 47-*quinquies* ord. penit. consente alle madri di espiare la pena presso la propria abitazione – a condizione che sia stato scontato almeno un terzo della pena, o quindici anni in caso di ergastolo – per prendersi cura dei figli. Anche in questo caso, i padri possono accedervi esclusivamente in assenza della madre o quando non sia possibile affidare la prole ad altra figura.

[13] M. COLAMUSSI, *Detenzione e maternità*, cit., 110 ss.

[14] Il principio di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi rappresenta una novità nella tradizione costituzionale, in quanto lo Statuto albertino, in coerenza alle Costituzioni liberali, non conteneva norme sulla famiglia. La proposta di inserire alcune norme sulla famiglia nella Costituzione fu oggetto di un dibattito serrato, all'interno del quale venne sollevata in particolare l'obiezione dell'inopportunità di regolare con principi e regole nuove una materia tradizionalmente estranea alla Costituzione dello Stato e già largamente disciplinata da una legge di sistema come il Codice civile. E, inoltre, va segnalato come il principio di parità non incontrò il consenso unanime ed incondizionato dell'Assemblea, dal momento che l'idea di una famiglia fondata sul principio di autorità coincideva con un sentimento ancora largamente diffuso nel contesto sociale dell'epoca. Cfr. F. CAGGIA, A. ZOPPINI, *Sub. art. 29*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Milano 2006, 601 ss.

[15] La detenzione domiciliare speciale è stata introdotta con la Legge 8 marzo 2001, n. 40, *Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori*, in attuazione della Raccomandazione del Consiglio d'Europa 1469/2000 su "madri e bambini in carcere".

[16] Si v. G. MANTOVANI, *La de-carcerazione delle madri nell'interesse dei figli minorenni: quali prospettive?*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 31 gennaio 2018.

[17] Trib. Bologna, ord. 10 aprile 2024, n. 174, G.U. n. 40 del 2024.

[18] Trib. Venezia, ord. 26 settembre 2024, n. 194, G.U. n. 44 del 2024.

Secondo i giudici rimettenti, tale disciplina contrasterebbe con diversi parametri costituzionali e convenzionali, in particolare, con i principi di uguaglianza formale (art. 3 Cost.), di eguaglianza morale e giuridica tra i coniugi (art. 29 Cost.) e di tutela della vita familiare (art. 8 e 14 CEDU), con il diritto all'educazione del minore (artt. 30 e 31 Cost.), nonché con la funzione rieducativa della pena (art. 27, comma 3, Cost.).

Tuttavia, la Corte costituzionale ha respinto le censure principali, escludendo che l'irragionevole discriminazione tra padri e madri nell'accesso al beneficio. Secondo i giudici, la scelta del legislatore di riservare un trattamento privilegiato alla madre non sarebbe priva di giustificazione costituzionale.

L'attuale disciplina rappresenterebbe il risultato di una progressiva evoluzione del diritto penitenziario, orientata a tutelare la maternità (art. 31, comma 2, Cost.) e a favorire il reinserimento sociale delle detenute[19], senza per questo ledere in modo incostituzionale il principio di uguaglianza tra i genitori.

La restrizione prevista per i padri, inoltre, è stata considerata compatibile con la Costituzione, nella misura in cui garantisce al minore la continuità del rapporto con almeno un genitore. È stato escluso che una tale differenziazione configuri una discriminazione di genere vietata dagli artt. 8 e 14 CEDU. Pur ricordando che, secondo la giurisprudenza di Strasburgo, le disparità di trattamento basate sul genere devono poggiare su «ragioni particolarmente forti», si è richiamato il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati in ambiti sensibili. A tal proposito, è stato citato il caso *Khamtokhu e Aksenchick c. Russia*, nel quale la Corte EDU ha ritenuto giustificata la previsione dell'ergastolo per i soli uomini tra i 18 e i 65 anni, sottolineando come l'espansione dei diritti possa avvenire anche in forma graduale.

Per altro versante, non sono state ritenute ammissibili le censure riferite all'art. 2 Cost., prospettate con riguardo alle famiglie di fatto e omogenitoriali: secondo i giudici costituzionali, esse risultavano prive di rilevanza nei giudizi *a quibus* e comunque insufficientemente motivate da parte dei rimettenti.

Rebus sic stantibus, diverso esito hanno avuto le censure sollevate in via subordinata. Invero, la Corte ha ritenuto fondata la questione di costituzionalità riguardante la sola clausola che escludeva l'accesso del padre quando vi siano altri soggetti disponibili ad accudire i figli, in quanto lesiva degli artt. 3, 30 e 31, comma 2, Cost. In continuità con la sentenza n. 219/2023, la Consulta ha ribadito che l'interesse preminente del minore impone di privilegiare, ove possibile, la relazione diretta con almeno uno dei genitori, a condizione che non sussista pericolosità sociale. La previsione censurata, al contrario, sacrificava ingiustificatamente tale relazione, attribuendo rilievo prioritario alla disponibilità di terzi e privando così il minore della possibilità di mantenere un legame stabile con il padre.

Di conseguenza, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*quinquies*, comma 7, ord. penit., limitatamente alle parole «e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre», confermando per il resto la legittimità della disposizione. È stato, infine, precisato che eventuali estensioni a norme affini (quale, ad esempio, l'art. 21-*bis* ord. penit.) non erano praticabili nel caso concreto, trattandosi di disposizioni non direttamente rilevanti nei giudizi *a quibus*.

[19] Si consiglia M. COLAMUSSI, *Bisogni e diritti delle donne detenute*, in ID. (a cura di), *La nuova disciplina penitenziaria*, Torino 2020, 269-302.

3.La questione non è nuova all'attenzione del giudice delle leggi[20] e vale la pena ripercorrere alcuni passaggi emblematici, che mostrano come la giurisprudenza costituzionale sul punto si muova entro coordinate tutt'altro che lineari. Non è la prima volta che il dettato costituzionale è oggetto di manipolazioni da parte di coloro che dovrebbero presidiare la scrupolosa osservanza del dettato stesso[21].

Già nel 2023, il Tribunale di sorveglianza di Cosenza aveva sollevato dubbi sulla legittimità costituzionale dell'art. 47-*ter* ord. penit., evidenziando la disparità di trattamento riservata ai padri nell'accesso alla detenzione domiciliare ordinaria[22].

La vicenda si originava dall'istanza di un detenuto che chiedeva di accedere alla misura per accudire la figlia di otto anni, rimasta sola nel pomeriggio per i sopravvenuti impegni lavorativi della madre. L'istanza era stata respinta, poiché la condizione di «assoluta impossibilità»[23], richiesta dalla norma, non poteva ritenersi integrata da un mero vincolo lavorativo.

Il giudice rimettente aveva invocato il diritto del minore alla bigenitorialità, denunciando l'irragionevole asimmetria nel trattamento dei genitori, entrambi titolari di un identico dovere di cura, educazione e istruzione[24].

Ciò nonostante, la Corte costituzionale ha respinto le censure, affermando che l'interesse del minore, pur qualificato come "superiore", non possa prevalere in via automatica su ogni altro interesse di rango costituzionale, dovendo essere bilanciato con le esigenze di difesa sociale e con l'effettività dell'esecuzione penale[25]. E se da un lato, si è escluso che la piena parificazione tra padre e madre fosse «costituzionalmente necessaria», ritenendo sufficiente assicurare la continuità affettiva

---

[20] Cfr. V. AIUTI, E. PENCO, *Detenzione domiciliare e discriminazione parentale*, in *Dir. pen. proc*., 2025, 8-9, p. 997.

[21] A. RUGGERI, *Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse dei minori*, in *Diritti comparati*, 2017, 1, 94; cfr. altresì ID., *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione*, in *Consulta OnLine*, 2018, 3.

[22] La detenzione domiciliare di cui all'art. 47-*ter* ord. penit. è stata introdotta con la Legge 10 ottobre 1986, n. 663, (cd. Legge Gozzini), con l'obiettivo di ampliare le forme di esecuzione penale esterna. Nella sua versione originaria, la misura era riservata esclusivamente alla madre di figli conviventi minori di tre anni. Una prima incrinatura si è avuta con la sentenza n. 215 del 1990, con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 47-*ter* ord. penit. nella parte in cui non consentiva l'accesso anche al padre condannato, a parità di condizioni, ma sempre subordinatamente al decesso o all'assoluta impossibilità della madre di occuparsi della prole. È un passaggio di rilievo: la Corte aprì formalmente ai padri, ma confermando al tempo stesso un assetto di sostanziale subalternità, che li relegava a figure "supplenti". Sulla scia di quella decisione, il legislatore è intervenuto con la Legge 17 maggio 1998, n. 165 (cd. Simeone-Saraceni), con cui ha modificato l'art. 47-*ter*, comma 1, lett. a) e b), così giungendo alla formulazione attuale.

[23] Per un approfondimento circa la natura elastica della formula "assoluta impossibilità", sia rinvia a M. COLAMUSSI, *Detenzione e maternità*, cit., 113-116.

[24] C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, cit., 22 ss., mette in evidenza come, nell'art. 30 Cost., l'endiadi tra "dovere e diritto" sia capovolta. «Non è un caso, meno che mai un dittongo neutro; non lo è in virtù del rilievo che i genitori decadono dal diritto di educare e di istituire i figli, se non adempiono a tale dovere». Si v. P. BERNAZZANI, *Misure cautelari e tutela dei rapporti familiare*, cit., 986, secondo cui il tema dei rapporti fra misure cautelari e tutela dei rapporti familiari è indiscutibilmente riguardato dal legislatore sotto il peculiare angolo visuale della salvaguardia del rapporto genitori-figli, all'eminente scopo di promuovere e garantire l'interesse del minore a vivere ed a crescere nell'ambito della propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato con ciascuno dei genitori, e di assicurare il suo diritto ad un corretto sviluppo psico-fisico, che soltanto il mantenimento dei legami con le figure genitoriali di riferimento può realmente agevolare.

[25] In maniera conforme, Corte cost. 23 luglio 2018, n. 174, con nota di M. PICCHI, *La tutela dell'interesse del minore alla continuità della funzione genitoriale di assistenza e cura: una nuova dichiarazione d'incostituzionalità degli automatismi legislativi preclusivi dell'accesso ai benefici penitenziari*, in *Forum dei quaderni costituzionali*, 2019, 3. Cfr. altresì Corte cost., 3 febbraio 2022, n. 30.

del minore con almeno uno dei due genitori[26], dall'altro, si è evidenziata l'esigenza di un intervento legislativo riequilibratore,

Su altro versante si colloca la pronuncia n. 30 del 2022[27], in cui la Corte ha affermato che l'interesse del minore può recedere di fronte alle esigenze di difesa sociale solo se queste siano accertate in concreto e non, invece, sulla base di presunzioni astratte che impediscano al giudice di apprezzare le singole situazioni[28].

Di conseguenza, è stata ammessa l'applicabilità provvisoria della detenzione domiciliare speciale, qualora l'attesa della decisione collegiale rischiasse di collocare in un istituto il figlio del detenuto.

Questi arresti, letti congiuntamente, restituiscono l'immagine di una giurisprudenza oscillante, incapace di elaborare una linea coerente: talvolta l'interesse del minore assurge a criterio dirimente, prevalente persino sulle esigenze di sicurezza collettiva; altre volte, lo stesso interesse diviene un parametro recessivo, sacrificato in nome dell'effettività della pena e della difesa sociale.

Si delinea così una giurisprudenza a geometrie variabili, in cui la centralità del minore non rappresenta un principio fermo e costante, ma un elemento fluttuante e dipendente dalle contingenze fattuali e dalla sensibilità del collegio giudicante.

Alla luce di questa ambivalenza, diventa cruciale interrogarsi su quale posizione la Consulta abbia assunto con la sentenza n. 52 del 2025: se essa segni un punto di svolta, imprimendo coerenza al sistema, oppure se non rappresenti che l'ennesima conferma di una linea discontinua e disorientata.

4.Pur segnando un primo, timido passo verso una maggiore considerazione della genitorialità paterna in ambito penitenziario, la Corte costituzionale ha lasciato irrisolte le istanze di eguaglianza sostanziale che il caso imponeva di affrontare.

---

[26] Per una lettura critica della sentenza, si rinvia a A. CONTI, *La lettura costituzionale della detenzione domiciliare ordinaria, in Giur. it.,* 2024, 7, 1672, secondo cui la Consulta, non solo appare insensibile alla lettura pedagogicamente orientata della norma censurata dal Giudice remittente, ma offre una lettura "debole" del diritto alla bigenitorialità che viene trasformato da diritto a mantenere un rapporto continuativo con entrambi i genitori nel concetto di monogenitorialità, essendo sufficiente la presenza di solo uno dei genitori. Inoltre, la lettura "debole" del diritto alla bigenitorialità si scontra anche con il formante sovranazionale, citato dalla stessa Corte costituzionale, nella misura in cui le fonti sovranazionali garantiscono il diritto del minore a mantenere rapporti personali e contatti diretti con entrambi i propri genitori. In particolare, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha ribadito che l'art. 8 CEDU garantisce al minore la conservazione del rapporto con entrambe le figure genitoriali senza alcuna forma di discriminazione, anche in relazione all'individuazione del genitore con cui il minore sia chiamato a trascorrere la maggior parte del suo tempo, precisando che l'eventuale giudizio di non idoneità del genitore ad accudire il proprio figlio debba fondarsi su riscontri oggettivi e non su automatismi applicativi o valutazioni astratte. Pertanto, se consideriamo correttamente il diritto alla bigenitorialità – adottando una lettura "forte" fondata sulla lettura costituzionalmente ed internazionalmente orientata del *best interest of the child* –, la tutela dell'interesse del minore non può dirsi soddisfatta dall'art. 47-*ter*, 1° comma, lett. b), o. p. che tutela il rapporto del figlio con solo uno dei suoi genitori e che, eventualmente, segna il trionfo automatico della monogenitorialità vulnerando il principio cristallizzato dall'art. 31 Cost. Si rinvia altresì a P. GONNELLA, *Essere padri in carcere. la sentenza n. 219 della Corte costituzionale salva la differenza di trattamento per le madri*, cit., 5 ss.; nonché E. FRONTONI, *Superiore interesse del minore e pene da scontare: quando madre e padre non sono uguali nella relazione con i figli*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 1, 2024.

[27] L.M. DESTRO, *Nota di commento alla sentenza n. 30/2022 della Corte costituzionale con la quale è stata dichiarata la incostituzionalità parziale dell'art. 47 quinquies l. 354/1975*, in *www.dirittogiustiziaecostituzione.it*, 31 maggio 2022.

[28] Corte cost., 3 febbraio 2022, n. 30, par. 5.3. In maniera conforme, Corte cost.,18 luglio 2019, n. 187 e Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 239, con note di F. FIORENTIN, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4 bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 27 ottobre 2014; F. CASSIBBA, *La Consulta accantona la prevedibilità delle nuove contestazioni e compie un'incursione sul diritto vivente*, in *www.archiviopenale.it*, 2015, 1.

In un contesto storico-politico in cui il principio di corresponsabilità tra madri e padri nella cura dei figli è ormai radicato, tanto nell'ordinamento quanto nella coscienza sociale, si è persa l'occasione di incidere in senso progressivo, lasciando intatta una normativa ispirata a stereotipi di genere, ormai superati.

La mera eliminazione dell'inciso «e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre» non basta, infatti, a scardinare la logica discriminatoria sottesa alla disciplina: il padre resta confinato in un ruolo ancillare e sostitutivo, il cui intervento dipende dall'assenza o dall'inidoneità della madre, perpetuando l'idea di quest'ultima come unica garante della cura e del benessere del minore.

Non convincono né il richiamo alla tutela della maternità *ex* art. 31 Cost., né l'argomento della marginalità numerica delle donne nel sistema carcerario, quasi a voler normalizzare una discriminazione sul piano quantitativo, anziché denunciare la debolezza dell'impianto normativo.

E se è vero che l'art. 31 Cost. impone una protezione speciale per la maternità, ciò non giustifica, però, un regime che esclude sistematicamente i padri detenuti da un ruolo paritario nella cura dei figli. La famiglia fonda la sua unità nell'eguaglianza e i limiti a garanzia della prima sono da intendersi come modalità di svolgimento dell'esperienza comune dei coniugi, mai come individuazione a priori di posizioni di disparità[29].

La Costituzione, invero, non conosce gerarchie tra principi o diritti: ogni interesse si accompagna con il suo contrappeso[30], imponendo al legislatore di operare un bilanciamento ragionevole[31].

Colpisce, inoltre, il cambio di prospettiva: se nella sentenza n. 219 del 2023 l'attenzione era rivolta principalmente alla tutela dei figli, la pronuncia del 2025 sposta lo sguardo sul padre potenzialmente discriminato, con il rischio di relegare in secondo piano proprio l'interesse del minore.

Si tratta di un arretramento non marginale, dal momento che gli artt. 2, 29 e 30 hanno segnato il definitivo superamento della "morale pubblica" come parametro di riferimento, ponendo al centro del sistema la comunità familiare e il diritto dei minori ad un pieno sviluppo della propria personalità[32]. Queste norme, infatti, disegnano la dimensione sociale del diritto all'educazione, imponendo allo Stato un dovere positivo di tutela e promozione del benessere dei minori[33].

Infatti, la *ratio* dell'art. 47-*quinquies* ord. penit. è congegnata anzitutto in chiave di garanzia per i minori, più che per i genitori detenuti, affinché non restino privi di adeguata assistenza affettiva ed educativa.

Da questa impostazione discende il limite evidente della pronuncia: si continua a dare per scontato che sia sempre e solo la madre la figura più idonea ad occuparsi dei figli, senza considerare le peculiarità delle singole vicende.

Si pensi all'ipotesi in cui entrambi i genitori si trovino in stato di detenzione. La scelta di privilegiare sistematicamente la madre non è sempre rispondente all'interesse dei figli minori, i quali potrebbero, in concreto, nutrire un legame affettivo più intenso con il padre.

---

[29] In questi termini F. CAGGIA, A. ZOPPINI, *Sub. art. 29*, cit., 615.
[30] Testualmente R. BIN, *Ragionevolezza e bilanciamento nella giurisprudenza costituzionale (con particolare attenzione alle più recenti sentenze in tema di licenziamento illegittimo)*, in Lo Stato, 2022, 18, 258.
[31] Controverso è il rapporto tra eguaglianza coniugale e unità familiare. Sul punto, si v. A. RUGGERI, *Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse dei minori*, cit., *passim*.
[32] Cfr. M. MANETTI, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in *Rivista AIC*, 2010, 0, 16.
[33] Testualmente C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, cit., 23.

Del resto, gli artt. 29 e 30 vanno letti in raccordo con le altre Carte dei diritti fondamentali, tra cui un particolare rilievo riveste la Carta di Nizza. L'art. 23, con riguardo ai coniugi, garantisce la parità di uomini e donne "in tutti i campi", pure in seno alla comunità familiare[34]. L'art. 24 stabilisce che in tutte le decisioni riguardanti i minori – adottate tanto dalle autorità pubbliche quanto dalle istituzioni private – l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente[35]; e riconosce altresì ad ogni minore il diritto a mantenere rapporti personali e contatti regolari con entrambi i genitori, salvo che ciò contrasti con il suo interesse.

Ma il preminente interesse del minore non è un concetto scolpito nella pietra, giacché esso prende forma nelle mani dell'interprete, soprattutto del giudice, chiamato a tracciarlo caso per caso, al di là di ogni valutazione aprioristica[36].

Una pronuncia più coraggiosa, infatti, avrebbe imposto al legislatore una revisione integrale dell'art. 47-*quinquies*, comma 7, ord. penit., fondando l'accesso alla misura domiciliare speciale su una valutazione concreta dell'interesse del minore e non su presunzioni stereotipate basate sul sesso del genitore. Il giudice dovrebbe vagliare, oltre alle esigenze di difesa sociale, la "capacità genitoriale" del detenuto. Con questa deve intendersi l'attitudine di un genitore ad occuparsi del figlio, nel senso di accudirlo in modo adeguato sul terreno educativo, tenendo conto delle risorse personali, familiari e ambientali[37].

D'altronde, il distinguo tra madri e padri trascura anche la realtà delle moderne configurazioni familiari, come quelle formate da genitori dello stesso sesso, che la normativa vigente non riesce in alcun modo a contemplare.

In tali contesti, rimane aperta la questione relativa alla determinazione di chi debba rivestire il ruolo di "madre" o "padre", con le conseguenti implicazioni in termini di accesso ai benefici normativi. E sebbene la questione non si ponesse nel caso di specie, comunque il dato non andava trascurato. Si vuole sottolineare che si è persa l'occasione di una pronuncia di accoglimento necessaria per adeguare l'ordinamento alle trasformazioni socio-familiari in atto.

È prevalsa, invece, la preoccupazione di evitare che la detenzione domiciliare si trasformasse in uno strumento per evitare il carcere. Da qui il sacrificio dell'interesse del minore nel bilanciamento con le esigenze di sicurezza e di difesa sociale[38].

---

[34] A. RUGGERI, *Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse dei minori*, cit., 95-96.

[35] Parimenti, anche l'art. 3 della Convenzione sui diritti dell'Infanzia, ratificata con la legge 27 maggio 1991, n. 176, dispone che l'interesse superiore del fanciullo deve avere una considerazione preminente.

[36] Cfr. C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, cit., 20, secondo cui «Si affida all'organo della giurisdizione il compito di ricomporre l'unità sistemica, tessendo il filo della stratificazione normativa, avviando un nuovo processo di ricostruzione dommatico-interpretativa, che ha come fulcro la lettura costituzionalmente orientata del diritto positivo». In maniera conforme, A. RUGGERI, *Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse dei minori*, cit., 107. Il preminente interesse del minore ha molti volti, cangianti in ragione dei casi: la loro messa a fuoco è ogni volta demandata alla mano dell'operatore (e, segnatamente, del giudice) che può farvi luogo unicamente in concreto, in vivo, al di là di ogni qualificazione dell'interesse stesso fatta in vitro, che risulterebbe fatalmente viziata da ingenuo e sterile astrattismo.

[37] Così M. COLAMUSSI, *Detenzione e maternità*, cit., 100-101.

[38] A RUGGERI, *Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse dei minori*, cit., 108 ss., mette in luce come si sia formata una vera e propria consuetudine interpretativa che riconosce all'interesse del minore un ruolo trasversale e fondante, destinato a orientare la soluzione dei casi concreti e a incidere su discipline diverse. Pur nella pluralità delle sue configurazioni, la sua esistenza non è più in discussione: spetta al giudice individuarne di volta in volta il contenuto e bilanciarlo con gli altri interessi in gioco, evitando automatismi legislativi. La giurisprudenza costituzionale e di legittimità offre numerosi esempi: dal ricongiungimento familiare alla conoscenza delle proprie origini, fino ai più recenti casi in materia di potestà genitoriale, detenzione domiciliare speciale e sospensione automatica della pena. Non mancano vicende particolarmente controverse – come l'adozione di minori in seguito ad affidamenti consolidati, la

In definitiva, si è scelto di preservare equilibri normativi consolidati piuttosto che promuovere un'autentica attuazione del principio di uguaglianza e della tutela effettiva dei diritti dei minori[39].

maternità surrogata o l'affido a coppie omosessuali – che mostrano come l'interesse del minore possa assumere tratti persino "tirannici", imponendo soluzioni non sempre lineari ma necessarie a evitare pregiudizi irreversibili. Si rinvia a M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2021, *passim*., nonché J. LONG, *Il principio dei* best interests *e la tutela dei minori,* in *Questione Giustizia*, *La Corte di Strasburgo*, 2019, 82, p. 413 ss.

[39] In chiave critica si pone C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, cit., 31, secondo cui, dall'assunto secondo cui l'art. 8, paragrafo 2, Cedu ammette restrizioni in relazione al bisogno di tutelare l'ordine pubblico e la prevenzione dei reati, consegue che l'unità familiare è tutelata in via indiretta, non immediata.