

Introduzione

LA LEGGE, IL GIUDICE, LA PENA

di *Massimo Ceresa-Gastaldo*

SOMMARIO: 1. Previsione, applicazione, esecuzione della pena. – 2. Un conflitto interiore irrisolto. – 3. Pena formale, pena effettiva e crisi del sistema.

1. Previsione, applicazione, esecuzione della pena.

In uno Stato di diritto il rapporto tra norma incriminatrice, processo penale ed esecuzione della sentenza non può che essere di stretta implicazione: il legislatore, nell'individuare le condotte vietate, predetermina la pena, fissandone la specie, l'entità e i criteri di applicazione; il giudice, quando condanna l'imputato, applica la pena normativamente prevista, determinandola in concreto e commisurandola sulla base delle indicazioni fornite dalla legge; è questa la pena che, definito il giudizio, viene eseguita.

La distinzione tra i diversi passaggi è netta. Non è consentito al giudice di creare *ad hoc* la disposizione incriminatrice, così come gli è preclusa la possibilità di applicare una pena diversa da quella prevista dalla norma penale (*nullum crimen sine poena, nulla poena sine lege*): spetta alla legge stabilire la correlazione in via generale ed astratta tra fatto e sanzione. Per contro, è riservata al giudice la ricostruzione di quel fatto, la verifica della sua corrispondenza al precetto e l'irrogazione della relativa sanzione, nel rispetto dei parametri legali, attraverso il comando contenuto nella sentenza (*nulla poena sine iudicio*). È nella stringente logica del sistema la necessità che la decisione, una volta che si sia chiusa definitivamente la fase cognitiva, sia dotata di forza esecutiva ed attuata.

Questo è ciò che prevede anche il nostro ordinamento, il quale tuttavia, ormai da decenni, soffre di un lacerante, irrisolto conflitto interiore, che ha finito per alterare profondamente la relazione di consequenzialità necessaria tra pena legislativamente prevista e giudizialmente applicata e pena eseguita.

Non è difficile individuare la ragione di questa divaricazione tra volontà della legge incriminatrice e realtà.

L'**anacronistico impianto sanzionatorio** del codice penale, tuttora incentrato pressoché esclusivamente sulla pena del carcere, avrebbe dovuto da molto tempo essere riformato, per adeguare la risposta punitiva alle sensibilità e alle esigenze dei tempi e, soprattutto, ai dettami della Costituzione e delle Carte internazionali. L'obiettivo, inseguito per decenni, non è mai stato raggiunto, mentre si è scelta la via di affidare esclusivamente alla disciplina processuale e ordinamentale il compito di **supplire, in executivis, alla vistosa inadeguatezza del diritto sostanziale**. Si è così venuta a creare una netta dissociazione tra la pena detentiva che continua ad essere severamente minacciata dalla legge e ordinata dal giudice (che quella legge è tenuto ad applicare) con la condanna, e la pena in concreto espiata, che in un rilevante numero di casi viene modificata in qualità e quantità dagli organi dell'esecuzione *post rem iudicatam*.

Che questa consistente attenuazione del rigore sanzionatorio del codice Rocco – ancora fermo all'originaria concezione intimidatrice, retributiva e afflittiva della funzione punitiva, figlia dell'infelice periodo storico in cui venne varato – costituisse un **adempimento assolutamente ineludibile** è fuori di discussione. A dimostrarlo, anche al di là dell'adesione alle (tutt'altro che peregrine) teorie abolizioniste della pena detentiva, che vedono nella reclusione una "terapia impossibile" e uno strumento di annientamento e distruzione dell'individuo, è il ridottissimo credito di fiducia che la misura carceraria merita: sia in termini di efficacia specialpreventiva e di protezione sociale (efficacia pressoché inconsistente, come dimostrano le eloquenti statistiche sulla recidiva), sia e comunque sul versante della sua compatibilità con la finalità rieducativa che le pene devono perseguire, nella prospettiva – individualmente, non meno che socialmente rilevante – della riabilitazione e del reinserimento dell'autore del reato nella comunità.

In un moderno sistema penale la risposta sanzionatoria al reato deve infatti conformarsi non soltanto ai principi di necessità, legalità, proporzionalità, personalità della pena, ma anche a quelli di **umanità, dignità della persona, rieducazione**; e solo con una adeguata rimodulazione del trattamento sanzionatorio – attraverso l'introduzione di pene non carcerarie che consenta (quantomeno) di trasformare la **misura inframuraria** da regola ad **extrema ratio** – si può garantire il rispetto di quei valori, consacrati nella prescrizione dell'**art. 27 comma 3 Cost.**

Il teleologismo espresso dalla norma costituzionale – è bene precisarlo subito – non rappresenta affatto un connotato meramente eventuale della pena. L'enunciato è formulato in termini imperativi: **«le pene non possono consi-**

stere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato». Il verbo servile “devono” indica inequivocabilmente l’inderogabilità della funzione assegnata al mezzo, mentre l’infinito “tendere” (significativamente – e saggiamente – utilizzato dal costituente al posto di “assicurare” o “garantire”), lungi dall’indebolire la prescrizione, vale al contrario ad arricchirla in senso garantista e in coerenza con il principio di legalità della pena, impedendo tanto la protrazione *sine die* della pena, in attesa dell’avvenuto raggiungimento dell’obiettivo, quanto l’imposizione coercitiva dell’attività di rieducazione in un’ottica (non meno pericolosa di quella meramente repressiva della “pena-castigo”) di pura e semplice “pena-correzione”. Allo stesso tempo, la norma costituzionale esige che l’esecuzione della pena, una volta che abbia raggiunto il suo obiettivo, debba avere termine: pretendere l’espiazione integrale della pena da un soggetto già rieducato altro non significa che applicare una pena illegittima, perché oramai priva di causa.

La Corte costituzionale (con la sent. 25 maggio 1989, n. 282, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 177 comma 1 c.p., nella parte in cui, nel caso di revoca della liberazione condizionale, non consente al tribunale di sorveglianza di determinare la pena detentiva ancora da espriare, tenendo conto del tempo trascorso in libertà condizionale nonché delle restrizioni di libertà subite dal condannato e del suo comportamento durante tale periodo), ha sottolineato come «mentre ... **per nessuna ragione può esser superata la durata** dell’afflittività insita nella pena detentiva **determinata con la sentenza** di condanna (per questo aspetto, la retribuzione, intesa come misura, limite, sulla base della colpevolezza del fatto, dell’intervento punitivo, prevale anche sulla finalità rieducativa: infatti, ove così non fosse, cadrebbero fondamentali garanzie a favore del reo) a sua volta la finalità rieducativa prevale su ogni altra finalità nell’ipotesi che **l’esame della personalità del reo ed il conseguente giudizio prognostico sulla sua “futura” vita nella società**, impongano, prima o durante l’esecuzione (s’intende, purché siano presenti tutte le altre condizioni stabilite dalla legge) di **sospendere o ridurre**, sia pur condizionatamente, **l’esecuzione** stessa. La liberazione condizionale è, appunto, sia pur nei limiti di cui all’art. 176 c.p., esempio della **prevalenza**, nel momento in cui viene attuata, **della finalità rieducativa su tutte le altre** finalità della pena». Nel «realizzare la finalità rieducativa della pena, la liberazione condizionale rende “più umana” la stessa pena, evitando al condannato la parte centrale o finale della detenzione, cioè la fase più inumanamente afflittiva di quest’ultima», ed «impedisce che la finalità special-preventiva» «vada oltre il suo scopo: diviene, infatti, **inutile la prosecuzione** dell’esecuzione della pena detentiva quando il **condannato** si dimostri **sicuramente ravveduto**. Con la liberazione condizionale la funzione rieducativa della pena prevale, dunque, ai sensi, oggi, dell’art. 27, terzo comma, Cost., sull’esigenza retribuzionistica».

Altra questione – ne ragioneremo più avanti – è se il circoscrivere alla sola fase dell'esecuzione penale l'opera di adattamento del sistema sia una soluzione corretta. È ben vero che la disposizione costituzionale appena ricordata impegna tutti i soggetti chiamati a dare attuazione alla previsione punitiva, attraverso l'irrogazione e l'esecuzione della pena. Tuttavia, il **primo destinatario** dell'importante enunciazione è il **legislatore penale**: come autorevole dottrina ha da tempo segnalato, è nel momento legislativo che la Costituzione impone di operare **scelte sanzionatorie** che non solo non contrastino, impedendone a priori l'attuazione, con il principio rieducativo, ma che ne favoriscano la realizzazione.

Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313 (che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 444 comma 2 c.p.p., nella parte in cui non prevede che, ai fini e nei limiti di cui all'art. 27 comma 3 Cost., il giudice possa valutare la **congruità della pena indicata dalle parti**, rigettando la richiesta in ipotesi di sfavorevole valutazione), ha riconosciuto, discostandosi dal proprio precedente orientamento, che «la necessità costituzionale che la pena debba “tendere” a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle **qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena** nel suo **contenuto ontologico**, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue. Ciò che il verbo “tendere” vuole significare è soltanto la presa d'atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione: com'è dimostrato dall'istituto che fa corrispondere benefici di decurtazione della pena ogniqualvolta, e nei limiti temporali, in cui quell'adesione concretamente si manifesti (liberazione anticipata). Se la finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe **grave compromissione** ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero state calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto»: «il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie». In termini adesivi Corte cost., 30 aprile 2008, n. 129.

2. Un conflitto interiore irrisolto.

La necessità di rifondare il diritto penale, abbandonando il codice del 1930, si avvertiva già nel 1944: ancora durante la guerra, mentre con d.lgs.lgt. 10 agosto 1944, n. 224, veniva **abolita la pena di morte**, il Governo Bonomi approvava la delega «per provvedere alla riforma della legislazione penale,

per la formazione di un nuovo codice penale e di procedura penale pienamente aderenti alle tradizioni giuridiche del popolo italiano». Il modello di riferimento era il codice penale previgente: di matrice liberale e derivazione illuministica, il codice Zanardelli del 1889 era stato l'antesignano dell'affermazione delle garanzie e del riconoscimento della funzione rieducativa della pena, le une e l'altra poi rinnegati dalla legislazione fascista. Nel 1947 la commissione ministeriale incaricata di redigere l'articolato consegnava lo schema preliminare al Governo della neonata Repubblica, presieduto da Alcide De Gasperi.

Sarebbe stato il primo di una lunga serie di tentativi di sostituire il codice Rocco, la cui straordinaria capacità di resistenza finiva per generare, con una sorta di reazione inerziale, quelle spinte verso la **“fuga dalla pena” nella fase esecutiva** alle quali si accennava poc'anzi.

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione, un progetto di ammodernamento del sistema penale veniva commissionato dal quinto Governo De Gasperi, nel 1949; uno dal Governo Segni, nel 1956; un altro dal secondo Governo Segni, nel 1960; un altro ancora dal terzo Governo Moro, nel 1968. Quest'ultimo era presentato e discusso in Parlamento nella V legislatura e poi ripresentato nella successiva, per essere poi recepito, in limitata parte, dal d.l. 11 aprile 1974, n. 99 (convertito dalla l. 7 giugno 1974, n. 220), contenente **provvedimenti urgenti sulla giustizia penale**. Si trattava di interventi circoscritti che, oltre ad incidere sulla disciplina dei termini della carcerazione preventiva e su quella del giudizio direttissimo e della libertà provvisoria, modificavano alcune norme del codice penale in tema di concorso di circostanze del reato, concorso formale e reato continuato, recidiva e sospensione condizionale della pena. Lo stesso anno il Parlamento varava la delega per la riforma del codice di procedura penale (con l. 3 aprile 1974, n. 108, cui seguiva, nel 1978, il progetto preliminare, destinato poi a lasciare il posto a quello redatto in attuazione della successiva delega, conferita al Governo con la l. 16 febbraio 1987, n. 81); l'anno successivo veniva approvata la nuova, importante **legge sull'ordinamento penitenziario** (l. 26 luglio 1975, n. 354), che andava finalmente a sostituire quella del 1931. Sembrava, al quel punto, davvero avviata la stagione delle riforme. Erano anni, del resto, di grande fermento culturale, in cui il dibattito sulle ragioni e sulla funzione della pena aveva assunto una posizione di grande rilievo in ambito scientifico e politico, in Italia come all'estero.

Quella stagione veniva tuttavia bruscamente interrotta negli “anni di piombo” del terrorismo brigatista, da una serie di provvedimenti emergenziali di matrice fortemente securitaria che irrigidivano la risposta sanzionatoria e del trattamento penitenziario (è di quegli anni l'istituzione delle carceri di “mas-

sima sicurezza”) e legittimavano il ricorso massiccio alla carcerazione preventiva; le uniche misure di segno non repressivo erano quelle che, per incentivare la collaborazione processuale, ricompensavano i “pentiti” e i “dissociati” con premi di carattere sostanziale, processuale e penitenziario. Si era in presenza di una vera e propria sospensione delle garanzie costituzionali, come finiva per ammettere la stessa Corte costituzionale, che nel clima di tensione, insicurezza e paura in cui era precipitato il Paese non se la sentiva di censurare lo stato di polizia instaurato dal legislatore con provvedimenti come la “legge Reale” (l. 22 maggio 1975, n. 152) o la “legge Cossiga” (l. 6 febbraio 1980, n. 15): «di fronte ad una situazione d'emergenza, ... Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche il preciso ed indeclinabile dovere di provvedere, adottando una apposita legislazione d'emergenza», che determina una «condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea», attraverso «misure insolite, ma che ... perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo» (Corte cost., 1° febbraio 1982, n. 15).

Il superamento di quel drammatico periodo storico veniva segnato dall'approvazione di due leggi (l. 29 maggio 1982, n. 304 e l. 12 agosto 1982, n. 532) che parevano porre le premesse (soprattutto la seconda, con innovative previsioni quali l'istituzione dei “tribunali della libertà” e l'introduzione di **misure alternative alla carcerazione preventiva**) per una ripresa del disegno riformatore del sistema penale. In quella direzione, del resto, ci si era pochi mesi prima avviati, sul versante della **depenalizzazione dei reati minori** e della **sostituzione delle pene detentive brevi** (con la **semidetenzione**, la **libertà controllata** e la **pena pecuniaria**) grazie al varo della l. 24 novembre 1981, n. 689.

Invece, anziché proseguire lungo questa rotta, si sceglieva di intervenire ancora una volta solo sul fronte dell'esecuzione della pena. Con la l. 10 ottobre 1986, n. 663, la c.d. **legge Gozzini**, venivano apportate rilevanti modifiche in materia di esecuzione delle misure privative e limitative della libertà, nel segno di una decisa apertura a **modalità esecutive extra moenia della pena detentiva**: un intervento ritenuto ormai indifferibile, a testimonianza del fatto che, anche per reazione alle misure liberticide della “legislazione dell'emergenza”, stava finalmente di nuovo germogliando in Italia la sensibilità verso le garanzie dell'imputato e del condannato.

L'anno successivo veniva approvata la nuova legge delega per l'emanaazione del **nuovo codice di procedura penale**, cui il Governo dava attuazione nel 1988. Il varo del **codice Vassalli** sembrava finalmente preludere alla riforma del diritto sostanziale: l'adozione del modello processuale di stampo accusatorio, insieme alla rinnovata idea di giudicato penale e all'inedita di-

disciplina della fase esecutiva, reclamavano infatti la riprogettazione anche del sistema sanzionatorio. Senza un serio ripensamento delle previsioni edittali, del resto, il divario tra pena formale e pena effettiva sarebbe stato fatalmente destinato ad aumentare ancora. Vi doveva provvedere la commissione ministeriale presieduta dal professor Antonio Pagliaro, che lo stesso Guardasigilli che aveva firmato il nuovo codice di procedura penale, Giuliano Vassalli, aveva incaricato di redigere uno schema di delega legislativa al Governo per l'emanazione di un nuovo codice penale, parte generale e parte speciale.

Il **progetto Pagliaro** era pronto nel 1991. Uno dei punti qualificanti, in tema di trattamento sanzionatorio, era rappresentato dall'innovativa disciplina della **commisurazione della pena in sede giudiziale**: «baricentro del nuovo sistema è che alla pena detentiva (e di poi all'esecuzione penitenziaria) si debba ricorrere soltanto in base al criterio dell'*ultima ratio*, definita, in linea di principio, sia in rapporto alla colpevolezza (e quindi ad esigenze di natura repressiva), sia in rapporto alla necessità di evitare la recidiva (e quindi ad esigenze di natura speciale preventiva)» (così la Relazione conclusiva della commissione). In questa prospettiva si ipotizzava che in determinati casi il giudice potesse astenersi dall'infliggere la pena, ed escludere l'applicazione della pena accessoria o della pena principale; si prevedeva la sospensione o la sostituzione, di regola, della pena detentiva di durata inferiore ai sei mesi, ed un significativo ampliamento della disciplina della sospensione condizionale della pena.

Nel frattempo, si abbatterono però sul Paese nuove emergenze che rendevano politicamente impraticabile l'avvio della discussione parlamentare del progetto. Quella, gravissima, della criminalità organizzata e delle stragi di mafia, culminata negli attentati in cui persero la vita i magistrati Giovanni Falcone (il 23 maggio 1992) e Paolo Borsellino (il 19 luglio dello stesso anno); e quella coeva di "tangentopoli", con le inchieste sulla corruzione di politici e imprenditori, che avrebbe provocato una vera rivoluzione politico istituzionale, con lo scioglimento dei principali partiti e il crollo della c.d. "prima Repubblica".

Con la presentazione, nel 1995, di un disegno di legge di iniziativa parlamentare, a firma del senatore Roland Riz e altri, si cercava di riportare al centro dell'attenzione politica il tema della riforma del diritto penale, sottoponendo questa volta al Senato non già un disegno di legge delega, ma un articolato codicistico. La legislatura si concludeva però nel maggio del 1996, senza che la proposta avesse fatto passi avanti nell'*iter* di approvazione.

Sul finire degli anni novanta riprendeva vigore l'idea di un nuovo codice penale. Nel corso della XIII legislatura veniva nominata dal Ministro della giustizia, Giovanni Maria Flick, una nuova commissione, presieduta dal pro-

fessor Carlo Federico Grosso, con il compito – fissato dal decreto di nomina dell'ottobre 1998 – di «approfondi[re] in particolare: il tema delle sanzioni in una prospettiva che tenda a una loro razionalizzazione nel quadro del temperamento delle esigenze di prevenzione generale e di prevenzione speciale; il tema della riduzione dell'ambito dell'intervento penale previa la ricognizione dei beni giuridici meritevoli di tutela penale e l'indicazione di massima delle relative fattispecie di reato».

Lo schema del codice penale predisposto dalla **commissione Grosso**, licenziato nel 2001, conteneva molte interessanti innovazioni in materia di pena. La commissione prendeva atto della «assoluta urgenza di una profonda revisione del sistema delle pene attualmente in vigore, caratterizzato da una insostenibile situazione di **incertezza** e di **“imprevedibilità” della sanzione** concretamente scontata dal condannato; incertezza ed imprevedibilità dovuta all'eccessivo potere discrezionale concesso al giudice penale in sede di determinazione in concreto della pena, alla mancanza di criteri-guida affidabili in ordine a tale determinazione, al sovrapporsi disordinato di interventi normativi di diritto penale sostanziale, penitenziario e processuale penale in materia di irrogazione ed esecuzione delle pene, al gioco spesso irrazionale e contraddittorio di istituti premiali, di facili perdonismi, di istituti di prevenzione speciale disciplinati con non sufficiente rigore nei presupposti della loro applicazione». Da questa premessa il progetto muoveva per proporre una serie di interventi, tra i quali merita di essere segnalato l'«articolato complesso di **pene diverse dalla detenzione in carcere**, intese quali pene principali che devono essere configurate in luogo (o in alternativa) a quella detentiva dalla singola norma penale incriminatrice per i reati con riferimento ai quali esigenze di politica criminale consentono, o addirittura consigliano la rinuncia, quantomeno in prima battuta, alla pena detentiva. Punto qualificante della riforma dovrebbe essere che queste pene dovranno essere **applicate direttamente dal giudice di cognizione** in sede di giudizio, e non invece in fase di esecuzione da giudici diversi quali alternative alla sanzione detentiva irrogata» (Relazione conclusiva della commissione, § VIII).

Ma intanto, mentre la commissione Grosso era al lavoro, si era tornati ad investire sulla trasformazione della pena a valle del giudicato. Il Parlamento aveva varato la l. 27 maggio 1998, n. 165, ricordata come **legge Simeone-Saraceni**, con la quale si era intervenuti in misura significativa sulla procedura penale esecutiva. Sostituendo l'art. 656 c.p.p., era stata introdotta l'inedita previsione della **sospensione dell'ordine di esecuzione**, funzionale a favorire la concessione delle **misure alternative alla detenzione** (l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare o la semilibertà e, per la persona tossicodipendente o alcooldipendente, l'affidamento in prova al servizio sociale per proseguire o intraprendere l'attività terapeutica) sin dalle pri-

me battute del procedimento esecutivo, **evitando** così, nei casi previsti, **l'ingresso in carcere del condannato**.

Da quel momento – per le condanne rientranti nei parametri fissati dal nuovo art. 656 c.p.p.: pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non superiore a tre anni, o a quattro nei casi di cui agli artt. 90 e 94 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 – la fase esecutiva avrebbe cambiato fisionomia: l'audace innovazione (che sarebbe stata confermata e rafforzata negli anni successivi) valeva infatti a “congelare” l'azione esecutiva e a mutarne l'oggetto, attribuendo al tribunale di sorveglianza il potere di trasformare *ab initio* la pena indicata nel dispositivo della sentenza di condanna. Nella stessa legislatura veniva inoltre approvato il nuovo **regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario** (adottato con il d.p.R. 30 giugno 2000, n. 230, che sostituiva il precedente, risalente al 1976).

Nella legislatura successiva si decideva di nominare una nuova commissione ministeriale per progettare la riforma del codice penale: nel 2001 il Ministro della giustizia Roberto Castelli ne affidava la presidenza al dott. Carlo Nordio. La commissione concludeva i propri lavori nel 2004.

Come per i precedenti, anche per il **progetto Nordio** (che consisteva in un duplice documento: lo schema di legge delega, oggetto dell'incarico, e un articolato normativo, quale «corredo integrativo» e «traccia di un'ipotetica redazione finale») la riforma del sistema sanzionatorio rappresentava uno dei profili di maggiore innovazione. Il modello sanzionatorio immaginato risultava «caratterizzato da un'elevata **flessibilità**, utilizzabile compiutamente già dal giudice della cognizione» (come spiega l'introduzione ai lavori della commissione): eliminata la pena pecuniaria (mantenuta solo per i reati di competenza del giudice di pace) e dell'arresto (in dipendenza dell'eliminazione delle contravvenzioni), la pena della reclusione diveniva, ad un tempo, unità di misura della gravità del reato e parametro per la **conversione in altra pena detentiva, interdittiva, ablativa o prescrittiva**; con l'obiettivo dichiarato di prevedere il carcere come *extrema ratio* e di «puntare a un sistema di **sanzioni meno afflittive ma effettive**», la cui flessibilità, già in fase di previsione legislativa e di applicazione giudiziale, avrebbe potuto garantire il rispetto del principio costituzionale di cui all'art. 27 comma 3 Cost.

Chiusa anche la XIV legislatura senza nulla di fatto, il tentativo veniva reiterato dal nuovo Governo: il Guardasigilli Clemente Mastella affidava il compito di coordinare lo studio della riforma al senatore Giuliano Pisapia. La commissione, insediata nel 2006, licenziava il proprio schema di disegno di legge delega nel novembre del 2007, quando ormai la breve vita della XV legislatura stava volgendo al termine.

Sul versante delle sanzioni, le indicazioni del **progetto Pisapia** si indirizzavano verso un'ampia **diversificazione delle pene** ed il superamento della distinzione tra pene principali e pene accessorie. Nei principi direttivi contenuti nello schema di delega la pena pecuniaria veniva configurata "per tassi", mentre venivano introdotte **pene interdittive** e **prescrittive** e la **pena detentiva** era articolata in detenzione **domiciliare** (in misura non inferiore a un mese e non superiore a tre anni), detenzione **ordinaria** (da tre mesi a vent'anni) e detenzione **di massima durata** (da ventotto a trentadue anni). Il progetto, a differenza dei precedenti, prendeva dunque posizione a favore dell'**abolizione dell'ergastolo**. Anche la commissione Grosso aveva, per la verità, compiuto inizialmente la stessa scelta; tuttavia, nella revisione dell'articolato che era seguita alla consultazione pubblica sul documento, la commissione aveva poi reintrodotto la pena a vita, spiegando che «il senso di tale proposta è evidente: farsi carico delle reazioni politiche alla abolizione dell'ergastolo, e proporre una modifica che non ristabilisca l'ergastolo come pena fissa autonoma, ma ampli la reclusione speciale consentendo al legislatore di parte speciale di scegliere la pena a vita come limite edittale massimo, in un contesto in cui la previsione di una tendenziale cessazione dopo 30 anni assicurerebbe la compatibilità della soluzione prospettata con il principio rieducativo» (Relazione sulle modificazioni al progetto preliminare di riforma della parte generale del codice penale approvate dalla commissione Grosso nella seduta del 26 maggio 2001).

Particolare attenzione veniva inoltre dedicata dal progetto Pisapia agli indici di **commisurazione della pena**. La commissione, segnalate le «attuali disfunzioni del modello di discrezionalità vincolata sul versante della commisurazione in concreto della pena», dopo aver lungamente dibattuto sulle possibili soluzioni, optava per la previsione, da un lato, di un più stringente **obbligo motivazionale** per il giudice e, dall'altro, per l'arricchimento degli attuali **indici fattuali** con alcuni criteri finalistici della pena, desumibili dalle norme costituzionali: «Il riferimento alla colpevolezza è parso doveroso, rivestendo un ruolo centrale anche in tema di commisurazione della pena, anche alla luce della interpretazione della Consulta (sent. n. 364 del 1988), che lo fanno assurgere a principio guida del diritto penale moderno. Si è così stabilito – al fine di evitare pene eccedenti la misura della colpevolezza (ad esempio per esigenze di prevenzione generale e/o di risposta "esemplare" all'allarme sociale suscitato dal reato) – che la pena, oltre a dover essere determinata entro il limite della proporzione con il fatto commesso, deve avere in concreto finalità di prevenzione speciale, con particolare riferimento al reinserimento sociale del condannato e con esclusione, quindi, di ragioni di esemplarità punitiva» (Relazione illustrativa, § XXIV).

Sarà il Governo Monti, sei anni più tardi, con un disegno di legge d'iniziativa del Ministro della giustizia Paola Severino, a riprendere le fila del discorso. Accantonato pragmaticamente l'ambizioso proposito di una riforma complessiva del sistema, il Guardasigilli presentava alla Camera dei deputati

un disegno di legge (n. 5019) per la «Delega al Governo in materia di depenalizzazione, sospensione del procedimento con messa alla prova, pene detentive non carcerarie, nonché sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili». Mentre si sarebbe poi affidato alla commissione ministeriale presieduta dal prof. Antonio Fiorella il compito di studiare le nuove norme in materia di depenalizzazione, l'obiettivo della proposta di delega era, sul versante delle sanzioni, quello di **introdurre finalmente nel codice penale le misure detentive non carcerarie**. Quel disegno di legge, ripreso nella legislatura successiva (p.d.l. n. 331 del 18 marzo 2013, d'iniziativa dell'on. Donatella Ferranti ed altri), veniva approvato, con la **l. 28 aprile 2014, n. 67**, il cui art. 1 prevedeva, appunto, la delega per l'introduzione, tra le pene principali in sostituzione della detenzione carceraria, da irrogare in sede di cognizione, quelle della **reclusione domiciliare** e dell'**arresto domiciliare**, nonché la disciplina dei **lavori di pubblica utilità**. In parallelo, nominata dal Ministro della giustizia del Governo Letta, Anna Maria Cancellieri, la commissione presieduta dal professor Francesco Palazzo aveva lavorato ad un possibile emendamento per ampliare la portata della proposta di delega; ampliamento che il Governo aveva poi rinunciato a proporre all'approvazione parlamentare.

Peraltro, neppure la più ridotta delega conferita con la l. n. 64 del 2014 veniva attuata: il termine di otto mesi veniva infatti a spirare senza che l'esecutivo avesse provveduto all'adozione del decreto delegato.

La precedenza veniva assegnata ad un altro termine, che pure scadeva quell'anno: quello concesso per dare ottemperanza alla decisione adottata nel "**caso Torreggiani**" dalla Corte di Strasburgo, che aveva condannato l'Italia per la violazione dell'art. 3 c.e.d.u. a causa della situazione di **grave sovraffollamento delle carceri**. Alle soglie del quarantennale della riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975, ci si doveva arrendere all'evidenza di un fallimento: non si era stati in grado di assicurare il rispetto del principio convenzionale, ed occorreva porre urgentemente rimedio ad una situazione di **inadeguatezza strutturale** del sistema penitenziario, incapace di assicurare una effettiva tutela dei diritti fondamentali dei detenuti.

La "sentenza pilota" Corte eur., 8 gennaio 2013, Torreggiani ed altri c. Italia, non si era limitata a dichiarare la **violazione dell'art. 3 c.e.d.u.** («Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti») per le **condizioni detentive inumane** cui erano stati assoggettati i ricorrenti (detenuti nelle carceri di Busto Arsizio e Piacenza), ma aveva, in applicazione dell'art. 46 c.e.d.u., prescritto «che lo Stato convenuto [dovesse], entro un anno a decorrere dalla data in cui la presente sentenza sarà divenuta definitiva in virtù dell'articolo 44 § 2 della Convenzione, istituire un ricorso o un insieme di ricorsi interni

effettivi idonei ad offrire una riparazione adeguata e sufficiente in caso di sovrappollamento carcerario, e ciò conformemente ai principi della Convenzione come stabiliti nella giurisprudenza della Corte». Il periodo assegnato scadeva il 28 maggio 2014, dal momento che la sentenza era divenuta definitiva il 28 maggio 2013 (data in cui veniva respinta l'istanza di rinvio presentata dall'Italia alla Grande Camera). L'importante decisione – che tra l'altro riconosceva, a prescindere dalla natura giurisdizionale o amministrativa del rimedio, l'**ineffettività della procedura di reclamo** davanti al magistrato di sorveglianza – ribadiva come, «stante l'inviolabilità del diritto tutelato dall'articolo 3 della Convenzione, lo Stato è tenuto ad organizzare il suo sistema penitenziario in modo tale che la dignità dei detenuti sia rispettata» (§ 93), dovendo, quando «non è in grado di garantire a ciascun detenuto condizioni detentive conformi all'articolo 3 della Convenzione», «agire in modo da ridurre il numero di persone incarcerate, in particolare attraverso una maggiore applicazione di **misure punitive non privative della libertà**». La Corte stigmatizzava nell'occasione anche il **ricorso eccessivo alla custodia cautelare in carcere**: assai significativo il passaggio con il quale si dichiara «colpita dal fatto che il 40% circa dei detenuti nelle carceri italiane siano persone sottoposte a custodia cautelare in attesa di giudizio» (§§ 94 e 29).

Già in precedenza l'Italia aveva subito una condanna per violazione dell'art. 3 c.e.d.u.: nel "**caso Sulejmanovic**" la Corte aveva constatato la «flagrante mancanza di spazio personale di cui il ricorrente [aveva] sofferto» nel carcere romano di Rebibbia, condizione «di per sé, costitutiva di un trattamento inumano o degradante» (Corte eur., 7 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia).

La priorità assoluta, dunque, era in quel momento quella di intervenire per risolvere l'**"emergenza carceri"**, dichiarata ufficialmente già quattro anni prima (con d.p.c.m. 13 gennaio 2010), quando si erano ormai esauriti gli effetti dell'ultimo **indulto**, concesso nel 2006 (con l. 31 luglio 2006, n. 241).

Quello del 2006 era stato (e sarebbe rimasto) l'unico indulto dal 1992, anno in cui il Parlamento aveva votato, sull'onda dell'indignazione pubblica per le vicende di "Tangentopoli", la **modifica all'art. 79 Cost.**, introducendo un *quorum* deliberativo per la concessione di amnistia e indulto addirittura più alto di quello necessario per le modifiche costituzionali (l. cost. 6 marzo 1992, n. 1). Sino ad allora, invece, i provvedimenti indulgenziali generali si erano succeduti con una elevata frequenza. Come si ricorda nella relazione alla proposta di l. cost. d'iniziativa dei deputati Magi ed altri (p.d.l. n. 2456 del 2 aprile 2020), «tralasciando il cosiddetto "decreto Togliatti", volto a pacificare i lasciti della guerra di liberazione, e adottato ancora in assenza delle nuove statuizioni costituzionali, a eccezione dei provvedimenti del 1968, del 1970 e del 1990 (i primi rivolti a chiudere le vicende penali derivanti dai movimenti sociali di quegli anni, avendo il secondo anche riguardo ai conflitti autonomistici nell'Alto Adige; l'ultimo volto a decongestionare gli uffici giudiziari in occasione dell'entrata in vigore del nuovo

codice di procedura penale), i ventuno provvedimenti di clemenza generale succedutisi tra l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e la sua revisione del 1992 in gran parte rispondono ancora alla tradizionale concezione indulgenziale degli istituti. Si pensi alle amnistie "celebrative" del 1959 (per il quarantennale di Vittorio Veneto), del 1963 (in occasione del Concilio Vaticano II) e del 1966 (nel ventennale della Repubblica), *mutatis mutandis*, in linea con le amnistie del regime fascista per il venticinquesimo anniversario del regno di Vittorio Emanuele III, per le nozze del principe di Piemonte, per il primo decennale del regime o per le nascite degli eredi di Casa Savoia».

Sta di fatto che, con l'**autolimitazione del potere di clemenza**, la politica si era privata dell'unico rimedio che per decenni era stato impiegato per prevenire il collasso, rispettivamente, della macchina giudiziaria e delle strutture carcerarie. Non per caso, dunque, nel 2010 si era pervenuti alla dichiarazione dello "stato di emergenza".

Fronteggiata con una serie di provvedimenti che avevano iniziato a produrre qualche positivo risultato sulle condizioni di vivibilità degli istituti penitenziari, la situazione era ancora fortemente critica, a causa dell'eccessiva densità della popolazione carceraria e delle carenze, ormai croniche, dell'organizzazione, dovute soprattutto all'insufficienza delle risorse disponibili e alla scarsità di personale. Tra le misure urgenti mirate alla riduzione del sovraffollamento, si era prevista, con la c.d. "**legge svuota carceri**" (l. 26 novembre 2010, n. 199), l'**esecuzione presso l'abitazione** del condannato o altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza **della pena detentiva** non superiore a dodici mesi, anche se costituente parte residua di maggior pena (limite poi innalzato a **diciotto mesi** dal d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, convertito dalla l. 17 febbraio 2012, n. 9). La misura, inizialmente concessa solo «fino alla completa attuazione del piano straordinario penitenziario nonché in attesa della riforma della disciplina delle misure alternative alla detenzione e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2013», veniva poi "stabilizzata" con d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10), riuscendo in effetti a raggiungere l'obiettivo di una apprezzabile decongestione delle strutture carcerarie. Con altro provvedimento d'urgenza (d.l. 1° luglio 2013, n. 78, convertito dalla l. 9 agosto 2013, n. 94) si incideva sulla **disciplina delle misure cautelari** e su quella dell'**esecuzione della pena** (in particolare, interpolando nuovamente l'art. 656 c.p.p.), sempre nell'ottica di contenere il più possibile l'ingresso in carcere dell'imputato sottoposto a coercizione processuale e del condannato a pena detentiva.

Il 9 marzo 2016 il Consiglio d'Europa chiudeva la procedura di esecuzione della sentenza Torreggiani, accogliendo «con favore la risposta data dalle autorità italiane» attraverso «l'introduzione di importanti riforme». Se la fa-

se acuta poteva dirsi superata, occorreva tuttavia proseguire nell'opera di adeguamento del sistema, mettendo mano ad una non più differibile "riforma della riforma" penitenziaria. Nel corso della XVII legislatura venivano promossi gli "**stati generali sulla esecuzione penale**", una consultazione pubblica sul tema dell'esecuzione della pena, per discutere, elaborare e proporre al Ministro della giustizia le linee programmatiche di azione di tipo legislativo ed organizzativo. Il comitato di esperti, coordinato dal professor Glauco Giostra, nominato nel maggio 2015 dal Guardasigilli Andrea Orlando, concludeva i lavori nella primavera dell'anno successivo; l'articolato documento finale rassegnato dal comitato costituiva il punto di riferimento per la delega legislativa in materia di riforma dell'ordinamento penitenziario contenuta nella "**legge Orlando**" (l. 23 giugno 2017, n. 103). Il Governo Gentiloni non vi dava però seguito e nella legislatura successiva, quando il clima era ormai cambiato e il *leitmotif* politico era tornato ad essere quello securitario, il primo Governo Conte dava solo parziale attuazione alla delega (con il d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, accompagnato dal d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, in tema di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni e dal d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 124, in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario), deludendo così molte delle aspettative create dall'ambizioso disegno riformatore degli "stati generali".

Altrettanto deluse dovevano restare le attese di riforma del codice penale, tema che da quel momento scompariva dall'agenda politica.

3. Pena formale, pena effettiva e crisi del sistema.

L'obsoleto armamentario punitivo del codice Rocco è dunque ancora al suo posto, dove continua a minacciare una pena che il giudice scrive nella sentenza ma che non corrisponde a quella effettiva.

Il catalogo delle pene principali, immutato dal 1930 (fatta eccezione per l'abolizione della pena di morte), elenca **pene detentive esclusivamente carcerarie** (ergastolo e reclusione per i delitti, arresto per le contravvenzioni), da un lato, e pene **pecuniarie** (multa e ammenda), dall'altro. Qualche aggiornamento hanno subito negli anni solo le disposizioni di cui agli artt. 28 ss. c.p. dedicate alle **pene accessorie** (interdizione dai pubblici uffici, interdizione e sospensione da una professione o un'arte, interdizione legale, interdizione e sospensione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese, incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione, estinzione del rapporto di lavoro o di impiego, decadenza della potestà dei genitori e so-

sospensione dall'esercizio di essa, pubblicazione della sentenza di condanna), la cui funzione, in rapporto con le pene principali, non è cambiata.

Le singole norme incriminatrici combinano le une e le altre, fissando **tetti minimi e massimi di durata ed entità**, e nei rigidi confini di questo spazio è tenuto a muoversi il **giudice della cognizione**: «nei limiti fissati dalla legge, il giudice applica la pena discrezionalmente», con l'obbligo di indicare nella sentenza «i motivi che giustificano l'uso di tale **potere discrezionale**» (art. 132 comma 1 c.p.). A mente dell'art. 133 c.p., si deve «tener conto della **gravità del reato**» nonché «della **capacità a delinquere** del colpevole», rispettivamente desunte, la prima, «dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione», «dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato» e «dalla intensità del dolo o dal grado della colpa»; la seconda, «dai motivi a delinquere e dal carattere del reo», «dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato», e «dalla condotta contemporanea o susseguente al reato». Quanto alla determinazione dell'ammontare della pena pecuniaria, occorre, in aggiunta, «tener conto ... anche delle **condizioni economiche del reo**», potendosi triplicare l'importo o ridurlo sino a un terzo dei limiti legali quando si «ritenga che la misura massima sia inefficace ovvero che la misura minima sia eccessivamente onerosa» (art. 133-bis c.p.).

Il processo consente di raccogliere e valutare tutti questi elementi (a mente dell'art. 187 comma 1 c.p.p. «sono **oggetto di prova** i fatti che si riferiscono ... alla determinazione della pena o della misura di sicurezza») e giungere alla **individuazione della pena in concreto**. Nel caso in cui la condanna riguardi più reati, «il giudice stabilisce la pena per ciascuno di essi e quindi determina la pena che deve essere applicata in osservanza delle norme sul **concorso di reati e di pene** o sulla **continuazione**» (art. 533 comma 2 c.p.p.). La sentenza di condanna deve essere specificamente giustificata in punto pena, attraverso l'esposizione dei «**motivi** di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l'indicazione dei risultati acquisiti e dei criteri di valutazione della prova adottati e con l'enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie, con riguardo», in particolare, «alla **determinazione della pena**, secondo le modalità stabilite dal comma 2 dell'articolo 533, e della misura di sicurezza» (art. 546 comma 1 lett. e c.p.p., come modificato dalla l. n. 103 del 2017).

Una volta che il giudizio si sia **definitivamente chiuso** con la condanna dell'imputato, la decisione contenente il comando punitivo pronunciato dal giudice acquista **forza esecutiva** e a quel comando dev'essere data attuazione.

Il codice penale è perentorio. Se il giudice non ha **sospeso la pena**, alle condizioni, nei limiti e con gli effetti stabiliti dagli artt. 163 ss. c.p., o non ri-

corrono le speciali situazioni che impongono il **rinvio obbligatorio dell'esecuzione** della pena (non pecuniaria) (art. 146 c.p.) o ne consentono il **rinvio facoltativo** (art. 147 c.p.), o, ancora, non è sopravvenuta al condannato una **infermità psichica** (art. 148 c.p.), la sanzione irrogata con la sentenza dev'essere **materialmente eseguita**: la misura detentiva mediante il trasferimento del condannato in un istituto penitenziario; quella pecuniaria con il pagamento (eventualmente rateale: art. 133-ter c.p.); le pene accessorie nelle forme tipiche di ciascuna di esse.

La **qualità** e **quantità** della pena stabilite dal giudice nella sentenza – sempre secondo il codice penale – possono subire variazioni in due ipotesi: quando «l'**indulto** o la **grazia** condona, in tutto o in parte, la pena inflitta, o la commuta in un'altra specie di pena stabilita dalla legge» (art. 174 comma 1 c.p.), o quando il condannato a pena detentiva (che ne abbia già scontato una congrua parte) è ammesso alla **liberazione condizionale**, avendo tenuto «durante il tempo di esecuzione della pena ... un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento» (art. 176 c.p.). È, quest'ultimo, l'unico istituto offerto dal codice penale (solo dal 1962 anche ai condannati all'ergastolo) per favorire, attraverso la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, il reinserimento sociale dell'autore del reato.

Questo scenario, tanto categoricamente disegnato dal codice Rocco, è lontanissimo dalla realtà.

La procedura di esecuzione della pena, infatti, non si esaurisce nella cieca, fedele ottemperanza alla *res iudicata*. Anzi. Il complesso e articolato insieme delle disposizioni dettate dal codice di procedura penale (in particolare quelle contenute nel Libro X, riservato appunto all'esecuzione dei provvedimenti del giudice) e dalla legge sull'ordinamento penitenziario (che, al capo VI del titolo I, regolano le misure alternative alla detenzione) fa sì che la fase successiva alla formazione del giudicato sia dedicata, come si accennava, soprattutto alla **modifica** e all'**adattamento** dello stesso **giudicato**.

La pena, lungi dal rappresentare un dato immutabile (o mutabile solo nelle limitate circostanze sopra ricordate), viene rimessa in discussione durante tutto l'*iter* esecutivo, sin dal suo momento iniziale, tanto sotto il profilo quantitativo che, soprattutto, sul piano qualitativo.

La metamorfosi che la sanzione fissata nella sentenza di condanna subisce nella fase esecutiva, non è altro che l'indispensabile valvola di sfogo della pressione punitiva mal tarata nel momento legislativo e giudiziario.

Di fronte agli eccessi e alle rigidità edittali quei mutamenti, evitando o minimizzando i danni dell'esperienza desocializzante e criminogena del carcere, rendono la pena non solo **individualmente più tollerabile e meno nociva**, ma anche **socialmente più vantaggiosa**. Benché spesso si tenda a so-

stenere il contrario, occorre riconoscere che la segregazione e la stigmatizzazione del reo non sono gli strumenti adatti a garantire protezione sociale: al contrario, come dimostrano le analisi sociologiche della devianza e gli studi sulla recidiva, sono proprio l'isolamento e l'esclusione sociale delle istituzioni totali, come la struttura carceraria, a produrre insicurezza.

Questo non vuol dire, tuttavia, che un sistema così congegnato vada esente da critiche.

La funzione di contrappeso assegnata alla fase esecutiva – cui spetta la (ri)determinazione nel *quomodo* e nel *quantum* della pena legalmente prevista e giudizialmente definita – costituisce, infatti, una rilevante **anomalia**, produttiva di riflessi negativi sull'assetto delle garanzie penali, prima fra tutte quella della **legalità della pena**.

È ben vero che anche le **disposizioni processuali e ordinamentali** che stabiliscono la “nuova” pena sono norme penali sostanziali e, come tali, **concorrono alla costruzione della fattispecie** e ricadono nell'ambito applicativo dell'art. 25 Cost. Lo ha di recente ribadito la Corte costituzionale, sulla scia delle indicazioni provenienti dalla Corte di Strasburgo, affermando che il divieto di applicazione retroattiva della legge penale si applica anche a quelle norme che non si limitano «a mere modifiche delle modalità esecutive della pena prevista dalla legge al momento del reato», ma comportano «una **trasformazione della natura della pena**, e della sua **concreta incidenza sulla libertà** personale del condannato».

Così Corte cost., 2 febbraio 2020, n. 32, con riferimento proprio alla disciplina delle **misure alternative** alla detenzione previste dall'ord. penit., della **liberazione condizionale** ex artt. 176 e 177 c.p. e del divieto di **sospensione dell'ordine di esecuzione** previsto dall'art. 656 comma 9 lett. a c.p.p., nonché con riguardo alla concessione del beneficio del **permesso premio** ai condannati che abbiano già raggiunto, in concreto, un grado di rieducazione adeguato alla concessione del beneficio stesso.

Con la sentenza Del Rio Prada (Corte eur. [Grande Camera], 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna), la Corte di Strasburgo, mutando il proprio precedente indirizzo, ha riconosciuto che sono soggette al divieto di applicazione retroattiva di cui all'art. 7 c.e.d.u. le modifiche alle norme sull'esecuzione della pena che determinino una «**ridefinizione o modificazione della portata applicativa** della “pena” imposta dal giudice» («*the Court does not rule out the possibility that measures taken by the legislature, the administrative authorities or the courts after the final sentence has been imposed or while the sentence is being served may result in the redefinition or modification of the scope of the “penalty” imposed by the trial court. When that happens, the Court considers that the measures concerned should fall within the scope of the prohibition of the retroactive application of penalties enshrined in Article 7 § 1 in fine of the Convention*»).

Sul piano della **prevedibilità** delle conseguenze del reato, dunque, la pena che è «ragionevole attendersi al momento della commissione del fatto» (sono ancora le parole del Giudice delle leggi) non è quella indicata dalle sole norme incriminatrici e dalle regole relative alla connotazione giudiziale del singolo caso, ma quella derivante anche dall'applicazione **dei congegni di sostituzione e attenuazione esecutiva**, anch'essi stabiliti *ex lege*: non rileva, da questo punto di vista, la loro presenza nel *corpus* normativo processuale od ordinamentale, dal momento che «la collocazione topografica di una disposizione non può mai essere considerata decisiva ai fini dell'individuazione dello statuto costituzionale di garanzia ad essa applicabile».

Questo vale, sottolinea la Corte costituzionale nella sentenza sopra citata, anche per l'istituto di cui all'art. 656 comma 9 c.p.p., al cui riguardo l'unanime giurisprudenza di legittimità aveva invece sino a quel momento fornito l'opposta lettura (per tutte, Cass., S.U., 17 luglio 2006, p.m. in c. Aloï, n. 24561, secondo cui dalla collocazione della disposizione nel codice di rito penale andrebbe desunta la sottoposizione della disposizione al generale principio *tempus regit actum*). «Non v'è dubbio», argomentano i giudici di Palazzo della Consulta, che la disposizione, nell'inibire in alcuni casi la sospensione dell'ordine di esecuzione della pena «produce l'effetto di determinare l'inizio dell'esecuzione della pena stessa in regime detentivo, in attesa della decisione da parte del tribunale di sorveglianza sull'eventuale istanza di ammissione a una misura alternativa; e dunque comporta che una parte almeno della pena sia effettivamente scontata in carcere, anziché con le modalità extramurarie che erano consentite – per l'intera durata della pena inflitta – sulla base della legge vigente al momento della commissione del fatto. Tanto basta per riconoscere alla disposizione in questione un **effetto di trasformazione della pena** inflitta, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale, rispetto al quadro normativo vigente al momento del fatto; con conseguente sua inapplicabilità, ai sensi dell'art. 25, secondo comma, Cost. alle condanne per reati commessi anteriormente all'entrata in vigore della novella legislativa, che ne ha indirettamente modificato l'ambito applicativo, tramite l'inserimento di numerosi reati contro la pubblica amministrazione nell'elenco di cui all'art. 4-*bis* ord. penit.».

Con la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 1 comma 6 lett. b l. 9 gennaio 2019, n. 3, in quanto interpretato nel senso che le modificazioni introdotte all'art. 4-*bis* comma 1 ord. penit. si applichino anche ai condannati che abbiano commesso il fatto anteriormente all'entrata in vigore della l. n. 3 del 2019, è stato dunque «modificato il principio espresso dal diritto vivente relativo al regime intertemporale delle modifiche normative che inseriscano nuovi reati nel catalogo dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit.» (Corte cost., 31 luglio 2020, n. 193).

L'assunto merita evidentemente di essere sottoscritto senza riserve. Ma ciò non basta a conferire coerenza, certezza e trasparenza al sistema punitivo. La

dissociazione legislativa tra severità *ex ante* e mitezza *ex post* genera infatti confusione, conflitti, opacità.

Norme antitetiche predicano l'opposto: il carcere l'una, le alternative al carcere l'altra; e chiedono a giudici diversi di contendersi il campo della determinazione della pena: al primo prescrivono di commisurare, con la condanna, il trattamento sanzionatorio sulla base della gravità del reato e della capacità a delinquere dell'autore, senza però mettergli a disposizione sanzioni effettivamente proporzionate al fatto e adeguate all'obiettivo rieducativo; dal secondo pretendono indagini psicologiche e pronostici sugli esiti risocializzanti e sul rischio di recidiva del condannato, per forzare quella condanna e sostituire o ridurre la pena irrogata, potendo attingere a un catalogo di misure solo da quel momento e in quel contesto disponibile.

È interessante segnalare, per inciso, il passaggio della sentenza Corte eur., 8 gennaio 2013, Torreggiani ed altri c. Italia, con il quale i giudici di Strasburgo avvertono che «per fare in modo che le sanzioni e le misure applicate nella comunità siano delle **alternative credibili** alle pene detentive di breve durata è opportuno assicurare una loro **efficiente applicazione**». Questo può avvenire, innanzitutto, «realizzando l'infrastruttura richiesta per l'esecuzione e il controllo di queste sanzioni comunitarie, in particolare al fine di dare assicurazioni ai giudici e ai procuratori sulla loro efficacia»; e «mettendo a punto e applicando **tecniche affidabili di previsione e di valutazione dei rischi** nonché strategie di supervisione, al fine di **identificare il rischio di recidiva** del delinquente e garantire la protezione e la sicurezza del pubblico». Sembra evidente, qui, il richiamo agli strumenti di informatica applicata al diritto, quali i *risk assessment tools* impiegati nell'esperienza giudiziaria nordamericana proprio per la prognosi della recidiva: un richiamo, per la verità, che va accolto con grande cautela (come del resto raccomanda la Carta etica europea per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e nel loro ambiente, adottata nel dicembre 2018 dalla C.e.p.e.j., la Commissione europea per l'efficienza della giustizia), vista l'estrema complessità e le rilevanti problematicità del tema dell'impiego in ambito giudiziario degli algoritmi predittivi.

Al di là della macroscopica contraddizione in termini rappresentata da un **titolo esecutivo ad efficacia condizionata**, il risultato è l'estrema variabilità, incertezza e, in definitiva, imprevedibilità della pena, affidata a **provvedimenti non solo precari e reversibili**, ma sottratti alle garanzie sostanziali della giurisdizione e, dunque, soggetti al **rischio del possibile arbitrio**.

Non è questione, si badi, di qualità delle procedure o dei collegi, ma di natura della decisione: l'ordinanza con la quale il tribunale di sorveglianza decide sull'istanza di libertà dell'interessato ha ben poco del carattere cognitivo proprio della giurisdizione. Non si decide, in quel contesto, su ipotesi

fattuali verificabili e confutabili nel pubblico contraddittorio, ma si esprimono valutazioni sulla personalità dell'istante, sulla sua possibile o probabile pericolosità, sul suo ravvedimento, sulla sua condotta di vita, fuori o dentro al carcere. La sua sorte è interamente rimessa a quei giudizi, che rendono la pena quantitativamente flessibile e qualitativamente mutevole durante tutto il periodo dell'esecuzione.

Che, grazie a questa logica compensativa, la situazione del condannato risulti (almeno potenzialmente) migliore rispetto a quella prefigurata dalla sentenza, non autorizza evidentemente a ritenere il nostro schizofrenico modello di giustizia un buon modello.

La mitigazione del rigore punitivo in fase esecutiva ha rappresentato, nei decenni, l'unica, impropria forma evolutiva di un sistema penale retrogrado che non è stato in grado di rinnovarsi; e si è ormai talmente assuefatti alla presenza di questa "uscita secondaria", che si è finito per ritenerla la via obbligata. Ma non è così. Quanto più sentito è il bisogno di contenere la severità e la rigidità delle pene edittali, riducendone l'eccessiva durata e facendo ricorso a sanzioni non carcerarie, tanto maggiormente si avverte la necessità di una loro riforma, all'insegna del minimo sacrificio necessario, dell'umanizzazione e della massima funzionalità rieducativa, della proporzionalità, dell'equità, dell'uguaglianza, e, al contempo, della certezza, valore imprescindibile, quest'ultimo, proprio per garantire l'effettiva e compiuta realizzazione di tutti gli altri.

Non vanno del resto sottovalutati i danni collaterali prodotti dalla mancata risoluzione di questo ormai endemico conflitto interiore.

L'aspettativa di pena creata dalla minaccia edittale e delusa dagli interventi manipolativi a valle della condanna, alimenta ed esaspera, nel comune sentire, la **percezione di sostanziale ineffettività del sistema penale**, della sua incapacità di pervenire a risultati certi ed affidabili in tempi accettabili, dell'incoerenza delle sue regole e della complessiva inefficienza e inefficacia dell'apparato giudiziario.

Il fatto che una pena detentiva a quattro anni di reclusione, pur prevista dalla legge e stabilita dal giudice, non venga generalmente scontata in carcere, non viene vissuto come un evento fisiologico, anzi salutare per un ordinamento rispettoso dei valori costituzionali. Esattamente al contrario, la ridottissima sensibilità sociale per i temi del carcere e il diffuso disinteresse dell'opinione pubblica per la rieducazione del reo – atteggiamenti da sempre apertamente condivisi dalla grande stampa d'informazione e dagli altri mezzi di comunicazione – fanno sì che quell'esito della vicenda giudiziaria venga avvertito come un fallimento, un attentato alla legge e un tradimento della sentenza che quella legge ha vanamente applicato.

Pochi sembrano essere in grado di cogliere l'inganno di una minaccia sanzionatoria in larga misura simbolica, immutata ed anzi ogni volta rinnovata nel suo (apparente) rigore perché funzionale a consentire alla politica di dispensare (facili quanto insincere) risposte tranquillizzanti alla paura o all'indignazione collettive per il crimine, spesso fomentate dagli stessi promotori delle draconiane leggi securitarie. E il paradosso è che proprio la mitezza della legislazione esecutiva, favorevole alle misure non detentive, all'umanizzazione del trattamento punitivo e alla creazione di effettive condizioni per la risocializzazione del condannato, fornisce il pretesto per l'interventismo del legislatore sostanziale, in una **rincorsa verso l'alto delle pene edittali**, per inseguire e superare le soglie di ineseguibilità della pena carceraria e raggiungere tassi di "effettività" della condanna al riparo da provvedimenti attenuativi *ex post* della sanzione irrogata.

Allo stesso tempo, il presentimento dell'ineffettività della pena costituisce il maggior nutrimento del **plauso sociale per il carcere preventivo**. La **perdita di fiducia nella decisione** del giudice porta a sovrapporre pericolosamente il piano cautelare e quello punitivo: la coercizione processuale finisce per essere vissuta – non solo, per la verità, nell'immaginario collettivo e nelle sue proiezioni giornalistiche, ma nell'opinione inconfessata di molti operatori e nelle prassi di tante procure e tribunali – come l'unica, vera, effettiva sanzione che il processo è in grado di assicurare. Con buona pace dell'art. 27 comma 2 Cost. che, nel vietare di considerare colpevole l'imputato sino alla sentenza definitiva, mette al bando iniziative cautelari che abbiano finalità anticipatorie della pena.

In realtà, proprio lo sviluppo nella legislazione processuale e penitenziaria delle alternative alla pena privativa della libertà personale rende ancor più intollerabile l'istituto della carcerazione cautelare, che mette a repentaglio il diritto inviolabile dell'individuo in situazioni nelle quali il sacrificio della libertà risulta macroscopicamente sproporzionato. In questo senso opera la regola dettata dall'art. 275 comma 2 c.p.p., secondo cui «ogni **misura** deve essere **proporzionata** all'entità del fatto e **alla sanzione** che sia stata o si ritiene possa essere **irrogata**». A cercare di rafforzare quel presidio e di contenere l'espansione abnorme del ricorso alla custodia cautelare (stigmatizzato, come si è visto, anche dalla Corte di Strasburgo nella sentenza Torreggiani) è intervenuto sull'art. 275 comma 2-bis c.p.p. – introdotto con la l. 8 agosto 1995, n. 332, per precludere l'adozione della misura custodiale nei casi di prevedibile concessione della sospensione condizionale della pena – il d.l. 26 giugno 2014, n. 92, convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 117, prevedendo che (salve le eccezioni indicate) «non può applicarsi la misura della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre an-

ni». Ebbene, a parte il mancato successivo allineamento della disposizione alle nuove soglie fissate per l'accesso alle misure alternative penitenziarie, non sembra che la regola, purtroppo, sia riuscita ad incidere sul fenomeno nei termini sperati, visto che al 31 luglio 2020, secondo i dati del ministero della giustizia, la percentuale degli imputati ristretti negli istituti penitenziari italiani era ancora altissima: il 32,5% del totale (17.437 "non definitivi", sui complessivi 53.619 detenuti).

È, insomma, l'ipocrisia della "doppia pena" a mettere in crisi, ad un tempo, legalità e credibilità del sistema, sottoponendo a dura prova la tenuta delle garanzie costituzionali. Quanto prima il legislatore avrà il coraggio di lasciarsela alle spalle, rinnovando l'apparato sanzionatorio per consentire finalmente al giudice della cognizione di determinare pene proporzionate, eque e certe, tanto meglio si riusciranno a conciliare il rispetto dei diritti e la comprensione sociale delle dinamiche giudiziali; l'uno e l'altra impensabili senza ripristinare un corretto rapporto tra legge, giudice e pena.