Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Milano-Bicocca

Massimiliano Dova

# Pena prescrittiva e condotta reintegratoria

G. Giappichelli Editore – Torino




Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Milano-Bicocca

117

*Direttore:*

Loredana Garlati

*Comitato editoriale:*

Patrizia Borsellino
Chiara Buzzacchi
Marta Cartabia, *Giudice della Corte Costituzionale*
Adolfo Ceretti
Diana Cerini
Giovanni Chiodi
Alessandra Daccò
Filippo Danovi
Costanza Honorati
Bruno Inzitari
Natascia Marchei
Oliviero Mazza
Claudia Pecorella
Margherita Ramajoli
Franco Scarpelli
Tullio Scovazzi

Massimiliano Dova

# Pena prescrittiva e condotta reintegratoria




G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2017 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
http://www.giappichelli.it

ISBN/EAN 978-88-921-0992-6

*Questo volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca*

*L'opera ha ottenuto la valutazione positiva di due revisori anonimi, secondo il procedimento previsto dal Regolamento della Collana, consultabile sul sito del Dipartimento di Giurisprudenza*

*Composizione:* Voxel Informatica s.a.s. - Chieri (TO)

*Stampa:* Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

# INDICE

*pag.*


CAPITOLO I

Come rispondere al reato: un problema aperto

1. La pena tra (ir)razionalità, sapere scientifico e scelte politiche 1
2. Pena ed empiria: un confronto ormai ineludibile 8
3. Il lento progresso civile del sistema punitivo 12
4. L'essenza della tragedia: la perenne centralità della pena detentiva 18
   4.1. L'aumento della popolazione penitenziaria e il problema del sovraffollamento 26
   4.2. Carcere e diritti fondamentali: il ruolo della Corte di Strasburgo 29
   4.3. La situazione attuale: un graduale ritorno alle condizioni di sovraffollamento penitenziario 37
5. Condotta reintegratoria e pena prescrittiva: la delimitazione del campo d'indagine 41
   5.1. Un'indispensabile precisazione terminologica e concettuale 54
6. Idealtipi di pena e modello prescrittivo-reintegratorio 59

CAPITOLO II

La rilevanza della condotta reintegratoria

1. Modelli e spazi applicativi della condotta reintegratoria 63
2. Condotta reintegratoria e commisurazione della pena 64
3. Condotta reintegratoria e mutamento della risposta al reato 68

Sezione I. – *Il modello irrazionale: la condotta reintegratoria come livello punitivo aggiuntivo*

1. La moltiplicazione degli strumenti sanzionatori: il ruolo della condotta reintegratoria 74
2. La riparazione pecuniaria in materia di reati contro la Pubblica Amministrazione 77
3. Il risarcimento dei danni all'integrità del mercato 79

*pag.*

Sezione II. – *Il modello minimalista: la reintegrazione in prospettiva (quasi) esclusivamente risarcitoria*

1. Dal meccanismo reintegratorio in materia societaria a quello in materia tributaria 81
2. Una rilettura in chiave para-sanzionatoria: la condotta reintegratoria nella giurisdizione del Giudice di pace 87
3. Estinzione del reato per condotte riparatorie: dal modello frammentario alla proposta unitaria (art. 162-*ter* c.p.) 91

Sezione III. – *Il modello preventivo: la condotta reintegratoria tra anticipazione dell'intervento punitivo e tutela* in extremis *del bene giuridico*

1. Tra deflazione e prevenzione 94
2. Dall'oblazione al modello ingiunzionale in materia di sicurezza sul lavoro 97
3. I meccanismi reintegratori in materia ambientale e paesaggistica 104

Sezione IV. – *Il modello sospensivo: la condotta reintegratoria come risposta punitiva alternativa*

1. Un modello trasfigurato da finalità di deflazione penitenziaria e processuale 120
2. La condotta reintegratoria nella sospensione condizionale della pena 124
3. La condotta reintegratoria nell'affidamento in prova al servizio sociale 133
4. La condotta reintegratoria nella sospensione del procedimento con messa alla prova 142
5. Bilancio e prospettive 153

CAPITOLO III

Modello prescrittivo-reintegratorio e teorie della pena

1. Condotta reintegratoria e concezione retributiva della pena 155
   - 1.1. Alle origini della concezione retributiva 157
   - 1.2. Le pulsioni neo-retribuzioniste 161
   - 1.3. Tra natura afflittiva e finalità retributiva della pena 164
   - 1.4. La proporzione retributiva: limite garantista o blocco epistemologico? 170
     - 1.4.1. Il principio di proporzionalità della pena tra determinazione in astratto... 174
     - 1.4.2. (*Segue*) ...e individuazione in concreto 186
   - 1.5. Un bilancio 193
2. Condotta reintegratoria e prevenzione generale 200
   - 2.1. Uno sguardo d'insieme sulle premesse teoriche della prevenzione generale 201

*pag.*

2.2. Tra prevenzione generale positiva e funzione simbolico-espressiva della pena 206
2.3. Un bilancio 209
3. Condotta reintegratoria e prevenzione speciale 214
3.1. Efficacia special-preventiva delle scelte sanzionatorie e prognosi sulla recidiva 215
3.1.1. Indagini empiriche e sistema sanzionatorio in Italia 216
3.1.2. Il confronto con altri Paesi europei 223
3.1.3. Un modello positivo: gli effetti special-preventivi delle risposte punitive e la gestione del rischio di recidiva in Inghilterra e Galles 226
3.2. L'ideale rieducativo 229
3.3. I costi umani e sociali del sistema sanzionatorio e la finalità rieducativa della pena 234
4. Condotta reintegratoria e vittima del reato 247

CAPITOLO IV
La pena prescrittiva a contenuto reintegratorio

1. Una possibile via d'uscita? 249
2. Da punto di rottura della punibilità a nuovo paradigma punitivo 252
3. Dal lavoro come surplus afflittivo... 258
4. (*Segue*) ...al lavoro di pubblica utilità come risposta prescrittiva-reintegratoria 261
5. Il modello prescrittivo-reintegratorio 267
5.1. La pena prescrittiva-reintegratoria tra interessi tutelati e modelli di fattispecie 270
5.2. Gli spazi applicativi del modello prescrittivo-reintegratorio 273
5.3. Pena prescrittiva-reintegratoria, cornici edittali e ruolo del giudice 278

*Bibliografia* 285

# CAPITOLO I

# COME RISPONDERE AL REATO: UN PROBLEMA APERTO

SOMMARIO: 1. La pena tra (ir)razionalità, sapere scientifico e scelte politiche. – 2. Pena ed empiria: un confronto ormai ineludibile. – 3. Il lento progresso civile del sistema punitivo. – 4. L'essenza della tragedia: la perenne centralità della pena detentiva. – 4.1. L'aumento della popolazione penitenziaria e il problema del sovraffollamento. – 4.2. Carcere e diritti fondamentali: il ruolo della Corte di Strasburgo. – 4.3. La situazione attuale: un graduale ritorno alle condizioni di sovraffollamento penitenziario – 5. Condotta reintegratoria e pena prescrittiva: la delimitazione del campo d'indagine. – 5.1. Un'indispensabile precisazione terminologica e concettuale. – 6. Idealtipi di pena e modello prescrittivo-reintegratorio.

## 1. *La pena tra (ir)razionalità, sapere scientifico e scelte politiche*

«In nessun altro ambito del diritto esiste un concetto, che per importanza storico-culturale possa misurarsi anche solo lontanamente con quello di pena; nessun altro è la fedele immagine riflessa del modo di pensare e di sentire di un popolo in una determinata epoca storica, il metro d'altezza della sua civiltà; nessun'altra nozione, al pari di quella di pena, passa attraverso l'evoluzione morale di un popolo, leggera e flessibile come la cera, nella quale si riflette ogni impronta» [1].

Allo stesso tempo, in nessun ambito del diritto esiste un istituto che, pur essendo il metro d'altezza della civiltà, sfugge ai più tenaci sforzi di razionalizzazione [2]. E vi sfugge non solo perché la pena è per sua stessa natura "un'arma a

---

[1] R. VON JHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht,* Giessen, 1867, p. 2 «*Auf dem ganzen Gebiete des Rechts gibt es keinen Begriff, der an kulturhistorischer Bedeutung sich nur von ferne mit dem der Strafe messen könnte, kein anderer ist so wie er das getreue Spiegelbild der zeitlichen Denk– und Empfindungsweise des Volks, der Höhemesser seiner Gesittung, kein anderer macht so wie er alle Phasen der sittlichen Entwicklung des Volkes mit durch, weich und biegsam wie das Wachs, in dem jeder Eindruck sich ausprägt*».

[2] Per tutti D. PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012, p. 24.

doppio taglio" [3] la cui carica negativa, per perseguire scopi di tutela, genera tensioni ed antinomie difficilmente ricomponibili, ma perché ogni modello punitivo evoca riflessioni che, travalicando il ristretto mondo del diritto, coinvolgono i più diversi campi del sapere e del sentire umano, fino a toccare in ultima istanza il nucleo più profondo e mutevole delle scelte di valore.

Sebbene i rapporti tra tipologia delle risposte punitive e morale vengano fatalmente lasciati sullo sfondo rispetto all'approfondimento dedicato a questo tema in relazione alla teoria del reato, «nel diritto è in gioco la *moralità della coercizione*, oltre che la sua razionalità tecnica» [4]. A essere in discussione non sono, dunque, solo moralità e razionalità del punire come costante storica, ma soprattutto moralità e razionalità delle modalità e dei contenuti della pena (ed in particolare di quella detentiva che ne è l'incarnazione paradigmatica) per come quest'ultima vive oggi nella realtà tra aspirazioni positive (migliorare il condannato) e distorsioni negative (recisione dei legami affettivi, sociali e lavorativi; rischio concreto di eseguire una pena che sia lesiva della dignità umana e dei più elementari diritti della persona).

Sia sul piano filosofico, sia su quello delle concrete ricadute sociali ed economiche, la pena è «una realtà a tal segno poliedrica, che su di essa riusciamo ad affermare solo verità parziali: v'è sempre qualche lato che sfugge...» [5].

In mancanza di un solido fondamento scientifico e di una sufficiente raccolta di dati empirici proprio in relazione al sistema sanzionatorio, legislatore e giudice sono privi sia di criteri in grado di guidare l'esercizio del proprio potere discrezionale, sia di strumenti in grado di controllare l'effettività e la razionalità delle risposte punitive, ossia la delicata relazione esistente tra mezzi impiegati e risultati raggiunti [6].

La carenza di sapere scientifico, che è storicamente associata alle teorie della pena, è in qualche misura immanente a qualsiasi modello repressivo, nel quale metodo normativo ed empirico sono da sempre antagonisti. E ciò non solo qualora si intenda fondare la giustizia penale sul dogma retribuzionista che è, per principio, cieco all'empiria, ma anche quando si intenda ampliare le prospettive del sistema punitivo verso l'imponderabile futuro, formulando prognosi sugli effetti di una certa risposta sul comportamento del condannato (sulla recidiva o

---

[3] Così F. VON. LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht,* in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* 1883, p. 1 ss. (trad. it. a cura di A.A. Calvi), *La teoria dello scopo nel diritto penale,* Milano, 1962.

[4] Così D. PULITANÒ, *Paternalismo penale*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano,* Napoli, 2011, p. 495; cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2000, p. 197 ss.

[5] Così C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, ora in ID., *Diritto penale*, vol. II, p. 29.

[6] Cfr. G. FORTI, *L'immane concretezza, metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 95 s.

sulla pericolosità), oppure ipotizzando che dall'affermazione di valore del precetto e/o dalla minaccia di pena possa sorgere, in ogni individuo, una controspinta motivazionale a non tenere quel comportamento.

Al di là degli strutturali e ineliminabili limiti scientifici delle teorie della pena, è «proprio l'accentuata politicità della teoria della pena, la sua resistenza a un discorso più scientifico costruttivo, [a rendere] l'intera scienza penale carente, zoppa»[7]. Finalità, tipologia ed entità della pena appartengono da sempre a un ambito valutativo della discrezionalità politica del legislatore che è pressoché insondabile dal punto di vista scientifico: anche quando esiste, sia pure in stato embrionale, un sapere scientifico in grado di mettere in discussione la razionalità della pena, questo sapere è poco o per nulla giustiziabile[8].

A tal riguardo, l'idea apparentemente indiscutibile e quasi sacrale, o meglio, la certezza metafisica che la pena debba essere pensata in negativo, come un'afflizione improduttiva, ma moralmente giusta, sembra costituire la scelta politica che pone l'ostacolo più ostinato al confronto con il sapere empirico. È questo l'argine più resistente al dialogo con la conoscenza scientifica, che trascina la giustizia penale in «una vera e propria aporia di sistema»[9]. Disancorare le scelte sulla pena da parte del legislatore (prima) e del giudice (poi) dal riferimento esclusivo (anche se ineliminabile) all'intuizione e al senso comune costituisce un obiettivo auspicabile e perseguibile[10].

Accanto al confronto con il sapere scientifico, vi è un aspetto che precede e fonda qualsiasi discorso sulla razionalità teleologica della pena.

Problema aperto della politica criminale[11], la pena appartiene a quei concetti giuridici che risultano generalmente familiari. Prima di appartenere al diritto o alla storia, alla filosofia o alla letteratura, la punizione attraversa la nostra quotidianità, i nostri ricordi dell'infanzia, le nostre vite[12]. Sia per i profani che per i pratici del diritto, l'esistenza della pena rappresenta, al di là delle molteplici forme assunte nel corso della storia dell'umanità, un'ovvietà indiscutibile.

Espressione classica per antonomasia della natura cogente del diritto e presi-

---

[7] Così M. DONINI, *Scienza penale e potere politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 109.

[8] Sul punto M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1196.

[9] Così M. DONINI, *ibidem*; l'A. mette, inoltre, in rilievo che «un *compito storico* della nostra disciplina è pertanto il superamento del blocco epistemologico e di legittimazione costituito da questa aporia, attraverso *il recupero di un diverso statuto per la teoria della pena, a base reintegratoria, e non retributiva*».

[10] Cfr. M. TARUFFO, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, p. 121 ss. e p. 335 ss.

[11] Cfr. D. PULITANÒ, *Politica criminale,* in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, (a cura di), *Diritto penale in trasformazione,* Milano, 1985, p. 14; l'A. osserva che «la consapevolezza del «doppio taglio» dello strumento penale, e della difficoltà di bilanciarne ragioni e costi, è in ogni caso per la politica criminale un *problema* di base, perennemente aperto».

[12] Cfr. W. HASSEMER, *Warum Strafe sein muss*, Berlin, 2009, p. 15.

dio ultimo degli interessi fondamentali degli individui e della collettività, l'utilizzo della formula «è punito» si trova in tutte le leggi nelle quali lo Stato fissa limiti, obblighi e divieti all'agire umano.

Senza la pena il diritto appare quasi inconcepibile e l'esigenza di punire a tal punto insopprimibile che chi dovesse metterne in dubbio l'esistenza verrebbe accolto «da una reazione che può variare dall'indignazione ad un sorriso indulgente, fino alla semplice accusa di ignoranza» [13].

Che dinanzi alla commissione di un reato «non si debba rimanere inerti costituisce un'ipotesi di lavoro provvista, senza dubbio, di alta plausibilità» [14].

È proprio l'esistenza stessa del diritto penale che, come prodotto dell'evoluzione storica e culturale di ogni società, mostra l'attuale impossibilità di tutelare individui e collettività rinunciando all'impiego di qualsiasi forma di strumento coercitivo [15]. Al contempo, tuttavia, «non risulta affatto predefinita la modalità con cui si debba affrontare» [16] il fatto punibile. Cosa legittimi tale risposta, come ciò debba in concreto avvenire ed in che modo sia possibile tracciare i limiti dell'intervento punitivo rimangono domande ancora aperte, attorno alle quali si articola l'intero dibattito sulle teorie della pena.

Nel cercare di dare una veste razionale al potere punitivo [17], il dibattito sulle teorie della pena, che trova le sue origini più recenti con la nascita dello Stato moderno, appartiene alle questioni maggiormente problematiche della storia del diritto penale.

---

[13] Così K. GÜNTHER, *Die Symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?*, in W. PRITTWITZ, M. BAURMANN, K. GÜNTHER (a cura di), *Festschrift für Klaus Lüderssen,* Baden Baden, 2002, p. 205; in tal senso anche K. LÜDERSSEN, *Abschaffen des Strafens,* Frankfurt am Main, 1995, p. 7 ritiene che *«la pena sia un anacronismo della nostra epoca».*

[14] Così L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, in A. STILE (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale: la posizione della dottrina sul progetto Grosso,* Napoli, 2003, p. 514; anche in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa", Il volto delineato dalla legge sulla competenza del giudice di pace*, Milano, 2002, p. 17 ss.; questa è una considerazione condivisa anche dalla dottrina abolizionista: per tutti N. CHRISTIE, *Utility and Social Values in Court Decisions on punishment*, in R.G. HOOD (a cura di), *Crime, Criminology and Public Policy. Essays in Honour of Sir Leon Radzinowicz,* London, 1974, p. 290.

[15] Cfr. C. ROXIN, *Zur Entwicklung des Strafrechts im kommenden Jahrhundert*, in E.W. PLYWACZEWSKI (a cura di), *Aktuelle Probleme des Strafrechts und der Kriminologie*, Bialystok, 1998, p. 447; l'A. sottolinea che «l'idea di abolire il diritto penale non è assurda»; assurdo sarebbe al più pensare che questo accada nei prossimi cento anni (p. 443).

[16] Così L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in M. PAVARINI (a cura di), *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi,* Bologna, 2006, p. 67 ss.; anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1162.

[17] Cfr. C. ROXIN, *Wandlungen der Strafzwecklehre*, in *Grundfragen staatlichen Strafens, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, München, 2001; J. DE SOUSA E BRITO, *Strafzwecke im Rechtsstaat,* in *Festschrift für Winfried Hassemer,* Heidelberg, 2010, p. 306.

Deve essere retributiva? Solo retributiva? E poi cosa deve retribuire? Deve consistere in una minaccia volta a prevenire la commissione di ulteriori reati? Deve allo stesso tempo "migliorare" il reo? Deve consolidare la fiducia dei cittadini nell'ordinamento giuridico e facilitare, al contempo, un effetto di adeguamento e stabilizzazione delle norme? Oppure deve comunicare la riaffermazione positiva di valori?

Nel suscitare un profondo senso di disorientamento in chiunque si accosti al tema, queste sono solo alcune delle possibili domande sul senso della pena le cui molteplici possibili risposte sono inevitabilmente influenzate, sia sul piano politico che conoscitivo, dalle differenti visioni del mondo. L'elaborazione filosofica e dottrinale sul senso della pena, nel toccare il delicato equilibrio dei rapporti tra cittadino e Stato, tra potere pubblico e libertà privata, tra difesa sociale e diritti individuali, affonda le proprie radici nelle teorizzazioni sulle forme politiche dello Stato [18].

Sebbene l'assetto organizzativo statale e le relazioni sociali siano profondamente mutati nel corso dei secoli e con essi siano stati rimodellati i contenuti e le forme delle risposte punitive, il dibattito scientifico sviluppatosi attorno alle teorie della pena continua a rimanere sospeso tra i consueti paradigmi giustificativi: retribuzione, prevenzione generale e prevenzione speciale.

In misura più o meno prevalente e con influssi variabili a seconda delle epoche storiche, sono ancora queste tre concezioni della pena che, pur muovendosi in un sistema aspramente controverso, dovrebbero orientare tanto le scelte di politica criminale quanto la prassi della giustizia penale.

Nel riflettere le forze antagoniste presenti nella società, la pena è il prodotto di principi che, oltre ad essere privi di un solido substrato empirico, sono divergenti sul piano teorico. I paradigmi fondamentali ai quali è legato il potere punitivo si rifanno, infatti, a due approcci radicalmente antitetici.

Da un lato si colloca una pena deontologica o retributiva che, volgendo uno sguardo retrospettivo sul passato, consiste nell'inflizione di un male proporzionato al male del reato. Indifferente agli effetti derivanti dalla sua applicazione, la pena retributiva tende ad auto-giustificarsi, essendo concepita come modello di giustizia metafisica, per il semplice fatto di rappresentare l'analogo negativo del reato. La pena retributiva è assoluta, ossia sciolta da ogni legame con le conseguenze sulla realtà da quest'ultima prodotte.

Dall'altro lato, si contrappone una pena teleologica o strumentale che, non essendo più sorretta da considerazioni di giustizia assoluta, ma da uno stretto legame con la realtà empirica, guarda al futuro: agli scopi perseguiti attraverso la

---

[18] Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 194; G. FIANDACA, *sub. Art. 27, c. 3*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione,* Bologna-Roma, 1991, p. 222 ss.; H. MÜLLER-DIETZ, *Integrationsprävention und Strafrecht. Zum positiven Aspekt der Generalprävention,* in *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70.zig Geburtstag,* vol. 2, Berlin, 1985.

sua minaccia ed eventuale inflizione. La teoria dello scopo elabora un'idea di pena che, a partire dalla celebre formula *«nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur»,* trova la propria giustificazione nella realizzazione, almeno parziale, di effetti positivi sul condannato o sulla collettività [19]. Prevenzione generale e speciale sono concetti relativi e di tipo consequenziale, poiché mirano, in ultima analisi, ad evitare che in futuro vengano commessi altri reati.

Sia pure in maniera differenziata, il tentativo di coniugare dialetticamente le varie teorie della pena all'interno di un'unica teoria "mista" o polifunzionale [20], al fine di attribuire contemporaneamente un fondamento giustificativo, un senso ed un criterio limitativo all'intervento punitivo dello Stato, è stato e continua ad essere un obiettivo coltivato sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza costituzionale. Salvo il parziale scarto dalla concezione polifunzionale avviato dalla sentenza 313/1990, che ha affermato, quanto meno formalmente [v. *infra* cap. III, par. 1.4.], il primato della prevenzione speciale, la Corte costituzionale, nel ritenere agnosticamente [21] che non sia possibile stabilire *a priori* una gerarchia «statica ed assoluta» tra le differenti finalità della pena, lascia alle scelte di politica criminale del legislatore la facoltà di far prevalere, «nei limiti della ragionevolezza», l'una o l'altra delle finalità della pena «a patto che nessuna di esse risulti obliterata» [22]. Ciò significa che «i principi costituzionali lasciano spazio ad

---

[19] Cfr. J.-F. CAUCHIE, *Peines de travail, Justice pénale en innovation*, Bruxelles, 2009, p. 27; R.A. DUFF, D. GARLAND, *Introduction: thinking about punishment,* in R.A. DUFF, D. GARLAND (a cura di), *A Reader on Punishment,* Oxford, 1994, p. 6 ss.; W. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts,* München, 1981, p. 295 ss.

[20] Cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, 1973, p. 82; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, p. 79 ss. e 269 ss.; G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 133; A. PAGLIARO, *Pluridimensionalità della pena,* in *Il problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, p. 325 s.; G. VASSALLI, *Funzioni ed insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 296 ss.; ora in G. VASSALLI, *Scritti giuridici*, vol. 1, Milano, 1997, p. 1361 ss. Nella letteratura straniera cfr. H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law,* Oxford, 1968, (trad. a cura di M. Jori), *Responsabilità e pena*, Milano, 1981, p. 34 ss.; J. RAWLS, *Two concepts of rules,* in *The Philosophical Review,* 1955, p. 4; H. L. PACKER, *The limits of the Criminal Sanction,* Stanford, 1968, *passim*; C. ROXIN, *Strafrecht, Allegeiner Teil, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre,* vol. I, München, 2006, p. 85 ss.; M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sense de la peine, entre mythe er mystification,* Bruxelles, 2009, p. 318 ss.; A. VON HIRSCH, *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlung*, Berlin, 2005, p. 57.

[21] P.P. EMANUELE, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in E. D'ORLANDO, L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008*, Torino, 2009, p. 73 ss., in particolare p. 81 e 84.

[22] In tal senso Corte Cost., 10 giugno 2011, n. 183, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3707 ss., negli stessi termini Corte Cost., 11 giugno 1993, n. 306; per una simile posizione nella giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca cfr. *Bundesverfassungsgericht*, 21 giugno 1977, in *BVerfGE* 45, 253.

un arco di politiche penali ugualmente legittime, che possono contemperare in modo diverso finalità diverse»[23].

Retribuzione e prevenzione (generale o speciale) non sarebbero scopi inconciliabili, ma due facce della stessa medaglia che dovrebbero trovare una sintesi in quella concezione unitaria o polifunzionale della pena elaborata dalla dottrina italiana a partire dagli anni Sessanta[24].

Sia che si tratti della concezione polifunzionale «sincretistico-additiva» che privilegia l'una o l'altra finalità della pena a seconda delle esigenze politico-criminali, oppure di quella polifunzionale «dialettica» (desumibile dalla giurisprudenza costituzionale più recente), che calibra le finalità a seconda del segmento del meccanismo repressivo interessato – minaccia legislativa, commisurazione ed esecuzione[25] –, una sintesi tra le diverse teorie della pena sarebbe possibile attraverso un'elaborazione teorica che, lontana dal ritenere autolegittimato l'intervento repressivo, ma facendo salvi i criteri indispensabili per individuare una risposta proporzionata al fatto di reato commesso, attribuisca alla pena il compito di produrre effetti preventivi.

Se il compito di un diritto penale laico e secolarizzato non può essere più quello di «realizzare sulla terra una giustizia metafisica»[26], ma piuttosto quello di garantire la tutela dei beni giuridici e della convivenza delle persone nella società, allora gli strumenti punitivi previsti devono essere orientati al perseguimento di tale *scopo razionale e socialmente utile*[27].

In tal senso, solo la tutela della società dalla commissione di futuri reati, attraverso la dissuasione dei potenziali autori, e il ricorso alla pena come strumen-

---

[23] Così D. PULITANÒ, *Ragionevolezza*, cit., p. 53.

[24] G. FIANDACA, *sub. Art. 27, c. 3*, cit., p. 235 ss.; sul punto v. M. PAVARINI, *Lo scopo della pena*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Torino, 2012, p. 436 ss.

[25] E. DOLCINI, *La commisurazione della pena, la pena detentiva*, Padova, 1979, *passim*; G. FIANDACA, *sub. Art. 27, c. 3*, cit., p. 332 s.

[26] M. ROMANO, F. STELLA, *Introduzione*, in M. ROMANO, F. STELLA (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati,* Bologna, 1980, p. 7; già in F. VON. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin, 1932, p. 21; negli stessi termini l'*Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches* del 1966 ribadiva che «l'inflizione di una pena non è un processo metafisico, ma un'amara necessità in una società di natura imperfetta come lo sono gli uomini»; «*Strafe zu verhängen ist kein metaphysischer Vorgang, sondern eine bittere Notwendigkeit in einer Gemeinschaft unvollkommener Wesen, wie sie die Menschen nun einmal sind*»; in tal senso anche G. VASSALLI, *Funzioni ed insufficienze*, cit., p. 1361 ss.

[27] Cfr. F. STELLA, *La tutela penale della società*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 75 ss.; M. ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in M. ROMANO, F. STELLA (in a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 151 ss., 167; K. GÜNTHER, *Die Symbolisch-expressive*, cit., p. 205; M. PAVARINI, *I nuovi confini della penalità*, Bologna, 1994, p. 59.

to idoneo a risocializzare il condannato sono in grado di riempire di senso la risposta punitiva [28].

Allo stesso tempo, si sottolinea che una concezione della pena puramente preventiva non potrebbe trovare giustificazione in un moderno Stato di diritto. E ciò perché l'intervento punitivo statale, se non può fare a meno di perseguire scopi ulteriori per evitare di rimanere imprigionato in un universo metafisico che si autolegittima, deve conservare il limite garantista offerto dalla retribuzione, al fine di arginare le eventuali distorsioni che una risposta sanzionatoria orientata allo scopo potrebbe produrre [29].

## 2. *Pena ed empiria: un confronto ormai ineludibile*

Qualsiasi riflessione sulla pena, se non vuole rimanere imprigionata nell'astrazione di un sistema teorico impermeabile a una realtà sempre più fluida, deve necessariamente fare i conti con i dati empirici. L'approccio legato all'empiria, nel consentire di verificare una determinata concezione teorica, costituisce un indispensabile aiuto per il penalista a uscire da un'autoreferenziale riflessione accademica sulla pena, che resta «confinata nelle biblioteche: può essere magari seducente e suggestivo, magari gratificante, ma paga fatalmente la distanza rispetto ad un confronto con la realtà» [30].

Non è dunque un caso se, ormai da tempo, si rileva che «i tradizionali fini della pena, così colossali da sembrare utopici, se considerati in una prospettiva empirica – in termini di *effettività dello scopo raggiunto* – necessitano dell'analisi di un grande numero di casi criminali e di un lungo lasso temporale per verificarne l'esito» [31].

Da un diverso ma complementare punto di vista, un approccio chiuso all'empiria rischia altresì di risultare acriticamente contemplativo rispetto al diritto vigente: «fermo il vincolo al principio di legalità, la discussione sui principi e la ricerca di principi anche trascendenti il sistema fa parte dell'attività più significativa della cultura giuridica. Rinunciarvi sarebbe come identificare a priori l'orizzonte della riflessione giuridica con l'orizzonte "qui e ora" di un determi-

---

[28] W. HASSEMER, *Warum*, cit., p. 62; cfr. G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 110 ss.; C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena (Trad. it. a cura di L. Eusebi)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 15.

[29] Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 76; W. HASSEMER, *Darf der strafende Staat Verurteilte bessern wollen? Resozialisierung im Rahmen positiver Generalprävention,* in W. PRITTWITZ, M. BAURMANN, K. GÜNTER (a cura di), *Festschrift für Klaus Lüderssen,* Baden Baden, 2002, p. 225.

[30] A. ALESSANDRI, *Delitti e pene*, cit., p. 671 ss.; all'interno di una riflessione più ampia cfr. ID., *Impresa e giustizia penale*, cit., p. 49; in tal senso v. anche M. RUOTOLO, *Gli Stati generali dell'esecuzione penale: finalità e obiettivi*, in *Dir. pen. cont.*, 11 marzo 2016, p. 1.

[31] C.E. PALIERO, *La mediazione penale*, cit., p. 132 s.

nato ordinamento positivo: una pretesa (ove mai attuabile) che ridurrebbe il lavoro del giurista a mera tecnica di supporto di qualsiasi scelta contingente dei detentori del potere normativo»[32].

Il mondo della pena sembra costituire il campo privilegiato per un confronto con l'empiria, i cui dati ineludibili rappresentano uno degli strumenti più potenti di cui dispone «un contropotere senza potere»[33] per vagliare criticamente modalità e contenuti del sistema repressivo vigente.

Proprio una giustizia penale che infligge privazioni e sofferenze al reo e alle persone che lo circondano, non può rimanere indifferente alla realtà, ma dovrebbe, invece, verificare sia gli (eventuali) effetti negativi generati dai propri strumenti di controllo, sia l'utilità marginale prodotta dal ricorso a questi ultimi. In tal senso, pare necessario riportare il discorso sulla pena ad esigenze pratiche[34]: il problema della pena non può completamente risolversi, e non può neppure più essere posto, in termini di semplice teoria della pena[35].

Che la pena debba confrontarsi con la realtà empirica è un'idea nata nel contesto delle teorie preventive. Né la pura realizzazione di un ideale di giustizia né la plausibilità meramente teorica possono più legittimare l'intervento punitivo, ma è l'analisi empirica della realtà fattuale a costituire un importante strumento di misurazione della razionalità di un sistema repressivo. Che siano scopi di neutralizzazione o di rieducazione del reo, di intimidazione o di orientamento della collettività, vi è un filo comune che unisce l'idea preventiva: la ricerca di un equilibrio che non si chiuda in un'ottica punitiva rivolta al passato, ma allarghi il suo sguardo al futuro e abbracci il problema della pena in tutta la sua ingombrante e umanamente drammatica materialità.

In altri termini non sembra poter trovare piena legittimazione una concezione della pena che si limiti a verificare la ragionevolezza e la plausibilità delle proprie ipotesi esplicative solo sul piano logico e rimanga distante dalla prassi applicativa.

E ciò non tanto perché un sistema penale così costruito finirebbe per anteporre ideologicamente il dover essere all'essere, ma per l'esigenza di scongiurare, proprio in considerazione dei compiti sociali e solidaristici assegnati al diritto penale[36], la creazione di una frattura incolmabile tra il piano teorico e la realtà applicativa. Il rischio che si determini una frattura tra teoria e prassi risulta, infatti, particolarmente vivo proprio in relazione alla pena, le cui attribuzioni di

---

[32] Cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 73.

[33] Così D. PULITANÒ, *La cultura giuridica e la fabbrica delle leggi*, in *Dir. pen. cont.*, 16 ottobre 2015, p. 1.

[34] W. HASSEMER, *Darf der strafende Staat*, cit., p. 73.

[35] Sul punto v. M. FOUCAULT, *Alternatives*, cit., p. 33.

[36] G. FIANDACA, *sub art. 27, c. 3 Cost.*, cit., p. 223 ss.

scopo, a causa della perenne incertezza o mancanza di dati empirici [37], rimangono avvolte nell'ombra.

Ma vi è di più: è proprio l'indefettibile carattere politico delle teorie della pena [38] a pretendere la massima apertura del dialogo con il sapere scientifico, per cercare di razionalizzare, quanto più possibile, le scelte di politica criminale in tale ambito.

Accanto al confronto, sul piano normativo, tra le scelte in materia sanzionatoria dei diversi Paesi, sarebbe altresì auspicabile che tale proficua comparazione venga svolta da un punto di vista empirico tra le prassi punitive dei sistemi nazionali.

Alla costante e più frequente ricerca inter-sistematica e al progressivo affinamento di una teoria del reato costruita sulla base di un modello scientifico più o meno comune non ha corrisposto uno sforzo altrettanto significativo per superare o, quanto meno, "attenuare" la perenne irrazionalità insita nel sistema sanzionatorio.

La frattura tra scientificità della teoria del reato e dimensione puramente politica della teoria della pena è segnata dallo stigma indelebile della teoria retributiva: una pena senza scopo non può che essere sorda rispetto a qualsiasi sapere scientifico in grado di spiegare gli effetti del sistema penale e orientare gli strumenti punitivi verso un obiettivo razionale. Obiettivo razionale dal quale dipende la stessa legittimazione democratica dell'intero sistema penale [39]: quali che siano le raffinate modalità di accertamento della responsabilità penale e le inderogabili garanzie per l'autore di reato, il presupposto fondamentale e il punto di partenza imprescindibile di qualsiasi discorso penalistico sono gli effetti prodotti dagli strumenti sanzionatori e, più in particolare, la necessità di ridurre al minimo gli elevati costi umani e sociali generati dalla pena detentiva. E ciò a maggior ragione dinanzi alle condizioni disumane nelle quali vivono i detenuti in Italia.

L'analisi della prassi punitiva si rende altresì necessaria per misurare l'effettività della pena, ossia la sua idoneità a produrre margini di utilità sociale positivi rispetto al male prodotto. Ove questo bilancio fosse negativo, l'ineffettività della pena risulterebbe non solo disfunzionale e, dunque, priva di un orientamento allo scopo, ma solleverebbe anche pesanti dubbi di legittimità costituzionale, «in quanto contraria, sia al canone "*in dubio pro libertate*" sia agli stessi principi di eguaglianza e solidarietà sociale» [40]. A tal riguardo si potrebbe ipotiz-

---

[37] G. FIANDACA, *Scopi della pena*, cit., p. 132 s.

[38] M. DONINI, *Scienza penale*, cit., in particolare p. 107 ss.

[39] Sulla legittimazione democratica del sistema penale nella misura in cui contribuisce al recupero e alla promozione della dignità della persona, si veda G.A. LODIGIANI, *Alla scoperta della giustizia riparativa. Un'indagine multidisciplinare*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa*, Bologna, 2015, p. 19.

[40] C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p.

zare l'impiego dei vincoli di realtà – utilizzati per il controllo di legittimità sulle scelte di incriminazione – per stabilire presupposti e limiti entro i quali il sistema penale può fare legittimamente ricorso a *determinate tipologie di risposte punitive* i cui effetti positivi non siano verificati o verificabili; o peggio: i cui risultati negativi sembrano soverchiare quelli favorevoli.

Eppure, non mancano ancora oggi voci che, nel confermare il canone di razionalità ridotta della teoria della pena, auspicano una definitiva separazione tra diritto penale e valutazioni empiriche, per riportare il dibattito in un universo metafisico, nel quale il dolore della pena avrebbe un unico scopo: il consolidamento cognitivo della validità della norma violata dal reo [41].

Confinare la realtà estremamente problematica della pena all'interno di un approccio meramente teorico, impermeabile al sapere empirico, rischia non solo di segnare il ritorno al dominio di quel paradigma retribuzionistico che è da sempre all'origine dell'incomunicabilità tra scienza penalistica ed empiria [42], ma di rendere le scelte di politica criminale del tutto indifferenti alle complesse vicende storiche che hanno caratterizzato l'evoluzione del sistema penale [43].

Oltre a generare effetti disfunzionali in termini di effettività, la frattura tra modello legale e *law enforcement* favorisce, a sua volta, una produzione legislativa che non risulta poi in grado di affrontare le questioni problematiche proprio per la mancanza di dati empirici. Da un'immagine sfuocata della realtà non possono che derivare soluzioni che, inserendosi in un circolo negativo, generano disorientamento e incertezza.

Ormai da troppo tempo le scelte di politica criminale, specialmente in riferimento alla configurazione del sistema repressivo, sembrano essere guidate dall'emotività contingente e da un approccio perennemente emergenziale più che da un disegno razionale saldamente ancorato al dato empirico [44]. Per queste ragioni, nel prosieguo del lavoro, si cercherà di accompagnare, di volta in volta,

---

447; in tal senso anche M. DONINI, *Per una concezione*, cit., p. 1196; sul punto v. Corte Cost., 19-25 luglio 1994, n. 341, nella quale si nega «legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statutali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società proporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni».

[41] G. JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, p. 29; ID., *Das Strafrecht zwischen*, cit., p. 845.

[42] Cfr. G. MARINUCCI, *L'abbandono del codice Rocco*, cit., p. 341.

[43] F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Certezza o flessibilità*, p. 26.

[44] Cfr. E. DOLCINI, *La "rieducazione del condannato" tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 469 ss.; ora in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, p. 165 ss.; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, cit., p. 55 ss.; C.E. PALIERO, *Metodologie*, cit., p. 546 s.; F. PALAZZO, *Analisi empiriche ed indicazioni di riforma in materia di sanzioni sostitutive ex officio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 681 ss.; in senso parzialmente diverso T. PADOVANI, *La disintegrazione*, cit., p. 449.

l'analisi teorica con i dati e gli studi empirici che sembrano costituire un valido e utile punto di riferimento.

## 3. *Il lento progresso civile del sistema punitivo*

Sospeso nella dicotomia retribuzione-prevenzione e refrattario al confronto con l'empiria, il dibattito sulle teorie della pena sembra lasciare aperte aree di irrazionalità o, per meglio dire, di irragionevolezza assiologica. E ciò non solo perché la pena, pigramente sostenuta da quell'innata quanto umana propensione alle idee-mito «"eternizzate"» che la hanno originata, rischia di sfuggire alla ragione discorsiva [45], ma perché il sistema punitivo rimane ancora troppo legato ad irrazionali bisogni emotivi e simbolici [46]: «non è necessaria un'analisi approfondita del diritto penale attuale per constatare un approfondimento della frattura tra la realtà e la sua rappresentazione ufficiale» [47].

Non è altro che una «pigra assimilazione», alla quale sembra essere assuefatto l'orientamento politico dominante, quella che continua legare il tutt'altro che logicamente automatico binomio pena-carcere [48].

A ben vedere, le teorie della pena rischiano di non essere altro che miti razionalizzati: elaborazioni che, pur non trovando un solido fondamento empirico ed essendo in gran parte sottratte al metodo scientifico, ricevono legittimazione grazie al riconoscimento ufficiale del legislatore o dell'autorità giudiziaria. Per tentare di sfuggire al vuoto di senso espresso della pena detentiva come *prima ratio*, la giustizia penale aggiunge al non-senso dell'incarcerazione delle particelle di "senso": attività formative, lavoro, sporadici contatti con la realtà esterna e una fragile conservazione delle relazione sociali ed affettive, ecc. [49]. Particelle di senso che, nel temperare l'irrazionalità della mera sottrazione, dovrebbero esse-

---

[45] Cfr. U. GALIMBERTI, *I miti del nostro tempo*, Milano, 2009, p. 11 s.; M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sense*, cit., p. 16; G. MANNOZZI, *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1129 ss.

[46] Cfr. F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, Stuttgart, Berlin, Köln, 2002 p. 14, parla di una risposta in funzione di «*canalizzazione e freno dei bisogni di punizione*»; W. NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, Neuwied, Kriftel, 2000, p. 41; B. HAFFKE, *Die Legitimation des staatlichen Strafrechts zwischen Effizienz, Freiheitsverbürgung und Symbolik,* in B. SCHÜNEMANN, H. ACHENBACH, B. HAFFKE (a cura di) *Festschrift für Klaus Roxin zum 70. Geburtstag,* Berlin, 2001, p. 955.

[47] Cfr. M. VOGLIOTTI, *Le metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 634 s.

[48] A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Dir. pen. cont.*, 10 giugno 2014, p. 10.

[49] Cfr. N. FRIZE, *Le sens de la peine. État de l'idéologie carcérale*, Paris, 2004, p. 61.

re finalizzate a (ri)creare quel livello minimo di integrazione sociale che la stessa privazione della libertà contribuisce a pregiudicare.

Più che uno strumento in grado di far assumere al reo il compito responsabilizzante di reintegrare, per quanto possibile, la frattura sociale e umana causata dal reato, l'intera dinamica della pena rimane, in gran parte, fondata sull'inflizione volontaria di una risposta "per sottrazione", il cui contenuto è pensato esclusivamente in negativo[50], come surrogato "civilizzato" della violenza vendicativa celebrata dallo splendore dei supplizi.

A prescindere dall'ineliminabile contenuto punitivo, senza il quale la sanzione penale smetterebbe di essere tale, il modello di risposta al reato per eccellenza (la pena detentiva), nel replicare, sia sul piano simbolico che materiale, il male del reato, dovrebbe in modo contro-intuitivo realizzare un bene: reintegrare socialmente l'autore del reato e conservare la pace sociale[51].

In realtà, «le scelte in materia sanzionatoria sono fondate molto più sulla tradizione che sulla razionalità»[52]. La pena sembra poter rispondere all'insicurezza e alle paure individuali e collettive solo attraverso la minaccia e l'inflizione di un male che produce a sua volta paura ed insicurezza[53]. È questo l'ineliminabile elemento di contraddizione che getta la pena in uno stato di perenne crisi: una crisi che rimane sospesa solo nei periodi storici in cui la violenza della pena (quanto meno nel modello punitivo storicamente dato) diviene strumento per imporre un nuovo ordine di valori[54].

Per riprendere la citazione proposta in apertura, la configurazione del modello repressivo rappresenta, in modo forse ancora più spiccato rispetto ai fondamenti dogmatici della teoria generale del reato[55], la matrice essenziale di un

---

[50] Cfr. G.P. DEMURO, *Diritto penale e risarcimento del danno: la tutela del bene giuridico concretamente leso*, in *Riv. pen.*, 1994, p. 1201 ss.

[51] Cfr. L. EUSEBI, *Ripensare le modalità della risposta ai reati traendo spunto da C. Eur. Dir. Uomo 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italie*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4938 ss.; cfr. sul punto K. BINDING, *Grundriss des Deutschen Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Leipzig, 1907, p. 226 s. che, nel criticare l'idea dello scopo di *von Liszt*, affermava che la pena «non doveva curare, ma ferire il condannato».

[52] V. GREVE, *Criminal Law: A Technical Tool or a Cultural Manifestation On Uniformity and Subsidiarity*, in *Scandinavian Studies in Law, Criminal Law*, vol. 54, 2009, p. 51 ss.

[53] Cfr. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, p. 24 s.

[54] In tal senso F. PALAZZO, *Bene giuridico e tipi di sanzioni*, in *Ind. pen.*, 1992, p. 209 ss., in particolare p. 229.

[55] Si pensi a quanto le teorie della pena incidono non solo sulle scelte di incriminazione, ma anche sulla ricostruzione di alcune categorie dogmatiche. Sul primo aspetto v. G. FORTI, *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 597 ss. A tal riguardo ci sembra di poter rilevare che, almeno in parte, la crisi di legittimazione della tutela penale sia dovuta alle incertezze circa il fondamento giustificativo della risposta punitiva. Sul secondo versante, basti qui considerare quanto le esigenze di prevenzione generale sembrano

sistema penale, il suo codice genetico [56]. Accanto al difficile, ma certamente più lineare percorso seguito dalla ricerca di una soluzione al fondamentale problema di politica criminale, «che è di sapere quando si debba punire e quando no» [57], riemerge con particolare urgenza il problema del "come punire", il cui stato dell'arte risulta certamente più involuto oltre che in certa misura più rilevante.

Sono le risposte punitive a tracciare in senso formalistico i confini dell'area del penalmente rilevante e il carattere repressivo e di censura della pena a connotare [58], sia sul piano sostanziale che metaforico, l'intero ordinamento penale. Sono ancora gli strumenti punitivi a raccontare l'evoluzione del diritto penale e a misurare il livello di sviluppo di una civiltà [59].

In tal senso il principio di rieducazione del condannato fissato dall'art. 27, comma 3, Cost., più che rappresentare una rigida presa di posizione nell'aspro dibattito sulle teorie della pena, costituisce innanzitutto un principio di civiltà. Principio di civiltà che, oltre ad essere volto a «contrastare gli effetti desocializzanti», la disumanità e il degrado del carcere, indica all'interprete la strada aperta verso la razionalizzazione dell'intero sistema sanzionatorio [60].

---

plasmare i criteri di valutazione del dolo eventuale; sul punto v. Corte d'Assise di Torino, 15 aprile 2011 con nota di G. FIANDACA, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo*, in *Dir. pen. cont.*, 17 febbraio 2012, p. 2; sono ancora esigenze di prevenzione generale a portare alla «disapplicazione dell'errore su legge extrapenale», alla «trasformazione di reati di evento in reati di pericolo» e al ricorso all'«interpretazione estensivo-analogica della fattispecie»: così M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, p. 913 s.; cfr. altresì C.E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 515, il quale dubita «che si riesca a trovare un solo testo che *muova* dall'argomento della pena («Capitolo I: la teoria della pena e il sistema sanzionatorio»; anche la topografia espositiva ha la sua funzione: pedagogica, ma anche concettuale), per conquistare *subito,* come sembrerebbe naturale alla stregua di un paradigma teleologico, il caposaldo su cui fondare (per poi divulgare) in tutte le sue articolazioni il sistema che da tale caposaldo in ultima analisi *dipende* e *discende* (nella nostra materia, essenzialmente, «il reato»)».

[56] G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Studi di diritto penale*, 1991, p. 45 ss.; F. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, p. 340.

[57] G. DELITALA, *Le dottrine generali del reato nel progetto Rocco*, 1927, ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, 1976, p. 280 s.

[58] Per tutti cfr. C. PEDRAZZI, voce *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, p. 64 ss., ora in ID., *Diritto penale*, vol. I, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, p. 147 ss.

[59] Cfr. F. DOSTOEVSKIJ, *Memorie di una casa morta*, Milano, 2004; W.S. CHURCHILL, *Intervento del 20 luglio 1910 in qualità di Home Secretary dinanzi alla House of Commons, Official Report, Hansard*, vol. XIX, col. 1354: «*The moral temper of the public in regard to the treatment of crime and criminals is one of the most unfailing tests of the civilisation of any country*».

[60] E. DOLCINI, *La "questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1658.

Non si tratta semplicemente di un limite posto a tutela della dignità del detenuto [61] e di un argine rispetto al perseguimento di finalità di neutralizzazione. La finalità rieducativa è in grado, nel suo profondo significato culturale, di *sovvertire l'intima logica punitiva*: da reazione pensata in negativo, come vuota esclusione, a risposta sanzionatoria costruita su un modello di comportamento positivo, che sia orientato verso la reintegrazione dell'offesa e la responsabilizzazione del condannato [62].

Poiché il finalismo rieducativo dovrebbe plasmare la pena «da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue» [63], non può che essere la pena in astratto e, dunque, la comminatoria edittale a costituire il privilegiato e fondamentale momento in cui il dettato costituzionale dovrebbe manifestarsi e trovare attuazione. E ciò non più solo in relazione al *quantum,* bensì con riguardo al contenuto concreto della risposta punitiva.

In breve: il finalismo rieducativo dovrebbe incidere sulla dimensione qualitativa astratta e non su quella quantitativa. Sono le decisioni su come calibrare la *specie astratta* della sanzione a tracciare, dunque, i confini del campo nel quale deve trovare attuazione l'art. 27, comma 3, Cost.

Se si circoscrivesse, come ha prevalentemente fatto il legislatore, la valenza dell'art. 27, comma 3, Cost. alla fase dell'esecuzione della pena (detentiva) [64], si finirebbe per marginalizzare e, dunque, sterilizzare il portato rivoluzionario di tale principio.

Non è, dunque, un caso se la Corte costituzionale, nella sentenza 313/1990 (pur non priva di qualche ombra in tema di proporzionalità della pena "verso l'alto"), ha sancito che «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».

---

[61] Cfr. G. FORTI, *Dignità umana e persone soggette all'esecuzione penale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 237 ss.

[62] Cfr. A. PUGIOTTO, *op. cit.*, p. 8, e p. 10 ss. il quale osserva che «errata, dunque, è l'interpretazione costituzionale che separa i due principi, mirando a differenziarne la forza cogente: mentre il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità si collocherebbe sul "piano ontico" della sanzione, lo scopo della risocializzazione del reo opererebbe esclusivamente su quello "deontico". Con la conseguenza che la pena perderebbe la sua legalità solo quando è inumana, non anche quando è priva di finalità rieducativa».

[63] Così Corte Cost., 26 giungo-2 luglio 1990, n. 313; in tal senso, di recente, Corte Cost., 21 settembre-10 novembre 2016, n. 236, in *Dir. pen. cont.*, 14 novembre 2016, con nota di Viganò; sul punto v. anche Corte Cost., 17-25 maggio 1989, n. 282, nella quale la Corte, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 177 c.p., afferma che il principio rieducativo «comporta, oltre al ridimensionamento delle concezioni assolute della pena, la valorizzazione del soggetto, reo o condannato, in ogni momento della dinamica penal-sanzionatoria (previsione astratta, commisurazione, soltanto in senso ampio od anche in senso stretto, ed esecuzione)».

[64] Così come dalla giurisprudenza costituzionale a partire dagli anni Settanta: Corte Cost., 4 luglio 1974, n. 204; Corte Cost., 6 agosto 1979, n. 114.

Avendo assunto il ruolo di necessario raccordo costituzionale del principio di colpevolezza [65] e del sindacato di legittimità fondato sul principio di uguaglianza-ragionevolezza [66], il principio rieducativo, anche se declinato secondo la (forse ancora troppo) prudente interpretazione della Corte costituzionale, ha consentito di rimodellare o tagliare i frutti più avvelenati delle scelte politico criminali securitarie. Ciò è avvenuto, ad esempio, in relazione ad alcune delle più irragionevoli preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari o, più recentemente, in riferimento alle limitazioni alla discrezionalità del giudice nell'applicazione della recidiva e nei limiti al bilanciamento della circostanze.

La prevenzione speciale positiva non ha una mera valenza argomentativa, bensì costituisce un principio che, al pari di quello di colpevolezza, si è evoluto nel tempo, assumendo sempre più il carattere di principio dimostrativo, in grado di plasmare modi e forme della giustizia penale [67].

In questa prospettiva, politica criminale e cultura sono fattori legati da un rapporto di reciproca implicazione, nel quale il modello repressivo riceve stimoli e produce effetti sul sistema sociale [68].

Se il processo di civilizzazione influisce sulla configurazione dei modelli repressivi [69], definendo i contorni ed i limiti esterni del diritto punitivo, le risposte punitive influiscono, a loro volta, sullo sviluppo culturale [70]. In altri termini, i tratti caratterizzanti del sistema punitivo sono in grado di rivelare aspetti determinanti di una società, proiettando un'immagine della qualità delle relazioni sociali e del rapporto tra individui e autorità.

A sua volta, la nostra capacità di discernere ciò che costituisce una forma sanzionatoria tollerabile o civile dipende dagli stessi modelli culturali che utilizziamo per giudicare ciò che è intollerabile o disumano.

In tal senso è «il progresso civile e culturale a rendere oggi intollerabili le sof-

---

[65] Per tutte v. Corte Cost., 23-24 marzo 1988, n. 364.

[66] *Ex multis*, di recente, v. Corte Cost., 8-23 luglio 2015, n. 185.

[67] M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1999, vol. XIV, p. 295.

[68] Cfr. F. PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 97 ss.; D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, p. 140, il quale osserva che «un sistema come quello penale [...] con i suoi costi e la sua incidenza spesso drammatica, non sarebbe concepibile al di fuori di uno stretto rapporto dei suoi lineamenti e contenuti fondamentali con un contesto sociopolitico che li produce e li giustifica».

[69] Lo rilevava C. PEDRAZZI, *La privation de la liberté dans les perspectives de la lutte contre le crime, particulièrment à l'égard des ses nuovelles formes*, in *Colloquio di Bellagio in preparazione del 5° Congresso delle Nazioni Unite per la prevenzione dei reati e il trattamento dei delinquenti (Toronto 1-12 settembre)*, Milano, CNPDS, 1975, p. 82 ss.; ora in ID., *Diritto penale, Scritti di parte generale*, vol. I, Milano, 2003, p. 499 ss.; cfr. N. ELIAS, *Über den Prozeß der Zivilisation,* Frankfurt am Main, 1969; sul punto v. anche M.J. FALCÓN Y TELLA, F. FALCÓN Y TELLA, *Fondamento e finalità della sanzione: diritto di punire?*, Milano, 2008, p. 27 ss.

[70] D. GARLAND, *Punishment and Modern Society*, Oxford, 1990, p. 196 ss. e p. 249 ss.

ferenze inutili o comunque eccessive»[71]. È questo un vincolo di sostenibilità sociale e morale del punire[72] con il quale il sistema punitivo vigente può e deve fare i conti, soprattutto quando la giustizia penale sembra produrre costi umani più elevati, in termini di esclusione e sofferenza, di quanti siano i benefici derivanti da strumenti di tutela che, oltre ad essere fatalmente tardivi, sono strutturalmente incapaci di farsi carico degli interessi lesi.

Se i modelli repressivi non possono fare a meno del consenso dei consociati, senza che ciò determini un vuoto di legittimazione, le scelte di politica criminale compiute dal legislatore, non dovendo necessariamente assecondare le (irrazionali) pulsioni repressive presenti nella società, possono (e forse devono) svolgere un ruolo di propulsione sulla coscienza sociale. Tale funzione promozionale può essere esercitata dal diritto penale, come è stato autorevolmente osservato, nel momento in cui le risposte al reato «si concretino in una controazione volta ad elidere od attenuare l'offesa di un interesse attinente allo sviluppo in senso costituzionale della società»[73].

Come è stato efficacemente messo in luce dalla Corte costituzionale tedesca, «la storia del diritto penale mostra chiaramente che pene sempre più miti hanno preso il posto delle pene più crudeli. Il progresso segnato dal passaggio da risposte punitive più brutali a più umane, dalle più semplici alle più differenziate è andato avanti, mentre si delinea il cammino che è ancora da percorrere»[74].

Nella medesima prospettiva sembra inserirsi una presa di posizione della Corte costituzionale italiana. Chiamata a pronunciarsi sugli irragionevoli effetti in tema di prescrizione che sarebbero derivati dall'applicazione dell'art. 157, comma 5, c.p. – la norma prevede, infatti, che «quando per il reato la legge sta-

---

[71] L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 413; R. BARTOLI, *Il carcere come extrema ratio: un proposta concreta*, in *Dir. pen. cont.*, 12 maggio 2016, p. 3, laddove l'A. osserva: «si potrebbe dire che se poco più di duecentocinquanta anni fa, un unico pensatore come Cesare Beccaria si scagliò per primo e in solitudine, ma con estrema forza, contro la disumanità della pena di morte, dando l'abbrivio a quel percorso che poi ha portato in Europa al suo totale superamento, oggi una pluralità di pensatori ha iniziato a prendere di mira la disumanità del carcere, consacrando con ogni probabilità un punto di non ritorno, che, se, da un lato, è utopico ritenere che porterà all'abolizione del carcere, dall'altro lato, con ogni probabilità mina irreversibilmente le fondamenta di un sistema sanzionatorio carcero-centrico».

[72] D. PULITANÒ, *Ragionevolezza*, cit., p. 26.

[73] Cfr. F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Quest. crim.*, 1981, p. 445 ss.; ora anche in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I/II, 1997, p. 1424; F. BRICOLA, *Diritto premiale e sistema penale*, in *Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penali* (Como 26-27 giugno 1981), Milano, 1983, p. 121 ss.; ora anche in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I/II, 1997, p. 1459 ss.; sul punto v. E. DOLCINI, *La commisurazione*, p. 139; in questo senso anche G. AMARELLI, *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza del lavoro*, Napoli, 2008, p. 49 s.

[74] BVerfGE 45, pp. 187, 229 «*Die Geschichte der Strafrechtspflege zeigt deutlich, dass an die Stelle grausamster Strafen immer mildere Strafen getreten sind. Der Fortschritt in der Richtung von roheren zu humaneren, von einfacheren zu differenzierteren Formen des Strafens ist weitergegangen, wobei der Weg erkennbar wird, der noch zurückzulegen ist*».

bilisce pene diverse da quella detentiva e da quella pecuniaria, si applica il termine di tre anni»[75] –, la Corte, sia pure incidentalmente, ha affermato che «si deve ritenere, in definitiva, che il novellato quinto comma dell'art. 157 cod. pen. abbia inteso porre le premesse per un futuro sistema sanzionatorio caratterizzato da pene diverse da quella detentiva e pecuniaria»[76].

Nasce qui, in questa congiuntura tra giustizia penale e progresso civile, l'ipotesi di lavoro dalla quale si intende prendere le mosse. Prima ancora di fissare più precisamente i confini dell'indagine, pare tuttavia opportuno gettare uno sguardo sul lato più oscuro del sistema penale: l'apparentemente insuperabile primato teorico e la terribile realtà della pena detentiva [v. anche *infra* cap. III, par. 3.3].

## 4. *L'essenza della tragedia: la perenne centralità della pena detentiva*

Più frequentemente analizzato in riferimento alle scelte di incriminazione[77], il principio di *extrema ratio* dovrebbe innanzitutto guidare la configurazione del sistema sanzionatorio, limitando il ricorso alla privazione della libertà[78]. Ed invece, proprio quando viene analizzato in relazione alle scelte d'incriminazione, il principio di *extrema ratio* sembra confermare la centralità della sanzione crimi-

---

[75] Gli effetti sarebbero stati irragionevoli perché, nell'ambito della giurisdizione del giudice di pace, le "diverse" pene principali (permanenza domiciliare e lavoro di pubblica utilità) si sarebbero prescritte in tre anni, mentre la meno grave pena pecuniaria sarebbe stata sottoposta ai termini ordinari di prescrizione, rispettivamente di quattro anni per le contravvenzioni e di sei per i delitti.

[76] Corte Cost., 14 gennaio 2008, n. 2.

[77] G. KAISER, *Kriminologie,* Heidelberg, 1996, p. 207 ss.; G. FIANDACA, *sub Art. 27, c. 3*, cit., p. 264; G. MARINUCCI, *Sistema sanzionatorio e riforma delle misure alternative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 174 s.; a tal riguardo si veda Corte Cost., 6-18 luglio 1989, n. 409, che, nel valorizzare il principio di *extrema ratio*, ha affermato che «il principio di proporzionalità [...] nel campo del diritto penale equivale a negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni». Da ultimo in dottrina v. G.P. DEMURO, Ultima ratio: *alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1654 ss.; sul punto cfr. G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 149 ss.; C. ROXIN, *I compiti futuri*, cit., p. 8; per una critica della centralità della pena detentiva, sia pure in una prospettiva incentrata sulla prevenzione generale cfr. T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, Milano, 1981, *passim*, in particolare p. 263, il quale afferma che la pena detentiva «è destinata a persistere sintanto che la libertà personale costituirà un valore socialmente rilevante»; ciò non di meno «gli effetti paradossi della sua esecuzione ne impongono l'utilizzazione entro i limiti dell'*extrema ratio*»; nel quadro della vittimo-dommatica cfr. M. DEL TUFO, voce *Vittima del reato,* in *Enc. dir.,* XLVI, Milano, 1993, in particolare p. 1003.

[78] M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 278; L. EUSEBI, *La riforma del sistema*, cit., p. 54 ss.; F. PALAZZO, *Bene giuridico*, cit., p. 210.

nale *par excellence*: la pena detentiva. Quasi che tagliare il nodo gordiano, che lega inestricabilmente privazione della libertà personale e diritto penale, abbia quale unica logica conseguenza l'uscita dai confini del penalmente rilevante.

Trattandosi di un principio che deriva da quello di proporzionalità della pena, sancito ora dall'art. 49, paragrafo 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea [79], quello di *extrema ratio* non costituisce un criterio guida meramente tendenziale, bensì un indispensabile presupposto di legittimazione delle decisioni del legislatore in materia penale non solo sul piano delle scelte di incriminazione, ma anche in relazione alla graduazione delle tipologie di risposta punitiva.

Come affermato di recente nella Risoluzione 1938 del 2013 dell'Assemblea plenaria del Consiglio d'Europa [80], che ribadisce le indicazioni contenute nella precedente Raccomandazione n. 22 del 1999 [81], la pena detentiva, nel costituire la risposta punitiva maggiormente afflittiva e produttiva di effetti desocializzanti, dovrebbe essere riservata alle più gravi forme di aggressione a interessi fondamentali che richiedono una più intensa valorizzazione di finalità di prevenzione generale e di neutralizzazione del pericolo [82].

Per tutto ciò che, invece, non rientra in questa ristretta cerchia di casi, il carcere dovrebbe divenire l'ultima risorsa all'interno di un più ampio catalogo di risposte punitive. Risposte che, non dovendosi presentare come semplici e deboli alternative alla risposta principale, dovrebbero costituire le principali forme di reazione a determinate modalità di lesione di un ampio catalogo di interessi [83].

---

[79] Cfr. *Manifesto sulla politica criminale europea*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2009, p. 737; sul punto, nella più ampia prospettiva sovranazionale del principio di *extrema ratio* in relazione alle scelte di incriminazione v. M. BÖSE, *The principle of Proportionality and the Protection of Legal Interests* (Verhältnismäßigkeit und Rechtsgüterschutz), in *European Criminal Law Review*, 2011, p. 35 ss., il quale propone di interpretare la nozione di "norme minime" di cui all'art. 83, paragrafo 2, TUE nel duplice senso di standard minimo di protezione *attraverso* il diritto penale e standard minimo di protezione *dal* diritto penale.

[80] Parlamentary Assembly, *Resolution 1938 (2013)*, cit., al punto 1.

[81] Nella quale si afferma che «*Deprivation of liberty should be regarded as a sanction or measure of last resort and should therefore be provided for only, where the seriousness of the offence would make any other sanction or measure clearly inadequate*».

[82] H. JUNG, *Sanktionensysteme und Menschenrechte*, Bern, Stuttgart, Wien, 1992, p. 57 s.

[83] Sul punto vale la pena di fare riferimento ai principi fondamentali stabiliti dalla Raccomandazione (99) 22 del Consiglio d'Europa; in dottrina cfr. G. MARINUCCI, *Politica criminale*, cit., p. 45 ss.; cfr. G. FIANDACA, *sub Art. 27, c. 3*, cit., p. 342; *contra* F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 424 s. afferma, invece, che «quanto alla prospettiva sanzionatoria, la prospettiva è quella della semplificazione e dello sfoltimento delle attuali alternative alla pena detentiva, con conseguente riaffermazione della centralità del carcere»; sul tema, nella letteratura straniera, cfr. H. VON HOFER, *Crime and Punishment in Scandinavia*, in U.V. BONDESON (a cura di), *Crime and Justice in Scandinavia*, København, 2005, p. 65; F. VON. LISZT, *Lehrbuch*, cit., p. 12 che porta agli estremi termini il principio di sussidiarietà, sostenendo che la politica sociale è uno strumento più efficace del diritto penale nella lotta contro la criminalità («*Ungleich tiefergreifend und ungleich sicherer als die Strafe und jede verwandte Maßregel wirkt die Sozialpolitik als Mittel zur Bekämpfung des Verbrechens*»);

Nel declinare «la formula del minimalismo realistico» improntata ad esigenze «economico-funzionali», è stata a tal proposito sottolineata la necessità circoscrivere il ricorso alla pena detentiva «entro i limiti delle sole esigenze irrinunciabili di prevenzione generale» [84].

Se la pena non può che consistere in uno strumento politico criminale costruito su base razionale, pensare che un modello repressivo incentrato sulla privazione della libertà possa produrre un risultato positivo «è l'essenza della tragedia» [85] della giustizia penale. E ciò tanto più se la privazione della libertà avviene all'interno di un'istituzione che è caratterizzata, fin dalla sua nascita, da condizioni di perenne degrado e sovraffollamento [86].

Sia pure dinanzi alla ciclica constatazione da parte della dottrina sull'ininterrotto e «grave stato di crisi della pena carceraria, i cui contenuti e la cui stessa sfera di applicazione sembrano costituire una risposta inadeguata, quando non addirittura ingiustificata o contraddittoria, di fronte al fenomeno della criminalità» [87], la pena detentiva in Italia continua ad essere la risposta largamente prevalente. L'ampia maggioranza delle condanne è costituita da quelle a pena detentiva [88].

Ciò non può che mettere in evidenza l'anacronismo del sistema sanzionatorio italiano. Un anacronismo politico criminale che trova conferma nella recente riemersione, in dottrina e tra gli "addetti ai lavori" (magistratura e operatori penitenziari),

---

critico sul punto F. MANTOVANI, *Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale*, in M. ROMANO, F. STELLA (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 69 ss., il quale ritiene che questa formula «si rivela insufficiente già sul piano teorico, oltre che pratico. Poiché i fattori criminogeni socio-ambientali non sono in grado di spiegare le risposte differenziate al crimine da parte dei soggetti di un identico ambiente e, quindi, non sono determinanti ma concomitanti nell'origine del fatto criminoso, consegue che le misure sociologiche ambientali non possono costituire una terapia «causale» sufficiente» (p. 73 s.).

[84] C.E. PALIERO, *Metodologie*, cit., 1992, p. 560 s.; in tal senso già C. PEDRAZZI, *La privation de la liberté*, cit., p. 499.

[85] D. GOLASH, *The Case*, cit., p. 2; cfr. M. DONINI, *Le tecniche di degradazione*, cit., p. 377 s. nota (n. 1) «La storia del diritto penale [...] è una tragedia senza fine per le vittime, ma anche per gli autori»; D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale*, cit., p. 116; E. DOLCINI, *La riforma della parte generale del codice e rifondazione del sistema sanzionatorio penale*, in C. DE MAGLIE, S. SEMINARA (a cura di), *La riforma del codice penale, la parte generale*, Milano, 2002, p. 197; T. PADOVANI, *L'utopia*, cit., p. 245; P.P. EMANUELE, *op. cit.*, p. 110.

[86] Cfr. H.-J. ALBRECHT, *Prison Overcrowding – Finding Effective Solutions. Strategies and Best Practices Against Overcrowding in Correctional Facilities*, Freiburg, 2012, p. 1 ss.

[87] T. PADOVANI, *L'utopia*, cit., p. 1.

[88] Le condanne a pena detentiva, nel 2004, erano il 53% del totale. A distanza di quasi dieci anni sono addirittura sensibilmente aumentate: *al 70% dei 318.193 condannati nel 2013 è stata inflitta una pena detentiva* (223.651). Se si restringe l'analisi esclusivamente alle condanne per delitto (206.865), che sono le uniche ad incidere sulla popolazione penitenziaria, quelle a pena detentiva sono 8 su 10 (ossia 161.864). Ma vi è di più: una condanna a pena detentiva su tre è per furto, rapina e reati in materia di stupefacenti. Sul punto v. ISTAT, *Condannati per delitto secondo la pena inflitta, Anno 2004, http://giustiziaincifre.istat.it*; ID., *Statistiche giudiziarie penali, Anno 2004, www.istat.it*; ID., *Annuario statistico italiano 2015*, p. 205.

di un deciso approccio critico, a tutto campo, verso il carcere come *prima ratio*[89].

Basterà citare, a tal riguardo, le parole della relazione finale degli Stati Generali sull'esecuzione penale. Non si può che sottoscrivere quanto affermato nel paragrafo intitolato "Oltre il carcere", laddove si osserva che «si deve prendere atto di un equivoco sulla natura della pena: appare vera pena solo quella che costringe e affligge, mentre le sanzioni di tipo riparativo o risocializzante sono ritenute di minore efficacia, e sicuramente meno idonee a cambiare la condotta del reo. È solo a partire da una riflessione più approfondita, prescindendo da considerazioni di carattere emotivo o viscerale, e considerando i risultati di quarant'anni di applicazione dell'ordinamento penitenziario, che si può cogliere la profonda differenza fra una pena consumata in condizione di detenzione, dalla quale una persona emerge spesso deresponsabilizzata e priva di un progetto per il futuro, se non addirittura incattivita rispetto alla società, e una pena eseguita a partire da tipologie sanzionatorie non detentive, alle quali è più facilmente accostabile una revisione critica del proprio operato e un'azione di riparazione del reato commesso»[90].

Si tratta purtroppo di una critica radicale alla centralità del carcere che, oltre a trovare scarso seguito sul piano delle scelte politiche, incontra una decisa e ostinata opposizione in ampi strati dell'opinione pubblica, che vedono nel carcere una risposta utile per ogni problema sociale.

Sia pure a fronte delle difficoltà connesse alla comparazione tra dati provenienti da ordinamenti differenti, il ricorso alla pena detentiva in altri Paesi europei (Germania, Finlandia, Danimarca e Svezia) sembra essere decisamente più contenuto [91]. A tal riguardo merita di essere messo in rilievo il radicale mutamento, nel lungo periodo, dei rapporti tra pena detentiva e pecuniaria in Germania. Nel 1883, anno in cui viene pubblicato il Programma di Marburgo[92], la gran parte delle condanne (76,8%) era rappresentato da pene detentive effetti-

---

[89] Con accenti diversi cfr. i saggi di L. EUSEBI, *Prefazione*; S. CECCHI, *Partire dalla pena*, G. DI ROSA, *La giustizia della pena*; T.E. EPIDENDIO, *La pena, il tempo e la memoria: nuovi paradigmi della complessità giuridica*, in AA.VV., *Partire dalla pena. Il tramonto del carcere*, Macerata, 2015; nonché i saggi di G. FIANDACA, *Nota introduttiva*; S. CECCHI, *Verso una penalità oltre la pena carceraria*; P. BONETTI, *Per un pluralismo delle pene*, in AA.VV., *Sulla pena. Al di là del carcere*, Macerata, 2013, rispettivamente p. 13 ss., p. 29 ss. e p. 145 ss.; L. FERRARI, *No prison ovvero il fallimento del carcere*, Soveria Mannelli, 2015; S. FERRARO, *La pena visibile o della fine del carcere*, Soveria Mannelli, 2013; L. MANCONI; S. ANASTASIA, V. CALDERONE, F. RESTA, *Abolire il carcere*, con postfazione di G. Zagrebelsky, Milano, 2015.

[90] Stati Generali sull'esecuzione penale, *Documento finale*, in *www.giustizia.it*, p. 65.

[91] In questi Paesi i condannati a pena detentiva non superano il 20% del totale. A ciò si aggiunga che anche in Francia vi è stata tra il 2006 e il 2010 un'inversione di tendenza: i condannati a pena pecuniaria sono quasi raddoppiati e i condannati a pena detentiva si sono dimezzati. Sul punto v. AA.VV., *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics,* wodc, Den Haag, 2010, p. 216 e, nell'edizione del 2014, p. 196.

[92] F. VON. LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1883, p. 1 ss. (trad. it. a cura di A.A. Calvi), *La teoria dello scopo*, cit.

vamente eseguite, mentre le pene pecuniarie erano solo il 22%. Nel 1907 la pena pecuniaria sale al 47,5%, uguagliando così il numero delle condanne a pena detentiva (47,8%). Pochi anni più tardi, nel 1913, il ricorso alla pena pecuniaria arriva a superare il 50% delle condanne pronunciate. Già nel 1928 la pena pecuniaria diviene il baricentro del sistema penale tedesco (69%) [93].

A dispetto di taluni auspici di Von Liszt in relazione agli autori di reato irrecuperabili [94], *nel 2014 il quadro è completamente ribaltato rispetto al dato iniziale del 1883*: le pene pecuniarie inflitte costituiscono il 76%, mentre quelle detentive, oltre a rappresentare il 16% del totale, risultano in gran parte sospese condizionalmente (69%) [95].

A. *Condannati in base al tipo di pena inflitta (%)* [96]

| **Paesi** | **Data rilevamento** | **Pene detentive (di cui sospese condizionalmente)** | **Pene pecuniarie** | **Sanzioni non detentive** |
|---|---|---|---|---|
| Finlandia | 2006 | 12,1 (7) | 87,5 | 1,5 |
| | 2010 | 10,4 (7,3) | 87,9 | 1,3 |
| Danimarca | 2006 | 11,6 (5,7) | 87,2 | 1,3 |
| | 2010 | 14,6 (7,8) | 83,9 | – |
| Svezia | 2006 | 20,6 (8,3) | 54,4 | 5,3 |
| | 2010 | 17,9 (8,3) | 26,1 | 4,7 |

[93] *Statistik des Deutschen Reichs*, Vol. 384; *Kriminalistik,* 1928, p. 65 ss.

[94] F. VON LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, Berlin, 1905, p. 56.

[95] Nel calcolo sono riportate anche le sanzioni previste dalla giustizia penale minorile. Se si prescinde da queste ultime l'incidenza della pena pecuniaria è pari all'84%; sul punto v. Statistisches Bundesamt Deutschland, *Rechtspflege, Strafverfolgung 2014*, Wiesbaden, 2016; W. HEINZ, *Was ist strafe?*, cit., p. 281, si tratta di condanne a pena detentiva non condizionate («*unbedingt verhänghte freiheitsentziehende Sanktionen*»).

[96] AA.VV., *European Sourcebook,* cit., p. 216 (ed. 2010) e p. 196 (ed. 2014). I dati compresi nella voce "pene detentive" comprendono la somma delle due categorie: pene detentive eseguite (*unsuspended custodial sancions and measures*) e pene sospese condizionalmente (*suspended custodial sanctions and measures*). Il dato indicato tra parentesi riguarda, invece, esclusivamente l'incidenza sul totale delle pene sospese condizionalmente (*suspended custodial sanctions and measures*). Per sanzioni detentive si fa riferimento alle *non-custodial sanctions and measures,* le quali includono: *community service; supervision; probation as a sanction of its own right.* In Svezia il 15,2% nel 2006 e il 46,1% nel 2010 delle sentenze di condanna sono di ammonimento (*verdict/admonition only*). In Inghilterra il dato relativo alle sanzioni non detentive corrisponde a quello riportato nelle *Sentencing Statistics: England and Wales 2009,* in *www.gov.uk,* p. 9; occorre peraltro precisare che l'8% delle sentenze non è classificabile nelle macro categorie riportate (*absolute discharges* e *otherwhise dealt with*); per un quadro d'insieme delle risposte sanzionatorie previste in Inghilterra v. C. MANCUSO, *op. cit.*, p. 475 ss.

| Paesi | Data rilevamento | Pene detentive (di cui sospese condizionalmente) | Pene pecuniarie | Sanzioni non detentive |
|---|---|---|---|---|
| Germania | 2006 | 19,1 (13,3) | 79,8 | – |
| | 2010 | 17,9 (12,5) | 70,0 | 11,1 |
| Francia | 2006 | 50,1 (30,8) | 37,9 | 11,1 |
| | 2010 | 43,8 (26) | 39,5 | 15,7 |
| Inghilterra | 2006 | 9,3 (2,5) | 71,5 | 9,8 |
| | 2010 | 11 (3,5) | 65,3 | 13,9 |
| Italia [97] | 2004 | 53,0 | 47,0 | – |
| | 2013 | 70,3 | 29,7 | – |

Vi è un ulteriore elemento che deve essere messo in rilievo: in Italia vi è una propensione politico criminale non solo a fare più frequentemente ricorso alla pena detentiva, ma anche in misura più elevata rispetto ad altri Paesi europei [98]. La durata delle pene effettivamente eseguite si colloca in una fascia medio-alta: nel corso dell'ultimo decennio (2005-2016), in media e a tassi costanti [99], circa *un detenuto su due sconta una pena tra tre e dieci anni,* mentre *solo un detenuto su quattro sconta una pena inferiore a tre anni.* Più precisamente il 22% dei detenuti sconta una pena tra tre e cinque anni, il 26% tra cinque e dieci anni e il 15,5% tra dieci e vent'anni. Ancora più preoccupante è il numero dei condannati all'ergastolo che, nel medesimo periodo, è aumentato del 38%.

Sia pure al netto delle (pur rilevanti) differenze normative e dei già rilevati limiti di comparazione dei dati, vale la pena di mettere in rilievo che in Germania la stragrande maggioranza dei detenuti sconta una pena inferiore a tre anni [100].

---

[97] In relazione all'Italia manca purtroppo una stima precisa sul ricorso alla sospensione condizionale della pena.

[98] Oltre a quanto già messo in rilievo, si tenga presente che in Svizzera il 90% delle condanne a pena detentiva pronunciate tra il 1994 e il 2003 sono state di durata inferiore a sei mesi. Sul punto v. K.-L. KUNZ, *Zwei Schritte vor und (mindestens) einen zurück,* in H. MÜLLER-DIETZ, E. MÜLLER, K.-L. KUNZ, H. RADTKE, G. BRITZ, C. MOMSEN, H. KORIATH (a cura di), *Festschrift für Heike Jung*, Baden-Baden, 2007, p. 470.

[99] Fatto salvo il biennio 2006-2007 i cui dati sono molto probabilmente condizionati dall'approvazione della legge di indulto; v. Detenuti per durata della pena inflitta – Anno 2005 – 2016, in *www.giustizia.it.*

[100] Nel 2014 i detenuti condannati a una pena detentiva fino a tre anni rappresentavano il 65% del totale; sul punto v. STATISTISCHES BUNDESAMT DEUTSCHLAND, *Rechtspflege, Strafvollzug, Demographische und Kriminologische Merkmale der Strafgefangene am 31.3.2014*, Wiesbaden, 2014; W. HEINZ, *Was ist strafe? Eine empirische Annäherung,* in H. MÜLLER-DIETZ, E. MÜLLER, K.-L. KUNZ, H. RADTKE, G. BRITZ, C. MOMSEN, H. KORIATH (a cura di), *Festschrift für Heike Jung,* Ba-

B. *Durata della pene inflitte a detenuti con condanna definitiva (settembre 2013)* [101]

| Paesi | Fino a 1 anno | Da 1 a 3 anni | Da 3 a 5 anni | Da 5 a 10 anni | Da 10 a 20 anni | Più di 20 anni | Ergastolo |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Svezia | 21,7 | 32,7 | 17,3 | 16,2 | 8,3 | 0,3 | 3,4 |
| Danimarca | 33,3 | 31,7 | 11,3 | 11,4 | 9 | 0,1 | 0,9 |
| Norvegia | 37,5 | 28,5 | 13,7 | 11,6 | 8 | 0,7 | – |
| Finlandia | 17,1 | 32 | 20,1 | 15,8 | 6,9 | 0 | 8 |
| Germania | 43,7 | 19,8 | 24,8 | 6,9 | 1,2 | – | 3,6 |
| Francia | 36,7 | 30,2 | 11 | 9,6 | 8,7 | 3,2 | 0,8 |
| Inghilterra | 9,4 | 21,7 | 16,4 | 18,2 | 6,4 | 0,6 | 10,7 |
| Italia | 5,8 | 20,4 | 21,7 | 28,7 | 14,3 | 5,1 | 4 |
| Spagna | 8,2 | 20,4 | 23,5 | 27,7 | 15,4 | 4,7 | – |

Ma vi è di più: la durata media della pena detentiva (scontata) in quasi tutti i Paesi europei è sensibilmente più bassa rispetto al dato italiano. A dispetto della vulgata giornalistica che sottolinea la presunta clemenza del sistema punitivo italiano nel panorama europeo, i detenuti italiani subiscono una privazione della libertà per una durata che è tra 4 e 10 mesi più lunga rispetto a quella scontata dalla maggior parte dei detenuti europei: solo in Spagna il tempo di permanenza in carcere è più elevato (v. tabella C) [102]. I Paesi scandinavi sembrano, invece, aver puntato sul ricorso a pene detentive brevissime che, nell'incidere sulla personalità attraverso il forte effetto traumatico derivante dalla limitazione della libertà, sembrano prive di effetti desocializzanti. Le pene brevissime non consentirebbero «né l'assuefazione alla sanzione, né il contagio criminale, potendo al contrario determinare sulla personalità del condannato uno *shock* più deterrente di qualsiasi prospettiva futura di pena, perché... sperimentato sulla propria pelle» [103].

---

den-Baden, 2007, p. 273 ss.; ID., *Das strafrechtiche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882 – 2004, www.uni-konstanz.de/rtf/kis/sanks04.htm;* STATISTISCHES BUNDESAMT DEUTSCHLAND, *Justiz auf einen Blick,* Wiesbaden, 2011, p. 32.

[101] *Council of Europe Annual Penal Statistics – SPACE I – Prison Population – Survey 2013.*

[102] Sul punto v. *Council of Europe Annual Penal Statistics – SPACE I – Prison Population – Survey 2015*, p. 108, nonché i rapporti relativi agli anni precedenti. Per un'analisi delle ragioni di politica criminale in grado di spiegare il dato spagnolo v. J.L. DIÉZ-RIPOLLÉS, *A Diagnosis and Some Remedies for Spanish Criminal Justice Policy*, in *European Criminal Law Review*, 2012, p. 123 ss.

[103] T. PADOVANI, *sub Art. 163*, in M ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale, III, art. 150-240*, Milano, 2011, p. 166.

C. *Durata media della pena detentiva (2015)*

| Paesi | Durata media della pena detentiva (in mesi) |
|---|---|
| Svezia | 0,2 |
| Danimarca | 3,6 |
| Norvegia | 5,0 |
| Finlandia | 6,1 |
| Germania | 8,1 |
| Francia (2012) | 8,8 |
| Inghilterra (2012) | 9,2 |
| Italia | 13,7 |
| Spagna | 17,2 |

Il sistema carcerocentrico italiano, oltre ad apparire "fuori tempo" e difficilmente sostenibile nel lungo periodo, riflette il tipico andamento a due velocità [104]. Da un lato, vi è l'estrema flessibilità della risposta sanzionatoria per condannati sotto i tre anni di pena detentiva che presentano determinati requisiti. Dall'altro lato, non c'è scampo alla totale rigidità della reazione punitiva: non solo per tipologie di autore di reato (ad es. quelle elencate nell'art. 4-*bis* o.p.) alle quali l'ordinamento preclude, in modo ostinato e immune a valutazioni discrezionali che possano tenere in considerazione il percorso trattamentale, l'accesso ai benefici penitenziari, ma altresì in relazione a categorie di persone (es. stranieri, recidivi) che, per limiti fattuali o giuridici, soddisfano più difficilmente le condizioni per l'accesso a qualsiasi alternativa non detentiva. Non è dunque un caso se il 38% dei detenuti stranieri presenti (contro il 21,5% di italiani) è stato condannato in via definitiva ad una pena inferiore a tre anni.

L'attuale divaricazione tra flessibilità ed eccessivo rigore rischia di moltiplicare gli effetti negativi. Da un lato, gli inasprimenti sanzionatori, le limitazioni alla discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena e le frequenti limitazioni all'accesso ai benefici penitenziari non fanno che allungare il periodo medio di permanenza in carcere, oltre che polarizzare la popolazione detenuta verso la fascia delle pene di lunga durata; dall'altro lato, la fuga dalla pena detentiva breve, alla quale si sostituisce una risposta spesso priva di contenuti, e l'angusto catalogo delle pene edittali offrono il pretesto politico per continuare a scommettere sulla pena detentiva.

Sul piano politico criminale, la strategia dovrebbe essere duplice. L'obiettivo fi-

[104] Sul punto v. F. GIUNTA, *La metafora punitiva: dalle pene perdute a quelle ritrovate?*, in *Crit. dir.*, 2004, p. 264 ss.

nora perseguito, ossia l'erosione delle pene detentive (più o meno) brevi attraverso il ricorso alla sospensione condizionale e alle misure alternative, dovrebbe essere radicalmente mutato. E ciò non solo prevedendo, già in via astratta (e non alternativa) sanzioni penali diverse da quella detentiva, ma soprattutto ridimensionando, in modo generalizzato, le cornici edittali. Questa sembra la strada seguita da Paesi che, pur essendo attraversati da analoghe emergenze, fanno poco ricorso alla economicamente e socialmente costosa pena detentiva; e quando lo fanno, è per una durata molto più ridotta. Forse il dibattito dovrebbe concentrarsi sul concetto (inevitabilmente relativo) di "durata della pena": in Italia le nozioni di "breve" e "lunga durata" hanno assunto un significato che pare talvolta inconciliabile rispetto alle scelte di politica criminale di buona parte degli altri Paesi europei.

### 4.1. *L'aumento della popolazione penitenziaria e il problema del sovraffollamento*

La consapevolezza circa gli effetti negativi connessi alla privazione della libertà e la conseguente esigenza di ridurre la popolazione penitenziaria appartengono, da lungo tempo, agli obiettivi di politica criminale delle istituzioni europee [105] e nazionali [106].

---

[105] Un impulso al cambiamento legislativo del sistema sanzionatorio proviene dal Consiglio d'Europa. Almeno a partire dalla Risoluzione (76) 10 elaborata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nel 1976 emerge la necessità di introdurre, in considerazione delle loro spiccate potenzialità risocializzative, nuove sanzioni alternative alla pena detentiva. Alle considerazioni di tipo umanitario si affiancano argomenti di carattere esclusivamente pragmatico. In tal senso, la risoluzione 76 (10) mostra entrambi gli aspetti. Se da un lato, infatti, vi è la volontà di ovviare alle conseguenze negative inevitabilmente legate alla privazione della libertà e di offrire una maggiore attenzione alle vittime, dall'altro lato, si mette in rilevo il peso finanziario insostenibile di una politica criminale completamente incentrata sulla pena detentiva; Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, *Resolution (76) 10 on some alternative penal measures to imprisonment adopted on 9 March 1976;* a questo provvedimento sono seguite numerose altre raccomandazioni del Consiglio d'Europa, che hanno cercato di fornire un cornice di indirizzo politico in tema di sanzioni penali alternative: Consiglio d'Europa, *Recommendation No. R (92) 16 on the European rules on community sanctions and measures; Recommendation No. R (97) 12 on staff concerned with the implementation of sanctions or measures; Recommendation No. R (99) 19 concerning mediation in penal matters; Recommendation No. R (99) 22 concerning prison overcrowding and prison population inflation; Recommendation Rec(2000)22 on improving the implementation of the European rules on community sanctions and measures;* per un commento cfr. H. JUNG, *Die "European Rules on community Sanctions and Measures*, in W. FEUERHELM, H.-D. SCHWIND, M. BOCK (a cura di), *Festschrift für Alexander Böhm,* Berlin, 1999, p. 69 ss. Infine, tra le più recenti, *Recommendation Rec(2003)22 on conditional release (parole); Recommendation Rec(2003)23 on the management by prison administrations of life sentence and other long-term prisoners; Recommendation Rec(2006)2 on the European Prison Rules; Recommendation Rec(2006)8 on assistance to crime victims; and Recommendation Rec(2006)13 on the use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse; Rec(2010)1, on the Council of Europe Probation Rules.*

[106] Di recente si veda CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Parere integrativo della*

Ciò nonostante, negli ultimi trent'anni la popolazione detenuta è progressivamente e costantemente aumentata. Sebbene in misura molto differenziata da paese a paese, il numero di persone sottoposte a misure privative della libertà per 100.000 abitanti è cresciuto sia negli Stati Uniti che nella maggior parte dei Paesi europei [107].

In Italia, il tasso di detenuti è raddoppiato nel periodo 1980-2011, fino a raggiungere 112 detenuti ogni 100.000 abitanti e un numero di persone ristrette del 50 % più alto rispetto ai posti disponibili.

Poche sono le eccezioni che possono smentire questa tendenza apparentemente inesorabile. In Germania, negli ultimi anni, si registra una costante diminuzione della popolazione penitenziaria [108]. Ancora più interessante in tal senso è il caso dei Paesi scandinavi che mantengono, anche a fronte di un aumento dei livelli di criminalità registrata, tassi bassi e tendenzialmente stabili di popolazione carceraria [109]. All'interno di quest'area geografica, la politica criminale finlandese ha garantito una drastica riduzione della popolazione detenuta che, dagli anni Cinquanta ad oggi, è diminuita di circa 2/3 [110], fatto salvo un temporaneo incremento tra il 1999 e il 2002 [111].

Come noto, la popolazione penitenziaria italiana, a seguito della sentenza

---

*delibera del 20 maggio reso in ordine al ddl n. 2798 in materia di esecuzione penale* (delibera consiliare del giorno 11 novembre 2015), in *www.csm.it*, p. 19 s. nel quale si mette condivisibilmente in rilievo «l'ormai indifferibile esigenza di una riforma del codice penale del 1930, finalizzata [...] a superare definitivamente la centralità del carcere a favore delle "pene di comunità"».

[107] Cfr. INTERNATIONAL CENTER FOR PRISON STUDIES, *www.prisonstudies.org*; cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Annual Penal Statistics, Space I,* 2009, in *www.coe.int/prison.* Se negli Stati Uniti, di fronte a livelli di criminalità registrata piuttosto stabili, il numero dei detenuti dal 1975 ad oggi è addirittura triplicato, raggiungendo il tasso più alto al mondo, la gran parte dei Paesi europei, pur attestandosi su tassi largamente inferiori, registra un andamento crescente. In Spagna, dal 1980 al 2011, il tasso di popolazione carceraria è triplicato, raggiungendo il più alto tasso dell'Europa occidentale con 156 detenuti per 100.000 abitanti, per poi gradualmente decrescere tra il 2011 e il 2015 fino a raggiungere gli attuali 133 detenuti ogni 100.000 abitanti: un dato che è in aperta controtendenza rispetto ai tassi di criminalità registrati che in Spagna sono tra i più bassi dell'Europa occidentale. Nello stesso periodo (1980-2011) in Inghilterra e in Francia il tasso di detenuti è raddoppiato. In entrambi i Paesi la popolazione penitenziaria ha raggiunto, negli ultimi anni, un livello di sovraffollamento scarsamente sostenibile.

[108] F. DÜNKEL, C. MORGENSTERN, *Deutschland*, in F. DÜNKEL, T. LAPPI-SEPPÄLÄ, C. MORGENSTERN, D. VAN ZYL SMIT (a cura di), *Kriminalität, Kriminalpolitik, strafrechtliche Sanktionspraxis und Gefangenenraten im europäischen Vergleich*, vol. 1, Mönchengladbach, 2010, p. 97 ss.

[109] Cfr. T. LAPPI-SEPPÄLÄ, *Vertrauen, op. cit.*, p. 937 ss.; v. i dati raccolti dal *Kings College London,* in *www.prisonstudies.org.*

[110] T. LAPPI-SEPPÄLÄ, *Finnland,* in F. DÜNKEL, T. LAPPI-SEPPÄLÄ, C. MORGENSTERN, D. VAN ZYL SMIT (a cura di), *Kriminalität, Kriminalpolitik, strafrechtliche Sanktionspraxis und Gefangenenraten im europäischen Vergleich*, vol. 1, Mönchengladbach, 2010, p. 299 ss.

[111] T. LAPPI-SEPPÄLÄ, *Reducing the Prison Population – Long-term Experiences from Finland*, in U.V. BONDESON (a cura di), *Crime and Justice in Scandinavia,* København, 2005, p. 398 s.

della Corte di Strasburgo sul caso Torreggiani c. Italia [112], è poi diminuita gradualmente, sotto il costante controllo del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, fino a raggiungere un livello più accettabile al 31 dicembre 2015: 52.164 detenuti. Un dato che, sia pure di poco (5%), era ancora superiore alla capienza regolamentare. Si trattava, infatti, di un dato medio solo apparentemente rassicurante: e ciò non solo perché dall'inizio del 2016 il numero di detenuti ha ricominciato a crescere [v. *infra* par. 4.3], ma anche perché il livello di sovraffollamento di alcuni istituti penitenziari è sempre rimasto ben al di sopra del livello di tolleranza. Anche se la lista è drammaticamente lunga, ci si limita a indicare, sulla base dei dati del Ministero della giustizia, alcuni istituti di pena, come quelli di Bologna, Firenze, Milano (San Vittore e Opera), Napoli e Roma (Regina Coeli), che risultano in permanenti condizioni di sovraffollamento [113].

Al netto dell'area dedicata agli arredi, come sancito dalla Corte di cassazione [114], gli spazi vitali in un carcere come quello di Milano – San Vittore non hanno mai smesso di rasentare pericolosamente il limite dell'umanità, anche in ragione dello stato di tremendo degrado della struttura.

Vi è un ulteriore aspetto fondamentale che merita di essere messo in rilievo: *la diminuzione della popolazione penitenziaria registrata fino alla fine del 2015 è dovuta in gran parte alla riduzione del numero di persone sottoposte a custodia cautelare in carcere*. Secondo i dati del Ministero della giustizia, nel 2011 i dete-

---

[112] Corte EDU, sent. 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia (ric. nn. 43517/09 46882/09 55400/09 57875/09 61535/09 35315/10 37818/10), sul punto v. D. BUTTURINI, *Il sovraffollamento penitenziario in Italia è di per sé trattamento inumano e degradante*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2013, p. 608 ss.; P. CORVI, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, in *Riv. it. di. proc. pen.*, 2013, p. 1794 ss.; G. FORTI, *Dignità umana*, cit., p. 237 ss.; M. PELISSERO, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 261 ss.; G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 11 ss.; F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno,* in *Dir. pen. cont.,* 9 gennaio 2013; sia consentito il rinvio anche a M. DOVA, *Torreggiani c. Italia: un barlume di speranza nella cronaca del collasso annunciato del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 948 ss.

[113] Detenuti presenti e capienza regolamentare degli istituti penitenziari. Situazione al 31 marzo 2016, in *www.giustizia.it*; secondo quanto messo in rilievo dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria «i posti sono calcolati sulla base del criterio di 9 mq per singolo detenuto + 5 mq per gli altri»; inoltre «il dato sulla capienza non tiene conto di eventuali situazioni transitorie che comportano scostamenti temporanei dal valore indicato».

[114] Cass., 19 dicembre 2013, n. 5728, CED 257924, secondo la quale «ai fini della determinazione dello spazio individuale minimo intramurario, pari o superiore a tre metri quadrati da assicurare a ogni detenuto affinché lo Stato non incorra nella violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti, stabilito dall'art. 3 della Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, così come interpretato dalla conforme giurisprudenza della Corte EDU in data 8 gennaio 2013 nel caso Torreggiani c. Italia, dalla superficie lorda della cella deve essere detratta l'area occupata dagli arredi. (Conf. Sez. 1, n. 5729 del 2014, non massimata)».

nuti in custodia cautelare costituivano il 41,5% (ossia 27.251), mentre al 31.12.2015 erano il 34% del totale (ossia 17.785). Ciò significa che *il 70% della riduzione della popolazione penitenziaria era riconducibile al minore ricorso alla custodia cautelare in carcere*, mentre il ricorso a pene alternative al carcere ha contribuito in misura assai modesta a tale diminuzione. Se a ciò si aggiunge, da un lato, l'effetto deflattivo derivante dall'intervento della Corte costituzionale sul gigantismo sanzionatorio in materia di sostanze stupefacenti e, dall'altro lato, l'aumento di circa 5.500 unità dei posti disponibili negli istituti penitenziari tra il 2010 e il 2015 [115], si comprende quali siano gli strumenti che hanno inciso, in modo decisivo, sul problema del sovraffollamento. Su tale aspetto problematico le più recenti riforme settoriali del sistema sanzionatorio, che avrebbero dovuto circoscrivere il ricorso alla pena detentiva, hanno in realtà influito in modo davvero (numericamente) limitato fino alla fine del 2015.

Infine, si mette in rilievo che, anche qualora si riesca a restituire un volto umano al carcere, quanto meno in relazione alle condizioni di vita, l'opera di ripristino della legalità della pena sarà solo a metà. Per perseguire questo risultato sembra, infatti, indispensabile ripensare innanzitutto il modello di risposta al reato [116].

Senza entrare ancora nel merito di quest'ultimo aspetto fondamentale, vale innanzitutto la pena di ripercorrere brevemente le tappe che il sistema penitenziario italiano, con il determinante contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo, ha attraversato per cercare di porre rimedio, sia pure in modo tutt'altro che risolutivo, ai gravi deficit di civiltà del proprio modello carcerocentrico.

### 4.2. *Carcere e diritti fondamentali: il ruolo della Corte di Strasburgo*

Non essendo possibile analizzare dettagliatamente in questa sede le numerose indicazioni provenienti dalle fonti sovranazionali, che peraltro non sembrano aver avuto un impatto significativo sulle scelte di politica criminale del legislatore nazionale [117], conviene soffermare l'attenzione sul forte impulso a fare ricorso

---

[115] MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Consolidated Report on the Execution of the ECtHR Pilot Judgement Torreggiani and Others v/ Italy, 20 novembre 2015*, in *www.coe.int*, p. 13 del documento.

[116] Cfr. A. PUGIOTTO, *op. cit.*, p. 9.

[117] L'impatto marginale delle fonti sovranazionali, oltre a essere implicitamente legato all'utilizzo di strumenti normativi non vincolanti, è confermato dallo stesso *European Committee on Crime Problems* che, nel commentare la Raccomandazione del 2010 in materia di *probation*, risponde alle critiche di talune delegazioni nazionali sull'utilizzo di *"shall"* al posto di *"should"*, osservando che è più realistico e ragionevole incoraggiare, piuttosto che imporre, l'adozione degli standard suggeriti dalle migliori prassi, tenuto conto, oltretutto, delle differenze esistenti tra i vari ordinamenti. *European Committee on Crime Problems, Commentary to Recommendation CM/Rec (2010)1,* in *cep-probation.org*, p. 1 del documento.

a misure e sanzioni alternative alla detenzione proveniente dai frequenti e sempre più incisivi interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo. Mentre gli interventi del Comitato europeo per la prevenzione della tortura [118] e le Raccomandazioni del Consiglio d'Europa, pur esercitando un'indubbia funzione di stimolo sulla legislazione nazionale, rimangono spesso inascoltati, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha inciso profondamente sulle scelte di politica criminale degli Stati parte della Convenzione [119]. In particolare, ciò è avvenuto attraverso la procedura della sentenza pilota di cui all'art. 61 del Regolamento della Corte, che ha consentito, in molti casi, di porre rimedio alla violazione strutturale dei diritti fondamentali derivante dal sovraffollamento penitenziario. In tal modo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha imposto obblighi positivi al legislatore domestico, per garantire il rispetto dei diritti fondamentali e indirizzare la politica criminale di quest'ultimo verso un più ampio ricorso a sanzioni e misure non detentive [120].

A tal riguardo, sia consentito aprire una parentesi per ripercorrere brevemente le tappe fondamentali del percorso compiuto, negli ultimi anni, dallo Stato italiano.

Nel 2009, la Corte di Strasburgo, nel caso Sulejmanovic, ha condannato per la prima volta l'Italia in ragione delle condizioni di sovraffollamento penitenziario, sancendo che la mancanza di spazio personale (inferiore a 3 $m^2$) costituisce, di per sé, un trattamento inumano e degradante [121].

A prescindere dalla fredda contabilità in metri quadri, la sentenza Sulejmanovic del 2009 ha segnato un passaggio, al contempo, importante e travagliato:

---

[118] Sul punto v. J. MURDOCH, *The impact of the Council of Europe's "Torture Committee" and the evolution of standard-setting in relation to places of detention*, in *European Human Rights Law Review*, 2006, in particolare p. 174 s.

[119] Ampiamente sul punto A. MARTUFI, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo,* Napoli, 2015, p. 151 ss.

[120] Cfr. P. VOYATZIS, *Alternative measures to detention in the European Court of Human Right's case-law*, in *European Criminal Law Review*, 2014, p. 169 ss.

[121] Corte EDU, sent. 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia* (ric. n. 22635/03), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1941 s.; sul punto v. M. BORTOLATO, *Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani o degradanti (La Corte EDU condanna l'Italia per le condizioni dei detenuti)*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 111 ss.; P. COMUCCI, D.F. MEDDIS, *Divieto di trattamenti inumani o degradanti e sovraffollamento carcerario*, in *Criminalia*, 2009, p. 449 ss.; A tal riguardo vale la pena di precisare che la mancanza di un minimo spazio vitale durante la detenzione è condizione sufficiente a rendere di per sé inumana e degradante la pena, ma non vale il contrario: l'assenza di sovraffollamento non basta a rendere adeguata la misura di civiltà degli istituti penitenziari; sul punto v. A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2011, in particolare p. 236 ss.; ID., *La giurisprudenza di Strasburgo 2011: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU),* in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012, in particolare p. 223 s., alla cui analisi si rinvia anche per i numerosi riferimenti giurisprudenziali.

importante per i suoi effetti dirompenti sul sistema punitivo domestico; travagliato perché si tratta di una condanna decisa a maggioranza (5 voti contro 2), sulla quale ha pesato l'opinione dissenziente del giudice Zagrebelsky, secondo il quale la pronuncia della Corte avrebbe finito «per favorire una pericolosa deriva verso la relativizzazione del divieto [assoluto ed inderogabile di cui all'art. 3 della Convenzione], dato che, quanto più si abbassa la soglia minima di gravità, tanto più si è costretti a tenere conto dei motivi e delle circostanze».

Sotto la sorveglianza del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, che sovraintende all'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo, nei tre anni e mezzo intercorsi tra la sentenza Sulejmanovic (divenuta definitiva il 6 novembre 2009) e la successiva sentenza Torreggiani (divenuta definitiva il 27 maggio 2013), lo Stato italiano ha tentato, con scarsissimi risultati, di ristabilire condizioni detentive compatibili con la salvaguardia dei diritti umani.

In un primo momento, tra gennaio e giugno del 2010, il Presidente del Consiglio dei Ministri, dopo aver dichiarato lo stato di emergenza nazionale a causa del sovraffollamento degli istituti penitenziari, ha nominato un Commissario per elaborare il c.d. piano carceri. Dei 9.150 nuovi posti che, secondo i progetti, avrebbero dovuto essere realizzati entro il 31 dicembre 2012, solo 2.000 erano quelli effettivamente disponibili nel 2013 [122].

Alla fine del 2010 è entrata in vigore la legge 26 novembre 2010, n. 199 c.d. "svuotacarceri" [123] (Disposizioni relative all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori ad un anno), il cui ambito di applicazione è stato ampliato in forza dell'art. 3, d.l. 22 dicembre 2011, n. 211 convertito in legge 17 febbraio 2012, n. 9 (Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri).

Per far fronte alla (perenne) situazione emergenziale, questa tipologia aggiuntiva di detenzione domiciliare, che oggi fa stabilmente parte del sistema penale [124], avrebbe dovuto trovare (transitoria) applicazione fino al 31 dicembre 2013: il tempo necessario (almeno negli intenti) per dare attuazione al piano carceri [125].

Com'era facilmente prevedibile, nessuno di questi interventi ha potuto evita-

---

[122] In base alle informazioni reperibili sul sito *www.pianocarceri.it* (consultato a luglio 2013 e ora non più attivo), i posti derivanti dalla creazione di nuovi padiglioni erano 750, mentre quelli sorti dalla creazione di nuovi istituti penitenziari erano 1365.

[123] Per una puntuale analisi critica v. F. DELLA CASA, *Approvata la legge c.d. svuotacarceri: un altro "pannicello caldo" per l'ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario?*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 5 ss.

[124] V. art. 5 del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 convertito, con modificazioni, nella legge 21 febbraio 2014, n. 10.

[125] La volontà di creare nuove carceri, magari sostituendo quelle fatiscenti che occupano i centri cittadini, agita ancora oggi il dibattito politico: v. L. MILELLA, *Piano carceri, il Governo vende Regina Coeli, San Vittore e Poggio Reale*, in *www.repubblica.it*, 28 maggio 2016.

re che la Corte di Strasburgo condannasse nuovamente lo Stato italiano a causa del sovraffollamento penitenziario.

Quella sul caso Torreggiani è, dunque, una sentenza annunciata che, oltre a sancire l'ormai da tempo conclamata incompatibilità delle condizioni di detenzione nelle carceri italiane con il rispetto dei diritti fondamentali della persona, segna un mutamento di prospettiva radicale rispetto alla precedente sentenza Sulejmanovic.

Non si tratta più della constatazione di una grave anomalia nel funzionamento del sistema penitenziario italiano, bensì dell'accertamento del suo cronico disfunzionamento. Non si tratta neppure di un esito deciso a maggioranza, ma di una sentenza che raccoglie il giudizio unanime dei giudici: la giudice lituana Jociene, che nel 2009 aveva aderito all'opinione dissenziente del giudice Zagrebelsky, in quest'ultima occasione ha allegato una breve opinione concordante.

Nella sentenza Torreggiani, la Corte non si è, tuttavia, limitata ad accertare il carattere inumano e degradante del trattamento subito dai sette ricorrenti, ma ha impartito allo Stato italiano precise indicazioni di politica criminale [126].

Dinanzi alla drammatica realtà penitenziaria italiana e all'ineffettività tanto dei rimedi risarcitori interni, quanto di quelli volti ad «impedire il protrarsi della violazione» (par. 50 della sentenza), la Corte ha imposto allo Stato italiano di adottare «un ricorso o una combinazione di ricorsi che abbiano effetti preventivi e compensativi e garantiscano realmente una riparazione effettiva delle violazioni della Convenzione risultanti dal sovraffollamento carcerario» (par. 99).

Sotto un diverso ma complementare profilo, *lo Stato italiano viene sollecitato a utilizzare il più possibile risposte sanzionatorie alternative alla detenzione e a rivedere la propria politica criminale verso il minimo ricorso alla pena detentiva per cercare di arginare la crescita della popolazione penitenziaria* (par. 95) [127].

Per quanto riguarda la sollecitazione della Corte nei confronti dello Stato italiano a modificare il proprio sistema punitivo, la ricerca di risposte alternative rispetto alla pena detentiva ha rappresentato, negli ultimi anni, il percorso più complesso ed accidentato, ma al contempo l'unico potenzialmente in grado di contrastare, in modo strutturale e nel lungo periodo, sia il sovraffollamento pe-

---

[126] L'imposizione di obblighi positivi per far fronte alle condizioni di sovraffollamento e di inumano degrado degli istituti penitenziari ha riguardato anche altri Paesi: cfr. Corte EDU, sent. 22 ottobre 2009, *Orchowski c. Polonia* (ric. n. 17885/04), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, p. 303 s.; Corte EDU, sent. 10 aprile 2012, *Ananyev e altri c. Russia* (ric. n. 45525/07 e 60800/08); più di recente v. Corte EDU, sent. 25 novembre 2014, *Vasilescu c. Belgio* (ric. n. 64682/12); Corte EDU, sent. 27 gennaio 2015, *Neshjov e altri c. Bulgaria* (ric. nn. 36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12 e 9717/13); Corte EDU, sent. 10 marzo 2015, *Varga e altri c. Ungheria* (ric. nn. 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 e 64586/13).

[127] In tal senso si esprimono sia la relazione del Primo Presidente della Cassazione Ernesto Lupo sia quella del Presidente della Corte d'Appello di Milano Giovanni Canzio in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2013, in *Dir. pen. cont.,* 28 gennaio 2013.

nitenziario, sia gli effetti negativi connessi ad un così massivo ricorso alla pena detentiva [128]. Il Piano d'azione presentato dal Governo italiano nel novembre del 2013 metteva in rilievo la necessità di fare «un più ampio ricorso a strumenti punitivi che non comportano la privazione della libertà» [129].

Per stimare la distanza che separa l'ordinamento italiano dall'obiettivo appena menzionato vale la pena di tracciare un quadro comparato sull'effettiva propensione, dei diversi Stati, a fare ricorso a risposte sanzionatorie non detentive sulla base dei dati elaborati dal Consiglio d'Europa sulle sanzioni e sulle misure alternative alla pena detentiva [130].

Dal catalogo delle sanzioni o misure non detentive, così come definite dal Consiglio d'Europa, sono state escluse le alternative al carcere in fase cautelare (i.e. *alternatives to pre-trial detention with supervision by probation agencies*) [131].

In Italia, il numero di persone sottoposte alla supervisione delle cc.dd. *probation agencies* è di gran lunga inferiore a quello registrato in Francia, Germania, Inghilterra e Spagna [132].

Per apprezzare il confronto sulla propensione dei vari Paesi europei a fare ricorso alle sanzioni non detentive, occorre altresì tenere presente il più o meno ampio ricorso alla pena pecuniaria. Come è evidente, tanto più frequente è

---

[128] Cfr. C. MAZZUCATO, *Opinioni a confronto. Sovraffollamento carcerario e differimento dell'esecuzione*, in *Criminalia*, 2013, p. 459 ss.

[129] *Action Plan presented by the Italian Government, 27 novembre 2013*, in *www.coe.int*, p. 1 del documento.

[130] CONSIGLIO D'EUROPA, *Council of Europe Annual Penal Statistics, SPACE II, Survey 2013, Persons Serving Non-Custodial Sanctions and Measures in 2013*, Strasbourg, 2014, *www.coe.int/prison*; la Raccomandazione (92) 16 del Consiglio d'Europa, ripresa più recentemente dalla Raccomandazione CM/Rec(2010)1, definisce le c.d. «*community sanctions and measures (sanzioni e misure applicate in area penale esterna*» come «*le sanzioni e le misure che permettono all'autore di reato di rimanere fuori dal carcere e comportano alcune restrizioni della libertà, per mezzo dell'imposizione di condizioni e/o di obblighi. Il termine designa qualunque sanzione imposta da un'autorità giudiziaria o amministrativa, e qualunque misura adottata prima o in luogo di una decisione su una sanzione, ed anche le modalità di esecuzione di una condanna detentiva al di fuori di un istituto penitenziario*».

[131] In realtà questa esclusione riguarda solo i dati relativi alla Francia, che è l'unico paese, tra quelli messi a confronto, ad aver indicato un dato (3.953) sotto la voce *alternatives to pre-trial detention with supervision by probation agencies.*

[132] CONSIGLIO D'EUROPA, *Council of Europe Annual Penal Statistics, SPACE II*, cit., p. 17. Per quanto riguarda l'Italia (Ministero della Giustizia, *Misure alternative, lavoro di pubblica utilità, misure di sicurezza e sanzioni sostitutive – Anno 2013, www.giustizia.it*) il dato del Consiglio d'Europa si discosta, sia pure di poco (per eccesso), da quello riportato nei dati del Ministero della Giustizia, secondo il quale il numero di persone sottoposte a misure alternative alla detenzione (*i.e.* affidamento in prova; semilibertà; detenzione domiciliare), lavoro di pubblica utilità, libertà vigilata, libertà controllata, semidenzione e sospensione condizionale della pena, in corso al 31 dicembre 2013, corrisponde a 29.747 (anziché 33.151). In Francia le persone sotto la supervisione o la responsabilità di probation agencies sono 187.056, in Germania 156.358, in Inghilterra 150.496, in Spagna 76.444.

l'impiego della pena pecuniaria, tanto più ridotto sarà l'ambito di applicazione delle altre sanzioni alternative rispetto all'esiguo numero di condanne a pena detentiva. Si spiega così, ad esempio, il basso tasso di persone sottoposte a sanzioni o misure alternative in Finlandia: paese in cui le condanne a pena detentiva costituiscono circa il 10% del totale. Anche se i dati del Consiglio d'Europa operano necessariamente un confronto per approssimazione, in ragione dei diversi contesti normativi, pare in ogni caso emergere un segnale significativo: la scarsa propensione mostrata dall'ordinamento penale italiano (rispetto ad altri Paesi europei) a fare ricorso sia alla pena pecuniaria sia a soluzioni alternative alla pena detentiva sembra costituire uno dei fattori determinanti per spiegare la crescita esponenziale della popolazione penitenziaria negli ultimi trentacinque anni.

La scarsa propensione mostrata dall'Italia a fare ricorso a sanzioni o misure non detentive è suffragata da un dato ulteriore: il numero di addetti alle agenzie di *probation* ogni 100.000 abitanti è molto scarso, essendo inferiore alla media europea [133]. Si tratta di un investimento insufficiente non solo per realizzare la funzione risocializzativa della pena, ma anche per rendere minimamente efficaci tali forme di risposta al reato, i cui difetti riscontrati nella prassi dipendono in gran parte proprio dalla scarsità di risorse. Allo stesso modo, è gravemente insufficiente l'investimento fatto sugli educatori presenti negli istituti penitenziari: nel solo carcere di Milano-Opera vi sono 12 educatori (effettivi) per 1287 detenuti [134].

L'esiguo investimento dello Stato italiano nelle misure alternative è confermato, oltre che dalla scarsità di personale, anche da un dato più recente: dinanzi all'allargamento dell'ambito applicativo dell'affidamento in prova al servizio sociale previsto dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. c. mod. in legge 21 febbraio 2014, n. 10, desta non poche perplessità l'osservazione contenuta nella relazione di accompagnamento al decreto, nella quale si sostiene, con una formulazione ormai tristemente invalsa, che tale ampliamento «potrà essere adeguatamente fronteggiato con le risorse umane e strumentali del Ministero della giustizia, senza maggiori oneri finanziari a carico del bilancio dello Stato».

Sul piano applicativo comparato, è lo stesso Ministro della giustizia, nel 2012, ad osservare che «[Francia e Regno Unito], a differenza dell'Italia, fanno ricorso in maniera più considerevole a misure alternative: se in Italia l'82,6% delle esecuzioni delle condanne sono scontate in carcere, in Francia e Regno Unito, viceversa, quasi il 75% delle condanne sono scontate all'esterno» [135]. Ciò

---

[133] Cfr. E. DOLCINI, *L'Europa in cammino verso carceri meno affollate e meno lontane da accettabili standard di umanità*, in *Dir. pen. cont.*, 16 marzo 2016.

[134] Schede trasparenza istituti penitenziari, in *www.giustizia.it.*

[135] In tal senso v. Intervento della guardasigilli Paola Severino alla conferenza stampa su carcere e recidiva, 26 settembre 2012, in *www.giustizia.it*.

è confermato anche dal rapporto tra condannati definitivi e persone sottoposte a misure non detentive. Sia pure dinanzi all'aumento sensibile di queste ultime negli ultimi quarant'anni, oggi tale rapporto è di uno a uno: a fronte di 33.896 condannati definitivi presenti al 31 dicembre 2015, le persone sottoposte a sanzioni o misure alternative sono 35.446. Ben più alto è il rapporto tra condannati definitivi e persone sottoposte al controllo delle *probation agencies* negli altri Paesi europei.

A distanza di tre anni dalla sentenza Torreggiani, che ha avuto effetti dirompenti sul sistema penale italiano, il Ministro della Giustizia, in una recente risposta ad un'interrogazione parlamentare, ha affermato che «il bilancio che può tracciarsi all'esito del primo anno di applicazione delle norme che hanno introdotto sanzioni non detentive è decisamente incoraggiante: al 31.12.2015 la popolazione carceraria è scesa a 52.164 detenuti, di cui sono ben 39.274 i soggetti che si trovano in regime di esecuzione esterna» [136].

In realtà, il bilancio sembra un po' meno entusiasmante: come già messo in rilievo, *il 70% della riduzione della popolazione penitenziaria è riconducibile al minore ricorso alla custodia cautelare in carcere.* Nello stesso periodo (2011-2015), la deflazione del numero di detenuti condannati definitivamente è stata molto scarsa. Non solo: tale diminuzione, come si avrà modo di precisare nel prosieguo [v. *infra* par. 4.3], è stata in gran parte vanificata dall'aumento della popolazione penitenziaria registrato nel biennio 2016-2017.

Contrariamente a quanto affermato dal Ministro della Giustizia, la cultura della pena in fase esecutiva non si è modificata: sia pure dinanzi al crescente ricorso a sanzioni e misure alternative e a fronte del giudizio positivo espresso dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa in relazione alle misure strutturali introdotte dallo Stato italiano per risolvere il problema del sovraffollamento penitenziario [137], rimangono pressoché immutate sia la cultura carcerocentrica del sistema penale italiano, sia la constante violazione dei diritti fondamentali delle persone detenute.

Vale la pena analizzare meglio l'effettivo cambiamento della situazione prima e dopo la sentenza Torreggiani, depurando i dati da qualche imprecisione (ad es. il riferimento alla libertà vigilata).

---

[136] MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Interrogazione a risposta immediata dell'On. Verini ed altri*, 14 gennaio 2016.

[137] COMMITTEE OF MINISTERS OF THE COUNCIL OF EUROPE, *Decisions – 1201st meeting – 5 June 2014*, in *www.coe.int*, laddove il Comitato osserva: «*welcomed the authorities' commitment to resolve the problem of prison overcrowding in Italy and the significant results achieved in this area, through the various structural measures adopted in order to comply with the judgments in this group, including an important and continuing drop in the prison population, and an increase in living space to at least 3m2 per detainee*».

D. *Persone sottoposte a sanzioni o misure alternative – Italia – (2012-2017)* [138]

| | **Ante-Torreggiani (31.12.2012)** | **Post-Torreggiani (31.1.2016)** | **Oggi (31.5.2017)** |
|---|---|---|---|
| Misure alternative | 19.934 | 22.209 | 25.062 |
| – affidamento in prova | 9.995 | 11.943 | 13.803 |
| – semilibertà | 853 | 710 | 809 |
| – detenzione domiciliare | 9.086 | 9.556 | 10.450 |
| – legge 199/2010 | 2.640 | 1.340 | 1.268 |
| Sanzioni sostitutive | 171 | 191 | 7.317 |
| – semidetenzione | 8 | 6 | 10 |
| – libertà controllata | 163 | 183 | 170 |
| Lavoro di pubblica utilità | 2.550 | 6.166 | 7.137 |
| – come sanzione principale (G.d.P.) | – | 372 | 429 |
| – come sanzione sostitutiva (C.d.S.) | – | 5.794 | 6.708 |
| Messa alla prova | – | 6.880 | 9.891 |
| Totale | 22.655 | 35.446 | 42.270 |

A fronte dell'ormai esaurito effetto deflattivo della legge 26 novembre 2010, n. 199, l'aumento significativo del numero di persone sottoposte a sanzioni o misure non detentive è dovuto a due novità legislative che non sembrano tuttavia incidere, in modo determinante, sulla popolazione penitenziaria: il ricorso al lavoro di pubblica utilità come sanzione sostitutiva prevista dagli artt. 186 e 187 del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, come modificati dalla legge 29 luglio 2010, n. 120, e la sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato di cui all'art. 168-*bis* c.p. introdotto dall'art. 3 della legge 28 aprile 2014, n. 67.

Alla prima ipotesi non è certamente riconducibile un effetto deflattivo: la comminatoria edittale prevista dalle contravvenzioni del Codice della Strada non è certamente sufficiente per aprire le porte del carcere. Per altro verso, il nuovo istituto di cui all'art. 168-*bis* c.p. sembra poter incidere solo in modo estremamente limitato sul numero di detenuti: salvo poche eccezioni (ossia alcuni delitti di cui all'art. 550, comma 2, c.p.p.), il limite di pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, entro il quale può essere disposta

[138] Ministero della Giustizia, Misure alternative, lavoro di pubblica utilità, misure di sicurezza e sanzioni sostitutive – Anno 2013; Misure alternative alla detenzione – Dati al 31 dicembre 2012 Misure alternative, lavoro di pubblica utilità, misure di sicurezza, sanzioni sostitutive e messa alla prova – Dati al 31 gennaio 2016 e al 31 maggio 2017.

la messa alla prova, rende tale nuovo istituto quasi completamente sovrapponibile all'ambito applicativo delle misure alternative e alla sospensione condizionale della pena, le quali sono peraltro caratterizzate da un ben più mite (o del tutto inesistente) contenuto sanzionatorio. Gli attuali limiti applicativi rendono la messa alla prova, che come si metterà in rilievo è dotata di un elevato potenziale innovativo per l'intero sistema penale, uno strumento dettato, più che altro, da finalità di deflazione processuale. Finalità che, tuttavia, sembrano a loro volta scarsamente realizzabili, se solo si pensa alla possibilità di ottenere, in relazione ai medesimi fatti, una pena sospesa in sede di patteggiamento [139].

### 4.3. *La situazione attuale: un graduale ritorno alle condizioni di sovraffollamento penitenziario*

Nonostante il Comitato dei Ministri presso il Consiglio d'Europa abbia deciso di chiudere definitivamente il caso Torreggiani c. Italia [140], *la popolazione penitenziaria ha ricominciato a crescere* a partire da dicembre del 2015: *al 31 maggio 2017 vi sono 4.699 detenuti in più* [141]. E la popolazione detenuta continuerà molto probabilmente ad aumentare. Da un lato, è destinato ad esaurirsi (o attenuarsi) l'effetto deflattivo sulla popolazione penitenziaria generato sia dal minor ricorso alla custodia cautelare sia dalle riforme più recenti del sistema sanzionatorio. Al di là dello scarso effetto, in termini di deflazione carceraria, prodotto sia dal già menzionato art. 168-*bis* c.p. in tema sospensione del processo con messa alla prova, sia del nuovo art. 131-*bis* c.p. sulla particolare tenuità del fatto, l'unico impatto reale sul ricorso alla pena detentiva può derivare dall'ampliamento, sia sulla carta che nella prassi, dell'ambito di operatività dell'affidamento in prova al servizio sociale [142].

Dall'altro lato, il legislatore rischia di disfare con una mano, ossia quella del populismo penale costellato dai recenti, continui aumenti di pena [143], quanto faticosamente costruito dall'altra.

---

[139] Cfr. F. VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1300 ss., il quale infatti suggeriva di sostituire il limite edittale di pena per l'applicazione della messa alla prova con un limite di pena in concreto di identica durata (p. 1303); A. BERNARDI, *La lutte contre la récidive dans le système pénal italien*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2015, in particolare p. 590.

[140] COMMITTEE OF MINISTERS, *Resolution CM/ResDH(2016)28*, 8 marzo 2016, in *www.coe.int.*

[141] In termini assoluti si tratta di 56.863 detenuti rispetto a 52.164 di fine 2015, in *www.giustizia.it.*

[142] L'art. 131-*bis* c.p. è stato introdotto dall'art. 1, comma 2 del d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, mentre l'ampliamento dell'ambito di operatività dell'affidamento in prova al servizio sociale è stato previsto dall'art. 3 del già citato d.l. 146/2013 convertito, con modificazioni, nella legge 10/2014.

[143] Non solo attraverso la recente introduzione del reato di omicidio stradale e del reato di lesioni personali stradali (legge 23 marzo 2016, n. 41) e attraverso la legge 27 maggio 2015, n. 69 (Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo ma-

Emerge qui l'evidente aporia politico-criminale nella quale è costantemente intrappolato il legislatore italiano che cerca di prevenire la commissione di reati e di contenere l'incidenza della recidiva, seguendo due percorsi contrapposti e ben poco conciliabili. Seguendo la spinta proveniente dall'opinione pubblica, si inaspriscono le risposte punitive dei reati di maggiore allarme sociale attraverso un più ampio ricorso alla pena detentiva con lo scopo di realizzare finalità di prevenzione generale e di neutralizzazione del condannato; o peggio: con lo scopo di perseguire obiettivi del tutto eccentrici come il ricorso a strumenti d'indagine o l'aumento dei tempi di prescrizione del reato. E poi, quando la situazione è sull'orlo del collasso, si cerca di scongiurare, a fronte dell'impulso determinante che proviene da Strasburgo, l'effetto desocializzante del carcere sovraffollato, rafforzando il ricorso a tipologie di pena non carcerarie [144].

Ma vi è un aspetto ulteriore che merita di essere sottolineato. Il maggiore ricorso a misure e sanzioni alternative, pur avendo comportato una (limitata) diminuzione della popolazione detenuta, coincide con un'espansione del numero di destinatari di una risposta penalistica. Ciò significa che, a tassi di criminalità piuttosto stabili, quanto meno negli ultimi anni, l'area del controllo penale pare essersi allargata [145]. Il numero di persone sottoposte a sanzioni e misure alternative è, infatti, aumentato più che proporzionalmente rispetto alla diminuzione della popolazione penitenziaria. Si tratta ovviamente di un calcolo impreciso, a causa della mancanza di dati sulla sospensione condizionale della pena [146], il cui ambito di applicazione potrebbe essere stato ristretto dopo l'introduzione dell'istituto, in parte sovrapponibile, della sospensione del processo con messa alla prova. Ciò non di meno, si osserva che, tra il 31 dicembre 2012 e il 31 gennaio 2016, il numero di persone sottoposte a sanzioni e misure alternative è aumentato del 56% (in termini assoluti si tratta di 12.791 persone in più), mentre il numero di detenuti definitivi è diminuito, nello stesso periodo, del 13,7% (in termini assoluti si tratta di 4.661 persone in meno). Al 31 maggio 2017 il divario è divenuto ancora più ampio, poiché la popolazione penitenziaria (dei condannati

---

fioso e di falso in bilancio), ma anche attraverso le riforme in corso: ad esempio il ddl. n. 2067 che prevede l'aumento dei minimi edittali di alcuni delitti contro il patrimonio. Nello stesso ddl. n. 2067 si dà, contraddittoriamente, delega al Governo per ampliare l'ambito di applicazione delle misure alternative; sul punto v. F. PALAZZO, *La riforma penale alza il tiro? Considerazioni sul disegno di legge A.S. 2067 e connessi*, in *Dir. pen. cont.*, 30 maggio 2016, p. 4.

[144] Cfr. A. BERNARDI, *La lutte*, cit., p. 583 ss.; questo andamento schizofrenico sembra, ormai da lungo tempo, una costante della politica criminale italiana: cfr. D. PULITANÒ, *Magistratura e sistema penale*, in M. CAPPELLETTO, A. LOMBROSO (a cura di), *Carcere e società*, Milano, 1976, p. 46 s.

[145] Cfr. M. PAVARINI, *Opinioni*, cit., p. 485 s.

[146] Fatti salvi i dati sulla percentuale di condanne (50%) a pena detentiva sospesa condizionalmente; v. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2015, p. 695; A. DELLA BELLA, *Un viaggio tra le misure sospensive: i nodi da sciogliere in attesa della promessa riforma del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 379.

in via definitiva) è tornata a crescere nonostante l'ulteriore espansione delle alternative al carcere.

Infine, come già messo in rilievo, la maggior parte dei detenuti sconta pene medio-alte: *un detenuto su due sconta una pena tra tre e dieci anni.* Proprio in relazione a quest'ultima categoria di detenuti dovrebbe essere realizzato un vero mutamento culturale: e ciò non solo attraverso l'individuazione di modalità di risposta al reato caratterizzate da un contenuto concreto diverso dal carcere, ma anche attraverso la modifica delle cornici edittali di pena detentiva che, oltre ad essere irrimediabilmente marchiate da finalità retributive e di prevenzione generale, assumono il ruolo di unità di misura distorsiva di tutto il sistema delle sanzioni non detentive.

Per approdare a un rinnovato approccio politico criminale, che sia in grado di gettare uno sguardo critico sugli strumenti repressivi esistenti, pare opportuno rimodulare le strategie di contrasto alla criminalità [147].

Poiché il largo impiego della pena detentiva non sembra dipendere dall'andamento della criminalità – come peraltro confermato anche dalle indagini di vittimizzazione [148] – bensì da precise scelte di politica criminale, occorre spostare l'attenzione sugli effetti prodotti dal sistema sanzionatorio, per riconfigurare l'intero sistema penale [149].

---

[147] T. LAPPI-SEPPÄLÄ, *Finland*, cit., p. 319 s.; P. TÖRNUDD, *Setting Realistic Policy Goals*, cit.; U.V. BONDESON, *Alternatives to imprisonment, Intentions and Reality*, New Brunswick, 2002, p. 93 ss.; BÖRJESON, *Om påföljders verkningar*, Uppsala, 1966 citato in U.V. BONDESON, *Global*, cit., p. 33.

[148] AA.VV., *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics,* wodc, Den Haag, 2010, p. 329; T. LAPPI-SEPPÄLÄ, *Vertrauen*, cit., p. 942; cfr. R. CORNELLI, *L'andamento dei furti in Italia*, in A. CERETTI, R. CORNELLI (a cura di), *Proprietà e sicurezza, La centralità del furto per la comprensione del sistema penale tardo-moderno*, Torino, 2007, p. 8 rappresenta anche i limiti derivanti dalle indagini di vittimizzazione. Non tutti i reati presuppongono, infatti, la presenza di una vittima e non sempre le vittime si percepiscono tali o riescono ad esprimerlo attraverso un questionario.

[149] Sui rapporti tra andamento della criminalità e ricorso alla pena detentiva si veda M.F. AEBI, M. KILLIAS, C. TAVARES, *Comparing crime rates: the International Crime (Victim) Survey, The European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics and Interpol Statistics*, in *International Journal of Comparative Criminology*, 2002, p. 22 ss.; F. DÜNKEL, T. LAPPI-SEPPÄLÄ, C. MORGENSTERN, D. VAN ZYL SMIT (a cura di), *Kriminalität, Kriminalpolitik, strafrechtliche Sanktionspraxis und Gefangenenraten im europäischen Vergleich*, vol. 1 e 2, Mönchengladbach, 2010; F. DÜNKEL, G. GENG, *Fakten zur Überlegung im Strafvollzug und Wege zur Reduzierung von Gefangenenraten*, in *Neue Kriminalpolitik*, 2003, p. 148; M. PAVARINI, *Opinioni a confronto. Sovraffollamento carcerario e differimento dell'esecuzione*, in *Criminalia*, 2013, p. 486 ss.; R. RUDDELL, *Social distruption, state priorities, and minority threat. A cross-national study of imprisonment*, in *Punishment & Society*, 2005, p. 7 ss.; J. SUTTON, *The political Economy of Imprisonment in Affluent Western Democracies 1960-1990*, in *American Sociological Review*, 2004, p. 170 ss.; H. VON HOFER, Notes on *crime and punishment in Sweden and Scandinavia*, in *Annual Report for 1999 an resources material series no. 57*, Tokyo, 2001, p. 284; H. VON HOFER, *Prison populations as Political Constructs: The Case of Finland, Holland and Sweden*, in *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Preven-*

Il criterio di orientamento fondamentale diviene, dunque, *la riduzione al minimo delle sofferenze umane derivanti non solo dalla commissione di un reato, ma anche dall'intervento punitivo degli organi di controllo* [150]. Questo è del resto il principio del "minimo sacrificio" coniato dalla Corte costituzionale nella sentenza 409/1989 e ribadito, di recente, dalla sentenza 236/2016. Accanto a questo principio guida assume importanza primaria l'equa distribuzione dei costi sociali tra tutti i soggetti coinvolti nel fenomeno criminale: reo, vittima e società [151].

Tenere in considerazione non solo gli effetti dannosi causati dal reo alla vittima, ma anche la sofferenza generata dalle agenzie di controllo, significa mettere in discussione l'intero sistema sanzionatorio e la logica che lo sostiene [152]. Occorre rovesciare il pervasivo e tirannico «atteggiamento di indignazione morale portato a delegare alla sola "spada della giustizia" la soluzione di molti problemi» [153].

In tal senso, per poter rifondare le basi culturali e sociali di un diverso approccio politico-criminale pare opportuno ristabilire la presenza di un forte Stato sociale, la fiducia dei cittadini nei confronti delle istituzioni [154] ed un sistema politico che non orienta le proprie decisioni sul populistico consenso elettorale a breve termine.

Condizionate dall'inarrestabile eco di coloro che pretendono di rappresenta-

---

*tion*, 2003, p. 21 ss.; M. WEISSMAN, *Aspiring to the Impracticable: Alternatives to Incarceration in the Era of Mass Incarceration*, in *NYU Review of Law & Social Change*, 2009, p. 235 ss. Oltre alle scelte di politica criminale, vi sono numerosi altri fattori economici e sociali che possono incidere sulla propensione al ricorso alla pena detentiva: sul punto v. D.F. GREENBERG, *Novos ordo saecolorum?*, in D. GARLAND (a cura di), *Mass Imprinonment. Social Causes and Consequences*, London, 2001, p. 70; cfr. J.H. REIMAN, *The rich get richer and the poor get prison: Ideology, class and criminal justice*, New York, 1984, *passim.*

[150] F. PALAZZO, *Riforma*, p. 97 ss., il quale osserva: «non può che essere il legislatore a valutare una volta per tutte l'idoneità della specie sanzionatoria a svolgere, rispetto a determinate tipologie di fattispecie, tutte le funzioni della pena al minimo costo sociale ed individuale».

[151] Cfr. F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la protezione delle vittime*, Milano, 2003, *passim*.

[152] C. ROXIN, *op. ult. cit.*, p. 11 dava rilievo nella configurazione di un nuovo sistema sanzionatorio sia la lavoro socialmente utile sia all'inclusione del risarcimento del danno e delle ulteriori forme di indennizzo a favore della vittima.

[153] M. PAVARINI, *Opinioni*, cit., p. 499.

[154] Sui rapporti tra stato sociale e pena detentiva v. F. BRICOLA, *Crisi del Welfare State e sistema punitivo*, in *Pol. dir.*, 1982, p. 65 ss.; ora anche in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I/II, 1997, p. 1427 ss.; più di recente M. RUOTOLO, *op. cit.*, p. 4. In una prospettiva ancora più ampia sui rapporti tra politica criminale e politica sociale v. F. VON LISZT, *Lehrbuch*, cit., p. 12; cfr. C. ROXIN, *I compiti futuri*, cit., p. 8; nonché F. STELLA, *Laicità*, cit., p. 323 s.; in chiave comparata v. T. LAPPI-SEPPÄLÄ, *Vertrauen*, cit., p. 954. Sul declino della fiducia nelle istituzioni *XIV Rapporto Demos-Repubblica* mette in evidenza. Un livello analogamente scarso di fiducia nella magistratura (40%) e nell'amministrazione penitenziaria (34%) emerge dalle indagini svolte in Spagna: J.L. DIÉZ-RIPOLLÉS, *op. cit.*, p. 125.

re l'opinione pubblica, le scelte di politica criminale rischiano di essere fondate su un'analisi superficiale della realtà sociale sulla quale incidono e una scarsa considerazione delle reali conseguenze che tali decisioni sono destinate a produrre [155].

Pare opportuno riportare al centro della scena politico-criminale la riduzione al minimo sia dei costi umani, sociali ed economici connessi alla criminalità, sia di quelli prodotti dagli strumenti sanzionatori. Si tratta di un duplice e convergente obiettivo apprezzabile e perseguibile in un orizzonte segnato dalla (ri-)costruzione di una pace sociale stabile. Una prospettiva strategica che risulta completamente ribaltata rispetto al massiccio ricorso alla pena detentiva e al consueto incremento dei livelli sanzionatori sull'onda del panico securitario e delle crescenti istanze di maggiore rigore punitivo [156].

Una prospettiva che, guidata dalla non più eludibile necessità di dare attuazione al principio di *extrema ratio* proprio in relazione alle modalità di reazione punitiva, contribuisce alla *costruzione di un modello punitivo incentrato sull'imposizione di obblighi di tipo reintegratorio, anche sul piano puramente simbolico, degli interessi, senza generare conseguenze desocializzanti sul destinatario della risposta sanzionatoria* [157]. Un modello punitivo che, nel rimanere agganciato alle garanzie forti e al nucleo essenziale del diritto penale, può essere ricostruito a partire dalla trama normativa già esistente [v. *infra*, cap. II].

## 5. *Condotta reintegratoria e pena prescrittiva: la delimitazione del campo d'indagine*

A margine della sconfortante realtà del sistema punitivo italiano appena tratteggiata, vi è un punto di partenza teorico dal quale prendere le mosse, per sviluppare l'ipotesi di lavoro qui proposta: pur essendo contesa tra teorie così profondamente antitetiche, la pena, nella concezione attuale della giustizia penale, rimane in ultima analisi l'inflizione intenzionale di un male in risposta al male

---

[155] Così J.L. DIÉZ-RIPOLLÉS, *op. cit.*, p. 126.

[156] Cfr. P. TÖRNUDD, *Fifteen Years of Decreasing Prisoners Rates in Finland*, in *National Research Institute of Legal Policy, Research Communication*, 1993, p. 12, il quale rileva che «gli esperti, il cui compito era quello di pianificare le riforme e la ricerca, condividevano quanto meno una convinzione unanime: l'elevato tasso di popolazione detenuta in Finlandia era una disgrazia e sarebbe stato possibile ridurre significativamente il numero e la durata delle condanna a pena detentiva senza serie ripercussioni sui tassi di criminalità».

[157] Cfr. L. EUSEBI, *La riforma del sistema*, cit., p. 57 osserva: «quale che sia il livello cui si ritenga necessario giungere onde tutelare, rispetto a certe forme di aggressione, un dato bene, i livelli antecedenti andranno *comunque percorsi*, perché solo in tal modo potrà essere minimizzato il numero delle fattispecie rispetto alle quali vengano previste le modalità d'intervento più intense, come pure il numero dei casi concreti rispetto ai quali le medesime vengano in effetti applicate».

del reato o, più concretamente, una risposta pensata in negativo che si somma alla drammatica carica di dolore del reato. Allo stesso tempo, qualsiasi risposta punitiva è, per sua stessa natura, fatalmente tardiva rispetto all'offesa causata dal reato [158] e, dunque, inevitabilmente incapace di annullare il fatto pregiudizievole verificatosi.

Ci si potrebbe allora domandare fino a che punto ed entro quali limiti si può pensare a una risposta al reato che si trasformi in un *obbligo positivo e responsabilizzante imposto a carico del reo*; un obbligo positivo che sia finalizzato a reintegrare o a rispristinare, anche sul piano meramente simbolico, l'offesa del reato, riducendo gli effetti negativi da quest'ultimo scaturiti [159].

Detto altrimenti, ci si chiede se e a quali condizioni possa trovare legittimazione una risposta alternativa al reato che, nel tentativo di non cadere nell'universo della pura utopia [160], assuma come punto di partenza l'imposizione all'autore di reato di uno sforzo volto a colmare o riunire con un ponte la frattura sociale e umana generata dal reato [161].

Inoltre, vale la pena di domandarsi se il modello di risposta al reato fondata su un modello di comportamento positivo che si cercherà di rintracciare nell'ordinamento penale, valorizzando la condotta reintegratoria del reo successiva alla commissione del fatto, possa rappresentare esclusivamente un punto di rottura della punibilità, che si ripercuote sul sistema sanzionatorio come qualcosa di diverso da una pena [162], oppure possa assumere i contorni di una vera e propria risposta punitiva che, nel ridurre i costi umani e sociali associati alle classi-

---

[158] F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, 2006; cfr. osserva che «la pena non può cancellare ciò che è accaduto. [...] Sulle lacerazioni derivanti da condotte criminose si può lavorare, si può ricostruire, si può forse gettare un ponte: non le si può, semplicemente, eliminare»; L. EUSEBI, *Dibattiti*, cit., p. 812 s., «Rispetto a quello che è stato si può solo *andare oltre,* gettare (per così dire) nuovi ponti»; da ultimo sul punto v. M. DONINI, *Le logiche del pentimento*, cit., p. 890.

[159] Cfr. L. EUSEBI, *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato: un obiettivo rilevante per l'ordinamento giuridico?*, in *Criminalia*, 2010, p. 637 ss.

[160] Cfr. G. MARINUCCI, *L'abbandono del codice Rocco tra rassegnazione e utopia*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 347, il quale segnala il rischio che «Nel breve periodo utopia e restaurazione – "superamento" e "rinascita" dell'idea di pena – hanno peraltro la comune vocazione (descritta dal vecchio Luckács) di far "scomparire" la prassi riformatrice».

[161] In questo senso già G. DEL VECCHIO, *Sul fondamento della giustizia penale*, in *Arch. pen.*, 1945, p. 93 s.; anche in G. DEL VECCHIO, *Sul fondamento della giustizia penale e sulla riparazione del danno*, Milano, 1958, p. 32; sulla valenza della pena come momento di rielaborazione e gestione della frattura sociale prodotta cfr. A. CERETTI, L. NATALI, *Cosmologie violente, Percorsi di vite criminali*, Milano, 2009, p. 384.

[162] C. ROXIN, *Zur Wiedergutmachung als einer "dritten Spur" im Sanktionensystem*, in G. ARZT (a cura di), *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburstag*, Bielefeld, 1992, p. 243 ss. «*die Wiedergutmachung, wo sie sich auf die strafrechtlichen Rechtsfolgen auswirkt, keine strafe sei; denn ihre zu fordernde Freiwilligkeit widerstreite dem Charakter der Strafe als eines auferlegten Zwangseingriffs*».

che tipologie sanzionatorie (pena detentiva e pecuniaria), mantiene una valenza di tutela *in extremis* dell'interesse offeso.

Rispondere a queste domande e riconoscere un ruolo alla condotta reintegratoria all'interno del sistema penale significa, innanzitutto, pensare ad un modo di essere (almeno parzialmente) nuovo del diritto penale [163]. Un modo diverso di reagire al reato rispetto alla logica classica propria dei sistemi penali moderni, che sembrano essere rimasti intrappolati nel loro nocciolo duro di una pena sterilmente afflittiva, perché concepita come reazione che moltiplica, anziché attenuare, il carico delle sofferenze e dei conflitti sociali [164].

Per rompere l'aporia nella quale cade un sistema punitivo impermeabile «a un discorso scientifico più costruttivo» e per superare «[il] blocco epistemologico e di legittimazione costituito da questa aporia», occorre andare alla ricerca di un nuovo paradigma culturale della pena: «*un diverso statuto per la teoria della pena, a base reintegratoria, e non retributiva*» [165].

Ed allora la condotta reintegratoria, se vuole proporsi come modello edittale autonomo e maggiormente razionale di risposta al reato, deve necessariamente confrontarsi con le coordinate tracciate dal dibattito sulle teorie della pena.

Come è stato rilevato, sia pure in una prospettiva (riduttiva) che valorizza il solo versante economico dell'offesa, il significato attribuito alla condotta reintegratoria «nel sistema dei fini della pena [...] non assume un rilievo puramente teorico, ma può avere effetti pratici: forse, infatti, solo una legittimazione entro l'ambito della teoria della pena può aprire al risarcimento la via per inserirsi effettivamente, *de lege lata* e *de lege ferenda,* nel diritto penale» [166].

Quale che sia il rilievo attribuito alla condotta reintegratoria (tradizionale forma di premialità oppure nuovo paradigma punitivo), quest'ultima deve essere teleologicamente orientata al perseguimento di scopi compatibili con la struttura portante del diritto penale costituzionale [167].

---

[163] Cfr. A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, p. 320.

[164] Cfr. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada,* Milano, 2003, p. 113; G. FIANDACA, C. VISCONTI (a cura di), *Punire Mediare Riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Torino, 2009; F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 343 ss.

[165] M. DONINI, *Scienza*, cit., p. 109.

[166] C. ROXIN, *Risarcimento*, cit., p. 5.

[167] Cfr. G. MANNOZZI, *Pena e riparazione*, cit., p. 1135 la quale osserva che «occorre [...] capire perché e in quali contesti la giustizia riparativa – strumento per eccellenza di composizione pacifica delle controversie – entri in conflitto [...] con le strutture penalistiche cui accede o si affianca; dove e come riesca invece ad aprire un dialogo con il diritto penale e, infine, in quali condizioni giuridico-culturali possa essere intelligentemente 'assorbita' dalle strutture tradizionali del diritto penale, senza per ciò solo risultare snaturata o contaminata nella sua identità»; cfr. D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale della pena: problemi e prospettive*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza*

Non solo: gli attuali spazi di rilevanza settoriale attribuiti alla condotta reintegratoria, sia come forma di premialità sia come preludio di una nuova razionalità punitiva, rispecchiano scelte politiche ben precise circa la tipologia di destinatari [v. *infra* cap. II]. Per evitare di creare, ancora una volta, un diritto penale "a due velocità" [168], sembra necessario ricondurre le varie forme di condotta reintegratoria a un modello unitario e sistematico. Un modello che dia spazio, secondo una logica sanzionatoria ricostruttiva, a *vere e proprie pene prescrittive,* seguendo la linea di recente indicata dalla *Commissione per elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale* presieduta dal prof. Palazzo [169].

Prima di analizzare l'ipotesi di lavoro qui avanzata, pare opportuno svolgere una precisazione preliminare.

Accanto al variegato e composito universo della giustizia riparativa, in questa sede si intende ricostruire il frastagliato arcipelago delle forme di risposta al reato che, nell'attribuire valore alla condotta reintegratoria del reo successiva al reato, sono già presenti nell'ordinamento penale, in modo da renderle il baricentro di un "nuovo" modello punitivo unitario pensato in positivo: un idealtipo di pena prescrittiva [170].

In altri termini, non si intende andare alla ricerca di qualcosa di meglio *del* diritto penale, come evocato dalla formulazione di *Radbruch* [171]*,* ma di qualcosa di meglio *nel* diritto penale. Non è neppure l'idea di ridurre al minimo il diritto penale [172] quella che si vuole coltivare: ciò che qui interessa è l'individuazione di qualcosa di meglio *all'interno* del diritto penale, per ripensare, secondo meccanismi diversi di razionalità, forme e contenuti delle risposte sanzionatorie, che conservino, sia pure in forma positiva (ossia in termini di riduzione al minimo della sofferenza inutile o persino dannosa generata dal sistema punitivo [173]),

---

*della pena*, Milano, 2002, p. 119 che esprime la necessità di trovare un contemperamento tra diverse esigenze: «il "peso" assegnato al reato dalla bilancia della giustizia, nell'ottica della prevenzione generale o (per chi vi creda) della retribuzione» e le «esigenze che possano fare ritenere preferibile la non esecuzione della pena, avuto riguardo ai suoi costi e alle possibili alternative».

[168] Secondo l'intuizione che funge da vera e propria chiave di lettura per l'intero sistema sanzionatorio italiano G. MARINUCCI, *Gestione d'impresa e pubblica amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 425.

[169] *Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale*, in *Dir. pen. cont.*, 10 febbraio 2014.

[170] Cfr. G. FIANDACA, *La riforma codicistica tra mito accademico e realtà politico-culturale*, in L. STORTONI, G. INSOLERA (a cura di), *Gli ottant'anni del Codice Rocco*, Bologna, 2012, p. 230.

[171] Nel senso di alternativa al diritto penale cfr. G. RADBRUCH, *Der Erziehungsgedanke im Strafwesen,* in *Der Mensch im Recht*, Göttingen, 1957, p. 57.

[172] Sul punto si veda A. BARATTA (a cura di), *Il diritto penale minimo. La questione criminale fra riduzionismo e abolizionismo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, p. 443 ss. in particolare i saggi di Baratta, Resta, Ferrajoli e Pavarini.

[173] Da ultimo, D. PULITANÒ, *In dialogo con* "Luciano Eusebi, La chiesa e il problema della pena", Milano, 2014", in *Dir. pen. cont.*, 7 aprile 2016, p. 3.

l'intima logica del diritto penale, oltre che le fondamentali garanzie che lo governano [174].

Restringere il campo d'indagine alla rilevanza delle prescrizioni a contenuto reintegratorio nel sistema penale significa collocarsi al di fuori del complesso e già ampiamento sondato ambito della giustizia riparativa. Ciò non di meno, il modello di pena prescrittiva-reintegratoria analizzato in questa sede si propone di intrecciarsi sinergicamente con l'ampio e variegato universo della giustizia riparativa. E ciò perché condivide con quest'ultimo un obiettivo minimo: introdurre forme e modelli ulteriori di risposta al reato che, oltre a contrapporsi alla violenza improduttiva del carcere, si inseriscono in una logica ricostruttiva degli interessi lesi o messi in pericolo.

Senza poter entrare qui in un tema tanto vasto e delicato, ci si limita a tratteggiare, in prima approssimazione, il paradigma additato dalla giustizia riparativa e, più in particolare, dalla mediazione che ne costituisce la «forma più avanzata», sia pure non esclusiva [175].

Se intesa, nella sua versione più radicale, come alternativa alla pena e al processo, la giustizia riparativa (attraverso strumenti come la mediazione anche in forma allargata ai gruppi familiari e alla comunità) rappresenta un modello volontario e dialogico di risoluzione dei conflitti interpersonali generati dal reato [176], nel cui ambito le forme di riparazione (anche solo simboliche) delle conseguenze del reato costituiscono al più un contenuto o un passaggio intermedio preferibilmente spontaneo e comunque necessariamente frutto di un libero accordo, che assume rilievo nella misura in cui può favorire la ricostruzione della relazione interpersonale. Nel restituire il conflitto alle parti [177] e nel ridurre il ruolo normalmente svolto dallo Stato, quale attore principale della giustizia pe-

---

[174] Dubbi rispetto all'impostazione politico-criminale vittimocentrica della giustizia riparativa, che potrebbero condurre alla rottura dell'equilibrio con i principi garantistici del diritto penale classico, sono espressi da F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia*, cit., p. 71; sottolinea che le reali differenze tra diversi paradigmi di giustizia devono essere ricercati nei concreti strumenti utilizzati G. FIANDACA, *La riforma*, cit., p. 239.

[175] L. ESUSEBI, *Introduzione. Fare giustizia: ritorsione del male o fedeltà al bene?*, in ID. (a cura di), *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Milano, 2015, p. 19.

[176] In tal senso la *Recommendation No. R (99) 19 concerning mediation in penal matters* definisce la mediazione «*any process whereby the victim and the offender are enabled, if they freely consent, to participate actively in the resolution of matters arising from the crime through the help of an impartial third party (mediator)*»; in termini analoghi: UNITED NATIONS, ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL, *Resolution 2002/12, Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters,* 24 luglio 2002, secondo la quale, «*"Restorative outcome" means an agreement reached as the result of a restorative process. Examples of restorative outcomes include restitution, community service and any other programme or response designed to achieve reparation for the victim and community and reintegration of the victim and/or the offender*».

[177] Cfr. N. CHRISTIE, *Conflicts as Property*, in *The British Journal of Criminology*, 1977, p. 1 ss.

nale "classica", la giustizia riparativa trova, infatti, tra i propri obiettivi più importanti, al di là della riparazione (anche simbolica) degli interessi, l'ascolto della vittima, l'incontro con l'autore di reato, il riconoscimento reciproco, il dialogo e la eventuale riconciliazione tra vittima e autore di reato [178].

Sia pure in una dimensione pubblica, sono l'autonomia e il consenso delle parti coinvolte a rendere gli strumenti della giustizia riparativa meccanismi di rielaborazione della frattura umana e sociale creata dal reato, nei quali confluisce non solo il fatto di reato, ma anche il vissuto personale della vittima e quello del reo [179].

Ad essere in gioco non è tanto il piano oggettivo dell'offesa al bene giuridico e delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, ma il profilo umano e relazionale: la ricostruzione del dialogo e del rapporto intersoggettivo, attraverso il supporto e la guida di un mediatore che consente di superare il conflitto [180]. In tal senso a mutare è lo stesso oggetto del percorso riparativo, che si allontana dal tipo legale fino a diventare «una entità fluida» che condensa il vissuto della vittima e la sua percezione ed elaborazione psicologica di quel fatto [181].

A tal proposito si possono trarre preziose indicazioni negli artt. 2, comma 2 e 29, comma 4 del d.lgs. 274/2000 che, nel parlare di «conciliazione», danno rilievo all'aspetto relazionale della mediazione. Pur essendo collocata in un territorio di confine, tra gestione privata dei conflitti e monopolio statuale del potere punitivo, la giustizia riparativa sembra indicare, sul piano filosofico, «un paradigma *autonomo* di giustizia» [182], il cui ambito di operatività – in termini di complementarietà rispetto al modello punitivo – è condizionato da due presupposti fondamentali: la presenza di una vittima (anche surrogata o della comunità) e il consenso delle parti del conflitto ad iniziare un confronto.

---

[178] Cfr. G. MANNOZZI, *La giustizia*, cit., p. 347 ss.; G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, in particolare p. 99 e 259 ss.; C.E. PALIERO, *La mediazione penale*, cit., p. 114, «la mediazione passa per l'*indagine del vissuto* delle parti e la riparazione è, prima di tutto, la *conciliazione delle "soggettività"* di queste»; nella letteratura tedesca v. J. GARDE-SCHMITZ, *Täter-Opfer-Ausgleich, Wiedergutmachung und Strafe im Strafrecht,* Hamburg, 2006.

[179] Cfr. G. MANNOZZI, *La giustizia*, cit., p. 47.

[180] Cfr. G. MANNOZZI, *La mediazione nell'ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d'insieme*, in G. MANNOZZI (a cura di), *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Milano, 2004, p. 42 ss.

[181] In tal senso G. FIANDACA, *La riforma*, cit., p. 243, il quale mette in rilievo la possibile emersione di «seri problemi sul piano del rispetto delle classiche "garanzie"»; cfr. R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Milano, 2016, p. 101; diffusamente sul punto v. G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa*, cit., spec. pp. 68 e 92.

[182] G. MANNOZZI, *La giustizia*, cit., p. 373; p. 401; L. ESUSEBI, *Giustizia conciliativa e discrezionalità nel sistema penale*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Milano, 2005, p. 71; sul punto v. da ultimo C. MAZZUCATO, *Giustizia esemplare. Interlocuzione con il precetto penale e spunti di politica criminale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, Napoli, 2011, p. 407 ss.

Come è stato rilevato, la giustizia riparativa non può «assurgere a paradigma universale di regolazione dei conflitti: non tutto è mediabile (o riparabile), la mediazione e la riparazione non possono essere imposte e, soprattutto si media alla luce di precetti giuridici, i quali derivano la loro forza più che dal riposare sul consenso sociale (dato mutevole, fragile e incerto) dall'essere corredati da sanzioni, secondo la massima di Hobbes» [183].

Una delle questioni aperte più delicate all'interno della giustizia riparativa sembra proprio essere rappresentata dai suoi rapporti con il sistema penale: se e in che misura quest'ultima debba rimanere all'ombra del Leviatano, attraverso un livello di formalizzazione e controllo che, nell'assicurare le garanzie fondamentali della giustizia penale, rischia di farle perdere le sue caratteristiche peculiari [184]. A tal riguardo è stato, di recente, messo in rilievo il carattere complementare e funzionalmente interdipendente della giustizia riparativa rispetto al diritto penale: «nonostante rinunci alla *vis* coercitiva del processo e alla durezza della pena come ritorsione, la giustizia riparativa mutua la propria capacità di essere applicata in modo da promuovere un'eguale tutela delle parti dall'esistenza del diritto penale e perciò, in definitiva, dalla violenza fondatrice di quest'ultimo» [185].

Consapevoli del complesso rapporto che lega la giustizia riparativa al diritto penale, si intende soffermarsi sui possibili spazi applicativi che, in parallelo alla *restorative justice,* il modello di *pena prescrittiva a contenuto reintegratorio* potrebbe occupare all'interno di un sistema sanzionatorio differenziato.

Il campo di applicazione della giustizia riparativa sembra elettivamente legato ai reati lesivi di interessi personali, mentre sembra più difficile, almeno in prima approssimazione, utilizzare gli strumenti classici della giustizia riparativa in riferimento a fattispecie incriminatrici poste a tutela (in modo esclusivo o prevalente) di beni giuridici sovraindividuali o adespoti (come ad es. l'ambiente o la salute pubblica), nel cui ambito potrebbero, invece, trovare applicazione le forme di risposta al reato di tipo prescrittivo-reintegratorio qui indagate [186].

---

[183] G. MANNOZZI, *La «visione» di Raffaello: giustizia, filosofia, poesia e teologia*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia*, cit., p. 231 ss.

[184] In tal senso v. S. TRÄNKLE, *In the shadow of penal law – Victim offender mediation in Germany and France*, in *Punishment & Society*, 2007, p. 411 s.

[185] G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa*, cit., p. 368 ss.

[186] Cfr. G. FIANDACA, *La riforma*, cit., p. 242; J. FAGET, *I "ragionevoli compromessi" della mediazione penale*, in *Studi sulla questione criminale*, 2009, p. 59 ss. Per queste tipologie di reati ipotizzano, invece, il ricorso a «forme di co-narrazione della verità a valenza riparativa» G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa*, cit., p. 363, i quali osservano inoltre che «la giustizia riparativa non ha ancora saggiato pienamente le proprie potenzialità» nell'ampia categoria della vittimizzazione diffusa (p. 19); sull'impiego degli strumenti della giustizia riparativa nell'ambito del sistema punitivo attraverso meccanismi quali il patteggiamento o la messa alla prova v. G. MANNOZZI, *La giustizia riparativa per il crimine dei colletti bianchi: una possibilità o un paradosso?*,

Detto altrimenti: mentre la giustizia riparativa sembra abbracciare forme di dialogo e conciliazione nelle quali non si può prescindere dal coinvolgimento effettivo di almeno una vittima (anche solo surrogata) di reato [187], le tipologie di risposta al reato che implicano un modello di comportamento di contenuto positivo da parte del reo, il cui ambito di applicazione è potenzialmente ampio, sono invece finalizzate a stabilire, nella dimensione pubblica di un procedimento penale volto ad accertare i fatti e la responsabilità, un vincolo ricostruttivo con l'ordinamento giuridico violato, attraverso l'imposizione di obblighi (anche solo simbolicamente) ripristinatori, che non richiedono necessariamente un dialogo con vittime di reato o con la comunità di appartenenza [188].

Sia pure attraverso meccanismi di gestione della giustizia penale non privatizzati, la scelta di restituire il conflitto alle parti e di riconoscere alla vittima il proprio ruolo di protagonista nella gestione della vicenda criminosa sembra potersi più difficilmente adattare a quell'ambito del diritto penale contemporaneo che, nel trovarsi dinanzi alle sempre più complessa gestione di rischi derivanti dall'evoluzione tecnologica e da attività pericolose a base lecita, abbraccia un ampio catalogo di interessi, il cui denominatore comune è di essere sganciati dalla protezione (diretta) di un singolo individuo o di più soggetti determinati. Si pensi, a tal riguardo, all'ampia categoria di reati a soggetto passivo indeterminato o posti a tutela di interessi strumentali o di funzioni, come ad esempio nel caso della tutela dell'ambiente o della salute e dell'incolumità pubblica, della salvaguardia dei consumatori o degli investitori oppure della sicurezza sui luoghi di lavoro.

Per altro verso, sono proprio i caratteri di spontaneità [189], consensualità, fles-

---

in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, vol. II, Milano, 2016, p. 847 ss., la quale valorizza in particolare l'ammissione della responsabilità da parte del reo attraverso una narrazione del comportamento criminale e il racconto di vittimizzazione delle vittime per alcune considerazioni sull'applicazione della mediazione al diritto penale dell'impresa e, più in particolare, con specifico riguardo all'ordinamento austriaco, alla «applicabilità della mediazione ad ipotesi in cui una delle parti in conflitto sia una persona giuridica» cfr. G. MANNOZZI, *La giustizia*, cit., p. 219 ss.

[187] Sul ricorso a percorsi di giustizia riparativa con vittima surrogata, sia pure in relazione a fatti lesivi di interessi individuali cfr. G. MANNOZZI, *La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione, riparazione ed empativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 838 ss.; più ampiamente sul carattere riconciliativo in senso stretto della giustizia riparativa cfr. R. ORLANDI, *La mediazione penale tra finalità conciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo, Atti del convegno, Urbino, 23-24 settembre 2005*, Milano, 2007, p. 165 ss.

[188] Cfr. F. PALAZZO, *Giustizia riparativa*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia*, cit., p. 72.

[189] C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa*, cit., p. 108; il binomio libertà-spontaneità nell'adesione ai programmi di mediazione da parte degli interessati viene definito la «"regola d'oro" senza la quale tali programmi non sono nemmeno pensabili»; C. MAZZUCATO, *La giustizia penale in cerca di umanità. Su alcuni intrecci teorico-pratici fra sistema del giudice di pace e programmi di giustizia riparativa,* in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Milano, 2005, p. 139 ss.

sibilità e ridotta formalità a individuare gli importanti elementi di distinzione tra la giustizia riparativa e le prescrizioni a contenuto reintegratorio che si intendono esaminare.

Le ipotesi di condotta reintegratoria qui prese in considerazione possono, infatti, assumere gradi differenti di rilevanza a seconda che siano considerate, come avviene più tradizionalmente, come condizioni alla quali è subordinata la possibilità di evitare la pena edittale, oppure siano pensate come obblighi che, nel richiedere la collaborazione attiva del condannato, costituiscono vere e proprie sanzioni prescrittive, che impongono al reo comportamenti di contenuto positivo. Sanzioni che, oltre a inserirsi nei meccanismi del processo penale, estendono il proprio ambito di applicazione ai reati senza vittima, che prescindono in tal modo dalla spontanea volontà delle parti di intraprendere un percorso di risoluzione del conflitto sociale e interpersonale generato dal reato.

Da un diverso ma complementare punto di vista, il modello di giustizia penale proposto dalla giustizia riparativa (e in particolare dalla mediazione), come confermato dalla Direttiva dell'Unione Europea 2012/29/UE [190], è modellato in base alla tutela degli interessi della vittima [191], dalle cui decisioni finisce per dipendere, nel bene o nel male, il destino del reo [192]. L'art. 12, par. 1, lett. *a* della direttiva, nel definire le garanzie in tale contesto, stabilisce infatti che «si ricorre ai servizi di giustizia riparativa soltanto se sono nell'interesse della vittima, in base ad eventuali considerazioni di sicurezza, e se sono basati sul consenso libero e informato, che può essere revocato in qualsiasi momento» [193].

La vocazione vittimocentrica della giustizia riparativa sembra invece mutare, quando a partecipare al percorso riparativo non è più la vittima "effettiva" del reato, bensì una vittima surrogata. In questo caso il baricentro del sistema sembra spostarsi verso l'autore di reato. Specialmente se impiegata nell'ambito del

---

[190] Attuata con il d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, il quale dedica alla mediazione un solo riferimento nell'ambito dei doveri informativi nei confronti della persona offesa. Il nuovo art. 90-*bis*, comma 1, lett. *n*, c.p.p. stabilisce, infatti, «alla persona offesa, sin dal primo contatto con l'autorità procedente, vengono fornite, in una lingua a lei comprensibile, informazioni in merito [...] alla possibilità che il procedimento sia definito con remissione di querela di cui all'articolo 152 del codice penale, ove possibile, o attraverso la mediazione».

[191] L'art. 12 della Direttiva chiede agli Stati di assicurare che «*si ricorr[a] ai servizi di giustizia riparativa soltanto se sono nell'interesse della vittima*»; sul punto v. F. PALAZZO, *Giustizia riparativa*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia*, cit., p. 71, il quale osserva, infatti, che «la giustizia riparativa finisce per essere quasi un corollario di un più vasto programma politico-criminale, caratterizzato dalla tutela della vittima come principio fondante del sistema della giustizia penale».

[192] W. HASSEMER, *Warum*, cit., p. 237 e p. 254.

[193] Sui delicati rapporti comunicativi con la vittima nell'ambito della mediazione si veda l'interessante ricerca empirica di S. TRÄNKLE, *op. cit.*, p. 408. A tal riguardo si pensi inoltre al fatto che «il reo, offrendo le proprie scuse si sottomette alla volontà della vittima di accettarle o meno»: così G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa*, cit., spec. p. 232.

trattamento penitenziario, il percorso dialogico con vittima surrogata, nel farsi carico di finalità di prevenzione speciale positiva, sembra svolgersi nel prevalente interesse del reo [194]. Questo spostamento del baricentro della giustizia riparativa dalla vittima all'autore di reato sembra ancora più marcato quando la vittima ("autentica") di quel reato abbia espresso il proprio dissenso a partecipare al percorso riparativo. Per altro verso, nei casi in cui la mediazione con vittima surrogata avvenga durante la detenzione, sembra essere particolarmente delicato distinguere i reali spazi di autonomia dagli elementi di coercizione di una persona *in vinculis* che dovrebbe partecipare esclusivamente su base volontaria. Non solo: l'innesto della giustizia riparativa nel contesto dell'esecuzione della pena detentiva sembra convalidare più che scardinare la logica punitiva.

La prospettiva della persona offesa dal reato, pur essendo un aspetto di indubbio rilievo, non costituisce il nucleo attorno al quale si intende costruire un modello di pena di tipo prescrittivo-reintegratorio. E ciò perché, nel solco del processo storico di neutralizzazione della vittima nell'ambito della giustizia penale [195], la modifica contenutistica delle risposte al reato è innanzitutto finalizzata, nel consueto orizzonte reocentrico, a ridurre i costi umani e sociali derivanti dall'attuale configurazione carcerocentrica del sistema sanzionatorio. Nella consapevolezza dei rischi che il vigente sistema repressivo genera, allorché trascura la posizione della persona offesa dal reato, si intende dare spazio agli interessi della vittima proprio attraverso il carattere reintegratorio della prescrizione. All'ombra della finalità di reintegrazione sociale del condannato, la prescrizione si fa quindi carico della salvaguardia *ex post* del bene giuridico, evitando così «di sviluppare il malcontento e, di riflesso politiche reazionarie che si muovono sull'onda dell'irrazionalismo più che di una meditata riflessione sulla efficacia e sui limiti dello strumento penale nelle politiche di controllo sociale» [196].

Per prevenire un uso strumentale e simbolico della vittima come grimaldello per un approccio politico-criminale repressivo pare opportuno *cercare di ricostruire il profondo legame che esiste*, all'interno del sistema reocentrico, *tra finalità rieducativa della pena e tutela degli interessi delle vittime reali e potenziali*: un legame che può essere ristabilito proprio attraverso una risposta di contenuto reintegratorio e responsabilizzante (o quanto meno con un impatto il più possibile non-desocializzante).

La posizione del reo sembra, al contrario, passare in secondo piano nel modello additato dalla giustizia riparativa. Ciò è confermato anche dal disegno

---

[194] Sul punto cfr. Tribunale di sorveglianza di Venezia, 7 gennaio 2012, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 833 ss., con nota di MANNOZZI, *La reintegrazione*, cit., p. 838 ss.

[195] Cfr. W. HASSEMER, *Warum*, cit., pp. 231 e 247, il quale osserva che gli strumenti della giustizia riparativa (*Wiedergutmachung* e *Täter-Opfer-Ausgleich*) «portano un alito di anacronismo» («*einen Hauch Anachronismus*»).

[196] M. PELISSERO, *Pericolosità sociale*, cit., p. 15 s.

tracciato dalla Direttiva 2012/29/UE. Oltre a quanto già messo in rilievo sul ricorso ai servizi di giustizia riparativa soltanto se sono nell'interesse della vittima, il funzionamento del modello eurounitario di *restorative justice*, in linea con altre fonti sovranazionali e con l'elaborazione dottrinale [197], è subordinato all'esistenza di una condizione essenziale: «l'autore del reato ha riconosciuto i fatti essenziali del caso» (art. 12, par. 1, lett. *c*). Si tratta di un presupposto che, oltre a inserirsi più agevolmente all'interno dei sistemi processuali di *common law* [198] nei quali vi è stata, in tempi relativamente recenti, una più ampia apertura al modello della *restorative justice*, pare logicamente coerente proprio con l'impronta vittimocentrica delle tecniche della giustizia riparativa [199].

Vi è poi un aspetto di ulteriore distinzione: fatta eccezione per le metodologie di giustizia riparativa che si inseriscono nel contesto sanzionatorio (nella fase di commisurazione o in quella di esecuzione della pena) [200], nella prospettiva additata dalla *restorative justice* ad entrare in crisi è lo stesso concetto di puni-

---

[197] Sul punto v. G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa*, cit., spec. pp. 217 ss. e 353 ss.

[198] Sul ruolo delle parti nei sistemi processuali ispirati al modello accusatorio cfr. per tutti M.R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna, 1991, p. 173 ss.

[199] A prescindere dalla scelta del baricentro del sistema, ci si limita a segnalare che tale condizione lascia aperte questioni problematiche sul piano dei rapporti tra giustizia riparativa e processo penale. E ciò non solo a causa delle eventuali difficoltà di innesto della giustizia riparativa all'interno dei meccanismi della giustizia punitiva, ma soprattutto perché i presupposti indicati dalla Direttiva rischiano di essere in contrasto con le garanzie processuali poste a tutela dell'indagato/imputato. Si pensi al problematico intreccio tra finalità riconciliativa e presunzione d'innocenza; in relazione al diritto al silenzio e, più in generale a quello di difesa, si pensi alla possibile sorte delle dichiarazioni rese da colui che si riconosce come l'autore del reato, sia in caso di fallimento della mediazione, sia nell'ipotesi in cui le parti raggiungano volontariamente un accordo. Anche ove le dichiarazioni rese nel corso della mediazione (o di altre tecniche che si richiamano ai principi della giustizia riparativa) siano sottoposte ad un rigoroso vincolo di riservatezza e confidenzialità, ciò non di meno queste ultime fanno ormai parte del patrimonio conoscitivo della vittima. Particolarmente delicata sembra essere la gestione di tali informazioni acquisite da una confessione, qualora il procedimento penale riprenda il proprio corso. La consapevolezza di questo rischio emerge anche dai lavori degli Stati Generali dell'esecuzione penale. A tal riguardo si veda Tavolo 13 – Giustizia riparativa, mediazione e tutela della vittime, *Relazione di accompagnamento,* in *www.giustizia.it*, p. 17. Sul punto, da ultimo, F. RUGGIERI, *Giudizio penale e «restorative justice»: antinomia o sinergia?*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia*, cit., p. 83 ss.; G. UBERTIS, *Riconciliazione, processo e mediazione in ambito penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1321 ss.; G. UBERTIS, *La mediazione penale tra finalità conciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto*, cit., p. 143 ss.; G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa*, cit., p. 355; G. MANNOZZI, *La giustizia*, cit., p. 240; E.M. MANCUSO, *La giustizia riparativa in Austria e Germania: tra Legalitätsprinzip e vie di fuga dal processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1958 ss.; M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015, p. 42.

[200] A tal riguardo v. G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa*, cit., p. 289 ss.

zione, dal momento che «le pratiche di mediazione non sono mai riconducibili a dimensioni *afflittive*, in senso stretto *sanzionatorie,* caratterizzate dalla coercizione»[201]. Il modello proposto dagli strumenti della giustizia riparativa intende «dar vita ad un'immagine totalmente nuova di giustizia», che chiede di «rinunciare alla rivalsa»[202].

Al contrario, l'idealtipo di pena prescrittiva a contenuto reintegratorio, che si cercherà di ricomporre all'interno (e oltre i confini) del sistema positivo vigente, vuole confrontarsi con le caratteristiche "classiche" della giustizia penale per innovarne strumenti e contenuti.

Non si intende andare alla ricerca di un'idea di giustizia «*senza spada, senza benda, senza bilancia*»[203], che sembra sancire l'irreparabile crisi della giustizia penale statuale. Affrancarsi da quest'immagine della giustizia, così profondamente radicata nell'intera storia dell'umanità, significa ripensare, almeno in parte, allo stesso patto fondativo dello Stato moderno e alla sua matrice illuministico-liberale, che postulano l'uso monopolistico della spada per garantire sicurezza e pace sociale[204]. A tal riguardo non pare casuale la nascita delle tecniche della giustizia riparativa proprio all'interno di società semplici di tipo non-statuale[205].

---

[201] C. MAZZUCATO, *ibidem*; in senso diverso, sui rapporti tra riparazione e teoria retributiva v. F. CAVALLA, *La riparazione come pena. Oltre la concezione liberale dello Stato: per una teoria radicale della pena*, in F. CAVALLA, F. TODESCAN (a cura di), *Pena e riparazione*, Padova, 2000, *passim.*

[202] G. MANNOZZI, *La «visione»*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia*, cit., p. 233.

[203] U. CURI, *Senza bilancia. La giustizia riparativa forgia una nuova immagine della giustizia*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia*, cit., p. 43.

[204] Cfr. W. HASSEMER, *Warum*, cit., pp. 231 e 252 ss., il quale ritiene che, senza la neutralizzazione della vittima, non esisterebbero né il diritto penale moderno né lo Stato moderno; cfr. D. PULITANÒ, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 641 ss. Per altro verso la giustizia riparativa sembra incontrare limiti applicativi che derivano proprio dai suoi aspetti così pregnanti: la strada della riconciliazione passa attraverso una scelta libera, consapevole e incoercibile delle parti di intraprendere un confronto, moralmente impegnativo e non privo di sofferenza, il cui presupposto è l'ammissione di responsabilità da parte del (presunto) autore del fatto; in tal senso D. PULITANÒ, *In dialogo*, cit., p. 3.

[205] Cfr. G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa*, cit., p. 273 ss. Vi è un aspetto ulteriore che deve essere tenuto in considerazione: il successo culturale della mediazione non ha finora coinciso con il suo successo applicativo che, fatta eccezione per il microcosmo penale minorile, rimane piuttosto limitato; in tal senso M. BOUCHARD, G. MIEROLO, *Offesa e riparazione*, Milano, 2005, p. 203 s.; più di recente C. MAZZUCATO, *Ostacoli e «pietre di inciampo» nel cammino attuale della giustizia riparativa in Italia*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia*, cit., p. 119 ss. Questo finora scarso rilievo applicativo sembra essere dovuto a una certa diffidenza con la quale il legislatore guarda alla giustizia riparativa, ma anche perché è mancata un'opera di sensibilizzazione e promozione. Non è, dunque, un caso se il Coordinamento nazionale degli Stati generali dell'esecuzione penale ha ritenuto opportuno limitare i lavori del Tavolo 13, dedicato alla giustizia riparativa, «alle sole norme relative alla fase dell'esecuzione delle sanzioni», anziché allargare il perimetro tematico alla fase della cognizione. Confermando l'approccio eccessivamente cauto, la giustizia riparativa viene così confinata negli angusti spazi dell'esecuzione pe-

Seguendo, invece, la direzione additata, sia pur timidamente, dalla giurisprudenza costituzionale, sembra essere il processo di civilizzazione a indicare la strada per modificare il "tipo di spada" impiegata dalla giustizia penale, o meglio, i contenuti sanzionatori effettivi della risposta al reato: da brutale strumento di violenza e sofferenza sterilmente vendicative a strumento umanamente produttivo, moralmente buono e socialmente ricostruttivo. Sembra essere la modifica, secondo criteri razionali, della spada a rendere civilmente più accettabile una giustizia penale ispirata non solo al principio di minima sofferenza necessaria [206], ma soprattutto orientata da un'aspirazione verso la massima utilità sociale. Un'utilità sociale che anche il diritto punitivo, attraverso il monopolio della coercizione, deve contribuire a soddisfare, facendo ricorso a strumenti di tutela e di reintegrazione [207].

---

nitenziaria. Anche la recente apertura di nuovi spazi applicativi per la mediazione, attraverso l'introduzione del nuovo istituto della sospensione del processo con messa alla prova (art. 168-*bis* c.p.) non ha trovato concreto riscontro nella prassi. Secondo le informazioni fornite dall'Ufficio dell'esecuzione penale esterna di Milano, non vi sono stati più di tre percorsi di mediazione tra i circa 700 casi di applicazione del nuovo istituto di *probation*.

[206] Cfr. L. EUSEBI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Dem. dir.*, 2000, p. 114 ss., in particolare p. 153.

[207] Rinunciare all'idea "classica" della giustizia penale implica la necessità di affrontare il rischio di creare uno strumento di controllo penale che si affianca agli strumenti classici della giustizia penale, anziché circoscriverne l'ambito applicativo. Un rischio che pare, per la giustizia riparativa, più acuto rispetto a quello condiviso da qualsiasi tentativo di proporre un'alternativa contenutistica alle tradizionali forme di reazione penale, che sia in grado di disinnescare i drammatici effetti derivanti dalla privazione della libertà. A mutare è, infatti, lo stesso obiettivo della risposta al reato, che trascende e oblitera (anche solo in parte) le finalità classiche della pena, per trasformarsi in un percorso dialettico di conoscenza, di dialogo, di incontro e di (eventuale) riconciliazione tra vittime e autori di reato. Sul punto v. *Parlamentary* Assembly, *Resolution 1938 (2013), Promoting alternatives to imprisonment,* in *assembly.coe.int*, al punto 7, laddove si osserva: «*non-custodial sentences should be imposed as a replacement for prison sentences and not as a way of further widening the scope of criminal punishment*»; sui rischi e le modalità per evitare il c.d. *net widening effect* cfr. G. MANNOZZI, *La giustizia*, cit., p. 329 ss.; sul punto, più di recente, si veda ancora G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa*, cit., p. 68. A ciò si aggiungano alcune possibili limitazioni applicative derivanti da fonti sovranazionali. In tal senso, l'art. 48 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, stipulata a Istanbul nel 2011 e ratificata dallo Stato italiano nel 2013, impone alle parti di adottare le necessarie misure legislative o di altro tipo per vietare la partecipazione obbligatoria a procedimenti di soluzione alternativa delle controversie, incluse la mediazione e la conciliazione, in relazione a tutte le forme di violenza che rientrano nel campo di applicazione della Convenzione. Come meglio chiarito dalla relazione esplicativa, la Convenzione, esprime una forte sfiducia nei confronti della giustizia riparativa, qualora vi si faccia ricorso nei casi di violenza fisica o psicologica (elencati dalla Convenzione) nei confronti di determinate vittime (in particolare contro le donne) o che vengono realizzate in specifici contesti, come quello familiare e delle relazioni affettive; in tal senso CONSIGLIO D'EUROPA, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, par. 252; così anche S. TRÄNKLE, *op. cit.*, p. 410; cfr. sul punto, ancora prima che tali principi fossero sanciti della Convenzione di Istanbul, N. LACEY, C. WELLS, O. QUICK, *Recon-*

### 5.1. *Un'indispensabile precisazione terminologica e concettuale*

Vale la pena di aprire qui, in termini volutamente problematici, una parentesi di carattere terminologico e concettuale, per cercare di sgombrare il campo da ogni possibile equivoco derivante dalla scelta di utilizzare il termine "reintegratoria" come qualificazione della condotta che si intende impiegare come nucleo del modello di pena prescrittiva.

Dal punto di vista linguistico e concettuale i termini "riparazione" e "reintegrazione" potrebbero, a prima vista, essere considerati come etichette di sintesi intercambiabili che rappresentano un unico modo di concepire la giustizia penale. Una concezione che si propone di rispondere, secondo una logica "nuova" e diversa dallo schema tipico, al fatto di reato, essendo ispirata a un modello di comportamento positivo e attivo da parte del reo che si contrappone alla passiva privazione del sistema punitivo vigente.

In realtà i termini "riparazione" e "reintegrazione", specialmente se intesi nella loro dimensione simbolica, si prestano a essere interpretati in modi molti diversi. Basterà, a tal riguardo pensare all'utilizzo della nozione di riparazione nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che la intende come sinonimo di soddisfazione degli interessi della vittima: in questo caso anche la pena detentiva assumerebbe, quindi, le sembianze di una riparazione che si colora di vendetta [v. *infra*, cap. III, par. 1.3]. Sul versante opposto, lo stesso concetto di riparazione può, tuttavia, assumere il significato di risposta al reato che supera addirittura la stessa intima logica del punire[208].

Analogamente il concetto di reintegrazione può essere assumere connotazioni profondamente diverse.

Consapevoli di questa duttilità, talvolta distorcente, dei concetti di riparazione e reintegrazione, pare opportuno cercare di tracciare una mappa concettuale in base alla quale si intende sviluppare l'analisi.

Dinanzi a queste difficoltà terminologiche e concettuali[209], il più recente sforzo definitorio è stato prodotto, nell'ambito degli Stati Generali dell'esecu-

---

*structing Criminal Law*, Cambridge, 2010, p. 810 ss.; più di recente sul punto v. J. LOVELESS, *R. v GAC: battered woman "syndromization"*, in *Criminal Law Review*, 2014, p. 655 ss.; sul ciclo della violenza il richiamo è a L.E. WALKER, *The Battered Woman Syndrome*, New York, 2009, *passim*; a proposito della faticosa emersione della violenza domestica e intrafamiliare dalla dimensione privata, S. SILVANI, *La mediazione nei casi di violenza domestica: profili teorici e spazi applicativi nell'ordinamento italiano*, in G. MANNOZZI (a cura di), *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reato alla composizione con la vittima*, Milano, 2004, in particolare p. 137. Per i casi di violenza domestica o di abuso su minore suggeriscono, invece, il ricorso alla mediazione indiretta, ossia senza incontro tra le autore e vittima di reato G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa*, cit., p. 258.

[208] In tal senso G. FIANDACA, *La riforma*, cit., p. 239.

[209] Cfr. F. PALAZZO, *Giustizia riparativa*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia*, cit., p. 72.

zione penale, dal Tavolo dedicato a «giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime del reato».

Il punto di riferimento è l'art. 2 della Direttiva 2012/29/UE che, nel riprendere i *basic principles* sulla *Restorative Justice* elaborati dalla Nazioni Unite, definisce "giustizia riparativa" «qualsiasi procedimento che permette alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale».

Secondo la relazione elaborata dal Tavolo n. 13, che invita ad «una estrema cautela nominalistica», «non sono da indicare/qualificare come strumenti di giustizia riparativa i lavori di pubblica utilità, il lavoro penitenziario gratuito all'esterno, le prescrizioni di volontariato sociale, *perché si tratta di attività prescritte o imposte dal magistrato, che si iscrivono pur sempre in un'ottica retributiva o di coercizione*»[210].

In questa prospettiva vengono rigorosamente tracciati i confini della giustizia riparativa, che trova espressione in «azioni e percorsi che il reo svolge *volontariamente,* avendo egli contribuito *in modo attivo e dialogico a definire il proprio impegno e avendo avuto qualche forma di incontro* [...] *con le persone offese e/o la comunità*, le quali saranno chiamate a lavorare sulla consapevolezza della natura e del significato dell'attività che il reo sta eseguendo in una prospettiva *restorative*»[211].

Ciò non di meno, secondo le considerazioni conclusive del tavolo dedicato alla giustizia riparativa, lavoro di pubblica utilità e messa alla prova, pur non essendo riconducibili al concetto di giustizia riparativa, possono essere «reinterpreta[te] in ottica *restorative*»[212]. Secondo una schematizzazione ancora più recente tali istituti

---

[210] Così Stati Generali dell'esecuzione penale, Tavolo 13 – Giustizia riparativa, p. 20 (corsivi aggiunti); in senso parzialmente diverso M. VENTUROLI, *op. cit.*, p. 284 s., secondo il quale «in presenza di illeciti posti a tutela di oggettività giuridiche sopraindividuali, il modello di giustizia riparativa sarebbe comunque in grado di operare, attraverso lo svolgimento di attività a favore della collettività»; occorre peraltro mettere in rilievo che lo stesso A. osserva che «eventuali procedure riparative e di mediazione possono attivarsi solo su base *volontaristica* e non su imposizione dell'autorità giurisdizionale. Per tale ragione non può ricondursi alla *restorative justice* in senso stretto l'art. 47, c. 7, l. 345/1975» (p. 302).

[211] Stati Generali dell'esecuzione penale, Tavolo 13 – Giustizia riparativa, *ibidem*; sull'incerta collocazione del lavoro di pubblica utilità cfr. G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa*, cit., p. 217.

[212] Stati Generali dell'esecuzione penale, Tavolo 13 – Giustizia riparativa, *ibidem*; sia pure in potenziale contrasto con i principi affermati dalle già citate fonti sovranazionali sulla *Restorative Justice,* non è infrequente, neppure in altri ordinamenti, il richiamo alla giustizia riparativa in relazione a prescrizioni imposte dal giudice caratterizzate da una vocazione sanzionatoria; a tal riguardo, sia pure criticamente, v. D. STENDARDI, *Per una proposta legislativa in tema di giustizia riparativa: spunti di riflessione dell'analisi degli ordinamenti degli Stati Uniti e del Regno Unito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1899 ss., in particolare pp. 1905 e 1909; ciò non di meno la prestazione di lavori socialmente utili rientra tra i contenuti della *Restorative Justice* previsti da una disposizione (Section § 28.1.2a dei Vermont Statutes) che, pur mettendo in dubbio volontarietà e

costituirebbero «modelli con componenti riparative», che si collocano al secondo stadio (di quattro) di «un *continuum* che va dalla punizione alla riparazione»[213]. Nella stessa ricostruzione sistematica le stesse attività socialmente utili a favore della collettività, se inserite all'interno dei meccanismi di giustizia riparativa, sarebbero altresì forme di riparazione sia materiale che simbolica[214].

Accogliendo queste distinzioni tra lavoro di pubblica utilità e istituti di messa alla prova da un lato, e modelli riparativi dall'altro, pare opportuno mettere, fin da subito, in rilievo che il legislatore, nel disciplinare alcuni istituti che appartengono alla vasta categoria della "non-punibilità", utilizza il termine "condotte riparatorie". A titolo meramente esemplificativo, si pensi all'art. 464-*bis* c.p.p. che impiega tale locuzione, per indicare le prescrizioni imposte dal giudice in relazione al nuovo istituto della sospensione del processo con messa alla prova di cui all'art. 168-*bis* c.p. introdotto dall'art. 3 della legge 28 aprile 2014, n. 67.

Anche la Relazione della Commissione presieduta dal prof. Palazzo ha impiegato il termine "condotta riparatoria", pur tenendolo concettualmente distinto dai meccanismi di mediazione e riconciliazione. Oltre alla sua tradizionale funzione estintiva del reato in chiave di causa di non punibilità sopravvenuta, «la riparazione [può] operare anche come causa di sostituzione della pena con altra meno grave oppure anche come semplice circostanza attenuante»[215].

In base a quest'ultima prospettiva, la nozione di "condotta riparatoria", intesa come condizione alla quale il legislatore condiziona l'operatività di alcuni istituti riconducibili alla vasta categoria della non punibilità, sembra essere concettualmente distinta da quella di "giustizia riparativa". Nella maggior parte delle ipotesi previste dal legislatore (anche in prospettiva storica)[216], come nel caso degli istituti di *probation*, non si tratta di condotte volontarie, bensì di prescrizioni imposte[217], in modo più o meno esplicito, all'indagato o all'imputato nel-

---

consensualità, l'A. sembra condividere (p. 1907 s.); analogamente, quando si fa riferimento alla *Restorative Justice* nel Regno Unito, condividendo l'approccio orientato a logiche riparative, si cita il successo delle *Community Payback Sentences*, che presuppongono lo svolgimento di lavori di pubblica utilità (p. 1917). Sulla commistione concettuale tra sanzioni penali e giustizia riparativa si veda, in relazione al sistema penale portoghese, L. DELLA TORRE, *Attuazione di meccanismi di* "Restorative Justice" *in alcuni paesi sudamericani e nella penisola iberica: delle differenti sfumature di un paradigma alternativo di giustizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, in particolare p. 1952 ss.

[213] G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa*, cit., p. 220 s.

[214] G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa*, cit., p. 228 s.

[215] *Schema per la redazione*, cit., p. 15.

[216] Cfr. R. GAROFALO, *Riparazione alle vittime del delitto*, Torino, 1887, nella cui opera la riparazione costituisce uno degli obiettivi della repressione; per un'analoga collocazione della riparazione nella prospettiva punitiva cfr. G. GREGORACI, *Della riparazione del danno nella funzione punitiva*, Torino, 1903.

[217] Cfr. C. MAZZUCATO, *Ostacoli e «pietre di inciampo» nel cammino attuale della giustizia riparativa in Italia*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia*, cit., p. 119 ss.; sull'utilizzo, in una prospettiva storica (in particolare nell'elaborazione della Scuola positiva), del termine

l'ambito di istituti che rompono la sequenza reato-pena (minacciata). Si tratta di forme di riparazione che, nella stragrande maggioranza dei casi, sono inserite in meccanismi di carattere strutturalmente coercitivo e obbligatorio. Gli strumenti della giustizia riparativa (ed in particolare la mediazione) possono, invece, venire eventualmente integrati all'interno di tali istituti in base alla scelta spontanea e volontaria delle parti. Analoghe condotte riparatorie del danno o dell'offesa costituiscono, dunque, le componenti fondamentali dei percorsi dialogici e volontari previsti dai differenti modelli di giustizia riparativa [218].

Per tenere conto delle preziose indicazioni terminologiche e concettuali elaborate dal Tavolo 13 degli Stati Generali e per evitare, di conseguenza, che l'impiego della locuzione "condotta riparatoria" possa ingenerare confusione, si è preferito utilizzare la qualificazione "reintegratoria" per descrivere differenti tipologie di condotta che possono essere imposte al reo in base al modello autonomo di pena prescrittiva che si intende indagare in questa sede.

La scelta di ricorrere alla locuzione "condotta reintegratoria" nasce, dunque, dall'esigenza di tenere distinti tre ambiti del sistema penale che possono presentare punti di contatto o di reciproca sovrapposizione proprio in relazione a forme di tutela *ex post* del bene giuridico tutelato: da un lato, si colloca il composito universo della giustizia riparativa; dall'altro lato vi sono le numerose ipotesi di non punibilità subordinata a qualche forma di riparazione (anche simbolica) dell'interesse leso; e, infine, vi è il modello autonomo di pena prescrittiva a contenuto reintegratorio.

Il modello qui analizzato intende valorizzare la condotta reintegratoria, come contenuto prescrittivo (e dunque non-consensuale) della risposta al reato, a partire dal quale si cercherà di elaborare un diverso idealtipo di pena.

In prima approssimazione, il termine reintegratorio, qui riferito alla costruzione di un modello di pena prescrittiva, intende fare riferimento a un triplice ordine di significati e, corrispettivamente, di ragioni fondative. Reintegratoria è l'aspirazione di tutela, sia pure *in extremis* o *ex post,* del bene giuridico attraverso un impegno attivo che il giudice impone all'autore di reato a seguito di un pieno accertamento della responsabilità per il fatto commesso. In questo senso, la prescrizione reintegratoria mantiene, all'interno del proprio orizzonte, un obiettivo di salvaguardia delle vittime che, in ultima analisi, beneficiano dell'obbligo imposto al reo. Nella prospettiva di un diritto penale laico e secolarizzato, la reintegrazione degli interessi tutelati attribuisce alla vittima un ruolo di indubbia rilevanza nella fondazione di un modello di pena prescrittivo a contenuto reintegratorio. Non è, tuttavia, l'interesse della vittima a costituire l'unico

---

"riparazione" come oggetto di una prescrizione (non volontaria e spontanea) cfr. la ricostruzione in senso critico di G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa*, cit., p. 29 ss.

[218] Secondo la recente classificazione di G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa*, cit., p. 221 s.

pilastro fondante del modello e neppure può essere considerato quello prevalente. In un'accezione diversa, ma strutturalmente collegata a quest'ultimo significato, il termine reintegratoria descrive il finalismo special-preventivo che ispira una prescrizione volta a far prendere coscienza al reo del disvalore del fatto realizzato ed a farsi responsabilmente carico, sia pure solo simbolicamente, delle conseguenze del reato. Non si intende qui richiamare il concetto di «vergogna reintegratrice»[219] che, nel fare riferimento alla complessa e delicata sfera emotiva dell'autore del fatto, sembra introdurre una componente eticizzante che travalica le finalità di una giustizia penale laica e secolarizzata. La nozione di reintegrazione intende, invece, richiamare il versante positivo della prevenzione generale: la prescrizione reintegratoria imposta dalla sentenza di condanna, che trasmette un chiaro messaggio di censura per il fatto di reato commesso, intende favorire la riaffermazione, sul piano valoriale, della *ratio* di tutela del precetto penale [v. *infra* cap. III, par. 2.2].

Alcuni ulteriori aspetti preliminari meritano di essere affrontati, fin da subito, quanto meno sul piano concettuale, per definire, almeno in prima approssimazione, la nozione di condotta reintegratoria.

Estranee alla nozione di condotta reintegratoria sono le varie ipotesi di confisca. Si tratta senza dubbio di un istituto di sempre più difficile e incerta collocazione sistematica, al quale viene talvolta attribuito un carattere "riparatorio", nel più verosimile intento di sottrarlo alle fondamentali garanzie penalistiche, anziché al fine di attribuirgli un preciso significato. A prescindere dalle etichette utilizzate, vi è un elemento che distingue nettamente le forme di condotta reintegratoria dalle misure ablative: mentre le prime consistono in prescrizioni costruite su un modello di comportamento positivo e antagonista del reo rispetto al fatto commesso, le seconde sono concepite in termini di passiva sottrazione.

Sul versante opposto, si intende includere il lavoro di pubblica utilità nel catalogo di forme di condotta reintegratoria. Senza poter anticipare in questa sede ulteriori considerazioni che verranno sviluppate nel prosieguo, ci si limita ad osservare che la prestazione di un'attività lavorativa gratuita a favore della collettività, pur collocandosi all'interno di una logica prescrittiva e, dunque, estranea al concetto di giustizia riparativa, non sembra inserirsi in un'ottica retributiva [v. *infra* cap. IV, par. 3 e 4].

Al contrario, il lavoro di pubblica utilità sembra costituire un contenuto trattamentale volto a perseguire finalità di prevenzione speciale positiva: «la sospensione integrata dall'obbligazione di compiere un lavoro di interesse generale [...] può essere considerata una forma di sospensione con messa alla prova inequivocabilmente orientata alla risocializzazione del reo»[220].

---

[219] J. BRAITHWAITE, *Crime, shame and reintegration*, Cambridge, 1989, *passim*.

[220] In tal senso cfr. F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Certezza o flessibilità della pena?, verso la riforma della sospensione condizionale*, Torino, 2007, pp. 42 e 142.

Su quest'ultimo punto occorre intendersi: al di là dell'imprescindibile contenuto punitivo e, dunque, in qualche misura inevitabilmente retributivo, senza il quale la pena smetterebbe di essere tale, la prestazione gratuita di un'attività a favore della collettività ha certamente una valenza sanzionatoria [v. *infra* cap. III, par. 1.3], poiché determina una limitazione della libertà in termini di perdita del proprio tempo libero. Ciò non di meno il lavoro di pubblica utilità sembra emanciparsi da quel modello di pena, così ben rappresentato dalla "vera e propria" pena (quella detentiva), che è concepita in senso effettivamente retributivo come improduttiva privazione da subire passivamente e fonte di intenzionale isolamento sociale.

Lo svolgimento di un'attività gratuita a favore della collettività costituisce, invece, una prescrizione di «contenuto educativo», il cui valore pedagogico consiste proprio nel ricorso al lavoro volontario come «attività di alto significato sociale»[221], che ha una duplice valenza reintegratoria: non solo per l'autore di reato, perché il lavoro gratuito ha una finalità di prevenzione speciale positiva, ma anche per le vittime, poiché si fa carico, sia pure in forma simbolica, degli interessi lesi o messi in pericolo dal reato.

## 6. *Idealtipi di pena e modello prescrittivo-reintegratorio*

Per sviluppare l'indagine sul modello prescrittivo-reintegratorio e per collocarlo all'interno di un sistema sanzionatorio differenziato, pare opportuno cercare di delineare, in via teorica, un quadro schematico e preliminare dei differenti idealtipi di pena. Accanto al binomio pena detentiva – pena pecuniaria, o più precisamente, dinanzi alla tirannia della prima, si sono affiancate nel corso del tempo numerose altre tipologie di pena che, con reciproche contaminazioni, compongono il quadro delle possibili risposte al fatto di reato.

Ad essersi arricchiti, rispetto al modello originario, sono gli stessi modelli classici di risposta punitiva. Oltre alle forme di privazione totale della libertà, la cui esecuzione può avvenire anche in luoghi diversi dall'istituto penitenziario (si pensi alla detenzione domiciliare), esistono modalità di limitazione, più o meno incisive, della libertà, che possono riguardare solo una parte della giornata (si pensi a istituti, sia pure tra loro diversi, come la semidetenzione oppure a quelli attualmente previsti dall'ordinamento penitenziario come il lavoro esterno e la semilibertà, che potrebbero essere pensati come risposte in via principale) oppure che comportano il ricorso a strumenti di controllo e sorveglianza (si pensi non solo alle forme più invasive, come l'utilizzo del braccialetto elettronico o la libertà controllata, ma anche a quelle più lievi come la supervisione esercitata dal servizio sociale).

---

[221] Così C.E. PALIERO, E. DOLCINI, *Il carcere ha alternative?*, Milano, 1989, pp. 161 e 166.

Pur appartenendo ad un unitario genere di pena, le due specie di pena privativa e limitativa della libertà sembrano individuare due idealtipi distinti, che sono caratterizzati (anche al loro interno) da una crescente gradualità, sia sul piano quantitativo sia su quello qualitativo. Detto altrimenti: non si tratta esclusivamente di variazioni dosimetriche della stessa pena, bensì di trasformazioni contenutistiche di quest'ultima che incidono in modo differente sulla libertà personale. Per questo motivo pare opportuno tenere distinto l'idealtipo di pena privativa da quello limitativo della libertà personale, il quale comprende anche le più blande forme di supervisione e controllo.

In termini analoghi, anche l'idealtipo della pena pecuniaria ha assunto nel tempo connotazioni sensibilmente differenti. A questa categoria sembrano ormai appartenere non solo le diverse forme di confisca (specialmente nella forma allargata e per equivalente), la cui vocazione punitiva, pur rimanendo assai controversa, sembra trasparire in modo sempre più esplicito, ma anche numerose altre sanzioni che, pur collocandosi formalmente al di fuori dei confini del diritto penale, hanno le medesime caratteristiche della pena pecuniaria, poiché incidono direttamente, talvolta in modo persino più incisivo, su interessi patrimoniali (si pensi alle sanzioni pecuniarie previste dal diritto punitivo amministrativo, alle nuove sanzioni civili pecuniarie, fino ad arrivare agli istituti ispirati ai c.d. *punitive damages* di origine nordamericana).

Il binomio ufficiale pena detentiva – pena pecuniaria, oltre ad apparire sempre più variegato al proprio interno, è circondato da altri idealtipi di pena che, già nel sistema vigente, concorrono a descrivere il catalogo delle risposte al reato.

Di indubbio rilievo è l'idealtipo autonomo della pena interdittiva, il cui ambito di applicazione, oltre a essere di regola accessorio rispetto alla pena principale, dipende necessariamente dalle caratteristiche del tipo d'autore e del tipo legale [222].

Nell'ambito di questa sempre più complessa e intricata realtà del sistema punitivo, dai cui confini dipende anche l'applicazione delle garanzie, si collocano anche le differenti forme di condotta reintegratoria che potrebbero riempire di contenuto l'autonomo idealtipo di pena prescrittiva che si intende analizzare in questa sede.

Ad un primo sguardo, l'elemento caratterizzante di questa tipologia di risposta al reato, i cui frammenti sembrano essere sparsi all'interno dell'intero ordinamento, è costituito da prescrizioni finalizzate a fare assumere all'autore del fatto un impegno attivo di tipo (anche solo simbolicamente) reintegratorio rispetto al bene giuridico leso o messo in pericolo.

---

[222] Sul punto si veda A. MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo: una proposta de iure condendo*, Torino, 2008, *passim*; F. PALAZZO, *Le interdizioni nella prospettiva delle misure alternative alla pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 190 ss.; C.E. PALIERO, E. DOLCINI, *Il carcere*, cit., p. 167 ss.

Il modello prescrittivo-reintegratorio non si fonda, quindi, su una scelta volontaria da parte del reo, bensì su un obbligo che, prescindendo dalla preliminare ammissione di responsabilità per il fatto, può costituire l'esito di un procedimento penale nel quale l'imputato si sia sempre proclamato innocente. Nella sua dimensione reintegratoria (materiale e simbolica), che include la prospettiva della vittima senza tuttavia modificare l'impianto reocentrico della giustizia penale, il modello qui analizzato di pena prescrittiva prescinde, già solo in ragione del suo carattere (anche) punitivo, dal dialogo, dall'ascolto e dal riconoscimento reciproco tra autore e vittima di reato, se non nella misura in cui questi elementi formano parte degli strumenti di accertamento propri del procedimento penale.

All'esito di questa preliminare analisi, sembrano delinearsi cinque diversi idealtipi di pena che contengono al proprio interno variazioni tipologiche caratterizzate da omogeneità di contenuti: 1) *pena privativa della libertà* (eseguita all'interno di circuiti penitenziari differenziati oppure presso il privato domicilio); 2) *pena limitativa della libertà* (eseguita solo per parti della giornata presso istituti penitenziari o presso il domicilio, oppure attraverso forme di controllo e supervisione); 3) *pena prescrittiva-reintegratoria* (sia attraverso forme di reintegrazione materiale degli interessi offesi, sia attraverso lo svolgimento di un'attività gratuita a favore della collettività, sia attraverso la partecipazione a percorsi trattamentali o formativi); 4) *pena interdittiva* (ad esempio attraverso forme di decadenza o sospensione dell'esercizio di diritti); 5) *pena pecuniaria* (attraverso le molteplici forme solo parzialmente menzionate in precedenza, come ad esempio la confisca).

È sulla base delle coordinate appena tratteggiate che si intende ricostruire il fondamento teorico e gli spazi applicativi all'idealtipo di pena prescrittiva a contenuto reintegratorio, al fine di individuare l'autonoma collocazione di quest'ultimo all'interno di un sistema sanzionatorio differenziato [223].

[223] Sulla necessità di creare un sistema sanzionatorio differenziato che sia in grado di adattarsi «al tipo di reato, all'entità del danno o del pericolo arrecato, alla qualità degli interessi lesi o messi in pericolo e alle esigenze di prevenzione speciale nonché, quando sia necessario, alle esigenze di inserimento del condannato in meccanismi di produzione» v. L. VIOLANTE, *Sulla riforma del sistema sanzionatorio*, in M. CAPPELLETTO, A. LOMBROSO (a cura di), *op. cit.*, Milano, 1976, p. 32.

## CAPITOLO II

# LA RILEVANZA DELLA CONDOTTA REINTEGRATORIA

SOMMARIO: 1. Modelli e spazi applicativi della condotta reintegratoria. – 2. Condotta reintegratoria e commisurazione della pena. – 3. Condotta reintegratoria e mutamento della risposta al reato. – Sezione I. *Il modello irrazionale: la condotta reintegratoria come livello punitivo aggiuntivo*. – 1. La moltiplicazione degli strumenti sanzionatori: il ruolo della condotta reintegratoria. – 2. La riparazione pecuniaria in materia di reati contro la Pubblica Amministrazione. – 3. Il risarcimento dei danni all'integrità del mercato. – Sezione II. *Il modello minimalista: la reintegrazione in prospettiva (quasi) esclusivamente risarcitoria*. – 1. Dal meccanismo reintegratorio in materia societaria a quello in materia tributaria. – 2. Una rilettura in chiave para-sanzionatoria: la condotta reintegratoria nella giurisdizione del Giudice di pace. – 3. Estinzione del reato per condotte riparatorie: dal modello frammentario alla proposta unitaria (art. 162-*ter* c.p.). – Sezione III. *Il modello preventivo: la condotta reintegratoria tra anticipazione dell'intervento punitivo e tutela in extremis del bene giuridico*. – 1. Tra deflazione e prevenzione. – 2. Dall'oblazione al modello ingiunzionale in materia di sicurezza sul lavoro. – 3. I meccanismi reintegratori in materia ambientale e paesaggistica. – Sezione IV. *Il modello sospensivo: la condotta reintegratoria come risposta punitiva alternativa*. – 1. Un modello trasfigurato da finalità di deflazione penitenziaria e processuale. – 2. La condotta reintegratoria nella sospensione condizionale della pena. – 3. La condotta reintegratoria nell'affidamento in prova al servizio sociale. – 4. La condotta reintegratoria nella sospensione del procedimento con messa alla prova. – 5. Bilancio e prospettive.

## 1. *Modelli e spazi applicativi della condotta reintegratoria*

Tra le molteplice e variegate forme assunte dalla condotta reintegratoria all'interno dell'ordinamento penale italiano non sembra facile poter individuare una comune *ratio* politico-criminale. E forse, nel contesto attuale, non è neppure possibile individuare il filo conduttore in grado di riunire, sulla base di un unico criterio di classificazione, tutte le differenti tipologie di condotta reintegratoria.

Significato e ruolo attribuiti ai meccanismi reintegratori dipendono, in gran parte, dal bilanciamento di differenti interessi, il cui rilievo varia sensibilmente a seconda del settore del diritto penale preso in considerazione. A ciò si aggiunga

che tale bilanciamento è inesorabilmente condizionato da orientamenti politico criminali in continua oscillazione, tra crisi che hanno portato il sistema sull'orlo del collasso e risposte emergenziali contingenti che producono eccessi repressivi dettati da (presunte) esigenze di maggiore effettività della tutela penale [1].

Prima ancora di andare alla ricerca delle ragioni che hanno condotto all'introduzione e all'espansione, talvolta estremamente settoriale, di meccanismi reintegratori all'interno dell'ordinamento penale, occorre offrire uno sguardo d'insieme dei modelli esistenti e agli spazi di rilevanza attualmente vigenti.

L'analisi può essere condotta in base a criteri diversi. Si potrebbe tracciare un quadro generale seguendo i tempi del procedimento penale: le forme di condotta reintegratoria operano, infatti, nell'ambito di istituti che si collocano in un arco temporale estremamente vasto, che intercorre tra le fasi antecedenti all'accertamento della responsabilità penale fino all'esecuzione della pena. Se non vi è dubbio che questa sia un'interessante prospettiva d'indagine, sembra preferibile rivolgere l'attenzione verso criteri che siano in grado di offrire una chiave di lettura più vicina alle scelte punitive. A tal fine, si intende assumere come punto di riferimento non solo il contenuto, ma soprattutto la rilevanza attribuita alle diverse forme di condotta reintegratoria.

## 2. *Condotta reintegratoria e commisurazione della pena*

Il primo piano sul quale operano i meccanismi reintegratori è quello della commisurazione della pena. A venire in rilievo in questo ambito sono le forme "classiche" di manifestazione del paradigma reintegratorio: risarcimento del danno ed eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose.

Si pensi, innanzitutto, alla modulazione interna alla cornice edittale che può dipendere, tra l'altro, dalla condotta susseguente al reato (art. 133, comma 2, n. 3, c.p.). Sotto quest'ultimo profilo, il criterio di commisurazione della pena di cui all'art. 133, comma 2, n. 3, c.p. costituisce una clausola estremamente ampia nella quale rientrano anche comportamenti estranei al modello reintegratorio. Trattandosi peraltro di un criterio che concorre a delineare la capacità a delinquere del reo, il ruolo della condotta susseguente al reato rischia di essere completamente neutralizzato da un esercizio della discrezionalità giudiziaria che, nell'individuazione della misura della pena, privilegia intuitivi ragionamenti per cogliere la proporzione con la gravità del reato.

---

[1] In questo senso, sia pure in relazione alla legislazione penale in materia economica, C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in AA.VV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1979; ora in ID., *Diritto penale*, vol. III, *scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, p. 139; a tal riguardo si veda anche l'interessante analisi di M. VOGLIOTTI, *Le metamorfosi*, cit., p. 644.

Nell'ambito della commisurazione della pena in senso lato si colloca anche la forma di reintegrazione (prevalentemente) economica prevista dall'art. 62, n. 6, c.p. come attenuante comune. A partire dall'ambito di rilevanza della circostanza attenuante si può ricavare, in termini residuali il perimetro entro il quale il giudice può valutare la condotta reintegratoria ai sensi dell'art. 133, n. 2, c.p. Nella commisurazione della pena in senso stretto potranno essere tenuti in considerazione non solo il risarcimento parziale del danno, ma anche quello simbolico.

Al contrario, affinché possano ritenersi integrati i presupposti dell'attenuante comune, è necessario che il reo abbia provveduto a risarcire *integralmente* il danno arrecato (ove possibile attraverso il risarcimento in forma specifica) [2] oppure si sia adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato.

Se la prima forma di condotta reintegratoria riguarda, dunque, il danno patrimoniale e non patrimoniale cagionato dal reato, la seconda allude, al contrario, all'offesa al bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice, ossia agli «effetti naturalistici umanamente e integralmente rimovibili in cui si mate-

---

[2] Secondo Corte Cost., 20-23 aprile 1998, n. 138, l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 62, n. 6, c.p. è nel senso che l'attenuante del risarcimento del danno debba operare «anche quando l'intervento risarcitorio, comunque riferibile all'imputato, sia compiuto, prima del giudizio, dall'ente assicuratore». In senso contrario si esprimeva, tuttavia, una parte della giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass., 9 novembre 2005, n. 46329, CED 232837; negli stessi termini Cass., 3 giugno 2004, n. 39065, CED 229957. Secondo l'orientamento più recente della giurisprudenza di legittimità, il risarcimento, ancorché eseguito dalla società assicuratrice, deve ritenersi effettuato personalmente dall'imputato tutte le volte in cui questi ne abbia conoscenza e mostri la volontà di farlo proprio: cfr. Cass., 6 febbraio 2009, n. 13870, CED 243202. Nello stesso senso, sia pure in relazione a un aspetto parzialmente diverso, ossia l'estensione dell'attenuante in esame al compartecipe, sono da ultimo intervenute le Sezioni Unite: Cass., Sez Unite, 22 gennaio 2009, n. 5941, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1483 ss. con nota di Civello. Le Sezioni unite, nel ritenere «piuttosto nominalistica» la disputa sulla natura soggettiva oppure oggettiva della circostanza, hanno chiarito, in linea con la stessa Corte Costituzionale, che la condotta reintegratoria debba essere comunque riferibile all'imputato. Da ciò ne consegue che, nei reati colposi, il criterio di ragionevolezza impone di dare rilievo «anche nell'aver stipulato un'assicurazione o nell'aver rispettato gli obblighi assicurativi per salvaguardare la copertura dei danni derivati dall'attività pericolosa». Diverso è invece la conclusione della Corte in relazione ai reati dolosi: in questi casi è richiesta «una concreta, tempestiva, volontà di riparazione del danno cagionato, in modo che, se uno dei correi ha già provveduto in via integrale, l'altro, per esempio, dovrà nei tempi utili rimborsare il complice più diligente (Sez. 1, 27 ottobre 2003, n. 4177, P.G. nei confronti di Balsano e altri, rv. 227102) o comunque dimostrare di aver avanzato una seria e concreta offerta di integrale risarcimento». In dottrina rimane controversa sia la natura soggettiva oppure oggettiva di tale circostanza, sia l'ammissibilità del risarcimento da parte di un terzo cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 440, e; privilegiano il profilo soggettivo G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 326; F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 407; M. ROMANO, *Commentario*, cit., 2004, p. 678; T. PADOVANI, *L'attenuante del risarcimento del danno e l'indennizzo assicurativo*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1185 ss.; propendono invece per il carattere oggettivo e ammettono la rilevanza del risarcimento da parte di un terzo G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 495.

rializza l'offesa "criminale" e rispetto ai quali il reato si colloca come antecedente causale»[3].

La rilevanza di tipo esclusivamente attenuante, che viene attribuita, in via di principio, al risarcimento del danno e all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose, conferma il postulato fondamentale sul quale si fonda l'intero sistema punitivo: vi è un indelebile disvalore d'azione che neppure la reintegrazione dell'interesse leso può cancellare. L'eliminazione del disvalore d'evento può attenuare, ma non certo giustificare una rinuncia alla risposta punitiva minacciata. Neppure qualora si tratti di un'offesa riparabile, come nel caso dei reati posti ad esclusiva tutela del patrimonio, o di un pericolo eliminabile, sembra esservi spazio per un post-fatto che, pur incidendo sul disvalore d'evento, sia in grado di compensare completamente l'offesa in senso penalistico[4].

In altre numerose ipotesi il paradigma reintegratorio influisce, in modo ancora più sensibile, sull'individuazione (in senso lato) della misura della pena.

Il punto di riferimento essenziale nella ricostruzione di questo modello reintegratorio è costituito dalla disciplina generale del recesso attivo (art. 56, comma 4), il cui fondamento teorico ha trovato spazi applicativi anche in alcune peculiari ipotesi presenti nella parte speciale, come ad esempio nei casi di cui agli artt. 289-*bis*, comma 3 e 630, comma 3, c.p.

Sebbene sia collocata in un momento antecedente rispetto alla consumazione del reato – è questo, peraltro, l'elemento che la differenzia dalle forme di ravvedimento di cui all'art. 62, n. 6, c.p. –, la condotta impeditiva tenuta dal reo conserva una valenza reintegratoria, proprio perché volta a tutelare *in extremis* il bene giuridico salvaguardato dalla fattispecie incriminatrice[5]. Pur essendo priva di qualsiasi dimensione conciliativa, la condotta reintegratoria prevista dall'art. 56, comma 4, c.p. non sembra comunque trascurare la prospettiva di tutela della vittima[6]. In un diritto penale laico e secolarizzato, il cui fine ultimo è la tutela

---

[3] R. BARTOLI, *Le definizioni alternative del procedimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 184; In tal senso anche Cass., 6 aprile 2005, n. 17637, CED 231575.

[4] In tal senso M. DONINI, *Le logiche del pentimento*, cit., p. 919 s.; è proprio la circostanza attenuante di cui all'art. 62, n. 6, c.p. a costituire «una delle norme che maggiormente si confrontano con la difficoltà di tenere disgiunto il concetto di «danno» criminale (*rectius*: offesa) da quello di «danno» in senso proprio»: così D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, p. 242 ss.

[5] Così F. BRICOLA, *Funzione promozionale*, cit., p. 1417: una «salvaguardia sia pure tardiva dell'interesse protetto o anche di interessi collaterali»; T. PADOVANI, *La soave inquisizione*, cit., p. 529 ss.; D. PULITANÒ, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 1006 s. il quale ricostruisce la connessione esistente tra ravvedimento e «offesa tipica (danno o pericolo) cagionata dal fatto-reato».

[6] In senso differente v. G. MANNOZZI, *Pena e riparazione*, cit., p. 1150 ss. per la quale questo tipo di condotta reintegratoria prevista dalla disciplina del recesso attivo «si iscrive nell'ottica generalpreventiva o al più di stretta retribuzione».

dei beni giuridici e la pacifica convivenza delle persone nella società, il "ravvedimento" del reo, nell'impedire l'offesa tipica all'interesse salvaguardato dalla fattispecie incriminatrice, non estromette ma anzi include il piano della vittima, anche senza che vi sia un diretto coinvolgimento di quest'ultima [7].

Anche sul piano delle finalità della pena, non sono retribuzione e scopi di prevenzione generale negativa a giustificare la risposta punitiva sia pure attenuata; se da un lato il recesso attivo "rompe" verso il basso il vincolo della proporzione, per dare spazio a considerazioni di prevenzione speciale legate al «libero e volontario ritorno al diritto» [8] del reo, dall'altro lato lo scopo deterrente della minaccia penale ha ormai fallito dinanzi ad una violazione già commessa. Non è neppure la promessa di un consistente sconto di pena a poter spiegare il ravvedimento del reo, dal momento che il premio non sembra poter incidere sull'effettivo processo decisionale del concreto autore di reato, ma solamente sulle scelte di un individuo razionale costruito su un modello teorico [9]. Al più sembrano residuare profili di prevenzione generale positiva: sia perché il precetto continua a svolgere un'opera di orientamento della condotta individuale, incidendo *in extremis* sul processo decisionale del reo, sia perché la risposta sanzionatoria, seppure attenuata, ribadisce il messaggio di divieto contenuto nella fattispecie incriminatrice (prevenzione-integrazione).

Senza poter adeguatamente approfondire il tema, sarà sufficiente mettere in rilievo che, in altri ordinamenti (tedesco, austriaco, spagnolo e portoghese) [10], questa distinzione tra desistenza volontaria e recesso attivo non esiste. Si pensi, a tal riguardo, al § 24 c.p. tedesco. La scelta di rinunciare alla pena – sia nel caso di recesso volontario dall'ulteriore esecuzione del fatto, sia nell'ipotesi in cui il soggetto agente abbia impedito la consumazione del reato – si giustifica, sul piano politico-criminale, proprio in ragione del soddisfacimento di finalità di prevenzione generale e speciale. Il reo che volontariamente retrocede o elide il disvalore d'azione con una condotta reintegratoria non dà alla collettività un cattivo esempio, ma conferma, al contrario, il precetto contenuto nel tipo legale che, in tal modo, torna a svolgere il suo fondamentale ruolo di orientamento della condotta individuale [11].

---

[7] Per una caratterizzazione del recesso dal tentativo in una prospettiva di tutela della vittima v. I. PUPPE, *Der halbherzige Rücktritt*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1984, in particolare p. 490; I.E. WEINHOLD, *Rettungsverhalten und Rettungsvorsatz beim Rücktritt vom Versuch*, Baden-Baden, 1990, p. 31 s.

[8] M. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 605.

[9] Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Besondere*, cit., p. 483 s.

[10] In tal senso, si vedano: il § 24 c.p. tedesco, il § 16 c.p. austriaco, l'art. 16, comma 2, c.p. spagnolo e l'art. 24 c.p. portoghese. Secondo questa linea di politica criminale si orientavano anche l'art. 42 del Progetto Grosso e l'art.17 del Progetto Pisapia.

[11] Per un'approfondita analisi sul punto v. C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, vol. II, München, 2003, p. 477 ss.

In breve: mentre nell'ordinamento italiano permane un radicato e discutibile «*primato del disvalore d'azione su quello di evento*»[12], in Germania è proprio il carattere reintegratorio della condotta del reo a giustificare, sul piano politico criminale, la risposta al recesso attivo. La riparazione delle conseguenze della propria azione antigiuridica soddisfa lo stesso scopo perseguito dal legislatore attraverso la minaccia di pena: tutelare un determinato bene giuridico[13]. Non è, dunque, un caso se i più recenti progetti di riforma del codice penale si siano mossi proprio in questa direzione, auspicando una modifica della disciplina vigente dell'art. 56 c.p. in grado di superare il dogma dell'irreparabilità del disvalore d'azione[14].

## 3. *Condotta reintegratoria e mutamento della risposta al reato*

Accanto ai casi in cui vi è una modifica del *quantum* di pena, la condotta reintegratoria costituisce la condizione alla quale può o deve essere subordinata la modifica, in senso positivo ed in chiave special-preventiva, del contenuto stesso della risposta al reato[15]. Si tratta di ipotesi che, nel derogare alla regola generale sancita dagli artt. 56, comma 4 e 62, n. 6, c.p., vengono etichettate, almeno in prima approssimazione, come declinazioni interne al complesso universo della non punibilità.

A venire in rilievo sono istituti che, secondo modalità e per finalità eterogenee, fanno discendere l'interruzione della sequenza pena minacciata-pena inflitta dal compimento di una condotta reintegratoria. Pur essendo esigenze anche molto diverse tra loro, sembra tuttavia possibile tracciare le principali linee direttrici lungo le quali si muovono tali tipologie di risposta al reato. Se in alcuni casi, come ad esempio l'oblazione discrezionale, prevalgono esigenze di deflazione processuale, la *ratio* politico-criminale che sta alla base delle diverse forme di condotta reintegratoria può essere, da un lato, identificata nell'intento di sal-

---

[12] M. DONINI, *Le logiche del pentimento*, cit., p. 892.

[13] In tal senso R.D. HERZBERG, *Grund und Grenzen der Strafbefreiung vom Rücktritt vom Versuch – von der Strafzwecklehre zur Schulderfüllungstheorie*, in F. KÜPER, I. PUPPE, J. TENCKHOFF (a cura di), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, Berlin, New York, 1987, in particolare p. 350.

[14] In tal senso v. art. 42 dell'articolato approvato dalla Commissione Grosso, il cui primo comma prevedeva: «La punibilità per delitto tentato è esclusa quando l'autore volontariamente desiste dalla condotta o impedisce la realizzazione dell'evento»; nello stesso senso v. art. 17 dell'articolato approvato dalla Commissione Pisapia.

[15] Cfr. T. PADOVANI, *sub Art. 165*, in M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, *III*, *art. 150-240*, Milano, 2011, p. 195 il quale registra il tentativo operato dal legislatore con la legge 11 giugno 2004, n. 145 «di connotare la sospensione condizionale in senso positivo».

vaguardare *ex post* l'interesse tutelato dalla fattispecie incriminatrice e, dall'altro lato, nella volontà di perseguire finalità di prevenzione speciale.

Mentre nella giurisdizione del giudice di pace la reintegrazione (prevalentemente economica) assume le vesti di un ambiguo surrogato punitivo (art. 35, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274), nel caso dell'oblazione discrezionale (art. 162-*bis*, comma 3, c.p.), in linea con la struttura del tipo contravvenzionale, è l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose a delineare la risposta al reato, in una prospettiva conforme alla medesima *ratio* di tutela della fattispecie incriminatrice.

In questo contesto il punto di riferimento sperimentale, che ha aperto la strada verso un più intenso riconoscimento delle forme di condotta reintegratoria, è senza dubbio rappresentato dall'art. 28 del d.p.r. 22 settembre 1988, n. 448 in tema di sospensione del processo con messa alla prova. Pur essendo inserita nel peculiare contesto della giustizia penale minorile – motivo per cui non verrà analizzato in questa sede –, tale istituto riconosce la facoltà al giudice minorile di imporre «prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato». Si tratta di un istituto particolarmente efficace, se solo si pensa che, in base alle stime del Ministero, ha dato risultati positivi in una percentuale attorno all'85% dei casi [16].

In questa prospettiva si collocano modelli (vecchi e nuovi) di *probation* (artt. 163 ss., 168-*bis* c.p. e art. 47, comma 7, legge 26 luglio 1975, n. 354) che, accanto alle forme "classiche" di condotta reintegratoria, affiancano un'ulteriore risposta di carattere prescrittivo-reintegratorio: una prestazione a favore della collettività che, quanto meno sul piano simbolico, si fa carico degli interessi violati [v. *infra* sez. IV].

All'interno di questo mosaico sembrano collocarsi anche le ipotesi in cui il lavoro di pubblica utilità, oltre ad essere un obbligo positivo nell'ambito degli istituti di *probation*, assume le vesti di pena sostitutiva, come in materia di stupefacenti o di guida sotto l'influenza dell'alcool (art. 73, comma 5-*bis*, d.p.r. 309/1990; artt. 186, comma 9-*bis* e 187, comma 8-*bis*, d.lgs. 285/1992), oppure di pena accessoria in materia di discriminazione razziale, etnica o religiosa (art. 1, d.l. 26 aprile 1993, n. 122) o, infine, di pena principale a contenuto prescrittivo-reintegratorio nell'ambito della giurisdizione del giudice di pace (art. 54, d.lgs. 274/2000).

Emerge qui il terzo ed ultimo livello sul quale opera la condotta reintegratoria: quello delle risposte punitive autonome. A venire in rilievo è il lavoro di pubblica utilità, il cui contenuto reintegratorio funge da interessante linea di collegamento tra i c.d. istituti "premiali", nei quali può sostituire le risposte punitive classiche, e le pene principali [v. *infra* cap. V].

---

[16] *Commissione Pisapia – per la riforma del codice penale (27 luglio 2006) – Relazione*, in *www.giustizia.it.*

Vi sono, poi, ampi settori della parte speciale o della legislazione penale complementare nei quali le diverse forme di condotta reintegratoria assumono rilievo come punto di rottura della punibilità o surrogato punitivo. Si tratta di un complesso e puntiforme intreccio di interventi poco coordinati e spesso lacunosi.

E così, accanto all'originario e limitato ambito di rilevanza riconosciuto alle forme di condotta reintegratoria in alcune fattispecie incriminatrici contenute nel codice, si è sviluppato un più vasto reticolo di ipotesi specialmente nella legislazione penale complementare.

A tal proposito, sia consentito aprire una breve parentesi: la prospettiva di un più incisivo rilievo da attribuire alla condotta reintegratoria non tanto sul *quantum* della risposta sanzionatoria, quanto sulla tipologia di risposta al reato, era già presente nel progetto di riforma del codice penale proposto dalla Commissione Grosso. L'obiettivo era proprio la valorizzazione della salvaguardia concreta degli interessi offesi dal reato, mediante istituti che incentivassero condotte di reintegrazione dell'offesa [17]. E ciò non solo all'interno di istituti come l'oblazione discrezionale o la sospensione condizionale della pena, ma anche in relazione a singole fattispecie incriminatrici; così, ad esempio, per l'omicidio colposo era previsto che, nel caso in cui il danno fosse stato integralmente risarcito (art. 185 c.p.) entro tre mesi dalla richiesta dell'avente diritto, la reclusione (da uno a due anni) avrebbe dovuto essere sostituita dalla detenzione domiciliare (da uno a due anni) [18].

Tornando al sistema vigente, vi sono meccanismi reintegratori che vengono tradizionalmente inseriti nella categoria delle norme premiali "classiche": casi in cui il legislatore, in deroga al modello descritto dall'art. 56, commi 3 e 4, c.p., ha subordinato la non punibilità al compimento di condotte reintegratorie del bene giuridico offeso [19]. Si tratta di condotte attive, antitetiche e di contenuto omogeneo rispetto all'interesse leso: si pensi alla ritrattazione della falsa testimonianza di cui all'art. 376 c.p.; al pentimento operoso previsto dall'art. 463 c.p. qualora il reo abbia impedito la contraffazione, l'alterazione di monete o la circolazione di monete false; oppure alle peculiari ipotesi di recesso previste dagli artt. 308 e 309 c.p. in relazione alla notevole anticipazione dell'intervento penalistico sancito dai delitti contro la personalità dello Stato. L'elenco si è progressivamente arricchito, con sfumature diverse, nella legislazione penale complementare: ad

---

[17] In tal senso D. PULITANÒ, *La riforma del codice penale: un cammino possibile?*, in C. DE MAGLIE, S. SEMINARA (a cura di), *La riforma del codice penale, la parte generale*, in *Quaderni di Cassazione penale*, Milano, 2002, spec. p. 261.

[18] M. PISANI, *Documento n. 8*, cit., p. 205; superfluo sottolineare la distanza politico-criminale di quest'ultima proposta di riforma rispetto alla recente introduzione dei delitti di omicidio e lesioni stradali.

[19] C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002, p. 369.

esempio, in materia di salute e sicurezza del lavoro, in tema di reati ambientali o paesaggistici [v. *infra* sez. III] oppure in relazione alla tutela della riservatezza (art. 169, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196).

All'interno della stessa categoria si collocano anche le numerose disposizioni in base alle quali la reintegrazione economica è funzionale all'estinzione di reati posti a tutela di interessi (prevalentemente) patrimoniali: dalla tradizionale causa di non punibilità sopravvenuta in caso di insolvenza fraudolenta (art. 641 c.p.) a quelle previste dai reati societari posti a tutela del capitale sociale (artt. 2627, 2628, 2629 e 2633), fino ad arrivare alla nuova ipotesi estintiva dei reati tributari prevista dall'art. 13, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74.

Questa omogeneità tra condotta reintegratoria e bene giuridico non viene, al contrario, conservata dalla (restaurata) fattispecie di oltraggio a pubblico ufficiale di cui all'art. 341-*bis* c.p., che subordina la non punibilità all'integrale risarcimento del danno [20].

Più variegata sia in relazione ai contenuti della reintegrazione, sia in riferimento agli effetti, è la condotta reintegratoria disciplinata dall'art. 17 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, il cui effetto ibrido comporta non solo la semplice attenuazione del trattamento sanzionatorio, ma anche il cambiamento della tipologia di risposta sanzionatoria [21].

Se, da un lato, l'art. 12 del d.lgs. 231/2001 prevede una circostanza attenuante della sanzione pecuniaria quando: a) l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso; b) quando è stato adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi; dall'altro lato, l'art. 17, fatta salva l'applicazione delle sanzioni pecuniarie, esclude l'applicazione delle sanzioni interdittive quando, oltre alle due condizioni previste dall'art. 12, l'ente ha messo a disposizione il profitto conseguito, ai fini della confisca. Tuttavia, a differenza dell'art. 12, le tre forme di condotta reintegratoria di cui all'art. 17 devono necessariamente *concorrere*, affinché possa essere esclusa l'applicazione di pene interdittive nei confronti dell'ente [22]. Tale istituto, come sottolinea anche la Relazione di accompagnamento al decreto, «trasuda chiare finalità specialpreventive, accordando un premio all'ente che pone in essere un comportamento che integra un "controvalore" rispetto all'offesa realizzata. Comportamento successivo all'illecito e da tenere

---

[20] Sul punto v. F. TURLON, *Restorative justice e oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 99 ss.

[21] Cfr. A. ALESSANDRI, *Diritto penale*, cit., p. 318.

[22] Cfr. S. GIAVAZZI, *Le sanzioni interdittive e la pubblicazione della sentenza penale di condanna*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti, D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2002, p. 117 ss., 135; A. ALESSANDRI, *Riflessioni sulla nuova disciplina penalistica*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti, D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2002, p. 25 ss.

prima dell'apertura del giudizio, che attenua il bisogno di pena, e che, in particolare, controagisce rispetto ai presupposti applicativi delle sanzioni interdittive, annullando la loro carica di disvalore»[23].

Più problematico risulta, invece, l'inquadramento sistematico di forme di reintegrazione che non aprono la strada alla non punibilità, ma introducono un vero e proprio strumento punitivo aggiuntivo: a tal riguardo, vengono in rilievo, a titolo esemplificativo, forme di reintegrazione pecuniaria come quelle previste dagli artt. 322-*quater* c.p. e 187-*undecies* t.u.f.

Infine, su un piano diverso ma complementare, che travalica la stessa dimensione punitiva, si collocano le forme di riparazione che riempiono di contenuti la mediazione[24].

All'esito del quadro complessivo appena tratteggiato, emerge, ancora una volta, l'immagine di un diritto penale a più velocità: accanto al modello originario e piuttosto statico di condotta reintegratoria, che non è in grado di elidere l'offesa in senso penalistico, si sono stratificate, nel corso del tempo, numerose altre ipotesi nelle quali il meccanismo reintegratorio, oltre ad aver allargato il proprio ambito di operatività, ha assunto significati a tal punto disomogenei rispetto alla struttura originaria da metterne in dubbio il già complesso inquadramento sistematico.

Per molti versi l'espansione della rilevanza attribuita alla condotta reintegratoria evoca l'ormai nota quanto «pessima immagine di uno Stato forte coi deboli e debole coi forti»[25]. I meccanismi reintegratori e, in particolare, quelli di tipo esclusivamente economico si sono sviluppati in aree dell'ordinamento penale che, come quella della criminalità d'impresa, sono popolate da autori di reato che possono facilmente reperire, anche attraverso le organizzazioni alle quali appartengono, le risorse indispensabili per risarcire il danno o eliminare le conseguenze dannose o pericolose, ottenendo così il conseguente effetto estintivo del reato.

Ciò mette in primo piano la necessità di perseguire un duplice obiettivo: da un lato, è auspicabile arricchire, proprio nei casi appena menzionati, il catalogo di prescrizioni di carattere reintegratorio; dall'altro lato, emerge l'esigenza di rendere più coerente il groviglio dei meccanismi reintegratori vigenti. Pur indicando un possibile e interessante percorso di riforma del sistema sanzionatorio,

---

[23] Relazione al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in *Guida al dir.*, 2001, n. 26, p 31 ss.

[24] Sul punto v. C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, *Il volto delineato dalla legge sulla competenza del giudice di pace*, Milano, 2002, p. 85 ss.; A. CERETTI, F. DI CIÒ, G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze pratiche a confronto*, in F. SCAPARRO (a cura di), *Il coraggio di mediare. Contesti, teorie e pratiche di risoluzione alternative delle controversie*, Milano, 2001, p. 307 ss.

[25] T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 431.

le forme di condotta reintegratoria hanno spazi di rilevanza a tal punto frammentari e settoriali, da destare qualche perplessità[26]. Se l'incentivazione di condotte reintegratorie può essere razionalmente sviluppata, occorre che queste ultime siano strutturate in modo non solo da soddisfare gli scopi per i quali sono state previste, ma anche da garantire una sufficiente coerenza sistematica.

È proprio in relazione ai reati che destano maggiore allarme sociale che il legislatore, alla ricerca di consenso politico, ricorre più frequentemente, come è già emerso dall'analisi empirica, alla pena detentiva, concedendo spazi limitati ai meccanismi reintegratori per coloro i quali rappresentano la stragrande maggioranza della "clientela" degli istituti di pena.

Diviene, quindi, quanto mai necessario andare alla ricerca di criteri classificatori delle varie forme di condotta reintegratoria, che consentano di evitare uno sviluppo di queste ultime a tal punto disordinato e disomogeneo da risultare differenziato per tipi d'autore.

Una caratteristica generale può essere desunta dal composito panorama dalle forme risposta positiva al reato a contenuto reintegratorio.

In questo complesso mosaico si delinea, infatti, un «nuovo paradigma»[27] di reazione alla commissione di un reato che, nel conservare una componente punitiva, pare dotato di una particolare valenza special-preventiva, poiché richiede una partecipazione attiva e responsabilizzante da parte del reo. Quest'ultimo non è più il destinatario passivo di una privazione (pena detentiva o pecuniaria)[28], ma diviene l'interlocutore attivo che, nel mettere in atto un comportamento antitetico rispetto a quello punito, tanto che è la stessa tipicità del fatto a descrivere (*a contrario*) il tipo di condotta reintegratoria, riacquisisce consapevolezza circa il valore dell'interesse offeso, attraverso l'eliminazione del danno o del pericolo cagionati, la prestazione di un'attività a favore della collettività, contribuendo a tutelare (*a posteriori*) il bene giuridico salvaguardato dalla fattispecie. Presupposti, questi, dai quali partire nel tentativo di fissare i contenuti di un modello autonomo e quanto più unitario (almeno in relazione agli spazi applicativi) dei meccanismi reintegratori. Una forma attorno alla quale potrebbe dipanarsi un nuovo modello punitivo, la cui tenuta politico-criminale deve essere attentamente verificata. Ed è proprio questa l'ipotesi di lavoro qui formulata:

---

[26] In relazione ai reati societari cfr. D. PULITANÒ, *La riforma del diritto penale societario, fra dictum del legislatore e ragioni del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, in particolare p. 969, il quale mette in rilievo, in termini più generali, la mancanza di coerenza sistematica in relazione agli spazi applicativi assegnati ai meccanismi reintegratori.

[27] Con riferimento al risarcimento del danno cfr. K. SESSAR, *Schadenswiedergutmachung in einer künftigen Kriminalpolitik*, in H.-J. KERNER, H. GÖPPINGER, F. STRENG (a cura di), *Festschrift für H. Leferenz*, Heidelberg, 1983, p. 145 ss.; in senso critico M. ROMANO, *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, specialmente p. 881.

[28] Sottolinea questo aspetto L. EUSEBI, *Forme e problemi della premialità nel diritto penale*, in *Studium iuris*, 2001, in particolare p. 275.

ricostruire un modello al fine di fissare le coordinate essenziali in base alle quali le forme di condotta reintegratoria possano assumere i contorni di un autonomo modello punitivo di tipo prescrittivo [29].

Al fine di sviluppare questa analisi, si intende operare una classificazione sistematica dei diversi modelli di condotta reintegratoria, prendendo le mosse da quelli che presentano maggiori elementi di criticità, fino a giungere a quelli maggiormente in grado di soddisfare l'obiettivo appena evocato.

## SEZIONE I. – IL MODELLO IRRAZIONALE: LA CONDOTTA REINTEGRATORIA COME LIVELLO PUNITIVO AGGIUNTIVO

### 1. *La moltiplicazione degli strumenti sanzionatori: il ruolo della condotta reintegratoria*

Dinanzi al sempre più ampio vuoto di effettività (reale o solo percepito) le più recenti scelte di politica criminale sembrano avere sovvertito un elementare principio di razionalità punitiva, oltre che di giustizia ed equità, su cui dovrebbe fondarsi l'intero sistema repressivo: il principio in base al quale ad un fatto corrisponda un'unica risposta sanzionatoria. Dinanzi al rischio che l'autore del fatto non venisse punito (o comunque non adeguatamente), si è preferito inseguire il sogno dell'iper-effettività attraverso la moltiplicazione degli strumenti sanzionatori che consentissero di aggirare le garanzie forti del diritto penale. Ciò è principalmente avvenuto per via legislativa, attraverso la proliferazione di risposte punitive o para-punitive in deroga a qualsiasi meccanismo di coordinamento e contemperamento tra fattispecie e sotto l'impulso di un'effettività progressivamente svuotata dalle garanzie: si pensi, a tal riguardo, al ricorso sempre più pervasivo alla confisca [30], che ha assunto una natura poliedrica e «apolide» [31].

Per altro verso la pena pecuniaria ha vissuto un processo di erosione a favore della corrispondente sanzione amministrativa: ciò è tuttavia avvenuto, sia nell'ambito di un processo di arretramento del diritto penale, sia nel quadro di una stratificazione di livelli punitivi aggiuntivi.

---

[29] Cfr. R. BARTOLI, contraddittore a D. FONDAROLI *Profili problematici del risarcimento e della riparazione come strumenti penalistici "alternativi"*, in E. VENAFRO, C. PIEMONTESE (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, 2005, p. 151 ss.

[30] Cfr., per tutti, A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. III, Milano, 2006, p. 2103 ss.

[31] V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale:* nullum crimen sine confiscatione, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1259 ss.

Vale la pena aprire qui una breve parentesi. Pur non trattandosi di un'invenzione recente, giacché l'opzione sanzionatoria amministrativa costituisce una strada già praticata in forme e momenti storici differenti, l'illecito amministrativo si è sviluppato essenzialmente come strumento sanzionatorio sostitutivo rispetto al diritto penale. La sua genesi è, infatti, prevalentemente connessa a scelte di depenalizzazione. A fronte di un'invariata formulazione del precetto, viene eliminata la rilevanza penale attraverso la pura e semplice variazione formalistica del *nomen juris* della sanzione [32].

In realtà, anche nel più recente intervento di depenalizzazione [33], questa erosione degli enormi spazi occupati dal diritto penale ha riguardato fatti bagatellari.

Il modello di illecito amministrativo nato dal movimento internazionale di depenalizzazione ha, tuttavia, subito nel corso degli anni una profonda mutazione genetica. Altro è, infatti, scegliere di ricorrere sia allo strumento penale sia a quello amministrativo. Altro è introdurre un modello di doppio binario penale-amministrativo (come quello previsto, ad esempio, in materia finanziaria, tributaria, paesaggistica, nella normativa antiriciclaggio e nel diritto d'autore) che, invece di essere caratterizzato da un rapporto di complementarietà tra le fattispecie di illecito amministrativo e quelle di rilevanza penale, deroga espressamente a qualsiasi principio di coordinamento tra fattispecie sia in via astratta (specialità) sia in concreto (*ne bis in idem*).

Senza poter qui entrare in un tema tanto complesso e delicato, ci si limita ad osservare che a questo mutamento involutivo della razionalità punitiva si aggiunge, per quanto qui interessa, un altro tassello.

Accanto alla corsa verso l'effettività perseguita con l'aggiunta e l'espansione di binari punitivi paralleli (ossia l'illecito amministrativo, la confisca e le sanzioni interdittive), *la previsione di nuove forme di condotta reintegratoria sembra aver contribuito alla costruzione di un livello punitivo ulteriore*. Si tratta di un modello che, oltre ad apparire poco razionale, suscita pesanti dubbi di legittimità.

Il principio di civiltà e buon senso sancito dal divieto del *bis in idem* [34], così come sancito dalle fonti sovranazionali, che gli hanno restituito pieno riconoscimento e massima portata garantistica, è potenzialmente in grado di fungere da limite alla potestà punitiva statuale sotto due diverse ma convergenti prospettive [35].

---

[32] C.E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa: profili sistematici*, Milano, 1988, p. 73.

[33] Dopo gli interventi del 1981 (l. n. 689) e del 1999 (l. n. 205), il legislatore ha recentemente depenalizzato un ampio catalogo di reati di modesta gravità, anche introducendo un inedito modello di sanzione pecuniaria civile con i d.lgs. 15 gennaio 2016, nn. 7 e 8; sul punto v. G.L. GATTA, *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in *Dir. pen. cont.*, 25 gennaio 2016.

[34] Cfr. F. VIGANÒ, *La consulta e la tela di penelope*, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2015, p. 13.

[35] Occorre, tuttavia, segnalare che la compatibilità del doppio binario sanzionatorio in materia tributaria con il divieto del *bis in idem* è stata, di recente, oggetto di un'importante pronuncia della Corte di Strasburgo nella sua più autorevole composizione: Corte EDU, sent. 15 novembre

Da un lato, tale principio pone un argine al ricorso cumulativo a strumenti caratterizzati da una spiccata vocazione para-penalistica, ma mascherati dietro "etichette fraudolente". A tal riguardo, come noto, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, per stabilire, al di là delle etichette formali utilizzate dal legislatore nazionale, se una sanzione abbia (o meno) natura penale, fa riferimento, da quasi quarant'anni, ai tre criteri fondamentali elaborati a partire dalla celebre sentenza della Grande Camera nel caso *Engel e altri c. Paesi Bassi*[36]: la qualificazione giuridica della violazione nell'ordinamento nazionale; la natura effettiva della violazione; il grado di severità della sanzione[37].

Dall'altro lato, il *ne bis in idem* sembra poter frenare la proliferazione delle contestazioni penali in relazione a un medesimo fatto storico[38]. Proliferazione

---

2016, *A e B c. Norvegia* (ricorsi n. 24130/11 e 29758/11), in *Dir. pen. cont.*, con nota di VIGANÒ. Come noto, la sentenza della Grande Camera ha determinato un brusco e improvviso *revirement* giurisprudenziale, sancendo che la violazione del *ne bis in idem* debba essere esclusa ogniqualvolta sussista una stretta connessione sostanziale e cronologica tra procedimento penale e amministrativo. Dopo aver sortito, con il precedente orientamento, effetti dirompenti sugli ordinamenti legislativi di Finlandia e Svezia (basti pensare alle numerose scarcerazioni e all'introduzione di un rimedio compensativo a seguito di un'importante pronuncia: Corte EDU, sent. 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia* (ric. n. 7356/10), in *Dir. pen. cont.*, 11 dicembre 2014) e aver gettato nel panico i giudici italiani, la Corte di Strasburgo è tornata sui propri passi. E lo ha fatto, sulla spinta delle "ragioni di stato" in materia fiscale sostenute dallo Stato norvegese e da altri sei Paesi, in relazione ad un aspetto che sembrava ormai pacifico nella sua più recente giurisprudenza: la duplicazione dei procedimenti. Senza astrattamente modificare le proprie conclusioni su due aspetti assai delicati (i confini della materia penale e la nozione di medesimo fatto), la Grande Camera usa il concetto, dai confini estremamente incerti, di "connessione sostanziale e cronologica tra procedimenti" per scardinare nella sostanza la portata garantistica del principio del *ne bis in idem* (sul punto si vedano le ampie e condivisibili considerazioni espresse dal giudice Pinto de Albuquerque nella sua *dissenting opinion*).

[36] C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*; C. eur. dir. uomo, 1 febbraio 1984, Grande Camera, *Öztürk c. Germania*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894 ss., con nota di C.E. PALIERO, *«Materia penale» e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione «classica» a una svolta radicale*.

[37] Senza offrire indicazioni precise al giudice nazionale, ma lasciando a quest'ultimo il compito di decidere nel caso di specie sulla natura penale della sanzione amministrativa, anche la Corte di giustizia dell'Unione europea nel 2013 sembra fare riferimento ai criteri elaborati dalla Corte EDU: CGUE, causa C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkelberg Fransson*, in particolare § 34-36 della sentenza. Si veda, a tal riguardo, D. VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3, 2013, p. 294 ss.

[38] Sul punto, F. CONSULICH, *La norma penale doppia.* Ne bis in idem *sostanziale e politiche di prevenzione generale: il banco di prova dell'autoriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2015, p. 73, il quale osserva che «il *ne bis in idem* sostanziale condivide con quello processuale una comune matrice; si tratta di due facce della medesima medaglia, quella *dell'abuso del diritto*, processuale da una parte, sostanziale dall'altra: non può infatti che essere *abusiva* [...] la moltiplicazione di qualificazioni sostanziali e processuali di fronte ad una fattispecie concreta suscettibile di un inquadramento giuridico unitario».

che è stata di fatto avallata nella prassi, sia sul versante processuale che su quello sostanziale della garanzia, attraverso un'interpretazione della nozione di fatto come sinonimo di fattispecie astratta e non come equivalente di fatto nella sua concreta materialità [39].

Torniamo però al primo fondamentale aspetto. Se il finalismo punitivo è il vero ago della bilancia per tracciare i confini della materia penale [40], pare opportuno chiedersi quale sia la natura della riparazione pecuniaria (diversa dal risarcimento del danno) prevista dal nuovo art. 322-*quater* c.p. in caso di condanna per i reati contro la Pubblica amministrazione, il cui carico afflittivo si somma alla pena inflitta e alla confisca. Negli stessi termini occorre domandarsi quale natura abbia la condotta reintegratoria prevista dall'art. 187-*undecies* t.u.f. (risarcimento del danno all'integrità del mercato).

Dubbi analoghi potrebbero sorgere in relazione a numerose altre ipotesi: basterà menzionare la responsabilità amministrativo-contabile, che viene ritenuta dalle Sezioni unite e dalla Corte costituzionale come uno strumento volto alla «repressione dei danni erariali conseguenti ad illeciti amministrativi» [41].

## 2. *La riparazione pecuniaria in materia di reati contro la Pubblica Amministrazione*

Introdotto dalla legge 27 maggio 2015, n. 69, l'art. 322-*quater* c.p., sotto l'etichetta (fraudolenta) di "riparazione pecuniaria", prevede che «con la sentenza di condanna per i reati previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320 e 322-*bis*, è sempre ordinato il pagamento di una somma pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio appartiene, ovvero, nel caso di cui all'articolo 319-*ter*, in favore dell'amministrazione della giustizia, restando impregiudicato il diritto al risarcimento del danno».

Come noto, non si tratta di un istituto storicamente nuovo, bensì della riproposizione di una disposizione molto risalente nel tempo: l'art. 322-*quater* c.p. trova, infatti, il proprio precursore nell'art. 38 del codice Zanardelli [42], che era

---

[39] Per un'analisi, sul versante processual-penalistico, dell'interpretazione data dalla giurisprudenza italiana alla nozione di fatto: N. GALANTINI, *Il 'fatto' nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1206 ss.

[40] Cfr. FR. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1899 ss.

[41] Così Cass., Sez. Unite, 4 novembre 2014, n. 26659, in *www.iusexplorer.it*; negli stessi termini, Corte Cost, 13 dicembre 1988, n 104.

[42] Ampiamente sul punto D. FONDAROLI, *Illecito penale*, cit., p. 152 ss.

dedicato alla riparazione pecuniaria, indipendente dalla pretesa risarcitoria civilistica, finalizzata «a rafforzare l'efficacia della repressione in reati che non imporerebbero una grave sanzione repressiva, sproporzionata al caso, e che invece può ottenersi mercé appunto questo complemento penale» [43].

A differenza di quest'ultima, però, l'art. 322-*quater* c.p. non è affatto associato a reati che non comportano una grave sanzione repressiva. Al contrario: i delitti contro la Pubblica Amministrazione sono, ora più che mai, proprio connotati da una draconiana minaccia punitiva: alle elevate cornici edittali (detentive), si aggiunge non solo la confisca, ma altresì questa forma di riparazione pecuniaria che è del tutto autonoma rispetto alla pretesa risarcitoria.

In questo caso la riparazione non è altro che un *surplus* punitivo [44], del tutto equiparabile a una pena pecuniaria, la cui applicazione discende non solo dalla condanna per il limitato e lacunoso novero di delitti menzionati dall'art. 322-*quater* c.p., ma rappresenta altresì una condizione obbligatoria alla quale è subordinata la concessione della sospensione condizionale della pena, secondo quando previsto dal nuovo quarto comma dell'art. 165 c.p., così come modificato dalla legge 69/2015.

La riparazione pecuniaria, che dovrebbe (teoricamente) servire per rimuovere l'indebito vantaggio patrimoniale conseguito dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio, ha ad oggetto il pagamento una somma di denaro che corrisponde, in realtà, al prezzo o al profitto del reato che è già stato sottoposto alla confisca anche per equivalente (art. 322-*ter* c.p.).

L'orientamento finalistico della riparazione pecuniaria, nel suggerire l'inquadramento di questo istituto all'interno della materia penale, conferma la tendenza del legislatore a sovrapporre gli strumenti sanzionatori anche attraverso meccanismi (più o meno autenticamente) reintegratori. Una moltiplicazione degli strumenti punitivi che, in questo caso, desta ulteriori perplessità, poiché riguarda esclusivamente il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio: né il corruttore, in mancanza di richiamo all'art. 321 c.p., né il privato indotto a dare o a promettere indebitamente denaro o altra utilità (art. 319-*quater* c.p.) potranno essere obbligati a pagare questa forma di riparazione (*rectius* pena) pecuniaria, né incontreranno il medesimo limite all'accesso alla sospensione condizionale della pena previsto a carico dell'*intraneus* dal già menzionato art. 165, comma 4, c.p.

---

[43] *Relazione ministeriale al Progetto del Codice penale per il Regno d'Italia*, in *Atti parlamentari – Camera dei Deputati, XVI Legislatura, n. 28*, Roma, 1887, p. 146.

[44] In tal senso anche C. BENUSSI, *sub Art. 322-quater*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, Milano, 2015, p. 462.

## 3. *Il risarcimento dei danni all'integrità del mercato*

Fin dalla sua entrata in vigore il d.lgs. 58/1998 (t.u.f.) conteneva una disposizione, l'art. 187 t.u.f., che attribuiva alla Consob il potere di esercitare i diritti e le facoltà attribuiti dal codice di procedura penale agli enti e alle associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato. Tale norma ha aperto la strada a un orientamento giurisprudenziale di merito, che ha riconosciuto alla Consob la facoltà di costituirsi parte civile nel processo penale per abusi di mercato e chiedere il risarcimento dei danni alla sua immagine derivanti dallo sviamento dell'attività di vigilanza [45].

Questa facoltà è stata poi espressamente sancita dall'art. 187-*undecies* t.u.f., introdotto dalla legge 62/2005, il cui secondo comma dispone che «la Consob può costituirsi parte civile e richiedere, a titolo di riparazione dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato, una somma determinata dal giudice, anche in via equitativa, tenendo comunque conto dell'offensività del fatto, delle qualità personali del colpevole e dell'entità del prodotto o del profitto conseguito». Non stupisce, dunque, il fatto che, a seguito di tale innovazione, si sia consolidata una giurisprudenza piuttosto ricca su tale questione, la quale ha cercato di ricostruire, sia pure attraverso percorsi argomentativi differenti, le coordinate essenziali del danno risarcibile ai sensi dell'art. 187-*undecies* t.u.f.

A tal riguardo si è sostenuto che «la lesione dell'interesse pubblico al regolare andamento del mercato e delle contrattazioni implica, di per sé, un danno immediato e diretto in capo all'Autorità di vigilanza, in quanto compromette la piena ed efficace realizzazione delle finalità istituzionali che ne costituiscono la ragione di esistere. La Consob è dunque legittimata a chiedere il ristoro del danno sofferto in seguito alla frustrazione dei propri fini istituzionali di tutela dell'integrità del mercato» [46].

Dinanzi a tali ricostruzioni teoriche non sono mancate opinioni molto critiche che hanno rilevato l'estrema fragilità di soluzioni volte ad attribuire un substrato materiale risarcibile al danno all'immagine o alla frustrazioni degli scopi istituzionali della Consob [47].

Più recentemente anche in giurisprudenza è stato fatto notare che «dal risultato sortito dall'azione di vigilanza ed accertamento dispiegata dalla Consob»

---

[45] Gup Milano, 25 gennaio 2005, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, p. 276; Gip Brescia, 3 marzo 2005.

[46] Trib. Milano, 27 marzo 2006, in *Giur. merito*, 2008, p. 2291; cfr. Trib. Milano, 25 ottobre 2006, in *dejure.giuffre.it*; Trib. Milano, 23 novembre 2006, in *Foro ambr.*, p. 483; Trib. Milano, 21 dicembre 2006, in *Giur. comm.*, 2007, p. 1291; cfr. G. LUNGHINI, *L'aggiottaggio (uso e consumo) e il ruolo della Consob*, in *Riv. società*, 2007, p. 482 ss.; S. GILOTTA, *Manipolazione del mercato: considerazioni su dinamica del fatto e danni civili da reato*, in *Giur. comm.*, 2007, p. 1304 ss.

[47] A. CRESPI, *Le argomentazioni* "en forme de poire" *e i nuovi itinerari della* pecunia doloris, in *Riv. società*, 2007, p. 1359 ss.

l'immagine dell'autorità di controllo, invece di essere danneggiata, potrebbe uscirne addirittura rafforzata ed il suo prestigio accresciuto. «Del resto, data la previsione normativa di una fattispecie incriminatrice ed un'autorità preposta ad evitare che fatti del genere si realizzino, non v'è un nesso diretto tra la realizzazione di un fatto tipico ed il discredito che dovesse investire l'autorità di vigilanza»[48]. Neppure la lesione alla funzione di vigilanza può costituire un interesse meritevole di ristoro, dal momento che «l'impiego di risorse in vista dell'accertamento penale non trova titolo giuridico nella realizzazione dell'illecito, ma nell'esercizio doveroso di una pubblica funzione, dunque non è assimilabile in alcun modo al danno da reato». In tal senso, infatti, il reato «funziona solo da occasione di doveroso esercizio di un potere/dovere che rinviene altrove la sua ragion d'essere»[49]. Questi rilievi critici rispetto ai precedenti orientamenti giurisprudenziali non hanno impedito al Tribunale di Milano di ricostruire diversamente il fondamento della pretesa risarcitoria della Consob. Il Tribunale concludeva, infatti, affermando che il risarcimento deve essere ricollegato alla lesione di beni superindividuali, quali sono l'integrità del mercato e la fiducia degli investitori, dei quali la Consob è diretta portatrice.

In questo panorama giurisprudenziale, il riconoscimento in capo alla Consob della facoltà, dai connotati spiccatamente punitivi, di chiedere la riparazione dei danni derivanti dalla frustrazione dei propri scopi istituzionali finisce per evocare un parallelo diretto all'istituto dei cc.dd. *punitive damages*[50].

A parziale conclusione della vicenda è intervenuta la Corte di Cassazione che, ripercorrendo l'iter argomentativo del Tribunale di Milano da ultimo citato, ha riconosciuto alla facoltà riconosciuta a Consob dall'art. 187-*undecies* t.u.f. una vera e propria natura sanzionatoria, in conformità a quell'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo che guarda alla sostanza degli istituti più che alla loro definizione formale, tanto da ritenerla sottoposta al principio di irretroattività[51].

---

[48] Trib. Milano, 27 gennaio 2007, in *dejure.giuffre.it.*

[49] Trib. Milano, 27 gennaio 2007, cit.

[50] Cfr. A. ALESSANDRI, *Impresa e giustizia penale*, cit., p. 48; R. RODORF, *Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari*, in *Società*, 2005, p. 813 ss., in particolare p. 818; cfr. Trib. Milano, 27 marzo 2006, in *Giur. merito*, 2008, p. 2291; in una visione più ampia e comparata v. Cass. civ., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Dir. economia assicuraz.*, 2008, p. 471 ss.; D. CERINI, *I danni punitivi nel sistema italiano: riflessioni a margine di Cass. civ., Sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183*, in *Dir. economia assicuraz.*, 2008, in particolare p. 474 ss.; D. CERINI, *La condanna per lite temeraria è una condanna per punitive damages? Una conferma da Tribunale di Milano, Sez. V, 26 ottobre 2006*, in *Dir. economia assicuraz.*, 2008, in particolare p. 140 ss.; in una prospettiva più ampia cfr. F. BRICOLA, *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, in F.D. BUSNELLI, G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 27 ss.; A. MANNA, *Il risarcimento del danno fra diritto civile e diritto penale*, in *Ind. pen.*, 1991, p. 591 ss.

[51] Cass., 20 gennaio 2010, n. 8588, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 992.

In questo intrecciato contesto è stata altresì messa in luce quella che «appare una distorsione logica e giuridica, che consente all'Autorità di essere giudice rispetto all'illecito amministrativo, con facoltà di condannare ad una sanzione pecuniaria da centomila a venticinque milioni di euro e poi di costituirsi nel procedimento penale in relazione al medesimo fatto per chiedere a titolo di riparazione dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato, una somma determinata dal giudice, anche in via equitativa»[52]. Una determinazione in via equitativa che non può che generare inevitabili arbitrii nella quantificazione[53].

Si chiude così il cerchio del fermento repressivo inaugurato dalla disciplina degli abusi di mercato, che vede nell'art. 187-*undecies* t.u.f. il quinto livello sanzionatorio sotto forma di reintegrazione[54], salvo naturalmente che si voglia prescindere in questo conteggio dal computo della confisca (art. 187-*sexies* t.u.f.) e delle sanzioni accessorie a contenuto interdittivo (art. 187-*quater* t.u.f.).

## SEZIONE II. – IL MODELLO MINIMALISTA: LA REINTEGRAZIONE IN PROSPETTIVA (QUASI) ESCLUSIVAMENTE RISARCITORIA

### 1. *Dal meccanismo reintegratorio in materia societaria a quello in materia tributaria*

Rispetto alle forme di condotta reintegratoria fin qui analizzate, quella introdotta dalla riforma dei reati societari con il d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61 sembra essere di natura diversa. Non si tratta, infatti, del ricorso alla condotta reintegratoria come strumento punitivo aggiuntivo, bensì della rinuncia alla pena minacciata in conseguenza di una condotta reintegratoria meramente risarcitoria.

Accanto ad uno spostamento della tutela penale sull'evento di danno[55] e ad una generalizzata attenuazione delle riposte punitive, la riforma del 2002 ha previsto, in relazione ad un nucleo ristretto ma rilevante di fattispecie poste a

---

[52] S. SEMINARA, *Crisi finanziaria e disorientamenti etici e giuridici*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 272.

[53] Cfr. A. CRESPI, *op. cit.*, p. 1364 s.

[54] Lo stesso abuso di mercato, oltre ad essere punito penalmente e in sede amministrativa, è fonte di un'analoga duplice forma di responsabilità amministrativa a carico dell'ente (derivante da reato e da illecito amministrativo). In relazione al possibile contrasto tra l'istituto dei *punitive damages* e il principio del *ne bis in idem* v. R. BORSARI, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banchi di prova dell'esperienza giudiziale*, Padova, 2013, in particolare p. 333.

[55] Cfr. ALESSANDRI, *Il ruolo del danno patrimoniale dei nuovi reati societari*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 797 ss.

tutela del capitale sociale (artt. 2627, 2628, 2629, 2633 c.c.), una nuova causa di estinzione del reato condizionata al risarcimento del danno (in forma generica o specifica).

Mentre per l'*illegale ripartizione degli utili e delle riserve* (art. 2627 c.c.) e per le *illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante* (art. 2628 c.c.) la condotta reintegratoria consiste rispettivamente «nella restituzione degli utili o nella ricostituzione delle riserve» ovvero «nella ricostituzione del capitale e delle riserve», nell'ipotesi prevista dall'art. 2629 c.c. (*operazioni in pregiudizio dei creditori*) e dall'art. 2633 c.c. (*indebita ripartizione dei beni sociali da parte dei liquidatori*) è «il risarcimento del danno» (patrimoniale e non patrimoniale) a fungere da presupposto per l'estinzione del reato. Il limite temporale entro il quale il meccanismo estintivo può operare è, per quanto riguarda gli artt. 2627 e 2628 c.c., il termine previsto per l'approvazione del bilancio, mentre per gli artt. 2629 e 2633 c.c. è l'apertura del giudizio. Margini temporali che, in entrambi i casi, risultano a tal punto ampi da rischiare di vanificare una tempestiva tutela *ex post* degli interessi salvaguardati dalle fattispecie incriminatrici.

Oltre a quelle appena menzionate, vi è un'ulteriore differenza. Se il meccanismo reintegratorio previsto dagli artt. 2627 e 2628 c.c. fa da contraltare ad un trattamento sanzionatorio blando – pena detentiva fino ad un anno –, nelle altre due ipotesi (artt. 2629 e 2633 c.c.), oltre ad essere prevista la perseguibilità a querela, che già di per sé lascia ampi spazi a vie d'uscita negoziali, la causa di estinzione opera in relazione a reati il cui massimo edittale raggiunge tre anni di reclusione.

La condotta reintegratoria presente nel panorama dei reati societari è costruita sull'archetipo dell'incriminazione dell'insolvenza fraudolenta (art. 641 c.p.)[56], che lascia aperta la possibilità al reo di non essere punito in caso di adempimento dell'obbligazione prima della condanna definitiva. Essendo limitato al mero risarcimento del danno civilistico, questo modello di reintegrazione rischia non solo di oscurare interessi non ricomponibili sul piano esclusivamente patrimoniale, ma anche di svuotare la già esigua finalità general-preventiva delle fattispecie incriminatrici poste a tutela del capitale sociale[57]. A ciò si aggiunga che questo meccanismo reintegratorio finisce di fatto per incentivare «una perversa reiterazione» delle violazioni[58].

---

[56] A. ALESSANDRI, *Diritto penale*, cit., p. 310.

[57] D. Pulitanò, *La riforma*, cit., p. 968 s.

[58] A. ALESSANDRI, *La legge delega n. 366 del 2001: un congedo dal diritto penale societario*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1551; A. PERINI, *Le operazioni in pregiudizio dei creditori*, in L.D. CERQUA (a cura di), *Diritto penale delle società. Profili sostanziali e processuali, Tomo I*, Padova, 2009, p. 369 ss., parla di «svendita della punibilità di reati tutt'altro che "bagatellari" (nonostante la pesante revisione "al ribasso" delle sanzioni comminate) a fronte della mera estinzione del danno *patrimoniale* conseguente al reato stesso» (p. 422).

Per quanto concerne la natura esclusivamente patrimoniale della condotta reintegratoria, occorre innanzitutto rilevare che il capitale sociale, alla cui tutela sono predisposti gli artt. 2627, 2628, 2629 e 2633 c.c., non rappresenta solo una garanzia degli interessi del ceto creditorio, ma individua altresì l'insieme dei mezzi economici conferiti dai soci che sono indispensabili «per assicurare il perseguimento dell'oggetto sociale»[59]. La condotta reintegratoria consistente nel risarcimento del danno è, dunque, astrattamente in grado di tutelare *ex post* i soli interessi dei creditori (artt. 2629 e 2633 c.c.), ma non anche quelli di natura istituzionale che sono legati al capitale sociale (artt. 2627 e 2628 c.c.). In tal modo la tutela del capitale sociale, che funge da presupposto fondamentale per il corretto funzionamento della società, rimane fatalmente oscurata. La dimensione sovraindividuale dell'offesa al capitale sociale non può essere, infatti, salvaguardata attraverso una condotta reintegratoria a contenuto meramente patrimoniale come il risarcimento in forma specifica (restituzione degli utili oppure ricostituzione del capitale e delle riserve)[60].

In altri termini, il carattere sovraindividuale che connota il bene giuridico "capitale sociale" rimane del tutto estraneo rispetto al piano economico sul quale si muove il meccanismo reintegratorio post-fattuale[61].

Inoltre, anche là dove il piano dell'offesa e quello della condotta reintegratoria sembrano coincidere (come per gli artt. 2629 e 2633 c.c. che tutelano gli interessi dei creditori), la causa di estinzione del reato qui analizzata finisce comunque per «*"monetizzare"* il rischio penale barattando un vantaggio, presente e certo, con il risarcimento, futuro ed eventuale, privo di stigma criminale»[62].

È curioso notare che, solo due anni prima, queste stesse considerazioni erano state svolte dal legislatore in relazione ai reati tributari. Dinanzi alla possibilità

---

[59] C. PEDRAZZI, *La disciplina penale delle società commerciali*, in *D. disc. pen.*, 4ª ed., vol. XIII, Torino, 1998, p. 347 ss.; ora in ID., *Diritto penale, vol. III, scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, p. 293 ss.; F. MUCCIARELLI, *La tutela penale del capitale sociale e delle riserve obbligatorie per legge*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società, D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, Milano, 2002, p. 287 ss.; A. PERINI, *Indebita restituzione dei conferimenti*, in L.D. CERQUA (a cura di), *Diritto penale delle società. Profili sostanziali e processuali, Tomo I*, Padova, 2009, p. 240 s.

[60] Cfr. C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in AA.VV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1979; ora in ID., *Diritto penale, vol. III, scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, p. 129 ss. sottolinea la dimensione superindividuale della tutela dell'integrità del capitale sociale; T. GIACOMETTI, *La tutela penale del capitale sociale*, in A. ALESSANDRI (a cura di), *Reati in materia economica*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (a cura di), *Trattato teorico pratico di diritto penale*, vol. VIII, Torino, 2012, p. 165 ss.

[61] In tal senso anche G. MARTIELLO, *La tutela penale del capitale sociale nelle società per azioni*, Firenze, 2007, p. 114.

[62] R. BRICCHETTI, *Le fattispecie di non punibilità conseguenti alle restituzioni od al risarcimento del danno*, in A. GIARDA, S. SEMINARA (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002, p. 758.

di attribuire un effetto estintivo alla condotta reintegratoria, consistente nel pagamento dei debiti tributari (che nell'originaria formulazione dell'art. 13 d.lgs. 74/2000 aveva valore di semplice circostanza attenuante), il legislatore riteneva che tale «soluzione estrema» dovesse essere scartata «sul rilievo che in materia di criminalità economica, e tributaria in particolare – laddove vengono in giuoco interessi di natura prettamente patrimoniale – una simile soluzione finirebbe per frustrare la comminatoria di pena, se non anche per sortire un effetto «criminogeno», in quanto consentirebbe ai contribuenti di «monetizzare» il rischio della responsabilità penale»[63].

Da un punto di vista generale, non può che sollevare dubbi di ragionevolezza una condotta reintegratoria che ha un così circoscritto e poco coerente ambito di applicazione[64]. E ciò non solo perché è stata confinata al piano esclusivamente civilistico dell'offesa, ma perché la scelta di limitare l'operatività del meccanismo estintivo a questo ristretto numero di ipotesi, a prescindere dalle riserve suscitate in relazione al principio di uguaglianza, appare poco coerente quanto meno sul piano sistematico, dal momento che non si capisce per quale motivo quest'ultimo non sia stato previsto anche in relazione ad altre fattispecie, prima fra tutte quella di cui all'art. 2626 c.c. (*Indebita restituzione dei conferimenti*).

In relazione agli scopi della pena, la condotta reintegratoria in esame sembra priva di ogni potenzialità general-preventiva. Da un lato, perché il mero adempimento degli obblighi civilistici è strutturalmente inidoneo ad esercitare un effetto deterrente; effetto deterrente che, peraltro, risulta già in gran parte svuotato, almeno per quanto riguarda gli artt. 2627 e 2628 c.c., dal trattamento sanzionatorio non solo estremamente mite, ma anche sostituibile, entro il limite di un anno, con la libertà controllata oppure, entro il limite di sei mesi, con la pena pecuniaria che rappresenta il vero paradigma della monetizzazione delle offese. Dall'altro lato, perché questo meccanismo reintegratorio rischia di generare un pericoloso cortocircuito criminogeno, che (paradossalmente) promuove le condotte illecite invece di svolgere una funzione di orientamento nei confronti dei destinatari del precetto.

A tal riguardo è, infatti, sufficiente che il reo provveda opportunamente a tenere la condotta reintegratoria (risarcimento del danno o restituzioni) nell'arco del generoso «"periodo franco"»[65] – ossia quel periodo intercorrente tra la

---

[63] Così la *Relazione al decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74*, in *Guida al dir.*, 2000, n. 14, p. 40; una considerazione che, alla luce dei ripetuti condoni fiscali suggerisce l'immagine di un legislatore che orienta le proprie scelte su logiche davvero poco conciliabili; sul punto v. C. PIERGALLINI, *Fondamento*, cit., p. 1691.

[64] Cfr. E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2002, p. 8.

[65] A. ALESSANDRI, *La legge delega n. 366 del 2001: un congedo dal diritto penale societario*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1551; negli stessi termini D. PULITANÒ, *La riforma*, cit., p. 968; cfr. L. FOFFANI, *Rilievi critici in tema di riforma del diritto societario*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1197 ss.

commissione del fatto e l'approvazione del bilancio (artt. 2627 e 2628 c.c.) oppure l'apertura del giudizio (artt. 2627 e 2628 c.c.) – che la disciplina gli offre per depredare, prima, e ripristinare, poi, il capitale sociale.

Il sacrificio degli scopi di prevenzione generale negativa e positiva non è neppure contemperato da esigenze di prevenzione speciale, dal momento che non può certo definirsi risocializzativo un meccanismo ripristinatorio che, nel consentire facili inosservanze quasi del tutto prive di conseguenze sfavorevoli, finisce per pregiudicare anziché favorire un presa di coscienza da parte del reo circa l'importanza degli interessi tutelati [66].

Dinanzi a questo modello di condotta reintegratoria che, nel rimanere completamente schiacciata su una logica puramente patrimoniale degli interessi in gioco, esprime icasticamente «l'impostazione individualistica ed economicistica della nuova disciplina societaria» [67], non resta che auspicare un arricchimento dei suoi contenuti attraverso l'imposizione di prescrizioni come, ad esempio, lo svolgimento di un'attività non retribuita a favore della collettività. E ciò non solo per fugare il dubbio che un meccanismo reintegratorio unicamente condizionato all'adempimento di prestazioni di carattere economico possa entrare in contrasto con il principio di uguaglianza [68], ma anche per valorizzare la sua componente special-preventiva non priva di contenuti *lato sensu* punitivi.

Un analogo modello di condotta reintegratoria si trova anche nella recente riforma del diritto penale tributario attuata dal d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158.

Il nuovo art. 13, comma 1 del d.lgs. 74/2000 prevede ora che «i reati di cui agli articoli 10-*bis*, 10-*ter* e 10-*quater*, comma 1, non sono punibili se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, i debiti tributari, comprese sanzioni amministrative e interessi, sono stati estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, anche a seguito delle speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie, nonché del ravvedimento operoso».

In relazione ai reati di omesso versamento, la riforma ha attenuato, sia pure in modo a dir poco lacunoso (e preterintenzionale), le conseguenze del doppio binario penale-amministrativo [69]. Lo stesso non può dirsi della speculare previ-

---

[66] G. MARTIELLO, *La tutela penale del capitale sociale*, cit., p. 101 il quale mette in rilievo il fatto che il meccanismo estintivo «potrebbe oltretutto minare alla radice, con il trascorrere del tempo, la stessa consapevolezza dell'illegittimità del proprio comportamento da parte dei suddetti soggetti».

[67] A. ALESSANDRI, *Diritto penale*, cit., p. 311.

[68] Cfr. M. ROMANO, *Risarcimento del danno*, cit., p. 876 s.

[69] Di sicuro la riforma è stata sufficiente per consentire alla Corte costituzionale di disporre (ord. 8 marzo – 20 maggio 2016, n. 112) la restituzione degli atti al giudice *a quo* perché successivamente all'ordinanza di rimessione è intervenuta una modifica legislativa, ad opera del d.lgs. 158/2015, che ha «profondamente innovato da un punto di vista sistematico il rapporto tra illeciti penali e amministrativi». Secondo la Consulta tali modifiche, ed in particolare l'introduzione di

sione del secondo comma dell'art. 13 in relazione agli artt. 4 (dichiarazione infedele) e 5 (omessa dichiarazione) del d.lgs. 74/2000. In questo caso, tuttavia, la non punibilità è subordinata al fatto che «il ravvedimento o la presentazione siano intervenuti prima che l'autore del reato abbia avuto formale conoscenza di accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali». Come è stato correttamente rilevato, tale «requisito [...] sul piano pratico rende poco probabile una significativa applicazione dell'istituto, potendo difficilmente pronosticarsi comportamenti di "ravvedimento" da omessa/infedele dichiarazione che non siano in qualche modo "sollecitati" dalla conoscenza di accertamenti in corso sulla dichiarazione medesima»[70].

Al di là di questi (sia pure importanti) aspetti, la nuova causa di non punibilità sopravvenuta in relazione ai reati tributari finisce per anteporre l'interesse al recupero dell'imposta non versata o evasa all'inflizione della pena, anche a costo di affievolire il messaggio general-preventivo. Si tratta peraltro di una non-punibilità che, oltre ad arricchirsi di una componente sanzionatoria amministrativa, segna una divaricazione di trattamento che desta qualche perplessità. Nei confronti del contribuente che è in grado (o, molto più raramente sceglie) di pagare il debito tributario non versato, gli interessi e le sanzioni amministrative, il legislatore torna nuovamente sui suoi passi, facendo perdere nuovamente rilevanza penale (in concreto) ai reati di omesso versamento. Nell'originario impianto del d.lgs. 74/2000, i fatti di omesso versamento non rientravano, infatti, nel catalogo dei comportamenti meritevoli di pena; solo con gli interventi legislativi successivi (legge 30 dicembre 2004, n. 311 e d.l. 4 luglio 2006, n. 223) il legislatore ha attribuito rilevanza penale alle ipotesi di omesso versamento.

Al contrario, dinanzi al sempre più frequente caso in cui il contribuente (l'imprenditore in crisi di liquidità) non sia effettivamente in grado di versare quanto dichiarato, la risposta punitiva si duplica irragionevolmente sul piano penale, da un lato, e amministrativo, dall'altro.

Anche alla luce dei limiti e delle asimmetrie applicative della nuova causa di non punibilità di cui all'art. 13, d.lgs. 74/2000, l'istituto della sospensione del

una «causa di non punibilità per il caso del pagamento dell'imposta dovuta e delle sanzioni amministrative» ai sensi dell'art. 13 d.lgs. 74/2000, impongono una rivalutazione, da parte del giudice rimettente, della questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. con riferimento all'art. 10-*ter* del d.lgs. 74/2000. Spetterà, dunque, al Tribunale di Bologna, una volta esaminate «le complesse ricadute nel giudizio a quo» del *novum* normativo decidere se azionare nuovamente il sindacato di costituzionalità, sempreché ritenga ancora rilevante la questione; sul punto v. M. CAIANIELLO, Ne bis in idem *e illeciti tributari per omesso versamento dell'IVA: il rinvio della questione alla Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 18 maggio 2015.

[70] Così Corte di Cassazione. Ufficio del Massimario. Settore penale, *Novità legislative: Decreto Legislativo n. 24 settembre 2015, n. 158, Revisione del sistema sanzionatorio, in attuazione dell'art. 8, comma 1 della legge 11 marzo 2014, n. 23*, Rel. n. III/05/2015, 28 ottobre 2015.

processo con messa alla prova (art. 168-*bis* c.p.) sembra costituire una possibile, valida alternativa. Vero è che la sospensione del processo con messa alla prova implica il necessario svolgimento di un'attività non retribuita a favore della collettività[71]; ciò non di meno questa forma di *probation* non impone il previo pagamento delle sanzioni amministrative né sembra presupporre l'integrale pagamento del debito tributario (comprensivo di interessi).

Per altro verso l'effetto estintivo della messa alla prova non è immediato, come nel caso dell'art. 13, d.lgs. 74/2000, ma è rimesso all'esito positivo di un percorso impegnativo. Al contempo, però, l'operatività del nuovo art. 168-*bis* c.p. non incontra il rigido requisito imposto dall'art. 13, d.lgs. 74/2000 in relazione ai reati di infedele e omessa dichiarazione. Nel caso, assai frequente, in cui l'autore del reato, prima di ravvedersi spontaneamente, abbia avuto formale conoscenza di accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali, la messa alla prova sembra poter garantire un interessante rimedio: e ciò non solo perché ha una più ampia area applicativa, ma soprattutto perché è costruito attorno a contenuti sanzionatori che evitano sia la mera monetizzazione dell'offesa, sia un'applicazione disegualitaria in ragione delle condizioni economiche del reo.

## 2. *Una rilettura in chiave para-sanzionatoria: la condotta reintegratoria nella giurisdizione del Giudice di pace*

Accanto ai vari casi di non punibilità conseguenti a condotte reintegratorie disciplinati dalle singole fattispecie incriminatrici, quella prevista dall'art. 35, d.lgs. 274/2000, nell'ambito della giurisdizione del giudice di pace, assume particolare interesse[72]. Nel divenire il tratto caratterizzante di questa ipotesi estintiva, la condotta reintegratoria viene, infatti, re-interpretata in chiave para-sanzionatoria.

L'art. 35 del d.lgs. 274/2000 ha, infatti, previsto l'estinzione del reato, quando l'imputato dimostra di aver proceduto, prima dell'udienza di comparizione o durante il periodo di sospensione del processo disposto a tal fine dal giudice, alla riparazione integrale del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato[73]. Nell'attribuire un effetto estintivo alle stesse condotte reintegratore che

---

[71] Cfr. R. AMADEO, *Causa di non punibilità. Pagamento del debito tributario*, in C. NOCERINO, S. PUTINATI (a cura di), *La riforma dei reati tributari. Le novità del d.lgs. n. 158/2015*, Torino, 2015, in particolare p. 333 s.

[72] Cfr. F. GIUNTA, *La giurisdizione penale di pace. Profili di diritto sostanziale*, in *Studium iuris*, 2001, p. 395 ss.; S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace, un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, 2001, p. 497 ss.

[73] Sulla necessità che il risarcimento, pur provenendo dalla compagnia di assicurazione, debba

di norma hanno un mero effetto attenuante, l'art. 35 del d.lgs. 274/2000 cerca di coniugare questo meccanismo premiale con le finalità della pena. Come infatti prevede il secondo comma della norma in esame, «Il giudice di pace pronuncia la sentenza di estinzione del reato di cui al comma 1, solo se ritiene le attività risarcitorie e riparatorie idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione».

Proprio per garantire il carattere punitivo della condotta reintegratoria e l'attuazione di scopi di prevenzione, la Corte di cassazione ha affermato che la «causa estintiva non può essere ravvisata al di fuori degli stretti parametri normativi indicati dal suddetto art. 35, in virtù dei quali l'attività risarcitoria non è da sola sufficiente a consentirne l'operatività, richiedendosi unitamente alla dimostrazione, da parte dell'imputato, dell'avvenuta riparazione del danno cagionato alla vittima, mediante le restituzioni ed il risarcimento, anche l'eliminazione effettiva delle conseguenze dannose o pericolose del reato. Ne deriva che il giudice deve riscontrare e valutare le attività reintegratorie, apprezzandone in concreto l'idoneità a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione, in modo da assicurare comunque una valenza retributiva e di prevenzione speciale all'intervento giurisdizionale dinanzi a condotte improntate ad un dato grado di gravità e pericolosità»[74].

Tale riscontro del giudice circa il carattere punitivo e, al contempo, preventivo della condotta reintegratoria può forse attenuare le perplessità sollevate in relazione al rischio di «monetizzazione forzata delle offese a beni altamente personali, come l'onore e l'integrità fisica»[75]. E ciò non solo perché la norma in esame prevede l'obbligatoria audizione della persona offesa, ma anche perché l'ampio potere discrezionale del giudice nel valutare, anche attraverso l'imposizione di specifiche prescrizioni (art. 35, comma 3), il soddisfacimento delle finalità della pena attraverso la condotta reintegratoria, funge da «sensato argine alle attività negoziali che potrebbero vedere una soccombenza forzata della vittima, anche attraverso una valutazione giudiziale della stessa congruità del risarcimento»[76].

---

essere integrale v. Cass., 24 settembre 2008, n. 41043, CED 241328. Sul tema v. R. BARTOLI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il Giudice di Pace nella giurisdizione penale*, Torino, 2001, p. 377 ss.

[74] Cass., 18 gennaio 2007, n. 5581, in *www.iusexplorer.it;* negli stessi termini Cass., 9 dicembre 2003, n. 11522, in *www.iusexplorer.it.*

[75] F. GIUNTA, *La giurisdizione*, cit., p. 402.

[76] Cfr. L. EUSEBI, *Dirsi*, cit., p. 637 ss.; in senso critico D. FONDAROLI, *Profili problematici*, cit., p. 137 ss. ritiene che «si può considerare collocata una pietra tombale sulla elaborazione di decenni di dibattito dottrinale circa la funzione della pena e sui mille rivoli nei quali essa è dispersa». l'A. conclude osservando che «la "privatizzazione" del sistema penale [fa] correre il rischio di un ritorno ad una sorta di giustizia dei singoli». Una giustizia privatizzata nella quale «le "mobili frontiere del danno ingiusto", con conseguente espansione dell'ambito del danno risarcibile, escludono qualunque pretesa di osservanza del principio di legalità» (p. 148 s.).

Se il meccanismo reintegratorio previsto dall'art. 35 del d.lgs. 274/2000 fosse stato condizionato alla mancata opposizione della vittima, il suo ambito di operatività, oltre ad uscirne fortemente ridimensionato, sarebbe stato rimesso alla più o meno intensa volontà di ritorsione vendicativa della persona offesa oppure ad istanze meramente retributive [77].

Sul punto è la stessa Relazione al d.lgs. 274/2000 a precisare che, se inizialmente lo schema di decreto legislativo trasmesso alle Camere «limitava il rilievo dell'istituto ai reati diversi da quelli perseguibili a querela, sul presupposto della ritenuta intangibilità della volontà punitiva manifestata dal privato» [78], successivamente tali reati sono stati inclusi proprio in considerazione del fatto che una loro eventuale esclusione avrebbe tradotto la causa estintiva in «un mero simulacro magari provvisto di efficacia evocativa, ma destinato a rivelare un impatto poco più che trascurabile sul sistema» [79].

Vi è un'ulteriore questione che merita di essere analizzata. Se la giurisprudenza di merito sembrava ritenere che l'art. 35, d.lgs. 274/2000 fosse applicabile anche ai reati di pericolo [80], la Corte di cassazione ha più volte ribadito che il meccanismo reintegratorio di cui all'art. 35, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, che prevede l'estinzione del reato quando l'imputato dimostri di avere proceduto alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, ed alla elimi-

---

[77] A tal riguardo Cass., 24 marzo 2005, n. 14070, in *www.iusexplorer.it*: «Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto l'idoneità dell'offerta reale a costituire la condotta reintegratoria normativamente prevista quale causa estintiva del reato, tenuto conto dell'entità del fatto, del pericolo di reiterazione del reato, della personalità dell'imputato, del comportamento susseguente alla commissione del fatto criminoso, della finalità pacificatoria della condotta e degli interessi in gioco, pur in presenza di un rifiuto dell'offerta da parte della persona offesa, non per sua soggettiva incongruità, ma solo per la sua volontà di vedere comunque perseguito l'imputato»; sul punto F. GIUNTA, *La giurisdizione*, cit., p. 403 osserva che questo rappresenterebbe «un epilogo [...] discutibile tutte le volte in cui la vittima pretende che «giustizia sia fatta»: ossia mantiene la sua richiesta di punizione del colpevole».

[78] Questa era stata la scelta operata con la legge n. 689/1981 che escludeva dalla depenalizzazione i reati perseguibili a querela; sul punto v. F. SGUBBI, *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, in *Ind. pen.*, 1983, p. 266.

[79] Cfr. *Relazione al d.legisl. 28 agosto 2000 «Disposizioni in materia di competenza penale del giudice di pace»*, in *Dir. e Giust.*, 2000, n. 31. p. 37 dove si precisa inoltre che «di fatto, esso avrebbe operato solo per pochissime contravvenzioni non oblabili a norma degli art. 162 e 162-*bis* del codice penale. Questa constatazione rafforza il Governo nella convinzione che il delegante non abbia voluto riservare uno spazio così angusto a una causa estintiva densa di implicazioni sul piano sistematico e politico-criminale, ancor più accentuate in un sistema di giustizia animato da scopi conciliativi come è quello delineato per il giudice di pace».

[80] Cfr. GdP Torino, 8 ottobre 2002, in *Giur. merito*, 2003, p. 958; nello stesso senso GdP Mezzolombardo, 15 maggio 2003, n. 22 e n. 23 in base alle quali le esigenze di riprovazione e prevenzione possono essere soddisfatte dalla frequentazione di un centro di alcoologia da parte dell'imputato di giovane età; cfr. F. PANIZZO, *Primi dati sull'applicazione dell'art. 35 d.lgs. n. 274/2000*, in L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Milano, 2005, pp. 249 ss., 251.

nazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, non è applicabile ai reati di pericolo per i quali le condotte riparatorie appaiono oggettivamente incompatibili, nel senso che non costituiscono una condotta antitetica rispetto al fatto incriminato, né sono in grado di realizzare qualche forma di compensazione nei confronti della persona offesa. Ad esempio, in caso di guida sotto l'influenza dell'alcool [81], la giurisprudenza di legittimità esclude che la sottoposizione dell'imputato ad un trattamento socio-riabilitativo di disintossicazione e il versamento di una somma in favore dell'Associazione alcolisti anonimi possa soddisfare il contenuto reintegratorio richiesto dall'art. 35, d.lgs. 274/2000 [82].

L'interpretazione offerta dalla giurisprudenza di legittimità appare, tuttavia, eccessivamente restrittiva [83]. E ciò perché tale soluzione ermeneutica finisce per escludere irragionevolmente dall'ambito di applicazione dell'art. 35, d.lgs. 274/2000 un consistente nucleo di fattispecie rientranti nella competenza giurisdizionale del Giudice di pace (ad es. i reati senza vittima).

Sebbene il dato letterale della norma suggerisca all'interprete di restringere il meccanismo estintivo del reato ai casi in cui siano state adempiute entrambe le condotte reintegratorie (l'art. 35 prevede infatti la *riparazione* del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, *e* l'*eliminazione* delle conseguenze dannose e pericolose), ciò nonostante non sembra che tali obblighi positivi debbano essere necessariamente cumulati.

Non sempre, infatti, entrambe le condotte possono coesistere. Si pensi alle ipotesi in cui sussista solo un danno risarcibile, come accade ad esempio nei reati contro il patrimonio, oppure quando siano derivate esclusivamente conseguenze dannose e pericolose, come avviene nei reati di pericolo.

Per altro verso, la condotta reintegratoria in esame, essendo estranea alla logica della mediazione, non presuppone necessariamente l'esistenza di una vittima: l'art. 35, comma 1 parla, infatti, di «eventuale persona offesa». Che il meccanismo reintegratorio disciplinato dall'art. 35, d.lgs. 274/2000 possa trovare applicazione anche in relazione ai reati "senza vittima" è, ancora una volta, confermato dalla Relazione al d.lgs. 274/2000, dove si precisa che «sul versante dell'orbita applicativa, si è previsto che la *causa di estinzione abbracci tutti i reati di competenza del giudice di pace*» [84].

---

[81] Si tenga presente che per effetto degli artt. 5 e 6, d.l. 27 giugno 2003, n. 151 convertito in legge 1 agosto 2003, n. 214 la competenza per tale fattispecie spetta ora al Tribunale; in relazione ai reati di guida in stato di ebbrezza (artt. 186 e 187, d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285) è ora espressamente prevista la sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità

[82] Cass., 7 luglio 2005, n. 36366, *www.iusexplorer.it;* negli stessi termini Cass., 18 gennaio 2007, n. 5581, in *www.iusexplorer.it*; Cass., 2 luglio 2004, n. 41665, in *www.iusexplorer.it*.

[83] Sul punto v. L.D. CERQUA, *La rilevanza delle condotte riparatorie dell'imputato con riferimento ai reati di pericolo*, in *Il Giudice di pace*, 2009, p. 79 ss.

[84] *Relazione al d.legisl. 28 agosto 2000 «Disposizioni in materia di competenza penale del giudice di pace»*, in *Dir. e Giust.*, 2000, n. 31. p. 37.

Si consideri infine che, seguendo l'interpretazione restrittiva proposta dalla giurisprudenza di legittimità, verrebbero estromesse forme di riparazione che, pur essendo il frutto di una lettura in chiave special-preventiva della nozione di «eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose» [85], appaiono particolarmente funzionali alla *ratio* dell'istituto. La frequentazione di un centro di alcoologia da parte del reo o la sottoposizione dell'imputato ad un trattamento socio-riabilitativo di disintossicazione, nel favorire la riacquisizione della consapevolezza circa il valore del bene messo in pericolo e nel prevenire il verificarsi di fatti dello stesso tipo, costituiscono forme di condotta reintegratoria in grado di perseguire quelle finalità di risocializzazione che sembrano, invece, del tutto assenti nel caso (statisticamente assai probabile) di inflizione di una pena pecuniaria. Ipotesi nella quale il paventato rischio di monetizzazione del commesso reato appare veramente spiccato [86].

## 3. *Estinzione del reato per condotte riparatorie: dal modello frammentario alla proposta unitaria (art. 162-*ter *c.p.)*

La reintegrazione, come espressione di una prospettiva esclusivamente risarcitoria, è un archetipo che è stato utilizzato nel tempo dal legislatore in vari ambiti dell'ordinamento penalistico: oltre ai casi già menzionati, vale la pena di citare l'art. 341-*bis*, comma 3, c.p. in relazione alla "restaurata" incriminazione dell'oltraggio a pubblico ufficiale, il quale prevede che «ove l'imputato, prima del giudizio, abbia riparato interamente il danno, mediante risarcimento di esso sia nei confronti della persona offesa sia nei confronti dell'ente di appartenenza della medesima, il reato è estinto» [87].

A questo modello se ne affianca un altro che, nel superare la prospettiva riduzionista della semplice "monetizzazione" dell'offesa, si è arricchito di una più approfondita considerazione del reato come lesione di un bene giuridico irriducibile all'ottica risarcitoria (ad es. art. 35, d.lgs. 274/2000) [88].

Il successo di questo strumento di deflazione processuale è stato messo a sistema dalla l. 23 giugno 2017, n. 103, che prevede l'introduzione di una generale

---

[85] In senso diverso, F. GIUNTA, *La giurisdizione*, cit., p. 404 ritiene che «per una parte consistente dei reati formali rimessi alla cognizione del giudice onorario l'eliminazione delle conseguenze dannose non è logicamente ipotizzabile».

[86] A rilevarlo è lo stesso F. GIUNTA, *Le sanzioni*, in G. GIOSTRA, G. ILLUMINATI (a cura di), *Il Giudice di Pace nella giurisdizione penale*, Torino, 2001, p. 405.

[87] Sul punto F. TURLON, *Restorative justice e oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 99 ss.

[88] In una prospettiva più ampia cfr. F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930, p. 30 ss. e 121 ss.

ipotesi estintiva che supera, sia pure parzialmente, alcuni difetti del modello di condotta reintegratoria qui classificato come minimalista.

La nuova tipologia di «estinzione del reato per condotte riparatorie» di cui all'art. 162-*ter* c.p. prevede che «nei casi di procedibilità a querela soggetta a remissione, il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato ha riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato».

Sul piano meramente terminologico vale la pena di constatare che il legislatore, pur muovendosi al di fuori dei confini della giustizia riparativa[89], ha utilizzato, anche in questo caso, la locuzione "condotta riparatoria" [v. *supra* Cap. I, par. 4].

A prescindere da questo aspetto formale, si tratta di una disposizione che presenta luci e ombre.

Sicuramente positiva è l'apertura di un ulteriore spazio di rilevanza delle forme di condotta reintegratoria. Si tratta, tuttavia, di uno spazio di applicazione eccessivamente ristretto, poiché il nuovo art. 162-*ter* c.p. troverà applicazione (se definitivamente approvato) solo in relazione ai reati procedibili a querela soggetta a remissione[90]. A tal riguardo, si prevede un ampliamento dei reati perseguibili a querela.

Oltre a generare una deflazione processuale, il nuovo art. 162-*ter* c.p. sottrae al meccanismo della remissione delle querela l'effetto estintivo. Con un innegabile vantaggio: essendo condizionata ad un requisito oggettivo (la realizzazione della "condotta riparatoria"), l'applicazione della nuova causa di non punibilità non dipende più dal «mercanteggiamento tra le parti private», ma è interamente affidata al giudice, in modo da neutralizzare «eventuali caparbietà della persona offesa»[91].

*Per altro verso, la nuova ipotesi estintiva è completamente appiattita sul risarcimento del danno come unico surrogato punitivo*. La valorizzazione del potenziale sanzionatorio della riparazione in termini puramente economici è stata altresì depurata dalla valutazione finalistica che viene richiesta al giudice dall'art. 35, d.lgs. 274/2000: l'operatività di quest'ultimo istituto è, infatti, subordinata al vaglio del giudice sull'idoneità della condotta risarcitoria e riparatoria «a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione».

Ma vi sono alcune ulteriori incongruenze che, oltre a segnalare la mancanza di una visione d'insieme da parte del legislatore, mostrano un approccio politico criminale ondivago e disuniforme.

---

[89] Cfr. F. PALAZZO, *La riforma penale*, cit., p. 3.

[90] In tal senso M. PELISSERO, *La politica delle interpolazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 30 maggio 2016, p. 2.

[91] F. PALAZZO, *ibidem.*

Se, da un lato, la previsione del nuovo art. 162-*ter* c.p. stabilisce che la restituzione della cosa rubata o il risarcimento del danno costituiscono una possibile risposta "para-punitiva" per il furto semplice (art. 624 c.p.), dall'altro lato, lo stesso legislatore prevede l'innalzamento dei minimi edittali delle ipotesi di furto aggravato, riducendo inevitabilmente gli spazi applicativi delle pene non-detentive (ad es. sospensione condizionale della pena e misure alternative). In tal modo si produce una divaricazione poco ragionevole tra rilevanza estintiva del risarcimento e carcere.

E ancora: il legislatore del 2013, sull'onda dell'allarme sociale del momento, ha aumentato il massimo edittale del delitto di atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.) [92] e ha inserito l'ipotesi aggravata di cui al terzo comma della stessa disposizione tra le fattispecie che, in caso di condanna, precludono l'accesso diretto dalla libertà alle misure alternative (art. 656, comma 9, c.p.p.). Ora, a pochi anni di distanza, lo stesso legislatore prevede di includere la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 612-*bis* c.p. nell'ambito di applicazione della nuova ipotesi estintiva subordinata al risarcimento del danno. Il delitto di atti persecutori è, infatti, procedibile a querela soggetta a remissione (processuale), salvo i casi in cui la querela non è soggetta a remissione (se il fatto è stato commesso mediante minacce reiterate nei modi di cui all'art. 612, comma 2, c.p.) e nelle ipotesi in cui il reato è procedibile d'ufficio (quando l'autore del fatto sia già stato ammonito del questore; qualora il fatto sia stato commesso nei confronti di minore o di persona con disabilità, nonché nel caso in cui vi sia connessione con altro delitto procedibile d'ufficio). Anche in questo caso si produce un incomprensibile salto logico: si passa dal carcere come *prima ratio* per alcune ipotesi di atti persecutori al risarcimento come *unica ratio* della non punibilità.

Il messaggio sociale diffuso dal legislatore è che una certa tipologia di violenza nelle relazioni affettive, che costituisce il campo d'applicazione privilegiato della fattispecie di atti persecutori, sia una faccenda veramente privata: il mero risarcimento del danno è l'unica condizione alla quale è subordinata l'estinzione di un reato in relazione al quale non è neppure applicabile la sospensione del procedimento con messa alla prova (art. 168-*bis* c.p.) che è, a tutti gli effetti, molto più ricca di contenuti sanzionatori [v. *infra* sez. IV, par. 4].

[92] Sulle incongruenze derivanti dalla scelta di condizionare la perseguibilità di tale reato alla querela v. C. PECORELLA, *Sicurezza vs libertà? La risposta penale alle violenze sulle donne nel difficile equilibrio tra istanze repressive e interessi della vittima*, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2016.

## SEZIONE III. – IL MODELLO PREVENTIVO: LA CONDOTTA REINTEGRATORIA TRA ANTICIPAZIONE DELL'INTERVENTO PUNITIVO E TUTELA *IN EXTREMIS* DEL BENE GIURIDICO

### 1. *Tra deflazione e prevenzione*

La rilevanza attribuita alla condotta reintegratoria sembra raggiungere un alto livello di razionalità con particolare riguardo ai casi in cui si rende necessaria un'anticipazione della tutela penale attraverso il ricorso a reati di pericolo oppure attraverso la tutela di interessi strumentali o di funzioni. E ciò specialmente quando si tratta di salvaguardare beni che siano in qualche modo legati ad attività produttive nell'ambito di organizzazioni complesse.

Dinanzi all'esposizione a pericolo di un interesse, soprattutto se si tratta di un bene particolarmente meritevole di tutela come la vita, l'integrità fisica e la salute, la risposta migliore al reato sembra essere costituita dall'imposizione di prescrizioni volte ad eliminare la situazione di pericolo. Si tratta di un modello che, pur intervenendo a posteriori rispetto alla messa in pericolo o alla (micro)lesione del bene giuridico, si candida ad essere più razionale allo scopo rispetto alla minaccia di una pena detentiva. Quest'ultima, essendo connessa alla avanzata anticipazione della tutela, attraverso l'incriminazione di condotte molto distanti dal possibile evento di danno, non può che essere proporzionalmente lieve.

In questi ambiti la comminatoria edittale di una pena privativa della libertà (spesso contravvenzionale) appare, fin da subito, un'arma spuntata per perseguire finalità di prevenzione generale in relazione a microviolazioni seriali. Il modello contravvenzionale risulta, infatti, largamente ineffettivo: e ciò non solo perché quest'ultimo preclude alcuni strumenti d'indagine (ad es. le intercettazioni telefoniche), ma anche perché il rischio della prescrizione, dinanzi alla complessità delle ipotesi di reato da verificare, rischia di vanificare gli obiettivi di tutela [93].

Oltre a ciò, vi è un ulteriore e ancora più rilevante elemento di ineffettività: le pene previste per le contravvenzioni, oltre a non costituire una controspinta sufficiente per prevenire, sul piano generale, la commissione dei fatti incriminati, sono risposte neutre rispetto alla tutela delle vittime e dei beni giuridici, la cui reintegrazione rimane in gran parte inattuata. A prescindere dagli ulteriori elementi che caratterizzano il sistema contravvenzionale (non punibilità del tentativo e sistematica estensione della rimproverabilità alla colpa), un elemento di maggiore razionalità allo scopo di tutela potrebbe derivare dal rilievo attribuito alla condotta reintegratoria nella disciplina dell'oblazione discrezionale, se non

[93] Cfr. C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2016, p. 21 s.

fosse che l'impegno ad eliminare le conseguenze dannose o pericolose assume, spesso, i contorni di una risposta più gravosa della stessa pena minacciata.

Per porre rimedio, in modo adeguato, ai citati profili di ineffettività non sembra utile un tendenziale inasprimento delle pene detentive, trasformando le attuali fattispecie contravvenzionali in corrispondenti ipotesi di delitto. In questa direzione sembra essersi spinto il legislatore con la recente introduzione, nella disciplina codicistica, del nuovo titolo IV-*bis* dedicato ai delitti ambientali (legge 22 maggio 2015, n. 68). Mosso da ragioni processuali (legate al possibile ricorso alle misure cautelari e alle intercettazioni, nonché al notevole allungamento dei termini di prescrizione), la scelta di scommettere tutto, ancora una volta, sulla pena detentiva non sembra garantire maggiori *chances* di effettività.

A differenza della minaccia quasi esclusivamente cartolare nel caso delle contravvenzioni, il concreto ricorso alla pena detentiva, sia pure dinanzi a fatti più gravi, produce effetti negativi certi, in termini di desocializzazione individuale: nel tentativo di rincorrere la speranza estremamente incerta di rafforzare l'efficacia general-preventiva, si rischia però di soffocare completamente l'obiettivo reintegratorio con quello repressivo.

Quando la dosimetria sanzionatoria si tramuta nelle pene detentive, teatralmente draconiane, comminate in caso di verificazione dell'evento di danno, le finalità di prevenzione generale divorano qualsiasi scopo razionale e produttivo non solo per l'autore di reato, ma anche per le vittime.

In relazione ai reati in materia ambientale, edilizia o paesaggistica, l'interesse prevalente dell'ordinamento non dovrebbe essere quello di infliggere una pena sterilmente repressiva nei confronti dell'autore del reato, bensì quello di prescrivere la reintegrazione, per quanto possibile, della situazione originaria, promuovendo così una presa di distanza critica, da parte del reo, rispetto al reato commesso, attraverso un risposta che consenta di apprezzare gli interessi violati.

L'orientamento politico criminale potrebbe, dunque, essere strutturato diversamente. L'anticipazione dell'intervento penale sembra trovare una più adeguata risposta, sul piano sia del disvalore del fatto, sia della tutela (preventiva o anche solo a posteriori) degli interessi in gioco, attraverso un impiego a tutto campo del modello prescrittivo-reitegratorio [94]. La decisione non dovrebbe, in altri termini, giocarsi sul piano dell'*extrema ratio* in relazione alle scelte d'incriminazione, che lascia spazio al sistema (poco garantista e analogamente repressivo) dell'illecito amministrativo oppure ai rimedi esclusivamente civilistici [95]. Al contrario: vale la pena di mettere in primo piano, pro-

---

[94] Cfr. F. STELLA, *Giustizia*, cit., p. 481 ss. e p. 593 ss.; analogamente F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012, p. 341 ss.

[95] In questa direzione si poneva il progetto di riforma elaborato dalla commissione Nordio: nell'intento di eliminare le contravvenzioni e determinare così un più netto discrimine tra fattispecie di reato ed illeciti amministrativi, si prevedeva la soppressione dell'oblazione; sul punto v. M. CAPUTO, *Estinzione del reato*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. III, p. 2341.

prio in ambito penalistico, gli strumenti prescrittivo-reintegratori.

Sia pure dinanzi alla maggiore razionalità del modello prescrittivo-reintegratorio, quest'ultimo assume, paradossalmente, un rilievo marginale in relazione ai reati di pericolo: l'ambito di applicazione delle prescrizioni volte ad eleminare la situazione di pericolo e a prendere coscienza degli interessi in gioco è ancora troppo frammentaria o in gran parte riservata ai reati bagatellari (quanto meno sulla carta). Seguendo il modello generale descritto dall'oblazione, i modelli di condotta prescrittivo-reintegratoria, pur essendo stati recentemente valorizzati dalla riforma del diritto penale dell'ambiente, rimangono circoscritti ad ambiti settoriali, oltre ad essere circondati dal consueto biasimo a causa della loro (presunta) natura clemenziale e dallo stigma dell'ineffettività preventiva e repressiva.

In materia ambientale, edilizia o paesaggistica, la condotta reintegratoria, in linea con l'indicazione di principio eurounitaria di cui all'art. 191 TUE («chi inquina paga»), assume significati diversi: in molti casi la bonifica o il rispristino dello stato dei luoghi costituiscono una sanzione accessoria (artt. 452-*duodecies* c.p.; 256, comma 3, 256-*bis*, comma 5, 260, comma 4, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152; art. 181, comma 2, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42; art. 31, comma 9, d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380); in altre ipotesi tali condotte consentono un'attenuazione del trattamento sanzionatorio (artt. 140, d.lgs. 152/2006 e 452-*decies* c.p.); in altri casi ancora i comportamenti reintegratori costituiscono (almeno formalmente) una causa di non punibilità sopravvenuta (art. 257, comma 4, d.lgs. 152/2006 e 181, comma 1-*quinquies*, d.lgs. 42/2004), oppure individuano, sulla falsariga dell'art. 165 c.p., una condizione alla quale il giudice può subordinare l'accesso alla sospensione condizionale della pena (artt. 139; 255, comma 3; 257, comma 3; 260, comma 4, d.lgs. 152/2006); analogamente, l'accesso al rito speciale di cui all'art. 444 c.p.p. è subordinato all'adempimento della prescrizione reintegratoria.

A ciò si aggiunga che, in materia ambientale, vi è uno schema punitivo che risulta insolito quanto interessante: sia nell'originaria ipotesi contravvenzionale di cui all'art. 257, d.lgs. 152/2006, sia nel nuovo delitto di cui all'art. 452-*terdecies* c.p., ad essere incriminata è la stessa inottemperanza alla prescrizione reintegratoria [96]. Si tratta di un modello in base al quale la minaccia di pena detentiva subentra, come strumento di garanzia esecutiva, in caso di inosservanza della prescrizione reintegratoria [97].

Accanto al modello sanzionatorio che fa da sfondo al sistema penale in materia ambientale e paesaggistica, il vero obiettivo razionale dell'intera disciplina, anche sul piano dell'effettività della risposta al reato, è un altro: reintegrare, sia pure *in extremis*, il bene giuridico tutelato [98].

---

[96] Sul punto C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente* (2016), cit., p. 27 ss. e p. 273 ss.

[97] F. PALAZZO, *Bene giuridico*, cit., p. 222.

[98] Così C. RUGA RIVA, *Parte generale*, in M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro l'ambiente e il*

Oltre a rappresentare un obbligo il cui inadempimento è sottoposto a minaccia di pena, la bonifica è una forma di ravvedimento operoso dalla quale deriva la non punibilità delle contravvenzioni ambientali o l'attenuazione di pena per i delitti che sono all'origine dell'inquinamento.

In termini generali, si tratta di un modello di «diritto penale in funzione ripristinatoria» [99] che consente di rimuovere i fattori di pericolosità sociale inerenti alla produzione e di ristabilire condizioni di sicurezza, attraverso una diretta e attiva assunzione di responsabilità da parte dell'autore della violazione, che implica una revisione critica del fatto commesso.

## 2. *Dall'oblazione al modello ingiunzionale in materia di sicurezza sul lavoro*

Il meccanismo reintegratorio previsto in materia di sicurezza del lavoro è costruito sul modello dell'oblazione discrezionale. Situata in un segmento antecedente rispetto all'accertamento del fatto di reato e finalizzata a perseguire una consistente deflazione processuale, l'oblazione discrezionale è subordinata all'assunzione da parte del reo di un impegno positivo, consistente nell'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose [100]. Si tratta di una *positiva funzione di tutela* (sia pure successiva al commesso reato) che, nel consentire il ripristino del medesimo interesse tutelato dalla norma incriminatrice violata, consente di ridurre al minimo i possibili effetti negativi derivanti dall'inflizione di una delle pene edittali (arresto o ammenda).

In modo parzialmente diverso, il meccanismo reintegratorio disciplinato dagli artt. 20 ss., d.lgs. 758/1994, il cui ambito di applicazione è stato progressivamente esteso da interventi del legislatore e pronunce manipolative della Corte costituzionale [101], rappresenta oggi il «tratto caratterizzante del sistema sanziona-

---

*territorio*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (a cura di), *Trattato teorico pratico di diritto penale*, Torino, 2013, p. 20.

[99] C. RUGA RIVA, *op. ult. cit.*, p. 53.

[100] Cfr. T. PADOVANI, *sub Art. 162*, in M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario*, cit., p. 131, il quale mette in rilievo le fragilità dell'istituto in esame, «sotto due aspetti: da un lato, per la disparità di trattamento ch'esso determina tra abbienti e non abbienti; dall'altro, per l'eteroclito coefficiente di arbitrarietà giudiziale cui è subordinato il prodursi dell'effetto estintivo». Suggerisce viceversa la valorizzazione di tale istituto D. PULITANÒ, *Per una nuova 'politica del diritto penale', oltre la logica dello scontro tra magistratura e classe politica*, in *Dir. pen. cont.*, 27 gennaio 2012.

[101] In base all'art. 19, comma 1 il modello ingiunzionale è stato esteso a venticinque testi normativi elencanti dall'allegato I del d.lgs. 758/1994; v. anche art. 2 comma 2, legge 5 febbraio 1999, n. 25 (legge comunitaria 1998) e art. 15, d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124 che hanno stabilito che il meccanismo reintegratorio «si applica anche nelle ipotesi in cui la fattispecie è a condotta esaurita, ovvero nelle ipotesi in cui il trasgressore abbia autonomamente provveduto all'adempimento degli obblighi di legge sanzionati precedentemente all'emanazione della prescrizione». Cfr. Corte Cost.,

torio in materia di sicurezza del lavoro»[102]. L'art. 1, comma 2, lett. *f*, n. 1 della legge delega 3 agosto 2007, n. 123, nell'intento di razionalizzare l'intero apparato sanzionatorio, ha promosso il ricorso a strumenti che favorissero l'eliminazione del pericolo da parte dei soggetti destinatari dei provvedimenti amministrativi, valorizzando così il sistema del d.lgs. 758/1994. In attuazione di tale disposizione il legislatore delegato, nell'art. 301 del d.lgs. 81/2008, ha recepito il meccanismo reintegratorio ad esito estintivo fondato sulle prescrizioni impartite dagli organi di vigilanza.

Quest'ultima disposizione, a seguito delle modifiche apportate dall'art. 142, comma 1, d.lgs. 3 agosto 2009, n. 109, stabilisce, infatti, che «alle contravvenzioni in materia di igiene, salute e sicurezza sul lavoro previste dal presente decreto nonché da altre disposizioni aventi forza di legge, per le quali sia prevista la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda ovvero la pena della sola ammenda, si applicano le disposizioni in materia di prescrizione ed estinzione del reato di cui agli articoli 20, e seguenti, del decreto legislativo 19 dicembre 1994, n. 758».

L'istituto delle prescrizioni segue una procedura che si svolge in sede "extraprocessuale" e coinvolge il pubblico ministero titolare del procedimento solo come destinatario della comunicazione della notizia di reato e dell'esito (positivo o negativo) della procedura. A fronte di un accertamento, da parte del personale ispettivo competente[103] – che in questo caso esercita funzioni di polizia giudiziaria *ex* art. 55 c.p.p. – di una contravvenzione completa di tutti i suoi elementi costitutivi, all'autore della violazione viene offerta la possibilità di evitare il processo attraverso l'adempimento di obblighi di natura reintegratoria. Come stabilisce l'art. 20, comma 1, d.lgs. 758/1994, l'organo di vigilanza impartisce al contravventore un'apposita prescrizione e fissa un termine non eccedente il periodo di tempo tecnicamente necessario, entro il quale quest'ultimo deve regolarizzare la situazione in contrasto con la norma violata.

---

26 maggio-3 giugno 1999, n. 212; Corte Cost., 24-28 maggio 1999, n. 205 (ordinanza); Corte Cost., 12-18 febbraio 1998, n. 19 (ordinanza); Corte Cost., 10-16 dicembre 1998, n. 416, con le quali la Corte ha di fatto esteso l'ambito di applicazione del modello ingiunzionale alle contravvenzioni concernenti le stesse materie e ad ipotesi aventi la medesima *ratio*.

[102] D. PULITANÒ, *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 108; negli stessi termini G. AMARELLI, *L'oblazione discrezionale non è "alternativa al meccanismo estintivo delle contravvenzioni lavoristiche*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2998 ss. che lo definisce «il pilastro attorno al quale è stato edificato il progetto di recupero di effettività»; V. VALENTINI, *La riforma dei meccanismi*, cit., p. 595 ss. il quale rileva che «la finalità «ripristinatoria» costituisce [...] l'essenza della procedura premiale *ex* artt. 19 ss. d.lgs. n. 758/1994» (p. 604).

[103] Come stabilito dall'art. 13, comma 2, d.lgs. 81/2008 ed in precedenza dall'art. 23, d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626 e dall'art. 1, comma 1, d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124, la competenza generale spetta alle aziende sanitarie locali (ASL) e, per quanto di sua competenza al Corpo nazionale dei vigili del fuoco, mentre al personale ispettivo del Ministero del Lavoro spetta una competenza concorrente in determinate materie (ad. esempio nel settore delle costruzioni edili e del genio civile).

Il contenuto della prescrizione intimata rifletterà in maniera speculare quanto previsto dal precetto, nel caso in cui la fattispecie incriminatrice abbia una struttura rigida [104]. In caso contrario si renderà, invece, necessaria una concretizzazione specifica, da parte dell'organo di vigilanza, delle modalità di condotta reintegratoria da tenere [105], al fine di «far cessare il pericolo per la sicurezza o per la salute dei lavoratori» che è stata generata dalla violazione della fattispecie contravvenzionale (l'art. 20, comma 3, d.lgs. 758/1994) [106].

Scaduto il termine concesso al contravventore per adempiere le prescrizioni impartite e ripristinare la situazione in contrasto con il dato normativo, l'organo di vigilanza verifica, secondo quanto previsto dall'art. 21, comma 1, d.lgs. 758/1994, «se la violazione è stata eliminata secondo le modalità e nel termine indicati dalla prescrizione».

Se l'esito della verifica è positivo, poiché le prescrizioni sono state fedelmente eseguite, il contravventore è ammesso a pagare in sede amministrativa una somma pari al quarto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa (art. 21, comma 2, d.lgs. 758/1994). In caso contrario, rilevata l'inottemperanza alle prescrizioni, l'organo di vigilanza «ne dà comunicazione al pubblico ministero», affinché venga riattivato il procedimento penale sospeso.

Attraverso il modello ingiunzionale fondato sulla condotta reintegratoria e sul pagamento della somma di denaro prevista dall'art. 21, comma 2 (assimilabile ad una forma di oblazione speciale), il reato si estingue (art. 24, comma 1, d.lgs. 758/1994).

In questa sede non è possibile approfondire il delicato e controverso problema relativo all'inquadramento dogmatico sostanziale o processuale del com-

---

[104] Cfr. T. PADOVANI, sub *artt. 19-24 d.lgs. 19 dicembre 1994, n. 758*, in *Leg. pen.*, 1995, p. 375 ss., il quale osserva che «se si tratta di una norma cautelare rigida, nella quale cioè la misura da adottare è predeterminata in modo univoco e tassativo, la prescrizione potrà limitarsi a reiterare la formula normativa: eventuali specificazioni serviranno soltanto a chiarire i termini dell'adeguamento della fattispecie normativa astratta alla situazione concreta. Se si tratta invece di una norma in varia guisa elastica, la prescrizione dovrà fatalmente identificare modalità specifiche di adempimento correlate alla situazione concreta» (p. 379); V. VALENTINI, *Il tasso di effettività del meccanismo estintivo e "ripristinatorio" in materia di sicurezza del lavoro*, in M. DONINI, D. CASTRONUOVO (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova, 2007, p. 104.

[105] V. VALENTINI, *Il meccanismo "ripristinatorio" ex artt. 19 ss. d.lgs. 758/1994, in materia di sicurezza del lavoro*, in N. MAZZACUVA, E. AMATI (a cura di), *Il diritto penale del lavoro*, Torino, 2007, p. 429 osserva che «in presenza di violazioni di norme cosiddette a "struttura elastica", che sono poi quelle che non dettano regole specifiche e che non individuano, di conseguenza in modo preciso la condotta dovuta».

[106] Cfr. M. FORMICA, *Disposizioni penali e di procedura penale*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *La nuova sicurezza sul lavoro, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e successive modifiche*, vol. III, *Norme penali e processuali*, Bologna, 2011, p. 316; P. VENEZIANI, *D. legisl. 19 settembre 1994, n. 758*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, p. 1703.

plesso procedimento estintivo a formazione progressiva previsto dal d.lgs. 758/1994, la cui operatività è, in ultima analisi, subordinata all'adempimento da parte del reo delle prescrizioni impartite dall'organo di vigilanza per eliminare, attraverso la propria condotta reintegratoria, la situazione di pericolo causata. Ci si limita, quindi, a rilevare che, al di là delle diverse opzioni ermeneutiche proposte [107], dalle quali possono derivare conseguenze anche molto rilevanti sul piano degli effetti – ad essere in gioco sono infatti «i principi "di sistema" (quelli del diritto sostanziale? quelli del diritto processuale?) alla cui stregua le specifiche discipline vanno interpretate» [108] –, è il modello di reazione al reato che qui interessa.

In riferimento all'individuazione del suo fondamento politico criminale, questa forma particolarmente persuasiva e funzionale di risposta al reato [109] trova il proprio fondamento politico criminale nella salvaguardia (anticipata) degli interessi finali salvaguardati dalle fattispecie contravvenzionali che rientrano nell'ambito del meccanismo reintegratorio.

Come ha, infatti, ribadito più volte la Corte costituzionale, il meccanismo reintegratorio persegue un duplice obiettivo. Per un verso, tale meccanismo risulta particolarmente efficace in vista della «consistente deflazione processuale» che è idoneo ad attuare [110]. A tal riguardo, si registra un sorprendente tasso di effettività del modello ingiunzionale: «le contravvenzioni definite *ex* art. 19 ss. oscillano, infatti, fra il 60 e il 90% di quelle annualmente iscritte nel Registro delle notizie di reato» [111]. Una deflazione che, come peraltro confermato dalla

---

[107] Per un'ampia ricostruzione degli orientamenti cfr. G. AMARELLI, *Le ipotesi estintive*, cit., p. 186 ss.; V. VALENTINI, *Il meccanismo*, cit., p. 107; V. VALENTINI, *La riforma dei meccanismi premiali*, cit., p. 604 ss.; più in generale sulle questioni dogmatiche v. M. DONINI, *Non punibilità*, cit., p. 349 ss.; S. PROSDOCIMI, *Profili*, cit., p. 292 ss.; secondo un primo orientamento dottrinale e giurisprudenziale si tratterebbe di una condizione di procedibilità. In senso parzialmente diverso si è espressa la Corte di cassazione in un'isolata pronuncia. Pur qualificando l'obbligo di sospendere il procedimento sino alla comunicazione dell'inadempimento della prescrizione o del mancato pagamento della sanzione amministrativa nell'ambito delle condizioni di procedibilità dell'azione penale, la Corte afferma che «l'inadempimento della prescrizione amministrativa da parte del contravventore configura anche una condizione di punibilità del reato, e più esattamente una di quelle condizioni di punibilità che la dottrina definisce "intrinseche", nel senso che incidono nell'interesse protetto, perché approfondiscono o aggravano la lesione di questo interesse già consumata con la commissione del fatto-reato» (Cass., 22 gennaio 2004, n. 14777, in *www.iusexplorer.it*); a prescindere dalla generica e poco decisiva etichetta di causa estintiva del reato, un terzo orientamento fa, invece, rientrare l'istituto in esame tra le cause sopravvenute di non punibilità.

[108] Cfr. D. PULITANÒ, *Sui rapporti tra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, in particolare p. 964 ss.

[109] G. AMARELLI, *L'oblazione discrezionale*, cit., p. 2998 ss.

[110] Corte Cost., 12-18 febbraio 1998, n. 19; negli stessi termini Corte Cost., 24-28 maggio 1999, n. 205 (ordinanza); Corte Cost., 10-16 dicembre 1998, n. 416 (ordinanza); analogamente Cass., 23 maggio 2007, n. 40544, in *Guida dir.*, n. 30, 2007, p. 66.

[111] Così V. VALENTINI, *op. ult. cit.*, p. 107; cfr., in un prospettiva più ampia, G. MARINUCCI,

Corte di cassazione, non sottrae il meccanismo ingiunzionale alla giurisdizione penale all'interno della quale rimane, invece, saldamente inserito [112].

Per altro verso, il vero interesse preminente che questa tipologia di condotta reintegratoria consente di assicurare è «l'effettività dell'osservanza delle misure di prevenzione e di protezione in tema di sicurezza e di igiene del lavoro». Un interesse che, secondo la Corte, è «di gran lunga prevalente rispetto all'applicazione della sanzione».

Ed è proprio la «lesività *seriale*» di questo tipo di violazioni – si tratta in gran parte di reati di pericolo concreto o astratto –, il cui potenziale (micro)offensivo caratterizza la violazione delle condizioni indispensabili per la salute e la sicurezza dei lavoratori, a rendere questo modello repressivo particolarmente efficace nella prevenzione di eventi di danno [113].

Sia pure tardivamente rispetto alla regola violata, il ripristino delle condizioni di sicurezza, prima che si producano lesioni definitive, soddisfa quell'esigenza di «tutela anticipata *dove* si gioca, in realtà, la gran parte delle *chance* di prevenzione» [114]. Non si tratta di un meccanismo che si riduce ad un semplice «traffico delle indulgenze» [115], ma di un sistema che, oltre a farsi carico dei pericoli sempre più frequentemente legati alla società del rischio [116], tiene in considerazione anche i rischi derivanti dalle modalità di reazione al reato.

Efficace non è, dunque, solo l'orientamento teleologico proprio di tale meccanismo reintegratorio a tutelare interessi fondamentali, «poiché impone all'impresa, sotto minaccia della pena nei confronti della persona fisica, di rendere si-

---

*Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di un adeguamento della regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen*, 2005, p. 57 il quale sottolinea il proficuo meccanismo su cui si basa il modello ingiunzionale: «ti ingiungo di fare A, e se non fai A, scatterà una sanzione che ti inseguirà come un segugio, giorno dopo giorno».

[112] Cass., 14 febbraio 2000, Rizzotti, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1322.

[113] A. ALESSANDRI, *Parte generale*, in PEDRAZZI, ALESSANDRI, FOFFANI, SEMINARA, SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa, parte generale e reati fallimentari*, 2003, p. 22; G. MARINUCCI, *Innovazioni*, cit., p. 55, il quale osserva: «Nulla è l'effettività anche sul versante della tecnica sanzionatoria – penale o civile – il cui funzionamento dipenda dal verificarsi di un evento lesivo: non solo e non tanto per i notori problemi di prova della causazione dell'evento, [...] quanto soprattutto perché l'evento – la morte o la lesione – fortunatamente si verifica ogni tanto, ma il pericolo di tante altre morti o tante altre lesioni perdura minaccioso nel tempo: una perenne spasa di Damocle sulla vita degli uomini!».

[114] La creazione di una tutela solo apparente degli interessi in gioco, attraverso il ricorso ai criteri tradizionali del punire, finisce per rendere simbolica l'azione preventiva: così L. EUSEBI, *Ripensare*, cit., p. 4938 ss.; analogamente sul punto M. DONINI, *Le logiche del pentimento*, cit., p. 926, il quale osserva che «molto più importante è assicurare, anche dopo la violazione, un meccanismo che induca a recuperare la sicurezza: punire senza garantire sicurezza è contrario alla ragion d'essere delle incriminazioni».

[115] A rilevarlo è lo stesso T. PADOVANI, *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996, p. 1171.

[116] Cfr. U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000, *passim.*

curi gli strumenti e le zone di lavoro» [117], ma anche la sua idoneità a mantenere una perfetta coerenza con gli scopi della pena [118]. La condotta reintegratoria, nel dare attuazione al principio di *extrema ratio* nella scelta degli strumenti punitivi, sembra particolarmente funzionale al perseguimento di finalità di prevenzione speciale, senza che ciò possa pregiudicare scopi di prevenzione generale.

A tal riguardo è stato invece osservato che i fini della pena risulterebbero «irrimediabilmente compromessi dalla circostanza che il contravventore si ravvede sol perché scoperto» [119]. In realtà i fini della pena non sembrano essere compromessi per il fatto che la condotta reintegratoria e la sanzione pecuniaria sono conseguenza della scoperta del fatto di reato, dal momento che tale accertamento rappresenta al più la premessa indispensabile di qualsiasi risposta sanzionatoria ed il presupposto per il perseguimento di qualsiasi finalità si voglia riconoscere al modello punitivo.

In relazione ad esigenze di prevenzione speciale, il reo, nel ripristinare la situazione di legalità, si adopera per tutelare il bene protetto dalla fattispecie incriminatrice [120]. La condotta reintegratoria del reo è volta a rimuovere il fattore di rischio creato e, in tal modo, gli consente di prendere coscienza dell'interesse salvaguardato e del vincolo solidaristico spezzato dal suo comportamento. Non si tratta quindi di una risposta al reato espressa in termini puramente negativi, il cui effetto sarebbe quello di imporre una privazione al reo senza direttamente incidere sulla situazione potenzialmente lesiva, ma di un impegno concreto di ricostruzione che, pur non basandosi su una (irreperibile) connotazione soggettiva (*i.e.* pentimento), può forse perseguire in modo razionale obiettivi di rieducazione del reo, senza perdere l'indispensabile valenza punitiva. In tal senso la condotta reintegratoria sembra poter continuare a esprimere il messaggio che "il reato non paga", perché la rimozione della situazione di rischio ed il ripristino di condizioni conformi al dato normativo richiedono un comportamento attivo e positivo del reo: non si tratta né di un premio, né di "un gioco a somma zero".

Sul secondo versante, ossia quello della prevenzione generale, il meccanismo reintegratorio qui descritto potrebbe comportare il rischio di pregiudicare la funzione deterrente della pena, con l'effetto, altresì, «di vanificare del tutto la funzione general-preventiva positiva delle norme incriminatrici in materia antinfortunistica e di legittimare di fatto la loro elusione» [121].

Dinanzi ai rischi di erosione della credibilità del divieto, si osserva che «le cifre delle organizzazioni mondiali del lavoro parlano – per tutti i Paesi sviluppati – di

---

[117] A. ALESSANDRI, *Diritto penale*, cit., pp. 317 s., 320 s.

[118] Cfr. G. AMARELLI, *Le ipotesi estintive*, cit., p. 102 ss.; L. EUSEBI, *La riforma del sistema*, cit., p. 34 ss.

[119] V. VALENTINI, *La riforma dei meccanismi premiali*, cit., p. 606.

[120] Cfr. V. VALENTINI, *Il meccanismo*, cit., p. 107; S. PROSDOCIMI, *Profili*, cit., p. 292 ss.

[121] G. AMARELLI, *op. ult. cit.*, p. 124 s.

centinaia di migliaia di infortuni sul lavoro, con un numero rilevante di morti» [122]. Ad una minaccia penale che conserva una scarsa efficacia dissuasiva ed una tenue capacità di orientamento delle condotte individuali, il riconoscimento di un'ampia rilevanza della condotta reintegratoria da parte del d.lgs. 758/1994, anche oltre i confini tracciati dall'oblazione discrezionale *ex* art. 162-*bis* c.p. [123] – ossia a prescindere dalle preclusioni soggettive per quest'ultima previste –, sembra costituire una risposta non solo pronta e credibile alla violazione, ma altresì in grado di trasmettere un messaggio promozionale di tutela del bene protetto, il cui contenuto riafferma gli stessi valori garantiti della fattispecie incriminatrice [124]. In tal senso è lo stesso potenziale special-preventivo del meccanismo reintegratorio in esame a perseguire finalità di prevenzione generale positiva, «creando condizioni favorevoli al rafforzarsi del consenso intorno ai precetti normativi» [125].

Qualche notazione ulteriore merita di essere, infine, svolta proprio in riferimento ai rapporti tra la condotta reintegratoria disciplinata dal d.lgs. 758/1994 e quella prevista in caso di oblazione discrezionale. Occorre innanzitutto osservare che ad apparire diversa è la stessa *ratio* politico-criminale dei due istituti. Mentre, infatti, l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato di cui all'art. 162-*bis* c.p. rimane sullo sfondo, più come condizione per la concessione del beneficio che come interesse preminente alla base dell'istituto, il modello ingiunzionale descritto dal d.lgs. 758/1994 fa della condotta reintegratoria, consistente nell'eliminazione della situazione di pericolo, una vera e pro-

---

[122] G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche*, cit., p. 55.

[123] Sui rapporti tra i due istituti cfr. Cass., 29 novembre 2007, n. 44369, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2998 ss., la quale ha affermato che «In tema di prevenzione infortuni ed igiene del lavoro, la facoltà concessa in generale dall'art. 162 bis cod. pen. di richiedere l'oblazione speciale non è alternativa a quella introdotta dalla speciale disciplina di cui all'art. 24, comma terzo, del D.Lgs. 19 dicembre 1994, n. 758, in quanto può essere esercitata non soltanto quando non ricorrono le condizioni per l'esperimento della procedura amministrativa prevista dal predetto decreto, ma anche quando il contravventore ha ritenuto di non avvalersene»; sul punto v. G. AMARELLI, *L'oblazione discrezionale*, cit., p. 2998 ss.

[124] Il meccanismo estintivo di cui agli artt. 19 ss. del d.lgs. 758/1994, oltre ad avere natura obbligatoria, non sarebbe precluso, a differenza dell'oblazione discrezionale, nelle ipotesi descritte ai commi terzo e quarto dell'art. 162 *bis* c.p., che escludono l'accesso all'oblazione nei casi di recidiva previsti dall'art. 99, comma 3, c.p., quando permangono conseguenze dannose o pericolose eliminabili oppure in considerazione della gravità del fatto (v. su quest'ultimo punto Cass., 15 febbraio 2005, n. 5811, in *www.iusexplorer.it*). Questa mancanza di limiti all'accesso al meccanismo reintegratorio è l'aspetto forse più delicato della disciplina in oggetto; cfr. G. AMARELLI, *op. ult. cit.*, p. 136 ss. che rileva la problematica mancanza di preclusioni soggettive; l'A. ricostruisce, inoltre, gli orientamenti sul carattere obbligatorio o facoltativo della prescrizione da parte dell'organo di vigilanza e conclude nel senso che quest'ultima sia «un *atto obbligatorio,* [...] *fatta eccezione* per i casi in cui, per la struttura dell'illecito o per la qualifica del destinatario, la sua emanazione risulti *oggettivamente impossibile*» (p. 139); in quest'ultimo senso si è espressa anche Corte Cost., 10-16 dicembre 1998, n. 416.

[125] L. EUSEBI, *op. ult. cit.*, p. 53.

pria risposta alternativa al reato più funzionale sia nel perseguire un'effettiva tutela delle potenziali vittime, sia nell'evitare inutili privazioni al reo.

## 3. *I meccanismi reintegratori in materia ambientale e paesaggistica*

La «lesività seriale delle aggressioni»[126], che caratterizza l'intero diritto penale d'impresa, emerge in tutta evidenza, oltre che in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, nel diritto penale dell'ambiente[127]. Ed è proprio il distacco cronologico, che si apre tra l'accumulo degli effetti delle condotte aggressive reiterate e l'effettiva lesione degli interessi in gioco che può avvenire anche con notevole ritardo rispetto alle prime, a lasciare ampi margini di operatività alla condotta reintegratoria.

Proprio là dove si realizza un'anticipazione della tutela penale[128], attraverso l'autonoma incriminazione della violazione di regole a contenuto cautelare (ad es. il rispetto di valori soglia) oppure attraverso un arretramento della salvaguardia di interessi strumentali o funzionali, al fine di offrire una più intensa protezione di beni finali come la vita e l'integrità fisica, un meccanismo di risposta al reato di tipo reintegratorio può introdurre elementi di maggiore razionalità nel perseguire scopi di tutela rispetto alle forme del diritto penale "classico" (pena detentiva e pecuniaria). E ciò in modo particolare nel settore che viene qui in rilievo, se si pensa che la tutela di un bene giuridico non facilmente perimetrabile come l'ambiente è comunque funzionale alla salvaguardia della salute.

Vale la pena ribadire l'importanza della condotta reintegratoria in questo ambito: si tratta di una controazione rispetto al fatto incriminato, che assume un ruolo particolarmente significativo, poiché ha lo scopo di elidere gli effetti dell'inquinamento, salvaguardando così *in extremis* le matrici ambientali e, conseguentemente, la salute umana.

D'altra parte, l'incentivazione e l'imposizione di condotte pro-attive da parte del reo sembrano essere altresì coerenti con la tendenziale crescita statistica dei reati in materia ambientale registrata negli ultimi anni, sia pure a fronte della recente flessione solo numerica e non in termini di lesività della criminalità in questo ambito[129].

---

[126] A. ALESSANDRI, *Parte generale*, cit., p. 22; D. PULITANÒ, *La formulazione delle fattispecie di reato: oggetto e tecniche*, in AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Milano, 1987, p. 37 s.

[127] D. MICHELETTI, *D.lg. 3 aprile 2006, n. 152, Norme in materia ambientale,* sub *Articolo 257, Bonifica dei siti*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, p. 350.

[128] W. HASSEMER, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 1992, p. 398 ss. che utilizza a tal riguardo la nozione di *«Interventionsrecht»*.

[129] Legambiente – Osservatorio Nazionale Ambiente e Legalità, *Ecomafia 2014. Le storie e i numeri della criminalità ambientale*, Milano, 2014, p. 14, laddove si mette in rilievo il recente calo, in termini assoluti, dei reati ambientali.

Analogamente a quanto previsto in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, il legislatore ha introdotto, con la riforma del 2015, il modello ingiunzionale con effetti estintivi anche per le contravvenzioni in materia ambientale (artt. 318-*bis* ss., d.lgs. 152/2016, d'ora in avanti TUA).

Nel settore ambientale e paesaggistico la condotta reintegratoria assume tre forme che, pur avendo connotazioni parzialmente differenti, sembrano rientrare in un insieme unitario. Messa in sicurezza, bonifica e ripristino (talvolta si usa il termine omnicomprensivo di recupero[130], come nel caso di cui all'art. 452-*duodecies* c.p.), così come definiti dall'art. 240 TUA, sembrano collocarsi in un'ideale progressione logica e temporale che va dalla graduale eliminazione dei fattori di rischio fino alla restituzione del luogo alla sua originaria fruibilità.

La messa in sicurezza costituisce la prima possibile macro-categoria che comprende tipologie diverse e graduali d'azione reintegratoria: si passa da interventi di tipo emergenziale (lett. *m*), in caso di eventi di contaminazione repentini, a interventi operativi (lett. *n*), fino ad arrivare a interventi permanenti (lett. *o*), che consentono di «isolare in modo definitivo le fonti inquinanti rispetto alle matrici ambientali circostanti e a garantire un elevato e definitivo livello di sicurezza per le persone e l'ambiente».

In un momento cronologicamente successivo rispetto alla messa in sicurezza, si inserisce la bonifica (lett. *p*), la quale consente di «eliminare le fonti di inquinamento e le sostanze inquinanti o [di] ridurre le concentrazioni delle stesse presenti nel suolo, nel sottosuolo e nelle acque sotterranee ad un livello uguale o inferiore ai valori delle concentrazioni soglia di rischio (CSR)».

Infine, il ripristino (lett. *q*) consiste in «interventi di riqualificazione ambientale e paesaggistica, anche costituenti complemento degli interventi di bonifica e messa in sicurezza permanente, che consentono di recuperare il sito alla effettiva e definitiva fruibilità per la destinazione d'uso conforme agli strumenti urbanistici».

Estremamente ampia, omnicomprensiva e, per certi aspetti, indefinita è la definizione di ripristino di cui all'art. 302, comma 9, TUA. Quest'ultima disposizione stabilisce che con tale termine si intende: «nel caso delle acque, delle specie e degli habitat protetti, il ritorno delle risorse naturali o dei servizi danneggiati alle condizioni originarie; nel caso di danno al terreno, l'eliminazione di qualsiasi rischio di effetti nocivi per la salute umana e per la integrità ambientale. In ogni caso il ripristino deve consistere nella riqualificazione del sito e del

[130] Così andrebbe inteso il lemma secondo Corte di cassazione, Ufficio del massimario, settore penale, *Novità legislative: Legge n. 68 del 22 maggio 2015 recante "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente"*, Rel. n. III/04/2015, 29 maggio 2015, in *www.cortedicassazione.it*, p. 31: «una lettura coerente con l'intero impianto della normativa dovrebbe condurre ad una interpretazione omnicomprensiva del lemma, che porti ad includervi ogni attività materiale e giuridica necessaria per il "recupero" dell'ambiente inquinato o distrutto, e dunque anche e soprattutto la bonifica del sito da ogni particella inquinata e da ogni agente inquinante».

suo ecosistema, mediante qualsiasi azione o combinazione di azioni, comprese le misure di attenuazione o provvisorie, dirette a riparare, risanare o, qualora sia ritenuto ammissibile dall'autorità competente, sostituire risorse naturali o servizi naturali danneggiati».

Per dare concreta attuazione a queste tipologie di condotta reintegratoria, il legislatore ha costruito un complesso e poco coordinato sistema volto a imporre quella che appare, già a prima vista, la risposta più razionale al reato.

Pur con alcune modifiche rispetto all'art. 51-*bis* del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, l'attuale primo comma dell'art. 257, comma 1, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 [131], replicando la struttura della previgente fattispecie incriminatrice, dispone: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque cagiona l'inquinamento del suolo, del sottosuolo, delle acque superficiali o delle acque sotterranee con il superamento delle concentrazioni soglia di rischio è punito con la pena dell'arresto da sei mesi a un anno o con l'ammenda da duemilaseicento euro a ventiseimila euro, se non provvede alla bonifica in conformità al progetto approvato dall'autorità competente nell'ambito del procedimento di cui agli articoli 242 e seguenti».

Inoltre, così come previsto dall'ultimo comma dell'art. 257 TUA, l'attuazione del progetto di bonifica in conformità agli artt. 242 ss. «costituisce condizione di non punibilità per le contravvenzioni ambientali contemplate da altre leggi per il medesimo evento e per la stessa condotta di inquinamento di cui al comma 1».

Senza poter entrare nel merito delle delicate questioni al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale sull'inquadramento dogmatico della attuazione/omissione della bonifica come condizione obiettiva di punibilità intrinseca a contenuto negativo [132], oppure (preferibilmente) come causa sopravvenuta di

---

[131] Nella versione modificata dalla legge 22 maggio 2015, n. 68 che, oltre ad avere aggiunto la clausola si sussidiarietà espressa all'art. 257, d.lgs. 152/2006, ha inserito il nuovo delitto di omessa bonifica di cui all'art. 452-*terdecies* c.p. Sul punto v. C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2011, p. 137 ss.; ID., *Diritto penale dell'ambiente* (2016), cit., p. 273 ss.

[132] Per una ricostruzione di quello che risulta essere l'orientamento giurisprudenziale prevalente v. Cass., 14 marzo 2007, n. 26479, in *www.iusexplorer.it*, secondo la quale «In tema di gestione dei rifiuti, l'omessa bonifica del sito inquinato secondo le cadenze procedimentali disciplinate dall'art. 17 D.Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 integra una condizione obiettiva di punibilità "intrinseca" a contenuto negativo che incide sull'interesse tutelato dalla fattispecie, in quanto il legislatore ha condizionato la punibilità del reato all'ulteriore condotta omissiva del contravventore il quale, sebbene destinatario di ordinanza di diffida sindacale, non provvede alla bonifica del sito inquinato avendo cagionato l'inquinamento ovvero un pericolo concreto ed attuale di inquinamento. (In motivazione la Corte ha ulteriormente precisato che ciò si giustifica in quanto il mancato raggiungimento dell'obiettivo della bonifica determina un aggravarsi dell'offesa al bene tutelato dalla norma incriminatrice, già perpetrata dalla condotta di inquinamento)»; nello stesso senso Cass., 13 aprile 2010, n. 22006, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 393 ss.; sul punto v. D. MICHELETTI, *d.lg. 3 aprile 2006, n. 152*, cit., p. 355 ss.; A.L. VERGINE, *Il reato di omessa bonifica: inquietanti segnali dalla Cassazione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2010, p. 645 ss.; per un quadro completo degli orientamenti v. A. INGRASSIA, *Il tortuoso percorso della giurisprudenza di legittimità sulla omessa*

non punibilità [133], ci si limita a rilevare che l'infelice formulazione dell'art. 257 TUA non è affatto neutra sul piano delle conseguenze applicative.

I vizi d'origine di tale fattispecie hanno decretato la pressoché totale ineffettività della condotta reintegratoria [134]: ineffettività che ha altresì determinato l'aumento esponenziale del numero di siti inquinati che dovrebbero essere o che attendono, anche da lungo tempo, di essere bonificati [135].

L'operatività della fattispecie di cui all'art. 257, comma 1, TUA dipende dal fatto che l'autore dell'inquinamento non abbia provveduto a effettuare la bonifica in conformità al progetto approvato dall'autorità competente nell'ambito del procedimento di cui agli artt. 242 ss.

Tale procedimento, il cui esito è l'approvazione del progetto di bonifica da parte dell'autorità, prevede l'adempimento di una serie di doveri preliminari: l'indagine sui parametri oggetto dell'inquinamento, il piano di caratterizzazione o l'analisi di rischio sito specifica.

Proprio quest'ultimo passaggio del complesso procedimento amministrativo che dovrebbe condurre alla bonifica costituisce il baricentro sul quale si regge (astrattamente) e sprofonda (concretamente) il reato di cui all'art. 257 TUA.

L'inosservanza di tali obblighi, oltre ad essere sprovvista di autonoma sanzione (penale o amministrativa), non può essere fatta rientrare nel perimetro d'incriminazione dell'art. 257 TUA, senza operare un'interpretazione analogica *in malam partem* [136]. Anche interpretando la bonifica come causa di non punibilità sopravvenuta, come previsto dall'art. 257, comma 4, non è possibile superare l'intrinseca irragionevolezza della formulazione della fattispecie, laddove fa coincidere la consumazione del reato con la mancata attuazione del progetto di bonifica approvato dall'autorità competente.

---

*bonifica: dal "silenzio inevitabile" della norma penale simbolica al "canto delle sirene" della "giustizia tutta intera"*, in *Riv. giur. dell'ambiente*, 2011, p. 270 ss.

[133] Soluzione che pare preferibile nel quadro attuale e salvo quanto si cercherà di mettere in rilievo nel prosieguo della trattazione circa la possibilità di valorizzare la condotta reintegratoria (oggi in funzione estintiva) come paradigma punitivo autonomo; tale soluzione interpretativa è condivisa da C. RUGA RIVA, *L'omessa bonifica nella giurisprudenza della Corte di Cassazione: una caso di analogia* in malam partem?, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 397 ss.; ID., *Parte generale*, cit., p. 52 ss.; P. SEVERINO DI BENEDETTO, *I profili penali connessi alla bonifica di siti inquinati*, in *Ambiente*, 2000, p. 420; A. DI LANDRO, *Bonifiche: il labirinto della legislazione ambientale dove le responsabilità penali "si perdono". Criticità e prospettive della riparazione delle offese a un bene giuridico collettivo*, in *Dir. pen. cont.*, 28 febbraio 2014, p. 22 s.

[134] Corte di cassazione, Ufficio del massimario, settore penale, *Novità legislative: Legge n. 68 del 22 maggio 2015*, cit., p. 28, la quale riprende peraltro la puntuale analisi di A. DI LANDRO, *op. ult. cit.*, p. 5 s.

[135] A. DI LANDRO, *op. ult. cit.*, p. 3 s., al quale si rinvia anche per tutti gli ulteriori riferimenti bibliografici.

[136] A rilevarlo è la stessa giurisprudenza di legittimità: Cass., 13 aprile 2010 cit.; in termini analoghi Cass. 17 gennaio 2012, n. 17817, CED 252616.

I condivisibili dubbi di legittimità costituzionale per violazione del principio di uguaglianza-ragionevolezza, che derivano dalla mancata inclusione degli obblighi precedenti (indagine preliminare, piano di caratterizzazione e analisi di rischio sito specifica) nello spettro dell'incriminazione, potrebbero al più consentire di sollevare la questione dinanzi costituzionale sull'art. 257 TUA, ma non sembrano autorizzare una soluzione interpretativa in contrasto con il principio di tassatività [137].

Ciò significa che il reato previsto dall'art. 257 TUA non potrà ritenersi integrato ogniqualvolta l'autore dell'inquinamento non abbia tenuto i comportamenti preliminari alla formazione e quindi all'approvazione del progetto di bonifica da parte dell'autorità: l'inerzia dell'autore dell'inquinamento inibisce l'operatività del meccanismo funzionale all'imposizione della condotta reintegratoria (i.e. la bonifica) [138].

Oltre a questo insuperabile limite applicativo, vi sono alcuni ulteriori ostacoli che si frappongono al funzionamento del meccanismo reintegratorio previsto dal d.lgs. 152/2006.

Rimanendo all'interno della disciplina dell'art. 257 TUA, emerge un'ulteriore incertezza sull'area applicativa della condotta reintegratoria in esame.

La causa di non punibilità sopravvenuta prevista dall'art. 257, comma 4, TUA per le contravvenzioni ambientali contemplate "da altre leggi" (*rectius* da altre disposizioni di legge [139]) sembra doversi ritenere circoscritta ai soli fatti di inquinamento che *non* siano stati provocati da sostanze pericolose [140]. A tal ri-

---

[137] Tali dubbi di legittimità in relazione al principio di uguaglianza-ragionevolezza sono messi in rilievo da una parte della giurisprudenza: Cass., 26 ottobre 2010, n. 35774, CED 248561. La Suprema corte, tuttavia, non richiama l'art. 3 Cost. per adire la Corte costituzionale, bensì per giungere ad un'interpretazione manipolativa dell'art. 257 TUA. La Corte afferma, infatti, che la scelta di includere nello spettro della fattispecie di cui all'art. 257 TUA anche la mancata attuazione del piano di caratterizzazione non costituirebbe un'interpretazione analogica *in malam partem*, bensì «l'unica interpretazione sistematica atta a rendere il sistema razionale e non in contrasto con il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.». Secondo la Corte «ai fini della punibilità della condotta di inquinamento del suolo, del sottosuolo, delle acque superficiali o delle acque sotterranee con il superamento delle concentrazioni soglia di rischio, di cui all'art. 257 D.Lgs. n. 152 del 2006, la condizione a contenuto negativo dell'omessa bonifica deve ritenersi integrata anche laddove il soggetto attivo, omettendo di adempiere al piano di caratterizzazione, impedisca la stessa formazione del progetto di bonifica e, quindi, la sua realizzazione».

[138] A. DI LANDRO, *op. cit.*, p. 5.

[139] C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente* (2011), cit., p. 140.

[140] Per alcuni rilievi critici sull'irragionevole esclusione dei reati ambientali che non hanno causato l'evento-inquinamento dall'ambito di applicazione della non punibilità derivante dal meccanismo ripristinatorio si vedano le condivisibili osservazioni di A. DI LANDRO, *op. cit.*, p. 27; v. anche Cass. 16 marzo 2011, n. 18502, CED 250304, che ha ritenuto «manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 256, D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, per contrasto con l'art. 3 Cost., nella parte in cui limita l'applicazione della "condizione di non punibilità" di cui all'art. 257, comma quarto, ai soli reati ambientali nei quali l'evento inquinamento concorre ad

guardo si precisa, infatti, che «l'osservanza dei progetti approvati ai sensi degli articoli 242 e seguenti costituisce condizione di non punibilità per le contravvenzioni ambientali contemplate da altre leggi per il medesimo evento e per la stessa condotta di inquinamento di cui al comma 1». Il riferimento al solo primo comma dell'art. 257 sembrerebbe quindi escludere l'operatività della causa di non punibilità all'inquinamento provocato da sostanze pericolose di cui al (non menzionato) secondo comma.

Tale soluzione interpretativa sarebbe, tuttavia, obbligata solo se si ritenesse che il fatto incriminato dall'art. 257, comma 2, TUA (ossia l'inquinamento con sostanze pericolose senza provvedere alla bonifica) sia una fattispecie autonoma[141], anziché, come pare preferibile, una circostanza aggravante a efficacia speciale. Tale interpretazione, come giustamente rilevato da una parte della giurisprudenza di legittimità, è coerente con la necessità di garantire la tutela a posteriori dell'interesse tutelato a prescindere dalla natura pericolosa o meno delle sostanze inquinanti. Secondo la Corte di cassazione «l'art. 257 TUA, comma 2 correttamente è stato ritenuto nella sentenza impugnata circostanza aggravante e non già ipotesi autonoma di reato. La natura pericolosa delle sostanze produce, infatti, unicamente l'aggravamento del reato dell'art. 257 TUA, comma 1 senza incidere sulla esistenza dello stesso. Da qui la conseguenza che l'avvenuta bonifica secondo le disposizioni del progetto comporta indubbiamente l'estinzione del reato a prescindere dalla natura (pericolosa o meno) delle sostanze inquinanti. Tale lettura tiene conto anche della circostanza, certamente non irrilevante per la valutazione di conformità ai principi costituzionali, di assicurare una interpretazione conforme alla esigenza di dare concreta attuazione al principio di riduzione degli inquinamenti e dei danni ambientali contenuto nella legge delega (art. 1, comma 8, lett. f). Ed infatti il trattamento premiale delle iniziative necessarie al ripristino ambientale tanto più si giustifica quanto maggiore

integrare la fattispecie, in quanto la scelta del legislatore di favorire la bonifica del sito secondo le indicazioni scaturenti dal progetto redatto ai sensi degli artt. 242 e segg. del D.Lgs. n. 152 del 2006, risponde a canoni di logica e razionalità, giustificandosi con l'esigenza di garantire l'efficacia dell'intervento di ripristino nei più gravi casi in cui si rende necessaria l'adozione di uno specifico piano di bonifica. (Fattispecie di condanna per il reato di abbandono e deposito incontrollato di rifiuti)».

[141] In tal senso Cass., 14 marzo 2007, cit., la quale ha ritenuto che «la soluzione preferibile è però quella che configura la fattispecie come reato autonomo, anzitutto perché sarebbe difficilmente giustificabile una configurazione diversa da quella relativa al reato di gestione non autorizzata di rifiuti, che il cit. D.Lgs. n. 22 del 1997, art. 51 differenzia quoad poenam con riferimento ai rifiuti pericolosi e ai rifiuti non pericolosi, e che la giurisprudenza unanime di questa corte interpreta come ipotesi autonoma di reato e non come ipotesi aggravata di un reato semplice. In secondo luogo, è legittimo supporre che, proprio per una condotta penale di forte allarme sociale come quella di inquinamento da rifiuti pericolosi, il legislatore abbia voluto sottrarre al bilanciamento discrezionale tra le circostanze, affidato al giudice *ex* art. 69 c.p., la commisurazione concreta della pena, mettendo così a repentaglio la congruità del trattamento sanzionatorio e l'efficacia generalpreventiva della pena edittale».

può essere il danno per l'ambiente e, dunque, appare senz'altro incoerente ritenere sotto il profilo interpretativo che proprio nel caso in cui l'inquinamento possa rivelarsi maggiormente dannoso, in quanto le sostanze inquinanti sono di natura pericolosa, il legislatore abbia inteso soprassedere o non incentivare le iniziative necessarie alla bonifica da parte di colui il quale ha cagionato l'inquinamento» [142].

In una prospettiva più ampia che guarda agli equilibri interni al sistema punitivo, l'operatività della condotta reintegratoria ambientale di cui all'art. 257 TUA rischia di incontrare ulteriori ostacoli.

Sebbene il comma 3 dell'art. 257 TUA, nel ribadire quanto già previsto dall'art. 165 c.p., abbia stabilito che la concessione della sospensione condizionale della pena può essere subordinata (anche in caso di patteggiamento) «alla esecuzione degli interventi di emergenza, bonifica e ripristino ambientale», vi è la concreta possibilità che tale prescrizione facoltativa finisca per rimanere solo sulla carta.

Per altro verso, come è facile osservare, le sanzioni previste dall'art. 257 TUA (arresto da sei mesi a un anno o ammenda da 2.600 a 26.000 euro), anche se in aggiunta a quelle previste per l'inquinamento "a monte", possono risultare paradossalmente meno incisive rispetto alla condotta reintegratoria consistente nella bonifica del sito inquinato: decine di migliaia di euro al metro quadro [143]. Questa fattispecie contravvenzionale lascia, inoltre, aperto l'accesso all'oblazione discrezionale (art. 162-*bis* c.p.) attraverso il pagamento di una somma pari a 13.000 euro, che è ugualmente imparagonabile ai costi di una bonifica [144]. Sebbene questo squilibrio possa essere evitato nel caso in cui il giudice imponga al reo l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato proprio attraverso la bonifica, rimarrebbe in ogni caso salva la possibilità del reo di ottenere la sostituzione della pena detentiva in libertà controllata o pena pecuniaria e di accedere, come già messo in rilievo, alla sospensione condizionale della pena priva di obblighi reintegratori.

Ne deriva uno strano cortocircuito: la risposta più sensata, ossia la prescrizione reintegratoria, assume qui il significato fuorviante di premio che si sostituisce al "classico" trattamento sanzionatorio (pena detentiva e/o pecuniaria), il cui contenuto non solo è neutro e ineffettivo sul piano della tutela (anche solo *ex post*) del bene giuridico, ma risulta paradossalmente più favorevole rispetto alla presunta premialità (i.e. la bonifica), che, oltre ad essere estremamente impegnativa, assume in realtà valore sostanzialmente punitivo.

Proprio dinanzi a questo cortocircuito politico criminale, il legislatore, pur senza superare i limiti applicativi del mal formulato art. 257 TUA, ha introdotto

---

[142] In tal senso, Cass., 13 aprile 2010, cit.

[143] Cfr. A. DI LANDRO, *op. cit.*, p. 45.

[144] C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente* (2011), cit., p. 141.

con la legge 68/2015 il delitto di omessa bonifica all'art. 452-*terdecies* c.p.

Una prima considerazione deve essere svolta in relazione alla categoria di persone che può essere chiamata a rispondere del nuovo delitto. A tal riguardo pare opportuna un'interpretazione restrittiva per evitare che siano chiamati a rispondere del delitto di omessa bonifica soggetti che non sono responsabili dell'inquinamento come coloro ai quali viene trasferita la titolarità del sito inquinato, anche nel caso in cui gli interventi di messa in sicurezza, di bonifica e di ripristino ambientale vengano attivati su iniziativa del proprietario incolpevole (art. 245, comma 2, TUA). Nell'imporre una condotta reintegratoria dalla connotazione sanzionatoria, il novero dei soggetti attivi del fatto incriminato dall'art. 452-*terdecies* c.p. dovrebbe essere limitato, analogamente a quanto è previsto dall'art. 257 TUA, a coloro che hanno cagionato l'inquinamento. Solo in questo modo, peraltro, bonifica e ripristino possono assumere il valore di contro-azione reintegratoria che persegue finalità di prevenzione speciale positiva.

Questa soluzione interpretativa sembra trovare conferma nella giurisprudenza amministrativa sull'obbligo di bonifica. Secondo l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato «sulla base del quadro normativo vigente, l'Amministrazione non può imporre al proprietario di un'area inquinata, che non sia l'autore dell'inquinamento, l'obbligo di adottare le misure di messa in sicurezza e bonifica, di cui all'art. 240, comma 1, lett. m) e p), d.lgs. 152/2006, in quanto gli effetti a carico del proprietario "incolpevole" restano limitati a quanto espressamente previsto dall'art. 253 del medesimo decreto legislativo in tema di oneri reali e privilegi speciali immobiliari» [145]. Tale orientamento consente di circoscrivere i destinatari degli obblighi ripristinatori, che sono ora chiamati a rispondere del nuovo delitto di omessa bonifica, ai responsabili dell'inquinamento.

Ad una diversa soluzione interpretativa sembra invece condurre la giurisprudenza di legittimità relativa al reato di mancata ottemperanza all'ordine sindacale di rimozione dei rifiuti di cui all'art. 255, comma 3, d.lgs. 152/2006 (reato in precedenza previsto dall'art. 50, comma 2, d.lgs. 22/1997). La Corte di Cassazione ha, infatti, recentemente ribadito che integra tale reato «la mancata osservanza dell'ordinanza sindacale [...], con la quale si intima al proprietario (o possessore) dell'immobile, ove risulta giacente un deposito incontrollato di rifiuti, la rimozione degli stessi, senza che possa avere rilevanza il fatto che l'accumulo dei rifiuti non sia ascrivibile al comportamento del destinatario dell'intimazione o risalga a tempi antecedenti l'acquisto dell'immobile stesso» [146].

Seguendo questo orientamento, il novero di soggetti attivi del delitto di omessa bonifica di cui all'art. 452-*terdecies* c.p. sarebbe notevolmente più ampio.

---

[145] Cons. Stato, Ad. plen., (ord.) 13 novembre 2013, nn. 21 e 25, in *Giur. it.*, 2014, p. 947 ss. con nota di VIPIANA PERPETUA.

[146] Cass., 17 febbraio 2016, n. 12462, in *www.iusexplorer.it*; nello stesso senso Cass., 2 aprile 2004, n. 22791, CED 228615; Cass., 12 dicembre 2006, n. 2853, CED 235876.

In questo senso si esprime anche una parte della dottrina: non richiedendo «l'identità tra l'inquinatore e il destinatario degli obblighi di bonifica», quest'ultima fattispecie incriminerebbe anche il «proprietario subentrante in sito già inquinato destinatario di un provvedimento della p.a. che gli ingiunga di contenere gli effetti dell'inquinamento in essere o colui che abbia esercitato le facoltà di bonifica *ex* art. 245, comma 2 TUA» [147].

Al di là delle incertezze circa i destinatari dell'obbligo di tenere le forme di condotta reintegratoria previste in materia ambientale, la cui inottemperanza integra il nuovo delitto di cui all'art. 452-*terdecies* c.p., occorre analizzare i complessi rapporti e la difficile convivenza tra contravvenzione e delitto in tema di bonifica.

Sia pure a fronte della restrizione della rimproverabilità soggettiva al dolo rispetto all'inclusione dell'imputazione per colpa da parte della contravvenzione di cui all'art. 257 TUA, l'ambito di applicazione del delitto di cui all'art. 452-*terdecies* c.p. risulta, per molti versi, più ampio.

Le due fattispecie sono, dunque, in rapporto di specialità bilaterale.

Oltre alla bonifica, l'ipotesi delittuosa punisce anche la violazione dell'obbligo di ripristino e del recupero dello stato dei luoghi, che possono derivare da un'ampia varietà di fonti.

Sganciato dal riferimento esclusivo al complesso procedimento amministrativo di cui agli artt. 242 ss. TUA, il nuovo delitto trova, infatti, applicazione nei casi in cui la bonifica sia prescritta dalla legge oppure sia stata ordinata da un'autorità pubblica o dal giudice (civile, penale o amministrativo).

In relazione agli obblighi di fonte giudiziaria, basterà pensare a tutti i casi in cui bonifica e ripristino sono previsti come sanzione accessoria (art. 452-*duodecies* c.p., nonché dagli artt. 256, comma 3, 256-*bis*, comma 5, 260, comma 4, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152). L'ordine di bonifica o ripristino può essere pronunciato anche al di fuori del giudizio penale: sarà sufficiente citare l'azione risarcitoria in forma specifica prevista dall'art. 311 TUA in tema di danno ambientale. La stessa disposizione, al secondo comma, prevede altresì un obbligo di riparazione di fonte legislativa. Previsto dalla legge è anche il ripristino stabilito dall'art. 256-*bis*, comma 1, TUA. Vi sono poi obblighi reintegratori previsti dal TUA che presuppongono l'intervento dell'autorità pubblica: si pensi non solo al già citato procedimento di bonifica previsto dagli artt. 242 ss., ma anche al dovere di ripristino dei luoghi in caso di abbandono e deposito incontrollati di rifiuti (indipendentemente dalla contestazione dei reati di cui agli artt. 255, 256 TUA).

Insomma: con la riforma del 2015, i rapporti tra fattispecie contravvenzionale (257, comma 1, TUA) e delittuosa (art. 452-*terdecies* c.p.) non si sono solo complicati, ma rischiano di produrre risultati irragionevoli.

---

[147] Così C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente* (2016), cit., p. 274.

L'area di sovrapposizione tra le due fattispecie è circoscritta ai casi in cui la bonifica avvenga nell'ambito del procedimento *ex* artt. 242 ss.

Per risolvere i problemi di interferenza tra i due reati in tema di bonifica, il legislatore ha inserito una clausola di sussidiarietà espressa («Salvo che il fatto costituisca più grave reato») nell'art. 257 TUA che dovrebbe tracciare una linea di demarcazione rispetto alla nuova ipotesi delittuosa.

Secondo una prima ipotesi interpretativa, la contravvenzione di cui all'art. 257 TUA potrebbe «operare solo nelle ipotesi di un superamento delle soglie di rischio che non abbia raggiunto (quanto meno) gli estremi dell'inquinamento, ossia che non abbia cagionato una compromissione o un deterioramento significativi e misurabili dei beni (acque, aria, etc.) indicati dall'art. 452-*bis*»[148].

Questo criterio distintivo pare estremamente incerto.

In realtà, come detto, la sovrapposizione tra delitto o contravvenzione può avvenire solo quando è stato avviato il procedimento di bonifica regolato dagli artt. 242 ss. Un procedimento che inizia, di regola, prima dell'accertamento definitivo sul fatto che l'inquinamento abbia compromesso o deteriorato significativamente l'ambiente. Ed allora per stabilire quale dei due reati in tema di bonifica debba trovare applicazione, il compito di verificare la compromissione o il deterioramento significativi dovrebbe impropriamente spettare all'autorità pubblica oppure dovrebbe toccare al giudice penale in relazione a un elemento eccentrico rispetto all'ipotesi accusatoria.

Ma vi è di più: poiché il superamento delle soglie di rischio è necessario per avviare il procedimento di bonifica, manca un preciso punto riferimento per stabilire quando l'inquinamento abbia compromesso o deteriorato in modo tanto significativo da far scattare il delitto di cui all'art. 452-*terdecies* c.p.

Un secondo orientamento interpretativo farebbe dipendere i rapporti tra le due fattispecie in tema di bonifica dalla tipologia di reato all'origine dell'inquinamento: se il reato produttivo dell'obbligo di bonifica è una contravvenzione, sarà applicabile l'art. 257; viceversa, se la fonte dell'inquinamento è un delitto ambientale, verrà in rilievo l'art. 452-*terdecies* c.p.[149].

Anche in questo caso rischiano, però, di prodursi incongruenze applicative.

E ciò, da un lato, perché il grave difetto di formulazione dell'art. 257, comma 1, TUA, nell'aver reso sostanzialmente inapplicabile la fattispecie e nell'aver sostanzialmente consentito la facile elusione della condotta reintegratoria (i.e. la

---

[148] Corte di cassazione, Ufficio del massimario, settore penale, *Novità legislative: Legge n. 68 del 22 maggio 2015*, cit., p. 32. Qualora siano già stati accertati una compromissione o un deterioramento significativi e misurabili della matrici ambientali nell'ambito di un procedimento penale (ad es. per uno dei delitti di cui artt. 452-*bis*, 452-*quater* e 452-*quinquies* c.p.), il recupero e, ove tecnicamente possibile, il ripristino dello stato dei luoghi sarebbero ordinati dal giudice in forza dell'art. 452-*duodecies* c.p. In questo caso troverebbe pacifica applicazione il delitto di omessa bonifica.

[149] In questo senso C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente* (2016), cit., p. 275.

bonifica), lascerebbe senza risposta l'inquinamento determinato dalla commissione di una contravvenzione.

Dall'altro lato, *indipendentemente dalla realizzazione e dall'accertamento di un inquinamento derivante da reato* [150], verrebbe invece integrato il delitto di omessa bonifica in caso di inosservanza dell'obbligo di ripristino imposto dal giudice, in conseguenza dell'azione risarcitoria in forma specifica per danno ambientale di cui all'art. 311 TUA, con il conseguente effetto paradossale di garantire una tutela penale molto più efficace in quest'ultima ipotesi rispetto a quella di cui all'art. 257 TUA [151]. L'inadempimento dell'obbligo giudiziario di bonifica, sia pure nell'ambito di un procedimento civile o amministrativo, è infatti punito esclusivamente dall'art. 452-*terdecies* c.p.

Non solo: se si fanno rientrare tra i soggetti attivi del delitto di omessa bonifica anche coloro i quali non hanno causato l'inquinamento [152], l'inosservanza della condotta reintegratoria da parte del proprietario incolpevole del sito ricadrebbe nell'ambito di applicazione del delitto, mentre l'autore della contravvenzione fonte dell'inquinamento potrebbe rispondere solo della contravvenzione di cui all'art. 257 TUA nel caso in cui non provveda ad attuare il progetto di bonifica.

In realtà, pare davvero difficile rimediare, in via interpretativa, ai difetti della riforma del 2015 in tema di bonifica.

Un dato, però, è certo: dinanzi ai gravi limiti dell'art. 257 TUA e fatta eccezione per i casi in cui sia stato approvato un progetto di bonifica (artt. 242 ss. TUA), oggi l'omissione dolosa degli obblighi di bonifica e ripristino di fonte legislativa, giudiziaria o amministrativa è sottoposta ad una più intensa minaccia di pena detentiva e pecuniaria. Una minaccia che dovrebbe rappresentare una sufficiente controspinta motivazionale per eseguire la condotta reintegratoria prescritta, ma che rischia a sua volta di condurre, in caso di inadempimento di quest'ultima, all'esecuzione della pena detentiva. In realtà, la cornice edittale prevista dall'art. 452-*terdecies* c.p. (da uno a quattro anni) apre la strada ad una risposta non detentiva che consente di imporre nuovamente la condotta reintegratoria: ciò vale sia nel caso di sospensione del processo con messa alla prova, sia nell'ipotesi in cui la pena inflitta in concreto rientri nei limiti applicativi delle

---

[150] E ciò a prescindere da quanto riferito dall'avv. Schiesaro, dell'Avvocatura distrettuale dello Stato di Venezia, secondo il quale «le cause risarcitorie che lo Stato avvia sono per la massima parte istruite "al traino" di vicende penali [...]. L'azione civile per il risarcimento del danno ambientale è stata esercitata in maniera autonoma – cioè svincolata da un fatto penalmente rilevante – solo dall'Avvocatura dello Stato di Venezia»; in questi termini Commissione parlamentare di inchiesta sulle attività illecite connesse al ciclo dei rifiuti, *Relazione sulle bonifiche dei siti contaminati in Italia: i ritardi nell'attuazione degli interventi e i profili di illegalità*, 12 dicembre 2012, in *www.senato.it*, p. 96.

[151] Sul punto, A. DI LANDRO, *op. cit.*, p. 41 ss.

[152] C. RUGA RIVA, *op. ult. cit.*, p. 274.

misure alternative o della sospensione condizionale della pena. Ed allora l'effettività del sistema si sposta, ancora una volta, sui contenuti degli strumenti di *probation* [v. *infra* sez. IV].

A prescindere dai complessi e problematici rapporti tra la fattispecie contravvenzionale extra-codicistica e quella delittuosa in tema di bonifica, nel caso in cui vengano realizzati la bonifica, il ripristino o il recupero dello stato dei luoghi, il cui inadempimento è autonomamente incriminato dall'art. 452-*terdecies* c.p., ciò non esclude, a differenza dell'art. 257 TUA, la non punibilità dei reati "a monte". È, infatti, solo il quarto comma dell'art. 257 TUA a stabilire che l'osservanza del progetto di bonifica approvato ai sensi degli artt. 242 ss. TUA costituisce condizione di non punibilità per le contravvenzioni ambientali che incriminano l'inquinamento.

Al contrario, l'art. 452-*decies* c.p. prevede, in relazione ai delitti ambientali, un'attenuante a effetto speciale (riduzione dalla metà a due terzi) per «colui che si adopera per evitare che l'attività delittuosa venga portata a conseguenze ulteriori, ovvero, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, provvede concretamente alla messa in sicurezza, alla bonifica e, ove possibile, al ripristino dello stato dei luoghi». Trascurando la prima variante che prevede un'interruzione della condotta lesiva più simile al ravvedimento operoso previsto in tema di delitto tentato, la seconda ipotesi contempla un'ipotesi di reintegrazione che richiede un'azione antagonista da parte del reo [153]. Discostandosi dal recesso attivo di cui all'art. 56, comma 4, c.p., il cui presupposto è che il reo si adoperi volontariamente per impedire l'evento [154], l'art. 452-*decies* c.p. utilizza lo schema tipico della condotta *post factum*: un'azione reintegratoria (in forma specifica) rispetto al fatto commesso che si differenzia anche dal modello risarcitorio dell'attenuante comune di cui all'art. 62, n. 6, c.p.

A ciò si aggiunga che, secondo quanto stabilito dall'art. 452-*undecies* c.p., la reintegrazione, vero obiettivo di sistema, consente altresì l'esclusione della confisca.

Vi è poi un'ulteriore evidente incongruenza nella disciplina introdotta dal legislatore del 2015, che desta pesanti dubbi di ragionevolezza: mentre la contravvenzione di cui all'art. 257 TUA rientra tra i reati presupposto per la responsabilità degli enti (art. 25-*undecies*, d.lgs. 231/2001) [155], il nuovo delitto di omessa

---

[153] Sul punto G. AMARELLI, *Art. 452-decies*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, Milano, 2015, p. 2149 ss.

[154] Corte di cassazione, Ufficio del massimario, settore penale, *Novità legislative: Legge n. 68 del 22 maggio 2015*, cit., p. 27.

[155] Per un'analisi critica sulla possibile estensione della causa di non punibilità sopravvenuta di cui all'art. 257, comma 4, TUA agli enti cfr. C. RUGA RIVA, *Reato di omessa bonifica e D. Lgs. n. 231/2001: la bonifica giova (anche) all'ente?*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2012, p. 412; sul punto v. anche A. DI LANDRO, *op. cit.*, p. 27 ss.

bonifica è stato irragionevolmente omesso, impoverendo così l'effettività della condotta reintegratoria quando l'inquinamento sia stato causato, come accade di frequente, nell'ambito di un'attività d'impresa.

Oltre che in materia ambientale, la condotta reintegratoria opera anche in relazione alla tutela del paesaggio.

Un analogo modello che restituisce centralità alla condotta reintegratoria è previsto dall'art. 181, d.lgs. 42/2004 che incrimina l'esecuzione di opere in assenza di autorizzazione o in difformità da essa. Anche in questo caso il ripristino sembra incarnare la finalità principale perseguita dall'ordinamento rispetto alla quale la minaccia di pena detentiva funge da stimolo. Costruito, almeno astrattamente, come causa di non punibilità sopravvenuta, l'art. 181, comma 1-*quinquies*, d.lgs. 42/2004 stabilisce che «La rimessione in pristino delle aree o degli immobili soggetti a vincoli paesaggistici da parte del trasgressore, prima che venga disposta d'ufficio dall'autorità amministrativa, e comunque prima che intervenga la condanna, estingue il reato di cui al comma 1», consistente nell'esecuzione di lavori di qualsiasi genere su beni paesaggistici, «senza la prescritta autorizzazione o in difformità della stessa».

Pur scontando i limiti già evidenziati che derivano dall'inquadramento del fatto come contravvenzione, la condotta reintegratoria prevista in materia paesaggistica, il cui ambito applicativo è stato recentemente ampliato dalla Corte costituzionale [156], sembra essere funzionale alla *ratio* di tutela. Una tutela a posteriori che, per coerenza, dovrebbe essere legislativamente estesa anche ai reati in materia edilizia, per i quali opera, invece, la sola causa estintiva derivante dal rilascio in sanatoria del permesso a costruire di cui all'art. 45, comma 3, d.p.r. 380/2001 [157].

---

[156] Cfr. Corte Cost., 11 gennaio-23 marzo 2016, n. 56. La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 181, comma 1-*bis*, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, nella parte in cui prevede che l'esecuzione di lavori di qualsiasi genere, senza la prescritta autorizzazione o in difformità della stessa, su beni paesaggistici dichiarati di notevole interesse pubblico con apposito provvedimento, rientri nella più grave ipotesi delittuosa, indipendentemente dal fatto che vi sia stato un superamento dei limiti volumetrici. E ciò in ragione dell'irragionevole disparità di trattamento derivante dalla scelta del legislatore di sottoporre alla più lieve contravvenzione analoghi lavori che siano stati effettuati su beni paesaggistici sottoposti a vincolo *ex lege*, senza che siano state oltrepassate le soglie volumetriche indicate dallo stesso art. 181, d.lgs. 42/2004. Sul punto si vedano i commenti di G. DODARO, *Recenti sviluppi del controllo di proporzionalità in materia penale nella sentenza costituzionale 23 marzo 2016, n. 56 sul delitto paesaggistico*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2001 ss.; C. RUGA RIVA, *La Corte costituzionale riscrive il delitto paesaggistico: "rime obbligate" o possibili dissonanze?*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 876 ss.

[157] Da ultimo v. Cass., 6 maggio 2014, n. 37168, CED 259943, la quale ha chiarito che «la demolizione dell'opera abusivamente edificata non produce l'effetto estintivo del reato urbanistico di cui all'art. 44 del d.P.R. n. 380 del 2001, non essendo applicabile analogicamente la disciplina dettata in materia di reati paesaggistici dall'art. 181, comma primo-quinquies, del D.Lgs. n. 42 del 2004, la quale ha una funzione premiale, diretta ad incentivare il recupero degli illeciti minori e a far riacquistare alla zona vincolata il suo originario pregio estetico»; nello stesso senso Cass., 21

L'incentivazione di meccanismi di ripristino del bene giuridico sembra rafforzare la tutela apprestata dall'ordinamento, anziché indebolirla. Semmai l'aspetto problematico più delicato consiste nell'individuazione di strumenti in grado di incentivare, attraverso un'adeguata controspinta motivazionale, oppure di rendere coercibile la condotta reintegratoria.

A tal riguardo, il nuovo delitto di cui all'art. 452-*terdecies* c.p., pur essendo stato inserito nel nuovo titolo IV-*bis* dedicato ai delitti contro l'ambiente, sembra incriminare anche l'inosservanza dell'ordine di ripristino previsto in materia paesaggistica dall'art. 181, comma 2, d.lgs. 42/2004, il quale dispone che «con la sentenza di condanna viene ordinata la rimessione in pristino dello stato dei luoghi a spese del condannato».

Vi è poi un ulteriore strumento di pressione per imporre la risposta (bonifica o ripristino) che sembra più idonea a tutelare gli interessi coinvolti (paesaggio, ambiente e salute): la possibilità di disporre, in caso di commissione di reati in materia ambientale e paesaggistica, la confisca ai sensi dell'art. 240 c.p. o dell'art. 452-*undecies* c.p.

Proprio alla luce della maggiore idoneità di tali forme di reintegrazione a garantire una salvaguardia a posteriori dei beni tutelati, si può cercare di svolgere, in questa sede, una riflessione più ampia sulla natura di bonifica e ripristino.

A ben vedere non si tratta propriamente di forme di premialità, poiché «la vera 'sanzione' che l'ordinamento ha interesse ad irrogare ed a vedere eseguita in concreto, in simili ipotesi, [è] precisamente l'obbligo di riparazione» [158].

In tal senso la condotta reintegratoria non è solo in grado di far apprezzare, in modo positivo, all'autore del fatto il significato fondamentale del bene leso o messo in pericolo, ma consente di perseguire al meglio le finalità della pena. Sul piano general-preventivo, si impone un impegno oneroso al reo, che è funzionale alla riaffermazione simbolica del valore salvaguardato dalla fattispecie. Sul piano special-preventivo, vi è un'assunzione di responsabilità da parte del reo in relazione all'offesa arrecata che permette di riannodare il vincolo solidaristico (art. 2 Cost.)

---

gennaio 2013, n. 10245, CED 254430, secondo la quale «la rimessione in pristino delle aree o degli immobili soggetti a vincoli paesaggistici, pur se accompagnata dalla successiva demolizione del manufatto abusivo, non estingue il reato edilizio ma, esclusivamente, la contravvenzione paesaggistica prevista dal D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, art. 181, comma 1, (tra le altre, Sez. 3, n. 25026 del 12/05/2011, Stefano, Rv. 250675; Sez. 3, n. 19317 del 27/04/2011, P.G. in proc. Medici e altro, Rv. 250341; sez. 3 n. 17535 del 07/05/2010, Medina, Rv. 247167; sez. 3, n. 17078 del 18/05/2006, n. 17078, Vigo, Rv. 234323)». Sull'estensione dell'ambito applicativo della causa di non punibilità sopravvenuta di cui all'art. 181, comma 1-*quinquies*, d.lgs. 42/2004, la Corte costituzionale (ord. 439/2007) ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità sollevata, per violazione dell'art. 3 Cost., con riferimento ai reati in materia edilizia. Sul punto v. A. PECCIOLI, *Le cause di estinzione dei reati urbanistici ed edilizi*, in M. PELISSERO (a cura di), *Reati contro l'ambiente e il territorio*, cit., p. 451 ss.

[158] Così L. BISORI, *Gli istituti ripristinatori nel diritto penale ambientale*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, *II*, Firenze, 1999, p. 615.

che sta alla base della convivenza civile [159]. Tutti scopi che, invece, rimarrebbero ad una distanza siderale ove fosse inflitta una pena detentiva o pecuniaria.

Detto altrimenti: pare opportuno liberare la risposta sanzionatoria più ragionevole, ossia l'obbligo di bonifica e/o ripristino, dalla sua consueta e fuorviante classificazione come forma di abdicazione della potestà punitiva.

*Bonifica e ripristino*, più che costituire le condizioni alla quale è subordinata la concessione della "carota" (la non punibilità o attenuazione di pena) per evitare "il bastone" (l'inflizione di pene anche severe), *assume in realtà i contorni di una risposta punitiva più effettiva sul piano della tutela*, *sia pure a posteriori, del bene giuridico*.

Che la condotta reintegratoria abbia una valenza sanzionatoria [160] è confermato da un consistente orientamento della stessa giurisprudenza della Corte di cassazione sul reato di cui all'art. 181, d.lgs. 42/2004, quando quest'ultima è chiamata a vagliare la legittimità dell'obbligo di ripristino al quale può essere subordinata la sospensione condizionale della pena [161]. In questi casi il ripristino rimane, tuttavia, in sospeso in una sorta di incerto limbo classificatorio, nel quale assume talvolta natura di sanzione sostanzialmente penale [162] e talaltra natura di sanzione con funzione ripristinatoria [163].

Il carattere chiaramente punitivo della condotta reintegratoria, che assume natura multifunzionale, sembra riemergere ogniqualvolta bonifica e ripristino costituiscono una pena accessoria [per un elenco delle varie ipotesi v. *supra* sez. III, par. 1].

---

[159] In tal senso anche L. BISORI, *op. ult. cit.*, p. 616, il quale peraltro auspica il ricorso a pene private: «sarebbe sufficiente prevedere una sola volta la pena della riparazione (da sola o congiunta ad altre pene, è questione impregiudicata) come sanzione tipica per il fatto inquinatorio, ed eventualmente disporre, per il caso di inadempimento, adeguati meccanismi di conversione in altre pene – più afflittive ed eseguibili – che fungano da norme di chiusura del sistema». Qualche riserva sul ricorso a sanzioni ripristinatorie è espressa da F. PALAZZO, *Principi fondamentali*, cit., p. 545 ss.: «è chiaro che questa tendenza legislativa produce una attenuazione della componente tanto retributiva quanto rieducativa della pena in una più generale prospettiva che potrebbe dirsi di progressiva 'privatizzazione' della sanzione criminale» (p. 549 s.); lo stesso A. rileva che «circoscrivere la tutela penale dell'ambiente alle sole fattispecie 'ingiunzionali' significherebbe di molto indebolirla, rendendola esclusivamente 'successiva' e rinunciando dunque totalmente alle virtualità preventive e dissuasive del diritto penale» (p. 569); sul valenza special-preventiva della condotta reintegratoria (bonifica) v. P. SEVERINO DI BENEDETTO, *I profili*, cit., p. 418; D. MICHELETTI, *D.lg. 3 aprile 2006, n. 152*, cit., p. 367, il quale sottolinea che «nulla meglio dello sforzo ripristinatorio richiesto al reo è in grado di esplicare, al contempo, una funzione profondamente rieducativa».

[160] Sul punto, ampiamente, cfr. A. DI LANDRO, *op. cit.*, p. 37.

[161] Di recente Cass., 21 ottobre 2014, n. 48984, CED 261164.

[162] Cass., 14 giugno 2002, n. 29667, CED 222115. Secondo la Corte l'ordine di ripristino, al quale può essere subordinata la sospensione condizionale della pena, «non ha natura di sanzione amministrativa né di pena accessoria ma è assimilabile a una vera e propria sanzione penale».

[163] In questo senso Cass., 28 aprile 2005, n. 33289, CED 232180; Cass., 28 maggio 2004, CED 229612.

Significato sanzionatorio che viene, al contrario, negato dalla giurisprudenza di legittimità in relazione all'ordine di demolizione in materia edilizia (art. 31, comma 9, d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380). Sostenuta da comprensibili ragioni di effettività, l'esclusione della natura punitiva di tale obbligo funge da grimaldello per sfondare qualsiasi argine garantistico (non solo della materia penale): definito come una sanzione accessoria di natura oggettivamente amministrativa avente carattere ripristinatorio, l'ordine di demolizione, oltre a non potersi estinguere per morte del reo [164], è sottratto alla disciplina della prescrizione del reato, della pena e delle sanzioni amministrative [165] e grava «sul soggetto che è in rapporto con il bene, indipendentemente dall'essere stato o meno quest'ultimo l'autore dell'abuso» [166].

Tra le varie ipotesi già menzionate vi è, altresì, il nuovo art. 452-*duodecies* c.p., il quale impone, in caso di condanna (anche *ex* art. 444 c.p.p.) per uno dei nuovi delitti ambientali, «il recupero e, ove tecnicamente possibile, il ripristino dello stato dei luoghi».

Qui la condotta controffensiva, aggiungendosi alla pena edittale, rischia però

---

[164] Cass., 18 gennaio 2010, n. 3861, CED 249317, secondo la quale, quindi, «L'ordine di demolizione del manufatto abusivo, disposto con la sentenza di condanna per reato edilizio, non è estinto dalla morte del reo sopravvenuta alla irrevocabilità della sentenza, non avendo natura penale ma di sanzione amministrativa accessoria». Di recente, anche per il quadro analitico della giurisprudenza di legittimità sull'ordine di demolizione, v. Cass., 20 gennaio 2016, n. 9949, in *www.iusexplorer.it*, la quale ha ribadito che «la demolizione del manufatto abusivo, anche se disposta dal giudice penale ai sensi dell'art. 31, comma 9, qualora non sia stata altrimenti eseguita, ha natura di sanzione amministrativa, che assolve ad un'autonoma funzione ripristinatoria del bene giuridico leso, configura un obbligo di fare, imposto per ragioni di tutela del territorio, non ha finalità punitive ed ha carattere reale, producendo effetti sul soggetto che è in rapporto con il bene, indipendentemente dall'essere stato o meno quest'ultimo l'autore dell'abuso. Per tali sue caratteristiche la demolizione non può ritenersi una pena nel senso individuato dalla giurisprudenza della Corte EDU e non è soggetta alla prescrizione stabilita dall'art. 173 c.p.».

[165] Così Cass., 7 luglio 2015, n. 36387, CED 264736, secondo la quale «In materia di reati concernenti le violazioni edilizie, l'ordine di demolizione del manufatto abusivo, avendo natura di sanzione amministrativa di carattere ripristinatorio, non è soggetto alla prescrizione stabilita dall'art. 173 cod. pen. per le sanzioni penali, né alla prescrizione stabilita dall'art. 28 legge n. 689 del 1981 che riguarda unicamente le sanzioni pecuniarie con finalità punitiva»; Cass., 23 marzo 2011, n. 18533, CED 250291, secondo la quale «L'ordine di demolizione del manufatto abusivo (art. 31, comma nono, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) resta eseguibile, qualora sia stato impartito con la sentenza di applicazione della pena su richiesta, anche nel caso di estinzione del reato conseguente al decorso del termine di cui all'art. 445, comma secondo, cod. proc. pen. (In motivazione la Corte ha, altresì, escluso l'applicazione sia dell'art. 2946 cod. civ., riguardante la prescrizione dei diritti e non delle sanzioni amministrative, sia dell'art. 28, legge 24 novembre 1981, n. 689, applicabile alle sanzioni amministrative aventi ad oggetto somme di denaro)»; nello stesso senso Cass., 18 febbraio 2003, n. 16537, CED 227176, secondo la quale «L'ordine di demolizione del manufatto abusivo, impartito dal giudice con la sentenza di condanna per reati concernenti l'edilizia e l'urbanistica, non è soggetto alla prescrizione quinquennale stabilita per le sanzioni amministrative dall'art. 28 della Legge 24 novembre 1981, n. 689, in quanto detta prescrizione riguarda le sanzioni pecuniarie con finalità punitiva, mentre la fattispecie in questione configura un obbligo di fare, imposto per ragioni di tutela del territorio».

[166] Cass., 20 gennaio 2016, cit., § 5 del considerato in diritto.

di rimanere inevasa. Vero è che il delitto di omessa bonifica di cui all'art. 452-*terdecies* c.p. incrimina, più severamente della fattispecie generale di cui all'art. 389 c.p., l'inosservanza dell'ordine giudiziale di bonifica-pena accessoria. Ciò non di meno, l'inflizione delle draconiane risposte punitive carcerarie previste dall'intero Titolo IV-*bis* c.p. rischia di obliterare, attraverso la cieca repressione, lo strenuo obiettivo reintegratorio-risocializzante.

Nei vari casi menzionati, non è il significato della medesima condotta reintegratoria a mutare. In realtà, ad essere diversi sono i meccanismi attraverso i quali l'ordinamento cerca di stimolare o imporre la risposta sanzionatoria più razionale, ossia la reintegrazione post-fatto da parte del reo per la messa in sicurezza, la bonifica e/o il ripristino del luogo.

Un dato sembra certo: al netto del volto severo mostrato dai nuovi delitti ambientali, il modello di condotta reintegratoria qui analizzato costituisce un punto di riferimento valido per altri settori dell'ordinamento penale.

Vale, infine, la pena riflettere sul rilievo che la condotta reintegratoria "in veste punitiva" può assumere a seconda della tipologia e gravità delle fattispecie incriminatrici.

L'efficacia degli obblighi di ripristino e bonifica sembra essere strettamente legata alla struttura dei divieti: il modello reintegratorio sembra poter efficacemente funzionare per rispondere alla serialità (micro)lesiva o, comunque, dinanzi all'anticipazione della tutela alla soglia del pericolo. Dinanzi a reati d'evento di estrema gravità, come alcuni di quelli previsti dal nuovo Titolo IV-*bis* c.p., la condotta reintegratoria è coerente con una tutela *in extremis* del bene e può costituire il vero obiettivo coltivato dall'ordinamento, ma non sembra in questi casi avere sufficiente efficacia general-preventiva se non viene accompagnata da una più intensa risposta punitiva. Una volta fallito il messaggio preventivo-intimidativo, il rimedio non può, tuttavia, limitarsi ad un'improduttiva e desocializzante repressione carceraria che affoga ogni speranza di ripristino, ma deve comunque andare, anche in questi casi, alla strenua ricerca della tutela a posteriori del bene leso.

## Sezione IV. – Il modello sospensivo: la condotta reintegratoria come risposta punitiva alternativa

### 1. *Un modello trasfigurato da finalità di deflazione penitenziaria e processuale*

All'interno della magmatica e disomogenea stratificazione di risposte alternative alla pena detentiva, si sono sedimentati modelli e finalità estremamente eterogenei e non sempre facilmente contemperabili.

Ciò nonostante gli istituti riconducibili al modello sospensivo possiedono una caratteristica comune: dalla rinuncia precaria e temporanea alla pena astrattamente minacciata o concretamente inflitta deriva, come conseguenza possibile o necessaria, la prescrizione imposta al reo (imputato, condannato o detenuto a seconda dei casi) di tenere determinate condotte reintegratorie. Prescrizione che assume, a tutti gli effetti, il significato di surrogato sanzionatorio.

Questo modello sospensivo-surrogatorio, il cui nucleo di significato è costituito dalle prescrizioni (non solo reintegratorie) imposte a carico del reo, è stato deformato da un duplice e convergente obiettivo deflattivo, che ne ha pregiudicato l'effettività.

Ad essere in parte mutati sono gli stessi scopi di prevenzione speciale positiva inizialmente perseguiti: da un lato, evitare gli effetti criminogeni e desocializzanti della pena detentiva entro i confini più o meno mobili della criminalità primaria o di modesta gravità e, dall'altro lato, offrire risposte risocializzanti, in particolare, per autori di reato e forme di criminalità legate, in qualche modo, al disagio sociale [167].

A questo modello originario, ispirato alla rieducazione del condannato, si sono nel tempo sovrapposte, fino a prevalere, finalità deflattive sia della popolazione penitenziaria in costante crescita, sia (più recentemente) del carico di procedimenti penali.

In relazione alla finalità di deflazione carceraria e di prevenzione degli effetti desocializzanti delle pene detentive brevi, lo strumento impiegato appare non poco strabico.

Come si è cercato di mettere in rilievo, la crescita esponenziale del numero di detenuti è quanto meno parzialmente riconducibile proprio al pervasivo ricorso alla pena privativa della libertà. Per contrastare gli effetti negativi del carcere si è preferito fare ricorso alla vuota premialità, specie se nascosta tra le pieghe della fase esecutiva, anziché incidere sulle cause del problema attraverso la riforma del sistema sanzionatorio, attribuendo rilevanza autonoma a risposte sanzionatorie diverse e, più in particolare, a quelle costruite attorno a prescrizioni di tipo reintegratorio.

Per altro verso, ammettendo che sia la brevità (secondo quale misura?) della pena detentiva e solo quest'ultima ad avere presuntivamente un effetto criminogeno, non si vede perché il legislatore non abbia deciso di sostituirla automaticamente sul piano edittale con una pena di natura diversa, anziché rimettere alla discrezionalità del giudice la scelta di rinunciare all'opzione carceraria in base a criteri (talvolta rigidamente) predeterminati.

Nel sistema attuale, quella scelta discrezionale di rinunciare alla pena detentiva è precariamente condizionata, poiché è rimessa alle intuizioni sulle prognosi

---

[167] F. BRICOLA, *L'affidamento in prova al servizio sociale: «fiore all'occhiello» della riforma penitenziaria*, in *Quest. crim.*, 1976, p. 373 ss.

di recidiva formulate dal giudice, senza che la decisione sia supportata, nella maggior parte dei casi, da un adeguato apparato motivazionale. Da ciò deriva una conseguenza negativa: quando non è già iscritto nella comminatoria, l'obiettivo positivo minimo di evitare la desocializzazione diviene bilanciabile, in modo contraddittorio, con un parametro inafferrabile e mutevole come l'allarme sociale, che è completamente rimesso alla percezione emotiva del giudice [168]. Pur rimanendo formalmente intatto il rapporto (inafferrabile?) di proporzione tra disvalore del fatto e pena in concreto [169], nella decisione sulla sospensione condizionale gli scopi special-preventivi finiscono, di fatto, per soccombere rispetto a finalità di intimidazione individuale e di prevenzione generale negativa.

Detto altrimenti: l'attivazione del modello sospensivo non sembra dover dipendere dalla recidiva sia in relazione ai precedenti penali, sia in riferimento alla prognosi sul futuro. E ciò non solo per il carattere molto approssimativo degli attuali modelli di valutazione (empiricamente ciechi) del pericolo che il reo commetta in futuro altri reati, ma soprattutto perché l'esistenza di precedenti penali o la prognosi negativa di non-recidiva non sembra poter condurre ad una risposta ritenuta, in partenza, desocializzante. Un rischio di recidiva più alto dovrebbe orientare la connotazione risocializzativa della tipologia e dei contenuti delle prescrizioni, anziché condurre alla conclusione in base alla quale il recidivo, che è il soggetto più bisognoso di risocializzazione, finisce per ricevere, in modo del tutto controintuitivo, la risposta più desocializzante [170].

Non solo.

Gli strumenti di messa alla prova si trovano oggi dinanzi ad un'evidente aporia: da un lato, non sono in grado di contrastare, se non in modo marginale, l'inarrestabile aumento della popolazione penitenziaria e, dall'altro lato, vengono indicati come la principale causa di ineffettività del sistema penale.

Un'ineffettività che ha essenzialmente due cause principali.

Le sfere applicative di sospensione del processo con messa alla prova, sospensione condizionale della pena e affidamento in prova al servizio sociale sono a tal punto poco coordinate e in gran parte sovrapponibili da aver trasformato la sostanziale cumulabilità e intercambiabilità di tali misure in una fonte di ineffettività per l'intero sistema sanzionatorio [171].

---

[168] F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Certezza o flessibilità*, p. 101.

[169] A. STILE, *La riforma della sospensione condizionale della pena nella prospettiva di un nuovo sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, in particolare p. 1010.

[170] Nel senso della necessaria intensificazione del finalismo rieducativo della pena proprio in relazione ai recidivi, sia pure in una prospettiva penitenziaria, cfr. P. NUVOLONE, *Il problema della rieducazione del condannato*, in ID., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padova, 1969, p. 395.

[171] Cfr. G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 160 ss.; E. DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 857 ss.

A ciò si aggiunga il sostanziale svuotamento dei contenuti di tali forme di risposta al reato [172]. Nella prassi, specialmente in relazione alla sospensione condizionale, la rinuncia (quanto meno temporanea) all'esecuzione della pena detentiva coincide quasi sempre con la totale abdicazione alla potestà punitiva nel caso frequente in cui siano del tutto assenti anche le prescrizioni reintegratorie che costituiscono il nucleo vero e proprio della reazione punitiva (sostitutiva).

Questo processo di trasfigurazione, che ha messo in secondo piano il "surrogato punitivo" rappresentato dalla condotta prescrittivo-reintegratoria, ha reso altresì del tutto evanescente la componente positiva e risocializzativa del modello sospensivo-surrogatorio, per lasciare spazio alla mera intimidazione negativa derivante dalla minaccia della possibile esecuzione dell'originaria pena detentiva inflitta [173]. Il tratto caratterizzante delle diverse forme di messa alla prova è proprio di rimanere precariamente sottoposte alla minaccia di (re)ingresso in carcere. La rinuncia al surrogato prescrittivo-reintegratorio in relazione agli strumenti di messa alla prova coincide, dunque, con l'abdicazione alla finalità risocializzativa della pena, che lascia il posto a scopi di prevenzione speciale negativa mediante intimidazione.

Ulteriormente sviata da ragioni di economia processuale, la ricerca di alternative alla attuale rigidità del sistema sanzionatorio ha finito per essere anticipata ad un fase persino anteriore al pieno accertamento della responsabilità, attraverso la recente introduzione della sospensione del processo con messa alla prova [174].

In aperta contraddizione rispetto a questa anticipazione acognitiva del meccanismo sospensivo, vi è stato un contemporaneo arricchimento dei contenuti sanzionatorio-risocializzativi: un potenziamento contenutistico che, proprio attraverso l'inserimento ineludibile di prescrizioni di tipo reintegratorio, ha rimpiazzato i caratteri di una premialità, ormai marchiata dal discredito, con il contenuto della vera e propria risposta punitiva, restituendo così effettività a questo strumento di *probation*.

Anziché spostare definitivamente il baricentro di questi istituti sullo scopo intimidativo connesso alla revoca del beneficio, nell'evoluzione recente del modello sospensivo-surrogatorio è proprio il maggior rilievo attribuito alla condotta reintegratoria, in forma di prescrizione rivolta al condannato, che potrebbe

---

[172] F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Certezza o flessibilità*, p. 4 s., i quali peraltro suggeriscono l'opportunità di «concentrare le forze soltanto sulla sospensione condizionale della pena, eliminando sia le sanzioni sostitutive in senso stretto che l'affidamento in prova al servizio sociale» (p. 65) o, quanto meno, la gestione «attraverso un meditato e consapevole coordinamento» della pluralità di istituti previsti in sede di cognizione come alternative alla pena detentiva (p. 66).

[173] C.E. PALIERO, E. DOLCINI, *Il carcere*, cit., p. 178 ss.

[174] Cfr. R. BARTOLI, *La "novità" della sospensione del processo con messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2015, p. 2.

restituire effettività ed efficacia a istituti maldestramente orientati verso un contenimento del ricorso al carcere oppure trasfigurati da finalità di economia processuale, che sono estranee alle logiche che dovrebbero governare la costruzione del sistema sanzionatorio.

In tal senso, l'analisi degli istituti qui presi in considerazione, che seguirà l'ordine cronologico del loro ingresso nel sistema penale, sembra costituire un valido banco di prova per restituire sostanza a strumenti svuotati di significato, in modo da tracciare i confini di un modello unitario di risposta al reato, in via principale, di tipo prescrittivo-reintegratorio.

## 2. *La condotta reintegratoria nella sospensione condizionale della pena*

Ultracentenario punto di rottura dell'idea metafisica di pena sostenuta dalla teoria retributiva, la sospensione condizionale [175] costituisce uno dei primi segnali di razionalizzazione del sistema sanzionatorio verso il perseguimento di finalità di prevenzione speciale. Attraverso una lunga storia segnata da numerosi cambiamenti, la disciplina della sospensione condizionale è stata declinata, da ormai trentacinque anni, in senso prescrittivo-reintegratorio. Una declinazione che è stata, tuttavia, ben presto oscurata da finalità deflattive.

È, infatti, divenuto quasi solo cartolare il ruolo della condotta reintegratoria in quello che, oltre ad essere lo strumento punitivo alternativo più utilizzato nella prassi [176], è al contempo avvertito come «un vero e proprio pilastro dell'indulgenzialismo» [177]. A quanto pare l'imposizione di prescrizioni ai sensi dell'art. 165 c.p. riguarda solo il 2% delle pene sospese condizionalmente [178].

Dinanzi ad un progressivo svuotamento di ogni contenuto sanzionatorio, la sospensione condizionale «dovrebbe inserirsi nella strumentazione sanzionatoria, non più come indulgenza che devitalizza e ne oscura le ragioni, bensì come richiamo efficace al significato negativo del fatto commesso, pur senza mettere in gioco la libertà personale» [179].

E potrebbe assolvere questo compito, come da lungo tempo auspicato [180], re-

---

[175] Sulle origini storiche dell'istituto v. T. PADOVANI, *L'utopia*, cit., p. 167 ss.; F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Certezza o flessibilità*, cit., p. 1 ss.

[176] Cfr. F. DELLA CASA, *Misure alternative*, cit., p. 91, rileva che, nel periodo tra il 1993 e il 1997, il dato aggregato della concessione della sospensione condizionale, dell'amnistia propria e dell'indulto rappresentava il 47,68% del totale delle condanne.

[177] E. DOLCINI, *Il castigo sia moderato*, cit., p. 39; E. DOLCINI, *La riforma della parte*, cit., p. 188; F. MANTOVANI, *Sanzioni alternative*, cit., p. 85.

[178] Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 695.

[179] A. ALESSANDRI, *Alcune considerazioni*, cit., p. 9.

[180] F. MANTOVANI, *Sanzioni alternative*, cit., p. 90 che, per «rinforzare la funzione generalpre-

cuperando quel carattere sanzionatorio, di censura e riprovazione tale da farle assurgere il rango di vera e propria risposta punitiva proprio grazie ad un effettivo innesto della condotta reintegratoria [181] all'interno di questo meccanismo di messa alla prova [182].

Sotto un diverso ma complementare punto di vista, se la sospensione condizionale della pena trae il proprio fondamento politico criminale dall'esigenza di adeguare la risposta punitiva a finalità di prevenzione speciale, solo una rivalutazione del meccanismo reintegratorio può restituirle questo orientamento finalistico [183].

Per altro verso, come è stato rilevato, «di fronte ad un istituto rimodellato secondo contenuti positivi, non meramente di fuga dalla sanzione, verrebbero superate le preoccupazioni che il diritto vigente (consentendo una sospensione condizionale povera o priva di contenuti, e per di più reiterata) giustifica in ordine alla tenuta della prevenzione generale» [184]. E ciò tanto più a seguito delle

---

ventiva e dissuasiva della sospensione condizionale», auspicava una «metamorfosi [di quest'ultima] da misura clemenziale a vera e propria sanzione, munendola di precise prescrizioni, che ad un tempo svolgano una funzione di prevenzione generale e di dissuasione ed una funzione di prevenzione speciale, estrinsecandosi in un controllo ed assistenza del soggetto».

[181] In questo senso D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale*, cit., p. 127 che sottolinea l'importanza di un arricchimento, condiviso dai Progetti di riforma Pagliaro e Grosso, dei contenuti positivi della sospensione condizionale, che potrebbero rafforzare «la "tenuta" generalpreventiva (oltre che specialpreventiva) del sistema»; F. PALAZZO, *Esecuzione progressiva e «benefici» penitenziari: che cosa conservare*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 160 il quale ritiene necessario che il modello sospensivo sia «contenutisticamente arricchito da obblighi riparatori – dal risarcimento del danno alla riduzione in pristino – concepiti però in chiave decisamente sanzionatoria e, dunque, di regola presenti nella sospensione, indipendentemente cioè da qualunque loro valutazione discrezionale del giudice tanto più se orientata a improponibili finalità risocializzative».

[182] Cfr. F. GIUNTA, voce *Sospensione condizionale della pena*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 96; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 557 ss.; L. BISORI, *Gli istituti ripristinatori*, cit., p. 599 ss.; l'A. segnala una trasformazione della sospensione condizionale; «la particolare incisività ed onerosità (soprattutto economica) delle misure riparatorie che caratterizzano la materia ambientale, conferisce loro una nuova connotazione sanzionatoria e deterrente: la 'sanzione' finisce con il sostanziarsi, insomma, proprio nell'oneroso adempimento di quelle prescrizioni, in chiave tanto retributiva che general-preventiva»; la pena edittale rimane, invece, uno strumento posto a chiusura del sistema (p. 602).

[183] Cfr. L. EUSEBI, *Prescrizioni a carico del condannato*, cit., p. 1148 ss. che valorizza l'orientamento specialpreventivo dell'istituto specialmente nel momento in cui, attraverso l'imposizione di obblighi positivi a contenuto reintegratorio, il reo è messo nelle condizioni di prendere coscienza dell'ordine violato; T. PADOVANI, *Sospensione e sostituzione nella prospettiva d'un nuovo sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 990 il quale indica la condotta reintegratoria come «una condizione minimale indefettibile per indurre il reo ad un salutare «ripensamento» della propria attività criminosa»; ID., *La sospensione condizionale oltre l'orizzonte delle «modifiche al sistema penale»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1249 ss.

[184] D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale*, cit., p. 127; a tal riguardo v. F. CINGARI, *I contenuti positivi della sospensione condizionale della pena in una prospettiva comparata e di riforma*, in

modifiche apportate dalla legge 11 giugno 2004, n. 145 che, per quanto qui interessa, ha ampliato il ventaglio delle differenti tipologie di condotta reintegratoria previste dall'art. 165 c.p. e ha introdotto una nuova ipotesi "speciale" di sospensione condizionale subordinata al risarcimento del danno (art. 163, comma 4, c.p.) [185].

Prima di analizzare la novella del 2004, occorre fare un piccolo passo indietro, per mettere in luce il processo di valorizzazione vissuto dagli obblighi reintegratori a carico del condannato. Se l'art. 128 della legge 689/1981 aveva aggiunto la possibilità di condizionare la concessione del beneficio all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose [186], negli anni successivi sono state formulate diverse proposte di riforma della sospensione condizionale, al fine di accrescere il ruolo degli oneri positivi a carico del reo.

Dopo un primo tentativo di modifica contenuto nel d.d.l. n. 2609 del 1 marzo 1983, sia lo schema Pagliaro (art. 42) [187], sia il progetto di riforma elaborato dalla commissione Grosso erano accomunati da una medesima finalità: il progressivo potenziamento delle prescrizioni [188] e della rilevanza attribuita alla condotta reintegratoria. Nello stesso solco, sia pure in relazione a un più limitato e rigido ambito applicativo della sospensione condizionale, si inserisce anche il

---

P. PISA (a cura di), *Verso una riforma del sistema sanzionatorio? Atti del convegno in ricordo di Laura Fioravanti. Genova, 15 novembre 2006*, Torino, 2007, p. 301 ss.

[185] F. GIUNTA, *I nuovi orizzonti della sospensione condizionale della pena alla luce della legge 11 giugno 2004, n. 145*, in *Studium iuris*, 2004, p. 1335 ss.

[186] Sul punto v. A. STILE, *La riforma*, cit., p. 997 ss.; A. CASTALDO, *Contenuto sanzionatorio e «trattamento» nella «nuova» sospensione condizionale: un'applicazione in tema di reati edilizi*, in *Arch. pen.*, 1984, p. 551 ss.; F. MANTOVANI, *Sanzioni alternative*, cit., p. 96.

[187] In particolare l'art. 42 del progetto Pagliaro sanciva la «necessità che sia provveduto, sempre che sia oggettivamente e soggettivamente possibile, alle restituzioni e al risarcimento del danno o all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato; nel caso di sospensione della pena pecuniaria solo quando la pena superi un determinato e consistente ammontare»; lo stesso articolo prevedeva «la possibilità – e, in caso di seconda o di terza concessione, necessità – che, sospesa la pena detentiva, il condannato sia sottoposto a prescrizioni, divieti, trattamenti terapeutici o interventi di sostegno sociale, i quali non ledano diritti inviolabili della persona né costituiscano limitazioni eccessive della vita di relazione, con eventuale affidamento in prova al servizio sociale [...]», nonché la «possibilità e, in caso di seconda o di terza concessione, necessità – che la sospensione della pena detentiva sia disposta in misura parziale sino ai due terzi della pena inflitta, applicandosi, in luogo della pena detentiva, una delle seguenti sanzioni sostitutive scelta in riferimento alle conseguenze sulle relazioni sociali del condannato ed alla idoneità a evitare la commissione di futuri reati: semidetenzione per la detenzione; detenzione saltuaria; arresti domiciliari; libertà controllata; lavoro di utilità sociale ed eventuale revoca della sospensione della pena accessoria».

[188] Ampiamente sul punto v. F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Certezza o flessibilità*, cit., p. 109 ss.; in relazione al progetto di modifica del 1983 v. T. PADOVANI, *Sospensione e sostituzione*, cit., p. 984 che rileva il tentativo del legislatore «di tracciare le linee direttrici di un razionale coordinamento complessivo dei meccanismi sanzionatori *lato sensu* intesi (sospensione condizionale; sanzioni sostitutive; patteggiamento)».

progetto Nordio (art. 112), il quale prevede la possibilità di imporre prescrizioni reintegratorie di natura prevalentemente economica (restituzioni; risarcimento del danno; eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato) [189].

Un catalogo più ampio di prescrizioni di tipo reintegratorio è previsto dal progetto Grosso. Secondo quanto stabilisce l'art. 81 dell'articolato, la sospensione della pena è condizionata (obbligatoriamente in caso di seconda concessione), nei limiti di quanto esigibile dal reo, alle restituzioni o al risarcimento del danno, alla consegna del profitto e del prezzo del reato e all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato [190]. Per espresse finalità di prevenzione speciale, il successivo art. 82 contempla altresì una serie di obblighi qualificati a contenuto risocializzativo e reintegratorio: la prestazione di pubblica utilità; l'obbligo di frequentare una scuola o un corso di formazione professionale; l'obbligo di sottoporsi a un trattamento terapeutico o riabilitativo [191].

---

[189] V. art. 112 del progetto Nordio, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2843 ss.

[190] Art. 81. *Riparazione delle conseguenze del reato*.

1. La sospensione della pena è condizionata alle restituzioni o al risarcimento del danno, di cui le persone danneggiate abbiano fatto richiesta; alla consegna del profitto del reato, di cui il condannato abbia beneficiato; alla consegna del prezzo del reato.

2. Qualora il condannato non sia in grado di provvedere in conformità al comma 1, potrà essere ritenuto sufficiente un risarcimento o pagamento nei limiti di quanto esigibile, seguito da un concreto attivarsi per integrare il risarcimento o pagamento nel periodo di sospensione condizionale, nei termini di un impegno previamente assunto dal condannato e ritenuto idoneo dal giudice.

3. La sospensione della pena è inoltre condizionata all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, nella misura in cui ciò sia esigibile dal condannato. A tal fine il giudice provvede secondo quanto disposto dall'art. 120. Sull'articolato della commissione Grosso v. C. DE MAGLIE, S. SEMINARA (a cura di), *La riforma del codice penale, la parte generale*, in *Quaderni di Cassazione penale*, Milano, 2002.

[191] Art. 82. *Obblighi qualificati*.

1. Qualora sia ritenuto necessario per finalità di prevenzione speciale, e comunque nel caso di sospensione di una pena detentiva superiore a un anno di reclusione, o di seconda concessione ai sensi dell'articolo 80, comma 2, ovvero di concessione a chi abbia già riportato condanna a pena detentiva ancorché sostituita, la sospensione della pena è subordinata alla sottoposizione del condannato ad uno o più fra i seguenti obblighi:

– restituzione o risarcimento, anche in via equitativa, a favore delle persone offese identificate che non ne abbiano fatto richiesta; si applica l'articolo 81 comma 2;

– prestazione di pubblica utilità alle condizioni di cui all'articolo 61;

– pagamento a favore dello Stato di una somma di denaro non superiore a 365 quote giornaliere;

– divieto di accesso a determinati luoghi, o di allontanamento da determinati luoghi;

– divieto di frequentare determinate persone;

– divieto di detenere o utilizzare determinati oggetti;

– obbligo di frequentare una scuola o un corso di formazione professionale;

– sottoposizione a un trattamento terapeutico o riabilitativo.

2. Per il sostegno del condannato può essere disposto l'affidamento al servizio sociale.

3. La prestazione di pubblica utilità e il pagamento di una somma di denaro a favore dello Stato non possono eccedere la misura della pena sospesa, secondo i criteri di ragguaglio previsti dagli

Tali proposte di riforma hanno, infine, trovato parziale accoglimento nella legge 145/2004 che ha arricchito il catalogo di obblighi positivi ai quali oggi può essere subordinata la sospensione condizionale della pena. L'attuale formulazione dell'art. 165, comma 1, c.p. stabilisce, infatti, che «La sospensione condizionale della pena può essere subordinata all'adempimento dell'obbligo delle restituzioni, al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno o provvisoriamente assegnata sull'ammontare di esso e alla pubblicazione della sentenza a titolo di riparazione del danno; può altresì essere subordinata, salvo che la legge disponga altrimenti, all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, ovvero, se il condannato non si oppone, alla prestazione di attività non retribuita a favore della collettività per un tempo determinato comunque non superiore alla durata della pena sospesa, secondo le modalità indicate dal giudice nella sentenza di condanna» [192].

La rilevante novità introdotta nel 2004 riguarda la possibilità offerta al giudice di subordinare la concessione della sospensione condizionale all'adempimento di una nuova forma di condotta reintegratoria: la prestazione di un'attività non retribuita a favore della collettività. Nel restituire effettività, quanto meno sul piano astratto, al meccanismo sospensivo [193], l'imposizione a carico del reo di un obbligo positivo, consistente nella prestazione di un'attività socialmente utile, permette di realizzare un duplice obiettivo. Da un lato, il lavoro di pubblica utilità consente di superare la visione meramente patrimonialistica della condotta reintegratoria [194]. Dall'altro lato, viene in parte neutralizzato il rischio che la sospensione rimanga priva di contenuti. Nel caso in cui il reo non sia in

articoli 61 e 71. La durata degli altri obblighi e dell'affidamento al servizio sociale è determinata dal giudice entro i limiti del periodo di sospensione condizionale della pena, e può essere successivamente ridotta o prolungata.

4. L'imputato può richiedere di svolgere, in sostituzione di taluno degli obblighi di cui al comma 1, altre prestazioni che il giudice ritenga equivalenti e ragionevoli rispetto alle finalità di prevenzione speciale.

[192] Se, in base all'art. 165 c.p. l'imposizione di obblighi positivi a carico del condannato è rimessa alla discrezionalità del giudice, l'art. 635, comma 3, c.p., così come modificato dall'art. 3 della legge 15 luglio 2009, n. 94 e dal d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, subordina obbligatoriamente la concessione della sospensione condizionale della pena all'adempimento di uno degli obblighi positivi previsti dalla norma. La norma prevede infatti che «Per i reati di cui al primo e secondo comma, la sospensione condizionale della pena è subordinata all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, ovvero, se il condannato non si oppone, alla prestazione di attività non retribuita a favore della collettività per un tempo determinato, comunque non superiore alla durata della pena sospesa, secondo le modalità indicate dal giudice nella sentenza di condanna».

[193] T. PADOVANI, *sub Art. 165*, in M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario*, cit., p. 196.

[194] Cfr. F. DELLA CASA, *Misure alternative*, cit., p. 108 osservava in modo critico la scelta effettuata dal progetto Grosso di subordinare «la sospensione condizionale [a] una serie di obblighi impegnativi, tra i quali primeggiano quelli di carattere economico, senza nulla offrire, sul versante dell'aiuto, al condannato non in grado di cavarsela con le sue risorse».

grado di risarcire il danno o eliminare le conseguenze dannose o pericolose, tale mancanza potrà essere colmata attraverso la prestazione di un'attività non retribuita a favore della collettività, come peraltro confermato dall'abrogazione della clausola «salvo che ciò sia impossibile». Rimane, tuttavia, aperto il rischio che anche tale obbligo positivo resti inattuato [195] non solo a causa di concrete difficoltà operative, ma anche perché il lavoro di pubblica utilità rimane condizionato, in ossequio al divieto di lavoro forzato o obbligatorio sancito dall'art. 4, comma 2, CEDU, alla "non opposizione" del condannato.

Prestazioni analoghe al lavoro di pubblica utilità avevano già trovato spazio nella prassi giurisprudenziale antecedente alla riforma del 2004. Sulla base di un'interpretazione estensiva dell'obbligo di eliminare le conseguenze dannose o pericolose del reato, che è apparsa in contrasto con le inderogabili esigenze di stretta legalità in materia di sanzioni [196], il Pretore di Genova, in una ormai risalente pronuncia, aveva subordinato la concessione della sospensione condizionale della pena, nei confronti dell'autore di un danneggiamento di un cassonetto della nettezza urbana, all'obbligo di accompagnare l'autocarro ed il personale della nettezza urbana ad esso addetto, per quindici giorni durante il turno mattutino della raccolta dei rifiuti nell'area dove era stato commesso il reato [197].

In termini analoghi, lo stesso giudice ha imposto ad una persona condannata per concorso in lesioni personali volontarie ai danni di cittadini extracomunitari l'obbligo di svolgere per sessanta giorni attività di assistenza in favore di extracomunitari, presso un centro di accoglienza sito nel comune di residenza del condannato stesso e gestito da un'associazione di volontariato [198].

---

[195] T. PADOVANI, *op. ult. cit.*, p. 200.

[196] Cfr. F. GIUNTA, *I nuovi orizzonti della sospensione condizionale*, cit., p. 1338 osserva che «così opinando, [...] non vi sarebbero sostanzialmente limiti alla fantasia giudiziaria che conta qualche precedente (fortunatamente isolato) ai limiti della stravaganza»; S. LARIZZA, *Il principio di legalità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 122 ss. ritiene che ciò finirebbe per assegnare al giudice una delega senza limiti; sul punto v. G.L. GATTA, sub *Art. 165*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2015; D. FONDAROLI, *Illecito penale*, cit., p. 260 s.

[197] Pret. Genova, 12 novembre 1993, con nota critica di G.B. BERTOLINI, *Obblighi imposti ai sensi dell'art. 165 c.p. e principio di legalità*, in *Giur. merito*, 1995, p. 105 ss.; analogamente Pret. Genova, 26 novembre 1986, in *Riv. pen.*, 1987, p. 345, in un caso di danneggiamento di una panchina pubblica, la concessione della sospensione condizionale è stata subordinata «alla ripulitura, per sei domeniche consecutive, del viale in cui era allocata la panchina medesima»; in tema di reati edilizi la giurisprudenza di legittimità, secondo un consolidato orientamento, ritiene che «il giudice, nella sentenza di condanna, può subordinare il beneficio della sospensione condizionale della pena alla demolizione dell'opera abusiva, in quanto il relativo ordine ha la funzione di eliminare le conseguenze dannose del reato», così Cass., 19 settembre 2007, in *www.iusexplorer.it;* negli stessi termini Cass., Sez. Unite, 23 gennaio 1997, n. 2543, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1104 ss., con nota di P.M. VIAPIANA; sul punto v. L. BISORI, *Gli istituti ripristinatori*, cit., p. 603 ss.

[198] Pret. Genova, 27 settembre 1994, in *Giur. merito*, 1996, p. 107.

Ad una soluzione diversa, benché in relazione all'imposizione di un obbligo positivo non assimilabile a quelli precedentemente menzionati, è giunta la Corte di cassazione, la quale ha affermato che «in caso di condanna per il delitto di maltrattamenti in famiglia, è illegittimo subordinare la sospensione condizionale della pena all'obbligo di allontanamento del condannato dall'abitazione familiare, trattandosi di prescrizione che, anziché eliminare le conseguenze del reato, per il quale vi sia stata condanna, svolge una funzione preventiva della commissione di reati della stessa natura, che eccede le finalità della clausola condizionale (art. 165 cod. pen.) e realizza un'estensione non consentita della misura cautelare prevista dall'art. 282-*bis* cod. proc. pen.»[199]. Sempre secondo la Corte, l'eliminazione delle conseguenze dannose e pericolose si riferisce «al pericolo di danni che il reato, come fatto storicamente accaduto, è in sé suscettibile di provocare ulteriormente, senza altri interventi del suo autore»[200].

La questione può ritenersi in gran parte risolta a seguito delle modifiche apportate nel 2004 all'art. 165 c.p. In tal senso l'espressa previsione della possibilità di subordinare la sospensione condizionale della pena alla prestazione di un'attività non retribuita a favore della collettività, per il cui svolgimento l'art. 18-*bis* disp. coord. e trans. c.p. rinvia alle norme del d.lgs. 274/2000, consente di abbracciare un ampio spettro di obblighi positivi a carico del reo, così come descritti dal Decreto n. 41391 del Ministero della Giustizia[201].

In ogni caso, sia pure dinanzi alla necessità di mantenere il catalogo di obblighi positivi entro i limiti costituzionali fissati dal principio di legalità, si ritiene che, «ove la deroga sia nell'interesse del condannato, [...] un limitato affievolimento del principio di tassatività» possa essere ammissibile[202]. E ciò perché un ampio margine di discrezionalità del giudice nella scelta della tipologia di prestazione da svolgere a favore della collettività, la cui operatività rimane comunque sottoposta alla non opposizione da parte del condannato, rappresenta la soluzione preferibile e certamente più duttile per perseguire scopi di prevenzione speciale.

---

[199] Cass., 9 dicembre 2002, n. 1750, in *www.iusexplorer.it.*

[200] In tal senso Cass., 3 aprile 1992, n. 1337, in *www.iusexplorer.it* che ha ritenuto illegittima la sottoposizione della sospensione condizionale, nei confronti del responsabile del reato di omicidio colposo aggravato dalla violazione di norme del codice stradale, alla condizione che costui non si renda prevalente responsabile, quale conducente, di altri sinistri stradali per un biennio.

[201] Cfr. Decreto Min. Giustizia, 26.3.2001, n. 41391, *Norme per la determinazione delle modalità di svolgimento del lavoro di pubblica utilità applicato in base all'art. 54, comma 6, del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274*, reperibile su *www.iusexplorer.it*.

[202] In tal senso D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale*, cit., p. 134, con riguardo all'art. 84, n. 3 del progetto Grosso ritiene «giustificato il limitato affievolimento del principio di tassatività: il condannato può impegnarsi, in sostituzione di taluno degli obblighi indicati dalla legge, a svolgere altre prestazioni che il giudice ritenga equivalenti rispetto alle finalità di prevenzione speciale».

In tal senso, la prescrizione rivolta al reo di assumere un impegno di tipo solidaristico accentua, per un verso, la valenza special-preventiva della sospensione condizionale[203], e dall'altro lato, sembra conservare una valenza sanzionatoria.

Sotto il primo profilo, la possibilità di subordinare la sospensione condizionale della pena al lavoro di pubblica utilità sembra poter incidere, in senso special-preventivo, sulla stessa valutazione di congruità della pena. In altri termini è proprio il potenziale risocializzativo di questo meccanismo reintegratorio ad entrare nella valutazione del giudice in fase di commisurazione della pena. Come osserva il G.i.p. presso il Tribunale di Milano, «la congruità della pena deve essere considerata tenendo conto anche della disponibilità manifestata dall'imputato a prestare un lavoro socialmente utile, cosicché si possa operare una sorta di compensazione tra questa disponibilità ed altri elementi che aggraverebbero la pena (fattispecie in tema di patteggiamento)»[204]. Nel caso di specie si trattava di una condanna a due anni di reclusione e 3.000 euro di multa per illecita detenzione, a fini di spaccio, di una notevole quantità di sostanza stupefacente (185 kg di hashish). Pur dinanzi ad un fatto la cui gravità avrebbe potuto suggerire una misura della pena ben oltre i limiti della sospensione condizionale, il giudice ha ritenuto congrua la pena inflitta proprio in considerazione della disponibilità manifestata dall'imputato a svolgere un'attività a favore della collettività.

Diversamente da quanti non hanno condiviso questa decisione, in ragione del fatto che la soluzione alla quale perviene il Tribunale di Milano sarebbe «frutto di una inammissibile sovrapposizione di due distinti momenti commisurativi»[205], si ritiene che la disponibilità del condannato a prestare un'attività socialmente utile possa rientrare, in virtù del suo valore special-preventivo, nella valutazione della capacità a delinquere del reo.

L'impegno offerto dal condannato di adoperarsi per riparare (simbolicamente) l'offesa attraverso il lavoro di pubblica utilità, quale elemento apprezzabile ai sensi dell'art. 133, comma 2, n. 3 che dà rilievo alla condotta susseguente al reato, sembra in grado di incidere, in senso attenuante, sulla determinazione della pena in concreto. Così interpretato, non si tratterebbe di una sovrapposizione di distinti momenti commisurativi, ma di un apprezzamento rientrante nel potere discrezionale del giudice nella fase di individuazione della pena in senso stretto.

Neppure l'eventualità che il condannato abbia manifestato la propria disponibilità a svolgere un'attività a favore della collettività ed abbia poi disatteso tale obbligo, al solo fine di usufruire di una pena meno severa in sede di conversione[206], sembra poter inficiare l'interpretazione data dalla giurisprudenza di meri-

---

[203] Cfr. F. GIUNTA, *I nuovi orizzonti della sospensione condizionale*, cit., p. 1342.

[204] Trib. Milano, Ufficio G.i.p., 8 ottobre 2004, in *Foro ambr.*, 2004, p. 165 s.

[205] Così G.L. GATTA, *sub Art. 165*, cit., p. 2298.

[206] G.L. GATTA, *ibidem.*

to. E ciò non solo perché questa strategia del condannato pare poco plausibile, oltre che scarsamente razionale[207], ma perché l'eventuale inadempimento dell'impegno assunto dal reo è un'ipotesi che non pregiudica la possibilità di valutare la sua disponibilità a svolgere un lavoro socialmente utile come indice di ridotta capacità a delinquere.

Per quanto riguarda invece il carattere punitivo degli obblighi positivi a contenuto reintegratorio, la Corte di cassazione ha riconosciuto che «la prestazione di attività non retribuita a favore della collettività, cui può essere subordinata in mancanza di opposizione del condannato la sospensione condizionale della pena, partecipa della natura afflittiva propria delle sanzioni»[208]. Ancora più chiaramente la Suprema corte ha sancito che «senza necessità di porre in discussione in questa sede la natura di tale "prestazione", costruita dal legislatore alla stregua di una sorta di precondizione al cui soddisfacimento è subordinata la operatività della sospensione condizionale della pena, sul piano della pura constatazione dei fenomeni normativi non può non rilevarsi che in tutti gli altri casi essa può essere disposta solo a richiesta del condannato e che la norma in esame richiede quantomeno la non opposizione del condannato: presupposto minimo di non illegittimità, giacché in nessun modo l'imposizione imperiosa di una prestazione lavorativa gratuita sarebbe compatibile coi precetti costituzionali (artt. 36 e 27 Cost.). D'altra parte, se il lavoro remunerato e garantito dei detenuti, "lungi dal caratterizzarsi come fattore di aggravata afflizione, si pone come uno dei mezzi di recupero della persona, valore centrale per il nostro sistema penitenziario" (C. cost. n. 341 del 2006 e n. 158 del 2001), il lavoro non retribuito in favore della collettività, pur mantenendo quanto a significato obiettivo della prestazione la vocazione di mezzo al fine del recupero sociale della persona, manifesta quantomeno sotto l'aspetto della assenza di remunerazione, natura sicuramente afflittiva»[209].

Ciò nonostante la Suprema corte, pur riconoscendone il contenuto afflittivo, ha ritenuto che la prestazione di un'attività non retribuita a favore della collettività non abbia la natura di una vera e propria sanzione penale.

Quest'ultima conclusione, sostenuta anche da una parte dalla dottrina[210], non pare, tuttavia, del tutto condivisibile. Stante il carattere punitivo riconosciuto a questa forma di condotta reintegratoria – tale giudizio dovrebbe peraltro

---

[207] In tal modo il condannato si dimostrerebbe, in un primo momento, disponibile a svolgere un lavoro di pubblica utilità per evitare la pena detentiva, per poi venir meno al suo impegno ed essere costretto a scontare la pena inizialmente inflitta, con il solo vantaggio che quest'ultima è più mite di quella alla quale sarebbe stato sottoposto, ove non avesse dimostrato la propria disponibilità ad assumersi quell'impegno.

[208] Cass., 3 dicembre 2010, n. 4723, in *www.iusexplorer.it.*

[209] Cass., 16 giugno 2009, n. 32649, in *www.iusexplorer.it.*

[210] Cfr. G.L. GATTA, *sub Art. 165*, cit., p. 2298.

essere esteso anche agli altri obblighi positivi che il legislatore ha valutato come alternativi e del tutto equiparabili – e considerata l'espressa previsione del lavoro di pubblica utilità come pena principale nell'ambito della giurisdizione del giudice di pace (d.lgs. 274/2000), alla cui disciplina l'art. 165 c.p. rinvia, non si vede per quale motivo, nel caso della sospensione condizionale, la prestazione di un'attività a favore della collettività dovrebbe essere considerata una risposta che, pur conservando carattere sanzionatorio, sia qualcosa di diverso da una pena [211].

Al contrario, è proprio questa progressiva caratterizzazione in senso punitivo della condotta reintegratoria a poter segnare il passaggio verso un nuovo paradigma punitivo [212], nel quale la sospensione condizionale possa smettere di rappresentare una *«non-sanzione»* [213] esclusivamente funzionale alla fuga dalla pena detentiva e si trasformi, invece, in vera a propria sanzione; in una risposta punitiva a contenuto positivo in grado di coniugare esigenze di effettività e, al contempo, di prevenzione speciale [214].

## 3. *La condotta reintegratoria nell'affidamento in prova al servizio sociale*

Pur condividendo la logica del meccanismo sospensivo, la condotta reintegratoria prevista dalla disciplina dell'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 o.p.) assume una valenza parzialmente diversa rispetto alla sospensione condizionale della pena, sia in relazione a contenuti e finalità, sia con riguardo ai presupposti applicativi.

Nato come istituto di *probation* penitenziaria ispirato da finalità risocializzative, il campo di operatività dell'affidamento in prova al servizio sociale si è an-

---

[211] In tal senso G. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *Via libera al lavoro di pubblica utilità anche se si è già usufruito del beneficio*, in *Guida dir.*, 2004, n. 25, p. 18; F. COZZI, A. TRINCI, *La sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità per i reati di guida in stato di ebbrezza o di intossicazione da sostanze stupefacenti*, in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 2; in senso diverso v. D. POTETTI, *L'attività non retribuita a favore della collettività nell'ambito dell'art. 165 c.p. (mod. con l. n. 145 del 2004)*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 995 ss., riprendendo la giurisprudenza costituzionale (Corte Cost., 16 settembre 1979, n. 131 e Corte Cost., 9 febbraio 2001, n. 30) ritiene che il lavoro di pubblica utilità non possa essere ritenuta una sanzione che incide sulla libertà personale.

[212] Cfr. G. MARINUCCI, *Politica criminale*, cit., p. 45 ss., il quale auspicava l'«introduzione di meccanismi capaci di combattere i danni delle pene detentive brevi, senza minare però la tenuta generale del sistema penale».

[213] Così definisce la sospensione condizionale nella prassi C.E. PALIERO, *Metodologie*, cit., p. 537.

[214] Cfr. G. MARINUCCI, *Politica criminale*, cit., p. 45 ss., il quale auspica «una parziale ma incisiva trasformazione della sospensione condizionale della pena detentiva da puro atto di grazia giudiziale, in vera e propria sanzione»; cfr. G. GATTA, *L'obbligo del lavoro nella sospensione condizionale riformata*, in *Corr. merito*, 2006, p. 330.

dato ampliando sia in relazione alle tipologie di reati che possono rientrarvi, sia in riferimento al momento in cui può essere disposto [215].

Il suo ambito di applicazione, a partire dal 1992, è stato allargato anche ad autori di gravi reati, poiché non è più calibrato sul *quantum* di pena inflitta, bensì su quella residua [216]. Pur dinanzi ad una pervasiva limitazione all'accesso stabilita per alcune tipologie d'autore, il d.l. 146/2013 ha altresì innalzato a quattro anni il limite di pena detentiva entro il quale l'affidamento in prova può operare, in proiezione rieducativa, il mutamento contenutistico della risposta sanzionatoria.

Per altro verso vi è stato un potenziamento degli effetti deflattivi dell'affidamento in prova sull'andamento della popolazione penitenziaria. Tale istituto costituisce, infatti, un meccanismo di messa alla prova inserito in una sorta di processo bifasico: individuazione della pena detentiva nella fase della cognizione e sua sostituzione in fase esecutiva. Dopo le modifiche apportate dalla legge 27 maggio 1998, n. 165, si tratta di un vero e proprio modello di sostituzione, sia pure condizionata e precaria, del contenuto della risposta punitiva, attraverso l'imposizione di prescrizioni. Nei limiti di una pena detentiva pari a tre anni, tale sostituzione è divenuta immediata, non essendo più necessaria una preliminare parentesi carceraria in base alla procedura prevista dall'art. 656 c.p.p. Tuttavia, a causa del mancato coordinamento tra l'ampliamento dell'ambito di operatività e il meccanismo sospensivo, i condannati a pene detentive superiori a tre, ma inferiori a quattro anni non potranno accedere all'affidamento in prova al servizio sociale attraverso il meccanismo di cui all'art. 656 c.p.p. [217].

Essendo divenuto, anche nella prassi applicativa [218], uno strumento di *probation* operante sostanzialmente in fase cognitiva nei confronti dei condannati provenienti dalla libertà, è stata messa in rilievo l'illogicità sia della collocazione sistematica dell'affidamento di prova al servizio sociale nella fase di esecuzione

---

[215] Per un quadro complessivo sull'evoluzione dell'istituto in esame v. A. PRESUTTI, *Art. 47*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, p. 500 ss.

[216] V. art. 14-*bis* del d.l. 8 giugno 1992, n. 306 conv. c. mod. in legge 7 agosto 1992, n. 356, il quale ha stabilito che «la disposizione del primo comma dell'art. 47 della legge 26 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui indica i limiti che la pena inflitta non deve superare perché il condannato possa beneficiare dell'affidamento in prova al servizio sociale, va interpretata nel senso che deve trattarsi della pena da espiare in concreto, tenuto conto anche dell'applicazione di eventuali cause estintive».

[217] V., diffusamente, G. MANTOVANI, *L'affidamento in prova al servizio sociale e l'affidamento in prova "terapeutico"*, in F. CAPRIOLI, L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, 2015, p. 85 ss.

[218] A. BERNASCONI, *Affidamento in prova e semilibertà nell'epoca post-rieducativa*, in A. PRESUTTI (a cura di), *Esecuzione penale e alternative penitenziarie (legge 27 maggio 1998 n. 165)*, Padova, 1999, p. 126 ss.; A. DELLA BELLA, *Il ruolo dell'affidamento in prova nella crisi di certezza e di effettività della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1492 ss.

della pena, sia dell'attribuzione della competenza al tribunale di sorveglianza, anziché (appunto) al giudice della cognizione [219]. Oltre a consentire un prezioso risparmio di tempo, che solitamente intercorre tra condanna e applicazione della misura alternativa, ciò consentirebbe di spostare in fase cognitiva l'applicazione di una risposta al reato, che potrebbe essere ripensata in chiave di pena prescrittiva principale non più soggetta al rischio sempre incombente di "riconversione" nella pena detentiva originariamente inflitta.

L'eventuale spostamento di competenza dal tribunale di sorveglianza al giudice della cognizione avrebbe, tuttavia, un inconveniente: l'attuale modello bifasico offre non solo garanzie di maggiore competenza e sensibilità quali quelle che si riscontrano nella magistratura di sorveglianza, ma soprattutto assicura all'autorità decidente una più vasta base conoscitiva, attraverso il ricorso alla perizia criminologica e alla valutazione dei bisogni e dei fattori di rischio legati all'autore di reato.

Non potendo esaminare compiutamente la disciplina dell'affidamento in prova al servizio sociale in questa sede, ci si limita ad approfondire il significato della condotta reintegratoria prevista dall'art. 47, comma 7, o.p.

L'art. 47, comma 7, o.p. statuisce che, nel verbale delle prescrizioni imposte al condannato, «deve stabilirsi che l'affidato si adoperi in quanto possibile in favore della vittima del suo reato ed adempia puntualmente agli obblighi di assistenza familiare».

Dinanzi ad una disposizione tanto sommaria e indeterminata non è facile tracciare i confini applicativi di questa forma di condotta reintegratoria.

Nella prassi giurisprudenziale dei tribunali di sorveglianza l'impegno a favore della vittima è stato frequentemente interpretato come obbligo risarcitorio, sia pure parziale, che costituisce una delle prescrizioni che riempiono di contenuto l'affidamento in prova al servizio sociale.

Non potendo costituire un presupposto indispensabile al quale subordinare l'applicazione dell'affidamento in prova, il risarcimento del danno assume al più il carattere di elemento in base al quale valutare il percorso risocializzativo intrapreso dal condannato: l'ingiustificata indisponibilità da parte di quest'ultimo a risarcire i danni alla vittima rientra tra gli aspetti di segno negativo che il tribunale di sorveglianza può valutare per il diniego della misura [220].

---

[219] A. DELLA BELLA, *Un viaggio*, cit., p. 381.

[220] Cfr. Cass., 19 maggio 2009, n. 23047, CED 244070; Cass., 25 settembre 2007, n. 39474, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1199 s., con nota critica di F. FIORENTIN. La Cassazione riconosce, infatti, che «la concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 ord. pen.) non è subordinata al risarcimento del danno in favore della vittima», rilevando tuttavia che «l'ingiustificata indisponibilità del condannato a risarcire la vittima dei danni arrecatele rientra pur sempre tra gli elementi di segno negativo valutabili per il diniego della misura (in tal senso, Cass. sez. 1^, sentenza n. 30785 del 9/7/2001 – 6/8/2001 rv. 219606, ric. Iegiani S.)»; sul punto v. anche Tribunale di sorveglianza di Trieste, 15 giugno 2009, in *Giur. merito*, 2011, p. 783 ss., con nota di F. FIORENTIN.

Non sempre però il risarcimento è possibile: sia per la mancanza di risorse economiche da parte del condannato, sia per la commissione di un fatto di reato la cui proiezione offensiva travalichi la dimensione degli interessi individuali. In questi casi alla generica previsione di cui all'art. 47, comma 7, o.p. è stato attribuito un significato diverso: non più di riparazione del danno economico, bensì di prescrizione a carico del condannato consistente nella prestazione di un'attività lavorativa non retribuita a favore della collettività [221].

A tal riguardo il Tribunale di sorveglianza di Milano, confermando un orientamento iniziato nel periodo di "Tangentopoli" [222], ha affermato che «l'affidamento in prova al servizio sociale può essere concesso anche in assenza di risarcimento del danno purché il condannato abbia dimostrato disponibilità a svolgere attività riparatoria anche ai fini di una effettiva ed approfondita presa di coscienza del danno cagionato» [223].

In tale prospettiva il profilo del danno economico può essere lasciato sullo sfondo, in modo da attribuire alla condotta reintegratoria una valenza diversa non esclusivamente risarcitoria. Tra le prescrizioni imposte al condannato nell'ambito dell'affidamento in prova al servizio sociale, prosegue la già citata pronuncia del Tribunale di Sorveglianza milanese, «potrà dunque essere inserito l'obbligo di attivarsi da subito per reperire, di concerto con i servizi sociali, un'attività o un impegno a fini riparativi nei confronti della società e di dedicarsi

---

[221] Cfr. L. SPAVENTI, *Vittime dei reati e risarcimento del danno*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 757 ss.; F. DELLA CASA, *Misure alternative*, cit., p. 93, che solleva tuttavia qualche dubbio sul rispetto del principio di legalità; cfr. G. TAMBURINO, *Misure alternative*, cit., p. 56 s. il quale riporta anche alcuni modelli di ordinanza di affidamento in prova al servizio sociale del Tribunale di sorveglianza di Genova.

[222] F. FIORENTIN, *Riparazione e mediazione dopo il giudizio nel quadro dell'esecuzione penitenziaria e delle misure alternative alla detenzione*, in *Leg. pen.*, 2004, p. 389 ss.; F. DELLA CASA, *Affidamento in prova al servizio sociale o (pura e semplice) "pay-back sanction"? Equivoci sul significato dell'art. 47 comma 7 ord. penit.*, in *Legisl. pen.*, 2004, p. 380 ss., 381; per una disamina dei rapporti tra affidamento in prova al servizio sociale e criminalità dei "colletti bianchi" v. S. LA ROCCA, *Affidamento in prova al servizio sociale*, in F. FIORENTIN (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Torino, 2012, in particolare p. 185 ss.

[223] Tribunale di sorveglianza di Milano, 22 novembre 2007, in *Foro ambr.*, 2007, p. 487 s.; negli stessi termini Tribunale di sorveglianza di Milano, 5 aprile 2006, in *Foro ambr.*, 2007, p. 370; in tema, sia pure in una prospettiva più generale, v. F. DELLA CASA, *Affidamento in prova*, cit., p. 382 il quale segnala che nel 2002 è stata istituita una Commissione di studio con il compito di approfondire la tematica della giustizia riparativa, per elaborare delle ipotesi di lavoro da applicare nella gestione dell'affidamento in prova al servizio sociale, nonché nella prospettiva di dare avvio ad una sperimentazione di Uffici di mediazione penale. L'A. osserva che «al di là delle prescrizioni relative alla «riparazione materiale di tipo economico» e a quelle che vengono descritte, nonostante l'evidente contraddizioni in termini, come attinenti alla «attività di volontariato», esiste il vuoto più assoluto»; «è quasi completamente assente la stipula di convenzioni finalizzate al possibile espletamento di attività socialmente utili», mancano progetti di riparazione elaborati dai C.S.S.A., non ci si è avvalsi dell'opera dei mediatori penali e il condannato è onerato ad adempiere da solo alle prescrizioni.

a tale attività con impegno e senza indugi»[224]. Questo indirizzo giurisprudenziale trova altresì conferma in un protocollo d'intesa stipulato nel 2008 tra la Provincia di Lodi e l'Ufficio Esecuzione Penale Esterna di Milano e Lodi, nel quale le parti si sono impegnate fra l'altro a «promuovere, in collaborazione con gli Enti locali ed il Terzo settore, progetti individualizzati di attività di utilità sociale in favore della comunità di appartenenza, in riparazione del danno sociale procurato dalla commissione del reato secondo quanto previsto dell'art. 47, comma 7 o.p. in materia di giustizia riparativa».

L'innesto del lavoro di pubblica utilità attribuisce un volto diverso all'affidamento in prova: la risposta clemenziale, che rischia di essere vuota di contenuti o di implicare l'adempimento di una (pur importante) obbligazione risarcitoria già di per sé implicita nell'affermazione di responsabilità per il reato commesso, diviene una risposta al reato che, nel conservare carattere sanzionatorio, assume un valenza risocializzativa, poiché implica la presa di coscienza da parte del condannato, in forma di impegno positivo-reintegratorio, del disvalore di quanto commesso e dell'offesa arrecata.

Questa soluzione non è, tuttavia condivisa da una parte della dottrina, che denuncia, in questi casi, una violazione del principio di legalità: nello stabilire che il condannato si debba adoperare *per quanto possibile* a favore della vittima, il legislatore non ha previsto oneri di carattere sostitutivo. L'imposizione da parte dei Tribunali di sorveglianza dell'obbligo, in forma di condizione per l'accesso al beneficio, di prestare attività lavorativa gratuita a favore della collettività costituirebbe un'interpretazione analogica del dovere di adoperarsi a favore della vittima[225].

Il concetto di vittima andrebbe poi inteso in senso restrittivo in relazione ai reati la cui proiezione lesiva è esclusivamente individuale: l'ambito di applicazione dell'art. 47, comma 7, o.p. dovrebbe ritenersi circoscritto alle «sole ipotesi di conflitti interpersonali»[226].

Pur senza affrontare la questione sul piano del rispetto del principio di legalità anche una parte della giurisprudenza di legittimità ha censurato la soluzione interpretativa prospettata dai Tribunali di sorveglianza.

Sul punto, la Corte di cassazione, in una risalente ma significativa pronuncia, ha espresso un orientamento ancora più restrittivo rispetto alla magistratura di sorveglianza, affermando che «è illegittima la prescrizione che imponga al reo – ove in concreto risulti impedita, per indisponibilità della persona offesa o per

---

[224] Tribunale di sorveglianza di Milano, 22 novembre 2007, cit., p. 487 s.

[225] Cfr. F. DELLA CASA, *Affidamento in prova*, cit., p. 385 s.; L. SCOMPARIN, *Quale giustizia riparativa dopo la conclusione del processo?*, in *Leg. pen.*, 2004, in particolare p. 409 s.; L. SPAVENTI, *Vittime dei reati*, cit., p. 757 ss.

[226] In tal senso D. VICOLI, *La mediazione nel contesto della fase esecutiva: spunti per un inquadramento sistematico*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 390.

altra ragione, l'esplicarsi della sua opera di solidarietà – attività di generica utilità sociale, in favore di enti o soggetti diversi dalla persona offesa, sia per l'eterogeneità e il diverso significato e orientamento finalistico di siffatta prescrizione, sia perché essa avrebbe un contenuto restrittivo e afflittivo supplementare, non giustificato dalla condotta del soggetto e dall'andamento della prova»[227].

Vale la pena di mettere in rilievo che, in quest'ultimo caso, il Tribunale di sorveglianza di Venezia aveva prescritto lo svolgimento di un'attività di lavoro socialmente utile, poiché altrimenti la prescrizione di cui all'art. 47, comma 7, o.p. sarebbe rimasta priva di contenuto. Le vittime non avevano, infatti, avanzato pretese e si rendeva quindi «necessaria una prescrizione per così dire 'surrogatoria' rispetto a quella squisitamente risarcitoria»[228].

In un pronuncia coeva, i giudici di legittimità, nel rilevare che «il comma 7 dell'art. 47 citato [...] introduce una prescrizione obbligatoria, ma di carattere elastico, che può esplicarsi mediante qualsiasi forma di sostegno morale o materiale realizzabile nella fattispecie», hanno chiarito che «non sempre le modalità di esplicazione dell'attiva solidarietà saranno determinabili "a priori", e talora dovranno essere individuate, in relazione alle esigenze ed alla disponibilità dell'offeso, alle capacità dell'autore del reato e ad ogni altra circostanza del caso concreto, nel corso stesso della misura»[229].

Sia pure dinanzi alle condivisibili riserve espresse sul rischio di svuotare il carattere tassativo delle prescrizioni attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 47, comma 7, o.p. – in tal senso non può che auspicarsi un intervento del legislatore[230] –, occorre rilevare che la scelta di far rientrare anche la prestazione

---

[227] Cass., 23 novembre 2001, n. 410, CED 220439; sul punto v. anche Cass., 23 gennaio 1998, n. 6910, in *Riv. pen.*, 1998, p. 367 ss., secondo la quale non è necessario che «l'affidato in prova al servizio sociale dimostri di volersi dedicare ad attività umanitarie o filantropiche, in quanto la pena si prefigge soltanto lo scopo della rieducazione del condannato, che consiste nell'acquisizione della consapevolezza del dovere di rispettare la legge ai fini di assicurare un'ordinata e civile convivenza nel rispetto dei diritti e dei doveri di ogni consociato, e non anche quello di migliorare e di esaltare le caratteristiche altruistiche della natura umana».

[228] Sono le parole del Tribunale di sorveglianza di Venezia così come riportate da Cass., 23 novembre 2001, cit.

[229] Cass., 23 novembre 2001, n. 407, CED 220438.

[230] A tal riguardo si segnala l'intervento del legislatore in materia di sicurezza stradale. L'art. 57 della legge 29 luglio 2010, n. 120, che ha modificato il d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, prevede che «In luogo della misura detentiva dell'arresto prevista dall'articolo 116 del decreto legislativo n. 285 del 1992 e dagli articoli 186, 186-bis e 187 del decreto legislativo n. 285 del 1992, come da ultimo, rispettivamente, modificati e introdotto dall'articolo 33 della presente legge, a richiesta di parte può essere disposta la misura alternativa dell'affidamento in prova ai servizi sociali di cui all'articolo 47 della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, individuati con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro della giustizia, preferibilmente tra i servizi sociali che esercitano l'attività nel settore dell'assistenza alle vittime di sinistri stradali e alle loro famiglie».

di un'attività a favore della collettività, pur sempre sottoposta al consenso del reo, sarebbe in ogni caso il frutto di un'interpretazione analogica *in bonam partem*, che è sostenuta da una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 47, comma 7, o.p. alla luce del principio rieducativo della pena di cui all'art. 27, comma 3, Cost. A tal riguardo, come autorevolmente rilevato dalla dottrina, «l'esigenza di tassatività [...] può tollerare temperamenti, in forza del combinato disposto dell'art. 25 comma secondo e 27 comma terzo Cost., solo entro i limiti in cui le prescrizioni siano funzionali all'assistenza e al reinserimento, e non meri strumenti di controllo e afflittivi»[231].

E in questo caso, lungi dall'essere puramente concepita come un contenuto punitivo supplementare della misura alternativa, la prestazione di un'attività lavorativa gratuita a favore della collettività, se svolta seriamente, sembra avere un profondo significato risocializzativo, poiché è in grado di mostrare in modo paradigmatico una netta presa di distanza da parte del condannato dalla sua precedente condotta criminosa.

Dall'altra parte, la nozione di vittima alla quale fa riferimento l'art. 47, comma 7, o.p. non sembra necessariamente implicare una limitazione della sfera applicativa di questa disposizione ai soli reati lesivi di interessi individuali. L'impiego del termine vittima da parte del legislatore sembra essere ispirato, in una prospettiva reocentrica, dalla finalità rieducativa della pena più che da una riscoperta degli interessi della vittima individuale. Se il baricentro dell'art. 47, comma 7, o.p. non è il vittimocentrismo, bensì la rieducazione del condannato (di qualsiasi condannato), allora il catalogo dei reati, per i quali può assumere rilievo questa vaga prescrizione reintegratoria, è più ampio. Diversamente, il suo elevato potenziale risocializzativo verrebbe completamente sterilizzato dinanzi a reati che offendono interessi estranei alla ristretta cerchia dei conflitti interpersonali, laddove invece sono proprio i reati che incidono su interessi sovraindividuali – si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla criminalità dei "colletti bianchi" – a poter trovare una risposta più razionale, anche in ragione del loro carattere seriale e diffuso, nella prescrizione del lavoro di pubblica utilità in chiave risocializzativa e reintegratoria.

Al di là del fatto che non si è sempre in presenza di un reato lesivo di interessi individuali, il reo potrebbe non disporre di risorse economiche per risarcire il danno o la vittima potrebbe non essere disponibile ad intraprendere un percorso di mediazione. Vero è che la disposizione in esame pone un obbligo di adoperarsi in favore della vittima nei limiti di quanto possibile. Interpretato restrit-

---

[231] Cfr. F. BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una «nuova» politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 57; negli stessi termini G. MARINUCCI, *politica criminale e riforma del diritto penale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, p. 89; F. FIORENTIN, *Uscito dalla porta entra dalla finestra l'obbligo del risarcimento del danno per la concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale?*, in *Cass. pen.*, 2009, in particolare p. 1204.

tivamente, però, l'art. 47, comma 7, o.p. potrebbe avere un rilievo piuttosto marginale o, peggio, potrebbe persino costituire un facile grimaldello per impedire l'accesso all'affidamento in prova nei casi in cui il reo non sia in grado, neppure parzialmente, di adempiere alla prescrizione risarcitoria durante l'esecuzione della misura alternativa.

La possibilità di eseguire la prescrizione prestando un lavoro di pubblica utilità, oltre ad ovviare ad eventuali carenze economiche dei soggetti meno abbienti, consente di superare la concezione puramente patrimonialistica della condotta reintegratoria.

L'impossibilità di adoperarsi nei confronti della vittima potrebbe ostacolare la concessione della misura alternativa, favorendo così di fatto la permanenza in carcere. Non solo: svuotato della rilevanza della condotta reintegratoria, l'affidamento in prova al servizio sociale si esporrebbe ancora di più alle già frequenti critiche di essere una risposta vuota di contenuti. La soluzione ermeneutica avallata dalla giurisprudenza di sorveglianza sembra, quindi, ovviare ai possibili inconvenienti derivanti da una interpretazione restrittiva del significato da attribuire al dovere del reo di adoperarsi a favore della vittima.

Al di là dei margini più o meno vaghi dell'art. 47, comma 7, o.p., questa interpretazione estensiva dell'obbligo di adoperarsi in favore della vittima si pone nello stesso solco tracciato dal legislatore del 2004 in relazione alla sospensione condizionale della pena. Se, come ha ritenuto la Suprema corte in relazione all'affidamento in prova al servizio sociale, il lavoro di pubblica utilità fosse effettivamente una prescrizione di contenuto eterogeneo e ulteriormente afflittivo, nonché di significato e orientamento finalistico diverso dalla riparazione economica [232], allora dovrebbe porsi in dubbio anche la scelta del legislatore che, in relazione alla sospensione condizionale della pena, ha ritenuto che l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose e la prestazione di un'attività non retribuita a favore della collettività siano prescrizioni omogenee e intercambiabili.

Come osservato in dottrina e confermato dalla stessa Corte di legittimità sono proprio le prescrizioni imposte al condannato a riempire l'affidamento in prova al servizio sociale di contenuti risocializzativi e di prevenzione della recidiva: «queste ultime non rappresentano soltanto delle modalità di esecuzione della pena detentiva, ma il contenuto, ovvero l'essenza di una pena, anche se alternativa rispetto alla detenzione» [233].

---

[232] Cass., 23 novembre 2001, cit.

[233] Così F. BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una «nuova» politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 57; analogamente v. Cass., 7 aprile 1998, n. 2026, CED 211029, laddove la Corte ritiene che «le prescrizioni imposte all'atto dell'affidamento in prova al servizio sociale non hanno una loro autonomia concettuale, ma fanno parte del giudizio prognostico che deve esprimere il tribunale di sorveglianza in ordine alla sussistenza delle condizioni per l'ammissione del condannato alla misura alternativa, le cui finalità rieducative e di prevenzione della recidiva, possono essere perseguite anche attraverso le prescrizioni stesse».

Detto altrimenti: riempito da prescrizioni e, in particolare, dallo svolgimento del lavoro di pubblica utilità, l'affidamento in prova si potrebbe liberare di quell'indelebile marchio di sfiducia che lo accompagna come se si trattasse di un'abdicazione da parte dello Stato al potere punitivo e di un'insopportabile punto di rottura della certezza della pena. Non si tratterebbe di una rinuncia alla potestà punitiva[234], bensì di una pena ridefinita nelle proprie modalità esecutive: una pena prescrittiva semplicemente più razionale rispetto all'indefettibile e (questo sì certamente) ben poco produttivo ricorso alla privazione della libertà.

Se così non fosse, emergerebbe un quadro sistematico disomogeneo: l'affidamento in prova al servizio sociale avrebbe un ambito applicativo più ampio rispetto alla sospensione del processo con messa alla prova, mentre quest'ultimo avrebbe contenuti prescrittivi ben più onerosi del primo.

Secondo una prospettiva vittimocentrica e, quindi, circoscritta ai conflitti interindividuali si potrebbe, infine, seguire una diversa opzione interpretativa dell'art. 47, comma 7, o.p.: l'obbligo di adoperarsi, per quanto possibile, in favore della vittima potrebbe costituire il punto d'innesto della giustizia riparativa.

Se proprio la fase esecutiva della pena consente di superare i dubbi di compatibilità della giustizia riparativa con le garanzie processuali dell'indagato/imputato, non mancano tuttavia ulteriori questioni problematiche, che derivano non solo dalla parentesi temporale, tendenzialmente lunga, che separa il fatto dal possibile incontro riconciliativo, ma altresì dal carattere necessariamente spontaneo e consensuale della giustizia riparativa[235]. Intraprende un percorso di mediazione penitenziaria, dopo che sono trascorsi molti anni e a seguito della lenta e dolorosa esperienza del processo penale, rischia di riaprire, anziché rimarginare la vecchia ferita generata dal reato.

Non è, però, questo l'aspetto più problematico della mediazione penitenziaria.

Il pericolo più evidente è rappresentato dal fatto che la volontà del condannato di partecipare al dialogo con la vittima è viziata dalla condizione detentiva, i cui effetti, specie se protratti per lungo tempo, finiscono per pregiudicare gli spazi di autonomia del detenuto. Detenzione e libertà del consenso non sembrano facilmente contemperabili: la privazione della libertà mette inevitabilmente in tensione il rapporto tra obbligatorietà e volontarietà del percorso riconciliativo. È lo stesso concetto di prescrizione a mettere in dubbio il presupposto della spontaneità riparativa.

Ma vi è di più: se la strada della giustizia riparativa offre una (sia pur remota) possibilità di tornare in libertà, non è difficile immaginare che il condannato, spinto dalla speranza di evitare il protrarsi della detenzione più che dallo spirito

---

[234] Cfr. in tal senso E. FASSONE, *Probation e affidamento in prova*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, § 1.

[235] D. VICOLI, *op. cit.*, p. 385 ss.

riconciliativo, possa avere un approccio strumentale. Un approccio che rischia di produrre un effetto esiziale sugli stessi presupposti fondamentali della giustizia riparativa.

In conclusione si ritiene che, anche se privato «della componente comunicativo-relazionale tra autore e vittima»[236], la cui presenza costituisce, invece, la caratteristica essenziale della mediazione, il meccanismo reintegratorio di cui all'art. 47, comma 7, o.p., oltre a conservare carattere sanzionatorio[237], consente di soddisfare la finalità rieducativa della pena, dal momento che offre una possibilità di reinserimento sociale e promuove un atteggiamento solidaristico da parte del reo, il quale viene indotto a rielaborare criticamente il proprio comportamento, e a salvaguardare a posteriori, anche solo simbolicamente, l'interesse leso dal reato.

## 4. *La condotta reintegratoria nella sospensione del procedimento con messa alla prova*

L'evoluzione dei rapporti tra modello sospensivo e condotta reintegratoria ha trovato il più recente punto d'approdo nella nuova (e già più volte evocata) forma di messa alla prova introdotta dalla legge 67/2014 all'art. 168-*bis* c.p.

Sia pure dinanzi ad un arretramento applicativo della risposta punitiva (surrogata) in un momento addirittura antecedente rispetto all'accertamento della responsabilità penale, che testimonia una deriva acognitiva del modello sospensivo[238], il nuovo istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova ha restituito ampia valorizzazione e massima effettività ai contenuti reintegratori. Questo ulteriore e importante sviluppo dei meccanismi di *probation* appare, dunque, come uno strano "gioco degli opposti" nel quale *la fuga dal processo coincide con il ritorno alla sanzione*.

---

[236] Cfr. F. DELLA CASA, *Affidamento in prova*, cit., p. 381, il quale ritiene che, in mancanza di «ogni componente comunicativo-relazionale tra l'autore e la vittima», l'impegno del condannato debba «ritenersi incompatibile con i canoni della *Restorative Justice*» e sorretto «dalla (più o meno latente) finalità di tonificare le valenze retributive della pena»; sul punto cfr. C.E. PALIERO, *La mediazione penale*, cit., p. 114; G. MANNOZZI, *La mediazione nell'ordinamento*, cit., p. 42 ss.; C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa*, cit., p. 94.

[237] Cfr. E. DOLCINI, *Le misure alternative oggi*, cit., p. 872 ne denuncia il vuoto di contenuti sanzionatori ed il carattere ormai meramente «simbolico»; nello stesso senso A. DELLA BELLA, *Un viaggio*, cit., p. 380 s.

[238] Si vedano, a tal riguardo, le questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione all'art. 27, comma 2, Cost. (oltre ad altri parametri costituzionali) dai Tribunali di Grosseto, Savona, Firenze e Prato, in *Dir. pen. cont.*, 11 febbraio 2016, con nota di J. DELLA TORRE; dubbi di compatibilità con la presunzione di non colpevolezza erano già stati sollevati da F. VIGANÒ, *Sulla proposta*, cit., p. 1302.

Senza poter approfondire, in questa sede, tutti i complessi e delicati aspetti problematici della disciplina di questa nuova forma di risposta al di reato, si intende soffermare l'attenzione sia sugli spazi applicativi e sui contenuti del nuovo istituto, sia sulla natura della messa alla prova.

Due sono le categorie di reati in relazione alla quali può trovare applicazione il nuovo istituto. Per quanto riguarda la prima, il punto di riferimento per l'accesso a questa forma di *probation* è la misura (astratta) delle pena privativa della libertà: vi rientrano tutti i reati puniti con pena detentiva non superiore nel massimo a quattro anni. Si tratta di un limite massimo che, come è stato chiarito dalle Sezioni unite, deve essere calcolato facendo esclusivo riferimento alla pena edittale prevista per la fattispecie base, a prescindere dalla contestazione, nel caso concreto, di qualsiasi tipo di circostanza aggravante: e cioè sia di quelle per le quali la legge prevede una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato, sia di quelle ad effetto speciale[239].

Nella seconda categoria, relativa ad un catalogo ristretto di più gravi reati, si tratta delle fattispecie indicate dall'art. 550, comma 2, c.p.p. per le quali si procede con citazione diretta a giudizio.

Mentre la prima categoria riguarda fatti che difficilmente possono condurre ad un effettivo ingresso in carcere, la seconda include fattispecie di reato, come la violenza o minaccia oppure la resistenza a pubblico ufficiale (artt. 336 e 337 c.p.), il furto aggravato (art. 625 c.p.) e la ricettazione (art. 648 c.p.), in relazione ai quali la messa alla prova potrebbe costituire un'alternativa alla (effettiva) privazione della libertà.

Sia pure dinanzi ad un'interpretazione giurisprudenziale che, come già messo in rilievo, ha garantito alla messa alla prova un vasto ambito di applicazione, il nuovo istituto di cui all'art. 168-*bis* c.p. sembra poter incidere solo in modo limitato sull'andamento della popolazione penitenziaria, che è aumentata nonostante il sempre più frequente ricorso alla messa alla prova.

Un'ulteriore limitazione dell'ambito di applicazione della messa alla prova è stata dedotta, in via interpretativa, dalla giurisprudenza di legittimità, la quale ha tendenzialmente escluso che l'accesso a tale forma di *probation* possa essere disposta per alcuni reati soltanto nell'ambito di un procedimento nel quale sia-

---

[239] Questa è la soluzione ermeneutica espressa da Cass., Sez. Unite, 31 marzo 2016, n. 36272, CED 267238. Sul punto era sorto un contrasto giurisprudenziale: in relazione all'indirizzo maggioritario, che è quello fatto proprio dalle Sezioni unite, si veda Cass., 9 dicembre 2014, n. 6483, in *Dir. pen. cont.*, 10 giugno 2015, con nota di F. BARDELLE; nello stesso senso Cass., 14 luglio 2015, n. 33461, CED 264154; Cass., 10 luglio 2015, n. 32787, CED 264325; Cass., 11 febbraio 2016, n. 21941, in *www.quotidianodeldiritto.sole24ore.com*, 13 giugno 2016. In senso contrario, si era espressa, invece, altra parte della giurisprudenza di legittimità; in relazione a un fatto di lesioni personali aggravate *ex* artt. 585, comma 1 e 576, comma 1, n. 1, c.p., è stata esclusa l'applicazione della sospensione del processo con messa alla prova: Cass., 30 giugno 2015, n. 36687, in *Cass. pen.*, 2016, p. 633 ss., con nota di L. CERCOLA; in tal senso anche Cass., 6 ottobre 2015, n. 46795, CED 265484.

no contestati anche altre fattispecie incriminatrici che esulano, invece, dai limiti indicati dall'art. 168-*bis* c.p. Pur riconoscendo la valenza risocializzativa della messa alla prova, la Corte di Cassazione ritiene che tale finalità non possa essere realizzata solo parzialmente in relazione ad alcuni soltanto dei fatti in contestazione, qualora lo stesso imputato sia chiamato a rispondere di più gravi reati che non soddisfano i presupposti d'accesso all'istituto. E ciò perché la contestuale commissione di più gravi reati, per i quali non può essere disposta la messa alla prova, non consente di formulare una prognosi positiva «sull'evoluzione della personalità dell'imputato verso modelli socialmente adeguati»[240].

Si tratta di una soluzione interpretativa che desta qualche perplessità in relazione alla presunta incompatibilità dell'istituto con una rieducazione "parziale". Perseguire, sia pure settorialmente, la finalità rieducativa attraverso la messa alla prova sembra, al contrario, costituire un obiettivo razionale nell'ambito di una risposta differenziata al reato che è comunque destinata a completarsi attraverso il trattamento punitivo per il più grave reato al quale non è applicabile l'art. 168-*bis* c.p. Più convincente è il riferimento (implicito) alla prognosi di non-recidiva di cui all'art. 464-*quater* c.p.p., che funge da condizione d'accesso alla messa alla prova: il reato più grave in contestazione non consentirebbe al giudice di prevedere, anche se non certo in via presuntiva, un'evoluzione del comportamento dell'imputato verso modelli socialmente adeguati. Se questa è la condizione non si vede per quale motivo dovrebbe sussistere un limite assoluto al ricorso alla nuova misura sospensiva anche solo per alcuni reati che possono essere scorporati da un più ampio cumulo, in relazione al quale, seguendo il ragionamento della Cassazione, l'unica risposta (completamente) rieducativa sarebbe il carcere. Diversamente da quanto stabilito dalla Suprema corte, la possibilità di ammissione (parziale) alla messa alla prova soltanto per alcuni reati è espressamente prevista sia dalle linee guida redatte dal Tribunale di Venezia sia dal protocollo elaborato presso il Tribunale di Imperia[241].

Vi sono poi limiti di carattere soggettivo che riducono ulteriormente il novero di soggetti nei confronti dei quali può essere applicata questa misura: oltre ai delinquenti e contravventori abituali e ai delinquenti professionali e per tendenza, sono altresì esclusi coloro che hanno già usufruito della messa alla prova (art. 168-*bis*, commi 4 e 5, c.p.).

All'interno di questa magmatica e disomogenea stratificazione di strumenti di *probation*, si sono sedimentati modelli e finalità estremamente eterogenei e non sempre facilmente contemperabili.

La mancanza di coordinamento con altre risposte alternative alla pena detentiva fa sì che la messa alla prova rischi di rimanere quasi completamente "assor-

---

[240] Cass., 12 marzo 2015, n. 14112, CED 263125, in particolare p. 6 della sentenza.

[241] Reperibili rispettivamente su *ordineavvocativenezia.it* e *www.avvocati-imperia.it*.

bita" all'interno dell'ambito di applicazione delle misure alternative e della sospensione condizionale della pena.

Se non vi è dubbio che l'ambito di applicazione del nuovo istituto previsto dall'art. 168-*bis* c.p. si sovrapponga con quello di altre forme di *probation,* il ricorso alla messa alla prova porta con sé alcuni indubbi vantaggi. Innanzitutto vantaggi di economia processuale: nel perseguire finalità deflattive e nell'implicare la possibilità di evitare il processo (con i suoi costi) e la condanna, la messa alla prova può risultare più appetibile rispetto a risposte alternative al carcere che presuppongono invece, di regola, un accertamento definitivo della responsabilità e portano con sé effetti maggiormente stigmatizzanti, reputazionali e interdittivi (ad es. in relazione alla possibilità di contrattare con la pubblica amministrazione o di partecipare a concorsi pubblici).

Non solo: le misure alternative e la sospensione condizionale della pena sono caratterizzate da un ben più mite (o del tutto inesistente) contenuto sanzionatorio rispetto alle impegnative prescrizioni connesse alla sospensione del processo con messa alla prova. E ancora: evitare i tempi lunghi del processo penale significa ridurre drasticamente la distanza temporale che normalmente intercorre tra la commissione del fatto e l'irrogazione della risposta sanzionatoria (sia pure non detentiva), scongiurando così, al contempo, la mancanza (percepita) di senso dell'esecuzione della condanna o, peggio, lo sconvolgimento personale che il condannato finisce per subire in un momento molto lontano (non solo nel tempo, ma spesso anche per lo stile di vita) da quello in cui il reato è stato realizzato.

A tali vantaggi fanno, tuttavia, da contraltare, alcuni aspetti problematici.

Come già messo in rilievo, vi è un pesante deficit di garanzie (con particolare riguardo alla presunzione di non colpevolezza), sulla cui legittimità è chiamata a pronunciarsi la Corte costituzionale [242].

Per altro verso, l'attitudine della messa alla prova ad avere effetti di deflazione processuale potrebbe essere più apparente che reale a fronte della possibilità di ottenere, in relazione ai medesimi fatti, una pena sospesa in sede di patteggiamento [243]. E ciò, per giunta, con uno sforzo professionale notevolmente inferiore da parte del difensore dell'imputato, il quale invece acquisisce, nell'ambito della messa alla prova, un ruolo attivo nella determinazione del programma trattamentale per il proprio assistito.

---

[242] Si vedano, a tal riguardo, le questioni sollevate dai Tribunali di Grosseto, Savona, Firenze e Prato, in *Dir. pen. cont.*, 11 febbraio 2016, con nota di J. DELLA TORRE; dubbi di compatibilità con la presunzione di non colpevolezza che erano già stati sollevati da F. VIGANÒ, *Sulla proposta*, cit., p. 1302.

[243] Cfr. F. VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1300 ss., il quale infatti suggeriva di sostituire il limite edittale di pena per l'applicazione della messa alla prova con un limite di pena in concreto di identica durata (p. 1303); A. BERNARDI, *La lutte contre la récidive dans le système pénal italien*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2015, in particolare p. 590.

In realtà, i dubbi inizialmente emersi sui limiti eccessivamente ristretti della messa alla prova e sulla mancanza di reale autonomia applicativa di tale misura possono essere, almeno in parte, dissipati. Il nuovo istituto ha avuto un ampio successo nella prassi: al 30 novembre 2016 sono 9.046 le persone nei confronti delle quali è stata applicata la sospensione del processo con messa alla prova. Nel solo ambito di competenza del Tribunale di Milano, nel 2015, sono stati registrati circa 400 casi di applicazione dell'istituto della messa alla prova: applicazione che sembra essere in aumento nel 2016.

Ma vi è un dato ancora più sorprendente. Se si confrontano le statistiche della messa alla prova con quelle relative alle altre misure alternative (affidamento in prova al servizio sociale, semilibertà e detenzione domiciliare) applicate a condannati in stato di libertà, il nuovo istituto di cui all'art. 168-*bis* c.p. è quello maggiormente applicato. Le persone sottoposte ad affidamento in prova al servizio sociale (compresi i casi di applicazione in via provvisoria e di affidamento terapeutico) sono 8.348, mentre quelle sottoposte alla detenzione domiciliare sono 6.322.

Più complesso è il compito di ricostruire, in modo più dettagliato e esaustivo, le fattispecie incriminatrici in relazione alle quali il nuovo istituto trova più frequentemente applicazione.

Qualche dato, sia pure poco preciso, può essere tratto dalla *Relazione sullo stato di attuazione delle disposizioni in materia di messa alla prova*[244] presentata dal Ministro della Giustizia a seguito del primo anno di applicazione dell'istituto.

Nel 23,2% dei casi la sospensione del processo con messa alla prova è stata applicata in relazione a reati previsti dal Codice della strada. Si tratta presumibilmente di ipotesi di guida sotto l'influenza di alcool o sostanze stupefacenti nelle quali non è applicabile la sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità oppure si tratta di casi nei quali si ricorre alla messa alla prova, sia pure in presenza dei presupposti applicativi della sanzione sostitutiva, per evitare anche i costi del processo penale. Un largo impiego della messa alla prova (23,7%) riguarda i reati contro il patrimonio: vi rientrano i delitti di furto aggravato (art. 625 c.p.) e ricettazione (art. 648 c.p.), le cui cornici edittali ben più elevate rispetto al limite generale (non superiore nel massimo a quattro anni di reclusione) rendono particolarmente "attraente" questa risposta sanzionatoria non detentiva. In modo del tutto improprio ed indeterminato, il Ministero inserisce in quest'ultima categoria anche i reati in materia economica. Nella prassi del Tribunale di Milano, così come riferita dall'U.E.P.E. e da alcuni enti e associazioni che offrono la possibilità di svolgere attività gratuite a favore della collettività, è frequente l'applicazione del nuovo istituto di *probation* di cui all'art. 168-*bis* c.p.

[244] Ministero della giustizia, *Relazione sullo stato di attuazione delle disposizioni in materia di messa alla prova*, in *www.camera.it*.

ai reati di omesso versamento (artt. 10-*bis* e 10-*ter* d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 e art. 2, d.l. 12 settembre 1983, n. 462).

La messa alla prova trova applicazione anche in relazione ai reati contro la persona (8,6%) e in materia di stupefacenti nelle ipotesi di cui all'art. 73, comma 5, d.p.r. 309/1990 (7,4%). Come confermato anche dalla prassi giudiziaria milanese, i casi di messa alla prova riguardano anche reati in materia ambientale, che vengono tuttavia erroneamente aggregati, nei dati ministeriali, a categorie di reato del tutto eterogenee (moralità pubblica e famiglia).

Dalla sia pur approssimativa analisi della prassi giudiziaria milanese emerge che questa nuova forma di *probation* viene altresì utilizzata per il delitto di violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 c.p.).

Sui dati forniti dal Ministero della giustizia pesa, tuttavia, un'incognita circa la loro reale capacità esplicativa del quadro rappresentativo fornito sul ricorso all'art. 168-*bis* c.p. a seconda della tipologia di reato: la categoria più rilevante di casi (25,2%) comprende, in via residuale, tutti gli altri reati non menzionati nelle categorie precedenti.

Conviene ora soffermare l'attenzione sui contenuti della messa alla prova.

In sospeso tra modelli di *diversion* processuale e strumenti di *probation* [245], tale misura ha una spiccata natura punitiva e risocializzativa [246].

Il corredo sanzionatorio previsto dal programma di trattamento, dalla cui realizzazione dipende l'esito positivo della messa alla prova, comprende un ampio catalogo di prescrizioni.

La messa alla prova coniuga forme di prescrizioni di natura reintegratorio-patrimoniale, come l'eliminazione della conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato e il risarcimento del danno (nei limiti del possibile), a quelle di tipo sanzionatorio-risocializzativo come la prestazione di lavoro di pubblica utilità, che costituisce una componente ineludibile della messa alla prova.

---

[245] R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 659 ss., in particolare p. 663; N. TRIGGIANI (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino, 2014.

[246] In tal senso, F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 9, il quale qualifica il nucleo sanzionatorio dell'istituto, che consiste nello svolgimento di un'attività gratuita a favore della collettività, come «una vera e propria sanzione sostitutiva di tipo prescrittivo»; M. MIEDICO, *sub Art. 168-bis*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, Milano, 2015, p. 2332 ss., in particolare p. 2334; M. RIVERDITI, *La nuova disciplina della messa alla prova di cui all'art. 168-bis c.p.: uno sguardo d'insieme*, in *Studium Iuris*, 2014, p. 982 ss. in particolare p. 987 s.; Corte di Cassazione. Ufficio del Massimario. Settore penale, R. PICCIRILLO (a cura di), *Novità legislative: legge 28 aprile 2014, n. 67 contenente "Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*, Rel. n. III/07/2014, 5 maggio 2014, p. 3 e 8; V. BOVE, *Messa alla prova a poco più di un anno: quali ancora le criticità?*, in *Dir. pen. cont.*, 22 dicembre 2015, p. 3 e 5.

Ad esse si affiancano altre tipologie di prescrizioni di diversa natura: da un lato, vi sono quelle che riguardano la gestione concreta della messa alla prova e, dall'altro lato, vi sono vere e proprie sanzioni a contenuto interdittivo. Fra le prime rientrano le prescrizioni che regolano sia i rapporti con il servizio sociale al quale l'imputato è affidato, sia quelli con la struttura sanitaria nel caso in cui l'imputato decida di sottoporsi a un trattamento terapeutico-riabilitativo. Alla seconda tipologia di prescrizioni appartengono quelle relative alla dimora, alla libertà di movimento e al divieto di frequentare determinati locali.

Ciò segna un mutamento del modello di *probation.* Come già accennato, nella messa alla prova si prescinde dal pieno accertamento della responsabilità e, quindi, si astrae teoricamente anche da una revisione critica rispetto ad un fatto in relazione al quale dovrebbe rimane "intatta" la presunzione di non colpevolezza dell'imputato. Al contempo, tuttavia, i contenuti prescrittivo-reintegratori della messa alla prova vengono a tal punto ampliati da renderli, nei fatti, più incisivi di quelli previsti (spesso solo sulla carta) per altri strumenti di *probation,* come la sospensione condizionale della pena e l'affidamento in prova al sevizio sociale, che implicano al contrario un puntuale accertamento della responsabilità penale[247].

Sempre in relazione ai contenuti della messa alla prova, vi è un ulteriore aspetto che merita di essere analizzato. Si tratta del rapporto tra volontarietà e obbligatorietà, che caratterizza non solo l'istituto della messa alla prova, ma anche, in termini più generali, le varie tipologie e modalità attraverso le quali le differenti forme di condotta reintegratoria trovano spazi di riconoscimento all'interno dell'ordinamento penale.

Per quanto concerne la nuova forma di *probation* disciplinata dall'art. 168-*bis* c.p., il consenso dell'imputato a sottoporsi all'impegnativo programma trattamentale funge da architrave sul quale si regge il funzionamento della misura. È la richiesta dell'imputato, oltre alla verifica dei presupposti di una eventuale pronuncia di proscioglimento da parte del giudice ai sensi dell'art. 129 c.p.p., che dovrebbero consentire di superare i dubbi di legittimità relativi a una risposta punitiva e trattamentale che prescinde dall'accertamento della responsabilità penale.

Di fronte al rischio certo di dover sopportare i costi e gli effetti stigmatizzanti di un processo penale, il cui esito sanzionatorio rimane ampiamente incerto, l'imputato può ragionevolmente preferire una rapida uscita dal procedimento penale, anche affrontando un percorso impegnativo, ma certamente preferibile

[247] Dinanzi a questo processo controintuitivo di inasprimento dei contenuti del modello di messa alla prova e alla contemporanea funzionalizzazione di quest'ultimo come strumento di deflazione processuale, era stata suggerita qualche condivisibile modifica dell'ambito applicativo del nuovo istituto; cfr. F. VIGANÒ, *Sulla proposta*, cit., p. 1303, il quale suggeriva di trasformare questa forma di sospensione del processo in una causa di sospensione della pena applicata in concreto, entro il limite di quattro anni, nell'ambito del c.d. patteggiamento allargato.

rispetto all'eventualità, anche solo infondatamente temuta, di subire una privazione della libertà.

Questo accordo che consente all'imputato di evitare la pena minacciata in cambio di una risposta più favorevole, ma indubbiamente sanzionatoria, fa sorgere qualche dubbio sugli effettivi margini di libertà e sul carattere volontario della scelta di sottoporsi alla messa alla prova [248]. In realtà, in questo come in altri casi, a divenire estremamente labile è il confine che separa idealmente l'obbligo per l'imputato di adempiere le prescrizioni dalla spontanea volontà di quest'ultimo di realizzare il ricco programma trattamentale del quale fanno parte forme di condotta (anche solo simbolicamente) reintegratoria.

A suffragare il delicato rapporto che, in questi casi, esiste tra obbligatorietà e volontarietà vi è altresì la significativa previsione di cui all'art. 168-*quater* c.p., il quale stabilisce l'immediata revoca della messa alla prova in caso di rifiuto a svolgere il lavoro di pubblica utilità che, come si è già detto, costituisce un contenuto obbligatorio di tale strumento di *probation*.

Il complesso connubio tra volontarietà e obbligatorietà contribuisce a diffondere un messaggio fuorviante sulla reale natura delle forme di condotta reintegratoria, che assumono, al contempo, il significato (percepito) di misura premiale, con la quale lo Stato sembra rinunciare alla pena, e il contenuto (concreto) di risposta a tutti gli effetti sanzionatoria [249].

A conferma di tale irrisolta duplicità, la Relazione dell'Ufficio del massimario presso la Corte di cassazione, da un lato, mette in rilievo che «in prima approssimazione, l'istituto realizza una rinuncia statuale alla potestà punitiva» e, dall'altro lato, osserva che «senza essere privo di una "necessaria componente afflittiva" (che ne salvaguarda la funzione punitiva e intimidatrice), la "sospensione con messa alla prova" è chiamata a soddisfare nel contempo istanze specialpreventive e risocializzatrici, mediante l'incentivazione di comportamenti riparativi indirizzati alla persona offesa dal reato» [250].

Da un punto di vista generale la maggiore effettività e intensità dei contenuti risocializzativi e sanzionatori della messa alla prova, in relazione ai quali le for-

---

[248] Cfr. F. CAPRIOLI, *Due iniziative*, cit., p. 13, il quale ritiene che «quando il rapporto tra costi e benefici sia troppo favorevole, la volontaria sottoposizione al trattamento punitivo non potrebbe realmente considerarsi il frutto di una libera scelta, poiché molti imputati innocenti preferirebbero di buon grado la sanzione mite piuttosto che affrontare le incognite derivanti dal pieno esercizio dei propri diritti difensivi».

[249] A conferma del complicato rapporto tra sanzione (obbligatoria) e volontà del condannato si veda anche l'art. 31 della Raccomandazione (92)16 del Consiglio d'Europa, secondo il quale «una sanzione o misura alternativa alla detenzione non deve essere applicata se non nel caso in cui sia accertato che le condizioni o gli obblighi sono appropriati al reo e che vi sia la sua volontà di cooperare e di rispettare i medesimi».

[250] Così Corte di Cassazione. Ufficio del Massimario. Settore penale, R. PICCIRILLO (a cura di), *Novità legislative*, cit., p. 3.

me di condotta reintegratoria svolgono un ruolo di primaria importanza, è da accogliere con favore. Qualche perplessità in più nasce dalla combinazione dei connotati tipici degli strumenti di *probation* con finalità di deflazione processuale. Allo stesso modo l'ambito applicativo della messa alla prova appare troppo limitato per attuare il principio di *extrema ratio* rispetto al ricorso alla pena detentiva: l'impatto sulla popolazione penitenziaria è del tutto marginale e l'intreccio con le altre forme di *probation* rende il quadro complessivo poco coordinato.

Ma vi è di più: anche questo più recente sforzo legislativo, che è volto a restituire maggiore effettività e ulteriori spazi applicativi alle pene non-detentive, non è stato accompagnato da un adeguato investimento finanziario.

Le risorse economiche destinate all'esecuzione penale esterna in Italia sono molto scarse: il numero di addetti alle agenzie di *probation* ogni 100.000 abitanti è inferiore alla media europea[251]. Ciò rende molto difficile per il personale degli uffici dell'esecuzione penale esterna un'effettiva e continuativa supervisione sull'andamento del nuovo strumento di *probation*: i contatti con le persone messe alla prova non possono che essere sporadici. Per altro verso, le carenze strutturali che caratterizzano le agenzie di *probation* si riflettono non solo sulla gestione del nuovo istituto, ma anche sulla verifica delle condizioni d'accesso a quest'ultimo.

A tal riguardo, l'art. 464-*quater* c.p.p. prevede che il giudice, in base ai parametri di cui all'art. 133 c.p., dovrebbe effettuare una prognosi sul fatto che «l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati».

Ebbene: a prescindere dal significato attribuito a tale formulazione normativa, in termini di giudizio prognostico sull'idoneità del programma di trattamento a evitare la recidiva oppure in considerazione delle caratteristiche personali dell'imputato a non commettere altri reati[252], la valutazione richiesta al giudice dovrebbe essere effettuata sulla base di un'indagine sulle condizioni di vita personale, familiare, sociale ed economica dell'imputato. Nella prassi, tuttavia, tale indagine non viene quasi mai effettuata, per mancanza di risorse e di tempo. Trattandosi di informazioni di rilievo fondamentale, il giudizio prognostico compiuto dal giudice, che magari non ha neppure incontrato l'imputato, non potrà che essere empiricamente cieco, poiché sarà esclusivamente fondato sulla presenza di precedenti penali e sulle scarne caratteristiche dell'ipotesi di reato.

Pare chiaro che la mancanza di un serio investimento economico sulle alternative al carcere rischia di pregiudicare non solo il ricorso, ma la stessa efficacia delle pene non-detentive. In tal senso, l'art. 16 della legge 67/2014 ha previsto la consueta «clausola di invarianza finanziaria», con la quale si impone alle amministrazioni interessate di provvedere all'attuazione della messa alla prova «nel-

---

[251] Cfr. E. DOLCINI, *L'Europa in cammino*, cit.

[252] Ampiamente sul punto v. M. RIVERDITI, *op. cit.*, p. 990.

l'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica».

A tal proposito, occorre mettere in rilievo che il successo della sospensione del processo con messa alla prova è inestricabilmente legato al contributo offerto dagli enti (in gran parte privati) che consentono di svolgere l'attività lavorativa gratuita a favore della collettività.

Ci si limita a segnalare quello che segna, a tutti gli effetti, una tappa ulteriore del processo di privatizzazione della giustizia penale. In una fase di contrazione della spesa pubblica, l'esecuzione del lavoro di pubblica utilità, che costituisce il nucleo sanzionatorio e risocializzativo volto a reintegrare, sia pure simbolicamente, il bene giuridico leso dal reato, è lasciata, in gran parte, nelle mani di enti privati. Allo scopo (pur condivisibile) di facilitare l'applicazione della messa alla prova, tali enti privati, sui quali vengono anche scaricati i costi della copertura assicurativa obbligatoria, vengono individuati a prescindere dalla stipulazione di una convenzione con i Tribunali

Anziché essere governata dagli (sguarniti) uffici dell'esecuzione penale esterna, la gestione della messa alla prova viene di fatto polverizzata in migliaia di associazioni private, alle quali viene in qualche misura delegato anche il compito di dare un significato all'attività svolta a favore della collettività.

Si tratta di un aspetto estremamente delicato. Questa delega a enti privati, pur essendo accompagnata dalle prescrizioni contenute nel programma di trattamento, rischia di generare un'applicazione estremamente disuniforme della messa alla prova sul territorio nazionale: e ciò non solo in considerazione della più o meno nutrita presenza di enti a seconda dell'area geografica, ma anche in ragione del pericoloso ingresso (occulto) di logiche applicative della messa alla prova, che finiscono per dipendere dalla disponibilità del singolo ente ad "accogliere" (o meno) determinate categorie di autori di reato.

Per altro verso, nella prassi sviluppatasi in alcune zone, come nell'ambito di competenza dell'U.E.P.E. di Como, la procedura di attivazione e gestione del lavoro di pubblica utilità, da parte dell'ente privato che funge da intermediario (il Centro servizi del volontariato di Como), ha un costo pari a 150 euro, che viene sopportato dal richiedente [253].

Incertezze applicative ancora più rilevanti derivano non solo dalle lacune legislative, ma anche dal variegato mosaico di prassi che si sono sviluppate nei singoli uffici giudiziari, proprio al fine di integrare la scarna disciplina della messa alla prova. A tal riguardo, ci si limita a segnalare la mancata previsione dei criteri che il giudice deve utilizzare per l'individuazione, in concreto, della durata complessiva della messa alla prova e del lavoro di pubblica utilità. Tale lacuna

[253] Si veda la Procedura per l'attivazione e la gestione dei lavori di pubblica utilità, reperibile su *www.csv.como.it*.

è stata colmata, talvolta in modo estremamente disomogeneo, dalle linee guida elaborate dai singoli Tribunali.

Dinanzi al silenzio del legislatore, la scelta di individuare precisi criteri di ragguaglio per stabilire la durata della messa alla prova ha incontrato critiche. E ciò innanzitutto perché il potere discrezionale del giudice nella determinazione della durata della sospensione viene così indebitamente sacrificato in nome di esigenze di uniformità di trattamento [254].

In realtà, pare quanto mai opportuno il tentativo di evitare esiti del tutto discordanti circa la durata della messa alla prova e, conseguentemente, del suo corredo sanzionatorio. L'eventuale sacrificio della discrezionalità del giudice è del tutto marginale: si tratta non solo di mere indicazioni non vincolanti, ma anche di fasce di gravità piuttosto ampie all'interno delle quali residuano abbondanti spazi per il giudice di adattare la durata della messa alla prova al caso di specie.

Purtroppo, protocolli e linee guida sono riusciti, nella migliore delle ipotesi, a rendere uniformi le prassi nell'ambito di un singolo ufficio giudiziario. Il quadro d'insieme è, come detto, tutt'altro che omogeneo.

Non potendo analizzare nel dettaglio le singole discrasie che emergono dalla prassi applicativa dei vari Tribunali, vale la pena di operare un confronto, a titolo meramente esemplificativo, sulle linee guida elaborate dai Tribunali di Milano, Bergamo e Modena che, sebbene abbiano calibrato, in modo uniforme, la durata della messa alla prova in base a fasce di gravità, in astratto, dei reati, si discostano, tuttavia, su un aspetto rilevante [255]. In quelle milanesi non viene indicata la durata della prestazione gratuita a favore della collettività, che di regola corrisponde alla durata della messa alla prova. Al contrario, le linee guida del Tribunale di Modena, nello stabilire la durata minima del lavoro di pubblica utilità, suggeriscono all'interprete la non automatica coincidenza della durata della *probation* con quella del suo contenuto più pregnante. La divergenza diventa però macroscopica se si prendono in considerazione i parametri fissati dal Tribunale di Bergamo. Per il medesimo livello di gravità, ossia delitti puniti con la reclusione non superiore a due anni, il Tribunale di Modena prevede che la durata del lavoro di pubblica utilità sia pari ad almeno 120 ore, mentre il Tribunale di Bergamo stabilisce che la prestazione gratuita a favore della collettività non possa essere superiore a 60 ore.

Vi è poi un'altra incongruenza (solo apparentemente di dettaglio) nella disciplina della messa alla prova. A differenza delle sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti, la sospensione del procedimento con messa alla

---

[254] V. BOVE, *Messa alla prova e protocolli: lo stato dell'arte*, in *www.ca.milano.giustizia.it*, 8 giugno 2016.

[255] Queste linee guida sono rispettivamente reperibili su *www.tribunale.milano.it*; *www.camerepenali.it* e *www.tribunaledimodena.it.*

prova viene iscritta anche nel casellario giudiziale richiesto dall'interessato (v. d.p.r., 14 novembre 2002, n. 313). Si tratta di un ostacolo alla risocializzazione che appare del tutto irragionevole non solo sul piano sistematico, ma altresì rispetto alla stessa *ratio* dell'istituto, al punto da renderlo meno appetibile rispetto ad altre soluzioni.

Un'ultima considerazione concerne i rapporti tra messa alla prova e giustizia riparativa. Secondo quanto previsto dall'art. 464-*bis*, comma 4, lett. *c*, c.p.p., il programma di trattamento può prevedere «le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa».

Nel territorio di competenze dell'Ufficio dell'esecuzione penale esterna di Milano, su circa 700 casi di applicazione del nuovo istituto di *probation* si è fatto ricorso alla mediazione solo in tre ipotesi, verosimilmente per una serie di ostacoli culturali, economici e normativi.

La giustizia riparativa rimane per la magistratura e per gli altri operatori un territorio in gran parte inesplorato, nel quale ci si avventura con difficoltà e (forse) con una certa diffidenza. A conferma di ciò si constata, altresì, la mancanza di riferimenti agli strumenti della giustizia riparativa all'interno dei protocolli e delle linee guida finora elaborati su questa forma di *probation* [256].

Mancano altresì le risorse economiche: ciò è confermato, ad esempio, dal protocollo d'intesa elaborato dal Tribunale di Terni, il quale mette in rilievo che «per quanto riguarda la mediazione, [...] il territorio umbro non dispone al momento di risorse specifiche rivolte agli adulti».

Ma vi è di più. Sono le regole applicative del nuovo istituto a non essere sempre facilmente conciliabili con i presupposti della giustizia riparativa: la sospensione del procedimento con messa alla prova non è subordinata all'ammissione di colpevolezza da parte del richiedente [257], mentre il ricorso alla giustizia riparativa, come stabilito dalla Direttiva 2012/29/UE, è condizionato al riconoscimento dei fatti essenziali del caso da parte dell'autore del reato.

## 5. *Bilancio e prospettive*

Dinanzi a questo quadro inevitabilmente incompleto delle forme di condotta reintegratoria presenti nell'ordinamento, è forse possibile tentare di svolgere una breve riflessione complessiva.

Come si è visto, sono tre le colonne portanti sulle quali si reggono i differenti meccanismi reintegratori: il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale (in forma specifica o per equivalente), l'eliminazione (anche attraverso specifiche prescrizioni) delle conseguenze dannose e pericolose, e le attività gra-

[256] In tal senso V. BOVE, *Messa alla prova a poco più di un anno*, cit., p. 14.

[257] Cass., 23 febbraio 2015, n. 24011, in *Guida dir.*, 2015, n. 28, p. 78 ss. con nota di G. AMATO.

tuite prestate a favore della collettività (accanto alla quale si collocano le attività formative e riabilitative). Tre sono anche i possibili piani di riconoscimento della condotta reintegratoria: quello della commisurazione della pena, quello della non punibilità [258] oppure quello delle risposte punitive [259]. Ed è proprio quest'ultima prospettiva, i cui effetti sul sistema punitivo vigente sarebbero al contempo i più dirompenti e problematici, che si intende verificare alla luce del dibattito sulle teorie della pena [v. *infra* cap. IV], al fine di tracciare i possibili contenuti di un modello autonomo di pena prescrittivo-reintegratoria [v. *infra* cap. V].

Più precisamente, ci si chiede se un modello autonomo di condotta reintegratoria, che combini in modo differenziato gli strumenti menzionati, sia in grado di conservare quel minimo contenuto punitivo in grado di renderlo equiparabile ad una pena e di perseguire le medesime finalità della pena. In altri termini, ci si chiede se la risposta al reato, depurata dalla sua apparentemente ineluttabile componente di sofferenza improduttiva, possa trasformarsi in un obbligo positivo a contenuto reintegratorio [260]. E ancora: ci si chiede se solo attraverso la minaccia di radicale privazione della libertà si possa incidere sul processo motivazionale degli individui; se esclusivamente attraverso un'intimidazione si possa ottenere un effetto dissuasivo dalla commissione di reati.

---

[258] M. DONINI, *Le logiche del pentimento*, cit., p. 904, il quale mette in rilevo il fatto che «*La categoria più moderna della parte generale* relativa a quanto accade dopo la commissione di un reato non è certo la punibilità (il dover essere della pena, che è intrinseco al reato stesso come ente giuridico): è *la non punibilità*».

[259] C. PIERGALLINI, *Fondamento*, cit., p. 1661 pur classificandolo come forma di «abbandono della pena», ritiene che «il post-fatto si staglia come *controvalore* idoneo a compensare il disvalore oggettivo e soggettivo del fatto. Per come è congegnato, sembra di potervi riconoscere le caratteristiche di *sanzioni positive autonome*, *capaci di surrogare le pena* e di forgiare *prestazioni utili* nella direzione della *tutela del bene giuridico*. Si tratta, dunque, di sanzioni *cofunzionali agli scopi della pena*, perché *orientate sul bene giuridico e vicine a quest'ultimo*: vengono incoraggiati comportamenti di salvaguardia e la vicinanza al bene protetto è scandita da ben precisi *limiti temporali*, tali da scongiurare il pericolo di una rinuncia alla punizione fondata su resipiscenze interessate e tardive»; L. BISORI, *Gli istituti ripristinatori*, cit., p. 597 ss. individua tre modelli di interazione tra gli «obblighi di riparazione e gli istituti del diritto penale»: a) «la riparazione del danno rileva ai fine della applicazione di taluni istituti di parte generale del diritto penale, di cui costituisce requisito di applicabilità, con effetti essenzialmente in punto di pena» (p. 599); b) «l'obbligo di reintegrazione materiale del bene entra a far parte *ex professo* delle conseguenze giuridiche tipiche del fatto di reato», affiancando la sanzione penale ed arricchendo la risposta sanzionatoria (p. 603); c) «il diritto penale fa direttamente proprio lo specifico interesse alla riparazione come delineato dalle norme di settore, secondo il tipico modello di tutela cd. ingiunzionale». «L'obbligo ripristinatorio diviene così elemento costitutivo tipico di una autonoma fattispecie incriminatrice omissiva propria, 'entra' nel precetto della fattispecie sotto forma di comando» (p. 606).

[260] M. DONINI, *Per una concezione*, cit., p. 1169 laddove l'A. ritiene che «non è però richiesto che sia sempre una sanzione "subita", potendo anche essere una sanzione "agita" volontariamente dal soggetto».

## CAPITOLO III

# MODELLO PRESCRITTIVO-REINTEGRATORIO E TEORIE DELLA PENA

SOMMARIO: 1. Condotta reintegratoria e concezione retributiva della pena. – 1.1. Alle origini della concezione retributiva. – 1.2. Le pulsioni neo-retribuzioniste. – 1.3. Tra natura afflittiva e finalità retributiva della pena. – 1.4. La proporzione retributiva: limite garantista o blocco epistemologico? – 1.4.1. Il principio di proporzionalità della pena tra determinazione in astratto ... – 1.4.2. (*Segue*) ... e individuazione in concreto. – 1.5. Un bilancio. – 2. Condotta reintegratoria e prevenzione generale. – 2.1. Uno sguardo d'insieme sulle premesse teoriche della prevenzione generale – 2.2. Tra prevenzione generale positiva e funzione simbolico-espressiva della pena. – 2.3. Un bilancio. – 3. Condotta reintegratoria e prevenzione speciale. – 3.1. Efficacia special-preventiva delle scelte sanzionatorie e prognosi sulla recidiva – 3.1.1. Indagini empiriche e sistema sanzionatorio in Italia – 3.1.2. Il confronto con altri Paesi europei. – 3.1.3. Un modello positivo: gli effetti special-preventivi delle risposte punitive e la questione del rischio di recidiva in Inghilterra e Galles. – 3.2. L'ideale rieducativo. – 3.3. I costi umani e sociali del sistema sanzionatorio e la finalità rieducativa della pena. – 4. Condotta reintegratoria e vittima del reato.

## 1. *Condotta reintegratoria e concezione retributiva della pena*

Nel sostituire una pena concepita in negativo e fatta di dolorose privazioni da subire passivamente con una risposta pensata in positivo e concepita come assunzione di responsabilità ed impegno attivo del reo nei confronti della vittima e della collettività, la condotta reintegratoria si pone in radicale contrapposizione rispetto ai fondamenti della concezione retributiva della pena, perché mette in dubbio il suo immutabile carattere di reciprocità [1].

[1] L. ESUSEBI, *Giustizia conciliativa*, cit., p. 57; sul carattere fatalmente retributivo della pena v. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 419 il quale ritiene che la pena «deve sempre consistere in un *pati*, cioè nella privazione di un diritto subita passivamente. In questo risiede la sua differenza con le sanzioni civili, come il risarcimento del danno e l'esecuzione in forma specifica, che sono prestazioni positive che soddisfano obblighi di fare ed hanno un contenuto reintegratorio. [...] Ciò che non può essere alterato è il carattere privativo della pena, che è condizione della sua certezza, legalità e determinatezza»; in senso diverso sul punto v. I. MARCHETTI, C. MAZZUCATO, *La pena in castigo: un'analisi critica su regole e sanzioni*, Milano, 2006.

Se quest'ultima si fonda, infatti, sull'obiettivo di infliggere in modo certo ed effettivo un male proporzionato a quello del reato, i meccanismi reintegratori, nel momento in cui divengono forme autonome di risposta al fatto di reato, si propongono, prima di tutto, di trasformare questo modello [2].

Non si tratta, tuttavia, del semplice superamento dell'ideale retributivo come fondamento giustificativo della pena. Ciò costituirebbe, infatti, un'inutile riproposizione delle soluzioni largamente condivise in dottrina, che segnalano, ormai da lungo tempo, la necessità di un distacco definitivo da una visione della pena come realizzazione di un imperativo di giustizia metafisica. Più precisamente, come si è rilevato, «lo Stato non punisce perché vi è un fatto colpevole, ma punisce, per proteggere un bene giuridico, se vi è un fatto colpevole» [3]. In altri termini non si tratta di retribuire un fatto di reato, ma di rispondere in vista di uno scopo se e solo se il fatto è rimproverabile al suo autore.

Sebbene il dibattito sulle teorie della pena sia ancora oggi caratterizzato dalla presenza di rielaborazioni teoriche neo-retribuzioniste [v. *infra* par. 2.1.1.], compito del diritto penale non può più essere quello di distribuire meriti o colpe, ma quello di perseguire obiettivi laici di prevenzione, orientamento culturale [4] e tutela dei beni giuridici [5]. Compito delle teorie della pena non è solo quello di individuare i bisogni sociali da soddisfare attraverso la sua applicazione, ma anche quello di stabilire le forme con le quali è possibile farlo nel modo più efficiente.

Non è, dunque, la confutazione della teoria retributiva l'obiettivo che ci si propone nel prospettare un modello di sanzione costruito sulle forme di condotta reintegratoria, ma qualcosa di più e di diverso. Il risultato più dirompente, che il riconoscimento della condotta reintegratoria avrebbe sul sistema penale, è infatti rappresentato dalla sostituzione del binomio di chiara origine retributiva [6], che contrappone al male del reato il male della pena, con il binomio diame-

---

[2] Cfr. C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità conciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto*, cit., p. 111 ss.; Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 8, nel citare la formula di *Binding* in base alla quale «la pena *deve* aprire una piaga, il risarcimento deve sanarne un'altra, senza causarne, se possibile, una seconda», l'A. afferma che per le teorie assolute «accontentarsi del risarcimento significherebbe rinunciare alla retribuzione».

[3] M. ROMANO, *Prevenzione generale*, cit., p. 167.

[4] C. PECORELLA, *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 853 ss.; C. MAZZUCATO, *Opinioni a confronto*, cit., p. 471.

[5] Cfr. M. DONINI, *Le tecniche di degradazione*, cit., p. 389; G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi Nuvolone*, vol. I, Milano, 1991, p. 167; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 69 s. secondo il quale il diritto penale deve servire a tutelare in via sussidiaria i beni giuridici, la libera autodeterminazione dell'individuo ed il mantenimento dell'ordine sociale fondato su quest'ultimo principio.

[6] Cfr. D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale*, cit., p. 118 rileva il fatto che istituti costruiti sul modello della sospensione condizionale – nei quali sembra rientrare anche il ruolo svolto dalla condotta reintegratoria – si pongono «strutturalmente al di fuori dell'ottica "retributiva"».

tralmente opposto che al male del reato fa corrispondere un obbligo positivo a carico reo: una sanzione positiva finalizzata a reintegrare l'offesa arrecata [7].

Prima di analizzare i vincoli che la concezione retributiva potrebbe frapporre a questo mutamento di paradigma della giustizia penale, occorre innanzitutto delineare le coordinate entro le quali si muove la teoria retributiva, per poi stabilire quali di queste conservano ancora valore nella configurazione del sistema punitivo e devono, quindi, essere tenute in considerazione nella costruzione di un sistema repressivo che dia rilievo alla condotta reintegratoria.

### 1.1. *Alle origini della concezione retributiva*

L'idea che la pena sia legata ad un paradigma retributivo è senza dubbio la più antica e persistente. Il mito della giustizia retributiva risiede, infatti, nell'immaginario globale prima ancora che nell'universo concettuale [8]. La stessa nozione di pena porta con sé un'intrinseca carica di dolore, che ne palesa una dimensione puramente retributiva [9]. Il termine «retribuzione», infatti, può essere considerato uno dei possibili sinonimi di pena: una reazione repressiva che, pur chiudendo idealmente il vortice potenzialmente infinito della giustizia privata, conserva intatto il meccanismo ideologico originario della vendetta [10]. Una vendetta che cerca di coprirsi con un fragile manto di ragione. In altri termini, se il lento passaggio dalla giustizia privata al monopolio statale della violenza rappresenta il risultato dell'evoluzione della civiltà, dall'altro lato il potere punitivo statale diviene il surrogato dei bisogni individuali di vendetta. Come è stato acuta-

---

[7] L. EUSEBI, *Dirsi*, cit., p. 637 ss. mette in rilievo il fatto che «il diritto non [sia] mai andato al cuore del problema, mettendo in discussione l'assioma secondo cui la giustizia consisterebbe nel rispondere al negativo individuato nell'*altro* con la reciprocità del negativo che gli venga inflitto».

[8] B. SLATTERY, *The Myth of Retributive Justice*, in *Retributivism and its Critics, Canadian Section of the International Society for Philosophy of Law and Social Philosophy, Papers of the Special Nordic Conference, University of Toronto, 25-27 June 1990*, in *ARSP (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie)*, 47, 1992, p. 27 ss.

[9] H.L.A. HART, *Punishment*, cit., p. 5; cfr. G. BRITZ, *Strafe und Schmerz – eine Annäherung*, in *Grundfragen staatlichen Strafes, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, München 2001, p. 73 ss.

[10] D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 15 s.; G. MANNOZZI, *Pena e riparazione*, cit., p. 1129 ss.; F. MANTOVANI, *La «perenne crisi»*, cit., p. 1172; T. PADOVANI, *sub Art. 162*, in M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario*, cit., p. 131 s.; W. NAUCKE, *Strafrecht*, cit., p. 41. Nella letteratura straniera cfr. L. WALGRAVE, *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*, Cullompton, 2008, p. 57; sul punto si segnala l'approfondita ricostruzione di I.W.P. MILLER, *Occhio per occhio*, Torino, 2008; K. LÜDERSSEN, *Im Zweifel gegen den Täter?*, in *F.A.Z.*, 16.6.2011, p. 10; v. altresì U. EBERT, *Talion und Vergeltung im Strafrecht – ethische, psychologische und historische Aspekte*, in H. JUNG (a cura di), *Recht und Moral, Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Baden-Baden, 1991, p. 249; in un quadro più ampio cfr. H. ARENDT, *Responsabilità e giudizio*, Torino, 2003, p. 21.

mente osservato, la storia della pena può essere descritta come il processo di attribuzione di una veste giuridica alla vendetta («*Verrechtlichung der Rache*») [11]: la pena è «violenza senza rischio di vendetta» [12].

La retribuzione, infatti, si differenzia da quest'ultima soprattutto in ragione del fatto che la pena inflitta, pur rispecchiando un bisogno di pena presente nella struttura di valori sociali [13], trova i propri limiti all'interno di un sistema formalizzato, nel quale la reazione repressiva pretende di essere "giusta", proprio perché lontana dall'arbitrio della vendetta personale [14].

Si pensi alla vendetta di sangue invocata dallo spirito del padre di *Amleto*. Si pensi all'intento strenuamente perseguito da *Amleto* nel portarla a compimento, infliggendo al traditore *Claudio* una risposta che sia sì retributiva, ma anche in grado di ricostruire, nel rispetto delle regole sociali vigenti, la legalità violata («*The time [...] to set it right*»).

*Amleto* rinuncia, infatti, ad esercitare una semplice vendetta privata e decide di punire l'assassino del padre solo nel momento in cui la propria pretesa diviene legittima agli occhi della collettività.

L'intera storia dell'umanità raccontata nella letteratura è intrisa dei colori di una giustizia che si intreccia costantemente con la vendetta. Nella narrazione di *Esiodo* sulla genesi delle divinità, la cruenta ed emblematica punizione che *Crono* infligge al padre *Urano* genera "accidentalmente" le *Erinni*, le divinità di una giustizia primordiale fatta di sangue e vendetta. Dall'esortazione che, nella narrazione di *Omero, Agamennone* rivolge a *Menelao* per annientare senza pietà i *troiani* fatti prigionieri, fino ad arrivare al monologo di *Shylock* che, messo dinanzi all'inutilità del suo gesto, preferisce nutrire la propria "giusta" vendetta piuttosto che rinunciare ad avere soddisfazione, l'idea della pena trova le proprie coordinate psicologiche in un orizzonte mitico nel quale la vendetta, anche ove sia vestita di legalità, è una componente essenziale.

---

[11] J. WEIZEL, *Strafe und Strafverfahren in der Merowingerzeit*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, 1994, p. 91; R. BARTOLI, *Il carcere come extrema ratio*, cit., p. 5, il quale osserva che «la contrapposizione tra pena come vendetta e pena come prevenzione è più una finzione che una realtà, nel senso che anche il moderno diritto penale finisce per muoversi in una logica di violenta ritorsione».

[12] In tal senso R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, Milano, 1980, p. 33 ss.; sul punto v. A. CERETTI, L. NATALI, *op. cit.*, p. 28 ss.

[13] Cfr. F. MANTOVANI, *Sanzioni alternative*, cit., p. 72, osserva che l'idea retributiva «non solo esprime una esigenza insopprimibile dell'animo e del pensiero umano, ma ha anche una irrinunciabile funzione pedagogica e responsabilizzatrice».

[14] A tal riguardo si noti che è la stessa Relazione ministeriale al codice Rocco a esplicitare un parallelo tra pena e vendetta laddove menziona la funzione c.d. satisfattoria della pena, ossia «la soddisfazione che il sentimento pubblico riceve dall'applicazione della pena». Una soddisfazione che «evita le vendette e le rappresaglie».

Persino laddove è l'idea stessa di giustizia ad entrare in crisi [15], perdendo i suoi più profondi riferimenti metafisici, pena e vendetta si sovrappongono costantemente [16]. Nella narrazione di *Dürrenmatt* affiora un'idea di pena che, ormai lontana dalle radici spirituali di un'epoca in cui era la giustizia divina a governare il mondo, assume i caratteri di un incidente inevitabile in un mondo metafisico secolarizzato, nel quale è la stessa libertà del volere ad essere messa in discussione.

Anche sul piano figurativo, l'immagine della giustizia che riempie la memoria collettiva ritrae una dea (bendata) con una bilancia in una mano e una spada nell'altra [17]. Come è stato osservato, «il deposito di immagini di questo genere nella memoria è quello che crea un'aspettativa mentale e permette di proiettare simboli e significati sulla realtà esterna anche quando sono materialmente assenti» [18]. Ed allora l'idea che quella spada debba colpire, perché ad imporlo è una forma idealizzata di giustizia, diviene un gesto a tal punto irriflesso da apparire necessario.

Nella prospettiva filosofica, lo *ius talionis* non rappresenta altro che una forma ideale di giustizia [19]. Infliggere una sofferenza uguale a quella subita individua una regola semplice e chiara, che ogni individuo è senz'altro in grado di comprendere. Per una società che, per la prima volta, ha il compito di dover rispondere all'arbitrio pubblico o privato e deve farlo attraverso un'organizzazione e delle regole legislative, la legge del taglione costituisce indubbiamente,

---

[15] In F. DÜRRENMATT, *Justiz*, 1985, trad. it. *Giustizia*, Milano, 2011, p. 13 è lo stesso protagonista del romanzo, *Spät*, ad osservare: «ancora una volta voglio sondare scrupolosamente le probabilità che forse restano alla giustizia».

[16] Si pensi ai due romanzi F. DÜRRENMATT, *Der Richter und Sein Henker*, 1950, trad. it. *Il giudice e il suo boia*, Milano, 1960 e F. DÜRRENMATT, *Der Verdacht*, 1951, trad. it. *Il sospetto*, Milano, 1960, che hanno come protagonista il commissario *Bärlach*, il quale va alla ricerca di una giustizia che si colora di vendetta. Per limitarci alla citazione di due soli passaggi: nel primo, il commissario *Bärlach*, non essendo riuscito ad assicurare alla giustizia, con strumenti legittimi, il criminale che insegue da una vita per un omicidio di cui lui stesso è stato testimone, lo condanna a morte, attribuendogli un omicidio mai commesso, per mano del vero assassino («*Es ist mir nicht gelungen, dich der Verbrechen zu überführen, die du begangen hast, nun werde ich dich eben dessen überführen, das du nicht begangen hast*»); nel secondo, il commissario *Bärlach*, sulle tracce di un criminale nazista, risponde al suo medico e amico *Hungertobel*, che obietta l'insensatezza di quella indagine («*Es hat keinen Sinn*»), osservando che «la giustizia ha sempre senso» («*Die Gerechtigkeit hat immer Sinn*»).

[17] Cfr. G. MANNOZZI, *La giustizia*, cit., p. 3 ss.

[18] A. PROSPERI, *Giustizia bendata, Percorsi storici di un'immagine*, Torino, 2008, p. XVII; sulla potenzialità di sopraffazione dei simboli nel creare "realtà" cfr. C.G. JUNG, (traduzione it. a cura di B. VENEZIANI), *Psicologia e religione*, Milano, 1948, p. 150.

[19] Cfr. L. ESUSEBI, *Giustizia conciliativa*, cit., p. 56, osserva che la giustizia commutativa «si sostanzia (utilizzando terminologie di Aristotele) nel concetto del contraccambio o più precisamente di *reciprocità*, il quale necessita, tuttavia, di essere integrato da un criterio *esterno* di proporzione inteso a rendere fra loro commensurabili il giudizio sulla condotta antigiuridica e la conseguenza che, sotto il profilo sanzionatorio, se ne intenda desumere».

per la sua semplicità e comprensibilità, un facile punto di approdo.

Non risultando sempre idonea a garantire un rapporto di totale equivalenza qualitativa tra reato e pena, la proporzione finisce per trasformarsi in un'equivalenza puramente valoriale, ossia in una connessione virtuale tra il fatto di reato – concepito come negazione del diritto – e l'atto del punire che, negando il reato dovrebbe ricostruire la giustizia violata [20].

Da una pena che replica specularmente, conservandone tutti gli elementi fattuali, il male del reato, si passa ad un riequilibrio sempre più simbolico dell'ideale astratto di giustizia infranto dal reato, attraverso una sanzione il cui livello di afflizione viene misurato su una scala che, oltre alla gravità materiale, comprende un elemento "spirituale" come la colpevolezza. La pena entra così a far parte di un meccanismo automatico imposto dalla stessa natura delle cose, nel quale è il reo stesso ad attirarla su di sé con la sua condotta.

Pena e reato, stretti da un legame indissolubile, descrivono una sequenza che non può essere interrotta senza distruggere il suo carattere specifico [21]. Ed è proprio questa equivalenza necessaria a palesare l'aporia nella quale cade la teoria retributiva [22]. Come è stato messo in rilievo, non sussiste, infatti, alcun rapporto di reciproca e necessaria implicazione tra due entità così manifestamente eterogenee e incommensurabili come il male del reato e quello della pena [23]. In ciò si ritrova altresì la radicalità del pensiero retribuzionista, che consiste proprio nel concepire l'inflizione di una pena non come scelta facoltativa, ma come imperativo categorico sciolto da ogni obiettivo razionale.

Che l'inflizione della pena si giustifichi per il semplice fatto che sia stato commesso un reato, è l'assioma fondamentale del mito della pena retributiva, che antepone ideologicamente la realizzazione di un ideale di giustizia [24]. In tal senso, l'inflizione di una sofferenza costituisce un'obbligazione morale che vede nella «maestà senza scopo della pena» [25] il fondamento di un sistema repressivo del tutto indifferente alla realtà empirica.

---

[20] Sul punto v. S. MOCCIA, *Contributo ad uno studio sulla teoria della pena di G.W.F. Hegel*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 131 ss.

[21] Cfr. B. SLATTERY, *The Myth*, cit., p. 31.

[22] Cfr. U. CURI, *La pena come vendetta*, in *La Lettura*, 18.3.2012, il quale osserva che «l'originaria coincidenza di significati fra sofferenza e punizione ha suggerito la convinzione che ciò implicasse anche la loro indissolubilità, nel senso che non sia possibile applicare adeguatamente una pena, se non a condizione di indurre dolore in colui che ad essa venga assoggettato».

[23] F. PALAZZO, *Bene giuridico*, cit., p. 215; M. DONINI, *Per una concezione*, cit., p. 1174; P. RICOEUR, *Interprétation du Mythe de la peine*, in AA.VV., *Il mito della pena*, Padova, 1967, p. 23 ss.

[24] A. DUFF, *Punishment, Expression and Penance*, in H. JUNG (a cura di), *Recht und Moral, Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Baden-Baden, 1991, p. 236; cfr. H.L.A. HART, *Punishment*, cit., p. 9.

[25] W. HASSEMER, *Warum*, cit., p. 60; HASSEMER, *Sicherheit*, cit., p. 322. Cfr. F. NIETZSCHE, *Genealogia della morale, uno scritto polemico*, Milano, 1984, p. 51 «Donde ha derivato il suo pote-

## 1.2. *Le pulsioni neo-retribuzioniste*

Se nel sistema della giustizia penale l'idea retributiva non dovrebbe più essere in grado di offrire un fondamento giustificativo all'intervento punitivo, ciò non di meno sono ancora molti gli elementi essenzialmente retributivi che, sia pure parzialmente depurati delle loro più profonde origini metafisiche, caratterizzano la pena [26].

Anche dinanzi al più deciso sforzo dottrinale di attribuire alla pena uno scopo razionale, l'impronta della concezione retributiva sembra ineliminabile [27]. Un'impronta che non solo fatica a scomparire, ma che riemerge periodicamente con rinnovato rigore. Dinanzi ad un'opinione pubblica dominata da ansie collettive tanto generalizzate quanto incontrollabili e da un profondo senso di insicurezza, i sistemi punitivi occidentali sono costantemente lacerati da istanze di stampo retribuzionista [28].

Proprio dinanzi al declino dell'ideale riabilitativo, che segna il progressivo abbandono da parte del sistema punitivo delle sue funzioni sociali, si assiste ad un ritorno, sotto forme più o meno nuove, ai «meccanismi irrazionali e inconsci della società punitiva» [29].

---

re questa idea antichissima, profondamente radicata, oggi forse non più estirpabile, l'idea di equivalenza di danno e dolore? L'ho già rivelato: nel rapporto contrattuale tra *creditore* e *debitore*»; sul punto v. l'interessante saggio di J. BUNG, *Nietzsche über die Strafe*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2007, p. 120 ss. che mette in evidenza il modello punitivo tratteggiato da *Nietzsche* (p. 133 ss.).

[26] Per un'analisi del pensiero retribuzionista in Italia cfr. G. BETTIOL, *Dal diritto penale al diritto premiale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 701 ss.; G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1978, p. 736 s. afferma che la concezione retributiva della pena «soddisfa la suprema esigenza che il male compiuto debba postulare l'inflizione di un castigo proporzionato alla gravità del maleficio»; cfr. K. GÜNTHER, *Die Symbolisch-expressive*, cit., p. 214 parla di «ciclo della retribuzione senza via d'uscita».

[27] G. FIANDACA, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in *Quest. giust.*, 1991, p. 46.

[28] Cfr. G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Studi di diritto penale*, 1991, p. 45 ss. segnalava il rischio che la politica criminale potesse essere guidata dalla «spirale emotiva dell'allarmismo» che avrebbe aperto «la strada alle forze che reclamano 'legge e ordine'»; G. MARINUCCI, *Riforma o collasso del controllo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1063 ss.; in tal senso G. FORTI, *La riforma del codice penale nella spirale dell'insicurezza: i difficili equilibri tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 39 ss.; cfr. D. GARLAND (trad. a cura di A. Ceretti), *La cultura del controllo, Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Milano, 2004, p. 196 ss.; nonché, sia pure in riferimento ad un istituto specifico, v. M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009, p. 288 s.

[29] G. MARINUCCI, *L'abbandono del codice Rocco*, cit., p. 344; per un quadro ancora attuale dei rapporti tra crisi dello stato sociale, pulsioni repressive e mutazioni del sistema punitivo F. BRICOLA, *Crisi del Welfare State*, cit., p. 1427 ss.; sulla crisi dell'ideale riabilitativo D. GARLAND (trad. a cura di A. Ceretti), *La cultura del controllo*, cit., p. 66.

Nel catalizzare quelle istanze «emotive, regressive e catartiche»[30] che invocano punizioni esemplari – si pensi a parole d'ordine come "tolleranza zero" e *"Three strikes and you're out"* che fanno da sfondo alle istanze di riforma[31] – il modello retributivo appare il tramite più idoneo per tradurre quelle profonde pulsioni repressive in un catalogo di risposte draconiane, rigidamente proporzionali e sottratte ad ogni adeguamento discrezionale da parte del giudice in base alle esigenze del caso concreto.

Sia pure nel dichiarato intento di riportare razionalità e uguaglianza nella prassi commisurativa e abbandonando il termine retribuzione perché considerato peggiorativo, la c.d. teoria del "giusto merito" (*just desert*)[32] stabilisce, in maniera neppure troppo velata, molteplici punti di contatto con le principali coordinate offerte dalle teorie assolute[33].

Affermare che qualcuno "merita" di essere punito, secondo i teorici del *just desert*, significa riconoscere il disvalore della condotta tenuta dal reo e ritenerla una ragione sufficiente per punirlo con l'inflizione di un male («*hard treatment*»)[34]. Ed è proprio all'interno di questo modello repressivo che la proporzione della pena – cardine della teoria retributiva – assume valore primario e diviene il punto di riferimento che, nel ridisegnare profondamente il sistema della giustizia penale, lascia ben poco spazio a considerazioni finalistiche[35]. Se la pena ha come unico scopo quello di esprimere il grado di disapprovazione della società rispetto alla gravità del reato[36], ogni considerazione preventiva legata alla persona del reo – ossia il tramite necessario per restituire alla pena compiti sociali ed umanitari – risulta inevitabilmente oscurata.

In termini analoghi, si sostiene la necessità che il diritto penale torni a muoversi in un orizzonte metafisico, dove «la pena [...] non è solo uno strumento di

---

[30] D. GARLAND (trad. a cura di A. Ceretti), *op. ult. cit.*, p. 28.

[31] Sul punto v. A. DELLA BELLA, *Three Strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 832 ss.; E. GRANDE, *Il terzo strike, La prigione in America*, Palermo, 2007. Per un quadro delle spinte verso un diritto penale come strumento in grado di soddisfare richieste di sicurezza e pulsioni repressive v. HASSEMER, *Freiheitliches Strafrecht*, Berlino, 2001, pp. 165 ss. e 215 ss.; sul punto v. anche G. MANNOZZI, *La giustizia*, cit., p. 57 s., la quale mette in rilievo il fatto che la riscoperta degli interessi della vittima ha talvolta veicolato il «rafforzamento di una politica "legge e ordine"».

[32] A. VON HIRSCH, *Censure and Sanction*, Oxford, 1993; ID., *Doing Justice. The choice of Punishment*, New York, 1976, p. 45 s.

[33] L. MONACO, C.E. PALIERO, *Variazioni in tema di "crisi della sanzione": la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 453.

[34] A. VON HIRSCH, *op. ult. cit.*, p. 46.

[35] Cfr. L. EUSEBI, *La "nuova" retribuzione*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 93 ss.; G. MANNOZZI, *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione della pena*, *Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano*, Padova, 1996.

[36] A. VON HIRSCH, *Censure*, cit., p. 31 s.

conservazione dell'identità sociale, ma la conservazione stessa», ossia il mezzo con il quale ricostruire, «a livello comunicativo, la validità della norma violata»[37]. Sebbene si nasconda dietro un approccio funzionalista, tale orientamento rievoca un'idea di pena come «negazione della negazione del diritto»[38].

Una tale riproposizione della teoria retributiva, nel rimuovere qualsiasi considerazione finalisticamente orientata, svuota il sistema della giustizia penale di ogni obiettivo razionale, per ridurre la pena ad un mero strumento di autoconservazione[39]. Ed è proprio in coincidenza con le tendenze neo-retribuzioniste che si registra un rinnovato rigore punitivo in tutta l'Europa occidentale. Se negli anni Settanta si era affermata la tendenza a ridurre l'area del penalmente rilevante, gli ultimi decenni sono caratterizzati da quella che è stata definita come «la strategia della segregazione punitiva»[40].

In Italia, le tentazioni neo-retribuzioniste sembrano aver trovato parziale riconoscimento nel progetto Nordio. Nel recepire «i principi della retribuzione relativi alla correlazione tra la gravità del delitto ed il grado della colpevolezza e la conseguente severità della sanzione», la Commissione Nordio ha palesato «l'esigenza di garantire al massimo grado il rispetto del criterio di proporzione tra reato e sanzione», facendo ricorso «a un'*unità di misura* edittale della gravità del reato [...] di regola rappresentata dalla reclusione»[41]. Una bilancia della giustizia penale così ricostruita sembra, tuttavia, destare profonde perplessità poiché, nella volontà di soddisfare esigenze di proporzionalità tra gravità dell'offesa e intensità della risposta punitiva, è esclusivamente calibrata su un'unica unità di misura: quella pena detentiva che esprime in maniera paradigmatica la risposta in negativo al male del reato.

In questo caso il richiamo alla proporzione diverrebbe l'unico parametro

---

[37] G. JAKOBS, *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1995, p. 843 ss.; ID., *Diritto penale del nemico*, in M. DONINI, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, p. 15. critico anche se orientato in senso retributivo M. PAWLIK, *Person, Subject und Bürger, Zur Legitimation von Strafe*, Berlin, 2004, p. 64 ss.

[38] G.W.F. HEGEL, *Grundlinien*, cit., § 97.

[39] Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 49; sottolinea il carattere retributivo di questa impostazione G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2004, p. 26; cfr. sul punto anche L. EUSEBI, *La pena «in crisi»*, cit., p. 33 ss.

[40] D. GARLAND (trad. a cura di A. Ceretti), *La cultura del controllo*, cit., p. 247 ss.; F.C. SCHRÖDER, *Die neuere Entwicklung des Strafrechts in Deutschland*, in H. KURY, E. KARIMOV (a cura di), *Kriminalität und Kriminalprevention in Länder des Umbruchs*, Bochum, 2006, p. 225 ss.; A. SERRANO-MAILLO, *Punitivität und Gesetzgebung – Die Situation in Spanien*, in H. KURY, E. KARIMOV (a cura di), *Kriminalität und Kriminalprevention in Länder des Umbruchs*, Bochum, 2006, p. 245 ss.; M. TORNY, *Thinking about crime: Sense ans sensibility in American penal culture*, Oxford, 2004, *passim.*

[41] *Introduzione ai lavori della Commissione*, p. 32 s.; in senso critico cfr. T. PADOVANI, *Una introduzione al Progetto di parte generale della commissione Nordio*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2843 ss.

guida per determinare il *quantum* della pena: un parametro di una giustizia immobile «che rende uguali, nell'assoluto negativo, tutte le esistenze» [42].

### 1.3. *Tra natura afflittiva e finalità retributiva della pena*

Da un punto di vista generale, qualsiasi atto sanzionatorio porta con sé un'istanza intenzionalmente afflittiva che concorre a definire i termini del problema penale [43].

Se la pena non sembra poter rinunciare alla sua componente afflittiva e stigmatizzante senza tradire la propria natura specifica [44] – in tal senso la pena viene definita come «l'inflizione di un male da parte dello Stato in risposta ad un comportamento rimproverabile e socialmente dannoso in misura elevata» [45] – tale elemento intrinseco concorre non solo a descrivere i connotati del modello repressivo, ma finisce per incidere sulle finalità da quest'ultimo perseguite. In tal senso, la natura del mezzo utilizzato, nel costituire il *prius* logico rispetto allo scopo, influenza inevitabilmente il fine perseguito [46]. Se la variabile costante del

---

[42] F. GROSS, *Punir c'est rappeler la loi*, in A. GARAPON, F. GROSS, T. PECH, *Et ce sera Justice, Punir en démocratie*, Paris, 2001, p. 137.

[43] C. PEDRAZZI, voce *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, p. 64 ss., ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, *Scritti di parte generale*, vol. 1, Milano, 2003, p. 147 ss.; N. BOBBIO, *Sanzione*, in *Nov. Dig. It.*, vol. XVI, Torino, 1969, p. 533 rileva che «la sanzione, comunque la si intenda, in senso più largo o più stretto, [...] ha sempre a che fare con le misure che un sistema normativo adotta per assicurare quanto più efficacemente possibile la propria conservazione, punendo il male compiuto con un altro male, o rimediando al male col bene»; sul punto si segnala anche la relazione conclusiva della Commissione Holsters, *Tribunaux de l'application des peines, status juridique externe des détenus et fixation de la peine*, Bruxelles, 2003, p. 24, secondo la quale «è inutile presentare la retribuzione come uno degli obiettivi della pena, poiché questa costituisce in realtà una caratteristica intrinseca della pena».

[44] Sul punto v. H. JUNG, *Was ist Strafe?*, Baden-Baden, 2002, p. 16 ss.; cfr. E. DURKHEIM, *La division*, cit., p. 72 definisce le sanzioni penali come quelle «*consistent essentiellement dans une douleur imposé à l'agent, elles sont répressives*» e le distingue da quelle civili. «*Quant à l'autre sorte, elle n'implique pas nécessairement une souffrance de l'agent, mais consiste seulement dans la remise des choses en état, dans le rétablissement des rapports troublés sois leur forme normale, soit que l'acte incriminé de force au type dont il a dévié, soit qu'il soit cumulé, c'est-à-dire privé de toute valeur sociale. On doit donc répartir en deux grandes espèces les règles juridiques, suivant qu'elles ont des sanctions répressives organisées, ou des sanctions seulement restitutives*».

[45] C. ROXIN, *Strafe und Strafzwecke in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in W. HASSEMER, E. KEMPF, S. MOCCIA (a cura di), *Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, In dubio pro libertate*, München, 2008, p. 604 «*Strafe ist eine staatliche Übelzufügung auf Grund eines vorwerfbaren, in erhöhten Maße sozialschädlich Verhaltens*».

[46] N.K. ANDROULAKIS, *Über den Primat der Strafe*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1996, p. 305 «La definizione dello scopo presuppone tuttavia la natura della pena e si orienta in base a quest'ultima, non il contrario», «*Die Zweckbestimmung aber setzt das Wesen der Strafe voraus und richtet sich nach diesem, nicht umgekehrt*»; in tal senso cfr. G. FIANDACA, *sub. Art. 27, c. 3*, cit., p. 235 osserva che «non sarebbe già in partenza possibile prescegliere «modalità

rapporto è l'afflizione improduttiva di una pena pensata in negativo, la finalità perseguita non potrà sganciarsi da questa premessa [47]. In altri termini, la simmetrica corrispondenza tra male senza scopo della pena e offesa prodotta dal reato non può che influire negativamente sui contenuti della risposta al reato e, in ultima analisi, sul condannato [48].

Ritenere che gli istituti giuridici non abbiano un'essenza indipendente dal loro scopo, ma che sia lo scopo a determinare la loro natura [49], è solo in parte condivisibile, dal momento che il carico variabile di costrizione della pena e, dunque, i suoi contenuti effettivi, incidono sulla possibilità di conseguire efficacemente qualsiasi obiettivo di prevenzione [50]. A tal riguardo non sarebbe sufficiente mascherare l'intrinseco valore negativo della pena dietro scopi di prevenzione generale [51] (positiva o negativa), poiché tali finalità non presuppongono necessariamente l'idea di una pena come analogo negativo del reato [52]. È invece

esecutive» volte a migliorare la personalità del reo qualora la sanzione da applicare dovesse risultare, le «tipo» astratto e/o nella «misura», inadatta a favorire l'obiettivo preso di mira».

[47] Cfr. L. EUSEBI, *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1109 ss., il quale osserva: «Dovrebbe peraltro suscitare i più forti dubbi, già sul piano, l'idea che una sanzione imperniata sull'analogia nei confronti del male commesso possa, nondimeno, costituire un bene: come se l'unico elemento fornito dai retribuzionisti per lo strutturarsi della sanzione in concreto – il suo corrispondere simmetricamente al male del reato – non influisca, in senso negativo, sui contenuti della pena e non incida sul loro mancato orientamento reale al bene del condannato» (p. 1112).

[48] Cfr. L. ESUSEBI, *Giustizia conciliativa*, cit., p. 59.

[49] C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 89; ID., *Strafe und Strafzwecke*, cit., p. 606.

[50] Cfr. C.E. PALIERO, *La mediazione penale*, cit., p. 133 sottolinea la tendenza «a risolvere il fine nel mezzo», indipendentemente da una verifica empirica circa la congruenza di quel mezzo al fine perseguito; cfr. F. NIETZSCHE, *Genealogia*, cit., p. 68 «Per tornare all'argomento, vale a dire alla *pena*, occorre distinguere in essa due cose: da un lato, la sua relativa *durevolezza*, l'uso, l'atto, il «dramma», una certa rigorosa successione di procedure, dall'altro, la sua *fluidità*, il significato, lo scopo, l'attesa, che si connette all'esecuzione di tali procedure».

[51] La considerazione in base alla quale la teoria retributiva [sarebbe] in realtà una teoria generalpreventiva mascherata potrebbe essere qui letta, invertendo i termini del rapporto, nel senso che questo modello di prevenzione generale finisce per essere una teoria retributiva mascherata; in tal senso B. HAFFKE, *Problemaufriss; Die Bedeutung der sozialpsychologischen Funktion der Schuld und Schuldunfähigkeit für die strafrechtliche Schuldlehre*, in W. HASSEMER, K. LÜDERSSEN, *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, München, 1978, p. 168.

[52] Cfr. L. EUSEBI, *Appunti critici*, cit., p. 1168, «non è affatto indiscutibile che la necessità di concretizzare il giudizio di disapprovazione sociale su determinati comportamenti giuridici debbano trovare espressione nella entità materiale di una pena che sia inflitta quale *analogo negativo* del reato commesso». In altri termini, sottolinea l'A. «l'espressione del giudizio sul reato *non necessita* affatto di realizzarsi attraverso il *quantum* di pena, e segnatamente di una pena intesa a riprodurne la negatività»; sul punto in termini analoghi, K. GÜNTHER, *Die Symbolisch-expressive Bedeutung*, cit., p. 219 afferma che per censurare il disvalore della condotta criminosa in senso simbolico-espressivo (con carattere di prevenzione generale positiva) non è necessario infliggere al reo un male; critico sul punto K. KÜHL, *Zum Missbilligungscharakter der Strafe*, in J. ARNOLD (a

quella fallace corrispondenza naturale tra pena e reato, che proviene dalla concezione retributiva, ad aver forgiato, in modo apparentemente immutabile, i contenuti della risposta sanzionatoria, rimanendo immune a «considerazioni politico criminali di tipo finalistico-preventivo»[53].

Qualche spunto interessante che sia in grado di mettere in evidenza il complesso rapporto tra componente afflittiva e finalità retributiva della pena può essere tratto dalla giurisprudenza costituzionale italiana e straniera, nonché dalle pronunce della Corte Europea di Diritti dell'Uomo.

Il carattere afflittivo ed infamante della pena costituisce uno dei criteri di natura sostanziale che la Corte Suprema degli Stati Uniti utilizza per distinguere le sanzioni penali da altri forme sanzionatorie[54].

Al di là della qualificazione data dal legislatore, la Corte Suprema ritiene, infatti, che il tratto caratterizzante della pena sia «l'inflizione di una sofferenza» (si parla di *«infliction of pain»*[55]*, «restraining and inflicting appreciable physical pain»*[56]*, «unpleasant consequences»*[57]).

In termini analoghi la Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'assumere una prospettiva che privilegia la tutela dei diritti fondamentali delle vittime, ridefinisce spesso l'area del penalmente rilevante, ricorrendo a valutazioni che, indipendentemente dalle etichette attribuite dai legislatori nazionali, indagano la natura sostanziale delle risposte punitive. Nel riconoscere l'estensione delle garanzie offerte dalla Convenzione, la Corte fa esplicitamente riferimento al carattere repressivo e infamante per stabilire la natura penale della sanzione[58]. Anche sul piano degli obiettivi perseguiti, la Corte ritiene che, nella sua duplice veste retributiva e preventiva, la pena avrebbe «uno scopo al contempo preventivo, dissuasivo e repressivo»[59].

---

cura di), *Menschenrechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München, 2005, p. 149 ss.

[53] L. EUSEBI, *La "nuova" retribuzione*, cit., p. 94 osserva altresì che «la struttura retributiva della sanzione finisce inevitabilmente [...] per condizionare in modo determinante la funzione effettivamente svolta dalla pena nei confronti dell'agente e della collettività».

[54] Cfr. M. VAN DE KERCHOVE, *Le sens de la peine dans la jurisprudence de la Cour suprême des Ètats-Unis*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2008, p. 1 ss.; A. SCERBO, *Culture e discipline costituzionali in tema di pena: Italia, Stati Uniti e Canada a confronto*, in *Quest. giust.*, 2010, p. 152 ss.

[55] *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976); *Estelle v. Gamble*, 429 U.S. 97 (1976).

[56] *Ingraham v. Wright*, 430 U.S. 651 (1977).

[57] *De Veau v. Braisted*, 363 U.S. 144 (1960).

[58] M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non-sense*, cit., p. 475 ss.

[59] Corte EDU, 21 febbraio 1984, *Özturk c. Germania*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894 ss.; Corte EDU, 25 agosto 1987, *Lutz c. Germania*; Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi* dove si afferma che la pena consiste in un male inflitto *«à titre rèpressif»* (a titolo repressivo); Corte EDU, 9 ottobre 2003, *Ezeh e Connors c. Regno Unito «objectif à la fois dissuasif et punitif»*; *Corte EDU*, 13 dicembre 2005, *Nilsson c. Svezia.*

Una chiara componente di stampo retributivo sembra echeggiare nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in relazione a quel nucleo di diritti dinanzi ai quali sorgerebbero obblighi positivi di tutela penale a carico degli Stati [60]. Senza voler entrare in un tema tanto delicato e complesso, basterà qui rilevare che la posizione espressa dalla Corte, in base alla quale solo l'inflizione di una pena può costituire un'adeguata riparazione degli interessi della vittima, segnala il ritorno ad un'idea di pena che si colora di vendetta [61].

Il fatto che solo una pena "giusta", perché proporzionata alla gravità della violazione, possa offrire un corretto ristoro alla vittima, sia sul piano simbolico sia su quello psicologico, finisce per attribuire alla pena un fondamento retributivo, sia pure non esclusivo [62]. Incentrata com'è sulla salvaguardia a tutto campo delle vittime, la concezione della pena proposta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo segnala una fatale deriva neo-retribuzionista che non solo oscura completamente la persona del reo dietro lo schermo di un simbolismo reintegratorio-satisfattivo, ma sacrifica i compiti sociali che dovrebbero modellare l'intero sistema repressivo per privilegiare il bisogno di punizione proveniente dalla vittima [63]. A tal riguardo vale la pena di osservare che questa concezione

---

[60] Per tutti sul punto v. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 2645 ss.

[61] Cfr. F. VIGANÒ, *op. ult. cit.*, pp. 2656, 2693 «L'attribuzione alla pena di una *funzione* così scopertamente *riparatoria* non è, evidentemente, aproblematica. L'intera riflessione moderna sulle funzioni della pena come alternativa alla pena privata (e, prima ancora, alla vendetta) sembra voler espungere dal suo orizzonte la vittima, la cui tutela dovrebbe essere assicurata da strumenti distinti, *in primis* dalla riparazione del danno in sede civilistica»; in una prospettiva più ampia v. L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1760 ss.

[62] Cfr. Corte EDU, 1.6.2010, *Gäfgen c. Germania*, *«la Cour estime de manière constante que deux mesures s'imposent pour que la réparation soit suffisante. Premièrement, les autorités de l'Etat doivent mener une enquête approfondie et effective pouvant conduire à l'identification et à la punition des responsables (voir, entre autres, Krastanov, précité, § 48; Çamdereli c. Turquie, n° 28433/02, §§ 28-29, 17 juillet 2008; et Vladimir Romanov, précité, §§ 79 et 81)»* (§ 116); *«Néanmoins, une condamnation à des amendes quasiment symboliques respectivement de 60 et 90 versements journaliers de 60 euros et 120 euros, assortie du sursis qui plus est, ne saurait être tenue pour une réaction adéquate à une violation de l'article 3, même si on la situe dans la pratique de l'Etat défendeur en matière de condamnation. Pareille sanction, manifestement disproportionnée à une violation de l'un des droits essentiels de la Convention, n'a pas l'effet dissuasif nécessaire pour prévenir d'autres transgressions de l'interdiction des mauvais traitements dans des situations difficiles qui pourraient se présenter à l'avenir.»* (§ 124); cfr. Corte EDU, 17 luglio 2008, *Camardel c. Turchia.*

[63] Cfr., ad esempio, Corte EDU, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, dove la Corte afferma che *«les objectifs de prévention et de réparation se concilient avec celui de répression et peuvent être considérés comme des éléments constitutifs de la notion même de peine»*; sul punto v. V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, p. 63 s., il quale osserva che «questa [...] direttrice funzionale, a ben guardare, è molto affine a quella proposta dalle teorie neo-retribuzionistiche; ed esattamente come nell'ottica neoretribuzionistica, anche la «pena europea» *si disinteressa apertamente del reo*».

riparativa e satisfattiva della pena, che accoglie integralmente un'impostazione politico-criminale vittimocentrica, rischia di fungere da copertura retorica per distorsioni populistiche degli strumenti sanzionatori. Distorsioni populistiche dinanzi alle quali qualsiasi modello di condotta reintegratoria deve muoversi con cautela [64].

Ma torniamo ai rapporti tra teoria retributiva e carattere afflittivo della pena.

La considerazione in base alla quale la pena è caratterizzata da una componente repressiva che, oltre a descriverne la natura, plasma anche le finalità da quest'ultima perseguite, trova conferma nelle ricostruzioni teoriche operate dai giudici costituzionali di diversi Paesi europei.

A tal riguardo la Corte costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*), pur non essendo riuscita ad individuare un criterio di distinzione sostanziale in grado di cogliere l'essenza della pena e non prendendo posizione sul significato e le finalità della pena, ha più volte ribadito che «ogni pena è, per sua natura, retribuzione mediante inflizione di un male» (*«Zufügung eines Übels»* [65]). Sempre secondo la Corte, «l'intervento punitivo statale viene tradizionalmente inteso come un male, che viene inflitto come giusta retribuzione per una condotta antigiuridica, colpevole e sottoposta a minaccia di pena dalla legge. Un male che esprime la disapprovazione pubblica del fatto» [66].

Anche quando la Corte sembra privilegiare considerazioni di prevenzione generale positiva ed afferma che la pena non può autolegittimarsi, è pur sempre presente un carattere retributivo: «con la pena si retribuisce un comportamento etico-sociale sbagliato ed antigiuridico. Il male della pena inflitto al reo deve equiparare la violazione colpevole della norma; ciò è espressione della giustizia retributiva [...]» [67].

---

[64] Cfr. F. PALAZZO, *Giustizia riparativa*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia*, cit., p. 67.

[65] BVerfGE 22, 132 *«Jede Kriminalstrafe ist ihrem Wesen nach Vergeltung durch Zufügung eines Übels»*; analogamente BVerfGE, 39, 57 in base alla quale la pena è retribuzione per il fatto commesso; più in generale sul punto v. BVerfGE 45, 253 dove si legge che «la Corte costituzionale si è occupata del senso e del potere punitivo dello Stato, senza prendere posizioni di principio sulle teorie della pena presentate in dottrina»; in dottrina cfr. K. VOLK, *Der Begriff der Strafe in der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *Zeitschift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1971, p. 405 ss. ripercorre in senso critico i tentativi della Corte costituzionale tedesca di individuare nell'inflizione di un male un criterio sostanziale valido a distinguere la pena da altre risposte sanzionatorie.

[66] BVerfG, 5.2.2004, 2 BvR 2029/01, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, p. 739 ss., «*Staatliches Strafen wird herkömmlich als ein Übel verstanden, das als gerechter Ausgleich für eine rechtswidrige, schuldhafte und vom Gesetz mit Strafe bedrohte Handlung auferlegt wird und die öffentliche Missbilligung der Tat zum Ausdruck bringt (vgl. BVerfGE 105, 135 <153>)*».

[67] BVerfG, 14.1.2004, 2 BvR 564/95, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, p. 2073 ss., «*Mit der Strafe wird ein rechtwidriges sozial-ethisches Fehlverhalten vergolten. Das dem Täter auferlegte Strafübel soll den schuldhaften Normverstoß ausgleichen; es ist Ausdruck vergeltender Gerechtigkeit*

Da ultimo lo stesso Giudice costituzionale tedesco ha messo in rilievo che «lo scopo della pena detentiva consiste principalmente nell'inflizione di un male come reazione ad un comportamento colpevole, il quale – al di là di ulteriori possibili scopi della pena, che la Costituzione non esclude – serve a compensare la colpevolezza» [68]. E ancora: «la pena, a differenza di pure misure preventive, si contrassegna per il fatto che – anche se non esclusivamente – persegue la repressione e la retribuzione del comportamento giuridicamente vietato» [69].

In termini analoghi questa concezione trova conferma nella giurisprudenza di legittimità (*Bundesgerichtshof*), in base alla quale «la pena, dal punto di vista contenutistico, non può distaccarsi né verso l'alto né verso il basso dalla sua individuazione come giusta retribuzione della colpevolezza» [70].

Sia pure non in via esclusiva, il fondamento retributivo della pena riceve, dunque, un esplicito riconoscimento proprio sul piano delle finalità.

In maniera per certi aspetti più ambigua, perché priva di una chiara definizione dei rapporti tra le varie finalità della pena e, più in particolare, in assenza di un'univoca scala di valore tra i differenti scopi, si esprime la Corte costituzionale italiana [71]. Ribadendo una formula ormai consolidata, che scolpisce la concezione polifunzionale della pena, la Corte ha sancito che «tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena – da un lato, quella di prevenzione generale e difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retributività, e, dall'altro, quelle di prevenzione speciale e di rieducazione, che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo – non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione. Il legislatore può cioè, nei limiti della ragionevolezza, far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata» [72]. Anche

---

*[...]*»; v. anche BVerfGE 72, 114 «*dass Strafe unter der Herrschaft des Grundgesetzes niemals selbstzweck sein darf*».

[68] BVerfG, 4.5.2011, 2 BvR 2365/09, in *www.bundesverfassungsgericht.de*, «*Der Zweck der Freiheitsstrafe besteht dementsprechend vornehmlich in einer repressiven Übelszufügung als Reaktion auf schuldhaftes Verhalten, welche – jenseits anderer denkbarer zusätzlicher Strafzwecke, die die Verfassung nicht ausschließt – dem Schuldausgleich dient (BVerfGE 109, 133 <173>)*».

[69] BVerfGE 95, 140.

[70] BGHSt, 24, 134 «*Von ihrer Bestimmung als gerechter Schuldausgleich darf sich die Strafe weder nach oben noch nach unten inhaltlich lösen*».

[71] G. FIANDACA, *Scopi della pena*, cit., p. 131.

[72] Cfr. Corte Cost., 10 giugno 2011, n. 183, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3711; negli stessi termini, Corte Cost., 21 giugno 2006, n. 257; Corte Cost., 11 giugno 1993, n. 306 in tema di restrizioni ai benefici penitenziari per detenuti appartenenti alla criminalità organizzata che decidano di non collaborare con la giustizia; sulla concezione polifunzionale della pena elaborata dalla Corte v. anche Corte Cost., 4 febbraio 1966, n. 12, sulla legittimità costituzionale della pena pecuniaria; Corte Cost., 7 novembre 1974, n. 264, sulla legittimità costituzionale dell'ergastolo; Corte Cost.,

nelle pronunce della Corte che sembrano distaccarsi dalla classica concezione polifunzionale della pena per privilegiare esigenze di prevenzione speciale, afflittività e retributività della pena vengono ritenuti «profili che riflettono quelle condizioni minime, senza le quali la pena cesserebbe di essere tale»[73]. In altre parole, prosegue la Corte, «non può negarsi che, indipendentemente da una considerazione retributiva, *la pena* abbia necessariamente anche caratteri in qualche misura afflittivi».

### 1.4. *La proporzione retributiva: limite garantista o blocco epistemologico?*

Indissolubilmente ancorato alla concezione retributiva, il principio di proporzionalità della pena rappresenta ancora oggi, tra luci e ombre, un punto di riferimento nel dibattito sulle teorie della pena. Come già messo in evidenza, solo l'idea retributiva sarebbe in grado di fornire un criterio idoneo a limitare, in senso garantistico, l'intervento punitivo[74].

Solo un sistema nel quale l'intensità della pena rispetti il limite gerarchicamente sovraordinato della proporzione potrebbe essere ritenuto rispettoso dei diritti fondamentali della persona e meritevole di riconoscimento da parte dei consociati[75]. Se così non fosse, il sistema sanzionatorio si presterebbe a torsioni contrarie al rispetto delle dignità umana[76].

E ciò perché il criterio di individuazione della pena adeguata sviluppato da qualsiasi teoria preventiva è strutturalmente legato al perseguimento di uno scopo. Sia che si tratti della risocializzazione del reo, sia che si perseguano effetti dissuasivi nei confronti di possibili autori di reato, solo il raggiungimento dello scopo preventivo sarebbe in grado di individuare la misura della risposta puniti-

---

24 giugno 1970, n. 124, nella quale la Corte precisa che la finalità di rieducazione deve essere contemperata con il carattere afflittivo e intimidatorio della pena.

[73] Corte Cost., 26 giugno-2 luglio 1990, n. 313 dove peraltro si afferma 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»; sul punto cfr. G. FIANDACA, G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, p. 40 ss.; nonché E. GALLO, *L'evoluzione del pensiero della Corte costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 3204.

[74] G. FIANDACA, *sub Art. 27, c. 3*, cit., p. 265; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 72; in tal senso anche Bundesverfassungsgericht, 21 giugno 1977, 1 BvL 14/76, in *BVerfGE*, 45, 228; negli stessi termini Bundesverfassungsgericht, 14 gennaio 2004, 2 BvR 564/95, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, p. 2073; Cfr. anche H.L.A. HART, *Prologomena zu einer Theorie der Strafe*, in H.L.A. HART (a cura di), *Recht und Moral*, 1971, p. 58 ss.

[75] Così M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, p. 143. Cfr. H.-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., p. 67.

[76] G. FIANDACA, *sub Art. 27, c. 3*, cit., p. 328.

va. I punti di riferimento per determinare la pena proporzionata non sarebbero più agganciati ad un parametro misurabile come quello stabilito dal disvalore (in termini di gravità e colpevolezza) del fatto, ma sarebbero le stesse esigenze di prevenzione speciale o generale ad orientare la pena [77].

In tal senso la Corte costituzionale ha affermato che «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» [78]. Analogamente la Corte, nel ritenere costituzionalmente legittima una comminatoria edittale fissa, quando quest'ultima sia ragionevolmente proporzionata all'intera gamma di disvalore dei fatti riconducibili a un reato, aveva già chiarito che «l'uguaglianza di fronte alla pena viene a significare, in definitiva, "proporzione" della pena rispetto alle "personali" responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguano, svolgendo una funzione che è essenzialmente di giustizia e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statuale» [79].

L'idea regolativa offerta dalla proporzione retributiva pare, tuttavia, fondarsi su un impianto teorico che, essendo privo di basi scientifiche [80], non è del tutto immune, al pari delle teorie relative, da distorsioni in senso repressivo. Essendo rimesso a valutazioni convenzionali di disvalore che, oltre a non essere verificabili né falsificabili, dipendono dal contesto legislativo e culturale di riferimento, il vincolo proporzionale tra gravità del reato e della pena non sembra sempre in grado di assicurare maggiori garanzie o limiti più solidi al potere punitivo dello Stato di quanto non possa fare un sistema orientato in base ad esigenze risocializzative [81]. E ciò specialmente nel caso in cui la finalità risocializzativa si con-

---

[77] F. MANTOVANI, *La «perenne crisi»*, cit., p. 1175 rileva che l'ingresso di finalità di prevenzione speciale nel dibattito sulle teorie della pena pone in crisi l'irrinunciabile carattere garantista segnato dalla proporzionalità.

[78] Corte Cost., 17-25 maggio 1989, n. 282.

[79] Corte Cost., 2 aprile 1980, n. 50.

[80] M. DONINI, *Per una concezione*, p. 1174 ss.

[81] Cfr. L. EUSEBI, *Quale oggetto dell'abolizionismo penale? Appunti nel solco di una visione alternativa della giustizia*, in *Studi sulla questione criminale*, 2011, p. 87 il quale rileva che, in realtà, l'efficacia di un'idea di una pena, che riproduca analogicamente la negatività del fatto antigiuridico e colpevole, è solo apparente; in senso diverso v. M. DONINI, *Le logiche del pentimento*, cit., p. 913, il quale ritiene che «senza proporzione verrebbe meno l'idea di giustizia. Se in diverse società si utilizzano metri diversi, questa non è una ragione sufficiente per buttare via il metro che abbiamo oggi, qui e ora, e dire che andrebbe soppiantato, in termini di garanzia per l'imputato, da "una nuova prevenzione". Alternative a una qualche unità di misura non esistono: e noi sappiamo che essi sono un limite alla ragione strumentale» (nota n. 34); a tal riguardo v. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 403 osserva che «per quanto basati su riferimenti empirici, [...] i giudizi di «gravità» o «tenuità» di un fatto suppongono sempre [...] valutazioni soggettive non verificabili né falsificabili»; cfr. anche V. MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982, p. 183 s. osserva che «la differenza [...] tra la pena adeguata alla colpevolezza, che rappre-

fronti con un obiettivo pragmatico minimo: non solo ridurre i costi sociali e umani causati dal reato nei confronti della vittima, ma anche nei confronti del reo, cercando di offrire a quest'ultimo gli strumenti per condurre la propria esistenza senza commettere ulteriori reati [82]. Più che un comportamento conforme alla legge e uno sforzo volto ad apprezzare gli interessi lesi non può essere richiesto in una società democratica, che deve rimanere il più possibile neutrale rispetto alle scelte di valore operate dagli individui [83].

Al contrario, dinanzi ad una giustizia penale in perenne stato di emergenza, le più profonde pulsioni repressive, che danno voce ad irrazionali bisogni di sicurezza, possono trovare e di fatto trovano spesso sostegno in ragioni riconducibili alla proporzione retributiva. Specie all'interno della corrente neo-retribuzionista la ricerca di una pena quanto più proporzionata viene lasciata in balia delle più incontrollate ed isteriche richieste di punizione vendicativa provenienti dall'opinione pubblica. Se, da un lato, non sembra possibile individuare, se non facendo riferimento alle Carte dei diritti, un criterio di salvaguardia in grado di arginare eventuali abusi ed arbitri del potere punitivo, dall'altro lato, ogni concezione teorica è potenzialmente idonea a legittimare eccessi repressivi [84].

Vi è poi un secondo aspetto ancora più rilevante. Al di là delle indispensabili e ragionevoli esigenze di indicare un limite garantista della risposta punitiva oltre il quale l'intervento repressivo non può spingersi, il principio di proporzione elaborato dalla concezione retributiva, nel continuare ad evocare una pena pensata in termini negativi, come sottrazione improduttiva del tempo di vita, sembra costituire un vero e proprio blocco epistemologico rispetto alla ricerca di forme e modi di risposta al reato [85]. In tal senso la pena continua a rappresentare il prezzo corrispondente al giusto merito [86]. E non è un caso che il principio di proporzionalità della pena sia nato in concomitanza con l'affermarsi della pena detentiva, la cui frazionabilità la rende particolarmente funzionale ad esigenze di

---

senta un elemento integratore della prevenzione generale, e la pena con finalità (anche) general-preventiva fissata secondo il 'criterio modale interno' della proporzionalità retributiva [...] diventa allora sottilissima. Ciò si comprende ancor più chiaramente quando si rifletta che il metro di misura utilizzato nelle due concezioni è praticamente uguale: la giustizia della pena non deriva da leggi assolute, ma varia in relazione ai tempi ed ai luoghi secondo il livello che la collettività percepisce come tale».

[82] TÖRNUDD, *Setting Realistic Policy Goals*, in *Facts, Values and visions, Essays in Criminological and Crime Policy*, Helsinki, 1996.

[83] N.A. LEYENDECKER, *(Re)Sozialisierung und Verfassungsrecht*, Berlin, 2002, p. 35 ss.

[84] Cfr. M. DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., p. 167; nonché G. VASSALLI, *Funzioni ed insufficienze*, cit., p. 344.

[85] Cfr. L. EUSEBI, *Ripensare*, cit., p. 4938 ss. rileva che la pena è pensata come una risposta ad analogo contenuto negativo, a danno del reo «e in forma tale che le sue caratteristiche essenziali siano desunte da quelle del fatto illecito, in modo da esprimerne la gravità».

[86] Così L. EUSEBI, *La "nuova" retribuzione*, cit., 104.

graduazione[87]. Sono proprio le istanze di eguaglianza e omogeneità nate nell'Illuminismo, in contrapposizione all'arbitrio e alla violenza del sistema penale precedente, a trovare nella pena detentiva un punto di riferimento indispensabile[88]. Un punto di riferimento fondamentale in quel periodo storico che oggi assume, tuttavia, i connotati di una limitazione ideologica: il *quantum* proporzionato (in astratto o in concreto) di privazione della libertà diventa l'unità di misura dell'intero sistema punitivo. La pena detentiva "giusta", oltre a fungere da corrispettivo "mistico" per ogni tipologia di reato, costituisce il rigido punto di riferimento per il ricorso a strumenti alternativi al carcere o benefici penitenziari, quando, invece, si potrebbe far dipendere la loro applicazione, già prevista dalla comminatoria edittale, dal potere discrezionalmente vincolato del giudice, in base a criteri legislativi che nulla abbiano a che fare con un parametro inconferente come la durata della pena detentiva.

E ancora: il corrispettivo in libertà da sottrarre è l'indicatore del premio derivante dalla rinuncia alle garanzie processuali; segna addirittura, con reciproche interazioni distorsive, i limiti all'utilizzo di istituti processuali come, ad esempio, le misure cautelari e le intercettazioni.

Per soddisfare il vincolo di proporzione, la risposta sanzionatoria, oltre a rispettare il limite quantitativo indicato dal rapporto tra reato e pena, *sembra potersi esprimere solo riproponendo, anche sul piano qualitativo, in termini di durata della pena detentiva, tutta la carica negativa generata dal reato*. "Congruo" ed "adeguato" divengono, in tal modo, aggettivi che descrivono non tanto la misura, quanto gli stessi contenuti della pena[89]. In breve: il principio di proporzionalità, pur continuando a costituire un parametro garantista della misura della pena, sembra costituire altresì un rigido vincolo al suo contenuto.

In tal senso sembra indicativa la concezione polifunzionale elaborata dalla Corte costituzionale che, nel privilegiare strumentalmente ora l'uno ora l'altro scopo della pena, continua a fare riferimento ad una finalità retributiva che va al di là del mero limite quantitativo-proporzionale, anche quando fa dialogare le

---

[87] L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 395 segnala che «non a caso il principio [di proporzionalità] si viene affermando dapprima nel codice leopoldino del 1786 e poi in quello napoleonico del 1810 e in tutti i successivi condivi ottocenteschi, simultaneamente al progressivo declino delle pene corporali e all'introduzione delle pene detentive come pene principali».

[88] F. PALAZZO, *Bene giuridico*, cit., p. 209.

[89] L. EUSEBI, *La riforma del sistema*, cit., p. 22 osserva che «la salvaguardia della dignità di chi subisca una pena, ma anche il contenimento degli oneri ad essa correlati, dipendono [...] dal tipo di politica criminale che si scelga di perseguire, cioè dai contenuti e dagli obiettivi che a quest'ultima vengano assegnati, e non dall'idea assai curiosa secondo cui la pena dovrebbe svolgere funzioni preventive nei limiti (quali?) della compensazione retributiva»; L. EUSEBI, *La "nuova" retribuzione*, cit., p. 94 osserva altresì che «la struttura retributiva della sanzione finisce inevitabilmente [...] per condizionare in modo determinante la funzione effettivamente svolta dalla pena nei confronti dell'agente e della collettività».

finalità della pena per individuare, di volta in volta, un punto di equilibrio [90].

In ultima analisi, la proporzione retributiva, dietro a quello che dovrebbe essere un «*criterio modale interno all'attività punitiva*» [91], nasconde la radicata convinzione che solo l'inflizione di una risposta di contenuto negativo al reo – espresso in modo paradigmatico dalla ben poco garantista pena detentiva – possa adeguatamente mostrare la simmetria tra reato e pena [92]. Come è stato efficacemente osservato, «il diavolo loico pesa razionalmente i peccati, ma tormenta poi i peccatori [...] in modo assai meno razionalizzabile» [93].

### 1.4.1. *Il principio di proporzionalità della pena tra determinazione in astratto...*

Già sancito dalla *Magna Charta Libertatum* del 1215 [94], il principio di proporzionalità della pena, a partire dalle teorizzazioni elaborate durante l'Illuminismo [95], trova primaria e fondamentale espressione nelle comminatorie edittali. Alla base di un modello costruito sulle comminatorie edittali, la cui duplice funzione è quella di assicurare certezza del diritto e di stabilire, al contempo, un primo limite garantista alla potestà punitiva dello Stato, vi è, infatti, l'esigenza di determinare rapporti di corrispondenza o congruità tra gravità dei reati e astratte risposte punitive.

Punto di equilibrio fra legalità e individualizzazione della pena, il sistema

---

[90] Cfr., fra le molte, Corte Cost., 10 giugno 2011, n. 183; Corte Cost., 21 giugno 2006, n. 257; Corte Cost., 11 giugno 1993, n. 306; sul punto v. G. FIANDACA, *Scopi della pena*, cit., p. 136.

[91] M. ROMANO, *Prevenzione generale*, p. 161; F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale*, in M. DE ACUTIS, G PALOMBARINI, *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, *Atti del Convegno, Abano terme, 10-12 dicembre 1982*, Padova, 1984, p. 3 ss.; ora anche in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I/II, 1997, p. 1516.

[92] Cfr. L. EUSEBI, *Profili della finalità conciliativa*, cit., p. 1125 mette in rilievo che «la portata garantistica della formalizzazione retributiva è ampiamente fittizia: sia perché non è in grado di definire a priori [...] il rapporto di proporzionalità fra reati e pene, sia perché implica un approccio radicalmente riduzionistico nei confronti dell'agente di reato».

[93] Così D. PULITANÒ, *Ragionevolezza*, cit., p. 57.

[94] L'art. 20 stabiliva infatti che «*Liber homo non amercietur pro parvo delicto, nisi secundum modum delicti; et pro magno delicto amercietur secundum magnitudinem delicti, salvo contenemento suo [...]*».

[95] Per un'ampia analisi sul punto cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 395 ss.; C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, «Quelle pene dunque e quel metodo di infliggere deve essere prescelto che, serbata la proporzione, farà un'impressione più efficace e più durevole sugli animi degli uomini, e la meno tormentosa sul corpo del reo» (§ XII, p. 29); «Un altro principio serve mirabilmente a stringere sempre più l'importante connessione tra 'l misfattore la pena, cioè che questa sia conforme quanto più si possa alla natura del delitto» (§ XIX, p. 47); «Perché ogni pena non sia una violenza di uno o di molti contro un privato cittadino, deve essere essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata a' delitti, dettata dalle leggi» (§ XLVII, p. 97).

fondato sulle cornici edittali dovrebbe, da un lato, rispecchiare la scala di valore dei differenti beni giuridici tutelati dall'ordinamento e, dall'altro, consentire di tracciare «un reticolo di proporzioni differenziate per ciascuna fattispecie rispetto alle altre che compongono il sistema» [96].

Si delineano in tal modo due differenti versioni del concetto di proporzione non sempre facilmente distinguibili. Mentre la prima utilizza come parametro di valutazione il valore in sé dell'interesse tutelato e cerca di stabilire un legame ideale tra disvalore astratto del reato e pena, la seconda fa, invece, riferimento ad una nozione di proporzione relativa che, nel fungere da logica interna al sistema repressivo, consente di effettuare un giudizio comparativo tra i differenti livelli di intensità della risposta sanzionatoria previsti dalle singole fattispecie di reato [97].

Se la prima evoca un parametro di giustizia assoluta che non può essere individuato [98] – come è stato, infatti, osservato «nessuno può stabilire quale sia, o possa essere, la pena «proporzionata» del furto, e della rapina, e della violenza carnale, e così via dicendo» [99] –, la seconda si confronta con un complesso di

---

[96] T. PADOVANI, *La disintegrazione*, p. 437 s.; sulla necessità che «la graduazione, per specie e quantità, delle pene edittali dovrebbe riflettere una scala di gravità dei reati» v. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena, la pena detentiva*, cit., p. 131; sul punto v. G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 357 ss. L'A. riprende gli studi criminologici svolti per individuare un indice di gravità del reato ed indica il valore di tali ricerche empiriche nell'individuazione di canoni di proporzionalità «sia con riguardo alle sanzioni edittali previste dalle varie fattispecie incriminatrici [...], sia in relazione ai criteri di commisurazione della pena astrattamente predeterminati dalla legge e in concreto adottati dal giudice»; v. anche C.E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda*, cit., p. 557 che analizza il modello proposto dalla teorici del *just desert* per la costruzione di una scala di risposte sanzionatorie suddivise per fasce di gravità del reato; V. MILITELLO, *Prevenzione generale*, cit., p. 6. Cfr. R. VON JHERING (trad. a cura di M.G. LOSANO), *Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972, p. 346 osserva che «ponendo da un lato i beni sociali e dall'altro le pene, si ottiene la scala di valori di una società».

[97] Cfr. L. EUSEBI, *La "nuova" retribuzione*, cit., p. 94 osserva che il criterio di proporzione deve «necessariamente fare riferimento ad un parametro esterno alla pura logica della proporzione. E tale parametro non può che avere natura contingente, quindi relativa»; per un approfondimento del tema v. C. PONGILUPPI, *Le cornici edittali al banco di prova di un sistema sanzionatorio differenziato*, 2007, p. 956 ss.; A. VON HIRSCH**,** *Censure*, cit., p. 18.

[98] Cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 34 «i termini della proporzione non possono identificarsi *a priori* con la pena e il reato, secondo lo schema rigidamente retributivo»; M. DONINI, *Le logiche del pentimento*, cit., p. 902 s.

[99] T. PADOVANI, *op. ult. cit.*, p. 446; a tal riguardo basterà pensare alla fattispecie di furto: pur rappresentando una delle più tradizionali ed al contempo statisticamente più frequenti forme di incriminazione, riceve un trattamento sanzionatorio molto differenziato nei vari ordinamenti europei. Solo a titolo esemplificativo, in Finlandia le ipotesi bagatellari di furto sono punite con la sola pena pecuniaria, il furto semplice con la pena pecuniaria o detentiva fino a un anno e sei mesi; le forme aggravate con pena detentiva da quattro mesi a quattro anni (*Chapter 28, Section 1-3*). Sul punto v. la versione tradotta in inglese del codice penale finlandese, in *www.finlex.fi*; nel codice penale norvegese (*Chapter 24, Section 257, 258*) il furto semplice viene punito con pena pecu-

cornici edittali che, almeno nell'attuale configurazione del sistema penale italiano, appare quanto mai lontano da logiche di graduazione e congruità relativa tra differenti fattispecie incriminatrici e risulta, a tratti, «addirittura paradossale» [100].

Neppure i progetti di riforma elaborati dalla Commissione Pagliaro [101], dalla Commissione Grosso [102] e dalla Commissione Pisapia [103], pur razionalizzando l'intero sistema punitivo attraverso l'attenuazione e la diversificazione delle risposte sanzionatorie (senza comunque abbandonare il monopolio della pena detentiva [104]), hanno esplicitamente affrontato il tema dei rapporti di proporzionalità relativa fra le cornici edittali previste dalle varie fattispecie di reato. Pur presentando un catalogo di beni giuridici ordinato a seconda del valore ad essi attribuito, mancano i riferimenti delle corrispondenti cornici edittali, la cui determinazione è priva di un «parametro fondante di valutazione» [105].

Anche le più recenti riforme sembrano andare nella direzione opposta: quella della totale sperequazione sistematica segnata dai recenti inasprimenti sanzionatori in tema di reati contro la pubblica amministrazione, di omicidio stradale e in relazione ai delitti contro il patrimonio [106].

Riprendendo le elaborazioni ispirate alla filosofia neoclassica del *just desert*, che hanno profondamente segnato l'esperienza statunitense delle *sentencing*

---

niaria o detentiva fino a tre anni, mentre quello aggravato con pena pecuniaria o detentiva fino a sei anni, in *www.ub.uio.no.*

[100] Per un ricco catalogo di esempi sul punto T. PADOVANI, *op. ult. cit.*, p. 438 ss.; v. anche T. PADOVANI, L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, p. 118; lo rileva da ultimo M. DONINI, *Le logiche del pentimento*, cit., p. 903, il quale elenca un nutrito catalogo di esempi, dal quale emerge non solo la mancanza di qualsiasi «razionalità assiologica», ma un sistema delle cornici edittali governato da «"politiche contingenti"» se non dal «caso»; cfr. ID., *Europeismo giudiziario*, cit., p. 200 s.; sul punto v. L. MONACO, C.E. PALIERO, *op. cit.*, p. 446 segnalano la necessità di «un rinnovamento non 'gattopardesco' del sistema sanzionatorio [...] che parta dalle comminatorie»; C. PONGILUPPI, *op. cit.*, p. 947 ss.

[101] *Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale, parte speciale*, in *Doc. Giust.*, 1992, p. 409 ss.

[102] M. PISANI, *Documento n. 8*, *La riforma del sistema sanzionatorio*, in C.F. GROSSO (a cura di), *Per un nuovo codice penale II, Relazione della commissione Grosso (1999)*, Padova, 2000, p. 201 ss.; *Progetto ministeriale di riforma del codice penale. Parte generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 574 ss.; C. DE MAGLIE, S. SEMINARA (a cura di), *La riforma del codice penale*, *la parte generale*, in *Quaderni di Cassazione penale*, Milano, 2002.

[103] *Schema di disegno di legge recante delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione della parte generale di un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1570 ss.; sul punto v. C. FIORE, S. MOCCIA, A. CAVALIERE, *Quale riforma del codice penale?*, Napoli, 2009.

[104] M. PISANI, *op. ult. cit.*, p. 204 sottolinea «il mantenimento di un ruolo di centralità della pena detentiva – sia pure ridimensionata rispetto al sistema vigente».

[105] L. MONACO, C.E. PALIERO, *op. ult. cit.*, p. 448.

[106] Si vedano le esemplificazioni di F. PALAZZO, *La riforma penale*, cit., p. 5; per ulteriori riferimenti v. nota 265.

*guidelines* [107], è stata proposta l'elaborazione di un sistema sanzionatorio differenziato – pena detentiva, permanenza domiciliare, lavoro di pubblica utilità, pena prescrittiva, interdittiva e pecuniaria – che, nel fondarsi sull'idea della necessaria proporzionalità tra reato e pena, disponga di una scala di gravità dei reati da confrontare con una corrispondente scala di gravità delle pene [108]. Al fine di restituire una logica uniforme al modello punitivo, «le fattispecie incriminatrici tipiche dovrebbero essere raggruppate in alcune classi di gravità, ad ognuna delle quali dovrebbe essere accompagnata la previsione di alcune diverse tipologie di pena, a loro volta stabilite in un determinato intervallo quantitativo» [109].

Dinanzi al sostanziale disinteresse mostrato dal legislatore, si è auspicato un più rigoroso e stringente riferimento al principio di proporzionalità della pena da parte Corte costituzionale [110].

Per lungo tempo, però, il proverbiale *self restraint* della Corte ha attribuito a tale principio un ruolo marginale nel sindacato di costituzionalità: fatti salvi i casi in cui la Corte ha fondato la propria argomentazione sul principio di uguaglianza-ragionevolezza oppure sulla finalità rieducativa della pena, l'idea regolativa della proporzionalità in astratto della pena sembrava essere troppo debole, perché priva di un'autonoma valenza dimostrativa, per rendere giustiziabile il *quantum* astratto di pena [111].

In ragione dello spazio eminentemente politico nel quale viene rinchiusa ogni considerazione sulla pena, la Corte ha sempre lasciato al legislatore ampi margini di discrezionalità. Stretto all'interno di questi confini il controllo di costituzionalità sul *quantum* astratto di pena è stato piuttosto ridotto [112]. Prima degli sviluppi segnati della giurisprudenza più recente, anche la più evidente sproporzione appariva destinata a sottrarsi al controllo della Corte, ad eccezione degli sporadici casi in cui si trattava di una soluzione a "rime costituzionalmente obbligate" [113].

---

[107] G. MANNOZZI, *Razionalità*, cit., p. 197 ss.; sul punto v. anche F. SCHAUER, *Di ogni erba un fascio. Generalizzazioni, profili, stereotipi nel mondo della giustizia*, Bologna, 2008, p. 233 ss.

[108] C. PONGILUPPI, *op. cit.*, p. 969 ss.; già analizzata da C.E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda*, cit., p. 557 s.; T. PADOVANI, *La disintegrazione*, cit., p. 451.

[109] C. PONGILUPPI, *op. ult. cit.*, p. 974.

[110] V. MANES, *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Libro dell'anno del Diritto*, Treccani, 2013, p. 104 ss.

[111] Cfr. M. DONINI, *Per una concezione*, p. 1192 ss.

[112] Cfr. G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno sguardo sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, p. 178 ss.; M. PAPA, *Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura edittale delle pene in Italia e negli U.S.A.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 726 ss.

[113] V. MANES, *Principio*, cit., § 3; per un quadro della giurisprudenza costituzionale sul principio di proporzionalità della pena v. A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1427 ss.

In termini emblematici questo orientamento è stato espresso nella sentenza 68/2012, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 630 c.p. nella parte in cui non prevede che la pena comminata per il sequestro estorsivo sia diminuita, analogamente a quanto previsto per il sequestro a scopo di terrorismo o di eversione (artt. 289-*bis* e 311 c.p.), «quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità».

Nella motivazione la Corte, pur prendendo le mosse dal principio di proporzione, ha poi risolto la questione con una sentenza additiva fondata sul canone dell'uguaglianza-ragionevolezza.

Pur criticando la «eccezionale asprezza» della risposta sanzionatoria minacciata dall'incriminazione del sequestro a scopo di estorsione, che è «persino superiore [...] al massimo della pena comminata per l'omicidio volontario», la Corte non ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle draconiana cornice edittale prevista dall'art. 630 c.p. perché, come essa stessa riconosce, è irragionevolmente sproporzionata rispetto all'intera gamma dei fatti che, nel diritto vivente, vengono ricondotti ad un tipo legale nato «con i tratti tipici della legislazione "emergenziale"».

Dinanzi alla mancata corrispondenza tra gravità e tipologia dei fatti concreti, come quello oggetto del procedimento dinanzi al giudice rimettente, e il disvalore indicato dalla comminatoria di pena, la Corte ha fatto diretto riferimento al principio di proporzionalità.

Per risolvere il problema di proporzione legato all'art. 630, la Corte, facendo leva sulla proporzionalità come canone ermeneutico, avrebbe potuto imporre un'interpretazione restrittiva costituzionalmente orientata della nozione di prezzo come specifico corrispettivo del sequestro, che non può includere i casi «in cui la privazione della libertà personale sia invece finalizzata a conseguire una prestazione patrimoniale pretesa in virtù di un precedente rapporto illecito» [114]. La privazione della libertà di una persona per un brevissimo lasso di tempo, al fine di costringerla a pagare un debito nascente da un precedente rapporto illecito (ad es. la vendita di una partita di droga), sarebbe stata, in tal modo, qualificata come sequestro di persona in concorso formale con una estorsione in forma tentata. Ciò avrebbe consentito di disinnescare gli effetti prodotti dal (criticabile) orientamento giurisprudenziale di legittimità, che ha progressivamente inglobato, nella sfera applicativa della fattispecie di sequestro a scopo di estorsione, fatti criminologicamente molto distanti dalle origini di tale reato [115].

---

[114] C. SOTIS, *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione una diminuzione di pena per fatti di lieve entità. Il diritto vivente "preso – troppo? – sul serio*, in *Giur. cost.*, 2012, in particolare p. 910 s.

[115] Sul punto Cass., Sez. Unite, 17 dicembre 2003, n. 962, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 37 ss., con nota di M. RIVERDITI; Cass., 10 aprile 2013, n. 30852, in *www.iusexplorer.it*, secondo la quale «in

La strada seguita dalla Corte è stata però diversa.

Dopo aver (formalmente) richiamato il proprio costante orientamento, che fa salve la (talvolta strabiche) scelte discrezionali del legislatore in punto di pena, a meno che queste ultime «trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio, come avviene a fronte di sperequazioni sanzionatorie tra fattispecie omogenee non sorrette da alcuna ragionevole giustificazione» [116], la Corte ha ri-

---

ogni caso, anche la condotta criminosa consistente nella privazione della libertà di una persona finalizzata a conseguire come prezzo della liberazione una prestazione patrimoniale oggetto di illegittime pretese precedenti, integra il reato di sequestro di persona a scopo di estorsione di cui all'art. 630 c.p., e non il concorso del delitto di sequestro di persona (art. 605) con quello di estorsione, consumata o tentata, ai sensi degli artt. 629 e 56 c.p., alla stregua del condivisibile indirizzo della giurisprudenza di legittimità autorevolmente consacrato da Cass. Sez. U, n. 962 del 17/12/2003».

[116] Si vedano, a tal riguardo, oltre a quelle già citate le sentenze della Corte costituzionale Corte Cost., 26 febbraio 2014, n. 81, con la quale la Corte ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata, per violazione del principio di uguaglianza-ragionevolezza, in relazione alla pena minima prevista per il reato di omessa comunicazione delle variazioni patrimoniali (art. 31, legge 13 settembre 1982, n. 646, parzialmente trasfuso nell'art. 76, comma 7, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159). La questione di legittimità costituzionale era fondata sul fatto che la stessa pena detentiva minima è prevista per il più grave delitto di trasferimento fraudolento di valori al fine di eludere la legge in materia di misure di prevenzione o di commettere uno dei reati di cui agli artt. 648, 648-*bis* e 648-*ter* del codice penale (art. 12-*quinquies*, d.l. 8 giugno 1992, n. 306). Anche in questo caso, come nella sentenza 68/2012, la questione di legittimità nasce da mutamenti interpretativi del diritto vivente: «L'odierno rimettente denuncia come alla stregua di tale "diritto vivente" – che ingloba nel cono applicativo dell'incriminazione anche fatti che, secondo le indicazioni delle pronunce di questa Corte dianzi ricordate, avrebbero dovuto restarvi estranei – il trattamento sanzionatorio della fattispecie risulti manifestamente sproporzionato per eccesso, violando, con ciò, gli artt. 3, 27, terzo comma, e 42 Cost.». Pur ribadendo implicitamente l'irragionevolezza dell'orientamento giurisprudenziale di legittimità ormai consolidato, secondo il quale «il delitto in esame è configurabile anche quando l'omessa comunicazione riguardi operazioni effettuate mediante atti pubblici, soggetti ad un regime di pubblicità, trattandosi di atti comunque non destinati ad essere portati a conoscenza del nucleo di polizia tributaria competente né ad opera del pubblico ufficiale rogante, né di altri», la Corte ritiene di non poter rimodulare liberamente le sanzioni degli illeciti penali. «Se lo facesse, invaderebbe un campo riservato alla discrezionalità del legislatore, stante il carattere tipicamente politico degli apprezzamenti sottesi alla determinazione del trattamento sanzionatorio: discrezionalità il cui esercizio è censurabile, sul piano della legittimità costituzionale, solo ove trasmodi nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio, come avviene quando si sia di fronte a sperequazioni sanzionatorie tra fattispecie omogenee non sorrette da alcuna ragionevole giustificazione (*ex plurimis*, sentenze n. 68 del 2012, n. 161 del 2009, n. 324 del 2008 e n. 394 del 2006)»; analogamente v. Corte Cost., 22 gennaio 2007, n. 22, nella quale la Corte osserva che «Il sindacato di costituzionalità, tuttavia, può investire le pene scelte dal legislatore solo se si appalesi una evidente violazione del canone della ragionevolezza, in quanto ci si trovi di fronte a fattispecie di reato sostanzialmente identiche, ma sottoposte a diverso trattamento sanzionatorio (*ex plurimis*, tra le pronunce più recenti, sentenze n. 325/2005, n. 364/2004; ordinanze nn. 158 e 364/2004). Se non si riscontra una sostanziale identità tra le fattispecie prese in considerazione, e si rileva invece, come nel caso in esame, una sproporzione sanzionatoria rispetto a condotte più gravi, un eventuale intervento di riequilibrio di questa Corte non potrebbe in alcun modo rimodulare le sanzioni previste dalla legge, senza sostituire la propria valutazione a quella che spetta al legislatore». In tal senso, v. anche Corte Cost., 13 gennaio 2016, n. 23; n. 185/2015; n. 47/2010; n. 161/2009; n. 394/2006.

tenuto che la fattispecie di sequestro a scopo di terrorismo o di estorsione di cui all'art. 289-*bis* c.p. fosse pienamente idonea a fungere da *tertium comparationis* [117].

Attraverso un giudizio di uguaglianza-ragionevolezza non esattamente "a rime obbligate", la Corte, sia pure dinanzi alla «diversità del bene giuridico protetto» dalle due fattispecie, ha stabilito che «la mancata previsione, in rapporto al sequestro di persona a scopo di estorsione, di una attenuante per i fatti di lieve entità, analoga a quella applicabile alla fattispecie "gemella" che, coeteris paribus, aggredisce l'interesse di rango più elevato» sia in contrasto con l'art. 3 Cost.

Il principio di proporzionalità, che discende dalla finalità rieducativa della pena in combinazione con il principio di uguaglianza, è stato utilizzato dalla Corte come semplice argomento a sostegno della dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.

All'esito di questo intervento additivo del Giudice delle leggi, i fatti di lieve entità, come quelli in cui la vittima sia stata privata della libertà personale, per breve tempo, al fine di ottenere, come prezzo della liberazione, una prestazione patrimoniale pretesa in esecuzione di un precedente rapporto illecito, saranno puniti con una pena che, nella migliore delle ipotesi (al netto di altre circostanze attenuanti), sarà pari, nel minimo, a 16 anni e 8 mesi.

Alla cautela espressa (in questa pronuncia e in altre pronunce) dalla Corte costituzionale in tema di sindacato di legittimità sulle cornici edittali fa spesso da contraltare un diverso approccio del giudice comune che, nell'interpretare (talvolta) il principio di proporzione come sinonimo di estremo rigore punitivo, riconduce fatti estremamente diversi per gravità e per tipologia, come nell'ipotesi di sequestro estorsivo [118], alla medesima fattispecie sottoposta al più severo trattamento sanzionatorio.

---

[117] Corte Cost., 19-23 marzo 2012, n. 68; a tal riguardo la stessa Corte cita la propria precedente ordinanza di manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale già sollevata in relazione alla comminatoria edittale dell'art. 630 c.p., facendo riferimento alla disciplina del sequestro di ostaggi. Fattispecie che, secondo la Corte, «non costituisc[e] comunque un *tertium comparationis* idoneo a dimostrare il vulnus costituzionale denunciato, trattandosi di fattispecie criminosa più ampia e generica rispetto al delitto di cui all'art. 630 cod. pen.»; Corte Cost., (ord.) 22 luglio 2011, n. 240.

[118] Oltre alla giurisprudenza già citata (nota 861) si veda Cass., 12 giugno 2014, n. 45064, CED 260662. Gli imputati, vantando un credito di 3.000 euro nei confronti della vittima, la inducono a tornare in Italia dalla Bulgaria, con la falsa promessa di un posto di lavoro. Il 3 luglio 2001 uno degli imputati aveva incontrato la vittima e l'aveva condotta, con una scusa, nell'appartamento di un co-imputato, ove era stata approntata una sorta di cella di detenzione, cioè uno sgabuzzino nel quale era stata montata a parete una staffa che tratteneva delle catene, con le quali erano stati bloccati i polsi e i piedi dell'interessato, costretto all'immobilità su una sedia posta di fronte al muro. Alla moglie della vittima era stata chiesta, in relazione al debito pregresso e quale prezzo della liberazione del sequestrato, la somma di 10.000 Euro. La donna aveva avvertito le forze di polizia, che nella notte tra il 4 ed il 5 luglio avevano bloccato uno degli imputati, inducendolo a

Vale, inoltre, la pena di mettere in rilievo che le cornici edittali previste dalla legislazione penale italiana sono tendenzialmente più elevate di quelle fissate in altri ordinamenti europei [119].

A tal riguardo ci si limita a segnalare che il principio di proporzionalità è sancito dall'art. 49, comma 3 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che oggi costituisce parte integrante del diritto dell'Unione europea e come tale è direttamente applicabile, sia pure con effetti limitati all'ambito di applicazione del diritto di derivazione eurounitaria. Il riconoscimento esplicito di tale principio, già desunto sul piano nazionale dai parametri di cui agli artt. 3 e 27 Cost., potrebbe aprire la strada a valutazioni di legittimità delle cornici edittali che assumono come *tertium comparationis* le fattispecie incriminatrici e i livelli sanzionatori previsti in altri Paesi europei, invece di rimettere, in via esclusiva, ogni decisione di politica criminale alla discrezionalità (talvolta arbitraria) del legislatore domestico [120].

Fino alla svolta segnata dalla sentenza 236/2016 [121], sulla quale si tornerà fra poco, neppure l'affermazione del principio di proporzionalità della pena tra i

---

rivelare il luogo di segregazione della vittima, conseguentemente liberata, e sottoposta a cure mediche per le lesioni provocate dalle catene. Il locatario dell'appartamento, si era invece dato alla latitanza, per essere arrestato diversi mesi dopo. Secondo la Corte di legittimità «integra il reato di sequestro di persona a scopo di estorsione di cui all'art. 630 cod. pen., e non il concorso del delitto di sequestro di persona con quello di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone (artt. 605 e 393 dello stesso codice), la privazione della libertà di una persona finalizzata a conseguire, come prezzo della liberazione, una prestazione patrimoniale eccedente il credito, azionabile in sede giudiziaria, vantato nei confronti della persona offesa».

[119] Solo a titolo esemplificativo, in Finlandia le ipotesi bagatellari di furto sono punite con la sola pena pecuniaria, il furto semplice con la pena pecuniaria o detentiva fino a un anno e sei mesi; le forme aggravate con pena detentiva da quattro mesi a quattro anni (*Chapter 28, Section 1-3*). Sul punto v. versione tradotta in inglese del codice penale finlandese, in *www.finlex.fi*; nel codice penale norvegese (*Chapter 24, Section 257, 258*) il furto semplice viene punito con pena pecuniaria o detentiva fino a tre anni, mentre quello aggravato con pena pecuniaria o detentiva fino a sei anni, in *www.ub.uio.no.* Per altro verso, si possono confrontare le cornici edittali previste dal legislatore tedesco in relazione all'omicidio e ai delitti contro il patrimonio.

[120] Questo giudizio di comparazione sulla proporzionalità che supera i confini dell'ordinamento nazionale lo si trova già nella sentenza che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'oltraggio: Corte Cost., 19-25 luglio 1994, n. 341, cit., laddove la Corte osserva che «Al fine di valutare la rispondenza della previsione oggi contestata ai ricordati criteri di giudizio, e segnatamente al principio di proporzionalità, si può iniziare con l'osservare che in altri Paesi europei di democrazia matura non solo non esistono, per le ipotesi corrispondenti, pene così severe, ma è quasi sempre ignorato lo stesso reato di oltraggio: al di là di ipotesi particolari, riguardanti i membri del Parlamento o i soggetti che partecipano alla vita politica, le ingiurie e le diffamazioni nei confronti dei pubblici ufficiali sono infatti normalmente colpite nello stesso modo con cui sono punite quelle rivolte ai privati cittadini»; cfr. F. PALAZZO, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1610 ss.

[121] Corte Cost., 21 settembre-10 novembre 2016, n. 236, cit., § 4.2.

diritti fondamentali eurounitari aveva elevato lo standard di tutela offerto da tale vincolo garantista.

Non è dunque un caso se l'illegittimità delle cornici edittali indifferenziate, che il legislatore draconiano ed empiricamente "cieco" del 2006 aveva previsto in materia di stupefacenti, non è stata sollevata per contrasto con il principio di proporzionalità come era stato prospettato dalla difesa al giudice rimettente [122].

Come messo in rilievo dalla Corte costituzionale, «Il Collegio rimettente ha ritenuto, viceversa, assorbita la terza eccezione di legittimità costituzionale sollevata dalla difesa, per contrasto delle medesime norme di cui sopra con l'art. 117, primo comma, Cost. in relazione alla decisione quadro n. 2004/757/GAI del Consiglio dell'Unione europea del 25 ottobre 2004 (Decisione quadro del Consiglio riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti) – che esigerebbe una disciplina differenziata in ragione della diversa pericolosità delle tipologie di sostanze stupefacenti e psicotrope – e con il principio di proporzionalità delle pene di cui all'art. 49, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea».

Ancora più recentemente, la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 73, comma 5, d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, nella parte in cui non distingue il trattamento sanzionatorio previsto per fatti di lieve entità che hanno ad oggetto droghe "leggere" o "pesanti". La Corte ha dichiarato inammissibile la questione sollevata, perché le si chiede «un intervento additivo in materia penale, in assenza di soluzioni costituzionalmente obbligate».

Senza entrare nel dettaglio delle motivazioni, ci si limita a riprendere un passaggio che conferma, per quanto interessa in questa sede, quanto già affermato. La Corte ha ritenuto che «nessun elemento [potesse] ricavarsi, in proposito, dall'invocato art. 49, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che si limita a codificare il principio di proporzionalità della pena, il quale – al pari del principio di ragionevolezza, che nella giurisprudenza costituzionale è spesso richiamato unitamente ad esso – non permette a questa Corte di determinare autonomamente la misura della pena, ma semmai di emendare le scelte del legislatore in riferimento a grandezze già rinvenibili nell'ordinamento» [123].

Interpretato in questi termini, il principio di proporzionalità della pena previsto dall'art. 49, par. 3, CDFUE, al pari della formulazione domestica, sembrava avere una scarsa capacità dimostrativa per costruire una scala graduale e omogenea di risposte sanzionatorie in base alla gerarchia valoriale degli interessi penalmente tutelati e delle forme di aggressione a questi ultimi.

---

[122] Corte Cost., 12 febbraio 2014, n. 32.

[123] Corte Cost., 13 gennaio-11 febbraio 2016, n. 23.

In realtà, come è stato messo in rilievo, dalle garanzie costituzionali, così come dal principio di proporzione delle pena, «non ci si possono aspettare soluzioni 'di sistema', che spettano soltanto al legislatore, chiamato istituzionalmente a individuare soluzioni equilibrate, in esito a bilanciamenti tra tutti gli interessi in gioco» [124].

Dinanzi a bilanciamenti del tutto squilibrati del legislatore in relazione alla misura della pena, le cui distorsioni sono talvolta acuite da interpretazioni del giudice ordinario improntate al massimo (e sproporzionato) rigore punitivo, la scelta prudente della Corte costituzionale di arrestare il proprio sindacato di legittimità, in mancanza di un *tertium comparationis* rigorosamente simmetrico e specifico [125] oppure di fronte al vuoto normativo o alle ripercussioni sistematiche derivanti dal giudizio di legittimità, rischia di trasformare il principio di proporzione in una garanzia ben poco efficace.

Come già anticipato, in controtendenza rispetto al proprio precedente orientamento [126], la Corte costituzionale sembra voler progressivamente superare il tradizionale *self restraint* nel sindacato sulla proporzionalità astratta della dosimetria sanzionatoria. La giurisprudenza più recente apre, infatti, la strada ad un controllo di legittimità molto più stringente sulla comminatoria edittale proprio in forza del principio di proporzionalità della pena [127].

In particolare, nella sentenza 236/2016 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del delitto di alterazione di stato di famiglia del neonato commesso mediante falso (art. 567, comma 2, c.p.) per contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost.

La dichiarazione di illegittimità costituzionale, nel seguire uno schema binario, mette direttamente a confronto la disposizione impugnata con i parametri costituzionali. Secondo la Corte, la draconiana cornice edittale prevista dall'art. 567, comma 2, c.p. (da cinque a quindici anni di reclusione) è manifestamente sproporzionata rispetto all'effettivo disvalore della condotta incriminata. L'irragionevolezza intrinseca del complessivo trattamento sanzionatorio stabilito da tale fattispecie incriminatrice viola non solo il principio di proporzionalità sancito dall'art. 3 Cost. (e dall'art. 49 CDFUE), ma anche il finalismo rieducativo del-

---

[124] In questi termini, sia pure in relazione ad un tema diverso, ma attraverso una considerazione di carattere generale, si esprime F. VIGANÒ, Ne bis in idem *e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in *Dir. pen. cont.*, 16 maggio 2016.

[125] M. DONINI, *Per una concezione*, p. 1217, laddove l'A. osserva che, in un sistema costruito su classi di pena a seconda del bene giuridico offeso, «il giudice delle leggi potrà esercitare un *sindacato di ragionevolezza e di proporzione* sulle distorsioni legislative in materia di cornici edittali anche al di là di un *tertium comparationis specifico*, perché ci sarà sempre anche un *tertium comparationis generale*».

[126] Solo pochi mesi prima Corte Cost., 13 gennaio-11 febbraio 2016, n. 23, cit.

[127] A tal rigardo si veda Corte Cost., sentenza 11 gennaio-23 marzo 2016, n. 56, cit., § 2.4.

la pena (art. 27 Cost.). Ad avviso della Corte, anche la più mite risposta sanzionatoria consentita dall'art. 567, comma 2, c.p. è sproporzionata per eccesso rispetto ai casi di minore gravità: vi è, infatti, una costellazione di ipotesi di alterazione di stato mediante falsità che vengono commesse nell'interesse del neonato, essendo realizzate allo scopo di attribuirgli un legame familiare altrimenti assente. Questa mancanza di corrispondenza tra disvalore del fatto ed entità della pena finisce per ingenerare nel condannato la convinzione di subire una condanna profondamente ingiusta, con conseguente compromissione del processo rieducativo.

In questa pronuncia, il sindacato di legittimità sulla proporzionalità della pena sembra, quindi, prescindere dall'individuazione di un *tertium comparationis*. Nel riprendere e sviluppare i propri precedenti più all'avanguardia, la Corte non pretenderebbe più che le venga prospettato un confronto tra la disposizione censurata e una fattispecie di simile disvalore. Anziché esigere una soluzione a "rime obbligate" per non invadere gli spazi di discrezionalità politico-criminale del legislatore, la Corte opera (apparentemente) il vaglio sulla proporzionalità della pena direttamente attraverso il riferimento *esclusivo* all'intrinseca irragionevolezza del complessivo trattamento sanzionatorio previsto dalla fattispecie incriminatrice rispetto all'intera classe di fatti riconducibili a quest'ultima [128].

Si badi che, a questo proposito, la stessa Corte costituzionale, solo qualche mese prima aveva affermato, al contrario, che «in materia di pene, anche nel giudizio di "ragionevolezza intrinseca", focalizzato sul principio di proporzionalità, è fondamentale l'individuazione di un parametro che consenta di rinvenire la soluzione costituzionalmente obbligata (come avvenuto, ad esempio, nella sentenza n. 341 del 1994, nella quale la Corte, dichiarando l'illegittimità costituzionale della pena edittale minima del delitto di oltraggio a pubblico ufficiale, prevista dall'art. 341, primo comma, cod. pen., nel testo all'epoca vigente, si giovò della comparazione con la fattispecie affine dell'ingiuria)» [129].

Posta in termini di irragionevolezza intrinseca, la questione decisa dalla sentenza 236/2016 rischia, tuttavia, di evocare un parametro di giustizia assoluta difficilmente individuabile, perché gravido di valutazioni assiologiche: in mancanza di un punto di riferimento per la valutazione sulla proporzione, l'incongruità del trattamento sanzionatorio dipende dal disvalore in sé (quale?) di una classe di ipotesi. A meno di voler richiamare, attraverso una scelta inevitabilmente discrezionale, una misura di pena giusta (o ingiusta) in assoluto, pare arduo ritenere che una pena minima di cinque anni (eventualmente ridotta per effetto delle attenuanti) possa essere ritenuta *in sé* sproporzionata in relazione a un'alterazione di stato mediante falsità commessa per "altruismo" nei confronti del neonato.

---

[128] Cfr. sul punto F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 14 novembre 2016.

[129] Così 13 gennaio-11 febbraio 2016, n. 23, cit.

A tal riguardo vi è un aspetto ulteriore che merita di essere messo in rilievo: uno degli argomenti che la Corte utilizza a sostegno della dichiarazione di intrinseca irragionevolezza della cornice edittale prevista dall'art. 567, comma 2, c.p. riguarda l'impossibilità per il giudice di cognizione di concedere la sospensione condizionale della pena, nel caso in cui l'azione del reo sia stata motivata da "buone intenzioni": attribuire uno *status filiationis* a un neonato che ne sarebbe altrimenti privo. Neppure la concessione delle attenuanti generiche consentirebbe l'accesso a questa misura di *probation*.

A ben vedere, però, la pena proporzionata rispetto a questi fatti di minore gravità dovrebbe essere già inclusa all'interno della cornice edittale, indipendentemente dalla (eventuale) concessione delle attenuanti. Non solo: se davvero si intende valorizzare l'intento altruistico, in modo da non ingenerare nel condannato la convinzione di subire una condanna profondamente ingiusta, si potrebbe ritenere che neppure l'inflizione, in questi casi, di una pena detentiva sospesa condizionalmente sia corrispondente al disvalore del fatto realizzato. Insomma: l'intrinseca irragionevolezza della cornice edittale implica scelte di valore che si fondano, più o meno implicitamente, su un ideale reticolo di pene proporzionate.

Nel ragionamento della Corte, sembra emergere il riferimento ad un nuovo e più generico modello di *tertium comparationis*: sotto le mentite spoglie di parametro recuperato al solo scopo di ricalibrare il trattamento sanzionatorio della disposizione dichiarata illegittima, la fattispecie di alterazione di stato mediante sostituzione (art. 567, comma 1, c.p.) costituisce la componente indispensabile di un giudizio comparativo tra i diversi livelli di intensità della risposta sanzionatoria previsti da fattispecie di reato differenti sul piano della condotta, ma poste a tutela del medesimo bene giuridico [130].

La sentenza 236/2016 è solo formalmente conforme all'orientamento espresso in precedenza dall'ordinanza 106/2007, con la quale la Corte aveva dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità sollevata in relazione all'alterazione di stato mediante falsità (art. 567, comma 2, c.p.), perché l'alterazione di stato mediante sostituzione (art. 567, comma 1, c.p.), pur tutelando il medesimo bene giuridico, non poteva costituire un valido *tertium comparationis*

[130] Cfr. V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 2105 ss. Pur ribadendo che «le questioni all'attuale esame sollecitano, *prima di tutto*, un controllo di proporzionalità sulla cornice edittale stabilita dalla norma censurata, alla luce dei principi costituzionali evocati (artt. 3 e 27 Cost.), non già una verifica sull'asserito diverso trattamento sanzionatorio di condotte simili o identiche, lamentato attraverso la mera identificazione di disposizioni idonee a fungere da *tertia comparationis*», la Corte, nel passaggio immediatamente successivo, osserva che «nella prospettazione del giudice a quo, l'esito negativo di un tale controllo, in termini di manifesta irragionevolezza per sproporzione tra cornice edittale, da un lato, e disvalore della condotta, dall'altro, viene a disvelarsi *«anche» alla luce* del più mite trattamento riservato ad altre fattispecie, tra cui, in particolare, quella del primo comma del medesimo art. 567 cod. pen.».

in ragione della diversità delle condotte descritte nei due commi. Secondo la sentenza del 2007, per dichiarare l'illegittimità dell'art. 567, comma 2, c.p., sarebbe stata necessaria una fattispecie sostanzialmente identica. In realtà, la sentenza 236/2016 sembra superare il proprio precedente orientamento nel fare riferimento ad una nozione più ampia e generale di *tertium comparationis* che prescinde dalla stretta similitudine tra le condotte incriminate.

Ciò sembra essere altresì confermato dal percorso motivazionale seguito nella sentenza 236/2016. Sebbene la Corte faccia esclusivo riferimento alla sproporzione del minimo edittale rispetto alla classe di ipotesi di minore gravità, quest'ultima giunge poi a dichiarare l'illegittimità costituzionale anche del massimo edittale. E lo fa come se ciò fosse una conseguenza necessaria. In realtà, l'intervento manipolatorio sul massimo edittale, in relazione al quale il giudice del caso concreto avrebbe ampi spazi di discrezionalità per individuare una pena proporzionata, non può trovare altro fondamento che nel *tertium comparationis* di cui all'art. 567, comma 1, c.p., ossia nella pena comminata per la fattispecie di alterazione di stato mediante sostituzione che è posta a tutela del medesimo bene giuridico.

A prescindere dal richiamo all'intrinseca irragionevolezza, che fa salvo il precedente specifico del 2007 avvertito dalla Corte come "scomodo", la dichiarazione di illegittimità costituzionale nella sentenza 236/2016 passa attraverso un concetto più ampio di *tertium comparationis*, che si lega alla mera identità tra beni giuridici, a prescindere dall'identità raramente reperibile tra condotte incriminate [131].

In breve: un sindacato "allargato" sulla proporzionalità, che metta in confronto il complesso di cornici edittali, per restituire una più razionale graduazione e congruità relativa tra differenti fattispecie incriminatrici (anche se in relazione a condotte disomogenee o persino poste a tutela di beni giuridici diversi), risulta più condivisibile rispetto ad un controllo fondato sull'incerto criterio della «intrinseca irragionevolezza».

### 1.4.2. (Segue) *... e individuazione in concreto*

Se il principio di legalità, che trova la propria espressione nelle cornici edittali, rappresenta il primo e fondamentale argine all'arbitrarietà del potere discrezionale del giudice nell'individuazione in concreto della risposta sanzionatoria, il punto di partenza nella determinazione della pena in concreto dovrebbe essere individuato nel rapporto di proporzionalità tra disvalore del singolo fatto di rea-

[131] Cfr. D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017, p. 7 s.; nonché E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, spec. p. 1964.

to – in termini di gravità, ma soprattutto di misura della colpevolezza – e risposta sanzionatoria [132].

Operando una distinzione tra fondamento giustificativo e limite proporzionale, sarebbe, infatti, possibile recuperare un'idea di giustizia distributiva – di stampo retributivo –, che possa soddisfare le esigenze di graduazione e di limitazione delle conseguenze sanzionatorie [133]. In tal senso «la misura giudiziale della pena dovrebbe fissarsi, all'interno dello spazio edittale, al livello corrispondente alla posizione che il fatto concreto occupa, sempre in ragione della sua gravità, nella gamma delle ipotesi riconducibili al modello legale» [134]. Detto altrimenti: per individuare la pena, il giudice dovrebbe inquadrare il fatto concreto all'interno di una scala più o meno formalizzata di valori, la cui costruzione dipende dal *quantum* di pena irrogato per fatti analoghi.

Solo il principio di proporzionalità elaborato dalla teoria retributiva, nel segnare l'indispensabile limite garantista nei confronti dell'intervento punitivo dello Stato, sarebbe in grado di offrire «il massimo delle garanzie sul piano della certezza del diritto» [135]. Nessuna esigenza di prevenzione speciale o generale potrebbe, dunque, condurre ad una pena che superi il limite segnato dalla misura della colpevolezza [136].

Se la necessità di configurare un modello punitivo, che sia in grado di offrire garanzie di delimitazione e di graduazione del potere punitivo, costituisce un'esigenza ineludibile, il principio di proporzionalità è un criterio troppo fluido e aperto a valutazioni anche molto diverse per risolvere le perenni incertezze nella individuazione della pena adeguata al caso concreto.

Nel momento in cui dovrebbe guidare il giudice nella commisurazione della pena, il principio di proporzione appare più come «un appiglio nel buio» («*Griff ins Dunkle*») [137] che lascia spazio a disuguaglianze in concreto, piuttosto

---

[132] Cfr., per tutti, G. FIANDACA, *sub Art. 27, c. 3*, cit., p. 327 s.

[133] Cfr. H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility*, New York, 1968 (trad. a cura di M. Jori), *Responsabilità e pena*, Milano, 1981, p. 34 ss.; cfr. A. VON HIRSCH, *Proportionality in the Philosophy of Punishment, Criminal Law Forum*, 1990, p. 251; F.A. ALLEN, *The Decline of the Rehabilitative Ideal*, New Haven, 1981, p. 76; J. RAWLS, *Two Concept of Rules*, in H.B. ACTON (a cura di), *The Philosophy of Punishment*, London, 1969, p. 105 ss.

[134] E. DOLCINI, *La commisurazione della pena, la pena detentiva*, cit., p. 131 s.

[135] E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, p. 133.

[136] G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 561; sull'indubbia funzione garantistico-limitativa esercitata dal principio di colpevolezza nei confronti del potere punitivo dello Stato cfr. Corte Cost., 23-24 marzo 1988, n. 364; D. PULITANÒ, *L'errore*, p. 103 s.

[137] F. VON LISZT, *Strafrechtliche Vorträge*, cit., p. 393, parla di *«Griff ins Dunkle»* proprio in relazione al momento commisurativo; M. DONINI, *Le logiche del pentimento*, cit., p. 899, il quale osserva che «la colpa-colpevolezza non si può misurare. [...] La commisurazione della pena come quantificazione della colpevolezza è un percorso della discrezionalità, che per definizione non prevede l'impiego di leggi scientifiche che rendano davvero prevedibile (e tanto meno "certo") l'esito dell'operazione».

che un criterio-limite in grado di dare risposte certe [138]. Come dimostra una prassi giurisprudenziale spesso troppo distante dalle catalogazioni del mondo concettuale, «il limite della colpevolezza è un'idea regolativa forse necessaria, ma non è sufficiente a condurre a risultati sicuri» [139]. E ciò perché pena e reato (sia in relazione all'importanza del bene giuridico, sia alla misura della colpevolezza) «*sono entità prive di base epistemologica di raffronto*» [140].

Si pensi al diffuso utilizzo, nelle motivazioni in punto di pena, delle c.d. «formulette pigre» [141] – «pena congrua», «pena giusta», «pena equa» o «pena adeguata» – che eludono completamente l'obbligo di motivazione sancito dall'art. 132 c.p. e 111 comma 6, Cost. Una tendenza che riceve, peraltro, l'avallo di quel consistente filone giurisprudenziale che gradua il dovere di dare ragione del corretto esercizio del proprio potere discrezionale in base a quanto il giudice intenda discostarsi dal minimo edittale [142].

Non solo: lo sforzo delimitativo della proporzione rischia di essere completamente vanificato qualora la cornice edittale sia marchiata, già nelle scelte del legislatore, dalle stimmate della prevenzione generale o dell'eccessivo rigore punitivo-retributivo. Questa (s)proporzionalità in astratto non potrà che riflettersi sulla (s)proporzione in concreto.

La lista di esempi è lunga. Ed allora conviene limitarsi a qualche caso paradigmatico: dal trattamento penale del recidivo, passando per reati in materia di stupefacenti, fino a quelli contro il patrimonio (quanto meno in relazione ai tipi d'autore più "odiosi", come il ladro, il rapinatore o il sequestratore a scopo di estorsione).

---

[138] Si vedano sul punto le ricerche empiriche svolte in Germania che hanno evidenziato prassi commisurative anche molto disomogenee cfr. H.J. ALBRECHT, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, eine vergleichende teoretische und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmaßes*, Berlin, 1994; F. STRENG, *sub § 46*, in F. STRENG, U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, H.-U. PAEFFGEN (a cura di), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Berlin, 2010, p. 1664 ss.; cfr. M. MAURER, *Komparative Strafzumessung. Ein Beitrag zur Fortentwicklung des Sanktionenrechts*, Berlin, 2005, p. 47 ss.; T. SCHOTT, *Gesetzliche Strafrahmen und ihre tatrichterliche Handhabung. Eine empirische Untersuchung zu Gesetzsystematik und Rechtstatsächlichkeit bei ausgewählten Deliktsbereichen*, Baden-Baden, 2004, p. 159 ss.

[139] Così D. PULITANÒ, *Ragionevolezza*, cit., p. 54; cfr. K. LÜDERSSEN, *Muss Strafe sein? Das Strafrecht auf dem Weg in die Zivilgesellschaft*, in *Festschrift für Winfred Hassemer*, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg, 2010, p. 468; A. ALESSANDRI, *Impresa e giustizia penale*, cit., 49.

[140] M. DONINI, *Per una concezione*, p. 1174.

[141] G. BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Milano, 1939, p. 99, 214; F. BRICOLA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della sanzione criminale (natura e profili costituzionali)*, in *Monitore dei tribunali*, 1968; ora in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I/I, Milano, 1997, p. 468.

[142] *Ex plurimis* Cass., 12 giugno 2008, n. 35346, CED 241189; critico sul punto V. MILITELLO, *Prevenzione generale*, cit., p. 15 ss.

Per altro verso, oltre a non esistere una pena che possa essere ritenuta giusta in assoluto, poiché «l'idea della pena giusta è un mito»[143], la difficoltà nell'individuare la pena proporzionata al disvalore del fatto è aggravata, da un lato, dall'assenza di una chiara presa di posizione circa lo scopo della pena e, dall'altro, dall'omnicomprensività, dall'ambiguità e dalla mancanza di un'univoca gerarchia interna dei criteri fissati dall'art. 133 c.p. Ed è proprio la presenza della concezione polifunzionale della pena a rendere l'art. 133 c.p. un contenitore "plasmabile" per qualsiasi finalità: «arbitrio repressivo e lassismo paternalistico possono richiamarvisi ad ugual titolo»[144].

Non solo: l'idea stessa che il parametro di proporzionalità sia costituito dalla colpevolezza[145], ossia dell'elemento più personale e individualizzante del reato, si scontra con il frequente ricorso nella prassi a una nozione di dolo fortemente normativizzata e a un giudizio di colpa tutto oggettivo: in entrambi i casi si finisce per riempire integralmente la colpevolezza di prevenzione generale, fino a farne un parametro impersonale e fatalmente sproporzionato[146]. Insomma: in queste ipotesi la pena è (idealmente) proporzionata al fatto, ma non alla colpevolezza per il fatto, con buona pace delle esigenze di individualizzazione e risocializzazione.

Considerazioni analoghe valgono per la recidiva, alla quale sia la giurisprudenza costituzionale sia quella di legittimità attribuiscono il significato di indice

---

[143] Così D. PULITANÒ, *Ragionevolezza*, cit., p. 56; analogamente L. EUSEBI, *Appunti critici*, cit., p. 1178; cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 56.

[144] Così D. PULITANÒ, *Magistratura*, in M. CAPPELLETTO, A. LOMBROSO (a cura di), *op. cit.*, p. 55. Mette in rilievo il fatto che dalla prassi giurisprudenziale non traspare quasi mai un'esplicita presa di posizione sugli scopi della pena E. DOLCINI, *La commisurazione*, cit., p. 59; cfr. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale, nozione e aspetti*, Milano, 1965, p. 164; sull'omnicomprensività dei criteri di commisurazione E. DOLCINI, *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 272; cfr. V. MILITELLO, *Prevenzione generale*, cit., p. 20 ss.; sulla mancanza di tentativi in dottrina di «reagire alla tendenza giurisprudenziale prevalente secondo la quale l'art. 133 cod. pen. viene richiamato come norma guida per sorreggere ogni ipotesi di potere discrezionale del giudice penale» v. F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, 2° e 3° comma, Cost. rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. crim.*, 1980, p. 179 ss.; ora anche in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I/II, 1997, p. 1322 s.

[145] In tal senso già G. BETTIOL, *Aspetti etico-politici della pena retributiva*, in ID., *Scritti giuridici*, t. I, Padova, 1966, p. 512, il quale ritiene che «solo la concezione della pena retributiva soddisfi pienamente alle esigenze di giustizia e salvaguardi i diritti di libertà dell'imputato, perché solo in base a criteri che informano la pena retributiva può essa pena venir ragguagliata – per quanto è umanamente possibile – alla gravità della colpa morale per stabilirsi una proporzione tra la gravità del reato e l'intensità della pena».

[146] M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 124 ss.; ID., *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, 1, p. 70 ss.; ID., voce *Teoria del reato*, cit., p. 293.

di «più accentuata colpevolezza» [147] (oltre che di maggiore pericolosità sociale): anche in questo caso la proporzione – o per meglio dire la macroscopica sproporzione legislativa – si colora di significati tutt'altro che garantistici, essendo piuttosto caricata di finalità di neutralizzazione di un certo tipo d'autore [148].

Tali incertezze non possono che riflettersi in una prassi giurisprudenziale che, nel ritenere la commisurazione della pena più il risultato di una intuizione che di un processo logico di natura analitica [149], rimane di fatto sottratta – in particolare quando la pena irrogata si attesta sul minimo edittale – ad ogni controllo di legalità [150].

A ciò si aggiunga che il ruolo svolto dal principio di proporzionalità nella commisurazione della pena appare sempre più evanescente. Sono, infatti, numerosi gli istituti di diritto sia sostanziale, sia processuale che incidono sensibilmente sulla determinazione giudiziale della pena [151]. Si pensi all'impatto che i riti speciali hanno avuto sulla commisurazione della pena, nell'introdurre elementi di valutazione legati all'efficienza del processo penale [152]. Si pensi ai sempre più ampi poteri attribuiti al giudice dell'esecuzione di modificare la risposta sanzionatoria (art. 671 c.p.p.), agli effetti del bilanciamento delle circostanze [153] o, infine, agli istituti che, spezzando la sequenza pena irrogata – pena eseguita, modificano nella sostanza il trattamento sanzionatorio.

Si tenga, infine, presente che la facoltà riconosciuta al giudice di rompere verso il basso il vincolo della proporzione in considerazione di esigenze di prevenzione speciale rimane inevitabilmente oscurata dal divieto imposto dall'art. 220, comma 2, c.p.p. di effettuare la perizia criminologica: unico strumento in

---

[147] Corte Cost., 5-14 giugno 2007, n. 192; analogamente sul punto Cass., Sez. Unite, 5 ottobre 2010, n. 35738, in *Cass. pen.*, p. 2094 ss., con nota di F. ROCCHI.

[148] F. VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in M. PAVARINI, L. STORTONI (a cura di), *Pericolosità*, cit., in particolare p. 50. Non è dunque un caso se il legislatore tedesco nel 1985 ha neutralizzato il rilievo dei precedenti sul piano commisurativo: l'aggravamento della pena per il recidivo non potrà mai oltrepassare il limite della colpevolezza all'interno della cornice edittale: v. E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 517 ss.

[149] In tal senso, esplicitamente, Cass., 8 luglio 1992, n. 7842, CED 191064.

[150] Cfr. G. FIANDACA, *sub Art. 27, c. 3*, cit., p. 326.

[151] Cfr. C.E. PALIERO, *La mediazione penale*, cit., p. 131 rileva che «i sistemi commisurativi da noi sono in realtà plurimi e sempre più l'entropia commisurativa cresce». E aggiunge che «il dato comune a questi diversi sistemi commisurativi è la dipendenza dal principio di colpevolezza per l'individualizzazione della sanzione».

[152] Cfr. M. CAPUTO, *Il diritto penale*, cit., al quale si rinvia anche per le ricche indicazioni bibliografiche sul punto.

[153] Cfr. da ultimo D. PULITANÒ, *Circostanze del reato. Problemi e prospettive*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, p. 701 ss., il quale mette in luce i risultati distorsivi prodotti dal bilanciamento delle circostanze in talune ipotesi; M. CAPUTO, *Le circostanze attenuanti generiche tra declino e camouflage*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 182 ss.

grado di offrire una base di conoscenza per effettuare un prognosi sulla condotta futura e sulle esigenze risocializzative del reo [154].

Senza voler entrare nel complesso quadro di problemi legati al momento commisurativo [155], basterà qui mettere in evidenza che il principio di proporzionalità di stampo retributivo, oltre ad essere stato progressivamente oscurato da interessi eterogenei nella graduazione sanzionatoria, non sembra in grado di offrire un presidio garantista stabile e certo, né di imporre rigidi vincoli al potere discrezionale del giudice nel commisurare la pena.

Un ruolo molto più stringente del principio di proporzionalità nella commisurazione della pena sembra poter essere desunto dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Sia pure nei limiti del particolare caso giudicato e tenendo in debita considerazione l'impossibilità di generalizzare le considerazioni svolte nella pronuncia presa in considerazione [156], la Corte afferma che, «pur riconoscendo il ruolo dei tribunali nazionali nella scelta delle sanzioni appropriate per i maltrattamenti commessi da agenti dello Stato, [la Corte] deve mantenere la sua funzione di supervisione e intervenire in casi di manifesta sproporzione tra la gravità della condotta e la pena inflitta» [157].

Partendo da queste premesse, i Giudici di Strasburgo fanno discendere effetti dirompenti dal principio di proporzionalità, che segnalano peraltro il suo alto livello di opinabilità. La Corte afferma, infatti, che «la condanna al pagamento rispettivamente di 60 e 90 quote giornaliere di 60 e 120 euro, accompagnate per di più dalla sospensione condizionale di tale pena, non può essere considerata come una risposta adeguata ad una violazione dell'art. 3, neppure nel contesto generale della prassi sanzionatoria dello Stato resistente. Una simile pena, che è manifestamente sproporzionata rispetto ad una violazione di uno dei diritti fon-

---

[154] Cfr. G. CANEPA, *Perizia psichiatrica e perizia criminologica*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Milano, 2000, p. 905 ss.; cfr. F. CAPRIOLI, *Pericolosità*, cit., p. 33 s., il quale mette in rilievo anche la «bizzarro moltiplicazione dei giudizi di pericolosità sociale espressi in sede cognitiva e in sede esecutiva»; ID., *Processo penale e commisurazione della pena*, in M. PAVARINI (a cura di), *Silète poenologi in munere alieno!, teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Bologna, 2006, p. 135 ss.; sul punto v. L. EUSEBI, *Dirsi*, cit., p. 637 ss.; nonché G. LOZZI, *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 241 ss.

[155] Sul punto L. TUMMINELLO, *Il volto del reo, l'individuazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010.

[156] Corte EDU, 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*, in particolare v. § 123 ss.; nel caso di specie si trattava di maltrattamenti commessi da agenti di polizia tedesca nei confronti di un arrestato, consistenti nell'aver minacciato quest'ultimo di sottoporlo a tortura nel caso in cui l'arrestato non avesse rilevato il luogo nel quale si trovava il bambino sequestrato. Sul principio di colpevolezza come limite, verso il basso, al potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena v. W. FRISCH, *Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4, 2014, p. 164 ss. con ulteriori riferimenti alla giurisprudenza costituzionale tedesca.

[157] Corte EDU, 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania* così come citata e tradotta da F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2676 s.

damentali (*core rights*) della Convenzione, non possiede il necessario effetto deterrente per prevenire future violazioni» [158].

Declinato in questi termini, il principio di proporzione, oltre ad evocare un un'idea di pena "giusta" in assoluto, assume le vesti di criterio particolarmente rigido nella determinazione della pena in concreto, che non consente rotture verso l'alto (*Übermaßverbot*) in funzione garantistico-limitativa, né verso il basso (*Untermaßverbot*) del *quantum* di pena proporzionato al disvalore del fatto [159]. Come è stato osservato, quando l'idea della proporzione diviene un limite rigido nella determinazione del minimo edittale, «essa pales[a] un'essenza retributiva antiumanistica e anzi disumana, perché nessusa persona è comisurabile a un fatto» [160]. Di più: la proporzionalità della pena rischia di divenire, in questi casi, la misura degli insaziabili bisogni di riparazione in chiave repressiva dei diritti fondamentali delle vittime [161].

In termini per certi aspetti analoghi si è espressa la Corte Costituzionale nella sentenza 313/1990, dove viene ravvisata una violazione per difetto del principio di proporzionalità della pena. Come peraltro si può desumere dai frequenti richiami alla congruità, la pena proporzionata diviene il rigoroso limite minimo della risposta sanzionatoria. La proporzione al disvalore soggettivo ed oggettivo del fatto assume le vesti di limite invalicabile della pena in concreto non solo verso l'alto, in funzione di garanzia, ma anche verso il basso [162]. Questo rigoroso aggancio alla proporzione viene presentato dalla Corte costituzionale in collegamento con la finalità rieducativa.

Secondo la Corte il rispetto della proporzione costituisce la premessa indispensabile per dare attuazione al principio di rieducazione del condannato sancito dall'art. 27 comma 3, Cost. [163]. Solo una risposta punitiva adeguatamente

---

[158] Corte EDU, 1 giugno 2010, *Gäfgen c. Germania* così come citata e tradotta da F. VIGANÒ, *op. ult. cit.*, p. 2676 s.

[159] Cfr. F. VIGANÒ, *op. ult. cit.*, p. 2692 s.; cfr. D. PULITANÒ, *Il principio di colpevolezza*, in *Jus*, 1974, p. 522 già si chiedeva: «se il principio di colpevolezza segna il limite massimo invalicabile della coercizione statuale e quindi di ogni ammissibile politica preventiva, in che misura ne segna anche il limite minimo nel senso di esigere una risposta comunque *congrua* con la colpevolezza?»; in relazione al principio di proporzione come argine alla non punibilità cfr. L. FERRAJOLI, *Ravvedimento processuale e inquisizione penale*, in *Quest. giust.*, 1982, p. 217; critico sul punto D. PULITANÒ, *Sulla tutela*, cit., p. 1281.

[160] M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., p. 275.

[161] Cfr. O. DI GIOVINE, *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, spec. 1485 ss.; nonché V. VALENTINI, *Le garanzie liberali e il protagonismo delle vittime. Uno schizzo sistematico dell'attuale giustizia europea*, in *Ius17@unibo.it*, 2011, p. 97 ss.

[162] Cfr. L. MONACO, C.E. PALIERO, *op. cit.*, p. 443 «tutto sembra congiurare per una 'spinta verso l'alto' della dosimetria commisurativa. In questo quadro, la 'proporzione rischierebbe di fungere da *limite minimo*, e *non* da limite massimo!».

[163] Cfr. G. FIANDACA, *Scopi della pena*, cit., p. 144 «la finalità rieducativa postula che l'autore del reato avverta che il trattamento punitivo inflittogli non è ingiusto, non è eccessivo, ma al con-

proporzionata potrebbe, infatti, essere avvertita come giusta dal condannato e solo il rispetto di questo presupposto indispensabile consentirebbe di perseguire una finalità rieducativa [164]. Preoccupata dal fatto che una prassi punitiva svincolata dal controllo di congruità della pena effettuato dal giudice avrebbe potuto spingere eccessivamente al ribasso il trattamento sanzionatorio, la Corte, nella sentenza n. 313 del 1990, sembra invece voler soddisfare, dietro una rivoluzionaria lettura dell'art. 27, comma 3, Cost., esigenze retributive che si colorano di prevenzione generale [165].

### 1.5. *Un bilancio*

Delle complesse e frastagliate elaborazioni nate nel contesto della concezione retributiva rimane, proprio in relazione al contenuto della risposta punitiva, una

---

trario adeguatamente proporzionato al disvalore del fatto commesso; se così non è, incombe concretamente il rischio che nel reo prevalga un atteggiamento di ostilità nei confronti dell'ordinamento, che gli preclude di comprendere il senso del trattamento punitivo e gli inibisce in radice la disponibilità psicologica a rendersi conto del torto commesso».

[164] In altri casi il principio di proporzionalità, in collegamento alla finalità rieducativa, è stato utilizzato dalla Corte come strumento di controllo di ragionevolezza (art. 3 Cost.) sulle scelte politico-criminali effettuate dal legislatore. Già nella sentenza 409/1989 Corte Cost., che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della pena prevista per il reato di rifiuto di servizio militare per motivi di coscienza, la Corte ha affermato che la pena deve essere proporzionata rispetto al disvalore del fatto. Secondo il percorso argomentativo seguito dal Giudice delle Leggi, «il principio di proporzionalità [...] nel campo del diritto penale equivale a negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni». In termini analoghi, la Corte costituzionale ha ribadito in più occasioni che «la palese sproporzione del sacrificio della libertà personale provocata dalla previsione di una sanzione penale manifestamente eccessiva rispetto al disvalore dell'illecito produce [...] una vanificazione del fine rieducativo della pena» Corte Cost., 19-25 luglio 1994, n. 341, cit., (illegittimità costituzionale della pena minima di sei mesi di reclusione prevista per il reato di oltraggio); Corte Cost., 20-28 luglio 1993, n. 343, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2585, con nota di FIANDACA (dichiarazione di illegittimità costituzionale della normativa sul rifiuto del servizio militare). In tal senso più di recente cfr. Corte Cost., 22 gennaio 2007, n. 22 «dal difetto di proporzione scaturirebbe anche una violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost., posto che solo una pena proporzionata al fatto può esplicare una vera funzione rieducativa»; Corte Cost., 11 febbraio 2008, n. 33 (ordinanza) «con il principio di proporzionalità della pena, desumibile dagli artt. 3 e 27, primo e terzo comma, Cost., giacché solo una pena proporzionata all'offesa sarebbe in grado di assolvere alla sua composita funzione retributiva, intimidatrice e rieducativa»; sul punto v. O. DI GIOVINE, *Sul c.d. principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 159 ss.; S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 134 ss.

[165] Cfr. L. MONACO, C.E. PALIERO, *op. cit.*, p. 440 s. rilevano che il percorso argomentativo della Corte nasconde in realtà «una preoccupazione prettamente *generalpreventiva*, il timore cioè che un patteggiamento sistematicamente appiattito verso il basso affievolisca la tenuta generalpreventiva del sistema».

traccia molto più profonda e radicata di quanto, a prima vista, si sarebbe portati a ritenere. Si tratta di un solco che sembra andare ben al di là della semplice (piuttosto fragile) garanzia di proporzionalità.

In un sistema punitivo che è andato cercando nella prevenzione il proprio fondamento giustificativo, alcune coordinate della teoria retributiva sembrano ancora avere un peso significativo nell'attuale dibattito sulle teorie della pena. Ed allora il ricorso alle prescrizioni reintegratorie per rifondare l'intero sistema punitivo potrebbe trovare un ostacolo proprio in quella che appare come l'idea della pena più antitetica rispetto ad un radicale mutamento (da negativo in positivo) delle risposte della giustizia penale.

Se, come si è cercato di mettere in evidenza, il carattere strutturalmente punitivo costituisce il presupposto fondamentale della pena, vale la pena chiedersi a quali condizioni ed in che modo la condotta reintegratoria possa trovare legittimazione, specialmente quando quest'ultima è concepita come ipotesi sanzionatoria autonoma e non semplice punto di rottura della punibilità.

Il paradigma retributivo, nel cui orizzonte è presente una logica meramente afflittiva (concepita in negativo), contrappone al male del reato la sofferenza senza scopo della pena (detentiva). Al contraio la condotta reintegratoria, nell'indicare un nuovo modo di concepire il sistema sanzionatorio, privilegia obiettivi di pacificazione sociale e di ricostruttiva salvaguardia (anche solo simbolica) dei beni giuridici. Ciò non di meno l'assunzione di responsabilità da parte del condannato e l'imposizione nei confronti di quest'ultimo di obblighi positivi finalizzati a ricucire la ferita umana e sociale causata dal reato sembrano conservare quelle condizioni minime di afflittività in base alle quali la condotta reintegratoria, non essendo certo vuota di contenuti, può essere considerata una risposta di carattere punitivo [166].

Come è stato autorevolmente rilevato, in una prospettiva ampia, «punizione e riparazione, per quanto astrattamente distinguibili se non altro dal punto di vista funzionale, in pratica spesso si sovrappongono. Un premio può assumere l'aspetto di riparazione per lo sforzo osservante, e viceversa una riparazione per un danno arrecato può assumere anche l'aspetto di pena per il danneggiante» [167].

---

[166] Cfr. L. EUSEBI, *Profili della finalità conciliativa*, cit., p. 1115 osserva in tal senso che «l'affrancamento da una precedente esperienza criminosa può implicare un percorso difficile e anche umanamente impegnativo, con l'assunzione di molteplici oneri»; L. EUSEBI, *Giustizia conciliativa*, cit., p. 62 s. Del resto la Regola 27 della Raccomandazione n. 16 del 1992 del Consiglio d'Europa, nel sancire che «le sanzioni e le misure alternative alla detenzione dovranno essere eseguite in modo che non sia aggravato il loro carattere afflittivo», postulano la loro afflittività.

[167] Così N. BOBBIO, *Sanzione*, cit., p. 534 s., il quale aggiunge che «ogni sistema normativo prevede, accanto e oltre le misure retributive, le misure riparative. Le prime colpiscono l'azione (o l'omissione) illecita, le seconde colpiscono piuttosto le conseguenze che l'azione (o l'omissione illecita ha prodotte»; al di là degli indubbi profili afflittivi insiti anche nel risarcimento del danno (specie di quello non patrimoniale), il risarcimento non può, in via di principio, cancellare l'offesa

Il fatto che i meccanismi reintegratori, pur nelle loro (talvolta profondamente) differenti tipologie, siano percepiti come qualcosa di strutturalmente diverso rispetto alla pena, costituisce il più rigido precipitato ideologico della teoria retribuzionista. Rigido perché basato su un'equazione di origine politica, ma logicamente indimostrabile: altro sarebbe la prescrizione di un obbligo positivo di reintegrazione che si faccia carico della più ampia prospettiva, non solo economica, di lesione di un bene giuridico. E altro sarebbe la pena: perché la pena deve corrispondere ad un'afflizione improduttiva che sembra poter essere veicolata solo attraverso un'emarginazione temporanea dal consorzio sociale.

Il condannato deve soffrire: ce lo chiedono irresistibili istanze emotive di una vendetta teatrale giuridicamente normalizzata.

Poco importa se ciò è non solo inutile per il reo, che è esposto al rischio di desocializzazione e deumanizzazione, ma addirittura controproducente per l'intera collettività che è esposta al rischio di recidiva e, dunque, di lesione (futura) degli interessi che si vorrebbero tutelare.

Al contrario, nella prospettiva evocata dalla condotta reintegratoria, la reazione dell'ordinamento non sarebbe più concepita come la riproposizione in termini valoriali della negatività del fatto di reato, ma assumerebbe i contorni di un dovere di fare, di un impegno a favore della vittima e della collettività [168]. E ciò tanto più nel caso in cui la condotta reintegratoria non si limita al mero risarcimento del danno in senso civilistico – peraltro già sancito come obbligo dall'art. 185 c.p. – ma conserva nella sua configurazione la più complessa prospettiva penalistica del reato come offesa ad un bene giuridico non completamente monetizzabile o misurabile in puri termini economici [169].

---

vigente sistema punitivo. Il "punto di non ritorno" è segnato dall'art. 56, comma 4, c.p. In tal senso come è stato messo in evidenza da M. DONINI, *Le logiche del pentimento*, cit., p. 893, «se sono pentito, e voglio risarcire, il sistema dice: hai commesso l'azione tipica di un delitto; il tuo risarcimento non lo cancella, né lo cancella la neutralizzazione dell'evento-finale che consumerebbe l'offesa. Hai almeno già tentato il delitto». L'A. aggiunge che «già per le contravvenzioni [...] il ricorso è differente, trattandosi di reati di pericolo astratto-presunto non punibili a titolo di tentativo, e che pure ammettono molti "ravvedimenti" che esimono dalla responsabilità per la consumazione del reato»; sul punto v. anche D. FONDAROLI, *Illecito Risarcimento e/o riparazione del danno e/o dell'offesa nel diritto penale: una questione di inalterata attualità*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, p. 1015 ss.

[168] C.E. PALIERO, *La mediazione penale*, cit., p. 131 il quale rileva che «la contaminazione sincretistica tra prevenzione e retribuzione, colonne portanti della giustificazione della pena in Italia (e non solo in Italia), ha tradizionalmente escluso la prospettiva della quantificazione e della qualificazione degli effetti del reato sulla vittima come fattore di individualizzazione della sanzione».

[169] Cfr. da ultimo M. DONINI, *Le logiche del pentimento*, cit., p. 894 ritiene che sia «una fascinazione della fine del Novecento l'idea che la riparazione di un danno-offesa (Wiedergutmachung) possa condurre a un terzo binario ("dritte Spur", "third track") del sistema sanzionatorio»; cfr. L. EUSEBI, *Quale oggetto*, cit., p. 81 ss.; nonché D. FONDAROLI, *Illecito penale*, cit., p. 349 ss.; in senso critico M. ROMANO, *Risarcimento del danno*, cit., p. 881 s. ritiene che «*Tentativi del genere sono da respingere*, almeno sino a quando in termini espliciti o impliciti insistono su una

A ciò si aggiunga che, ove il contenuto della condotta reintegratoria si esaurisse in puri termini patrimoniali, sorgerebbe il rischio di rimanere legati ad un parametro, come le condizioni economiche del reo, che può essere fonte di irragionevoli discriminazioni [170]. La reintegrazione meramente economica finisce altresì per far «tramontare tutti i beni [...] di tipo istituzionale, la cui lesione non è suscettibile di alcuna efficace remissione in pristino» e risulta difficilmente quantificabile in termini economici [171].

Non solo: una risposta al reato appiattita sul carattere economico della reintegrazione perde anche «l'efficacia motivazionale della sanzione», poiché quest'ultima «risulta in sostanza casuale e non pre-calcolabile in sede legislativa, al momento della formulazione della fattispecie» [172].

In quest'ottica, l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, che allude all'offesa dell'interesse tutelato mantiene, tuttavia, la valenza preventiva di un impegno attivo assunto dal reo [173]. Accanto a questa si pensi, a maggior ragione nei casi in cui tale eliminazione non sia attuabile, alla prestazione di un'attività a favore della collettività. Attività che sembra non solo idonea a stimolare comportamenti di reinserimento sociale, ma anche a soddisfare o compensare gli interessi della vittima (ove questa ci sia) e quelli della collettività, senza però utilizzare i diritti della vittima come strumento distorsivo

---

commistione tra diritto civile e diritto penale che non solo contraddice l'evoluzione storica degli ordinamenti moderni ma rischia di provocare pericolose confusioni. Questa commistione si verificherebbe qualora il risarcimento/riparazione del danno fosse previsto in via esclusiva oppure anche in alternativa ad una pena detentiva o pecuniaria, in eventuale funzione sostitutiva di esse. L'esito di siffatte previsioni, infatti, sarebbe rappresentato inevitabilmente da una *delegittimazione della pena criminale*, cioè da una svalutazione del momento comminatorio di una pena *pubblica*, alla radice della quale è opportuno che sia sempre presente un giudizio di *speciale* disvalore etico-sociale del tipo di condotta incriminata»; nella particolare prospettiva dei reati d'impresa cfr. A. ALESSANDRI, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1984, p. 72 ss.; nella letteratura straniera v. anche K. SEELMANN, *Strafzwecke und Wiedergutmachung*, in *Zeitschrift für evangelische Ethik*, 1981, pp. 44 ss., 53.

[170] Cfr. T. PADOVANI, *sub Art. 162*, in M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario*, cit., p. 131, che mette in rilievo il rischio di «disparità di trattamento» che, in relazione alle condizioni economiche del reo, potrebbe determinare l'oblazione discrezionale.

[171] Così A. ALESSANDRI, *Diritto penale*, cit., p. 321; sul punto v. G.P. DEMURO, *Diritto penale e risarcimento*, cit., p. 1202 osserva che «maggiori sono le dimensioni [del bene giuridico], la sua evanescenza e la sua vaghezza (c.d. beni giuridici «ad ampio spettro»), più difficile è quantificarne la lesione».

[172] F. PALAZZO, *Bene giuridico*, cit., p. 220.

[173] G.P. DEMURO, *Diritto penale e risarcimento*, cit., p. 1204, osserva che «il ripristino dello status quo ante sarebbe sanzione realmente ed efficacemente volta alla tutela di esso, anche per i costi elevati che, salva la varietà dei casi, tale reintegrazione comporterebbe per il reo. Tali costi non solo annullerebbero i benefici recati al colpevole del delitto, ma per la fase eccedente, necessaria al ripristino, costituirebbero sanzione adeguata».

delle garanzie penalistiche sulla spinta di bisogni collettivi di punizione o di prevenzione generale [174].

A tal riguardo l'art. 35, comma 2 del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, come già osservato, sembra costituire un punto di riferimento interessante dove prevede che «il giudice di pace pronuncia la sentenza di estinzione del reato di cui al comma 1, solo se ritiene le attività risarcitorie e riparatorie *idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione*». La condotta reintegratoria, a prescindere dai contenuti assunti nel microcosmo del Giudice di pace, deve essere valutata alla luce del finalismo della pena.

Se «la negazione del carattere afflittivo della pena non potrebbe significare altro che la negazione della stessa nozione di pena» [175], la condotta reintegratoria, nel recuperare una dimensione punitiva pensata in positivo, può essere considerata un'alternativa interna al diritto penale, soprattutto quando combina, come nel caso della sospensione del processo con messa alla prova, il profilo restitutorio, ripristinatorio con quello reintegratorio-risocializzante delle prestazione gratuita a favore della collettività [176].

Si intende sottolineare in questa sede una considerazione già messa in rilievo in precedenza. Conservare una componente afflittiva nella risposta al reato, sia pure attraverso una sostanziale modifica (in positivo) dei suoi contenuti, significa andare alla ricerca di qualcosa di meglio *nel* diritto penale [177] non solo per introdurre un nuovo meccanismo di razionalità nel sistema punitivo, ma soprattutto per conservare le garanzie del diritto penale. La prescrizione di obblighi positivi connessa alla commissione di un reato rimane un rischio e non certo una conseguenza vantaggiosa per il reo [178].

Differenziare il modello repressivo e integrare al suo interno la condotta reintegratoria – come sanzione autonoma – significa ridurre al minimo il ricorso alle risposte punitive "classiche". In altre parole, l'ingresso nel diritto penale di forme di reazione fondate sulla reintegrazione non mette in discussione il carattere punitivo della reazione, ma il più profondo nucleo negativo della concezione retributiva della pena [179].

---

[174] Cfr. M. DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., p. 202; L. EUSEBI, *Prescrizioni a carico del condannato e sospensione condizionale della pena. Spunti di riflessione dai modelli tedesco occidentale ed austriaco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 1151.

[175] H.-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *op. cit.*, p. 65 «Di Leugnung des Übelscharakters der Strafe würde nichts anderes bedeuten al si Leugnung des Strafbegriffs selbst»; Corte Cost., 26 giugno-2 luglio 1990, n. 313.

[176] Cfr. U.V. BONDESON, *Alternatives to imprisonment, Intentions and Reality*, New Brunswick, 2002 che riprende le osservazioni di V. AUBERT, *The Social Function of Law*, Oslo, 1976, p. 43.

[177] Cfr. G. RADBRUCH, *op. cit.*, p. 57.

[178] Cfr. G. BETTIOL, *Sull'umanizzazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1949, p. 1 ss.; ora anche in ID., *Scritti giuridici*, t. II, Padova, 1966, p. 749.

[179] C. ROXIN, *Zur Wiedergutmachung*, cit., p. 248 sottolinea che «ciò nonostante non si può

Ma vi è un secondo rilevante aspetto legato alla teoria retributiva che merita di essere analizzato. Si tratta del delicato rapporto esistente tra principio di proporzione e condotta reintegratoria.

La vera partita garantistica non sembra giocarsi sul piano della proporzione astratta o concreta del *quantum* di pena (detentiva) rispetto al disvalore oggettivo e soggettivo del fatto, bensì *sul piano della specie di pena*.

La solo apparente omogeneità egualitaria garantita dalla frazionabilità e adattabilità commisurativa della pena detentiva non sembra adeguatamente rispondere né alla diversa declinazione offensiva delle singole fattispecie incriminatrici, né alla differente gravità e tipologia dei fatti riconducibili o ricondotti a queste ultime.

Al contrario, è proprio la diversificazione sanzionatoria e il rilievo attribuito alla condotta reintegratoria a potersi adattare alla declinazione contenutistica del tipo penale, rompendo altresì il blocco epistemologico che deriva dall'uniformità carcerocentrica.

Mutata la specie, rimane comunque aperta la questione della misura della risposta punitiva. A tal riguardo vale allora la pena chiedersi se esistono limiti di legittimità o ragionevolezza verso l'alto o verso il basso derivanti dal principio di proporzionalità della pena che possono ostacolare il riconoscimento della condotta reintegratoria, in forma di pena prescrittiva, come autonoma tipologia di reazione al fatto di reato.

Al di là della possibilità effettiva e delle difficoltà di stabilire una graduazione proporzionale tra scala relativa di disvalore dei reati e scala di gravità delle pene, il vincolo della proporzione, nulla dice (o dovrebbe dire) sulla tipologia, sulla specie e sui contenuti concreti da attribuire alle risposte sanzionatorie [180].

Se si supera l'idea che la pena, per soddisfare la proporzione, debba replicare, anche sul piano qualitativo, il male del reato, ipotesi sanzionatorie a contenuto reintegratorio possono trovare ampi margini di operatività anche in un sistema punitivo che, pur essendo ispirato ad una logica sistematica rigorosamente proporzionale, disponga di un ampio catalogo di opzioni sanzionatorie.

Sul piano della commisurazione della pena in astratto o in concreto, come si è poi cercato di mettere in luce, appare quanto mai incerto ed evanescente il confine tra un principio di proporzione inteso in senso garantista, ossia come delimitazione verso l'alto della coercizione statuale, ed un principio di proporzionalità della pena che si frappone, al contrario, come limite rigidamente retributivo a riduzioni verso il basso della reazione punitiva. Un principio di propor-

---

parlare di abolizionismo. Poiché non viene abolito il diritto penale, ma viene integrata la riparazione nel diritto penale».

[180] Cfr. L. EUSEBI, *Appunti critici*, cit., p. 1167 s. «Il concetto di proporzionalità retributiva, infatti, non è in grado di indicare [...] alcun contenuto specifico della pena»; L. EUSEBI, *Dirsi*, cit., p. 637 ss.

zione che, in quest'ultimo caso, diventa sinonimo di rigidità e severità.

Così come non offre un solido presidio garantistico in grado di assicurare risultati certi ed evitare disuguaglianze in concreto [181], il vincolo di proporzione, non sembra porre vincoli a tal punto stringenti da precludere al legislatore o al giudice, anche dinanzi a forme di criminalità di gravità medio-alta, la scelta di risposte punitive fondate sulla condotta reintegratoria del reo [182]. E ciò tanto più in un contesto in cui la decisione sulla congruità della pena sembra lasciata alla discrezionalità di una prassi giurisprudenziale che si attesta sui minimi edittali, piuttosto che in base a rigorosi criteri guida.

A tal riguardo, l'insopprimibile margine di intuitività ed emotività, che governa il potere discrezionale del giudice nella determinazione della pena [183], potrebbe essere canalizzato, proprio in virtù del contenuto positivo e ri-costruttivo della condotta reintegratoria, verso quel «ruolo propulsivo che nella definizione del volto e dei fini della pena potrebbe giocare l'*empatia*» [184]. Un'empatia che non si rivolge al dolore della vittima per dare soddisfazione a bisogni di vendetta o spinte giustizialiste, ma che al contrario sia in grado di cogliere il nucleo produttivo di una risposta sanzionatoria che cerca di ridurre i costi umani e sociali dei protagonisti della vicenda criminale.

Limiti agli spazi di operatività del modello di condotta reintegratoria qui presentato potrebbero, tuttavia, derivare dalla già menzionata giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che fa della pena proporzionata, nel senso di congruamente afflittiva e general-preventiva, uno strumento reintegratorio per il desiderio di vendetta della vittima.

Si tratta di un limite serio, ma non insuperabile. Pur non essendo volta a soddisfare gli interessi delle vittima in termini di adeguatezza e serietà della risposta sanzionatoria, il modello di condotta reintegratoria proposto non trascura, sia pure in un senso profondamente diverso, i diritti delle vittime. Che la soddisfazione delle ragioni della vittima debba passare attraverso una sofferenza adeguata (quanto improduttiva) del reo desta non poche perplessità [185]. Al con-

---

[181] F. BRICOLA, *Legalità e crisi*, cit., p. 1323 osserva che «la magistratura ha continuato ad esercitare tale potere in forma non razionale ed immotivata, oscillando tra il polo dell'indulgenza e il polo della rigorosa repressione, a seconda delle contingenze di pace sociale o di emergenza nella lotta alla criminalità».

[182] Cfr. G. MANNOZZI, *Pena e riparazione*, cit., p. 1139 rileva il fatto che un sistema di commisurazione rigidamente ancorato alla proporzione tende «ad estromettere completamente istanze di giustizia riparativa».

[183] Di grande interesse sono, a tal rigaurdo, le considerazioni sul c.d. «matching» di intensità, che il sistema di ragionamento intuitivo utilizza per abbinare valori di scale tra loro profondamente diverse: v. D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2011, p. 105 ss.

[184] O. DI GIOVINE, *La sanzione penale nella prospettiva delle neuroscienze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 626 ss.

[185] Cfr. L. CORNACCHIA, *Vittime*, cit., § 9.

trario, un impegno effettivo da parte di quest'ultimo per farsi carico del reato commesso include le ragioni delle vittime e della collettività, senza con ciò sovvertire la logica garantista e di pacificazione sociale di questo diverso modello di razionalità punitiva.

Sul fronte opposto emerge un problema di delimitazione dell'impegno positivo richiesto al condannato per riparare la frattura sociale generata dal reato. Una rilevante gravità del danno o del pericolo cagionati, anche se accompagnata da un grado minimo di colpevolezza, potrebbe richiedere un ingente sforzo riparativo. Per questo motivo è necessario che quest'ultimo non diventi eccessivamente gravoso. Un rischio che sembra, tuttavia, scongiurato proprio in ragione delle caratteristiche della condotta reintegratoria, che è per sua natura più facilmente parametrabile rispetto al disvalore del fatto. In tale prospettiva pare preferibile sganciare il più possibile, specialmente in relazione ai reati colposi, il parametro della proporzione all'incerto (e spesso casuale) disvalore d'evento [186].

Per altro verso, riemerge qui un aspetto già precedentemente tratteggiato. Se il ruolo della condotta reintegratoria non può limitarsi a replicare quello del risarcimento del danno civilisticamente inteso, ma deve tenere nel proprio orizzonte l'interesse protetto dalla fattispecie incriminatrice, la delimitazione della risposta al reato non può essere determinata sulla base del controvalore economico del danno causato dal reato. E ciò non solo perché in tal modo l'offesa al bene giuridico verrebbe ridotta ad un valore puramente monetario, ma perché altrimenti si ridurrebbe l'accesso ai meccanismi reintegratori ai soggetti dotati di risorse patrimoniali.

## 2. *Condotta reintegratoria e prevenzione generale*

In termini altrettanto problematici appare il rapporto tra scopi di prevenzione generale e ruolo della condotta reintegratoria. Se effettività e certezza della pena, quali indispensabili presupposti per il perseguimento di scopi di prevenzione generale, sono divenuti oggetto di sempre più approfondite analisi, che hanno messo in luce come «il sistema penale sia diventato una tigre di carta: mostra un volto feroce, ma nei fatti funziona come le proverbiali grida di manzoniana memoria» [187], il riconoscimento della condotta reintegratoria, come

---

[186] Cfr. L. EUSEBI, *La prevenzione dell'evento non voluto*, cit., p. 963 ss.

[187] E. DOLCINI, *Il castigo sia moderato, ma certo*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 31 ss.; ID., *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1073 ss.; constata una «effettività a macchie di leopardo» ed un «diffuso deficit applicativo», che rischiavano di generare «il sospetto dell'arbitrarietà o quantomeno della casualità dell'intervento punitivo» F. PALAZZO, *Riflettendo su trasformazioni e proiezioni nel diritto penale degli anni Novanta*, in *Il diritto penale alla svolta di fine millennio, Atti del convegno in ricordo di Franco*

punto di rottura della punibilità o scelta sanzionatoria autonoma, rischia di apparire come una nuova possibile fonte di ineffettività della tutela penale. E ciò perché, sia sul piano dell'astratta previsione legislativa sia su quello della individuazione in concreto, la pena deve rappresentare una risposta adeguata alla gravità del reato, se non vuole perdere ogni funzione general-preventiva.

### 2.1. *Uno sguardo d'insieme sulle premesse teoriche della prevenzione generale*

Il presupposto di qualsiasi concezione preventiva è il conseguimento di risultati positivi attraverso l'inflizione di una pena. Solo nella misura in cui i contenuti afflittivi della pena consentono di realizzare un utile per la collettività, l'intervento repressivo può dirsi legittimato da finalità di prevenzione generale [188].

Come scrive uno dei padri del pensiero utilitarista, «*all punishment is mischief: all punishment in itself is evil. Upon the principle of utility, if it ought at all to be admitted, it ought only to be admitted as far as it promises to exclude some greater evil*» [189]. In termini analoghi è stato messo in evidenza che l'inflizione del male della pena si giustifica nel dare effettività alla minaccia legislativa; senza quest'ultima la minaccia rimarrebbe vuota [190].

L'idea dello scopo segna un nuovo orizzonte nella storia del diritto punitivo. La sofferenza che, nel contesto morale e metafisico delle teorie assolute, era un dovere sacro ed una riconciliazione dialettica con la giustizia, diviene qui uno strumento sociale per conseguire obiettivi concreti e realizzare, in ultima analisi, il bene comune [191].

Trasferendo all'interno della scienza penalistica le elaborazioni della filosofia utilitarista nate e sviluppatesi nell'ambito del pensiero illuminista, l'idea cardine attorno alla quale si articola la prevenzione generale è legata al tentativo di incidere sul percorso motivazionale del potenziale autore di reato. La minaccia di

---

*Bricola, Bologna, 18-20 maggio 1995*, Torino, 1998, p. 101 ss.; cfr. F. MANTOVANI, *La «perenne crisi»*, cit., p. 1180 ss.

[188] D. GOLASH, *The Case against Punishment, Retribution, Crime Prevention and the Law*, New York, 2005, p. 22.

[189] J. BENTHAM, *An introduction to the principles of morals and legislation*, New York, 1948, p. 170 «ogni pena è un male: ogni pena è in sé dannosa. Secondo il principio di utilità, se proprio deve essere ammessa, dev'esserlo solo nella misura in cui promette di escludere qualche male più grande».

[190] P.J.A. VON FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, Glessen, 1847, § 16.

[191] Cfr. F. GROSS, *op. cit.*, p. 62; M. DONINI, *Le logiche del pentimento*, cit., p. 912, il quale rileva che «*la prevenzione generale negativa è una categoria della politica e della sociologia criminale, che riguarda il 'sistema' giuridico complessivo e non solo penale, ma non è una categoria tecnico-giuridica, o se vogliamo dogmatica, della pena, che conserva invece una dimensione personalistica*»; sulla valenza politica, prima ancora che di scopo, della prevenzione generale nel fondare la potestà punitiva v. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 20.

un male analogo a quello del reato ha il compito di «*facilitare* mirabilmente il contrasto che dev'essere tra la spinta al delitto e la ripercussione della pena, cioè che questa allontani e conduca l'animo ad un fine opposto di quello per dove cerca d'incamminarlo la seducente idea dell'infrazione della legge» [192].

Nella prospettiva indicata dalla prevenzione generale lo scopo perseguito attraverso la minaccia, l'inflizione e l'esecuzione di una pena è, in ultima analisi, quello di prevenire la commissione di reati [193]. La necessità di evitare il male della pena dovrebbe divenire una ragione talmente forte da indurre gli individui ad astenersi dal commettere reati [194]. Detto altrimenti, in presenza di un rischio di pena sufficientemente elevato e di conseguenze tanto sfavorevoli da superare i vantaggi derivanti dalla commissione di un reato, il potenziale reo, come soggetto in grado di operare scelte su base razionale, sceglierebbe di rispettare precetti e divieti posti dall'ordinamento.

Tanto è ragionevole ipotizzare, anche per un osservatore profano, che il potenziale deterrente di una minaccia punitiva possa influenzare il comportamento di un uomo razionale, quanto è difficile dimostrare sul piano empirico come, in quale misura e a quali condizioni questo fattore incide effettivamente sulle scelte di comportamento degli individui [195].

Preliminarmente, occorre tuttavia osservare che il comportamento conforme alla legge non è la mera conseguenza della paura di essere puniti [196], ma il risulta-

---

[192] C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 47; per una ricostruzione degli orientamenti in tema di prevenzione generale si rinvia a V. MILITELLO, *Prevenzione generale*, cit., p. 67 ss.

[193] Cfr. J. ANDENAES, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione*, in M. ROMANO, F. STELLA (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 33 ss.; in tal senso v. BVerfGE, 39, 37 «se si ritiene che i compiti del diritto penale siano la tutela dei più importanti beni giuridici e dei valori fondamentali di una società, allora a questa funzione [quella di prevenzione generale] un alto significato. Solo la pura esistenza di una tale minaccia di pena ha un influsso sulla concezione valoriale e sulle modalità di comportamento della popolazione».

[194] P.J.A. VON FEUERBACH, *Lehrbuch*, cit., p. 38 come citato da C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 78 s., «tutte le trasgressioni trovano la loro origine nella sensorialità, nel senso che il complesso di desideri umani viene indotto a compiere un'azione attraverso il piacere. Questo impulso sensoriale può essere neutralizzato dal momento che ciascuno sa che dal fatto deriverebbe inevitabilmente un male più grande del dispiacere proveniente dalla mancata soddisfazione dell'impulso a commettere qual fatto»; cfr. sul tema J. ANDENAES, *Punishment and deterrence*, Ann Arbor, 1974; D. BEYLEVELD, *Identifying, Explaining and Predicting Deterrence*, in *British Journal of Criminology*, 1979, p. 205 ss.

[195] R.G.V. CLARKE, *Situational Crime Prevention*, in *Crime and Justice: A Review of Research*, 1995, p. 91 ss. ritiene sia sufficiente una "razionalità limitata" («*bounded rationality*») dalle attitudini e alle credenze individuali sulla base delle quali ogni individuo opera analisi costi-benefici; J. ANDENAES, *The moral or educative influence of criminal law*, in *Punishment and Deterrence*, The University of Michigan, 1974, p. 122 ss.

[196] Cfr. E.H. SUTHERLAND, D.R. CRESSEY, *Principles of Criminology*, Madison, 1966, p. 288 ss. nel ritenere che l'assunto di *Bentham* in base al quale «gli individui regolano il loro comportamen-

to delle inibizioni psicologiche e morali legate al processo di interiorizzazione delle norme svolto dalla maggior parte degli individui. Tanto più saranno forti questi limiti interni, tanto più la minaccia di pena svolgerà una funzione molto limitata nell'orientare le scelte personali di condotta. Sul versante opposto, fattori quali instabilità emotiva, mancanza di autocontrollo o interiorizzazione dei valori tipici della subcultura criminale mettono in dubbio il fatto che il reato possa essere il frutto di una scelta razionale fondata sul rischio di punizione [197].

Come osservava in modo lineare e paradigmatico il Governo inglese nel 1990, «la deterrenza è un punto di riferimento con un richiamo molto immediato […] ma molti reati vengono commessi d'impulso […] e da persone che vivono alla giornata […]. È irrealistico costruire le disposizioni in punto di pena sulla base del presupposto che la maggior parte degli autori di reato vaglierà in anticipo le possibilità e fonderà la propria condotta sul calcolo razionale» [198].

Un ruolo determinate nel funzionamento delle finalità di prevenzione generale viene svolto dall'inflizione e dall'esecuzione della pena. Dall'effettività della pena dipende, infatti, non solo la credibilità ma l'efficacia dissuasiva della minaccia [199].

Come in prevalenza emerge dagli studi criminologici effettuati, esiste una correlazione molto più intensa tra il rischio di essere individuati quali autori di un reato e la variazione dei tassi di criminalità registrati rispetto agli effetti general-preventivi prodotti da un aggravamento delle sanzioni [200].

---

to attraverso il calcolo di piacere e sofferenze» («*people regulate their behavior by calculation of pleasure and pains*») sia stato messo in dubbio dalla criminologia moderna, osservano che «molti autori di reato non considerano mai la pena» come componente di un calcolo razionale («*many criminals never consider the penalty*»); G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 132 s.

[197] Cfr. L. EUSEBI, *Dibattiti*, cit., p. 826; F. MANTOVANI, *La «perenne crisi»*, cit., p. 1173, osserva che il «postulato della razionalità costi-benefici, smentito dal dato di realtà, oltre che da certe più recenti acquisizioni della neurologia e di certe dottrine economiche, perché il modello del delinquente calcolatore, che valuta razionalmente il profitto da reato, può valere, e non sempre, per i reati in materia economica e fiscale (in particolare, degli imprenditori) e di corruzione politica [...]. Non trova, invece, eguale riscontro nella delinquenza per motivazione non lucrativa [...], ove sovente concorrono anche fattori inconsci ed emotivi».

[198] Home Office, *Crime, Justice and Protecting the Public*, London, 1990, p. 6, «*deterrence is a principal with much immediate appeal […] but much crime is committed on impulse […] and it is committed by offenders who live from moment to moment […]. It is unrealistic to construct sentencing arrangements on the assumption that most offenders will weigh up the possibilities in advance and base their conduct on rational calculation*».

[199] C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 430 ss.; F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 414 ss.

[200] Cfr. H. KURY, M. BRANDENSTEIN, T. YOSHIDA, *Kriminalpräventive Wirksamkeit härterer Sanktionen – Zur neuen Punitivität im Ausland (USA, Finnland und Japan)*, in *Zeitschift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2009, p. 190 ss.; G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 130; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 80 sottolinea la capacità maggiormente deterrente del rischio di essere

In un'approfondita ricerca empirica che ha messo a confronto le scelte di politica criminale e i tassi di criminalità registrati in Inghilterra e negli USA nel corso di quindici anni (1981-1996), vengono analizzati gli effetti deterrenti del sistema punitivo. In particolare sono stati osservati gli effetti prodotti sui livelli di criminalità registrata – non solo attraverso le statistiche ufficiali, ma anche sulla base delle indagini di vittimizzazione – in conseguenza di un incremento di effettività della pena oppure di un aumento della severità delle sanzioni. Il dato utilizzato per misurare il livello di certezza della pena è rappresentato dal numero di condanne ogni 1000 persone sospettate di aver commesso un reato. In relazione alla severità vengono, invece, presi in considerazione i seguenti criteri: la probabilità di essere condannati ad una pena detentiva; la durata media della condanna inflitta e della pena effettivamente eseguita. Si osserva che, al mutare del rischio di essere puniti, diminuiscono i tassi di criminalità in misura largamente maggiore rispetto a quanto non avvenga in caso di modifiche della severità del trattamento punitivo («*Changes in the risk of punishment are widely thought to have greater impact on crime rates than changes in the punishment severity*») [201].

Più problematico risulta invece stabilire quale sia il livello sanzionatorio minimo oltre il quale la pena smetterebbe di rappresentare un disincentivo. A tal riguardo occorre peraltro tenere conto del fatto che l'effetto deterrente della minaccia sanzionatoria dipende non solo dalla percezione individuale del rischio di venire puniti, ma anche dalla rappresentazione di tale rischio che normalmente si forma attraverso l'informazione offerta dai mezzi di comunicazione di massa [202].

A gettare pesanti ombre sull'efficacia general-preventiva della pena contribuisce in maniera determinante il vuoto che nessun livello di effettività della pena riesce a colmare: la «cifra oscura» della criminalità. Come è stato messo in luce «il fenomeno della "sommersione" del crimine esiste e ha dimensioni imponenti. Si valuta che la percentuale dei reati scoperti si mantenga sempre al di

---

scoperti più che l'inasprimento sanzionatorio spesso invocato dall'opinione pubblica; G. FIANDACA, *sub Art. 27, c. 3*, cit., p. 266 s.; E. DOLCINI, *La commisurazione*, p. 235 ss.; per una lettura parzialmente diversa cfr. A. PAGLIARO, *Le indagini empiriche sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 447 ss.

[201] P.A. LANGAN, D.P. FARRINGTON, *Crime and Justice in the United States and England and Wales, 1981-96*, 1998, p. 39; sul punto cfr. D. BEYLEVELD, *Identifying, Explaining and Predicting Deterrence*, cit., p. 205 ss.; più recentemente C. MURRAY, *Does prison work?*, London, 1997, mettendo in relazione, l'aumentato rischio di finire in carcere negli USA e i tassi decrescenti di criminalità, da un lato, e il fenomeno inverso osservato in Inghilterra, dall'altro, afferma che un ampio ricorso alla pena detentiva produce effetti consistenti di prevenzione generale.

[202] Cfr. J. ANDENAES, *La prevenzione generale*, cit., p. 40; F. PALAZZO, *Mezzi di comunicazione e giustizia penale*, in *Pol. dir.*, 2009, in particolare sul rapporto tra media e funzioni della pena p. 213 ss.; in generale sul complesso rapporto esistente tra rappresentazione mediatica del reato e realtà cfr. M. BERTOLINO, *Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 1070 ss.

sotto del 50% rispetto al totale di quelli commessi e, per le violazioni di minore entità, non superi mai il 10%»[203].

Al di là degli irrisolti problemi empirici, più di un dubbio sembra addensarsi sulla legittimazione politico criminale della teoria general-preventiva[204]. Non è più un ente in posizione di autorità, ma è uno Stato che assume compiti di promozione sociale quello con cui si relazionano le persone. Ed allora l'idea di una pena come minaccia in funzione deterrente rispecchia una concezione dei rapporti tra Stato e cittadino che mal si concilia con un ordinamento democratico[205]. Lo stesso individuo nei confronti del quale è indirizzata la minaccia di pena dovrebbe, al contempo, contribuire alla predisposizione legislativa di quella stessa minaccia. In altri termini, la partecipazione democratica alla formazione delle regole e dei divieti sui quali si regge la convivenza comune rischia di scomparire dietro uno strumento esclusivamente incentrato sulla coazione psicologica. Uno strumento che lascia ben poco spazio al consenso come condizione minima per la tenuta dell'ordinamento giuridico[206].

Vi è, infine, un ulteriore aspetto che merita di essere messo in luce. Dinanzi a questo quadro così sommariamente tratteggiato, la prevenzione generale negativa lascia frequentemente spazio ad un rigore punitivo esasperato che, invece di riaffermare effettività e serietà della minaccia, finisce per apparire «la celebrazione di un'inefficienza quotidiana, che ha bisogno di un'esasperata gestualità teatrale per ricordare la propria esistenza: è il fallimento della regolamentazione ordinaria che genera i mostri delle condanne esemplari»[207]. L'illusione che l'aumento incondizionato degli strumenti repressivi possa generare maggiore sicurezza sociale deve essere guardata con disincanto. Non solo perché un tale approccio politico-criminale rischia di disperdere ogni risorsa sociale in cambio di irrazionali strategie per placare i più profondi istinti di vendetta, ma perché finisce per generare privazioni insensate in una logica di prevenzione e per cancel-

---

[203] Cfr. G. FORTI, *Tra criminologia e diritto penale: «cifre nere» e funzione generalpreventiva della pena*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 53 ss., 71; L. EUSEBI, *Dibattiti*, cit., p. 827 s.

[204] Cfr. C. PEDRAZZI, *Inganno*, cit., p. 30, il quale ritiene che «l'idea della prevenzione generale, intesa come effetto dell'intimidazione, è troppo angusta».

[205] W. HASSEMER, *Warum*, cit., p. 107 s.

[206] L. EUSEBI, *La riforma del sistema*, cit., p. 49 osserva che «solo lo stato democratico può infatti ambire, diversamente dai regimi totalitari o dalle aggregazioni criminali che perseguano il controllo del territorio, a ottenere un'adesione *libera* dei singoli individui nei confronti delle sue norme, e pertanto a *convincere* piuttosto che a *costringere*»; ampiamente sul punto v. C. MAZZUCATO, *Giustizia esemplare*, cit., p. 407 ss.

[207] A. ALESSANDRI, *Delitti e pene nello scenario della crisi*, in *Giur. comm.*, 2010, p. 671 ss. svolge questa considerazione in relazione alla condanna esemplare (a 150 anni di carcere) inflitta a *Bernard Madoff.*

lare le essenziali conquiste di maggiore umanità del diritto penale [208].

Ma vi è un aspetto ulteriore che merita di essere messo in rilievo, perché segna un fondamentale mutamento di paradigma. Rispetto al passato, l'esasperato inseguimento di finalità di prevenzione generale negativa, spesso connotate da pulsioni neo-retribuzioniste, non è più indotto o giustificato dall'idea di uno Stato, che riafferma (o minaccia di riaffermare), attraverso la propria potestà punitiva, l'ordine violato. Il Leviatano è stato sostituito «dalla tutela dei diritti fondamentali [...] delle vittime reali o potenziali» [209]: tutela che fornisce, nel discorso politico-criminale contemporaneo, il veicolo degli scopi general-preventivi e più macroscopicamente afflittivi.

### 2.2. *Tra prevenzione generale positiva e funzione simbolico-espressiva della pena*

Alla troppo angusta idea di prevenzione generale negativa si contrappone la convinzione che «la severa maestà del magistero punitivo serv[a] a imprimere nella coscienza dei consociati un codice morale, stigmatizzando nella forma più eloquente le condotte riprovevoli. È un'opera di educazione più che di intimidazione: tanto che gli effetti si risentono anche al di fuori delle zone investite dalla minaccia: rinsaldando i valori morali si promuove una generale bonifica del costume» [210].

Funzione socio-pedagogica, prevenzione-integrazione, promozione positiva di valori, funzione di stabilizzazione e rafforzamento delle norme e della fiducia dei cittadini nell'ordinamento [211]. Queste sono solo alcune fra le molteplici espressioni della dimensione positiva della prevenzione generale: una dimensione che, negli ultimi anni, sembra aver acquisito un crescente riconoscimento dottrinale [212] e giu-

---

[208] In tal senso F. STRENG, *Die Wirksamkeit strafrechtlicher Sanktionen – Zur Tragfähigkeit der Austauschbarkeitsthese*, in F. LÖSEL, D. BENDER, J.-M. JEHLE (a cura di), *Kriminologie und wissensbasierte Kriminalpolitik. Entwicklungs- end Evaluationsforschung*, Mönchengladbach, 2007, p. 65 ss.

[209] M. DONINI, *Europeismo giudiziario*, cit., p. 44.

[210] Così C. PEDRAZZI, *Inganno*, cit., p. 30.

[211] Per una ricostruzione della prevenzione generale positiva cfr. G. FORTI, *L'immane*, cit., p. 137 s.

[212] Cfr. W. HASSEMER, *Darf der strafende Staat*, cit., p. 238 ss.; W. HASSEMER, *Warum*, cit., p. 96 ss., ritiene che il concetto di prevenzione generale positiva sia nato dall'elaborazione giurisprudenziale del *Bundesgerichtshof* e del *Bundesverfassungsvericht*; A. VON HIRSCH, *Fairness, Verbrechen*, cit.; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 80 ss.; J. FEINBERG, *The espressive function of punishment*, in R.A. DUFF, D. GARLAND (a cura di), *A Reader on Punishment*, Oxford, 1994, p. 73 ss.; I. PUPPE, *Strafrecht als Kommunikation – Leistungen und Gefahren eines neuen Paradigmas in der Strafrechtdogmatik* –, in H. SAMSON (a cura di), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Baden Baden, 1999, p. 469 ss., si chiede in modo critico perché si dovrebbe ritenere che il reato trasmetta un messaggio di invalidità della norma giuridica. In tal caso dovremmo, in-

risprudenziale[213]. Questa tendenza a riempire la pena tali finalità è particolarmente presente nel dibattito tedesco[214].

Se il versante negativo della prevenzione generale si fonda sulla minaccia di pena come forma di coazione psicologica nei confronti degli individui, il suo analogo positivo, in funzione preventiva-integrativa («*Integrationprävention*»), si basa «sull'effetto reintegratorio (o di soddisfazione – *Befriedigungseffekt*) che sorge quando la coscienza giuridica collettiva si placa in ragione della sanzione *inflitta* per la violazione di una norma e considera risolto il conflitto con il reo»[215].

Entrambi i concetti di prevenzione generale condividono, in ultima analisi, un obiettivo comune: consolidare la capacità delle fattispecie incriminatrici di orientare le scelte di condotta fatte dagli individui. L'orizzonte della prevenzione generale positiva non è, tuttavia, circoscritto alla minaccia di pena, ma abbraccia il precetto della fattispecie incriminatrice ed ogni altra disposizione che concorre a formarlo, nonché le garanzie fondamentali del diritto penale e processuale penale[216]. Mentre alcuni autori ritengono che il diritto penale è in grado di fornire criteri di orientamento della condotta individuale[217], altri sottolineano la centralità del potere punitivo dello Stato come strumento di conservazione del sistema normativo vigente e di rafforzamento del sentimento giuridico della collettività[218]. In altre parole, il compito svolto dal diritto punitivo sarebbe

---

fatti, ritenere che lo stesso reo abbia commesso il reato nell'intenzione di voler comunicare questo messaggio. Normalmente il reo non vuole esprimere, attraverso la commissione del reato, la perdita di validità generale della norma e neppure la perdita di validità nel caso concreto. Il reo non pensa alla validità della norma, ma decide piuttosto consapevolmente di non attenervisi; sul punto si veda l'approfondita analisi di M. VAN DE KERCHOVE, *Quand dire c'est punir, essai sur le jugement pénal*, Bruxelles, 2005; G. KELLENS, *La mesure de la peine. Précis de pénologie et de droit des sanctions pénales*, Liège, 1991, p. 62.

[213] Nella giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca cfr. *BverfGE*, 27, 29 «Ogni norma penale contiene una affermazione di disvalore etico-sociale dell'Autorità statale sulla condotta da quest'ultima ritenuta penalmente rilevante», «*Jede Strafnorm enthält ein mi staatlicher Autorität versehens sozial-etisches Unwerturteil über die von ihr pönalisierte Handlungsweise*»; *BverfGE*, 45, 225 s., anche in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, p. 2073, secondo la quale il versante positivo della prevenzione generale «viene generalmente visto nella conservazione e nel rafforzamento della fiducia nell'esistenza e nella capacità di imporsi dell'ordine giuridico».

[214] Cfr. da utlimo C. ROXIN, *Prävention, Tadel und Verantwortung – Zur neuesten Strafzweckdiskussion*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2015, p. 185 ss.; cfr. K. KÜHL, *Die ethisch-moralischen Grundlagen des Strafrechts*, in *Zeitschift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2004, p. 870 ss. il quale sottolinea il fatto che recentemente la Corte costituzionale tedesca ricorre spesso ed in modo insistente ad una nozione di pena come disapprovazione etico-sociale (p. 879).

[215] C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 81.

[216] W. HASSEMER, *Warum*, cit., p. 96.

[217] H. MÜLLER-DIETZ, *Integrationsprävention*, p. 813 ss.

[218] G. JAKOBS, *Das Strafrecht zwischen*, cit., p. 844 secondo il quale «la pena non è [...] solo uno strumento per la conservazione dell'identità sociale, ma la conservazione stessa» e «il diritto

quello di rafforzare il carattere vincolante delle fattispecie incriminatrici e preservare la stabilità del sistema giuridico.

Nell'ottica della prevenzione generale positiva è necessario occuparsi del pericolo che venga meno la fiducia dei cittadini nell'ordinamento giuridico. Un pericolo che risulta fondato quando la mera condanna senza esecuzione della pena potrebbe essere intesa dai consociati come ingiustificata cedevolezza ed incerto arretramento dinanzi al crimine. La rinuncia a punire apparirebbe assolutamente incomprensibile e la fiducia della popolazione nell'inviolabilità del diritto e nella protezione dell'ordinamento giuridico dalle aggressioni criminali potrebbe con ciò venire scossa [219].

Dinanzi a questa valorizzazione della dimensione comunicativa e di orientamento culturale del diritto penale, la prevenzione generale positiva, nel riportare il dibattito sulla pena in una dimensione le cui coordinate possono difficilmente essere riscontrate nella realtà, soffre la mancanza di dati empirici [220] in maniera molto più profonda di quanto già non accada per la versione negativa fondata sul potenziale deterrente della minaccia di pena. A ciò si aggiunga che questo slittamento verso una concezione della pena dalla chiara connotazione simbolica segnala un ritorno ad un ideale di giustizia puramente metafisica che necessita di essere coniugata con gli obiettivi laici di tutela, primo fra tutti quello minimo di promuovere il rispetto della legalità, il cui ingresso nel dibattito penalistico ha segnato la nascita delle teorie preventive [221].

---

penale ricostruisce su un piano comunicativo la validità della norma violata»; G. JAKOBS, *Das Schuldprinzip*, Opladen, 1993, p. 27 mette in rilievo il fatto che il reato viene percepito come un "progetto" di regolazione diversa della società. La pena è l'obiezione contro questo inaccettabile "progetto" del reo.

[219] Cfr. *BGH*, 8.12.1970, 1 StR 353/70, BGHSt 24, 40, il *Bundesgerichtshof*, trovandosi a valutare se in un caso di tentato incesto in concorso con tentato stupro, atti sessuali con bambini potesse essere inflitta una pena detentiva di un anno sospesa condizionalmente, analizza il significato della formula «tutela dell'ordinamento giuridico» prevista dal § 56, comma 3 *StGB*. La Corte afferma che l'inflizione di una pena esprime l'inviolabilità dell'ordinamento giuridico dinanzi alla collettività e, allo stesso tempo, previene future violazioni da parte di potenziali autori di reato. Il *Bundesgerichtshof* prosegue affermando che l'esecuzione di una pena detentiva è indicata, quando la sospensione della pena apparirebbe assolutamente incomprensibile e la fiducia della popolazione nell'inviolabilità del diritto e nella protezione dell'ordinamento giuridico dalla commissione di reati potrebbero uscirne pregiudicate.

[220] Cfr. G. FORTI, *L'immane*, cit., p. 138.

[221] In senso critico cfr. C. ROXIN, *Strafe und Strafzwecke*, cit., p. 603 s. ritiene che fondare la pena sul carattere etico-sociale del rimprovero della colpevolezza sia nella sostanza solo il relitto di un'antiquata visione sul rapporto tra reato e illecito amministrativo (p. 604); cfr. M. DONINI, *Le logiche*, cit., p. 915; F. MANTOVANI, *La «perenne crisi»*, cit., p. 1174, in relazione alla prevenzione generale positiva, denuncia, da un lato, «la mancanza di fondamenti scientifici sicuri e di conferme empiriche», e dall'altro, «la possibilità che [...] la concezione retributiva della pena ritrovi una nuova giustificazione»; G. FIANDACA, *sub Art. 27, c. 3*, cit., p. 271 s.; in senso diverso L. EUSEBI, *La riforma del sistema*, cit., p. 51.

Nella sfaccettata realtà disegnata dalla prevenzione generale positiva si inserisce la funzione simbolico-espressiva della pena. Il livello di attitudine di un individuo a tenere un determinato comportamento dipende dall'influenza proveniente dalla società. In tal senso sia la legislazione che la giustizia penale indirizzano messaggi all'intera collettività: messaggi di disapprovazione che possiedono una «funzione espressiva» [222].

La pronuncia di un messaggio di censura rappresenta il solo elemento in grado di distinguere la pena da qualsiasi altro tipo di reazione dell'ordinamento dinanzi alla violazione di una norma (ad es. il risarcimento del danno in ambito civilistico o il pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria) [223].

Il messaggio di disapprovazione proprio della pena è rivolto alla vittima, al reo e alla collettività. L'inflizione di una sanzione svolgerebbe, dunque, due importanti funzioni.

Da un lato, offrirebbe riconoscimento ai diritti della vittima: il messaggio di disapprovazione espresso dalla reazione punitiva sancisce che è stato commesso un reato e che i diritti di una vittima sono stati violati [224]. Dall'altro lato, nell'esprimere la censura della condotta tenuta dal reo, in relazione alla quale quest'ultimo viene dichiarato responsabile, il contenuto simbolico espressivo della condanna dichiara pubblicamente che l'offesa subita dalla vittima è stata causata dal reato commesso [225].

## 2.3. *Un bilancio*

Pur non essendo legata in via esclusiva alla prevenzione generale, l'idea illuministica di una pena pronta e certa pretende innanzitutto effettività [226]. Solo

---

[222] J. FEINBERG, *The espressive function*, p. 73 ss.; sul punto v. G. FORTI, *Principio del danno*, cit., p. 600, il quale rileva: «per Feinbeng dunque l'essenza della penalità si caratterizza [...] nell'espressione di una "disapprovazione sociale" ed è questo tratto, a differenza di un comune pensiero retributivo, che deve "corrispondere" al crimine commesso e non la afflittività: "la sofferenza della pena deve corrispondere alla colpevolezza solo nei limiti in cui la sua inflizione è veicolo simbolico della pubblica condanna". Tale ultima corrispondenza però, appunto, non esprime ciò che è proprio della penalità, ma rispecchia le convenzioni: l'accoppiamento della sofferenza all'espressione del rimprovero, così mi pare dunque di poter interpretare, è storicamente contingente, mutevole e modificabile al mutare del contesto di riferimento culturale».

[223] J. FEINBERG, *The espressive function*, p. 87.

[224] J. FEINBERG, *ibidem.*

[225] Mettono in rilievo che il carattere simbolico della pena come espressione di disapprovazione sociale per il comportamento tenuto dal reo non esclude la possibilità di tenere distinta la funzione simbolico-espressiva della pena dalla teoria retributiva. Non sarà la relazione tra il livello di gravità del reato ed il *quantum* di sofferenza da infliggere al reo, ma piuttosto il rapporto tra la gravità del reato e il grado di disapprovazione (*condemnatory aspect*) a segnare il carattere peculiare della pena: J. FEINBERG, *op. ult. cit.*, p. 87 s.; A. VON HIRSCH, *Fairness, Verbrechen*, cit., p. 19 ss.

[226] Cfr. F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca*, cit., p. 422 «Non a caso nelle concezioni

quando viene inflitta una risposta punitiva che non lascia spazi a rinunce o "eccezioni", si realizza quell'istanza tipicamente riconducibile alla prevenzione generale: la minaccia di pena deve trovare necessariamente applicazione se non vuole perdere la propria credibilità. Una credibilità che rischia di essere indebolita nel momento in cui il diritto penale attribuisce rilievo alla condotta reintegratoria.

Due sono le prospettive evocate che devono essere verificate. Da un lato, quella della condotta reintegratoria come punto di rottura della punibilità e, dall'altro lato, quella di meccanismi reintegratori come risposte punitive autonome.

Sotto il primo punto di vista, la condotta reintegratoria, entrando a far parte della variegata categoria della "non punibilità", si inserirebbe in un meccanismo premiale, il cui effetto sarebbe quello di "degradare" la risposta punitiva [227].

A tal riguardo si deve osservare che una rigida ed assoluta corrispondenza tra momento precettivo e conseguenze sanzionatorie non può più trovare spazio in una politica criminale che dà rilievo a valutazioni di opportunità politica, apre spazi a considerazioni sul bisogno o sulla meritevolezza di pena oppure privilegia il perseguimento di interessi eccentrici rispetto alle finalità classiche attribuite alla pena [228]. Ciò non di meno sarà sufficiente riflettere sulla tendenza ad avvertire le tutt'altro che infrequenti ipotesi di rinuncia all'inflizione di una pena come forme "patologiche" o quanto meno sulla carta eccezionali rispetto alla "naturale" linearità esistente tra reato e pena, per comprendere quanto il riconoscimento della condotta reintegratoria come punto di rottura della punibilità si ponga in termini problematici rispetto ad esigenze general-preventive e di tenuta dell'intero ordinamento, in termini di realizzazione delle aspettative sociali di giustizia e di lotta a tutto campo contro ogni forma di impunità [229]. Di fronte

---

retributive, e in quelle massimamente assolute, l'effettività della pena (*id est*: la certezza della pena) assume la massima rigidità».

[227] M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in ID., *Alla ricerca*, cit., p. 347; una degradazione (quella della non punibilità) che sarebbe il frutto di una politica criminale improntata all'*extrema ratio*, così ID., *Le logiche del pentimento*, cit., p. 916.

[228] Sulla meritevolezza e il bisogno di pena v. M. ROMANO, «*Meritevolezza di pena», «bisogno di pena» e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 39 ss. E. VENAFRO, *Meritevolezza di pena e logiche deflattive. Un breve schizzo introduttivo*, in G. DE FRANCESCO, E VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, Torino, 2002, p. 9 ss. In relazione al necessario confronto tra non punibilità e finalità della pena v. Corte Cost., 31 marzo 1988, n. 369; sul punto v. anche M. CAPUTO, *Il diritto penale*, cit., 2009, p. 454 ss.; C. PIERGALLINI, *Fondamento*, cit., p. 1659 ss.; C. RUGA RIVA, *Sanatorie*, 209 ss.; ID., *Il premio*, cit., p. 45 ss.; nella letteratura tedesca cfr. H.-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch*, cit., p. 552.; C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 1042 ss.

[229] Cfr., sul tema, F. BRICOLA, *Diritto premiale e sistema penale*, cit., p. 1460 ss.; nonché ID., *Funzione promozionale*, cit., p. 1411; A. DI MARTINO, *La sequenza*, cit., p. 6, più ampiamente p. 25 ss.; M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in ID., *Alla ricerca*, cit., p. 358; D. FONDAROLI, *Illecito penale*, cit., p. 43 s.; F. MANTOVANI, *La «perenne crisi»*, cit., p. 1175; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, Padova, 1979, p. 274; D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale*, cit., p.

al possibile indebolimento della funzione deterrente della minaccia di pena, il soggetto agente potrebbe pianificare la commissione di un fatto reato, contando sulla possibilità di servirsi, nel caso in cui venga chiamato a risponderne, della condotta reintegratoria come strumento di salvezza dalla pena [230].

A questa considerazione si contrappone la più che fondata obiezione che, in realtà, il brocardo *nullum crimen sine poena*, nell'esprimere un indefettibile collegamento tra male del reato e della pena, sembra ormai svelare «un mero simulacro delle ragioni della repressione» [231], che rischia di rimanere vittima di «una mitologia della pena intesa in termini astorici» [232]. Una repressione il cui potenziale deterrente soffre tra l'altro di una profonda carenza di dati empirici in grado di dimostrarne l'efficacia e si scontra con una realtà dominata dalla cifra oscura della criminalità.

Ed allora, anche nella prospettiva indicata dalla prevenzione generale, la condotta reintegratoria, proprio in virtù del sua capacità di salvaguardare, sia pure tardivamente, il bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice, rappresenta un'alternativa valida, particolarmente persuasiva e tutt'altro che patologica, dal momento che, ove sia il frutto di un ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali in gioco, segna semplicemente una razionalità diversa del diritto penale [233]. In tal senso, un ragionevole bilanciamento potrebbe essere

---

116 ss.; M. ROMANO, *Razionalità, codice e sanzioni penali*, in AA.VV., *Amicitiae pignus. Studi in ricordo di A. Cavanna*, vol. III, Milano, 2003, p. 1893 ss.; C. RUGA RIVA, *Il premio*, cit., p. 536.

[230] Cfr. F. MANTOVANI, *Sanzioni alternative*, cit., p. 79; T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., p. 408; S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982, p. 302; in una propsettiva più ampia v. G. GEMMA, *Principio costituzionale di eguaglianza e remissione della sanzione, clemenza e autorizzazione a procedere alla luce dell'art. 3 della Costituzione*, Milano, 1983.

[231] A. DI MARTINO, *La sequenza infranta, profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, p. 80.

[232] Così A. ALESSANDRI, *Diritto penale*, cit., p. 320; sul punto cfr. M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in ID., *Alla ricerca*, cit., pp. 358, 360; ID., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 410 evidenzia che «la vecchia visione del reato come fatto necessariamente punibile (*nullum crimen sine poena*), sul quale incombeva la minaccia plumbea ma "giusta" della sanzione retributiva, e che rendeva inconcepibile una definizione di reato separata dalla punibilità, è tanto distante dal tempo presente da apparire un'ingenuità politica, prima che teorica»; in questo senso B. PETROCELLI, *Reato e punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 670 ss. In tal senso sembra esprimersi la Corte Europe dei Diritti dell'Uomo che vede nell'effettività e nella certezza della risposta punitiva, sia pure in relazione alle più gravi violazioni della Convenzione, un presidio indispensabile contro il vuoto repressivo derivante dall'eventuale previsione in astratto di ipotesi di non punibilità, che finirebbero per condannare la tutela dei diritti fondamentali all'inoperatività; sul punto v. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., p. 2671 ss.

[233] Mette in rilievo che la non punibilità più che una patologia segna semplicemente una razionalità diversa del diritto penale M. DONINI, *Non punibilità*, cit., p. 349 ss. Cfr. F. GIUNTA, *Oltre la logica della punizione*, cit., p. 346 ss.; nel senso che il salvataggio *in extremis* del bene giuridico rafforza l'aspetto della prevenzione T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 534 s.; T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., p. 407 s. il quale osserva che «la violazione del comando ori-

operato proprio sulla base della finalità rieducativa della pena sancita dall'art. 27, comma 3, Cost. [234].

Come è stato osservato, «laddove l'agente elimini le conseguenze dell'illecito [...], non si tratta di trovare giustificazione politica (esterna) alla clemenza, posto che la condotta reintegratoria/eliminativa ha – ad un giudizio successivo, ed in un'ottica utilitaristica – tolto fondamento alla *stesse* ragioni del punire» [235].

Se si prova, ora, ad allargare l'orizzonte della condotta reintegratoria oltre la sua valenza come punto di rottura della punibilità, fino a farne l'ipotesi di lavoro per la costruzione di un nuovo paradigma sanzionatorio di tipo prescrittivo, la predisposizione di risposte punitive a contenuto reintegratorio sembra poter conservare un più spiccato potenziale general-preventivo. E ciò non solo sul piano simbolico, dal momento che l'etichetta della non punibilità evoca una rinuncia all'effettività della minaccia, bensì anche sul piano materiale, poiché la condotta reintegratoria si pone nella prospettiva di riparare l'offesa all'interesse tutelato. Si tratta, dunque, di un modello di reazione repressiva che, pur avendo un contenuto positivo, non sembra, solo per questo, dover essere catalogata come sacrificio della pretesa punitiva. Proprio nella misura in cui tali obblighi positivi a carico del reo hanno un contenuto afflittivo, la condotta reintegratoria continua a rappresentare una conseguenza sfavorevole per il reo rispetto al vantaggio derivante dal reato, in grado dunque di conservare un valore deterrente. Sul piano della prevenzione generale positiva, il meccanismo reintegratorio si fa, invece, portatore di un messaggio di censura del comportamento del reo e di salvaguardia della vittima rivolto all'intera collettività [236].

Specialmente in un periodo storico quanto mai lacerato da riforme all'insegna della repressione che conservano talvolta un mero valore simbolico – una condizione che è stata acutamente definita «*illusion de sécurité*» [237] – e da un

---

ginario non è – giustamente – assunta in una mera dimensione etico-politica (come rottura di un *vinculum subjectionis*), ma riguardata nella sua proiezione politico-sociale (come rottura di un equilibrio suscettibile si essere reintegrato)»; C. PIERGALLINI, *Fondamento*, cit., p. 1692 ss.; v. anche D. PULITANÒ, *"Obblighi costituzionali di tutela penale?"*, in AA.VV., *Studi in memoria di G. Delitala*, vol. II, Milano, 1984, p. 1257 ss.

[234] Cfr. F. BRICOLA, *Funzione promozionale*, cit., p. 1423; D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale*, cit., p. 120; nonché ID., *La «non punibilità» di fronte alla Corte costituzionale*, in *Foro it.*, c. 1806 ss.; ampiamente sul tema L. STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 626 ss.; L. STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla "punibilità"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 397 ss.

[235] C. RUGA RIVA, *Sanatorie*, cit., p. 210 s.

[236] Condizioni, queste, che possono forse soddisfare quei presupposti di «pena pubblica e stigma sociale [...] necessari al diritto penale, necessari alla riduzione della sua estensione e necessari parimenti alla sua "dignità" e quindi alla sua capacità di prevenzione generale» M. ROMANO, *Risarcimento del danno* cit., p. 882.

[237] A. BARATTA, *Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal*, in *Déviance et société*, 1991, p. 19.

vuoto di effettività della sanzione che ha spinto il sistema penale sull'orlo del collasso, il modello di pena prescrittiva-reintegratoria non solo sembra in grado di rompere il ciclo negativo di una prassi costretta a scegliere tra pena detentiva e impunità, ma può fornire quel minimo di tutela delle vittime e della collettività indispensabile per la tenuta globale dell'ordinamento [238].

Il gravoso impegno reintegratorio richiesto al reo, nel riaffermare la salvaguardia garantita dall'ordinamento, ribadisce da un lato la regola di condotta sancita dalla norma incriminatrice e, dall'altro lato, è finalizzata e ripristinare, anche solo simbolicamente, gli interessi che stanno a fondamento della pacifica convivenza civile, qualora questi ultimi siano stati violati dalla commissione di un fatto di reato. Un impegno che, oltre a essere sostenuto da ragioni umanitarie, risulta anche «*strategico* dal punto di vita stesso della *prevenzione generale*» [239].

In tal senso non sembra che sussistano ragioni stringenti per affermare che la riprovazione di un fatto debba necessariamente essere veicolata attraverso l'inflizione di un male così incisivo come la privazione della libertà [240]. Questa costituisce al più una forma di risposta convenzionale storicamente contingente («*certain forms of hard treatment have become the conventional symobls of symbolic reprobation*» [241]), che lascia aperta la possibilità di introdurre modalità punitive pensate in positivo.

Detto altrimenti, la dichiarazione pubblica di censura circa il disvalore del fatto di reato può «esaurirsi in una misura a null'altro intesa che a quella *Normbekräftigung* o convalida normativa, che è alla base della prevenzione generale allargata» [242] ed evitare di riflettere le aspettative di repressione – spesso sviate dalla distorcente rappresentazione mediatica del reato – presenti nella società, senza che questo possa pregiudicare la serietà e l'effettività necessarie a perseguire scopi di prevenzione generale [243].

---

[238] Cfr. E. DOLCINI, *Riflessioni sull'evoluzione della pena in Italia*, in A. CERETTI (a cura di), *Pena controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland, Atti del convegno in onore di David Garland, Università di Milano-Bicocca, 1 marzo 2004*, Milano, 2005, p. 133; M. VOGLIOTTI, *Le metamorfosi*, cit., p. 655.

[239] L. EUSEBI, *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. Vademecum per un'evoluzione necessaria*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia*, cit., p. 100.

[240] Cfr. K. GÜNTHER, *Die Symbolisch-expressive*, cit., p. 205.

[241] J. FEINBERG, *The espressive function*, p. 76; come ha rilevato G. FORTI, *Principio del danno*, p. 600, la componente di sofferenza insita nella risposta punitiva rappresenta, per Feinberg, un fattore «storicamente contingente, mutevole e modificabile al mutare del contesto di riferimento culturale». È, dunque, ancora una volta il fattore culturale a venire in rilievo come guida delle forme di repressione. Forme che non risultano in nulla predeterminate, ma mutevoli dinanzi al cambiamento del contesto sociale.

[242] D. PULITANÒ, *Politica criminale*, cit., p. 30.

[243] Cfr. F. STRENG, *Strafzumessungsvorstellungen von Laien*, in *Monatsschrift für Kriminologie*

## 3. *Condotta reintegratoria e prevenzione speciale*

In antitesi rispetto al nucleo più profondo ed indelebile della pena, che si manifesta nell'inflizione di una sofferenza improduttiva e senza scopo, il riconoscimento della condotta reintegratoria nel sistema penale rappresenta un possibile punto di partenza per recuperare quel «significato critico propulsivo dell'idea rieducativa, che va oltre la tradizionale utilizzazione di tale idea a fini giustificativi delle pene esistenti»[244]. Nel messaggio di civiltà contenuto nell'art. 27, comma 3, Cost. vi è un spinta al mutamento del modello culturale attraverso il quale giudicare le tipologie di reazione al reato. In tal senso, la stessa impronta solidaristica, che plasma l'intera Carta costituzionale e sorregge il messaggio di riscatto umano e sociale legato alla finalità rieducativa della pena, sembra fungere da logico anello di congiunzione tra quest'ultima e la valenza positiva di una reazione punitiva a contenuto prescrittivo-reintegratorio[245]. Un impegno positivo del reo che, nel farsi carico degli interessi della vittima e di quei doveri di solidarietà sociale che stanno alla base della convivenza civile, possiede un significato special-preventivo, dal momento che è finalizzato a ricostruire i valori infranti dal reato[246]. Non è più lo sguardo retrospettivo sul fatto di reato commesso ad indicare il punto di riferimento dal quale partire nel discorso sulla pena, ma è lo sguardo rivolto al futuro, verso il rispristino dei legami solidaristici spezzati dal reato ad orientare quel discorso[247].

Nel proporsi come coerente sviluppo dell'ideale rieducativo, la prospettiva aperta dalla condotta reintegratoria consente di allargare l'orizzonte della finalità risocializzativa della pena, che è tradizionalmente incentrata sulla storia personale e familiare dell'autore del reato, sui suoi bisogni e sulle sue carenze sociali, fino a comprendere una dimensione complementare e frequentemente trascurata: quella delle conseguenze sociali del reato. Attraverso l'impegno positivo connesso al meccanismo reintegratorio, il reo è chiamato, da un lato, ad acquisire una consapevolezza critica dell'offesa causata dal reato e, dall'altro lato, a considerare la dimensione della vittima e della collettività.

Vale, infine, la pena di mettere in rilievo un aspetto rilevante. Nel confronto con le teorie della pena, la condotta reintegratoria, qualunque sia la rilevanza a

---

*und Strafrechtsreform*, 2004, p. 127 ss.; C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 467 ss.; W. HASSEMER, *Warum*, cit., p. 16.

[244] Così L. EUSEBI, *Dibattiti*, cit., p. 835.

[245] A tal riguardo cfr. G. FIANDACA, *sub Art. 27, c. 3*, cit., p. 340; ID., *Scopi della pena*, cit., p. 133.

[246] In tal senso L. EUSEBI, *Ripensare*, cit., p. 4938 ss.

[247] Cfr. D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale*, cit., p. 131 in relazione agli obblighi positivi della sospensione condizionale, parla di assunzione di responsabilità da parte del reo che concerne la vita futura, dove «la riparazione diviene un elemento del suo progetto di vita».

quest'ultima attribuita all'interno del sistema penale, rinuncia a perseguire qualsiasi finalità di prevenzione speciale negativa. Non è certamente la neutralizzazione dell'autore del reato che le forme di condotta reintegratoria possono avere come scopo. La connotazione reintegratoria colloca queste forme di risposta al reato nella direzione opposta: il coinvolgimento del reo del reo in un meccanismo inclusivo e, per sua natura, estraneo alla gestione del fatto di reato attraverso la privazione delle relazioni sociali nel cui ambito quel fatto è stato realizzato.

### 3.1. *Efficacia special-preventiva delle scelte sanzionatorie e prognosi sulla recidiva*

Sebbene la prevenzione della recidiva costituisca uno dei compiti più importanti del diritto penale, il vasto campo delle analisi empiriche rimane in Italia quasi del tutto inesplorato [248].

Sia il formante legislativo, sia quello giurisprudenziale, sia buona parte della dottrina mostrano scarso interesse per l'analisi empirica. Ciò è tanto più vero in relazione a due aspetti strettamente interconnessi, che toccano delicati equilibri politico criminali interni al sistema sanzionatorio: le prognosi sulla recidiva e gli effetti special-preventivi delle varie tipologie di risposta punitiva.

Si tratta di due aspetti profondamenti legati. A divenire indispensabile, per il legislatore, è il ricorso al più aggiornato e accreditato sapere empirico sull'efficacia special-preventiva delle risposte sanzionatorie in funzione delle caratteristiche degli autori di reato e delle diverse forme di criminalità. Solide conoscenze empiriche sono necessarie non solo per il potere legislativo: avere a disposizione dati e strumenti attraverso i quali formulare prognosi (quanto più possibile) affidabili sulla recidiva costituisce la premessa essenziale per l'esercizio, da parte del giudice, del potere discrezionalmente vincolato nella scelta della risposta sanzionatoria più adeguata al caso concreto.

Se, come è stato messo in rilievo, il concetto di pericolosità sociale è confluito all'interno delle teorie della pena in termini di rischio di recidiva [249], la valutazione e gestione di tale rischio diviene un oggetto privilegiato di indagine. In mancanza di sapere empirico su tali temi il giudizio, pur incidendo profondamente sulla libertà personale, sarebbe interamente fondato su generalizzazioni infondate e incontrollabili oppure (peggio) su pregiudizi sedimentati e criteri valutativi del tutto arbitrari.

Prima ancora di analizzare le ricerche empiriche sull'efficacia special-pre-

---

[248] Cfr., di recente, G. MASTROBUONI, D. TERLIZZESE, *Rehabilitating Rehabilitation: Prison Conditions and Recidivism*, *EIEF Working Paper 13/14*, November 2014, in *www.eief.it*; F. LEONARDI, *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale e abbattimento della recidiva*, in *Rass. pen. crim. e crim.*, 2007, p. 7 ss.; sia pure in relazione ad un tema diverso v. A. ALESSANDRI (a cura di), *Un'indagine empirica presso il Tribunale di Milano: le false comunicazioni sociali*, Milano, 2011, p. 407 ss.

[249] Cfr. M. PELISSERO, *Pericolosità*, cit., p. 375 ss.

ventiva delle scelte sanzionatorie e sulla prognosi di recidiva, vale la pena di svolgere una precisazione preliminare. Ciò che si intende con la locuzione "efficacia special-preventiva delle scelte sanzionatorie" è, innanzitutto, il potenziale risocializzativo di una certa risposta punitiva, ossia la capacità di quest'ultima di perseguire un obiettivo minimo: evitare la desocializzazione e fornire al condannato un bagaglio di strumenti per evitare di commettere un altro reato. Resta, invece, sullo sfondo di questa analisi il versante negativo della prevenzione speciale: la neutralizzazione. Come si cercherà di mettere in rilievo, sulla base delle ricerche empiriche svolte su questi temi, la neutralizzazione, intesa in termini di segregazione carceraria, svolge sul rischio di recidiva un profondo impatto negativo. Anche ove il bilancio della neutralizzazione dovesse risultare positivo in termini di funzionalità nella riduzione della recidiva, pare che non vi sia comunque spazio, senza correre il rischio di obliterare le garanzie fondamentali del diritto penale, per una misurazione della prevenzione speciale acriticamente ed esclusivamente declinata secondo criteri di efficacia ed efficienza.

Ispirata al principio di minor sacrificio possibile per la libertà personale, la misurazione di efficacia ed efficienza dovrebbe essere innanzitutto effettuata in base agli effetti positivi e risocializzanti delle risposte sanzionatorie.

Sotto una prospettiva diversa, la costruzione di una sapere più corroborato per formulare giudizi prognostici, gioca un ruolo fondamentale proprio nel momento in cui si tratta di stabilire la probabilità con la quale il condannato darà attuazione alla prescrizione reintegratoria.

### 3.1.1. *Indagini empiriche e sistema sanzionatorio in Italia*

Le ricerche empiriche sulla recidiva in Italia, oltre ad essere numericamente esigue, sono quasi esclusivamente incentrate sui rapporti tra carcere e recidiva, senza che vi sia spazio per un'analisi comparata degli effetti special-preventivi delle risposte punitive. E del resto non potrebbe essere altrimenti: un sistema costruito attorno alla pena detentiva non lascia grandi spazi al confronto tra gli effetti preventivi di sanzioni diverse.

Per altro verso, emerge la scarsa propensione a individuare e classificare, quanto più scientificamente, i fattori in base ai quali è possibile formulare prognosi sulla recidiva: nei casi frequenti in cui l'ordinamento penale richiede di elaborare una previsione sul rischio che il condannato commetta altri reati, tale prognosi viene lasciata, in mancanza di indicatori empiricamente e scientificamente accreditati, all'intuizione emotiva del giudice. Intuizione emotiva che, oltre ad essere «condizionat[a] da fattori culturali non controllabili» e rivelarsi «estremamente soggettiv[a]»[250], si fonda sull'incerto e inaffidabile repertorio conoscitivo dell'uomo comune.

---

[250] M. PELISSERO, *Pericolosità*, cit., p. 112.

Di più: il modello emotivo, che è inevitabilmente influenzato dall'opinione pubblica, aumenta il rischio di decisioni sfavorevoli al reo anche dinanzi a un quadro prognostico positivo.

Dinanzi al dubbio scientificamente infondato dovuto alla mancanza di conoscenze empiriche, si preferirà negare *sine strepitu* la risposta punitiva più responsabilizzante, per evitare che il clamore mediatico, attraverso l'inevitabile tranello del "senno di poi", si abbatta sulla scelta favorevole di concederla nel caso (magari estremamente remoto e statisticamente improbabile) in cui il reo commetta un altro reato [251].

Se la discrezionalità giudiziaria è connaturata a qualsiasi valutazione prognostica sull'efficacia risocializzativa di una certa risposta sanzionatoria, l'adattamento al singolo caso necessita di linee guida elaborate ed accreditate sulla base degli studi empirici sulla recidiva.

Non è certamente sufficiente enucleare un lungo e omnicomprensivo catalogo di indicatori per elaborare prognosi di recidiva e neppure stabilire, sul piano teorico, quali siano i rapporti e le reciproche implicazioni tra diversi fattori predittivi, se poi questi ultimi rimangono vuoti, perché il giudice, oltre a non conoscere nulla (o quasi) dell'autore di reato (si pensi alla prognosi di non recidiva inserita nella disciplina della sospensione condizionale della pena), non dispone neppure di un sapere empirico sistematizzato, che vada oltre la sua personale esperienza, quando si tratta di attribuire un significato ai singoli fattori, per individuare la risposta sanzionatoria più appropriata alle esigenze del singolo caso.

Il carattere fatalmente probabilistico dei giudizi prognostici, che si basano sul ragionamento deduttivo, non sembra tuttavia ascrivibile esclusivamente alla loro struttura logica: anche i giudizi retrospettivi sul fatto, che si basano invece sul ragionamento abduttivo, non sono ontologicamente meno incerti [252].

A prima vista, ciò che sembra fare la differenza circa l'attendibilità dei due giudizi è il diverso livello di approfondimento del loro fondamento epistemologico. Mentre i giudizi retrospettivi sulla responsabilità, oltre ad essersi affinati nel tempo, vengono maneggiati con grande cura, al punto da essere assistiti da una regola di giudizio come quella dell'oltre ogni ragionevole dubbio, i giudizi prognostici sulla recidiva sono stati molto più trascurati anche in relazione agli elementi sintomatici, che risultano generici, omnicomprensivi e privi di un ordine gerarchico. Per altro verso, il giudizio prognostico sulla recidiva, per risultare più affidabile, dovrebbe essere circoscritto a un concetto meno generico e ampio di probabilità di futura commissione di qualsiasi tipologia di reato.

---

[251] M. PELISSERO, *Pericolosità*, cit., p. 113.

[252] Mette in rilievo la solidità di alcune valutazioni di tipo prognostico al pari dei giudizi retrospettivi, indipendentemente dalla diversa struttura logica, F. CAPRIOLI, *Pericolosità sociale e processo penale*, in M. PAVARINI, L. STORTONI (a cura di), *Pericolosità e giustizia penale*, Bologna, 2013, p. 21 ss.; M. PELISSERO, *Pericolosità*, cit., p. 115 s.

Insomma: al di là dell'inevitabile margine di aleatorietà di qualsiasi previsione su un aspetto tanto complesso [253], l'esercizio del potere discrezionale sia da parte del legislatore nel momento in cui individua le risposte sanzionatorie più efficaci sul piano special-preventivo, sia da parte del giudice in relazione alle prognosi sulla recidiva trova un ostacolo insormontabile nella mancanza di strumenti prognostici scientificamente validati sulla base di ricerche empiriche. E ciò sia in relazione a valutazioni "in positivo" sulle concrete possibilità e sulle esigenze risocializzative del singolo autore di reato, sia con riferimento a prognosi altrettanto complesse "in negativo" sull'assenza di pericolo di recidiva o sulla idoneità della risposta al reato a scongiurare la ricaduta nel reato [254].

Detto altrimenti: l'individuazione dei criteri per compiere il passaggio inferenziale che collega il fatto noto al fatto ignoto trova nell'analisi empirica un presupposto fondamentale.

A tal riguardo, non pare azzardato sostenere che all'origine delle omissioni riscontrate dalla Corte di Strasburgo nel caso Maiorano [255], che ha condannato lo Stato italiano per violazione dell'art. 2 della Convenzione, vi sia anche la mancanza di strumenti corroborati e standardizzati attraverso la costante raccolta e l'analitica elaborazione di dati sulla recidiva, che sono indispensabili per formulare prognosi sulla ricaduta nel reato [256]. Se le autorità italiane, invece di fornire semplici statistiche sui casi in cui i condannati sottoposti alla semilibertà hanno commesso un altro reato, avessero avuto a disposizione strumenti più sofisticati di valutazione in grado di fornire una proiezione sintomatica più attendibile del rischio di recidiva sulla base di criteri sintomatici ed elementi predittivi [come *l'Offender assessment System* usato in Inghilterra *v. infra* par. 4.2], sarebbe stato possibile ridurre il pericolo di adottare, in mancanza di un adeguato flusso informativo, una decisione non ponderata sulla concessione della semilibertà al detenuto nel caso di specie.

Se nell'ambito delle valutazioni prognostiche «il ricorso alla scienza è sì utile quando è possibile, ma non fornisce mai soluzioni pronte ed aprioristicamente valide» [257], è tuttavia evidente che la mancanza di dati e di ricerche sulla recidiva, come è stato giustamente messo in evidenza in altri Paesi [258], non consente né al legislatore, né all'opinione pubblica, né agli "addetti ai lavori" di avviare una

---

[253] Cfr. F. CAPRIOLI, *Pericolosità*, cit., p. 27 s.; sul punto M. TARUFFO, *op. cit.*, in particolare p. 335 ss.

[254] F. PALAZZO, *Riforma*, p. 97 ss.

[255] Corte EDU, sent. 15 dicembre 2009, *Maiorano e altri c. Italia* (ric. n. 28634/06).

[256] Nel caso di specie, il Governo si è limitato a produrre i dati sui detenuti in semilibertà per i quali il beneficio è stato revocato a causa della commissione di nuovi reati nel periodo 2004-2007: v. Corte EDU, sent. 15 dicembre 2009, *Maiorano e altri c. Italia*, § 68.

[257] M. TARUFFO, *op. cit.*, p. 345.

[258] In tal senso H.-J. ALBRECHT, M. BECKER, J.-M. JEHLE, *op. cit.*, p. 56.

discussione consapevole sulle scelte di politica criminale che sono potenzialmente in grado di conseguire un obiettivo fondamentale della giustizia penale: abbassare il tasso di recidiva.

L'importanza del sapere empirico è confermata anche dalla giurisprudenza costituzionale, quando quest'ultima censura scelte del legislatore in relazione a presunzioni di pericolosità assolute che, nell'invertire completamente la logica del giudizio scientifico, non trovano fondamento in «dati di esperienza generalizzati» [259].

La prima e unica indagine sistematica sulla recidiva post-penitenziaria, svolta su iniziativa del Ministero della giustizia, risale addirittura ad un'epoca antecedente l'entrata in vigore dell'Ordinamento penitenziario [260]. Non essendo possibile svolgere considerazioni attuali sui risultati di questa ricerca, in ragione del mutato contesto sociale e normativo, ci si limita a mettere in rilievo un dato significativo: l'elevato tasso di recidiva, che è connesso al ricorso alla pena detentiva, solleva pesanti dubbi sull'efficacia special-preventiva di tale risposta sanzionatoria [261].

Più di recente, il Ministero della giustizia, nel promuovere un'analisi più circoscritta sulla recidiva (sulla quale si tornerà più avanti), ha reso pubblici alcuni dati che possono restituire un'immagine, sia pure un po' sfuocata, del fenomeno. Dall'elaborazione dei dati raccolti dal Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, emerge che il 67,2% dei detenuti presenti al 24 settembre 2012 ha subito almeno una precedente carcerazione. Se, invece, si tengono in considerazione esclusivamente le precedenti condanne definitive, i detenuti presentano un tasso di recidiva del 45% [262].

Pur essendo dotati di scarsa capacità esplicativa, gli unici dati aggiornati su base nazionale sono quelli pubblicati da ISTAT. Secondo una prospettiva d'analisi che trascende, al pari di quasi tutte le ricerche, la nozione tecnica di recidiva,

---

[259] Si vedano le sentenze della Corte costituzionale, n. 249 del 15-28 luglio 1983; n. 265 del 7-21 luglio 2010; nello stesso senso, n. 139 del 14-16 aprile 2010, nonché più di recente n. 185 del 8-23 luglio 2015.

[260] Ministero della Giustizia, M. BREDA (redazione di), *La recidiva postpenitenziaria: contributo a un'indagine comparativa internazionale. Quaderni dell'Ufficio studi e ricerche della Direzione generale per gli istituti di prevenzione e di pena*, Roma, 1973.

[261] Ciò e confermato, più di recente, dagli Stati Generali dell'esecuzione penale, Tavolo 14 – Esecuzione penale: esperienze comparative e regole internazionali, *Relazione*, in *www.giustizia.it*, p. 2, nella quale si afferma che «studi nazionali ed internazionali corroborano, infatti, l'assunto secondo cui tale pena [quella detentiva] è, tra tutte, quella economicamente più costosa ed assieme quella meno idonea a ridurre il rischio di recidiva dei condannati»; sul punto si veda anche L. MANCONI, G. TORRENTE, *op. cit.*, p. 194.

[262] Sul punto si rinvia, anche per i riferimenti ai documenti pubblicati dal Ministero della Giustizia, a G. L. GATTA, *Carcere e recidiva: avviata una ricerca dal Ministero della Giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 21 novembre 2011.

i condannati per delitti con precedenti penali nel periodo 2000-2013 costituiscono, in modo costante per ciascun anno, il 50% del totale [263]. Si tratta, tuttavia, di una dato troppo generico, che non è in grado di offrire una fotografia attendibile della recidiva, in mancanza di informazioni più precise sulle caratteristiche del precedente penale (ad es. sul tipo di reato e sull'anno in cui è stato commesso), su quelle personali dell'autore e soprattutto sul tipo di pena inflitta. Altrettanto poco utili sembrano essere i dati ISTAT sull'applicazione della recidiva (questa volta in senso tecnico), perché vengono presumibilmente segnalati solo i casi in cui risulta che la recidiva è stata effettivamente applicata.

Da un recente studio empirico sulla recidiva promosso dal Ministero della giustizia e svolto presso il carcere di Milano-Bollate emerge che il trattamento penitenziario effettuato presso questo istituto, quando è rispettoso della dignità dei detenuti e offre opportunità formative e lavorative, produce una sensibile riduzione dei tassi di recidiva (dei detenuti maschi italiani, che non siano autori di reati contro la libertà sessuale) [264].

A trovare conferma è un dato prevedibile: non è difficile immaginare quali possano essere i diversi effetti sulla recidiva tra un carcere che, come quello di Bollate, è "a celle aperte", dispone di un numero di posti proporzionato ai detenuti presenti, offre opportunità formative, ricreative e di lavoro (sia all'interno che all'esterno), e gli altri istituti penitenziari che, come quelli (lombardi) presi in considerazione dalla ricerca in esame [265], sono sovraffollati, in gran parte fatiscenti e danno scarse possibilità di lavoro, oltre tutto ben poco professionalizzanti, essendo quasi esclusivamente alle dipendenze dell'Amministrazione penitenziaria.

Ma la ricerca si spinge oltre: «confrontando i tassi di recidiva di detenuti che hanno trascorso diverse frazioni della loro pena detentiva nel carcere di Bollate», emerge che ogni «anno [vissuto] in un carcere "a celle aperte" riduce la recidiva (su un orizzonte di tre anni) di circa 10 punti percentuali (in confronto a un tasso medio triennale di recidiva pari a circa il 40%)» [266]. Un diminuzione che, nel caso di detenuti trasferiti a causa del sovraffollamento, è addirittura più consistente, ossia di 13 punti percentuali per ogni anno trascorso al carcere di Bollate, al posto dell'istituto penitenziario di origine.

In estrema sintesi l'analisi empirica giunge alla conclusione che esiste un legame causale tra riduzione della recidiva e condizioni carcerarie che assicurino

---

[263] Vedi ISTAT, Condannati con sentenza irrevocabile e caratteristiche dei reati sentenziati: Condannati con precedenti penali per tipo di delitto più grave (classificazione sintetica), sesso ed età – dati nazionali (2000-2011), in *http://dati.istat.it/;* ISTAT, *Annuario statistico italiano 2015*, p. 205; ISTAT, *Annuario statistico italiano 2014*, p. 200.

[264] G. MASTROBUONI, D. TERLIZZESE, *op. cit.*, in particolare p. 21 ss.

[265] G. MASTROBUONI, D. TERLIZZESE, *op. cit.*, p. 22 s.

[266] G. MASTROBUONI, D. TERLIZZESE, *op. ult. cit.*, p. 4 s.

la dignità del detenuto e offrano occasioni di rieducazione.

A prima vista la ricerca, nell'individuare una relazione causa-effetto tra condizioni detentive e recidiva, sembra essere *esclusivamente* incentrata sul (diverso) trattamento intramurario attuato nel carcere di Bollate.

In realtà all'interno del campione vi è una quota di detenuti, la cui entità non viene indicata, che ha scontato una parte della condanna in misura alternativa o è stata ammessa al lavoro esterno. Ciò è confermato dalla stessa nozione di recidiva utilizzata come punto di riferimento dalla ricerca: un nuovo ingresso in carcere nei tre anni successivi dalla fine della pena detentiva *o della misura alternativa*[267].

A bene vedere, allora, *l'incidenza causale sulla riduzione della recidiva* sembra dovuto non solo al trattamento intramurario, ma *pare necessariamente dipendere anche* dal lavoro esterno (il cui effetto viene preso in considerazione) e *dal ricorso alle misure alternative*. Ricorso alle misure alternative che, invece, viene trascurato, quando si individua un legame causale tra il trattamento penitenziario attuato dal carcere di Bollate e la riduzione della recidiva. Così facendo, però, non si attribuisce rilievo ad un elemento (i.e. le misure alternative) che potrebbe incidere sulla riduzione della recidiva. Del resto, quando si mette in rilievo l'effetto risocializzante del lavoro all'esterno, che dunque contribuisce, anche se non in modo univoco, all'abbassamento della recidiva[268], non si vede perché si possa prescindere dall'eventuale contributo causale delle misure alternative.

Indipendentemente dalle condizioni detentive rispettose della dignità personale, che dovrebbero essere *ovunque* un presupposto imprescindibile (anche se purtroppo non scontato nelle carceri italiane), e a prescindere dal programma di attività formative o ricreative offerte dall'istituto penitenziario, *non sembra potersi trascurare il ruolo delle misure alternative al carcere nel momento in cui la ricerca prova ad individuare i fattori che incidono sulla riduzione della recidiva*.

Detto altrimenti: la conclusione secondo la quale un carcere che funziona produce tassi di recidiva più bassi è vera nella misura in cui si riescano ad isolare i reali effetti special-preventivi del trattamento, indipendentemente dal ricorso alle misure alternative al carcere (e al lavoro all'esterno). In caso contrario, *si corre il rischio di legittimare il ricorso massivo al carcere perché funziona*[269]*, quan-*

---

[267] G. MASTROBUONI, D. TERLIZZESE, *op. ult. cit.*, p. 15 s.

[268] Cfr. G. MASTROBUONI, D. TERLIZZESE, *op. ult. cit.*, p. 25, i quali osservano, infatti, che «*It obviously stands to reason that having the possibility to work outside, while being in prison, is an important ingredient of rehabilitation, and is therefore a driver of the estimated effects of the treatment. It is moreover consistent with the finding that the largest changes in recidivism are for economically motivated crimes*».

[269] Cfr. G. MASTROBUONI, D. TERLIZZESE, *op. ult. cit.*, p. 24 s.; per uno studio degli effetti positivi, in termini di costi-benefici, della pena detentiva rispetto a provvedimenti di clemenza v. A. BARBARINO, G. MASTROBUONI, *The Incapacitation Effect of Incarceration: Evidence from Several Italian Collective Pardons*, in *American Economic Journal: Economic Policy*, 2007, p. 1 ss. Tale ri-

*do invece a funzionare non è solo (o non tanto) il trattamento penitenziario, bensì sono le alternative al carcere a incidere, in aggiunta o persino in misura prevalente, sulla recidiva*.

Ciò non significa ovviamente vanificare gli sforzi volti a rendere dignitoso e magari utile il tempo trascorso durante la privazione della libertà [270]. Al contrario: gli sforzi risocializzativi del modello Bollate dovrebbero essere estesi quanto prima ad altre realtà, senza però trascurare l'obiettivo politico-criminale che sembra più urgente: trasformare davvero il carcere in *extrema ratio*.

In una prospettiva diversa, che cerca di individuare l'efficacia special-preventiva delle misure alternative alla detenzione, una più risalente ricerca empirica ha messo in luce che solo il 19% delle persone nei confronti delle quali è stato applicato l'affidamento in prova al servizio sociale è stato condannato definitivamente per la commissione di un altro reato, nel periodo tra il 1998 (anno di cessazione della misura) e il 2005 [271]. Pur non essendo possibile compiere un confronto diretto con i detenuti scarcerati nel 1998, poiché «le persone sottoposte a misure alternative sono "selezionate"» [272] in base ad una prognosi positiva di non-recidiva, vale comunque la pena di rilevare che il tasso di recidiva per i detenuti è pari al 68,45%. Si tenga, inoltre, presente che il concetto di recidiva utilizzato per valutare l'efficacia special-preventiva dell'affidamento in prova al servizio sociale è più ampio di quello impiegato per i detenuti: nel primo caso è sufficiente una nuova condanna, mentre nel secondo è necessario il nuovo ingresso in carcere [273].

Del resto, i bassi tassi di recidiva legati alle misure alternative e, dunque, l'efficacia special-preventiva delle misure alternative al carcere sono confermati da tutti gli studi che sono stati effettuati negli ultimi anni [274]. Negli stessi termini si esprime anche la Relazione della Commissione Pisapia, secondo la quale il tasso di recidiva delle pene non detentive risulta di gran lunga inferiore (circa il 15%) rispetto ad oltre il 70% per chi sconta la pena in carcere [275].

---

cerca mette in rilievo che «il costo sociale derivante dalla liberazione di un detenuto in più attraverso un provvedimento clemenziale è sensibilmente più alto rispetto al costo della detenzione. Ciò suggerisce che la popolazione penitenziaria italiana è al di sotto del suo livello ottimale» (p. 34).

[270] Sul punto v. anche F. DRAGO, R. GALBIATI, P. VERTOVA, *Prison conditions and recidivism*, disponibile in *www.econstor.eu*, p. 1 ss.

[271] F. LEONARDI, *Le misure*, cit., p. 7 ss.

[272] F. LEONARDI, *op. ult. cit.*, p. 15.

[273] F. LEONARDI, *op. ult. cit.*, p. 23.

[274] L. MANCONI, G. TORRENTE, *op. cit.*, p. 211; E. SANTORO, R. TUCCI, *L'incidenza dell'affidamento sulla recidiva: prime indicazioni e problemi per una ricerca sistematica*, in *Rass. pen. crim.*, 2006, p. 79 ss.

[275] *Commissione Pisapia – per la riforma del codice penale (27 luglio 2006) – Relazione*, in *www.giustizia.it.*

### 3.1.2. *Il confronto con altri Paesi europei*

In altri Paesi europei esistono invece numerose ricerche effettuate sulla recidiva e dirette, più in particolare, a verificare gli effetti special-preventivi generati dalle diverse risposte sanzionatorie.

Una delle ricerche più risalenti ha messo a confronto i tassi di recidiva dei condannati a pena detentiva (eseguita o sospesa) con quelli dei condannati a pena pecuniaria, al fine di verificare un'eventuale correlazione tra scelte sanzionatorie ed efficacia special-preventiva della pena [276].

Come emerge da questa ricerca (ed è confermato da quelle successive condotte in vari Paesi), fattori quali l'età, il genere, le condizioni sociali e familiari, la situazione lavorativa, il numero e la tipologia dei precedenti penali hanno un'influenza fondamentale sui tassi di recidiva [277]. In questa molteplicità di fattori è difficile stabilire fino a che punto le scelte sanzionatorie siano effettivamente in grado di incidere sulla prognosi di recidiva.

Un dato emerge, tuttavia, in questa risalente ricerca condotta in Germania: mentre solo il 26% dei condannati a pena pecuniaria ha commesso ulteriori reati nei successivi cinque anni dalla prima condanna, nel medesimo periodo temporale è recidivo il 75% di coloro che hanno scontato una pena detentiva. Nel mezzo si collocano i condannati a pena detentiva sospesa: i recidivi rappresentano il 55% [278].

Ciò è confermano dai più recenti dati forniti dal Ministero della Giustizia tedesco, che dal 2004 ha iniziato a raccogliere ed elaborare in modo sistematico i dati sulla recidiva: tanto meno desocializzante è la reazione punitiva, tanto più basso risulta il tasso di recidiva [279].

---

[276] H.J. ALBRECHT, *Legalbewährung bei zu Geldstrafe und Freiheitsstrafe Verurteilten*, Freiburg, 1982, p. 68 a tal fine vengono raccolti ed esaminati i dati relativi a un campione composto da 1756 persone scelte casualmente tra quelle che nel 1972 hanno commesso un reato appartenente a tre differenti tipologie: circolazione stradale (omicidio colposo, lesioni colpose, fuga dal luogo dell'incidente, messa in pericolo della circolazione stradale, guida in stato d'ebrezza), delitti contro il patrimonio (truffa e furto) e lesioni personali dolose. L'obiettivo dello studio empirico è quello di misurare l'incidenza della recidiva nei cinque anni successivi alla data della condanna.

[277] Cfr. H.J. ALBRECHT, *op. ult. cit.*, pp. 112 ss. e 232 ss.; la giovane età è certamente un fattore predittivo sull'andamento della recidiva. Come confermato da J.-M. JEHLE, H.-J. ALBRECHT, S. HOHMANN-FRICKE, C. TETAL, (in collaborazione con il *Budesamt für Justiz*), *Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine Bundesweite Rückfalluntersuchung 2007 bis 2010 und 2004 2010*, Berlin, 2013, p. 9. Il tasso di recidiva dei minori è pari al 40%, mentre quello degli over 60 è pari al 14%. Il tasso di recidiva degli autori di delitti contro il patrimonio (in particolare furto e rapina) è più alto (50%) rispetto ad altre fattispecie incriminatrici.

[278] H.J. ALBRECHT, *op. ult. cit.*, p. 172.

[279] Cfr. J.-M. JEHLE, H.-J. ALBRECHT, S. HOHMANN-FRICKE, C. TETAL, (in collaborazione con il *Bundesamt für Justiz*), *Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine Bundesweite Rückfalluntersuchung 2004 bis 2007*, Berlin, 2010, p. 6; più di recente v. anche J.-M. JEHLE, H.-J. ALBRECHT, S. HOHMANN-FRICKE, C. TETAL (in collaborazione con il *Bundesamt für Justiz*), *Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine Bundesweite Rückfalluntersuchung 2007 bis 2010*, cit., p. 8.

In queste ultime ricerche, il tasso di recidiva viene calcolato a distanza di tre anni dal momento in cui viene inflitta la sanzione o dal momento in cui il detenuto torna in libertà. In entrambi i periodi temporali presi in considerazione (2004-2007; 2007-2010), è risultato recidivo circa un terzo dei condannati (33,7% nel primo periodo e 34,8% nel secondo)[280]. Come confermato dagli studi sulla recidiva, la maggior parte (50%) dei recidivi ha commesso il nuovo reato nel corso del primo anno dalla precedente condanna. L'aumento del tasso di recidiva diminuisce al decorrere del tempo: nel 2010 i recidivi costituiscono il 44% dei condannati.

La risposta punitiva meno frequente nei confronti dei recidivi è la pena detentiva (il 4% dei condannati nel 2004). Per altro verso, tuttavia, i condannati a pena detentiva sono più frequentemente destinatari di una pena privativa della libertà in caso di nuova condanna (23%)[281].

In relazione alla tipologia di reato, i condannati per delitti contro il patrimonio (in particolare per furto e rapina) presentano il più alto tasso di recidiva (50%).

Ma torniamo all'aspetto che qui maggiormente interessa.

Sia nel triennio 2004-2007, sia in quello successivo (2007-2010), il tasso di recidiva relativo alla pena pecuniaria si colloca tra 27,8 e il 28,9%. Negli stessi periodi, il tasso di recidiva delle persone che hanno subito una pena detentiva (non condizionalmente sospesa) è quasi doppio (46,3 – 48,1%)[282]. Analogamente a quanto emerso in precedenza, coloro che hanno beneficiato della sospensione condizionale della pena presentano un tasso di recidiva piuttosto stabile (è pari al 38,1% nel triennio 2004-2007 e al 38,9% in quello successivo)[283].

Alle stesse conclusioni conducono le ricerche condotte in Austria[284], Francia[285] e Svizzera[286].

---

[280] J.-M. JEHLE, H.-J. ALBRECHT, S. HOHMANN-FRICKE, C. TETAL (in collaborazione con il *Bundesamt für Justiz*), *Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine Bundesweite Rückfalluntersuchung 2007 bis 2010 und 2004 2010*, cit., p. 26.

[281] H.-J. ALBRECHT, M. BECKER, J.-M. JEHLE, *Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen, in Forum Kriminalprävention*, 2014, in particolare p. 53 s.

[282] Cfr. J.-M. JEHLE, H.-J. ALBRECHT, S. HOHMANN-FRICKE, C. TETAL (in collaborazione con il *Bundesamt für Justiz*), cit., p. 55, 62, si noti peraltro che i più alti tassi di recidiva si riscontrano per le pene tra 6 mesi e 2 anni (57%).

[283] J.-M. JEHLE, H.-J. ALBRECHT, S. HOHMANN-FRICKE, C. TETAL (in collaborazione con il *Budesamt für Justiz*), *Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine Bundesweite Rückfalluntersuchung 2007 bis 2010 und 2004 2010*, cit., p. 27.

[284] A. PILGRAM, *Die erste österreichische Rückfallstatistik – ein Mittel zur Evaluation regionaler Strafenpolitik*, in *Österreichisce Juristenzeitung*, 1991, p. 577 ss. il tasso di recidiva per la pena detentiva è il 73% conto il 32% della pena pecuniaria.

[285] Ministère de la Justice, Mesurer la récidive. Contribution à la conférence de consensus de prévention de la récidive, Janvier, 2013, in *www.justice.gouv.fr*. Lo studio mette in rilievo, in relazione all'aspetto che qui interessa, che la recidiva per le pene privative della libertà è pari al 61%, mentre si attesta al 36% per le pene alternative al carcere.

[286] G. HÜSLER, J. LOCHER, *Kurze Freiheitsstrafen und Alternativen. Analyse der Sanktionspraxis*

Che alla privazione della libertà sia associata una scarsa efficacia special-preventiva è confermato, in modo piuttosto omogeneo, sia dalle successive ricerche che hanno analizzato gli effetti della sola pena detentiva [287], sia da quelle che hanno esaminato i risultati del trattamento penitenziario [288]. Ciò è tanto più vero a causa delle condizioni nelle quali attualmente vivono i detenuti di molti Paesi europei: non possono che essere più elevati i tassi di recidiva delle persone la cui riabilitazione è stata ostacolata dal sovraffollamento penitenziario [289].

Ancora più interessanti sono i dati sulla recidiva raccolti in Danimarca nel periodo 2006-2008 [290], che mettono a confronto i tassi di recidiva delle differenti opzioni sanzionatorie. Dinanzi ad un tasso generalmente basso di recidiva (25-26%), i migliori risultati vengono ottenuti attraverso opzioni sanzionatorie che non comportano la privazione della libertà. Considerato il numero piuttosto elevato di persone condannate a svolgere un'attività a favore della collettività (3.200, ossia il 21,6% del totale), questa tipologia sanzionatoria sembra promettere risultati molto soddisfacenti: il tasso di recidiva si attesta tra il 17 e il 19%, mentre quello relativo alla pena detentiva è pari al 31-34%.

*Tali elementi non consentono, tuttavia, di trarre facili conclusioni, sulla possibile esistenza di un legame causale tra pena inflitta e tasso di recidiva*: oltre alla difficoltà, già messa in rilievo, di isolare l'efficacia special-preventiva delle sanzioni penali rispetto agli altri fattori che possono influenzare la recidiva, vi è un aspetto che potrebbe spiegare, almeno parzialmente, il tasso di recidiva più elevato di coloro che hanno scontato una pena detentiva. Normalmente la pena inflitta riflette una prognosi di recidiva più o meno favorevole: i condannati a pena detentiva potrebbero, allora, presentare tassi di recidiva più elevati proprio

---

*und Rückfall-Vergleichsuntersuchung*, Bern, Stuttgart, 1991, mettono in evidenza un tasso di recidiva per la pena pecuniaria vicino al 20% e ritengono che le sanzioni, a partire da un certo grado di intensità generano effetti controproduttivi.

[287] M. WEISSMAN, *Aspiring*, cit., p. 243, la quale mette in rilievo che le persone condannate a pene alternative alla detenzione a New York City (*Alternatives-to-incarceration* programs) presentano un tasso di recidiva più basso (41%) rispetto alle persone che hanno scontato un pena detentiva (53%); K.-H. BAUMANN, W. MAETZE, H.-G. MEY, *Zur Rückfälligkeit nach Strafvollzug. Legalbewährung von männlichen Strafgefangenen nach Durchlaufen des Einweisungsverfahrens gemäß § 152 Abs. 2 Strafvollzugsgesetz in Nordrhein-Westfalen*, in *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1983, p. 133 ss. rilevano un tasso di recidiva del 66% per i condannati a pena detentiva; F. STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, cit., p. 146; in tal senso di recente anche L. MANCONI, G. TORRENTE, *La pena e i diritti. Il carcere nella crisi italiana*, Roma, 2015, p. 189.

[288] R. ORTMANN, *Zur Sozialtherapie im Strafvollzug, eine experimentelle Langschnittstudie zu den Wirkungen von Strafvollzugsmaßnahmen auf Legal- und Sozialbewährung*, Freiburg, 2002, p. 489 emerge un tasso di recidiva del 67,9 per i detenuti che non hanno partecipato al programma trattamentale e del 60,4% di coloro che hanno partecipato.

[289] Parlamentary Assembly, *Resolution 1938 (2013)*, cit., al punto 3.

[290] I dati sono stati presentati nella relazione di T. ELHOLM, *The sanction system*, Università degli studi di Milano Bicocca, 30.1.2012.

in ragione della gravità del reato commesso e delle loro caratteristiche personali[291].

Per cercare di isolare il ruolo svolto dalla tipologia di pena irrogata, occorre allora formare gruppi il più possibile omogenei circa i fattori di rischio-recidiva.

A tal fine una ricerca svedese, per valutare l'effettività delle sanzioni o misure alternative alla pena detentiva, ha tenuto in considerazione il *background* socio-culturale di ogni individuo e la sua carriera criminale[292]. È stato così creato un modello in grado di fornire valutazioni predittive: la prognosi è basata su circa quaranta criteri, in base ai quali viene elaborato un punteggio sul rischio di recidiva di ciascuno reo. Partendo da individui che hanno un punteggio simile, può essere dato un giudizio sull'effettività delle varie risposte punitive.

Secondo questa indagine empirica, i tassi di recidiva nei due anni successivi alla condanna sono del 12% nel caso di *conditional sentence*, del 30% per i condannati sottoposti a *probation* ed, infine, del 61% per la *probation with institutional treatment*. Tassi che rimangono sostanzialmente invariati in relazione a gruppi omogenei di individui.

### 3.1.3. *Un modello positivo: gli effetti special-preventivi delle risposte punitive e la gestione del rischio di recidiva in Inghilterra e Galles*

Analogamente a quanto è emerso nelle ricerche empiriche effettuate negli altri Paesi, le più recenti statistiche del *Ministry of Justice* confermano le variazioni del tasso di recidiva a seconda delle diverse risposte punitive[293].

Nel periodo compreso tra aprile 2013 e marzo 2014, il tasso di recidiva delle persone (58.000) che hanno scontato una pena detentiva è pari al 45,8%. Coloro che hanno scontato una pena detentiva inferiore a 12 mesi presentano un tasso di recidiva ancora più alto (60%).

Diversamente, è recidivo solo il 34% dei condannati (124.000) a una pena alternativa al carcere: si tratta dei c.d. *Court Orders*, che costituiscono la categoria generale della quale fanno parte le *Community sentences* e le *Suspended Sentences*.

A partire dal 2003 il tasso di recidiva di queste risposte punitive è diminuito di circa 6 punti percentuali: del 5,8% in relazione alla pena detentiva e del 5,9% in relazione ai *Court Order*. I condannati a pena pecuniaria (136.000) presentano un tasso di recidiva ancora più basso (29%).

Sebbene tali dati, come già messo in rilievo, non consentano di trarre facili deduzioni sugli effetti special-preventivi delle varie tipologia di pena, poiché in queste analisi annuali non vengono indagate le eventuali correlazioni esistenti

---

[291] Cfr. H.-J. ALBRECHT, M. BECKER, J.-M. JEHLE, *op. cit.*, p. 52.

[292] U.V. BONDESON, *Alternatives to imprisonment*, cit., p. 93 ss.

[293] MINISTRY OF JUSTICE, *Proven Re-offending Statistics. Quarterly Bulletin, April 2013 to March 2014, England and Wales*, in *www.gov.uk*, 28 gennaio 2016, pp. 6 e 14 ss.

tra caratteristiche personali del condannato e tipo di condanna inflitta[294], esistono ricerche che approfondiscono questo aspetto.

La più aggiornata di queste ultime è incentrata su due questioni specifiche: da un lato, si confrontano gli effetti special-preventivi tra pena detentiva (inferiore a 12 mesi) e *Court Order* (i.e. *Community sentence* e *Suspended Sentence*); dall'altro lato, vengono analizzati gli effetti sulla recidiva di un particolare obbligo o combinazione di obblighi derivanti dall'inflizione di una *Community sentence* o da una *Suspended Sentence*[295]. A titolo esemplificativo, vale la pena di mettere in rilievo che tra questi obblighi vi rientrano lo svolgimento di un'attività lavorativa di pubblica utilità, di attività formative o trattamentali e il divieto di svolgere talune attività o recarsi in determinati luoghi.

Per stabilire l'effetto che il tipo di pena inflitta è in grado di avere sul tasso di recidiva, questa ricerca commissionata dal *Ministry of Justice* individua un gruppo di controllo contro-fattuale, utilizzando il c.d. *propensity score matching.* Poiché il carattere non casuale della tipologia di pena inflitta non consente di creare un gruppo di controllo in relazione al quale si possano calcolare gli effetti special-preventivi di una determinata risposta sanzionatoria, la ricerca fa ricorso al *propensity score matching*, ossia un indice che consente di effettuare confronti statistici sulla probabilità che un condannato ha di commettere un altro reato e di ricevere un certo tipo di pena in base alle sue caratteristiche personali e a quelle del fatto commesso[296].

Per compiere valutazioni sulla probabilità di recidiva viene utilizzato un sofisticato modello di analisi e gestione del rischio (*Offender Assessment System*)[297] che, in forma di questionario informatico, identifica una nutrita serie di macrofattori criminogeni: le caratteristiche personali dell'autore di reato (ad es. i precedenti, il suo livello di istruzione, le sue capacità relazionali, le sue condizioni di salute, l'eventuale abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti), le sue condizioni sociali e le sue necessità (ad es. la condizione sociale, lavorativa e abitativa) e la tipologia di reato commesso.

---

[294] MINISTRY OF JUSTICE, *ibidem*, p. 15, laddove si mette in rilievo che: «*proven re-offending rates by index disposal (sentence type) should not be compared to assess the effectiveness of sentences, as there is no control for known differences in offender characteristics and the type of sentence given*».

[295] A. MEWS, J. HILLIER, M. MCHUGH, C. COXON, *The impact of short custodial sentences, community orders and suspended sentence orders on re-offending*, Ministry of Justice, 2015, p. 5; H. BEWLEY, *The effectiveness of different community order requirements for offenders who received an OASys assessment*. Ministry of Justice, 2012; MINISTRY OF JUSTICE, *2013 Compendium of re-offending statistics and analysis*, 2013.

[296] MINISTRY OF JUSTICE, *2013 Compendium*, cit., p. 8 s.; in relazione al catalogo dei 130 fattori utilizzati per determinate il *propensity score matching* v. A. MEWS, J. HILLIER, M. MCHUGH, C. COXON, *op. cit.*, p. 28 ss.

[297] Sul punto v. R. MOORE (a cura di), *A compendium of research and analysis on the Offender Assessment System (OASys) 2009-2013*, London, 2015.

Pare opportuno aprire una breve parentesi. Attraverso l'impiego di indicatori predittivi sia statici che dinamici, l'*Offender Assessment System* consente di formulare valutazioni del rischio di recidiva, delle possibilità risocializzative delle risposte sanzionatorie e delle esigenze trattamentali del singolo autore di reato. Nel permettere di calibrare al meglio i contenuti della risposta al reato al caso di specie, si tratta di uno strumento affidabile e validato empiricamente che viene impiegato in un ampio spettro di ipotesi, le quali spaziano dalle scelte effettuate dal legislatore, alle valutazioni prognostiche formulate dal giudice in sede di cognizione, fino a comprendere le decisioni prese in sede di esecuzione della pena.

L'*Offender Assessment System* consente di effettuare una valutazione individualizzata sulla probabilità di recidiva attraverso la specificazione dettagliata dei fattori sintomatici e l'attribuzione a questi ultimi di un "peso specifico" nella valutazione (ogni indicatore viene stimato in base a una scala ponderata di valore). Al posto della genericità dell'evento oggetto di prognosi (commissione di un nuovo reato), l'*Offender Assessment System* include giudizi prognostici più circoscritti come, ad esempio, l'*Offender Violence Predictor* oppure il *Risk of Serious Harm*[298].

Ma torniamo all'analisi degli effetti special-preventivi delle risposte sanzionatorie.

Dopo aver creato gruppi omogenei di condannati in base alle loro caratteristiche, che vengono individuate attraverso i risultati del *propensity score* (a loro volta ottenuti con l'impiego dell'*Offender Assessment System*), è possibile isolare l'effetto di una determinata pena sulla recidiva.

Nel confermare il risultato delle precedenti ricerche[299], quest'ultima ricerca giunge alla conclusione che «i condannati a una pena detentiva inferiore a 12 mesi commettono più probabilmente un altro reato rispetto ad analoghi condannati ai quali è stata inflitta un *community or suspended sentence order*»[300].

Dopo un anno dall'inizio dell'esecuzione della sanzione o misura alternativa oppure dal ritorno in libertà, il tasso di recidiva della pena detentiva (inferiore a 12 mesi) è del 4% superiore a quello dei *court orders*.

La ricerca conferma anche un dato già messo in rilievo da altre indagini: la maggior parte dei casi di recidiva si verifica nel primo anno. Se si estende l'analisi temporale a cinque anni, l'effetto special-preventivo delle *community sentences* e delle *suspended sentences* si attenua, pur rimanendo maggiore di quello determinato dal carcere[301].

---

[298] R. MOORE (a cura di), *op. ult. cit.*, p. 134 ss. e p. 179 ss.

[299] In particolare i risultati raggiunti da: MINISTRY OF JUSTICE, *2013 Compendium*, cit.

[300] Così A. MEWS, J. HILLIER, M. MCHUGH, C. COXON, *op. cit.*, p. 18; «*offenders who receive short term custody of under 12 months are more likely to re-offend than similar offenders who receive a community or suspended sentence order*» (trad. it. a cura dell'A.).

[301] A. MEWS, J. HILLIER, M. MCHUGH, C. COXON, *op. ult. cit.*, p. 20.

Come anticipato, la ricerca analizzata non si limita a misurare l'effetto sulla recidiva delle diverse scelte sanzionatorie, ma approfondisce l'impatto special-preventivo degli obblighi connessi ai *court order*: la combinazione di alcuni di questi (tra i quali rientrano lo svolgimento di un lavoro di pubblica utilità, di attività formative e di un programma trattamentale) determinano una riduzione del tasso di recidiva tra 5 e 11 punti percentuali rispetto alla pena detentiva [302].

### 3.2. *L'ideale rieducativo*

Se la commissione di una fatto di reato rappresenta spesso un indizio della difficoltà del reo di tenere un comportamento sociale conforme ai limiti imposti dalla legge penale, l'idea di inserire la rieducazione tra gli scopi della pena, nel proporsi come forza critica interna al sistema punitivo, cerca di collegare l'essenza negativa della pena con la realizzazione di effetti positivi sul condannato [303].

Pur essendo presente da lungo tempo nel dibattito sugli scopi della pena, il concetto di rieducazione, in termini di reinserimento sociale del reo, riceve una prima elaborazione nell'opera di *Franz von Liszt* [304], per entrare da protagonista, solo qualche decennio più tardi, nel dibattito politico criminale europeo.

Dopo essere stato sancito dall'art. 27, comma 3 della Costituzione italiana ed essere stato inizialmente accolto in maniera piuttosto prudente dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale italiana, l'ideale rieducativo, a distanza di qualche decennio più tardi, ha iniziato ad influenzare profondamente sia l'assetto dei sistemi sanzionatori europei, sia l'impianto del modello di esecuzione della pena detentiva [305].

Basti pensare che, nel 1969, la Commissione tedesca per la riforma del diritto penale osservava che la risocializzazione del condannato, nel rappresentare un efficace strumento di politica criminale per prevenire la commissione dei reati, avrebbe dovuto essere ritenuta il criterio guida nella configurazione del nuovo modello punitivo [306].

Negli anni Settanta, sotto l'influsso degli standard minimi per il trattamento dei detenuti e del programma di politica criminale elaborato dalla Società Inter-

---

[302] A. MEWS, J. HILLIER, M. MCHUGH, C. COXON, *op. ult. cit.*, p. 21 ss.

[303] Sul punto cfr. H. JUNG, *Sanktionensysteme*, cit., p. 2; K.-L. KUNZ, *Muss Strafe wirklich sein? Einige Überlegungen zur Beantwortbarkeit der Frage und zu den Konsequenzen daraus*, in AA.VV., *Muss Strafe sein? Kolloquium zum 60. Geburtstag von Herrn Professor Dr. Dr. h. c. Heike Jung*, Baden-Baden, 2004, p. 71 ss.

[304] F. VON LISZT, *Strafrechtliche Vorträge*, cit., p. 397; K. LIEBKNECHT, *Gegen die Freiheitsstrafe. Ein Entwurf*, in *Gesammelte Reden und Schriften*, Band IX, Berlin, 1982, p. 395; H. ELLGER, *Der Erziehungszweck im Strafvollzug*, Halle, 1922, p. 17.

[305] Cfr. G. FIANDACA, *sub Art. 27, c. 3*, cit., p. 228 ss.

[306] Drucksachen des Deutschen Bundestages, V/4095, Bonn, 1969, p. 3.

nazionale di Difesa Sociale, nonché in ragione del progresso in campo psicoterapeutico, la finalità rieducativa della pena era al centro del dibattito politico-criminale internazionale [307]. Oltre a fungere da principio ispiratore dei sistemi sanzionatori di tutta Europa ed in particolare di Danimarca, Svezia e Olanda, che in quegli anni svolgono il ruolo di capostipiti nella sperimentazione del modello trattamentale, la finalità risocializzativa della pena entra anche nella Costituzione spagnola del 1978, il cui art. 25, comma 2 sancisce che «Le pene che privano la libertà e le misure di sicurezza saranno orientate verso la rieducazione e il reinserimento sociale del reo» [308].

Tuttavia, già a partire dalla prima metà degli anni Settanta, l'ideale rieducativo comincia a vivere il proprio lento declino, perdendo il proprio riconoscimento non solo sul piano scientifico, dove si diffonde un sentimento di rassegnazione e scetticismo riassumibile nella ormai celebre formula *«nothing works»*, ma anche fra l'opinione pubblica [309].

Secondo un'indagine criminologica svolta in Germania, la fiducia dei cittadini nello finalità rieducativa della pena è sceso dal 61,2% del 1975 al 41,3% del 1999 [310]. Ciò nonostante, in una relazione del 2001 del Ministero dell'Interno e della Giustizia tedesco, gli aspetti risocializzativi della pena vengono ancora ritenuti fondamentali al fine di restituire al reo la capacità di condurre una vita senza commettere altri reati. In tal senso i contenuti risocializzativi vengono considerati strumenti che non sono diretti ad esclusivo beneficio dei detenuti, ma producono effetti positivi per l'intera collettività, dal momento che hanno lo scopo di prevenire la commissione di reati [311].

A risultati diversi giunge, invece, una più aggiornata ricerca svolta in Svizzera sulla percezione sociale della pena. All'interno del composito quadro di finalità

---

[307] Cfr., rispettivamente, United Nations, *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, Adopted by the First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, held at Geneva in 1955, and approved by the Economic and Social Council by its resolutions 633 C (XXIV) of 31 July 1957 and 2076 (LXII) of 13 May* 1977; J.-B. HERZOG, *Le programme minimum de la Société Internationale de Défense Sociale*, in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1954, p. 807; M. ANCEL, *La nuova difesa sociale*, Milano, 1966; H. CORNEL, *Psychoanalytische Soziotherapie – Konzeption, Praxis und Evaluation*, in *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse, Band IV: Legalbewährung und Ich-Struktur*, Baden-Baden, 1998, p. 120 ss.

[308] P. BUSCARETTI DI RUFFIA (a cura di), *Costituzioni straniere contemporanee*, vol. I, *Le Costituzioni di dieci Stati di "democrazia stabilizzata"*, Milano, 1994, p. 380.

[309] Cfr. D. GARLAND (trad. a cura di A. Ceretti), *La cultura del controllo*, cit., p. 128 ss.; cfr. G. FIANDACA, *sub Art. 27, c. 3*, cit., p. 259 ss.; la celebre formula «niente funziona» è di R. MARTINSON, *What works. Question and Answer about Prison Reform*, 1974.

[310] H. CORNEL, G. KAWAMURA-REINDL, B. MAECKLICKE, B. RÜDEGER SONNEN, *Resozialisierung, Handbuch*, Baden-Baden, 2009, p. 32.

[311] BUNDESMINISTERIUM DES INNERN UND DER JUSTIZ, *Erster periodischer Sicherheitsbericht*, Berlin, 2001, p. 36.

che la pena dovrebbe perseguire, si registra un ampio consenso pubblico (86%) sul fatto che la risposta punitiva debba avere contenuti positivi e, più specificamente, sia volta a favorire la reintegrazione sociale del condannato [312].

A prescindere dai controversi risultati che emergono dal variegato panorama di studi scientifici sull'efficacia special-preventiva del sistema sanzionatorio e trattamentale, un eventuale declino dell'ideale rieducativo sembra poter essere al più imputato alla mancanza di strumenti punitivi idonei a tale scopo. Dinanzi ad un assetto del modello repressivo che non ha vissuto cambiamenti radicali, gli sforzi rieducativi si sono limitati a cercare di restituire al volto minaccioso della pena, da sempre segnato da un solco di indelebile sofferenza, tratti più umani e razionali [313].

In altri termini, dal più o meno scarso successo ottenuto dalla risocializzazione non può derivare un giudizio di inidoneità in astratto della teoria special-preventiva [314]. Al contrario, ciò mette piuttosto in evidenza la sua insufficiente attuazione e l'elevata problematicità di un sistema repressivo che continua ad essere fondato, almeno per quanto riguarda l'Italia, sulla pena detentiva [315].

In questo percorso storico così brevemente tratteggiato, quello di rieducazione rimane un concetto mobile, dinamico e dai confini incerti, il cui contenuto può variare profondamente a seconda del punto di osservazione assunto [316]. Ba-

---

[312] N. LANGUIN, J. KELLERHALS, CH.-N. ROBERT, *L'art de punir. Les représentation sociales d'une «juste» peine*, Genéve-Zürich-Bâle, 2006, p. 47.

[313] Cfr. G. FIANDACA, *sub Art. 27, c. 3*, cit., p. 339.

[314] In tal senso E. DOLCINI, *La rieducazione del condannato*, cit., p. 12, il quale, nel riprendere le parole di Vittorio Grevi, osserva che la finalità rieducativa della pena costituisce «una preziosa, irrinunciabile "*spinta antitetica rispetto alle ricorrenti tentazioni di imbarbarimento dei sistemi penitenziari*". Così concludeva Grevi, con un rilievo che considero una sorta di testamento spirituale di quel grande studioso: "*Fin quando rimane ferma l'idea che nel detenuto, ancorché condannato, debba prevalere la dimensione dell''uomo', come soggetto destinatario – da parte dei competenti organi statali – di un'attività diretta a consentirgli un sia pur graduale recupero verso la società civile, è chiaro come tale idea rappresenti, di per sé, il miglior baluardo dinanzi al rischio di un cedimento a prassi o, peggio ancora, a previsioni normative di contenuto inumano o degradante*"»; in termini analoghi si esprimeva lo stesso A. trent'anni prima E. DOLCINI, *La "rieducazione del condannato"*, cit., p. 165 ss.; è piuttosto sul piano attuativo che lo scopo risocializzativo soffre le proprie carenze; cfr. E. DOLCINI, *La pena in Italia*, *oggi*, cit., p. 1107, il quale osserva che «è forte la tentazione di concludere, evocando un celebre slogan nordamericano, che nel sistema sanzionatorio penale italiano «*non funziona nulla*» (*Nothing works*): non funziona nemmeno il carcere, se dalla pena detentiva si può pretendere qualcosa di più e di diverso dalla intimidazione e dalla neutralizzazione»; V. GREVI, *sub Art. 1*, in F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2011.

[315] H.-L. SCHREIBER, *Widersprüche und Brüche in heutigen Strafkonzeptionen*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1982, p. 293.

[316] Mette in rilievo l'ambigua varietà di termini impiegati dalla Corte costituzionale per riferirsi, senza peraltro fornirne mai una definizione compiuta, al concetto di rieducazione della pena: «emenda», «recupero sociale», «riadattamento» G. FIANDACA, *sub Art. 27*, *c. 3*, cit., p. 333; sul

sti pensare al vasto campo della letteratura – da *Meursault* o il *principe Myskin*, per limitarci a personaggi letterari che sono entrati nell'immaginario comune – per rendersi conto di quale complesso e sconfinato intreccio lega individuo e norme sociali, nonché di quali problemi di compatibilità con il rispetto della dignità umana possono generare talune concezioni dell'ideale rieducativo.

Nel restituire un apporto fortemente emozionale e travalicare i limiti della scienza penalistica, la nozione di risocializzazione si propone di controbilanciare il male della pena e, in particolare, di quella detentiva, offrendo al condannato un apporto positivo per rientrare nel consorzio sociale.

Utilizzata come sinonimo del termine rieducazione, che appartiene a un linguaggio non privo di una venatura paternalistica, la nozione di risocializzazione, pur rispecchiando una lettura in chiave evolutiva del linguaggio costituzionale, non risulta facilmente ricostruibile [317]. Non è chiaro, infatti, se con questo termine debba intendersi il reinserimento sociale, la ricomposizione della frattura sociale causata dal reato, oppure un'opera di primaria o secondaria educazione alle norme del vivere sociale [318]. A rimanere in sospeso non è solo il significato del termine risocializzazione, ma la sua effettiva concretizzazione nella prassi punitiva.

A un livello astratto "finalità risocializzativa" può essere sinonimo di socializzazione primaria, reinserimento sociale oppure può significare trattamento durevole e intenso della devianza; e ciò indipendentemente dal fatto che con quest'ultimo termine si intenda la malattia, il comportamento antisociale o la criminalità [319]. Risocializzare può implicare un'offerta di competenze e strumenti sociali per ricostruire le condizioni di vita del condannato. Lo stesso concetto di risocializzazione può essere considerato come un lavoro di adeguamento alle norme sociali o giuridiche oppure può, infine, ridursi, fino quasi a cambiare natura, in uno sforzo volto ad evitare esclusivamente la desocializzazione del condannato [320].

---

significato del termine rieducazione cfr. P. NUVOLONE, *op. cit.*, spec. p. 391 s.; C.E. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 147 ss., il quale, dopo aver messo in luce «l'ampia gamma di varianti linguistiche» del concetto di rieducazione utilizzare dalla Corte costituzionale, osserva l'esistenza di «una sorta di "vischiosità" lessicale della "teoria della rieducazione" meticciata con la «teoria della emenda» (p. 155 s.).

[317] Ccfr. F. BRICOLA, *Crisi del Welfare State*, cit., p. 1429 fa risalire le incertezze interpretative dell'art. 27, comma 3, Cost. alla «difficoltà a concepire i rapporti tra istituzioni e deviante in termini di *Welfare*».

[318] H. CORNEL, G. KAWAMURA-REINDL, B. MAECKLICKE, B. RÜDEGER SONNEN, *Resozialisierung*, cit., p. 27; H. CORNEL, *Handbuch der Resozialisierung*, Baden-Baden, 1995.

[319] Sul dibattito attorno al concetto di rieducazione interpretato in modo da appiattirlo sostanzialmente come sinonimo neutrale di umanizzazione cfr. G. BETTIOL, *Sull'umanizzazione del diritto penale*, cit., p. 747.

[320] K. LÜDERSSEN, *Abschaffen des Strafens*, Frankfurt am Main, 1995, p. 138 s.

Questo disorientamento semantico, che già rende difficile la determinazione dei confini teorici della nozione di risocializzazione, non può che complicare il compito di attuare tale finalità della pena nella prassi.

Ed allora, più che indicare la definizione di un concetto tecnico, "risocializzare" sembra essere una formula abbreviata o un sinonimo per descrivere un intero programma che contribuisca, in una lettura costituzionalmente orientata [321], a «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini [condannati], impediscono il pieno sviluppo della persona umana» (art. 3, comma 2, Cost.).

L'attenzione, dunque, non è tanto rivolta alla reale efficacia del trattamento risocializzativo, quanto più verso l'idea che un diritto penale in crisi di legittimazione debba aprire il proprio orizzonte ad un approccio più umano e positivo, fino a diventare uno strumento in grado di controbilanciare i non più trascurabili danni derivanti dall'intervento punitivo.

Dinanzi a questa ricostruzione appena abbozzata delle premesse teoriche dell'ideale rieducativo, la realtà effettiva è radicalmente diversa all'interno di un sistema carcerocentrico. Al di là delle conseguenze negative che marchiano indelebilmente l'intervento punitivo statale e degli elementi di stigmatizzazione, costrizione e dolore che sembrano lasciare pochi spazi per trasformare la pena in una realtà positiva, ogni obiettivo di risocializzazione del condannato, anche quello minimo della "non-desocializzazione", appare oggi una lontana chimera. Se solo si osserva la situazione di sovraffollamento e degrado della maggior parte degli istituti di pena in Italia, nella quale rischiano di non essere garantite neppure le condizioni minime per il rispetto dei diritti fondamentali della persona umana, parlare di finalità rieducativa della pena sembra quasi utopico [322].

In questo contesto, l'obiettivo minimo e imprescindibile richiesto al sistema punitivo italiano non può essere altro che il rispetto di quei diritti fondamentali che, come più volte ribadito dalla Corte costituzionale, «trovano nella condizione di coloro i quali sono sottoposti ad una restrizione della libertà personale i limiti ad essa inerenti, connessi alle finalità che sono proprie di tale restrizione, ma non sono affatto annullati da tale condizione» [323].

---

[321] F. BRICOLA, *Le misure alternative*, cit., p. 13 ss.; negli stessi termini G. FIANDACA, *sub Art. 27, c. 3*, cit., p. 276 s.

[322] Oltre alla già citata giurisprudenza della Corte di Strasburgo e ai numerosi commenti in dottrina indicati in precedenza, si veda T. PADOVANI, *Lo stato dell'amministrazione penitenziaria, Relazione al Convegno "Giustizia! In nome della legge e del popolo sovrano*, Roma, 28-29 luglio 2011; A. GARGANI, *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione penale*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1259 ss.; Corte eur. dir. uomo, 26 gennaio 2009, *Scoppola c. Italia*, con nota di S. BUZZELLI, C. PECORELLA, *Il caso scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 389 ss.; cfr. anche M. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., p. 231.

[323] Corte Cost., 8-11 febbraio 1999, n. 26; negli stessi termini Corte Cost., 10-22 maggio 2001,

Ma occorre andare oltre: la forza propulsiva esercitata dall'ideale rieducativo sulla coscienza sociale rimane il criterio guida per pensare ad un mutamento del paradigma punitivo che si proponga di migliorare, anziché peggiorare le condizioni sociali del reo.

Sia pure in relazione all'osservazione intramuraria, una buona sintesi di uno degli aspetti fondamentali dell'ideale rieducativo è espressa dall'art. 27, comma 1, del d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230, laddove indica la necessità che il condannato avvii, in chiave critica, «una riflessione sulle condotte antigiuridiche poste in essere, sulle motivazioni e sulle conseguenze negative delle stesse per l'interessato medesimo e sulle possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato, incluso il risarcimento dovuto alla persona offesa». La condotta reintegratoria assume, quindi, un ruolo fondamentale nel percorso di risocializzazione, proprio perché si inserisce in un percorso di assunzione di responsabilità da parte del reo.

### 3.3. *I costi umani e sociali del sistema sanzionatorio e la finalità rieducativa della pena*

Più di ogni altro aspetto del meccanismo punitivo è senz'altro la scelta delle forme di reazione al reato quella che risulta maggiormente idonea a dare attuazione al principio rieducativo [324]. Proprio dinanzi ad una spada della giustizia penale che all'offesa del reato risponde, in maniera più o meno esplicitamente retributiva, con l'offesa della pena, l'ideale rieducativo, nel segnare un punto di svolta nel metodo d'approccio al reato, introduce una spinta riformatrice che mette in discussione l'intero sistema sanzionatorio e, in particolare, gli strumenti repressivi da quest'ultimo predisposti.

Come è stato, infatti, osservato, «si tratta di ripensare le modalità di risposta edittale ai reati» [325].

Nell'ormai ineludibile prospettiva della diversificazione delle risposte punitive sembrano essersi posti sia il progetto elaborato dalla Commissione Grosso, sia quello elaborato dalla Commissione Pisapia [326].

---

n. 158; Corte Cost., 23 ottobre 2006, n. 341. Sul punto v. L. CASTELLANO, D. STASIO, *Diritti e castighi*, cit., *passim.*

[324] Cfr. G. FIANDACA, *Repressione penale dell'ubriachezza e violazione del principio di uguaglianza*, in *Foro it.*, 1982, I, c. 1788 commenta in senso critico il rilievo svolto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 104 del 1982 in base al quale «ciò che rileva non è tanto il tipo di pena previsto quanto il trattamento penitenziario che ne concreta l'esecuzione».

[325] Cfr. L. EUSEBI, *Ripensare*, cit., p. 4938 ss.

[326] Cfr. *Schema di disegno di legge recante delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione della parte generale di un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1570 ss.; sul punto v. C. FIORE, S. MOCCIA, A. CAVALIERE, *Quale riforma del codice penale?*, Napoli, 2009.

A tal riguardo la Corte costituzionale, dopo aver a lungo interpretato il finalismo rieducativo come un obiettivo legato esclusivamente al trattamento penitenziario[327], nella già più volte citata sentenza 313/1990 ha affermato che «l'esperienza successiva ha, infatti, dimostrato 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 ogni qualvolta, 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».

Questa valorizzazione a tutto campo dello scopo rieducativo della pena è stato, di recente, ribadito dalla Corte costituzionale nella sentenza 236/2016.

Se il primato della finalità rieducativa nel dibattito politico-criminale deve interessare l'individuazione delle modalità di risposta al reato, ossia la previsione legale astratta delle tipologie sanzionatorie e delle cornici edittali, ad essere messa in dubbio è, innanzitutto, la compatibilità tra lo scopo special-preventivo della pena e lo stesso ricorso alla privazione della libertà. Del resto il volto attuale della pena detentiva, per come questo è fotografato dalla realtà carceraria, lascia sorgere non poche perplessità sul risultato positivo del bilancio tra vantaggi ottenuti e danni all'individuo, ai suoi familiari e alla società[328].

Da sempre percepita come la vera e propria sanzione criminale e, al contempo, come la «colonna vertebrale» del sistema repressivo, la pena detentiva, nel «naturalizzare» il potere legale di punire, rappresenta ancora oggi il parametro di valutazione per giudicare il carattere alternativo di ogni sanzione[329]. E ciò

---

[327] A partire da Corte Cost., 4 febbraio 1966, n. 12 e con orientamento costante fino alla fine degli anni ottanta (nn. 21/1971; 167/1973; 143/1974; 264/1974; 119/1975; 25/1979; 104/1982; 137/1983; 237/1984; 23/1985 102/1985 e 169/1985; 1023/1988); in tal senso si orienta anche la Corte costituzionale tedesca a partire dalle pronunce dei primi anni settanta, BVerfGE 33, 1; BVerfGE, 35, 235 s.; BVerfGE, 45, 238 s.; BVerfGE, 98, 200 s. «la Costituzione richiede di allestire l'esecuzione penitenziaria allo scopo di risocializzare il detenuto»; sul punto v. C. ROXIN, *Strafe und Strafzwecke in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 608 s.

[328] Cfr. Corte Cost., 19-25 luglio 1994, n. 341, cit.

[329] Cfr. H.-H. JESCHECK, *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate*, cit., p. 1937 ss.; H.-H. JESCHECK, *Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1981, p. 3; nonché

non solo sul piano della realtà, dove la pena detentiva svolge un ruolo predominante, ma anche dal punto di vista più semplicemente simbolico, che vede nella privazione della libertà il contrappasso "naturale" rispetto alla commissione di un fatto di reato.

Se fin dagli inizi del Ventesimo secolo, sotto la costante spinta riformatrice nata nell'Illuminismo, è stata messa in luce la necessità di ridurre gli effetti negativi generati da un sistema repressivo ipertrofico ed incentrato sulla pena detentiva, con il movimento europeo di riforma del sistema sanzionatorio nato nel dopoguerra e sviluppatosi nei decenni successivi, si radica la convinzione che il carattere di spiccata problematicità della pena detentiva non possa più essere trascurato [330].

Come fonte di esclusione sociale e luogo di violenza fisica e di afflizione psicologica, il carcere è uno strumento di costrizione opprimente dello spazio e di dilatazione smisurata del tempo svuotato dalla vita, che rappresenta il centro (apparentemente) immutabile di gestione dell'illegalità [331].

Non solo: *il carcere*, svelando, al contempo, una strategia sociale di esercizio del potere, *è una soluzione strutturalmente inidonea ad offrire una risposta di contenuto risocializzativo* [332].

---

C.E. PALIERO, *Metodologie*, cit., p. 511 mette in rilievo la mancanza di *«autonomia categoriale»* delle pene alternative.

[330] H. MÜLLER-DIETZ, *Der Ort des Strafvollzugs in einem künftigen Sanktionensystem*, in W. FEUERHELM, H.-D. SCHWIND, M. BOCK (a cura di), *Festschrift für Alexander Böhm*, Berlin, 1999, p. 17; K. LÜDERSSEN, *Abschaffen des Strafens*, Frankfurt am Main, 1995, p. 259; per un'ampia ricostruzione sul punto v. C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor, ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985. Cfr., inoltre, F. VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Stafrechts*, Berlin, 1903, p. 76; F. VON LISZT, *Stafrechtliche Vorträge*, cit., p. 290 ss.

[331] M. FOUCAULT, *Alternatives à la prison: diffusion ou décroissance du contrôle social*, in *Criminologie*, 1993, p. 25 «non bisogna mai dimenticare che al cuore della macchina della giustizia, che l'Occidente si è dato con il pretesto di reprimere le illegalità, non bisogna mai dimenticare che al cuore di questa macchina della giustizia, destinata a far rispettare la legge, c'è un macchinario che funziona nell'illegalità permanente. La prigione è la camera oscura della legalità»; cfr. B. JACKSON, *In the Life*, New York, Chicago, San Francisco, 1972, che offre un interessante spaccato della vita carceraria; cfr. ID., *Pictures from a drawer, prison and the art of portraiture*, Philadelphia, 2009, che contiene una raccolta di ritratti fotografici dei detenuti scattati nel 1975 di alcuni penitenziari negli Stati Uniti. Cfr. A. SOFRI, *Chi è il mio prossimo*, Palermo, 2007, p. 29; sul punto v. il breve ma denso resoconto dell'esperienza penitenziaria raccontata da E. SCHIELE, *Diario dal carcere*, Wien, Ginevra, Milano, 2010.

[332] Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 410 mette in rilievo l'inidoneità preventiva del carcere, non solo in considerazione del suo carattere criminogeno, ma per il fatto che è ormai destinato «a funzionare come scuola di delinquenza e di reclutamento della criminalità organizzata»; l'A. conclude che «il carcere è dunque un'istituzione al tempo stesso illiberale, diseguale, atipica, almeno in parte extra-legale ed extra-giudiziale, lesiva della dignità della persona, penosamente e inutilmente afflittiva. Di questa istituzione sempre più povera sempre più povera di senso, che produce un costo di sofferenze non compensato da apprezzabili vantaggi per nessuno, risulta ormai giustificato il superamento o almeno una drastica riduzione della durata sia minima che mas-

La perdita della libertà, della propria sfera privata, dei legami affettivi e sociali, la permanente esposizione al degrado e agli atti predatori, la perita di autostima e di autonomia, l'interruzione del percorso formativo o lavorativo, la costante minaccia per la salute non possono che ridurre, fino quasi ad annullare, le capacità dei detenuti di ritrovare una collocazione sociale e lavorativa una volta tornati a contatto con il mondo esterno [333].

Come è stato messo autorevolmente in rilievo «il carcere [...] equivale a uno sradicamento, a un'amputazione, a un occultamento di una parte della società che l'altra, la società "per bene", non vuole incontrare, vedere» [334].

Il principio fondamentale affermato dal Consiglio d'Europa nelle *European Prison Rules* [335], secondo il quale occorre ridurre al minimo le differenze tra condizioni di vita detentiva e vita in libertà, costituisce una condivisibile affermazione di principio che rimane fatalmente a una distanza siderale dalla realtà penitenziaria italiana. Per una ragione molto semplice: «il carcere di per sé e nella migliore delle ipotesi, quando cioè non è controproducente, non serve alla socializzazione» [336].

Chi conosce bene i meccanismi del carcere ha espresso con grande chiarezza i paradossi della pena detentiva come strumento rieducativo: «pensiamo, tanto per fare un esempio, al rito dell'immatricolazione: il sequestro di ogni oggetto personale, la liturgia della foto e delle impronte, le ispezioni corporali (spesso inutilmente mortificanti), la coperta, la ciotola e, se va bene, sapone e dentifricio messi in mano al detenuto. Il successivo accompagnamento in cella. Il messaggio trasmesso dall'istituzione è uno solo: "tu non esisti". "Da oggi perdi il tuo tempo, il tuo spazio e le tue relazioni. Sei omologato, in tutto e per tutto, agli altri". Questo rituale dà inizio a un tempo eterodiretto e sempre uguale al cui interno dovrebbe svilupparsi, non si capisce per quale miracolo istituzionale, la rieducazione» [337].

---

sima» (p. 411). Cfr. F. GROS, *Foucault et «la société punitive»*, in *Pouvoirs*, 135, 2010, § 5 ss.; nonché T. PADOVANI, *L'utopia*, cit., p. 242.

[333] Per un sintesi aggiornata e davvero efficace sul punto cfr. B. CREWE, *Depth, weight, tightness: Revisiting the pains of imprisonment*, in *Punishment & Society*, 2011, p. 509 ss.; cfr. K. LÜDERSSEN, *Moderne Wege kriminalpolitischen Denkens – Einführende Bemerkungen zum gesamten Werk*, in *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse, Band I: Legitimationen*, Baden-Baden, 1998, p. 63., il quale afferma che offrire un supporto al reinserimento sociale del condannato attraverso la privazione della libertà non è altro che un ossimoro; cfr. sul punto anche A. PUGIOTTO, *op. cit.*, p. 8.

[334] G. ZAGREBELSKY, *Postfazione*, in L. MANCONI, S. ANASTASIA, V. CALDERONE, F. RESTA, *op. cit.*, p. 108 s.

[335] Council of Europe, Rec(2006)2 on the European Prison Rules, nella quale si afferma: *«Life in prison shall approximate as closely as possible the positive aspects of life in the community».*

[336] G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, p. 115.

[337] Così L. CASTELLANO, *Il carcere dei diritti*, in *Il Mulino*, 2015, p. 1094.

Del resto, si tratta di considerazioni condivise anche dal Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano che, nel suo *Messaggio alle Camere sulla questione carceraria* pronunciato l'8 ottobre 2013, ha constatato «l'abisso che separa una parte – peraltro di intollerabile ampiezza – della realtà carceraria di oggi dai principi dettati dall'art. 27 della Costituzione».

Oltre a comportare, come già messo in rilievo, costi economici e sociali molto elevati, la privazione della libertà non permette al reo di affrontare attivamente la propria responsabilità per il fatto commesso, perché non offre strumenti di ricostruzione dell'ordine sociale violato né nei confronti della vittima né della società. Come è emerso da alcuni studi criminologici, il ricorso alla pena detentiva produce, inoltre, difficoltà di reinserimento sociale e tassi di recidiva più elevati rispetto a pene che non comportano la privazione della libertà [338]. Accanto agli effetti negativi prodotti sui detenuti vengono colpite le loro famiglie, che rimangono spesso prive di supporto emotivo e finanziario [339].

Con particolare riguardo a forme di criminalità medio-bassa, che peraltro costituiscono la maggior parte dei reati commessi, oltre ai menzionati effetti collaterali, le difficoltà spesso insuperabili di ottenere un effetto risocializzativo mediante il ricorso alla pena detentiva diviene un dato criminologico consolidato [340].

E ciò non solo in relazione all'ormai noto ambito delle pene detentive brevi [341] – strumento inidoneo per la lotta contro la criminalità che porta con sé più danni che vantaggi [342]; troppo brevi per consentire di ottenere un effetto risocia-

---

[338] Cfr. sul punto L. CASTELLANO, D. STASIO, *op. ult. cit.*, pp. 165, 267 mettono in rilievo che «I dati raccolti nel 2006 dal ministero della Giustizia rilevano che nei sette anni precedenti (1999-2005) la recidiva di chi ha usufruito di misure alternative o di benefici penitenziari è stata appena dello 0,3%; nei cinque anni successivi alla dine della pena è stata del 19% per chi ha ottenuto benefici, mentre è salita al 68,5% per chi ne è stato escluso. Nel 2008, il Dap ha rilevato che, su 14 477 misure alternative (affidamento in prova ai servizi sociali, semilibertà, detenzione domiciliare), le revoche sono state 988 (il 6,82%), di cui solo 71 (0,49%) per aver commesso un nuovo reato». Nella letteratura straniera v. U.V. BONDESON, *Alternatives to imprisonment, Intentions and Reality*, New Brunswick, 2002, p. 93 ss.; B. BÖRJESON, *Om påföljders verkningar (on the effects of sanctions)*, Uppsala, 1966 citato da U.V. BONDESON, *Global Trends in Corrections*, in *Crime and Justice in Scandinavia*, København, 2005, p. 33; C. BESOZZI, *Rückfall nach Strafvollzug: Eine empirische Untersuchung*, in K.-L. KUNZ (a cura di), *Die Zukunft der Freiheitsstrafe, Kriminologische und rechtsvergleichende Perspektiven*, Bern, Stuttgart, 1989, p. 115 ss.

[339] H. MÜLLER-DIETZ, *Zur sog. "Drittwirkung" des Freiheitsentzugs*, in H. MANFRED, C. JÄGER, B. SCHÜNEMANN (a cura di), *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin, New York, 2011, p. 1159 ss.; cfr. P. MORRIS, *Prisoners and their families*, London, 1965; W. RÖMER, *Die Nebenfolgen der Freiheitsstrafen auf die Kinder der Delinquenten. Die Auswirkungen der Freiheitsstrafe eines Elternteils auf die Kinder, untersucht in Fällen der Jugendgerichtshilfe*, Hamburg, 1967; C. PEDRAZZI, voce *Diritto penale*, cit., p. 147.

[340] C. ROXIN, *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 10; C. ROXIN, *Zur Entwicklung*, cit., p. 455.

[341] Cfr. C.E. PALIERO, E. DOLCINI, *Il carcere*, cit., *passim.*

[342] C. ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin, New York, 1973, p. 41.

lizzativo nei confronti del condannato, ma sufficienti a farlo entrare in contatto con un ambiente criminogeno [343] – ma più in generale in riferimento alla stessa privazione della libertà. Sebbene venga omessa per evitare l'implosione dell'intero sistema della giustizia penale, identica conclusione dovrebbe essere, *a fortiori*, valere per le pene detentive di più lunga durata: l'esclusione dal consorzio sociale potrà servire per neutralizzare un pericolo, ma non certo per rieducare. Se si vuole evitare una piccola dose di ambiente criminogeno, non si vede davvero come un dose più massiccia di desocializzazione possa contribuire a risocializzare. E ciò non solo in relazione alle pene che sono poco più lunghe di quelle di breve durata (considerate di per sé criminogene e inidonee al percorso rieducativo), ma anche alle pene troppo lunghe che, nella maggior parte dei casi, spezzano definitivamente qualsiasi legame sociale del condannato e, più in generale, lo rendono incapace di confrontarsi con una realtà ormai radicalmente mutata [344].

Dinanzi al vuoto di fantasia della politica criminale, la necessità di individuare, già sul piano edittale, risposte punitive alternative, che consentano di ridurre al minimo i costi e le sofferenze causate dal controllo sulla criminalità e di quelli generati dal reato alla vittima e alla collettività, diviene un obiettivo fondamentale nel dibattito politico-criminale [345].

Mosso dalla volontà di circoscrivere il ricorso alla pena detentiva e di migliorare al contempo l'offerta rieducativa per il condannato [346], cercando in tal modo di dare parziale attuazione all'art. 27, comma 3, Cost., il legislatore italiano, a partire dalla metà degli anni Settanta, ha orientato le proprie scelte di politica criminale in base a quello che, in quel periodo, era «il *leit motiv* di ogni proposta di riforma del sistema sanzionatorio penale» [347]: la fuga dalla pena detentiva.

---

[343] È la stessa Costituzionale a riconoscere «le nefaste influenze criminogene dell'ambiente carcerario»: così Corte Cost., 13-22 dicembre 1989, n. 569.

[344] Sul punto è stessa Corte costituzionale tedesca ad affermare che "dopo 10, 15, 20 o in ogni caso 25 anni di reclusione i detentuti raggiungono uno stadio in cui, attraverso la carenza di emozioni positive, la rassegnazione, l'indifferenza, si realizza una modificazione della personalitá, che finisce per diventare senso di inutilitá della vita, illusione di grazia e spesso rimbambimento": così *Bundesverfassungsgericht*, 21 giugno 1977, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, p. 1525.

[345] F. PALAZZO, *Riforma*, p. 97 ss.; nella letteratura straneira v. H. SCHÖCH, *Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug?*, in *Verhandlungen des neunundfünfzigsten Deutschenjuristentages, Hannover 1992*, vol. 2, München, 1992, Abteilung Strafrecht, p. 157; K. LÜDERSSEN, *Die Krise des öffentlichen Strafanspruch*, Frankfurt am Main, 1989, *passim*; TÖRNUDD, *Setting Realistic Policy Goals*, in *Facts, Values and visions, Essays in Criminological and Crime Policy*, Helsinki 1996.

[346] Cfr. E. DOLCINI, *La "questione penitenziaria"*, cit., p. 1658, il quale mette in rilievo che «la rieducazione deve assumere la forma dell'offerta di aiuto: il carcere deve *accompagnare i detenuti verso la libertà, nel rispetto delle loro capacità di scelta*».

[347] F. BRICOLA, *Le misure alternative*, cit., p. 13 ss.; cfr. F. BRICOLA, *Crisi del Welfare State*, cit., p. 1427 ss.

Per perseguire questo obiettivo, il legislatore si è mosso su più fronti. Da un lato, ha allargato il panorama delle alternative alla pena detentiva, introducendo le misure alternative alla detenzione (legge 26 luglio 1975, n. 354) – il cui catalogo e ambito di applicazione sono stati successivamente ampliati dalla legge 10 ottobre 1986, n. 663 – e le sanzioni sostitutive di pene detentive brevi con la legge 24 novembre 1981, n. 689. Dall'altro lato, ha esteso progressivamente gli spazi di rilevanza della sospensione condizionale della pena, prima con la novella del 1981 e poi con la legge 145/2004.

Su un fronte differente ma complementare, la legge 689/1981 non ha solo affrontato il problema delle pene detentive brevi, attraverso la previsione delle sanzioni sostitutive, ma ha altresì valorizzato l'opzione sanzionatoria amministrativa, attraverso una vasta opera di depenalizzazione che non ha, tuttavia, inciso sul monopolio della pena detentiva.

In una prospettiva generale, gli interventi legislativi menzionati sono stati guidati da una duplice e convergente finalità: ridurre l'ipertrofia del diritto penale[348] e gli effetti negativi generati dal carcere, scaricando sull'ordinamento penitenziario il compito difficilmente realizzabile, a causa delle caratteristiche intrinseche della pena detentiva, di dare attuazione al principio rieducativo.

Non sono tuttavia mancati, specialmente nei primi anni Novanta, interventi di segno diametralmente opposto che, nel vortice di una nuova stagione emergenziale, hanno riaffermato il ricorso massivo alla pena detentiva, anche attraverso lo svilimento della finalità risocializzativa in sede esecutiva[349].

A soli vent'anni di distanza, lo spirito che aveva promosso le riforme volte a ridurre l'impatto della pena detentiva, scommettendo sul principio rieducativo, si è trasformato in quella che è stata da più parti avvertita come una fuga dalla sanzione[350]. Ciò è avvenuto in modo particolare dopo l'introduzione di «meccanismi del diritto penale sostanziale e processuale che, innescando la disapplicazione del sistema sanzionatorio, *hanno portato* il controllo penale in Italia sull'orlo del collasso»[351]. Due erano le fondamentali cause dell'imminente collasso del sistema sanzionatorio che venivano indicate: da una lato, i meccanismi automatici di accesso alle misure alternative e le modifiche introdotte dalla legge

---

[348] C.E. PALIERO, voce *Depenalizzazione*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1995, p. 425 ss.

[349] Si intende fare riferimento non solo alla risposta carceraria in materia di sostanze stupefacenti d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, ma anche alle limitazioni ai benefici penitenziari introdotte dal d.l. 13 maggio 1991, n. 152 (conv. con mod. in legge 12 luglio 1991, n. 203).

[350] E. DOLCINI, *Le misure alternative oggi*, cit., p. 857 ss.; F. GIUNTA, *L'effettività*, cit., p. 414 ss.; T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale*, cit., p. 419 ss.; C.E. PALIERO, *Metodologie*, cit., p. 510 ss.; D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale*, cit., p. 116 rileva che «da strumento (pensato) di individualizzazione, la sospensione condizionale si sarebbe trasformata nei fatti in strumento di fuga dalla sanzione, in particolare da quella detentiva, i cui costi individuali e sociali sono divenuti via via più chiari e meno accettati»; F. MANTOVANI, *Sanzioni alternative*, cit., p. 92.

[351] G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 164.

165/1998 [352] e, dall'altro lato, il ricorso ai procedimenti speciali.

Se questi erano i principali fattori di disintegrazione del sistema sanzionatorio, quindici anni dopo il quadro non sembra essere certamente migliorato, se solo si tiene conto del fatto che, nel 2013, è stato toccato l'abisso di inciviltà nell'esecuzione della pena. Un abisso tanto profondo da indurre i magistrati inglesi a rifiutare la consegna dei condannato alle autorità italiane [353].

Come è stato osservato, dinanzi alla crescita, almeno sulla carta, degli spazi per sanzioni non privative della libertà, non è stata mai «formalmente rinnegata la scelta di principio a favore della pena detentiva» [354]. Anche l'introduzione e il progressivo ampliamento dell'ambito di applicazione delle misure alternative ha di fatto riaffermato, più che aver intaccato, la tradizionale centralità della pena detentiva. E ciò perché le misure alternative, nel loro carattere strutturalmente sospensivo e condizionato dell'esecuzione della pena detentiva, «nascono dalla detenzione e alla detenzione possono ritornare allorché l'esperimento risocializzativo non abbia successo» [355].

Oltre alle politiche repressive in materia di stupefacenti, soprattutto a seguito della riforma del già draconiano d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309 operata dal legislatore nel 2006 (d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, con. con mod. in legge 21 febbraio 2006, n. 49), i cui eccessi sanzionatori sono stati ridimensionati dalla Corte costituzionale e dal legislatore [356], l'opzione carceraria è stata ribadita in modo an-

---

[352] E. DOLCINI, *Le misure alternative oggi*, cit., p. 872 ss. definisce le misure alternative *«sanzioni simboliche»* segnate non solo «da un progressivo svuotamento di contenuti: con effetti dirompenti sulla tenuta complessiva del sistema penale; F. PALAZZO, *Esecuzione progressiva e «benefici» penitenziari: che cosa conservare*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 149 ss.; di diversa parere è F. DELLA CASA, *Misure alternative ed effettività della pena: una ricognizione della situazione odierna e delle prospettive di riforma*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 86, il quale ritiene invece che la «questione della certezza della pena va ricollegata, piuttosto, a fattori di diverso tipo, quali le difficoltà di accertamento dei reati e di individuazione dei relativi autori, nonché la capacità del sistema di sottoporli a processo e di formalizzare nei loro confronti una sentenza di condanna».

[353] A. MANGIARACINA, *Italia e sovraffollamento carcerario: ancora sotto osservazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2015, p. in particolare 412 ss.

[354] E. DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 25 ss. osserva, peraltro, che «l'arretramento della pena detentiva nel quadro del sistema sanzionatorio lascerebbe d'altra parte pochi rimpianti, se a sostituirla fossero chiamate sanzioni utili al reinserimento sociale del condannato e dotate di contenuti sufficientemente afflittivi per soddisfare istanze del sistema punitivo non meno inderogabili di quelle della risocializzazione: le istanze della prevenzione generale nello stadio della comminatoria legale e quelle dell'intimidazione-ammonimento nella fase dell'esecuzione».

[355] F. PALAZZO, *Riforma*, p. 97 ss.

[356] Si fa riferimento alla già citata sentenza della Corte Cost. 34/2014 e alle modifiche legislative apportate dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 78 (con. con mod. in legge 21 febbraio 2014, n. 10 e dal d.l. 20 marzo 2014, n. 36 (conv. con mod. in legge 16 maggio 2014 n. 79); per un quadro complessivo della disciplina attualmente in vigore v., per tutti, G. PIFFER, *sub art. 73, d.p.r. 9 ottobre 1990,*

cora più netto da un altro intervento legislativo che, nel segnare una vera e propria inversione di tendenza politico-criminale innescatasi in quegli ultimi anni, è forse alla base della successiva crescita della popolazione detenuta. Si intende fare riferimento alla legge 5 dicembre 2005, n. 251 che, oltre ad incidere in maniera sensibile sulla disciplina della recidiva, facendone un vero e proprio *moltiplicatore di repressione*, ha pesantemente ristretto le possibilità di accesso alle misure alternative [357]. Accesso che è stato ulteriormente limitato dalla legge 24 luglio 2008, n. 125, la quale ha modificato il meccanismo sospensivo di cui all'art. 656 c.p.p., escludendo le tipologie di autore di reato considerate particolarmente odiose: vi fanno parte, secondo una tipica logica del diritto penale del nemico, i condannati per furto pluriaggravato, in abitazione e con strappo (artt. 625 e 624-*bis* c.p.).

Non solo: sulla medesima linea espansiva del ricorso al carcere si sono poste sia la legge 23 aprile 2009, n. 38, sia la legge 24 luglio 2009, n. 94, che hanno inasprito le comminatorie edittali, introdotto nuove fattispecie incriminatrici e limitato ulteriormente l'accesso ai benefici penitenziari.

Senza poter approfondire un tema così complesso e vasto come quello concernente l'effettività del controllo penale e i dettagli dei singoli interventi del legislatore, ci si limita a osservare che il collasso del sistema sanzionatorio si è aggravato, come già rilevato, con la situazione di sovraffollamento negli istituti di pena, che le riforme appena menzionate hanno contribuito a determinare [358].

Neppure i più o meno recenti provvedimenti clemenziali e deflattivi [359] sono stati sufficienti per garantire, se non per un breve lasso di tempo, quelle condizioni minime di vita e quelle elementari esigenze di tutela dei diritti del condannato, che costituiscono la premessa indispensabile per evitare che il sistema penitenziario si trasformi definitivamente nella «camera buia della legalità» [360].

Questo pendolarismo legislativo, che riafferma costantemente la centralità indiscutibile della pena detentiva, è chiaramente espresso anche dalle riforme

---

*n. 309*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, Milano, 2015, p. 2223 ss.

[357] Cfr. E. DOLCINI, *La recidiva*, cit., p. 515 ss.; M. PAVARINI, The Spaghetti Incapacitation. *La nuova disciplina della recidiva*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, p. 10 ss.; nonché C. FIORIO, *Cronache del terzo millennio: politiche legislative e libertà personale*, in *Arch. pen.*, 2/2014, p. 2.

[358] F. CASCINI, *Il carcere. I numeri, i dati, le prospettive*, in *Quest. giust.*, 2010, p. 52 s.; A. NATALE, *Carceri: capienza (in)tollerabile, cultura della giurisdizione e valore della prassi*, in *Quest. giust.*, 2010, p. 91 ss.; A. MARGARA, *Sorvegliare e punire: storia di 50 anni di carcere*, in *Quest. giust.*, 2010, p. 103 ss.

[359] Legge 1 agosto 2003, n. 207 (c.d. indultino), legge 31 luglio 2006, n. 241 (Concessione di indulto) e legge 26 novembre 2010, n. 199, il cui ambito di applicazione è stato ampliato nel 2012 e, successivamente, inserito stabilmente nell'ordinamento con la legge n. 10/2014.

[360] M. FOUCAULT, *Alternatives à la prison*, cit., p. 25.

più recenti: il carcere rimane la regola (edittale e simbolica) anche quando si ampliano gli spazi delle misure alternative, poiché queste ultime costituiscono, per loro stessa natura, eccezioni precarie a quella regola.

Non certo animato dalla riscoperta della finalità risocializzativa della pena, il legislatore ha disseminato molteplici e poco coordinati interventi deflattivi non privi di contraddizioni, per restituire controvoglia, sotto le pressioni provenienti da Strasburgo e dalla Corte costituzionale [361], un volto umano alla pena, e di porre parzialmente rimedio al problema del sovraffollamento. Come confermato dai dati sulla popolazione penitenziaria, l'unico ambito nel quale è stata ridimensionata la centralità della detenzione è quello delle misure cautelari [362].

Oltre ai già menzionati interventi legislativi (l'introduzione dei nuovi artt. 131-*bis* e 168-*bis* c.p.), che sembrano tuttavia in grado di incidere solo marginalmente sull'andamento della popolazione penitenziaria [v. *supra* cap. II, par. 3.2], occorre citare il d.l. 78/2013 e il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 (conv. con mod. in legge 21 febbraio 2014, n. 10) che hanno ampliato, tra le altre numerose modifiche, i presupposti applicativi delle misure alternative, anche attraverso l'eliminazione di alcuni tra i più irragionevoli ostacoli all'accesso ai benefici penitenziari e attraverso la modifica sulla disciplina della liberazione anticipata [363].

Dall'altro lato, non mancano recenti e numerose riforme che indicano un'opposta direzione della politica criminale: nel vano tentativo di inseguire finalità di prevenzione generale attraverso macroscopici inasprimenti punitivi, si torna a puntare sulla pena detentiva. Basti qui citare, solo per limitarci a qualche esempio, la recente l'introduzione dei reati di omicidio stradale e lesioni personali stradali, l'innalzamento delle cornici edittali dei delitti contro la pubblica amministrazione (legge 27 maggio 2015, n. 69) e la l. 103/2017, che prevede consistenti aumenti dei minimi edittali dei più importanti delitti contro il patrimonio. Si tratta, come è stato giustamente osservato, di un esito paradossale: nella con-

---

[361] Corte Cost., 22 novembre 2013, n. 279; nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 147 c.p. «nella parte in cui non prevede, oltre ai casi ivi espressamente contemplati, l'ipotesi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità», la Corte ribadisce tuttavia che «non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia»; sul punto v. F. DELLA CASA, *Il problematico impiego della sospensione dell'esecuzione in chiave* "anti-overcrowding". *La parola alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost*., 2013, p. 997 ss.; R. ORLANDI, *Il sovraffollamento delle carceri al vaglio della Corte costituzionale*, in *Quad. cost*., 2013, p. 424 ss.; G. DODARO, *Il sovraffollamento delle carceri: un rimedio* extra ordinem *contro le violazioni dell'art. 3 CEDU*, *Quad. cost*., 2013, p. 428 ss.

[362] Per tutti, G. ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1130 ss.

[363] Sul punto v. A. DELLA BELLA, *Convertito in legge il 'decreto carceri' 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, in *Dir. pen. cont.*, 15 settembre 2013.

vinzione «di poter umanizzare il carcere [...] si continua a ritenere plausibile un sistema sanzionatorio carcero-centrico»[364].

Si tratta di scelte politico criminali che, nella la vocazione carcerocentrica del sistema penale italiano, si scontrano inevitabilmente con la strutturale e fattuale inadeguatezza, anche sul piano dei costi economici, della pena detentiva non tanto a perseguire un forse troppo utopico scopo rieducativo o non-desocializzante, ma a salvaguardare il rispetto del principio di umanità della pena e dei diritti fondamentali dei detenuti[365]. Scopo rieducativo che, nel presupporre necessariamente il rispetto di criteri di umanità, trova un flebile spiraglio solo qualora la privazione di libertà è riempita o sostituita da contenuti che la contraddicono radicalmente: lavoro, formazione, autoresponsabilità.

Anche la detenzione domiciliare, il cui ampliamento applicativo è ispirato da finalità esclusivamente deflattive, risulta «sostanzialmente estrane[a] ad una logica funzionale di tipo realmente personalistico-risocializzativo»[366], perché si limita ad attenuare l'effetto desocializzante del carcere, mutando il luogo della privazione, ma replicando il carattere sterile e improduttivo di una risposta al reato priva di contenuti responsabilizzanti e reintegratori.

Allo stesso modo le pene interdittive, le cui potenzialità positive e i limiti sono stati già ampiamente messi in rilievo[367], trovano spazi applicativi circoscritti a particolari categorie di fattispecie di reato, in relazione alle quali vi deve essere «un rapporto di omogeneità tra contenuto dell'illecito e quello della pena interdittiva»[368]. Oltre a presupporre «un'accurata e difficile selezione delle violazioni rispetto alle quali esse possano essere ritenute adeguate»[369], le pene interdittive sembrano perseguire prevalentemente finalità di neutralizzazione.

Sia pure dinanzi al ridotto effetto stigmatizzante neppure la pena pecuniaria, al di là del profondo vuoto di effettività e delle carenze strutturali, sembra promettere risultati soddisfacenti né di prevenzione generale né di prevenzione

---

[364] Così R. BARTOLI, *Il carcere come extrema ratio*, cit., p. 4.

[365] Sul punto v. M. PELISSERO, *La politica*, cit., p. 4 il quale osserva che «si ribadisce il sistema carcerocentrico che, tra l'altro, operando sugli autori di reati che già affollano gli istituti penitenziari italiani potrebbe avere effetti negativi anche sui tassi di carcerazione»; cfr. M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., p. 263 osserva che «rieduca di più la pena che non si applica (soprattutto quella detentiva)»; in tal senso già C. PEDRAZZI, *La privation de la liberté*, cit., p. 503; nella letteratura straniera v. le fondamentali considerazioni di W. HASSEMER, J.P. REEMTSMA, *Verbrechensopfer Gesetz und Gerechtigkeit*, München, 2002, p. 118.

[366] F. PALAZZO, *Riforma*, p. 97 ss.; in tal senso anche C. MAZZUCATO, *Opinioni a confronto*, cit., p. 459 ss., la quale analizza criticamente il d.d.l. C 5019-*bis* del 2012 sulla detenzione domiciliare.

[367] Per le indicazioni bibliografiche sull'ideltipo di pena interdittiva v. Cap. I nota (222).

[368] *Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 7.

[369] F. PALAZZO, *op. ult. cit.*, p. 97 ss.

speciale[370]. Incomparabilmente più sterile sul piano general-preventivo rispetto al ricorso, non privo di distorsioni applicative, ad una misura ablativa dalla forte connotazione sanzionatoria come la confisca, la pena pecuniaria sembra anche debole nel contrastare la logica costi-benefici che governa la criminalità del profitto.

Per altro verso, il suo contenuto, essendo limitato al pagamento di una somma di denaro, risulta del tutto privo di finalismo rieducativo[371]. Al contrario, si può al più riconoscerle una carica intimidatrice nei confronti del reo. Se non nella versione minimalista di rieducazione, secondo la quale dall'intimidazione individuale derivante dall'imposizione di una pena pecuniaria dovrebbe scaturire un processo di riacquisizione del rispetto della legalità, tale tipologia di risposta al reato non assolve alcuna finalità risocializzativa[372].

La pena pecuniaria sembra, inoltre, rimanere affetta da un'indelebile connotazione disegualitaria non solo per le modalità di commisurazione attualmente vigenti (a somma complessiva e non in base al sistema dei tassi giornalieri[373]), ma soprattutto per la sua eventuale degradazione in limitazione (prima) e privazione (poi) della libertà in caso di mancata esecuzione per insolvibilità del condannato.

Non solo: pur costituendo (astrattamente) un'entrata per le finanze pubbliche, la pena pecuniaria consiste in un prelievo di denaro che diminuisce le capacità economiche del reo per risarcire i danni subiti dalla vittima o eliminare le conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato.

Per le medesime ragioni, anche i limitati sforzi di depenalizzazione di reati bagatellari in illeciti amministrativi o in fatti punibili con sanzioni civili si collocano nella medesima prospettiva: incidere sul patrimonio del reo, abbandonando ogni aspirazione rieducativa, che costituisce invece l'unico reale motore per

---

[370] Per un'analisi dello stato dell'arte sulla pena pecuniaria v. M. MIEDICO, *La pena pecuniaria: disciplina, prassi e prospettive di riforma*, Milano, 2008, *passim*; L. GOISIS, *La pena pecuniaria: un'indagine storica e comparata*, Milano, 2008, *passim;* sull'ineffettività della pena pecuniaria v. A. ALESSANDRI, *Diritto penale*, cit., p. 321; nonché E. DOLCINI, *La pena in Italia, oggi*, cit., p. 1098 s.; un vuoto di effettività della pena pecuniaria già segnalato nella relazione elaborata dalla *Commissione Grosso – per la riforma del codice penale (1 ottobre 1998) – La riforma del sistema sanzionatorio (allegato alla Relazione del 15 luglio 1999*, in *www.giustizia.it.*

[371] Lo conferma anche la lettura data dalla ormai risalente sentenza 12/1966 della Corte costituzionale che ha escluso il contrasto delle sanzioni pecuniarie con l'art. 27, comma 3, Cost. ricorrendo alla concezione polifunzionale della pena, statuendo, al contempo, che «un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato».

[372] Cfr. F. BRICOLA, *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa*, in AA.VV., *Sul problema della rieducazione del condannato. Atti del II Convegno di diritto penale*, Padova, 1964, p. 193 ss., in particolare p. 207; cfr. G. FIANDACA, *sub. Art. 27, c. 3*, cit., p. 315; sul punto v. anche C.F. GROSSO, *Le pene pecuniarie di fronte all'art. 27 3° comma della Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 999 ss.

[373] Cfr. C.E. PALIERO, E. DOLCINI, *Il carcere*, cit., p. 159 s.

la (ri)costruzione di risposte al reato di contenuto responsabilizzante e reintegratorio o, quanto meno, non desocializzante e sterilmente afflittivo.

Dinanzi a questo desolante quadro, la condotta reintegratoria potrebbe svolgere il ruolo di strumento che conserva, da un lato, quei contenuti afflittivi minimi, in forma di prescrizione di obblighi, perché si possa continuare a parlare di pena. Dall'altro lato, questa tipologia di risposta al reato sembra anche in grado di soddisfare i bisogni della vittima e della collettività sia sul piano materiale attraverso il risarcimento del danno e l'eliminazione delle conseguenze dannose e pericolose, sia su quello simbolico attraverso il riconoscimento della vittima e il messaggio di riprovazione pubblica del fatto.

Il modello unitario di condotta reintegratoria, che sia in grado di fungere da colonna portante di un'autonoma pena prescrittiva, può, infatti, perseguire finalità special-preventive nei confronti del reo attraverso la prescrizione di un impegno attivo e solidaristico per ricostruire, sia pure in maniera fatalmente tardiva, l'interesse violato e per prendere le distanze dalle modalità di comportamento tenute, riaffermando così il contenuto di valore del precetto [374]. L'impegno volto a responsabilizzare il reo non è esclusivamente dettato da esigenze di umanizzazione nelle risposte punitive, ma soprattutto da una loro più spiccata caratterizzazione in senso preventivo [375]. È forse questo un modo per reinterpretare il concetto di rieducazione nella sua dimensione penalistica, come finalità di sistema: una risposta che possa innescare una dinamica sociale e istituzionale di assunzione attiva di responsabilità [376].

Non solo: un modello costruito sulla condotta reintegratoria riduce al minimo la finzione. La finzione del detenuto che, per ottenere benefici penitenziari, mostra ravvedimento, dichiara di aderire a un nuovo sistema di valori, manifesta un rinnovato e più maturo approccio alla vita. La stessa Corte costituzionale riconosce «i condizionamenti indotti dalla detenzione, che spesso generano psicosi erroneamente interpretabili come segni di ravvedimento» [377]. Di più: ad essere ridotto al minimo è altresì il rischio di violare l'intangibilità personale del condannato, poiché le prescrizioni reintegratorie (anche di tipo simbolico, ma non di carattere meramente economico) si muovono al di fuori dei luoghi nei quali la libertà e, conseguentemente, l'autonomia, personale viene completamente sot-

---

[374] In termini analoghi si è espresso il Ministro della Giustizia Paola Severino in occasione del discorso sull'amministrazione della giustizia, in *www.giustizia.it*: «l'aspetto più difficile è quello di un corretto equilibrio tra aspetto afflittivo e rieducativo della pena, tra carattere umanitario del trattamento del condannato e tutela del diritto dei cittadini alla sicurezza, tra riconoscimento dei più elementari principi di civiltà anche a chi è detenuto e pieno soddisfacimento dei diritti delle vittime e dei loro familiari».

[375] Cfr. L. EUSEBI, *Politica criminale*, cit., p. 153; in tal senso anche *Commissione Pisapia – per la riforma del codice penale (27 luglio 2006) – Relazione*, in *www.giustizia.it*.

[376] Sul punto v. G. DE LEO, *Psicologia della responsabilità*, Roma-Bari, 1998, pp. 24 ss. e 42 ss.

[377] Corte Cost., 13-22 dicembre 1989, n. 569.

tratta. E ciò perché la componente rieducativa legata agli obblighi ripristinatori non è rinchiusa all'interno di un carcere che pregiudica, per sua stessa natura, la libertà di autodeterminazione.

La condotta reintegratoria non sottrae il condannato alla vita e alle regole del mondo libero, per restituirgli gradualmente la libertà a fronte di più o meno apparenti o effettivi progressi, ma lascia l'autore del reato dinanzi alla propria responsabilità, senza bisogno di sottoporsi al proficuo e disperato scambio tra spazi di libertà e "buona condotta" all'interno del distorto e anestetizzato universo carcerario[378].

E ancora: il modello unitario di condotta reintegratoria sostituisce il sistema "chiuso" della pena detentiva, le cui componenti imprescindibili sono l'isolamento sociale, umano e spirituale, con il dialogo "aperto" con l'ordinamento giuridico violato.

Vi è, infine, un punto di distinzione essenziale tra la tipologia di pena ad oggi prevalente e quello additato dal modello prescrittivo-reintegratorio: mentre la prima, essendo concepita "in negativo" e come sottrazione, costituisce una tecnica di scoraggiamento e di conservazione, il secondo propone una tecnica d'incoraggiamento e cambiamento in positivo verso il rispetto degli interessi ritenuti meritevoli di tutela[379]. La prescrizione, nel richiedere un percorso responsabilizzante, tenta di aprire per il condannato un percorso esistenziale diverso rispetto a quello segnato dalla frattura umana e sociale creata dal fatto di reato.

## 4. *Condotta reintegratoria e vittima del reato*

In un modello di giustizia penale laico e secolarizzato, il cui obiettivo ultimo è la tutela dei beni giuridici, la reintegrazione degli interessi delle vittime costituisce un obiettivo che non può più essere eluso dal dibattito sulle finalità della pena. Si tratta di un obiettivo immanente all'intero sistema, che non viene esclusivamente perseguito, in chiave general-preventiva, attraverso il messaggio di orientamento del precetto e la minaccia della sanzione oppure in chiave special-preventiva come prevenzione della recidiva. Le tutela delle degli interessi lesi o messi in pericolo e, quindi, in ultima analisi delle vittime viene in rilievo proprio quando i meccanismi preventivi non hanno funzionato: nel configurare l'orientamento finalistico delle modalità di risposta al reato, il sistema penale può e deve farsi carico anche della tutela *ex post* della vittima attraverso la reintegrazione, nella misura del possibile ed anche solo in una dimensione simbolica, dell'offesa al bene giuridico.

L'intera riflessione sulle teorie della pena, che segna il passaggio dalla pena

---

[378] Cfr. L. CASTELLANO, *Il carcere*, cit., p. 1095.

[379] Cfr. N. BOBBIO, *Sulle sanzioni positive*, cit., p. 246.

privata e dalla vendetta al monopolio pubblico della violenza, ha per lungo tempo obliterato la posizione della vittima nella giustizia penale. La tutela degli interessi di quest'ultima è stata assicurata con strumenti distinti ed (solo formalmente) estranei all'ordinamento penale: primo fra tutti, in una dimensione puramente economica, il risarcimento del danno in sede civilistica.

Attribuire un significato autonomo agli interessi della vittima all'interno del dibattito sulle finalità della pena, senza per questo mettere in dubbio lo statuto garantistico e la struttura reocentrica del sistema penale, significa riaffermare l'obiettivo di tutela dei beni giuridici in un orizzonte più ampio, che include la salvaguardia a posteriori della vittima nell'individuazione dei contenuti della risposta al reato.

Come già più volte ribadito, non sembra arduo trovare una sintesi tra gli interessi della vittima e lo stato dell'arte sugli scopi della pena, che ha tradizionalmente messo al centro della propria elaborazione teorica la responsabilità, i bisogni e la salvaguardia dei diritti e delle garanzie dell'autore di reato. Un possibile equilibrio tra diverse istanze sembra possibile nella misura in cui si fissa un obiettivo pragmatico minimo: non solo di offrire al reo gli strumenti di reintegrazione sociale che, nel rinunciare (ove possibile) alla privazione della libertà e alle sue ingenti esternalità negative, gli consentano di condurre la propria esistenza senza commettere ulteriori reati, ma anche di ridurre i costi sociali e umani causati dal reato nei confronti della vittima, prescrivendo al reo un impegno reintegratorio degli interessi lesi o messi in pericolo.

Reintegrazione degli interessi lesi e risposta punitiva, che costituiscono binari paralleli che si sono storicamente divaricati, potrebbero trovare una sintesi attraverso una risposta al reato che tempera l'inutile carico negativo di afflittività e riscopre il collegamento quanto mai solido che unisce finalità rieducativa della pena e tutela (anche solo preventiva) della vittima effettiva o potenziale[380]. Tutela della vittima reale perché, senza che sia necessaria la (costosa) partecipazione della (presunta) vittima al processo penale ed evitando altresì rischi di vittimizzazione secondaria, l'imposizione di obblighi reintegratori a carico del reo soddisfa, sia pure parzialmente, gli interessi di quest'ultima. E non si tratta di una soddisfazione esclusivamente emotiva e irrazionale, come quella derivante dall'inflizione di una sterile privazione, bensì di una soddisfazione che si colora di concretezza, perché reintegra per quanto possibile l'offesa, anziché limitarsi a togliere la libertà all'autore. Di più: la salvaguardia a posteriori degli interessi della vittima fungerebbe altresì da criterio di individualizzazione della risposta al reato.

Per altro verso si perseguirebbe la finalità di tutela delle vittime potenziali perché il carattere responsabilizzante della prescrizione, oltre ad evitare gli effetti desocializzanti della privazione della libertà, ha una valenza preventiva, perché maggiormente idonea a diminuire il rischio di recidiva.

---

[380] Cfr. M. VENTUROLI, *op. cit.*, pp. 76 s. e 271.

## CAPITOLO IV

# LA PENA PRESCRITTIVA A CONTENUTO REINTEGRATORIO

SOMMARIO: 1. Una possibile via d'uscita? – 2. Da punto di rottura della punibilità a nuovo paradigma punitivo. – 3. Dal lavoro come surplus afflittivo ... – 4. (*Segue*) ... al lavoro di pubblica utilità come risposta prescrittiva-reintegratoria. – 5. Il modello prescrittivo-reintegratorio – 5.1. La pena prescrittiva-reintegratoria tra interessi tutelati e modelli di fattispecie. – 5.2. Gli spazi applicativi del modello prescrittivo-reintegratorio – 5.3. Pena prescrittiva-reintegratoria, cornici edittali e ruolo del giudice.

## 1. *Una possibile via d'uscita?*

«*Le vecchie trappole per mosche erano costruite da una bottiglia la cui larga apertura si stringeva progressivamente a imbuto, permettendo alle mosche di avventurarsi facilmente al suo interno. Ma, vista dall'interno la stretta estremità inferiore dell'imbuto attraverso cui la mosca si era introdotta nella bottiglia, non solo non sembrava la via d'uscita, ma appariva come una pericolosa strettoia ancora più difficile da affrontare della situazione in cui la mosca si trovava intrappolata. Nel senso della metafora di Wittgenstein, sarebbe ora necessario convincere la mosca che l'unica soluzione al suo dilemma è quella che a prima vista sembra la meno probabile e la più irta di pericoli.*

*In che modo possiamo uscire dalla trappola di un costruzione inadeguata della realtà? Esiste una qualche speranza di liberazione se tutte le soluzioni concepibili conducono solo ad un rafforzamento della stessa situazione, se una fatalità enantiodromica sembra far si che esse peggiorino ciò che dovrebbero migliorare?*» [1].

La metafora della trappola per le mosche sembra fornire un'efficace descrizione

---

[1] P. WATZLAWICK, *La mosca e la trappola per le mosche*, in P. WATZLAWICK (a cura di), *La realtà inventata. Contributi al costruttivismo*, Milano, 2006, p. 213; G. STOLZENBERG, *Può un'indagine sui fondamenti della matematica dirci qualcosa di interessante sulla mente?*, in P. WATZLAWICK (a cura di), *La realtà inventata*, cit., p. 219 ss.; L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, Frankfurt am Main, 1971, § 309, «Qual è il tuo scopo in filosofia? Indicare alla mosca la via d'uscita dalla trappola».

del paradosso dinanzi al quale si trova la politica criminale: regolatrice per difetto dei problemi sociali e mal equipaggiata a reintegrare gli interessi lesi, l'attuale configurazione della giustizia penale, nella quale il carcere campeggia come un monarca assoluto tutt'altro che illuminato, sembra sempre più sterile e caratterizzata da scarse capacità creative. Una giustizia penale che pare, in altri termini, priva di quel «"senso di possibilità"»[2] che dovrebbe guidare le scelte politico criminali.

Il ricorso al diritto penale e, conseguentemente, alla tipologia di sanzione che maggiormente lo caratterizza, è divenuto il principale strumento di governo, che costituisce la risposta ad ogni problema o conflitto sociale[3]. Alla giustizia penale si finisce, infatti, per attribuire «il compito di risolvere problemi sociali e politici di notevoli dimensioni e complessità, come la droga, l'immigrazione, la mafia, la corruzione dell'attività amministrativa, la tutela dell'ambiente e della salute, la moralizzazione delle competizioni sportive o la promozione del sentimento di sicurezza nelle città»[4]. Tutti compiti da assolvere con il medesimo strumento: la privazione della libertà personale in misura tanto più incisiva quanto più è grave il fatto di reato commesso. Un unico strumento, tutt'altro che flessibile (se non sul piano commisurativo), il cui impiego dovrebbe, peraltro, essere idoneo a raggiungere ogni scopo preventivo.

Caricata da finalità eterogenee e incommensurabili e, al contempo, da un incolmabile vuoto di senso – basta una semplice visita penitenziaria per cogliere l'assurdo e irrazionale destino della detenzione – la giustizia penale non sembra trovare, con uno sforzo di fantasia creatrice, un modo per sostituire quel "vuoto" privativo in un "pieno" reintegratorio: «perché in carcere è come se dessero la stessa medicina a tutti i malati, anche se affetti da malattie diverse. La stessa cura per tutti. C'è molta più fantasia nel crimine che nella pena»[5].

Come è stato osservato, più che individuare un obiettivo razionale attorno al quale costruire strumenti punitivi in grado di attuarlo, «l'accumulazione e il livellamento degli scopi attribuiti alla pena esprimono una non-scelta»[6]. Una non-scelta che, oltre a generare una *«finzione di coerenza»*[7], conserva un assioma ben

---

[2] G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., p. 94 che riprende la riflessione di R. MUSIL, *L'uomo senza qualità*, I, Torino, 1957, p. 12.

[3] J. SIMON, *Governing through crime: how the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear*, Oxford, New York, 2007, *passim.*

[4] M. VOGLIOTTI, *Le metamorfosi*, cit., p. 656.

[5] S. BONVISSUTO, *Dentro*, Torino, 2012, p. 85.

[6] T. PECH, *Genése de la peine neutre*, in A. GARAPON, F. GROS, T. PECH, *Et ce sera Justice, Punir en démocratie*, Paris, 2001, p. 165; analogamente M. DONINI, *Le logiche del pentimento*, cit., p. 918 sottolinea che «in realtà vogliamo tutto: la sicurezza e il perdono, la prevenzione e la risocializzazione, la repressione e il ravvedimento, la proporzione e la deterrenza».

[7] Cfr. M. DONINI, *ibidem*; come mette in luce l'A. il tentativo di ricomporre queste esigenze contrapposte finisce per creare una *«finzione di coerenza»*; M. DONINI, *Per una concezione*, cit., p. 1211.

preciso: non importa quale sia lo scopo perseguito, la pena è e rimane una sottrazione improduttiva che replica, in negativo, il male espresso dal fatto di reato.

Risultato che sembra rappresentare un autentico paradosso se solo si pensa che il fine ultimo dell'interno sistema repressivo dovrebbe essere proprio la tutela di beni giuridici attraverso la prevenzione. Tutta quella carica preventiva della potestà punitiva, finalizzata a garantire la più intensa ed estrema salvaguardia delle persone all'interno della società, si smarrisce dinanzi alla commissione di un reato: la risposta punitiva si risolve in una ferita aggiuntiva che si disinteressa dell'offesa generata dal reato [8].

Detto altrimenti la pena, nell'abbandonare quella funzione di tutela che rappresenta la ragion d'essere di ogni incriminazione, assume le sembianze della mera afflizione. Una spada, quella della giustizia penale, che viene spesso agitata senza risultati, lasciando un vuoto di effettività nella reazione repressiva [9]. E ciò non di meno, una spada che quando colpisce, lo fa con una carica di violenza aggravata dalle disfunzioni del sistema punitivo e che, per questo motivo, genera una profonda impressione di incoerenza e arbitrarietà [10].

Dinanzi alla crescente domanda di intervento nella vita sociale [11], il diritto penale sembra in grado di offrire una risposta prevalente: la punizione del colpevole mediante una pena pensata in negativo, la cui valenza in termini di passiva sottrazione è coperta, spesso solo sulla carta, da un fragile manto di prevenzione. Anche quando lo scopo annunciato (sul piano teorico) è preventivo, si produce un'immancabile divaricazione tra quest'ultimo e gli effetti concretamente generati da strumenti repressivi che si indirizzano ad un condannato che deve "limitarsi" a subire, senza dover essere chiamato ad agire attivamente per la tutela a posteriori degli interessi offesi.

Un più largo e incisivo ricorso ai classici strumenti sanzionatori, che si limitano a colpire il reo e a strumentalizzare a tal fine la vittima, non sembra essere in grado di ricostruire la pace sociale infranta dal reato [12].

---

[8] M. DONINI, *Le logiche del pentimento*, cit., p. 894.

[9] M. VOGLIOTTI, *Le metamorfosi*, cit., p. 637 osserva che «il principio che ispira la politica criminale sembra essere, piuttosto, quello di un diritto penale massimo (ma destinato a restare sulla *carta*) e di un diritto penale minimo *in the facts*».

[10] Cfr. F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990, p. 77.

[11] Sul punto v. AA.VV., *Aux frontières de la justice, aux marges de la société. Une analyse en groupes d'acteurs er de chercheurs*, Gent, 2005.

[12] Cfr. H. KURY, M. BRANDENSTEIN, T. YOSHIDA, *Kriminalpräventive Wirksamkeit härterer Sanktionen*, cit., p. 228 s.; in tal senso, quanto meno sul piano dell'affermazione di principio sembra interessante riportare i criteri guida nella commisurazione della pena fissati dalla *Section 718* del *Criminal Code of Canada*, in base al quale «*The fundamental purpose of sentencing is to contribute, along with crime prevention initiatives, to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society by imposing just sanctions that have one or more of the following objectives:*

A volte la scelta apparentemente più "naturale", invece di condurre alla soluzione, è la trappola che mantiene in vita il problema. Davanti all'orizzonte limpido del collasso del sistema sanzionatorio, vale la pena interrogarsi sulla possibilità di trovare una via d'uscita percorrendo il cammino inverso, in direzione della soluzione apparentemente contro-intuitiva.

Se il dibattito sullo scopo e sui contenuti della pena sembra intrappolato in un orizzonte segnato dall'idea di una pena come analogo negativo del reato, allora «solo una nuova logica può sconfiggere una logica vetusta» [13]: una logica che trasformi in positivo il rapporto di analogia reato-pena [14].

Come è stato acutamente rilevato, «se l'economia delle pena classica procede per sottrazione [...], l'economia ricostruttiva è deliberatamente additiva nel ricercare, al contrario, di rendere positiva l'esperienza sociale della delinquenza, nel proporre a ciascuno di innescare un circolo virtuoso» [15].

Un'idea di pena che sappia innovarsi, perdendo il suo carattere di esclusione e di volontaria inflizione di dolore, per dare spazio a un intervento punitivo in grado di conciliare meglio la riprovazione del fatto commesso con la ricostruzione del tessuto sociale attraverso un impegno attivo del reo, potrebbe costituire un punto di partenza alternativo nel discorso sulla pena [16].

## 2. *Da punto di rottura della punibilità a nuovo paradigma punitivo*

Come si è visto, la rilevanza della condotta reintegratoria o, più precisamente, gli istituti che le attribuiscono in vario modo rilievo sono in bilico tra due approcci politico-criminali diametralmente opposti e contraddittori: baricentro

---

*(a) to denounce unlawful conduct;*
*(b) to deter the offender and other persons from committing offences;*
*(c) to separate offenders from society, where necessary;*
*(d) to assist in rehabilitating offenders;*
*(e) to provide reparations for harm done to victims or to the community; and*
*(f) to promote a sense of responsibility in offenders, and acknowledgment of the harm done to victims and to the community».*

[13] P. RICOEUR, *op. cit.*, p. 35.

[14] M. DONINI, *Per una concezione*, p. 1214, il quale mette in rilievo che «*Non è tanto la pena "imposta" che produce il distacco di una persona dalla società: la pena imposta è la conseguenza di quel distacco*, perché la risposta del sistema dovrebbe orientarsi in senso opposto, favorendo una responsabilità "agita" e non "subita"».

[15] A. GARAPON, *La justice reconstructive*, in A. GARAPON, F. GROSS, T. PECH, *Et ce sera Justice, Punir en démocratie*, Paris, 2001, p. 308 s.

[16] L. EUSEBI, *Ripensare*, p. 4938 ss. segnala la necessità di concepire una pena «che rappresenti una *chance* positiva per lo stesso autore di un fatto criminoso»; L. WALGRAVE, *Restorative Justice*, *op. cit.*, p. 21; J. BRAITHWAITE, P. PETTIT, *Not Just Deserts. A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford, 1990, p. 127.

degli strumenti clemenziali oppure strumento punitivo alternativo.

Anche le critiche sembrano provenire da entrambe le direzioni. Da un lato, il carattere clemenziale degli istituti legati in vario modo alla condotta reintegratoria viene spesso avvertito come una "spina nel fianco" dell'effettività del sistema sanzionatorio. Per altro verso, la condotta reintegratoria, specie quando assume la forma dell'attività lavorativa gratuita svolta a favore della collettività, viene avvertita come un contenuto afflittivo *preater legem* (ad es. nel caso dell'affidamento in prova al servizio sociale) oppure come un controproducente *surplus* punitivo.

In realtà ci sembra che vi siano buone ragioni per superare entrambi le obiezioni.

Più che un punto di rottura della punibilità, quella che appare "sulla carta" come l'interruzione della sequenza reato-pena segnata dalla rilevanza attribuita alla condotta reintegratoria potrebbe, in realtà, essere considerata come la premessa per costruire un'autonoma tipologia di risposta punitiva [17]. Nel conservare una componente afflittiva, la condotta reintegratoria risulterebbe più funzionale ed efficace nel realizzare, sia pure con inevitabile ritardo, le aspettative di tutela della vittima e le esigenze preventive che stanno alla base del sistema punitivo [18]. Una soluzione che è (forse) in grado di ricomporre quella frattura fra pena "giusta", perché conforme a quella minacciata in via astratta e stabilita in sentenza, e pena preferibile, perché maggiormente idonea a raggiungere scopi di tutela [19].

Si potrebbe, allora, provare a uscire per un momento dalle qualificazioni legislative e lasciare in secondo piano il difficile inquadramento dogmatico delle varie

---

[17] Cfr. M. DONINI, *Per una concezione*, p. 1208, laddove l'A. ritiene che «la *riparazione*, nella prospettiva qui tracciata, non è un terzo binario del sistema sanzionatorio, ma si inserisce a pieno titolo *alla base della risposta penale*»; L. ESUSEBI, *La prevenzione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 993; ID., *Forme e problemi*, cit., p. 273, si chiede «se le diverse espressioni della *premialità penale* – a prima vista una contraddizione in termini – possano essere assegnate all'ambito delle tipologie *alternative* di risposta al reato o rappresentino soltanto un corollario delle modalità sanzionatorie classiche, tale da non incidere sul modello che persegue fini preventivi facendo leva sul timore della reazione giudiziaria al *male* del reato col *male* della pena».

[18] Cfr. L. EUSEBI, *Prescrizioni a carico del condannato*, cit., p. 1148 ss.; la componente afflittiva sembra residuare anche nel caso in cui il procedimento si chiuda con una sentenza di proscioglimento per estinzione del reato *ex* art. 129 c.p.p.; D. PULITANÒ, *Per una nuova*, cit., suggerisce «in relazione a reati non gravi tassativamente elencati [di] attribuire al risarcimento del danno o riparazione dell'offesa la valenza di causa di non punibilità»; In relazione alle aspettative di tutela della vittima M. DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, in AA.VV., G. FIANDACA, C. VISCONTI (a cura di), *Punire Mediare Riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Torino, 2009, p. 107 ss.

[19] Sottolinea il carattere ambiguo e provvisorio della sentenza di condanna a pena sospesa condizionalmente: una pena additata come giusta in via di principio, ma la cui rinuncia ad eseguirla è ritenuta preferibile, a date condizioni D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale*, cit., p. 117.

ipotesi di rinuncia alla pena conseguenti alla condotta reintegratoria[20], per mettere in risalto la potenziale valorizzazione di tali meccanismi reintegratori come vere e proprie sanzioni pensate in positivo. Sanzioni costruite su un modello di comportamento attivo e ripristinatorio da parte del reo, in grado di liberarsi dell'ingombrante etichetta che le vorrebbe inquadrare come forme di rinuncia alla pena.

La condotta reintegratoria non segnerebbe più, dunque, un punto di rottura della punibilità dal quale discende, quale corrispettivo premiante, il mancato prodursi delle conseguenze sanzionatorie che il reato avrebbe prodotto, ma costituisce un'ipotesi di partenza per costruire un nuovo paradigma della giustizia penale che conserva il dialogo tra individuo e potere punitivo[21]. Si tratterebbe di un modello di giustizia partecipata che, oltre a mettere in moto meccanismi di solidarietà e di senso civico, sia realmente individualizzata sulla base delle caratteristiche del reo e del fatto commesso.

Se si sostituisce la classica dimensione privativa della pena (detentiva o pecuniaria) con l'assunzione responsabile di un impegno da parte del reo, allora la condotta reintegratoria potrebbe conservare i requisiti minimi di una risposta punitiva[22]. Non si tratterebbe pertanto di un'impunità barattata per ragioni di opportunità politica o in vista di qualche risultato eccentrico rispetto agli interessi protetti dalla fattispecie (come ad es. mere esigenze di deflazione processuale), né della concessione di un premio, né tantomeno di una depenalizzazione di fatto, ma di una risposta punitiva a contenuto reintegratorio che, nell'essere specularmente positiva rispetto al comportamento incriminato, riceve legittimazione proprio in vista della salvaguardia degli stessi beni giuridici offesi dal fatto di reato[23]. Se, da un lato, manca sul piano del precetto qualsiasi obbligo di

---

[20] Cfr. A. ALESSANDRI, *Diritto penale*, cit., p. 312; A. DI MARTINO, *La sequenza*, cit., p. 222 ss., spec. p. 226.

[21] Cfr. L. ESUSEBI, *Giustizia conciliativa*, cit., p. 67: l'A. osserva che «l'orientamento al recupero di chi abbia trasgredito la legge, cioè a una rielaborazione critica, confermata da atti *lato sensu* riparatori, della condotta criminosa e a un comportamento futuro rispettoso dei beni tutelati, non risulta più – come invece oggi finisce per accadere – una concessione umanitaria in sé disfunzionale alle esigenze della prevenzione ritenuta migliore (quella che esaspererebbe la dimensione intimidativa e neutralizzativa) ovvero alla linearità della dinamica retributiva [...], bensì come vero e proprio fulcro della strategia preventiva realizzabile nella fase sanzionatoria»; sul punto v. M. ROMANO, *sub Pre-Art. 150*, in M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario*, cit., p. 8; V. VALENTINI, *Improcedibilità, estinzione del reato e non punibilità sopravvenuta. In margine ai "condoni tributari 2003"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1111 ss.

[22] Cfr. F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1930, p. 107, laddove l'A. afferma che «la pena può anche consistere nella imposizione di obblighi anziché nel semplice assoggettamento forzato del reo a certi mali»; nonché L. EUSEBI, *Forme e problemi*, cit., p. 274; G.P. DEMURO, *Diritto penale e risarcimento*, cit., p. 1203 osserva che «con il risarcimento del danno non si risponde ad una lesione (reato) con un'altra lesione (pena detentiva o pecuniaria), ma ad un'attività negativa si replica con un'attività positiva».

[23] Sul necessario confronto tra cause di non punibilità e finalità della pena v. Corte Cost., 31 marzo

tenere la condotta reintegratoria[24], dall'altro lato, è lo stesso meccanismo reintegratorio a ribadire, sia sul piano simbolico sia su quello materiale, la *ratio* di tutela ed il messaggio promozionale e di orientamento contenuto nella fattispecie incriminatrice.

Non sembra, dunque, che si possa parlare di un bilanciamento di interessi eterogenei che possono venire in rilievo nella decisione sulla rinuncia alla pena edittale, perché qui la condotta reintegratoria, nel colorarsi di contenuto punitivo, sembra il tramite idoneo a realizzare sia la tutela del bene giuridico, sia le stesse finalità della pena (secondo la direzione esplicitamente additata dell'art. 35, d.lgs. 274/2000).

Come è stato giustamente rilevato «nella dinamica della punibilità, confluiscono non tanto (o comunque non solo) istanze deflattive tese a perseguire *ex post* l'*extrema ratio* penalistica, quanto più, invece, tentativi, allo stato disomogenei, diretti a plasmare tecniche di tutela del bene giuridico incentrate sulla diffusione e la ottimizzazione di *sanzioni positive*»[25]. Sanzioni pensate in positivo che, nell'integrare «un *controvalore* rispetto all'offesa tipica, [...] risultano *omologhe* alle pene criminali, sia sul versante teleologico che su quello contenutistico»[26]. La sanzione si tradurrebbe in prescrizioni che, nel rafforzare la norma penale e nel promuovere l'adesione (anche a posteriori) a quest'ultima, esigono coattivamente prestazioni utili per l'intera società.

---

1988, n. 369; v. anche Corte Cost., 12 settembre 1995, n. 427; Corte Cost., 24-28 giugno 2004, n. 196. in tema si veda, con G.P. DEMURO, *Diritto penale e risarcimento*, cit., p. 1203; sulle differenze tra giustizia conciliativa e giustizia negoziata v. L. EUSEBI, *Profili della finalità conciliativa*, cit., p. 1122. sul punto v. anche E. MUSCO, *La premialità nel diritto penale*, in *Ind. pen.*, 1986, p. 606; per una lettura critica della premialità T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., p. 398 ss.; ID., *La soave inquisizione*, cit., p. 529 ss.; sulla distinzione tra meccanismi riparativi e «*pseudo-riparativi*», ossia quelli «che della giustizia riparativa hanno solo l'apparenza, costituendo in realtà strumenti di *diritto premiale*» v. C.E. PALIERO, *La mediazione penale*, cit., p. 115 s.; in relazione alle motivazioni di politica criminale legate alla non punibilità cfr. C. RUGA RIVA, *Sanatorie, condoni, «indultino»: forme e limiti costituzionali dell'impunità retroattiva*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, Milano, 2004, p. 191 ss. e 210 ss.

[24] S. PROSDOCIMI, *Profili*, cit., p. 302.

[25] C. PIERGALLINI, *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1660; sul punto cfr. F. BRICOLA, *La riscoperta delle «pene private»*, cit., p. 27 ss.; sulle reciproche sovrapposizioni tra sanzioni negative e sanzioni positive v. N. BOBBIO, *Sulle sanzioni positive*, in *Scritti dedicati ad Alessandro Raselli*, Milano, 1971, vol. I, p. 227 ss.; nonché T. PADOVANI, Lectio brevis *sulla sanzione*, in F.D. BUSNELLI, G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, cit., p. 55 ss.

[26] C. PIERGALLINI, *op. ult. cit.*, p. 1702, il quale aggiunge peraltro che «garantire, subito dopo la violazione e preferibilmente (anche se non indefettibilmente) prima della scoperta dell'autore, un effettivo ristoro del bene leso significa porre in essere una prestazione che coincide con lo scopo dell'incriminazione». È bene precisare che l'A. colloca l'intera riflessione nella prospettiva delle ipotesi di non punibilità sopravvenuta legate al comportamento *post factum* del reo. Cfr. G. Amarelli, *Le ipotesi estintive*, cit., p. 48, il quale rileva che «le fattispecie premiali non appartengono più al *genus* dei benefici e dei premi [...], ma si palesano, più correttamente, come vere e proprie *forme alternative di risposte ordinamentali ad un fatto costituente reato*».

Proprio laddove l'efficienza del sistema di controllo sociale si approssima a zero, i meccanismi reintegratori, in veste di vere e proprie sanzioni, potrebbero dare una risposta costruttiva all'offesa causata dal reato[27].

In ultima analisi, più che un "ponte d'oro" al nemico che fugge, queste forme di condotta reintegratoria appaiono, invece, come un ponte lastricato di onerosi impegni positivi a carico del reo[28]. Impegni che sostituiscono le incisive privazioni improduttive del classico sistema repressivo, senza per questo perdere quell'indispensabile carattere punitivo, senza il quale la pena cesserebbe di esprimere un giudizio di disvalore etico-sociale.

Questo mutamento di paradigma non priva la reazione al reato della sua intrinseca componente sanzionatoria, «sia perché la risposta del diritto ai fatti illeciti, almeno in una prima fase, contrasta i propositi e le scelte di chi abbia agito in senso antigiuridico, sia perché l'affrancamento da una precedente esperienza criminosa può implicare un percorso difficile e anche umanamente impegnativo, con l'assunzione di molteplici oneri»[29].

Uscire dalla categoria, spesso fuorviante, della non-punibilità clemenziale, ogni qual volta vi è una modifica sul piano contenutistico della risposta astrattamente minacciata o inflitta, consente anche di trasmettere un messaggio pubblico diverso. Non si tratterebbe di un messaggio di rinuncia alla potestà punitiva, bensì di un'affermazione esplicativa delle ragioni che rendono necessario un cambiamento della tipologia di risposta al reato. Una risposta che, nel conservare le caratteristiche di una pena, è razionalmente orientata alle finalità tipiche

---

[27] Cfr. T. PADOVANI, *op. ult. cit.*, p. 425; C. PIERGALLINI, *op. ult. cit.*, p. 1659; F. PALAZZO, *Principi fondamentali e opzioni politico criminali nella tutela penale dell'ambiente*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto, II*, Firenze, 1999, p. 545 ss. Pur rilevando che il sempre più frequente ricorso a meccanismi ripristinatori «rappresenta il sintomo e il riconoscimento della scarsa efficacia rivelata dalle sanzioni penali 'classiche', l'A. osserva che le sanzioni ripristinatorie «non sembrano in grado di assumere, e comunque finora non hanno assunto, un ruolo interamente *sostitutivo* della sanzione penale punitiva, secondo una prospettiva futuribile di conversione del diritto penale in un sistema sanzionatorio *sui generis*» (p. 571); V. VALENTINI, *La riforma dei meccanismi premiali in ambito giuslavoristico: profili sostanziali e sistematici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, p. 606.

[28] L'immagine del ponte d'oro al nemico che fugge è, come noto, di F. VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin, 1919, p. 210. In relazione al necessario coinvolgimento attivo del reo in un sistema reintegratorio che, attraverso prescrizioni, «rende la sanzione direttamente espressiva del valore dei beni offesi in concreto (e solo *a contrariis* del disvalore dell'illecito)», in modo da orientarla «al recupero di sensibilità solidaristiche» v. L. ESUSEBI, *Giustizia conciliativa*, cit., p. 70.

[29] L. ESUSEBI, *Giustizia conciliativa*, cit., p. 63 che peraltro prosegue l'argomentazione osservando che «altro è constatare che l'intervento sanzionatorio [...] richiede adempimenti che comportano un sacrificio e s'impone rispetto alla volontà di chi abbia trasgredito la legge in modo, di regola, non indolore, implicando pertanto sofferenza. Altro sarebbe ritenere, in conformità a quanto il carattere apodittico delle definizioni retribuzionistiche ha potuto lasciar intendere (con riflessi pratici evidenti), che la pena sia chiamata, semplicemente, a costituire una sofferenza».

della sanzione penale. Ad eccezione di un novero limitato di casi, l'effetto della risposta sanzionatoria non può essere quello di estromettere il condannato dal consorzio sociale per un (più o meno lungo) periodo di tempo. L'effetto può e deve essere orientato verso la reintegrazione sociale del condannato e la reintegrazione materiale e simbolica degli interessi lesi. Ed è proprio tale modello positivo di impegno reintegratorio che sembra costituire il nucleo essenziale di razionalità della pena prescrittiva. Tanto più se inserito direttamente nella comminatoria edittale, il modello prescrittivo-reintegratorio non interrompe la sequenza reato-pena, ma gli restituisce un significato non solo compatibile ma teleologicamente orientato e più funzionale a realizzare gli scopi della giustizia penale.

Il modello prescrittivo-reintegratorio non può essere presentato come un'abdicazione dal potere punitivo: e ciò non solo perché non lo è nei fatti, ma soprattutto perché quest'ultimo finisce per rafforzare un modello negativo di risposta al reato, che è pensato "per sottrazione", anziché un modello positivo costruito sulla ricostruzione attiva da parte di chi ha leso l'interesse penalmente tutelato.

Accanto al risarcimento del danno e all'eliminazione delle conseguenze dannose e pericolose, il vero e proprio punto di riferimento all'interno della costellazione dei meccanismi reintegratori è costituito dall'assunzione da parte del reo di un impegno positivo a favore delle vittime o della collettività. Tale attività può presentarsi come la tipologia di condotta reintegratoria più idonea a fondare un modello autonomo di risposta punitiva [30]. E ciò perché, come si è più volte cercato di mettere in luce, se il solo risarcimento del danno non può dirsi "pena" in ragione della sua natura esclusivamente patrimoniale e della sua struttura risarcitoria, il lavoro di pubblica utilità, variamente combinato con le altre forme di condotta reintegratoria (risarcimento ed eliminazione delle conseguenze dannose e pericolose), può confrontarsi con il dibattito sulle finalità della pena meglio di quanto non facciano le classiche risposte punitive (pena detentiva e pecuniaria) [31].

Tali tipologie di condotta reintegratoria potrebbero essere affiancate da prescrizioni caratterizzate da una vocazione più strettamente risocializzativa come l'obbligo di frequentare attività formative o professionali oppure l'obbligo di sottoporsi ad un percorso trattamentale.

Qualora il modello prescrittivo-reintegratorio assumesse valenza autonoma

---

[30] Cfr. C. ROXIN, *Risarcimento del danno*, cit., p. 21; A. MANNA, *Il risarcimento del danno*, cit., p. 597; G.P. DEMURO, *Diritto penale e risarcimento*, cit., p. 1203.

[31] Cfr. M. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., p. 249, il quale osserva che «la sanzione civile, naturalmente, può giungere a *sostituire del tutto* quella penale [...], ma non ogni sua «funzione» [...], né può [...] costituire un 'modello' per la pena, neppure per alcune tipologie di sanzioni «penali» (es. sostitutive di sanzioni più deterrenti)»; sul punto v. anche M. ROMANO, *Risarcimento del danno* cit., p. 875 ss., il quale utilizza in questo caso la locuzione «struttura reintegratoria».

all'interno della comminatoria edittale, senza più essere agganciato al *quantum* di pena detentiva minacciata o inflitta, il messaggio diffuso sarebbe affatto diverso: non vi sarebbe più una percezione di mancata corrispondenza tra forme di risposta al reato (principale-alternativa), ma il disvalore astratto e la gravità concreta del fatto di reato troverebbero nella pena prescrittiva-reintegratoria un corrispondente reale ed effettivo. Non vi sarebbe più il baratto tra pena minacciata (e astrattamente applicata) e fuorviante non-punibilità in concreto: e ciò perché all'interno della moderna categoria della non-punibilità è custodita quella che potrebbe essere considerata la categoria più moderna della punibilità o, più precisamente, il nucleo della nuova razionalità punitiva additata dal modello prescrittivo-reintegratorio.

## 3. *Dal lavoro come surplus afflittivo ...*

I rapporti tra attività lavorativa e pena sono estremamente complessi e delicati.

Come elemento autonomo o complementare della risposta punitiva, il lavoro ha assunto, nel corso del tempo, forme e significati molto diversi. Già nella Roma antica, il condannato poteva svolgere un'attività lavorativa a favore della collettività per evitare una pena più severa[32]. Nella prassi sanzionatoria della Germania medievale, in coincidenza con il consolidamento di entità collettive comunali, erano presenti varie forme di lavoro di pubblica utilità[33]. La *Constitutio Criminalis Carolina* del 1532 conteneva una pena denominata *"opus publicum"*, che costituiva una risposta repressiva a fatti di reato lievi. Forme simili si ritrovano anche nell'Inghilterra elisabettiana, sulle "galere" della Repubblica di Venezia, nella Svizzera del XVII secolo e, infine, nella Prussia del XVIII secolo[34].

---

[32] M. KILLIAS, A. KUHN, N. DONGOIS, M.F. AEBI, *Précis de droit pénal général*, Bern, 2008, p. 40; D. BODDE, C. MORRIS, *Law in Imperial China*, Cambridge, 1967, p. 79. Allargando la prospettiva ad un contesto più ampio, i lavori forzati svolgevano un ruolo indispensabile anche nella Cina imperiale.

[33] H. VON HENTING, *Die Strafe, die modernen Erscheinungsformen*, Vol. 2, Heidelberg, 1955, p. 408 cita la possibilità offerta ai detenuti ed ai condannati a una pena pecuniaria di sostituire queste sanzioni con lavori come la costruzione di mura protettive per la città o la pulizia dei canali; E. OSENBRÜGGEN, *Das Alemannische Strafrecht im deutschen Mittelalter*, Schaffausen, 1860, p. 97 fa riferimento alla prassi punitiva della città di Ausburg.

[34] Cfr. PFOHL, *Gemeinnützige Arbeit als strafrechtliche Sanktion*, Berlin, 1983, *passim*.; in un quadro più ampio cfr. H.H. JESCHECK, *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in rechtsvergleichender Darstellung*, in H.H. JESCHECK (a cura di), *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht*, Vol. 3, Baden-Baden, 1984, p. 1937 ss.; in prospettiva storica v. G. FUMASOLI, *Ursprünge und Anfänge der Schellenwerke. Ein Beitrag zur Frühgeschichte des Zuchthauswesens*, Zurich, 1981, p. 58; i condannati erano denominati *Schellenwerke* in ragione delle campane (*Schellen*) che dovevano portare al collo come simbolo di disonore.

Queste tipologie sanzionatorie non consistevano in altro che lavoro forzato, la cui esecuzione era accompagnata, nella gran parte dei casi, dalla perdita (più o meno completa) della libertà.

Oltre a rappresentare una forma sanzionatoria autonoma, il lavoro forzato costituiva altresì un elemento di afflizione ulteriore all'interno del sistema penitenziario. Uno strumento punitivo che, nel presentarsi come particolarmente funzionale all'etica del nascente sistema capitalistico, risultava altresì idoneo ad "educare" il comportamento sociale dei condannati ai valori di riferimento di quel modello economico [35].

Nella "crociata contro le pene detentive di breve durata" condotta a partire dalla fine del XIX secolo, il lavoro forzato viene indicato, al posto della pena detentiva, come strumento di conversione delle pene pecuniarie non eseguite per insolvibilità del condannato. Peraltro, si osservava in termini generali che, se si fosse conservato il potenziale "migliorativo" e virtuoso del lavoro forzato, si sarebbe potuto rinunciare alla privazione della libertà; si sarebbe potuto, in altri termini, conservare il nucleo positivo ed eliminare l'inutile "guscio" della detenzione [36].

Dopo essere stata oggetto del dibattito politico criminale tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo, la prestazione di un'attività lavorativa a favore della collettività entra nella legislazione di molti Paesi dell'Europa occidentale. In Italia il codice Zanardelli (1889) prevedeva la prestazione di attività lavorativa per lo Stato, le Province e i Comuni [37] sia come sanzione sussidiaria a carattere non detentivo, sia come strumento di conversione delle pene pecuniarie non pagate [38]. Pochi anni più tardi, la prestazione di attività lavorativa, come sanzione sostitutiva in caso di pena pecuniaria non eseguita, trova accoglimento prima in Norvegia nel 1902 e successivamente, pur rimanendo pressoché inapplicata, nel codice penale tedesco del 1924 (*Reichsstrafgesetzbuch*) [39].

---

[35] T.J. SELLIN, *Slavery and the penal system*, New York, 1976.

[36] F. VON LISZT, *Strafrechtliche*, cit., p. 368 ss. «Tenendo fermo che ciò che conferisce alla pena detentiva un effetto migliorativo e virtuoso è il lavoro forzato, nasce così il problema, se non sia possibile mantenere il lavoro forzato, ma rinunciare alla reclusione, di mantenere il nocciolo e di buttare via il guscio».

[37] Cfr. J. BOSCH, *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in Italien*, in H.H. JESCHECK (a cura di), *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht*, Vol. 1, Baden-Baden, 1984, p. 328 ss.; T. PADOVANI, *L'utopia*, cit., *passim*; V. GREVI (a cura di), *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, Bologna, 1982; G. GRASSO, *La riforma del sistema sanzionatorio: le nuove pene sostitutive della detenzione di breve durata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 1411 ss.

[38] Cfr. T. PADOVANI, *L'utopia*, cit., p. 108 ss.; S. MOCCIA, *Ideologie e diritto nel sistema sanzionatorio del codice Zanardelli*, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova, 1999, p. 573.

[39] Sul punto v. M. PFOHL, *Entwicklung und Perspektiven der gemeinnützigen Arbeit als strafrechtliche Sanktion*, in *Bewährungshilfe*, 1985, p. 110 ss.; F. SPEIS, *Gemeinnützige Arbeit als selbständige Hauptstrafe im Erwachsenenstrafrecht*, Hamburg, 2008, p. 14 ss.

All'interno del quadro storico così sommariamente tratteggiato, si inserisce e si sviluppa l'idea che una valida alternativa alla pena detentiva possa essere rappresentata dalla prestazione di un'attività a favore della collettività. Un'attività che, in conformità al divieto sancito dall'art. 4 della CEDU, non è più forzata, ma volontariamente assunta dal reo. Il lavoro di pubblica utilità è così divenuto una forma di sanzione riconosciuta e accettata in molti Paesi.

La concezione moderna del lavoro di pubblica utilità, dopo il *Wooton Report* del 1970 sulle misure non detentive e semi-detentive [40], trova la sua prima vera e propria applicazione, come tipologia sanzionatoria autonoma, in Inghilterra e nel Galles a seguito dell'entrata in vigore del *Criminal Justice Act* del 1972. Tra la fine degli anni Settanta e l'inizio degli anni Ottanta il lavoro di pubblica utilità, sia come pena principale sia come sanzione sostitutiva, è stato introdotto in Canada, Australia e Stati Uniti, nonché in gran parte dei Paesi europei [41]. In Francia, nel 1983, viene introdotto, come pena principale, "*le travail d'intérêt général*" [42]. Nello stesso anno la Norvegia avvia un progetto pilota, mentre in Olanda viene conclusa la fase sperimentale e il lavoro di pubblica utilità entra ufficialmente a far parte del catalogo delle pene principali [43].

Senza poter qui ricostruire la disciplina di dettaglio prevista nei singoli Paesi nei quali ha vissuto un processo di progressivo potenziamento [44], ci si limita a rilevare che il lavoro di pubblica utilità può essere inteso come una sanzione che, essendo perlopiù estranea all'universo della giustizia riparativa, non presuppone un incontro consensuale tra vittima e reo, né tanto meno l'adozione di

---

[40] *Non-custodial and semi-custodial penalties. Report of the Advisory Council on the Penal System.* HMSO, London, 1970.

[41] Cfr. H.-J. ALBRECHT, A. VAN KALMTHOUT (a cura di), *Community sanctions and Measures in Europe and North America*, Freiburg, 2002; M. PFOHL, *Entwicklung*, cit., p. 122; P.J.P. TAK, *Community Sevice Orders in Western Europe, A Compartive Survey*, in H.-J. ALBRECHT, W. SCHÄDLER (a cura di), *Community Service, Gemeinnützige Arbeit, Dienstverlening, Travail D'Interet General, a new option in punishing offenders in Europe*, Freiburg, 1986; H. CORNEL, *Gemeinnützige Arbeit Abwendung der Vollstreckung con Ersatzfreiheitsstrafen und als selbständige Sanktion*, in W. PRITTWITZ, M. BAURMANN, K. GÜNTHER (a cura di), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden Baden, 2002, p. 821 ss.

[42] Cfr. S. PORTELLI, *Les alternatives à la prison*, in *Pouvoirs*, 135, 2010, § 15 ss.; J. PRADEL, *Droit pénal général*, Paris, 2010, p. 492 s.; S. MÜLLER, *Sanktionen und Strafauswahl in Frankreich*, Freiburg, 2003, p. 267 ss.

[43] Cfr. F. SPEIS, *Gemeinnützige Arbeit*, p. 76 ss.

[44] In Svizzera costituisce una pena principale a seguito della riforma del codice penale entrata in vigore il 1° gennaio 2007 artt. 37 ss. v. sul punto B.F. BRÄGGER, sub *Art.38-40*, in M.A. NIGGLI, H. WIPRÄCHTIGER (a cura di), *Strafrecht I, Art. 1-110 StGB, Jugendstrafgesetz, Basler Kommentar*, Basel, 2007, p. 695 ss.; come pena principale in Spagna, il lavoro di pubblica utilità è stato potenziato, sia in relazione al numero di fattispecie incriminatrici per le quali è ora previsto, sia per il recepimento diretto da parte del codice penale della normativa sul suo svolgimento, attraverso la riforma attuata dalla Ley 15/2003; sul punto v. V. MAGRO SERVET, *La ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, in *Las penas y sus alternativas*, Madrid, 2005, p. 13 ss.

una procedura alternativa rispetto alla ordinaria celebrazione del processo penale. Il suo ambito di applicazione può, dunque, essere esteso anche alle fattispecie di reato "senza vittima".

Prestare un'attività non retribuita in favore della comunità significa, infatti, adoperarsi per riparare, anche dal punto di vista simbolico, l'offesa causata dal reato [45].

Le possibilità di prestare un'attività non retribuita a favore della collettività sono numerose: ospedali, case di cura, riparazione e pulizia di opere pubbliche sono solo alcuni esempi. In un contesto nel quale le risorse pubbliche e l'intervento dello Stato sociale sono in costante diminuzione, il lavoro di pubblica utilità costituisce una preziosa risorsa non solo per il condannato, ma anche per la collettività. Se da un lato l'attività lavorativa offre un apporto costruttivo al "bene comune", perché implica un contributo positivo del condannato, dall'altro lato, il lavoro di pubblica utilità svolge un'utile opera di reinserimento sociale. E ciò perché il condannato non diventa un mero oggetto della macchina repressiva, come avviene nel caso della pena detentiva, ma soggetto attivo di uno sforzo in grado di incidere e valorizzare le sue competenze e carico di una valenza reintegratrice, rieducativa e solidaristica. Il lavoro non è, infatti, solo il collante della convivenza civile, ma può essere anche lo strumento in grado di colmare fratture e tensioni sociali generate dalla commissione di un reato.

## 4. (Segue) *... al lavoro di pubblica utilità come risposta prescrittiva-reintegratoria*

Il crescente rilievo attribuito al lavoro di pubblica utilità nel sistema punitivo vigente è riconducibile, sia pure solo parzialmente, a un importante mutamento culturale sui rapporti tra pena e lavoro.

In una diversa prospettiva, che tuttavia si intreccia con il ruolo attribuito al lavoro socialmente utile, si colloca il lavoro penitenziario, il cui ruolo nel sistema penale italiano ha subito una serie di importanti trasfigurazioni.

Per limitarci a quelle più recenti, vale la pena rilevare che è la stessa concezione del lavoro penitenziario a risultare sovvertita: da ulteriore elemento di afflizione, come era originariamente concepito dal legislatore del 1930, il lavoro è divenuto nel sistema attuale, a partire dalla riforma penitenziaria operata dalla legge 26 luglio 1975, n. 354, una componente fondamentale del trattamento pe-

---

[45] Cfr. in tal senso anche l'art. 84, comma 3, c.p. spagnolo, in tema di prescrizioni connesse alla sospensione condizionale della pena, conferma il carattere simbolicamente reintegratorio del lavoro di pubblica utilità; cfr. L. WALGRAVE, *Community service as a cornerstone of a system ristorative response to (juvenile) crime*, in G. BAZEMORE, L. WALGRAVE (a cura di), *Restorative Justice for Juvenile. Repairing the Harm by Youth Crime*, Monsey, 1999, p. 139.

nitenziario. Di più: una risorsa imprescindibile, anche se purtroppo fatalmente scarsa, per perseguire la finalità risocializzativa della pena [46].

In questa direzione si è posta, più recentemente, anche la riforma del lavoro all'esterno di cui all'art. 21 o.p. L'art. 2, comma 1, lett. *a* del d.l. 1 luglio 2013, n. 78 (conv. con mod. in legge 9 agosto 2013, n. 94) ha infatti introdotto il nuovo comma 4-*ter*, nell'intento di favorire lo svolgimento di attività lavorative da parte dei condannati, il quale stabilisce che questi ultimi «possono essere assegnati a prestare la propria attività a titolo volontario e gratuito» sia «nell'esecuzione di progetti di pubblica utilità», sia «a sostegno delle famiglie delle vittime dei reati da loro commessi» [47].

A fronte di questo importante cambiamento culturale, la strutturale carenza di lavoro all'interno degli istituti di pena ha trasformato, nei fatti, un aspetto fondamentale del trattamento rieducativo in deleterio ozio forzato: questo sì vero surplus di afflizione della privazione di libertà.

Secondo i dati del Ministero di giustizia, i detenuti lavoranti al 30 giugno 2014 sono il 24% del totale, l'83% dei quali svolge attività scarsamente qualificanti alle dipendenze dell'Amministrazione penitenziaria.

Ma torniamo al lavoro di pubblica utilità.

Apparso per la prima volta nel nostro ordinamento come strumento di conversione delle pene pecuniarie non eseguite per insolvibilità del condannato (artt. 102 e 105, legge 24 novembre 1981, n. 689) [48], il lavoro di pubblica utilità ha vissuto negli ultimi anni un sensibile potenziamento. Durante i lavori della commissione Grosso, come già messo in rilievo, si ipotizzava l'introduzione del lavoro di pubblica utilità in veste di pena sostitutiva o di obbligo accessorio connesso alla sospensione condizionale; nel progetto più recentemente elaborato dalla commissione Pisapia si prevedeva espressamente la prestazione volontaria di attività non retribuita in favore della collettività tra le pene prescrittive (art. 29) [49].

---

[46] V., per tutti, M. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 409.

[47] Sul punto v. B. GIORS, *Il lavoro all'esterno e gli incentivi volti a favorire l'attività lavorativa dei detenuti*, in F. CAPRIOLI, L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, 2015, p. 143 ss.

[48] Modifica introdotta a seguito della pronuncia di illegittimità costituzionale (Corte Cost., 16 novembre 1979, n. 131) del meccanismo di conversione delle pene pecuniarie non eseguite in pena detentiva che era previsto dall'art. 136 c.p. «non soltanto per la posizione preminente ivi assicurata alla libertà personale, compresa tra quei diritti inviolabili dell'uomo che la Repubblica riconosce e garantisce, restandone così esclusa ogni possibilità di monetizzazione, ma anche perché lo stato di insolvibilità, comunque motivato e normalmente incolpevole, dal quale, nella fattispecie considerata, si fa derivare la privazione della libertà personale, denuncia la persistenza di ostacoli di ordine economico e sociale al conseguimento della uguaglianza – nel caso, di fronte alla legge penale –; ostacoli che però, lungi dal suggerire l'adozione di misure atte al loro superamento, vengono assunti a causa esclusiva dell'innegabile aggravamento della sanzione penale inflitta».

[49] *Commissione Pisapia – per la riforma del codice penale (27 luglio 2006) – Relazione*, in *www.giustizia.it; Schema di disegno di legge recante delega legislativa al Governo della Repubblica*

In costante aumento è il numero di ipotesi in cui è stato previsto il lavoro di pubblica utilità: da pena principale nella giurisdizione del Giudice di pace[50] (art. 54, d.lgs. 274/2000) a sanzione sostitutiva in materia di stupefacenti per fatti di lieve entità[51] e di circolazione stradale (art. 73, comma 5-*bis*, D.P.R. 309/1990; artt. 186, comma 9-*bis* e 187, comma 8-*bis*, d.lgs. 285/1992 in caso di guida sotto l'effetto di alcool o sostanze stupefacenti, salvo che sia stato provocato un incidente); da prescrizione alla quale può essere subordinata la sospensione condizionale della pena (artt. 165 e 635, comma 3, c.p.) a sanzione accessoria (art. 1, d.l. 26 aprile 1993, n. 122 e art. 224-*bis*, d.lgs. 285/1992).

Il lavoro di pubblica utilità costituisce una forma di condotta reintegratoria che, sotto etichette differenti, cerca di riempire il sistema sanzionatorio di contenuti positivi. E ciò in un duplice senso: la prestazione di un'attività socialmente utile ha, da un lato, un effetto responsabilizzante e risocializzativo nei confronti del reo e, dall'altro lato, è in grado di dare effettività alla risposta punitiva.

Ferma la necessità di non pregiudicare le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute dell'imputato, le quali verrebbero tuttavia compromesse in modo molto più intenso attraverso forme diverse di privazione o limitazione della libertà personale, l'attività gratuità da svolgere a favore della collettività può essere individuata tenendo conto delle specifiche professionalità e attitudini lavorative dell'imputato. La prestazione di utilità sociale viene svolta presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni, le aziende sanitarie o presso enti o organizzazioni, anche internazionali, che operano in Italia, di assistenza sociale, sanitaria e di volontariato.

Sebbene la scelta di condizionare il lavoro di pubblica utilità al consenso del reo sia in linea con il divieto di lavoro forzato o obbligatorio sancito dall'art. 4

---

*per l'emanazione della parte generale di un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1570 ss.

[50] Sul punto v. D. BRUNELLI, *Il congedo della pena detentiva nel microsistema integrato del diritto penale "mite"*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace, un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, 2001, p. 401 ss.; I. LEONCINI, *L'obbligo di permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace, un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, 2001, p. 441 ss.

[51] Sul punto v. Cass., 27 giugno 2008, n. 34620, in *www.iusexplorer.it*, la quale ha affermato che «In tema di reati concernenti gli stupefacenti, per procedere all'applicazione della sanzione del lavoro di pubblica utilità di cui all'art. 73, comma quinto bis, D.P.R. n. 309 del 1990, in luogo della pena detentiva è necessario si verifichino contestualmente quattro condizioni e cioè: a) che l'interessato sia tossicodipendente o comunque assuntore di stupefacenti; b) che sia intervenuta sentenza di condanna o di patteggiamento la quale abbia riconosciuto l'attenuante del fatto di lieve entità; c) che l'imputato abbia espressamente richiesto, eventualmente anche in via subordinata ma comunque prima della sentenza, la sostituzione delle pene irrogate con quella del lavoro di pubblica utilità; d) che non ricorrano le condizioni per la concessione della sospensione condizionale della pena»; sul punto v. G. AMATO, *La sostituzione della pena con il lavoro di pubblica utilità alla prova della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 325 ss.

CEDU e costituisca un valido presupposto per rendere effettiva tale risposta punitiva[52], non sfugge una latente ipocrisia del legislatore. Da un lato, infatti, il lavoro di pubblica utilità, per le modalità in base alle quali è configurato, sembra difficilmente assimilabile al lavoro forzato o obbligatorio vietato dalla CEDU. Dall'altro lato, occorre rilevare che, ove l'alternativa sia rappresentata dalla pena detentiva[53], la libertà del consenso dell'imputato a svolgere un'attività a favore della collettività ne esce quanto meno indebolita. Certo è che la collaborazione del reo risulta indispensabile sia per il rispetto della sua dignità personale, sia per la stessa operatività di questa sanzione positiva a contenuto reintegratorio; ciò non di meno la prospettiva di perdere completamente la libertà rende quel consenso pressoché automatico. In tal senso, il recente impiego (v. art. 165 c.p. e artt. 186 e 187, d.lgs. n. 285/1992) della formula «se il condannato non si oppone» appare più opportuna rispetto a quella utilizzata nell'art. 54, d.lgs. 274/2000 «solo su richiesta dell'imputato». E ciò non tanto perché la decisione di subordinare la prestazione di pubblica utilità alla mancata opposizione del reo appare più vicina al reale spessore del consenso richiesto, ma perché condizionare l'attività a favore della collettività alla richiesta del condannato rischierebbe di precludere al giudice l'utilizzo di tale sanzione, quando l'istanza non sia stata presentata per disinformazione o a causa di assistenza legale inadeguata[54]. A conferma del delicato rapporto che, in questi casi, esiste tra obbligatorietà e volontarietà vi è altresì la significativa previsione del lavoro di pubblica utilità come contenuto obbligatorio nella sospensione del procedimento con messa alla prova di cui all'art. 168-*bis* c.p. Una prestazione obbligatoria che, in caso di rifiuto, determina l'immediata revoca del nuovo strumento di *probation* (art. 168-*quater* c.p.). A questa vincolatività fa da contraltare una disciplina che attribuisce, al pari dell'art. 54, d.lgs. 274/2000, l'iniziativa per l'accesso alla messa alla prova al solo imputato, la cui volontarietà può essere verificata in concreto dal giudice (art. 464-*quater*, comma 2, c.p.p.).

Per quanto riguarda le modalità di esecuzione, l'art. 1 del Decreto del Ministero della Giustizia 26 marzo 2001, n. 41391 individua un catalogo piuttosto variegato di attività socialmente utili: a) prestazioni di lavoro a favore di organizzazioni di assistenza sociale o volontariato operanti, in particolare, nei confronti di tossicodipendenti, persone affette da infezione da HIV, portatori di handicap, malati, anziani, minori, ex-detenuti o extracomunitari; b) prestazioni

---

[52] F. GIUNTA, *Le sanzioni*, cit., p. 411.

[53] Lo è non solo nei casi in cui il lavoro di pubblica utilità è previsto come sanzione sostitutiva, ma anche quando costituisce l'obbligo al quale è condizionata la concessione della sospensione condizionale.

[54] F. COZZI, A. TRINCI, *La sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità per i reati di guida in stato di ebbrezza o di intossicazione da sostanze stupefacenti*, in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 4; D. POTETTI, *L'attività non retribuita*, cit., p. 997.

di lavoro per finalità di protezione civile, anche mediante soccorso alla popolazione in caso di calamità naturali, di tutela del patrimonio ambientale e culturale, ivi compresa la collaborazione ad opere di prevenzione incendi, di salvaguardia del patrimonio boschivo e forestale o di particolari produzioni agricole, di recupero del demanio marittimo e di custodia di musei, gallerie o pinacoteche; c) prestazioni di lavoro in opere di tutela della flora e della fauna e di prevenzione del randagismo degli animali; d) prestazioni di lavoro nella manutenzione e nel decoro di ospedali e case di cura o di beni del demanio e del patrimonio pubblico ivi compresi giardini, ville e parchi, con esclusione di immobili utilizzati dalle Forze armate o dalle Forze di polizia; e) altre prestazioni di lavoro di pubblica utilità pertinenti la specifica professionalità del condannato.

A ciò si aggiunga che il d.lgs. 285/1992 ha previsto che l'attività socialmente utile debba essere svolta, «in via prioritaria, nel campo della sicurezza e dell'educazione stradale presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni o presso enti o organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato, o presso i centri specializzati di lotta alle dipendenze» (art. 186, comma 9-*bis*), oppure possa consistere «nella partecipazione ad un programma terapeutico e socio-riabilitativo del soggetto tossicodipendente» (art. 187, comma 8).

Per quanto concerne la durata del lavoro, l'art. 54, d.lgs. 274/2000 stabilisce che quest'ultimo non può essere inferiore a dieci giorni né superiore a sei mesi[55]. Per effetto del richiamo dell'art. 54 operato dall'art. 18-*bis* disp. att. c.p. e di una lettura sistematica il limite massimo di durata della prestazione in favore della collettività deve essere considerato applicabile anche nel caso di sospensione condizionale della pena. Indipendentemente dall'entità della pena sospesa, il lavoro socialmente utile, al quale viene subordinata la concessione del beneficio, non potrà quindi mai superare il limite di sei mesi[56]. In deroga a questa

---

[55] L'attività comporta la prestazione di non più di sei ore di lavoro settimanale da svolgere con modalità e tempi che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute del condannato. Il quarto comma dell'art. 54 precisa, poi, che la durata giornaliera della prestazione non può comunque oltrepassare le otto ore, mentre il quinto comma precisa che, ai fini del computo della pena, un giorno di lavoro di pubblica utilità consiste nella prestazione, anche non continuativa, di due ore di lavoro.

[56] Cfr. G.L. GATTA, sub *Art. 165*, cit., p. 2297, il quale osserva che «La commisurazione della pena e quella della durata dell'obbligo lavorativo ex art. 165 co. 1 costituiscono operazioni distinte ed autonome»; in tal senso Cass., 16 giugno 2009, in *www.iusexplorer.it*, secondo la quale «La prestazione di attività non retribuita a favore della collettività, cui può essere subordinata in mancanza di opposizione del condannato la sospensione condizionale della pena, ha una durata massima di sei mesi (ventisei settimane) e deve essere svolta prestando sei ore di lavoro settimanali e, quindi, per una durata complessiva non superiore alle centocinquantasei ore, salvo che il condannato chieda lo svolgimento della prestazione per una durata giornaliera superiore, che non può comunque eccedere le otto ore, in modo da abbreviarne i tempi di esecuzione. (In motivazione, la S.C. ha affermato che la prestazione di attività non retribuita a favore della collettività prevista dall'art. 165, comma 1, c.p. ha una durata definita a settimane e a mesi secondo il calendario co-

disciplina, sia gli artt. 186 e 187, d.lgs. 285/1992, sia l'art. 73, comma 5-*bis*, D.P.R. 309/1990 stabiliscono che il lavoro di pubblica utilità ha una durata corrispondente a quella della sanzione detentiva irrogata o della pena pecuniaria convertita (250 euro equivalgono a un giorno di lavoro).

Al di là dei più o meno complessi dubbi interpretativi che possono sorgere dalla disciplina del lavoro di pubblica utilità[57], il vero punto dolente di tale risposta punitiva a contenuto reintegratorio era rappresentato dalle difficoltà di attuazione[58]. Fin dalla sua introduzione il lavoro socialmente utile è stato condannato al fallimento; «un fallimento annunciato»[59] di una «sanzione 'natamorta'»[60] più per la mancata predisposizione di strumenti attuativi che in ragione dei limiti effettivi alla possibilità di rendere operativa una risposta sanzionatoria che, come dimostra l'esperienza di altri Paesi europei[61], può trovare largo impiego.

Non è stato così in Italia, dove il lavoro di pubblica utilità è stato utilizzato, nel 1999, nello «0,13% dei casi di conversione» della pena pecuniaria non eseguita[62] e, a partire dal 2003, in solo quattro casi come pena principale nella giurisdizione del Giudice di pace.

Sebbene l'art. 2 del Decreto del Ministero della Giustizia 26 marzo 2001, n. 41391 avesse stabilito che «L'attività non retribuita in favore della collettività è svolta sulla base di convenzioni da stipulare con il Ministero della giustizia o, su delega di quest'ultimo, con il Presidente del tribunale nell'ambito e a favore delle strutture esistenti in seno alle amministrazioni, agli enti o alle organizzazioni indicati nell'art. 1, comma 1» del medesimo decreto, il numero di convenzioni stipulate al 30 novembre 2005 risultava ancora troppo scarso ed estremamente disomogeneo a seconda dell'area geografica[63].

Dinanzi a questo iniziale vuoto di effettività, si è registrato un progressivo aumento di segnale positivi.

Già nel 2011 i dati del Ministero della giustizia registravano 830 persone as-

---

mune, fermo restando che, a richiesta del condannato, può essere esaurita con modalità concentrate in un intervallo temporale effettivo diverso)».

[57] Ad es. v. F. COZZI, A. TRINCI, *La sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità*, cit., p. 10 ss. in relazione al problema dell'immediata esecutività del lavoro socialmente utile.

[58] Cfr. C.E. PALIERO, *Il lavoro libero nella prassi sanzionatoria italiana: cronaca di un fallimento annunciato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 116 ss.; F. MANTOVANI, *Sanzioni alternative*, cit., p. 90; E. DOLCINI, *Lavoro libero e controllo sociale: profili comparatistici e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 479 ss.

[59] C.E. PALIERO, *Il lavoro libero*, cit., p. 116 ss.

[60] C.E. PALIERO, *Metodologie*, cit., p. 536.

[61] E. DOLCINI, *La pena in Italia, oggi*, cit., p. 1103.

[62] E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, p. 1101 ss.

[63] G. Gatta, *L'obbligo del lavoro*, cit., p. 331 s.

segnate al lavoro di pubblica utilità [64]. Al 31 maggio del 2017, le persone che stanno svolgendo un'attività lavorativa gratuita a favore della collettività sono poco più di 17 mila: accanto ai 429 casi (probabilmente) di applicazione nell'ambito della giurisdizione del giudice di pace (o di soggetti che hanno beneficiato della sospensione condizionale), vi sono 6.708 persone sottoposte a tale sanzione sostitutiva prevista dal Codice della strada e 9.891 persone nei confronti delle quali è stato applicato come contenuto obbligatorio della sospensione del processo con messa alla prova.

A ciò si aggiunga che il Tribunale di Milano, a fronte della scommessa fatta dal legislatore di introdurre nuove ipotesi nelle quali è previsto il lavoro socialmente utile, ha ampliato in maniera consistente la platea di enti pubblici e associazioni private presso le quali è possibile svolgere un'attività non retribuita a favore della collettività. Se fino al 2011 era stata stipulata una solo convenzione, a febbraio del 2012 queste sono divenute 14 [65]. Nel 2016 le convenzioni ufficialmente stipulate tra enti privati e Tribunale di Milano sono 119. Si tratta di un dato che riguarda esclusivamente la sanzione sostitutiva prevista dal Codice della strada, al quale bisogna aggiungere l'ampio catalogo di enti che, ancora informalmente, hanno offerto la propria disponibilità in relazione al lavoro di pubblica utilità come contenuto obbligatorio del nuovo istituto di *probation* di cui all'art. 168-*bis* c.p.

## 5. *Il modello prescrittivo-reintegratorio*

Se si ricompongono i percorsi di indagine finora tracciati, sembrano esservi le premesse indispensabili per dare finalmente spazio a una risposta punitiva di contenuto prescrittivo-reintegratorio al cui centro sia collocata l'imposizione (se il condannato non si oppone) di un impegno attivo a favore della collettività.

Del resto, il ricorso a un modello di pena prescrittiva-reintegratoria è stato coltivato anche dai numerosi progetti di riforma del codice penale. La varietà di obblighi che possono essere compresi all'interno di tale modello di pena è estremamente ampia ed eterogenea: vi fanno parte prescrizioni di carattere reintegratorio e trattamentale.

Oltre a quanto previsto, come già messo in rilievo, dal progetto Grosso in tema di lavoro di pubblica utilità come pena sostitutiva o di obbligo connesso alla sospensione condizionale, il catalogo di pene prescrittive previste dal progetto Nordio comprendeva sia il lavoro di pubblica utilità, sia l'affidamento in prova con prescrizioni.

---

[64] MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *Misure di sicurezza e sanzioni sostitutive – Dati complessivi – Anno 2011.*

[65] Cfr. A. INGRASSIA, *Lavoro di pubblica utilità: una prima significativa svolta nella prassi milanese*, in *Dir. pen. cont.*, 2 febbraio 2012; l'elenco è reperibile su *www.tribunale.milano.it.*

Ancora più interessante a tal riguardo è la Relazione della Commissione Pisapia, secondo la quale «le pene prescrittive [...] rappresentano un importante strumento per delineare percorsi comportamentali conformi alle esigenze di salvaguardia dei beni fondamentali e per favorire condotte riparative o conciliative (anche attraverso il lavoro in favore della comunità, la messa alla prova o procedure di mediazione). Tali pene, anche in quanto non ne è prevista la sospensione condizionale, possono essere uno strumento fondamentale per evitare quel senso di impunità, conseguente alla non effettività della pena, che è spesso il presupposto della recidiva». A tal riguardo l'art. 29 del progetto Pisapia prevedeva un lungo catalogo di pene prescrittive, tra le quali rientravano, oltre al lavoro di pubblica utilità, anche l'obbligo di ripristino, di bonifica e di messa in sicurezza dei luoghi.

E allora si potrebbe suggerire l'adozione, in termini generali, di un modello di pena prescrittiva-reintegratoria come *prima ratio*, dinanzi alla cui eventuale inottemperanza possano subentrare, sul modello fatto proprio dal diritto penale dell'ambiente, forme via via crescenti di limitazione della libertà (detenzione domiciliare e pena detentiva frazionate anche solo su parti della giornata) come effettiva *extrema ratio* qualora la condotta reintegratoria non venga effettivamente ottemperata dal condannato.

Più che segnare il venir meno di ogni scopo della pena, il modello di pena prescrittiva a contenuto reintegratorio può rappresentare a sua volta uno scopo che non si può certo definire estraneo all'obiettivo ultimo del diritto penale [66].

La condotta reintegratoria, nel recuperare un estremo tentativo di tutela dell'interesse leso, non sembra neppure determinare l'abbandono della funzione punitiva [67] propria del diritto penale, ma semmai possiede un orientamento teleologico verso un obiettivo pratico quale è quello di riallacciare il nodo della solidarietà e della pace sociale, includendo il condannato in un circuito ricostruttivo, anziché di tagliare quel nodo attraverso l'esclusione del reo dal consorzio umano [68]. Una risposta che, in ultima analisi, offra non solo strumenti rea-

---

[66] Cfr. L. EUSEBI, *Profili della finalità conciliativa*, cit., p. 1113.

[67] Critico sul punto F. PALAZZO, *Principi fondamentali*, cit., p. 571 s., il quale rileva che «i caratteri fondamentali della sanzione ripristinatoria sono quanto di più lontano si possa immaginare dalle caratteristiche funzionali e di disciplina proprie della sanzione penale: basti pensare per tutti al fatto che il contenuto afflittivo della sanzione ripristinatoria non è parametrato sulla colpevolezza, rimanendo almeno tendenzialmente indifferente addirittura alla realizzazione colposa o dolosa dell'illecito. Senza contare, poi, che tale contenuto afflittivo è *interamente* condizionato e 'conformato' dalla dimensione e dalle caratteristiche assunte *in concreto* dalla violazione, con una implicita rinuncia del legislatore a 'pre-formare' il contenuto della sanzione, che suona antinomica con le esigenze più profonde e sostanziali della legalità penale».

[68] Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il «Crucifige!» e la democrazia*, Torino, 1995; l'A. propone un'immagine della giustizia che, invece di riequilibrare semplicemente una bilancia, sia in grado di riallacciare con un nodo il tessuto sociale strappato dalla commissione di un fatto di reato; in tal senso anche C.E. PALIERO, *La mediazione penale*, cit., p. 113 indica nella «terza via» riformista, in grado

li, più vicini alla dimensione umana e utili alla ricomposizione del tessuto sociale[69], dal momento che impongono una presa di coscienza critica da parte del reo delle conseguenze sociali scaturite dal fatto reato commesso[70], ma anche in grado di garantire maggiore effettività nella risposta al reato: quella stessa effettività che rappresenta uno degli obiettivi di politica criminale più invocati nell'attuale momento storico[71].

Nell'ambito di questo tentativo di rifondazione sistematica del sistema punitivo, le forme di condotta reintegratoria potrebbero entrare a far parte, in via autonoma, della comminatoria edittale, all'interno di un più ampio catalogo di pene prescrittive. In linea con il modello suggerito dall'art. 29 del progetto Pisapia e con le tipologie di prescrizioni inserite a vario titolo nei differenti progetti di riforma del sistema sanzionatorio si potrebbero prevedere pene prescrittive di tipo reintegratorio: non solo in forma patrimoniale come *il risarcimento del danno, l'obbligo di ripristino, di bonifica e di messa in sicurezza dei luoghi* o, più in generale, *l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose*, ma anche in forma simbolica come lo *svolgimento di un'attività a favore della collettività.* Accanto a queste, si potrebbero non solo affiancare prescrizioni di carattere eminentemente risocializzativo, come *la partecipazione ad un percorso di formazione o ad un trattamento terapeutico*, ma anche stabilire prescrizioni di tipo reintegratorio-reputazionale come *l'obbligo a carico dell'autore del reato di pubblicare, a sue spese, la sentenza di condanna,* analogamente a quanto già previsto dall'art. 186 c.p., sia pu-

---

di conciliare diritto penale e giustizia riparativa, quella «orientata alla pura e pragmatica razionalità di scopo che tipicamente orienta – dovrebbe orientare – il sistema penale, quale strumento laicamente orientato ai soli fini di utilità sociale, secondo il criterio [...] «del minimo mezzo per il massimo risultato»; l'A. ritiene che la riparazione possa «*esaurire* il disvalore del fatto e paralizzare la pretesa punitiva» (p. 121).

[69] L. EUSEBI, *ibidem*; con specifico riguardo ai reati contro il patrimonio, sottolinea la necessità di introdurre forme sanzionatorie basate sulla condotta reintegratoria M. BERTOLINO, *Nuovi orizzonti dei delitti contro il patrimonio nella circonvenzione di incapace e nell'usura*, Torino, 2010, p. 56 s.

[70] In tal senso il giudice della Corte suprema canadese *C.J. Lamer*, nella sentenza *R. v. Proulx (2000), 140, C.C.C. (3d) 449, 18*, ha osservato che «lo scopo fondamentale della giustizia reintegratoria consiste nel porre rimedio agli effetti negativi provocati in seguito alla commissione di atti criminosi, in modo da soddisfare le esigenze di tutte le parti coinvolte e tutelate dal sistema di giustizia penale: la vittima, la comunità e lo stesso autore del reato. Tale obiettivo viene realizzato attraverso la riabilitazione del condannato e il connesso riconoscimento, da parte del soggetto, della propria responsabilità in ordine al danno arrecato alla vittima o alla comunità, e mediante la equa riparazione del torto subito dalla vittima e dalla società» così come citato e tradotto da A. SCERBO, *Culture e discipline,* cit., p. 166; sul punto cfr. L. BISORI, *Gli istituti ripristinatori,* cit., p. 597 ss.

[71] Cfr. D. PULITANÒ, *Per una nuova*, cit., il quale osserva che «sul piano del diritto penale sostanziale, le linee di fondo dovrebbero essere, da un lato, la riduzione dell'area del penalmente rilevante e soprattutto la riduzione della pena carceraria; dall'altro lato una maggiore effettività delle risposte al reato, non solo quelle specificamente penalistiche, ma anche quelle mirate al risarcimento del danno e alla riparazione dell'offesa».

re con una connotazione prevalentemente risarcitoria. Non sembrano, invece, rientrare nell'idealtipo prescrittivo-reintegratorio le ipotesi che, pur essendo state inserite nel catalogo di cui all'art. 29 del progetto Pisapia, hanno un carattere interdittivo come, ad esempio, il divieto o la limitazione di accesso o di permanenza in determinati luoghi o il divieto di avvicinare determinate persone.

### 5.1. *La pena prescrittiva-reintegratoria tra interessi tutelati e modelli di fattispecie*

La vera sfida da affrontare, per il modello prescrittivo-reintegratorio, è di sganciarsi definitivamente da ogni tipo di subordinazione e dipendenza dalla pena privativa della libertà. Il paradigma reintegratorio deve sbarazzarsi sia del suo tradizionale carattere alternativo rispetto al carcere, sia delle limitazioni della sua sfera applicativa che finiscono inevitabilmente per dipendere dal *quantum* (astratto o concreto) di pena detentiva.

La gravità del fatto non può più trovare il proprio referente assoluto in un periodo (equivalente?) di privazione della libertà. L'individuazione di una soglia, quale che sia, entro la quale si può ricorrere ad una modifica dei contenuti sostanziali della risposta al reato finisce solo per disilludere le aspettative punitive, per limitare l'ambito applicativo delle pene non-detentive e per ribadire le ragioni di un sistema carcerocentrico.

La vera risposta punitiva, che rimane nascosta dietro il "tempo carcerario", appare un surrogato debole e ineffettivo, pur essendo teleologicamente orientato a soddisfare l'obiettivo costituzionale della pena (art. 27, comma 3, Cost.).

Più precisamente, le forme di condotta reintegratoria, se costituiscono un'alternativa precaria e discrezionale, che il più delle volte rimane solo "sulla carta", rischiano di apparire non solo la causa dell'ineffettività del sistema sanzionatorio, ma anche il pilastro di un insopportabile sistema indulgenziale che rinuncia alla pena minacciata. Per altro verso l'ambito applicativo non sembra potersi misurare, come nell'attuale sistema prudenziale, attraverso un'ipotetica quanto incerta misura corrispondente di pena detentiva, ma pare al contrario dipendere, più coraggiosamente, da considerazioni che guardano alle caratteristiche dell'interesse tutelato, alla struttura del tipo legale e al fatto commesso in concreto, indipendentemente dal disvalore astratto indicato dalle attuali (disordinate) cornici edittali.

Non potendo adeguatamente approfondire il tema, sarà sufficiente pensare ad alcune fattispecie (ad es. il sequestro di persona a scopo di estorsione[72]), in

[72] Basti pensare, a tal proposito, all'estremo rigore con il quale la giurisprudenza dà rilievo anche alla brevissima durata del sequestro. Sia pure in relazione al sequestro di persona di cui all'art. 605 c.p., ma l'argomento non può che valere anche per il sequestro estorsivo, si veda, di recente, Cass., 18 aprile 2014, n. 35076, in *www.iusexplorer.it*; sul punto specifico, in relazione alla fattispecie di cui all'art. 630 c.p., v. Cass., 19 giugno 1998, n. 8375, in *www.iusexplorer.it.*

relazione alle quali il disvalore concreto di alcuni fatti rimane imprigionato nel disvalore astratto del tipo legale, la cui draconiana cornice edittale non lascia spazio a pene non-detentive: la proporzione è schiacciata all'interno dell'assoluto negativo del carcere.

Si tratta di una questione che, essendo innanzitutto riconducibile alla dimensione garantistica della tipicità, trova il suo aggancio costituzionale nel principio di legalità [73].

Tuttavia, tale questione può trovare risposta, oltre che attraverso una migliore tipizzazione, nella flessibilità e nella diversificazione delle risposte punitive.

La mancata corrispondenza tra disvalore concreto del fatto ed effettiva risposta sanzionatoria, anche al netto dell'imprevedibile esito del bilanciamento di circostanze [74], riemerge con forza non solo in molte altre fattispecie incriminatrici (ad es. rapina, estorsione), ma soprattutto per effetto dei moltiplicatori di tipicità di cui agli artt. 40, comma 2 e 110, c.p. [75].

Laddove il legislatore, specialmente in caso di innesto di clausole generali, incontra limiti nello scolpire con precisione il referente normativo astratto al quale ricondurre il catalogo (inevitabilmente imprevedibile) di fatti concreti, il ruolo della pena prescrittiva a contenuto reintegratorio potrebbe essere quello di disinnescare i meccanismi che consentono di inquadrare un fatto di tipologia diversa e di incomparabile gravità (per difetto) all'interno del contenitore astratto sottoposto ad una draconiana minaccia di pena, la cui sproporzione può essere "risolta" esclusivamente attraverso variazioni, più o meno intense, del tempo di vita sottratto all'autore di reato.

Affiora qui un'ulteriore aporia: se il limite di pena detentiva entro il quale si possono muovere le pene non-detentive si è modificato nel tempo, la centralità del carcere è rimasta formalmente intatta non solo sul piano legislativo, ma anche su quello applicativo. Alla ricerca di deroghe, sia pure condizionate, al carcere si è contrapposta, specie negli ultimi anni, una tendenza contraria: la fuga dalle alternative alla pena detentiva attuata attraverso l'innalzamento delle cornici edittali e attraverso il proliferare di eccezioni applicative create in base a tipologie d'autore.

Qualche ulteriore considerazione merita di essere svolta sugli spazi applicativi della pena prescrittiva in relazione alle caratteristiche del bene giuridico e ai modelli di fattispecie.

---

[73] Cfr. A. GARGANI, *Dal* corpus delicti *al* Tatbestand. *Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997, in particolare p. 68 ss. e p. 113 ss.

[74] Cfr., di recente, F. BASILE, *L'*enorme potere *delle circostanze sul reato*; *l'*enorme potere *dei giudici sulle circostanze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1743 ss.

[75] Cfr. sul punto L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, *passim*.

Oltre a costituire, in virtù della struttura del contenuto di disvalore del tipo legale, un efficace e razionale rimedio per i reati di pericolo, la prescrizioni reintegratorie assumono altresì rilievo come risposte ad un'ampia serie di reati di danno in ragione delle caratteristiche del bene giuridico tutelato e dell'articolazione della fattispecie. Come è stato rilevato «la scelta della sanzione, ad esempio, a contenuto interdittivo piuttosto che pecuniario ovvero a contenuto ablatorio piuttosto che limitativo della libertà, ecc., può essere decisamente influenzato dal tipo criminoso»[76].

Si pensi alla tutela anticipata di interessi generali, come la salute pubblica, l'ambiente e il patrimonio artistico o alla tutela di beni strumentali: in questo ambito si è sviluppato un modello di tutela reintegratoria che prende spunto dalla disciplina del recesso attivo, per passare attraverso l'oblazione e il modello ingiunzionale, fino ad arrivare all'autonoma incriminazione dell'inosservanza della prescrizione reintegratoria.

In relazione alle caratteristiche del bene tutelato si pensi ad alcuni delitti contro il patrimonio, ad alcuni comportamenti lesivi di interessi personali (ad es. diffamazione), oppure alle ipotesi in cui il protrarsi nel tempo di condotte di molestia e minaccia necessiti di un intervento che, oltre a inibire, impone specifiche prescrizioni reintegratorie[77]. In tal senso, sia pure con tutte le contraddizioni già messe in rilievo, sembra essersi mosso il legislatore con l'introduzione della nuova ipotesi estintiva a seguito di condotte riparatorie (art. 162-*ter* c.p.) [v. *supra* cap. II, sez. II, par. 3].

Risposte di tipo prescrittivo-reintegratorio sembrano particolarmente adeguate per la criminalità colposa[78]. E ciò a maggior ragione se si pensa al fatto che, nell'ambito della responsabilità per colpa, «il realizzarsi dell'evento, una volta tenuta la condotta, risulta estraneo alla sfera di controllo dell'agente o, in altre parole, dipende dal *caso*»[79].

Per altro verso, il modello reintegratorio sembra poter costituire un valido antidoto per diversificare la risposta sanzionatoria in relazione a istituti che fungono da "moltiplicatori di tipicità", come il concorso di persone nel reato o la responsabilità omissiva impropria per mancato impedimento del reato commesso da altri. Moltiplicatori che, nel trovare attualmente il proprio unico equivalente sanzionatorio all'interno di cornici edittali carcerocentriche, rischiano di produrre effetti devastanti sul piano della risposta repressiva. Vi è spesso una

---

[76] Cfr. F. PALAZZO, *Bene giuridico*, cit., p. 212.

[77] Cfr. F. PALAZZO, *ult. op. cit.*, p. 223.

[78] A tal riguardo D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, p. 274 e p. 559.

[79] L. EUSEBI, *Verso la fine del dolo eventuale? (salvaguardando,* in itinere, *la formula di* Frank), in *Dir. pen. cont.,* 14 aprile 2014, p. 3; ampiamente sul punto ID., *La prevenzione dell'evento non voluto*, cit., p. 963 ss.

distanza smisurata tra l'effettivo contributo causale e il disvalore fotografato dalla pena (detentiva) edittale [80].

Se la tipologia sanzionatoria sembra poter (e forse dover) stabilire un rapporto di «congruenza strutturale-funzionale» con il tipo legale e il bene giuridico tutelato, la condotta reintegratoria potrebbe adeguarsi meglio alle «caratteristiche contenutistiche e criminologiche della fattispecie» [81].

Tale principio di congruenza strutturale tra fatto tipico e sanzione sembra consentire una differenziazione sanzionatoria parametrata sul diverso grado di disvalore di fatti che, attraverso i meccanismi di moltiplicazione della tipicità, rendono negativamente omogenea la risposta punitiva in base al parametro criminale assoluto: la misura temporale della privazione della libertà.

### 5.2. *Gli spazi applicativi del modello prescrittivo-reintegratorio*

Come si è cercato di mettere in rilievo, il possibile ambito di applicazione di questo modello può essere particolarmente vasto, proprio in ragione della frequente omogeneità tra interessi tutelati e tipologie di prescrizioni reintegratorie. Per tracciare i confini applicativi della pena prescrittivo-reintegratoria, il punto di riferimento non può più essere il *quantum* (astratto o concreto) di pena detentiva, bensì la struttura della fattispecie e la tipologia di interessi tutelati, secondo la classificazione che si è cercato di tracciare.

A tal riguardo, si pensi ai possibili spazi applicativi all'interno dell'immensa categoria dei reati di pericolo, qualora la prescrizione reintegratoria sia coerente con lo scopo di anticipazione della tutela. La prescrizione reintegratoria, nell'inserirsi nella medesima prospettiva di salvaguardia del bene giuridico contenuta nel precetto, si adatta alle numerose ipotesi in cui sia possibile disinnescare un pericolo ancora in corso oppure i cui effetti sono destinati a permanere o a propagarsi e intensificarsi nel tempo. Questa modalità di reazione punitiva sembra altresì adeguata per scelte di incriminazione che si polarizzano attorno a determinati beni strumentali o peculiari funzioni. Al contrario, sembrerebbe più difficile includere i casi in cui l'evento di pericolo sia a tal punto grave, complesso,

---

[80] Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, all'orientamento eticizzante della Corte di Cassazione in relazione alla responsabilità della madre per mancato impedimento dei reati in materia sessuale commessi dal marito nei confronti delle figlie. Al di là delle perplessità suscitate da un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato circa la ricostruzione dei poteri impeditivi e l'accertamento del dolo, si potrebbe cercare una soluzione sul piano della differenziazione della risposta punitiva. Paradigmatica in tal senso, Cass., 14 dicembre 2007, n. 4730, con nota di S. DE FLAMMINEIS, *Omesso impedimento delle violenze sessuali in famiglia: esigenze dogmatiche e di politica criminale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3230 ss.; sul punto si veda, di recente, A. GARGANI, *Le posizioni di garanzia*, in *Giur. it.*, 2016, p. 214 ss.; v. anche C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia*, 2012, in particolare p. 654 ss.

[81] F. PALAZZO, *Bene giuridico*, cit., p. 216 s. e 230.

esteso e difficilmente contenibile da rendere particolarmente onerosa (o, talvolta, persino impossibile) una controazione ripristinatoria. A tal riguardo, vale tuttavia le pena di osservare che il legislatore, nell'introdurre la nuova ipotesi di ravvedimento operoso di cui all'art. 452-*decies* c.p., ha incluso anche il nuovo delitto di disastro ambientale (art. 452-*quater* c.p.) nell'ambito di applicazione di questa circostanza ad effetto speciale che attribuisce rilievo a condotte reintegratorie *ex post* del bene leso.

Come si è cercato di mettere in evidenza, nel ricostruire il circoscritto e frammentario disegno politico criminale sulla rilevanza della condotta reintegratoria in materia ambientale, paesaggistica e di salute e sicurezza sul lavoro, l'obiettivo prevalente di questi sotto-sistemi punitivi non sembra essere di tipo repressivo, bensì di carattere ripristinatorio.

Ad esprimere, sia pure in via mediata, l'importanza della condotta reintegratoria in questo ambito sono l'ampio ricorso a cause di non punibilità sopravvenuta, gli strumenti sospensivi della pena o del processo, nonché l'autonoma incriminazione dell'omesso ripristino del bene.

In questi casi, la comminatoria edittale, che ripropone il consueto binomio pena detentiva-pena pecuniaria, non sembra essere destinata, fin dalla sua nascita, ad essere applicata. E ciò non tanto in ragione della scarsa effettività della giustizia penale, che rischia il più delle volte di smarrirsi a causa degli strutturali deficit di funzionamento, ma già in virtù dell'intenzione (più o meno esplicita e consapevole) del legislatore. Quella minaccia sanzionatoria sembra rappresentare, infatti, uno strumento di attuazione coattiva del principale interesse perseguito dall'ordinamento: disinnescare *in extremis* il pericolo o tutelare *ex post* il bene giuridico, anziché irrogare una risposta sanzionatoria che è del tutto sterile rispetto alla salvaguardia concreta degli interessi in gioco. La risposta sanzionatoria "sulla carta" si risolve in un messaggio di prevenzione generale negativa per un pubblico ingenuo.

Nel sistema attuale la finalità reintegratoria rischia, tuttavia, di rimanere inattuata. E ciò non solo perché la controspinta motivazionale che dovrebbe derivare dalla pena minacciata non è sufficiente (soprattutto quando è di tipo contravvenzionale) a controbilanciare l'impegno (spesso gravoso) connesso al ripristino dello stato dei luoghi (ad es. in materia ambientale e paesaggistica), ma anche perché le alternative all'irrogazione effettiva della pena comminata (prima fra tutte, la sospensione condizionale della pena) finiscono troppo spesso per lasciare inattuato il fondamentale obiettivo ripristinatorio. A ciò si aggiunga che la configurazione vigente dei meccanismi di rottura della sequenza reato-pena trasmette di frequente un doppio messaggio di inefficienza: oltre a far apparire la condotta reintegratoria come il surrogato clemenziale di una minaccia priva di serietà ed effettività, non realizza neppure la più ragionevole finalità reintegratoria.

Per altro verso, l'attuazione concreta della minaccia punitiva, ossia il ricorso effettivo alla pena detentiva, oltre a portare con sé il consistente carico di effetti

negativi già messi in rilievo [v. *supra* cap. I, parr. 4 e ss., nonché cap. IV, par. 3.2], è del tutto indifferente rispetto alla tutela delle vittime e dei beni giuridici lesi o messi in pericolo.

A tal riguardo, si pensi al cambio di paradigma punitivo che è stato realizzato attraverso l'introduzione del nuovo titolo IV-*bis* dedicato ai delitti ambientali: per colmare il vuoto di effettività del sistema si fa quasi esclusivamente affidamento sul massiccio ricorso alla pena detentiva. Pena detentiva che, quando non è destinata a rimanere solo "sulla carta", produce effetti negativi certi in termini di desocializzazione individuale: nel tentativo di rincorrere la speranza estremamente incerta di incrementare l'efficacia general-preventiva, si rischia tuttavia di soffocare completamente l'obiettivo reintegratorio (o di tutela *ex post* del bene giuridico) con quello repressivo. Non solo: gli effetti desocializzanti inestricabilmente connessi alla privazione della libertà (acuiti dalle disfunzioni della realtà penitenziaria) si ripercuotono sulla prevenzione della recidiva, che costituisce la sfida più importante con la quale il sistema sanzionatorio può e deve confrontarsi per tutelare gli interessi in gioco [v. *supra* cap. III, par. 3.1 e ss.].

Insomma: sotto la spinta di un'opinione pubblica insoddisfatta per la scarsa serietà della minaccia, si investe esclusivamente su dosi crescenti di tipologie di pena che sono indifferenti rispetto alla reintegrazione (materiale e simbolica) degli interessi tutelati e alla reintegrazione (sociale) dell'autore del fatto.

Per evitare di precipitare in queste due aporie di sistema, è stato suggerito l'ampio ricorso al principio di *extrema ratio* in relazione alle scelte d'incriminazione, proprio dinanzi alla più intensa anticipazione della tutela. In tal modo si lascerebbe spazio al sistema punitivo amministrativo e ai rimedi esclusivamente civilistici.

Non è questa, tuttavia, la strada che si intende percorrere. Da un lato, il sotto-sistema amministrativo, pur riaffermando il carattere meramente afflittivo e passivo della risposta sanzionatoria, si presenta oggi come lo strumento utile per aggirare le garanzie forti del diritto penale. Dall'altro lato, le stesse considerazioni critiche rivolte al modello di condotta reintegratoria che si risolve in termini puramente risarcitori [v. *supra* cap. II, sez. II] possono essere estese agli strumenti tutela meramente civilistica che, pur alleggerendo lo standard di accertamento della responsabilità, riducono il significato della lesione o di messa in pericolo del bene giuridico ad un asfittico corrispettivo patrimoniale. Non solo: in questo modo a venire meno sarebbe la stessa proiezione finalistica della prescrizione reintegratoria intesa come risposta punitiva.

La proposta qui formulata prende le mosse dalla necessità di andare alla ricerca di una risposta che, *senza rinunciare alla garanzie penalistiche* e alla carica di censura della pena, sia qualcosa di meglio (sul piano dei contenuti) *nel* diritto penale, anziché qualcosa di meglio *del* diritto penale.

In questa prospettiva l'impiego della pena prescrittiva-reintegratoria sembra

costituire la prima e più adeguata risposta alla violazione di quell'ampia categoria di precetti penali posti a tutela, in forma anticipata, di interessi di particolare rilievo (come la vita, l'integrità fisica e la salute), anche attraverso la salvaguardia di beni strumentali o di funzioni [v. *supra* cap. II, sez. III].

Ed allora si potrebbe sovvertire la logica che sorregge il sistema punitivo in questi casi: l'anticipazione della soglia di punibilità, per far fronte al moltiplicarsi dei pericoli nella cosiddetta società del rischio e alle conseguente crescita delle istanze di sicurezza collettiva, troverebbe risposta nella minaccia, in via principale, di una pena prescrittiva-reintegratoria (vero obiettivo di sistema) che, accanto ai contenuti più spiccatamente sanzionatorio-risocializzativi (ad es. lavoro di pubblica utilità), sia in grado di promuove la rimozione dei fattori di pericolo e il ripristino degli interessi in gioco, attraverso l'assunzione attiva di responsabilità da parte dell'autore della violazione.

In termini analoghi alle considerazione appena svolte, il modello di pena prescrittiva-reintegratoria sembra potersi adattare ai delitti contro il patrimonio o che comunque ledono interessi (anche) patrimoniali: si pensi a tal riguardo ad alcuni delitti contro la pubblica amministrazione (come, ad esempio, il peculato), a quelli contro l'economia pubblica, ai reati societari e tributari la cui connotazione patrimonialistica è particolarmente spiccata. In queste ipotesi sono proprio le caratteristiche del bene giuridico tutelato (quanto meno in via principale) a rendere possibile un ampio ricorso a prescrizioni di tipo reintegratorio che sono omogenee rispetto all'offesa. Come già più volte sottolineato in precedenza, non è il piano della reintegrazione degli interessi materiali a costituire l'unico e neppure il più rilevante contenuto del modello prescrittivo-reintegratorio: e ciò non solo perché se così fosse, la prescrizione si ridurrebbe ad un semplice ristoro degli interessi patrimoniali privo di valenza sanzionatoria, ma soprattutto perché una connotazione esclusivamente economica della prescrizione reintegratoria rinuncerebbe a quell'orientamento finalistico che è l'essenza e, al contempo, il contrassegno della materia penale e dei suoi strumenti. Ed è per queste ragioni che la prescrizione deve assumere caratteri di reintegrazione simbolica e di valenza responsabilizzante: qui assumono rilievo l'attività gratuita prestata a favore della collettività e la partecipazione a programmi terapeutici e formativi in grado di ristabilire il significato e il valore degli interessi in gioco. La combinazione di queste prescrizioni, la cui individuazione nel caso concreto è affidata alla discrezionalità vincolata del giudice [v. *infra* par. 5.3], sembra consentire l'adattamento della risposta punitiva ad un vasto catalogo di fattispecie. Si pensi, a tal riguardo, ai reati fallimentari che, pur implicando in ultima analisi una lesione di interessi patrimoniali, non consentono, alla luce delle stesse caratteristiche del tipo legale, la possibilità di prescrivere una reintegrazione materiale degli interessi patrimoniali. In questi casi sembra tuttavia più razionale, anche in vista di un eventuale ristoro più strettamente economico in un futuro più o meno distante nel tempo (da parte dell'imprenditore fallito tornato *in*

*bonis* al quale non è stata concessa l'esdebitazione), l'applicazione delle menzionate prescrizioni reintegratorie che consentano di evitare l'attuale paradosso di sistema, che deve scegliere tra l'inflizione improduttiva della privazione della libertà (scarsamente probabile nonostante le draconiane cornici edittali) e l'assenza di qualsiasi risposta sanzionatoria che deriva dall'applicazione di istituti premiali spesso del tutto privi di contenuti (in relazione all'affidamento in prova al servizio sociale per i c.d. colletti bianchi v. *supra* cap. II, sez. IV, par. 3).

Come già anticipato nella costruzione dell'ipotesi iniziale di lavoro, il concetto di reintegrazione non ha una valenza esclusivamente legata alla tutela a posteriori del bene giuridico e della vittima, ma assume il significato di risposta al reato che sia in grado di attivare un percorso di assunzione attiva di responsabilità per il fatto commesso. Si tratta di due aspetti fortemente interconnessi non solo perché l'impegno ricostruttivo, sia pure in una dimensione simbolica sganciata dal ripristino materiale o per equivalente economico degli interessi offesi, ha in sé lo scopo di reintegrare socialmente l'autore del fatto, ma anche perché è attraverso la realizzazione di questo scopo che può essere perseguita una tutela durevole ed effettiva dei beni giuridici e, in ultima analisi, delle vittime potenziali [v. *supra* cap. III, par. 4].

In questa prospettiva, il modello qui analizzato potrebbe adattarsi anche a fattispecie che, pur apparendo distanti da una possibile reintegrazione "materiale" degli interessi offesi, possono trovare adeguata risposta nello svolgimento di attività a favore della collettività oppure nella partecipazione a programmi terapeutici o formativi. Si pensi a tal riguardo ai reati in materia di stupefacenti.

*Il ruolo della pena detentiva*, analogamente al modello di incriminazione dell'omesso ripristino che è stato recentemente creato in materia ambientale, potrebbe essere *circoscritto ai casi in cui la violazione o l'inadempimento delle prescrizioni possono essere ritenuti dal giudice di gravità tale da non consentire la prosecuzione del percorso reintegratorio prescritto*. In questo modo la privazione della libertà diverrebbe effettivamente l'*extrema ratio* all'interno del sistema punitivo, la cui applicazione potrebbe subentrare soltanto in caso di fallimento della risposta principale al reato, ossia quella volta a ricostruire, a rimediare, a soddisfare in positivo (e nella misura del possibile) gli interessi lesi.

Questo diverso ruolo attribuito alle prescrizioni reintegratorie all'interno della cornice edittale non esclude la possibilità che le forme di reintegrazione possano conservare il loro tradizionale ruolo (finora prevalente) di cause di non punibilità sopravvenuta oppure di cause di improcedibilità dell'azione penale. Questo diverso livello di rilevanza della condotta reintegratoria potrebbe, tuttavia, essere circoscritto ai casi in cui vi sia stata una *spontanea* attivazione da parte dell'autore di reato che, oltre a consentire una chiusura anticipata del procedimento penale, potrebbe evitare l'applicazione delle più gravose prescrizioni di tipo interdittivo.

Rimarrebbe, infine, aperta la possibilità di valorizzare la condotta reintegra-

toria come circostanza attenuante o fattispecie autonoma in grado di abbattere in modo consistente il trattamento sanzionatorio anche in relazione alle forme più gravi di criminalità [82].

### 5.3. *Pena prescrittiva-reintegratoria, cornici edittali e ruolo del giudice*

Meritano a questo punto di essere affrontati due ulteriori aspetti rilevanti: da un lato, la collocazione del modello di pena prescrittiva a contenuto reintegratorio all'interno delle cornici edittali e ai rapporti di quest'ultimo con gli altri idealtipi di pena; dall'altro lato, l'individuazione degli spazi e dei criteri di orientamento della discrezionalità del giudice non solo in relazione alla scelta delle prescrizioni, ma anche in riferimento ai rapporti reciproci e alla combinazione della pena prescrittiva con le altre forme idealtipiche di risposta al reato.

Punto di partenza dell'analisi di queste due questioni non può che essere lo schema astratto delle cornici edittali.

Dinanzi alla molteplicità e alla eterogeneità degli idealtipi di pena, ad aver perso significato sono cornici edittali costruite su variazioni quantitative dello stesso "tema", ossia di pena detentiva (o, molto più raramente, solo pecuniaria) per tutelare beni giuridici estremamente diversi tra loro. Come già messo in rilevo, le variazioni quantitative della durata della pena detentiva finiscono per governare l'intero sistema della giustizia penale: dalla misura della privazione della libertà dipende non solo l'applicazione delle altre tipologie di pena (concepite come mere alternative eventuali e precarie a quest'ultima), ma anche la stessa disciplina del procedimento penale (strumenti d'indagine; misure cautelari; riti alternativi).

L'operatività degli altri modelli di pena non può più dipendere da intervalli temporali di privazione della libertà personale. Anche nei progetti di riforma del codice penale sembra rimanere inalterato il significato attribuito alla pena detentiva, che costituisce l'indiscussa unità di misura (distorcente) dell'intero sistema anche dinanzi ad un ampiamento del catalogo delle tipologie di pena [v. *supra* cap. III, par. 1.2, in particolare in relazione al progetto Nordio].

Il criterio di sistemazione che si intende seguire in questa sede è diverso.

Non vi è dubbio che il cambio di paradigma possa creare qualche difficoltà. Se si abbandona l'idea di un sistema punitivo incentrato sulla pena detentiva, che è per sua natura facilmente frazionabile, per passare ad un sistema sanzionatorio differenziato, diviene estremamente più complicato graduare la corrispondenza relativa tra gravità del fatto e della pena. E ciò soprattutto perché pare più difficile stabilire una scala di gravità di tipologie di pena che, essendo quali-

[82] Cfr. M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2015, p. 236 ss.

tativamente diverse e incidendo su beni della vita differenti, non sono tra loro agevolmente confrontabili [83].

Per superare queste difficoltà, che peraltro non sono del tutto sconosciute nel sistema attuale (si pensi al catalogo differenziato di pene previste dal d.lgs. 274/2000 per il microcosmo governato dal giudice di pace), pare opportuno prendere le mosse dalla costruzione di una scala razionale di gravità del reato. Come è stato suggerito, il punto di partenza non può che essere l'identificazione di «un numero definito e circoscritto di classi di gravità dei reati, di modo che le scelte di valore compiute ragguagliando reato e pena risultino trasparenti e suscettibili di controllo comparativo immediato» [84]. È questo il termine del rapporto che funge da condizione preliminare per tracciare il corrispondente reticolo ordinato di tipologie di pena, nel quale i vari idealtipi possano convivere armonicamente [85].

Per la collocazione sistematica del modello di pena prescrittiva a contenuto reintegratorio all'interno di un sistema sanzionatorio differenziato, sarebbe dunque necessario fissare un reticolo di cornici edittali che non solo sia in grado di rispecchiare, in base a canoni di proporzione relativa, i diversi livelli di gravità delle differenti classi di fattispecie, ma anche di soddisfare, fin dall'iniziale formulazione legislativa, l'orientamento preventivo della pena in base alla corrispondenza tra le caratteristiche di quest'ultima e il tipo legale.

Per limitarci al modello qui analizzato, si pensi alle ipotesi (alcune delle quali sono già state menzionate in precedenza) in cui l'idealtipo di pena prescrittiva sembra essere in grado di perseguire tre finalità: la tutela reintegratoria *in extremis* o *ex post* del bene giuridico, anche in ragione delle modalità di aggressione tipizzate; la reintegrazione sociale dell'autore di reato attraverso l'imposizione di un impegno attivo di valenza responsabilizzante; e, infine, la reintegrazione simbolica del messaggio di valore espresso dal precetto. In tal senso, a tracciare il disegno sistematico delle cornici edittali dovrebbero concorrere due criteri: il primo di tipo quantitativo che sia in grado di tracciare i rapporti di proporzionalità o congruità relativa *inter-delicta* e di garantire il rispetto del principio costituzionale di uguaglianza; il secondo di tipo qualitativo-finalistico che faccia dipendere, già in via astratta, la scelta della tipologia di pena dagli scopi perseguiti, attuando in tal modo il principio di individualizzazione della risposta sanzionatoria. Sono, infatti, le diverse caratteristiche qualitative degli idealtipi di pena che, sulla base di un confronto in parallelo con la tipologia degli interessi tutelati, le modalità di tutela di questi ultimi e i tipi d'autore, ad avere una differente capacità di realizzare esigenze preventive. Come è stato osservato «la stessa gerarchia dei fini della pena è funzione delle tipologie d'autore: il

---

[83] In tal senso C. PONGILUPPI, *op. cit.*, p. 959.

[84] Così T. PADOVANI, *La disintegrazione*, cit., p. 451.

[85] Cfr. C. PONGILUPPI, *op. cit.*, p. 968 ss., spec. p. 970.

programma preventivo non può essere per definizione lo stesso, a parità di fatto, di fronte a un criminale professionista e a un autore primario» [86].

A titolo esemplificativo, si potrebbe immaginare, già all'interno della comminatoria edittale, il ricorso privilegiato (rispetto ad altre forme di risposta sanzionatoria) alla pena prescrittiva-reintegratoria (la cui durata verrà in concreto quantitativamente graduata ad opera del giudice) per le fattispecie poste a tutela della salute pubblica di cui agli artt. 440 ss. c.p. oppure per i reati ambientali, spostando sul piano edittale quelle prescrizioni a contenuto reintegratorio che, nel sistema attuale, assumono rilievo come pene accessorie, cause di non punibilità o circostanze attenuanti. Per i medesimi fatti si potrebbe pensare al ricorso, in via alternativa o cumulativa, all'idealtipo interdittivo (o sospensivo), ogniqualvolta il fatto sia stato realizzato nell'ambito di un'attività imprenditoriale.

Dinanzi alla possibile valorizzazione del criterio-guida finalistico nella costruzione delle cornici edittali, conviene fissare l'attenzione sulla possibilità di creare una "tavola di rapporti di corrispondenza" tra la scala di gravità dei singoli reati e l'ipotetica scala differenziata di tipologie di pena. Oltre a fungere da indicatore sostanziale della gravità astratta del fatto, le cornici edittali differenziate soddisfano anche funzioni di garanzia e certezza rispetto all'orientamento finalistico seguito nell'abbinamento tra tipo legale e tipologia di pena.

Per collocare il modello di pena prescrittiva-reintegratoria qui analizzato all'interno di un ipotetico sistema sanzionatorio differenziato, si intende trarre ampio spunto da un interessante studio sulle cornici edittali [87].

A tal fine, sembra innanzitutto opportuno raggruppare le fattispecie incriminatrici di analogo disvalore astratto all'interno di poche classi di gravità, che prescindono dal vigente reticolo di cornici edittali e dai tutt'altro che corenti rapporti di valore tra beni giuridici stabiliti dal legislatore. Poiché questo difficile compito, oltre ad implicare valutazioni di politica criminale delicate e fatalmente discutibili, va oltre i limiti di questo lavoro, si indicheranno solo alcune ipotesi a titolo meramente esemplificativo.

Alle classi di gravità dei reati occorre affiancare i diversi idealtipi di pena suddivisi in intervalli quantitativi, seguendo l'ordine di gravità già indicato: 1) pena privativa della libertà personale; 2) pena limitativa della libertà; 3) pena prescrittiva a contenuto reintegratorio; 4) pena interdittiva; 5) pena pecuniaria [v. *supra* cap. I, par. 6]. All'interno di ciascun idealtipo di pena sembrano poter coesistere variazioni contenutistiche della stessa tipologia di pena ordinate in

---

[86] Così M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., p. 274 s. Per questa ragione l'A. ritiene doveroso che «ogni futura commisurazione si confronti con *cornici edittali di pena* pensate *in funzione anche del rapporto fatto/autore*, e non costruite sull'esclusivo rapporto con il fatto».

[87] C. PONGILUPPI, *op. cit.*, p. 970 ss., spec. p. 976. Sulle modalità di differenziazione del sistema sanzionatorio si vedano le considerazioni ancora attuali di L. VIOLANTE, *op. cit.*, p. 28 ss.

base alla crescente gradualità con la quale queste ultime incidono sul medesimo interesse.

Si pensi all'idealtipo di pena privativa e a quello restrittivo della libertà personale, ai quali appartengono ipotesi qualitativamente diverse: mentre nella prima categoria vi rientrano sia la pena detentiva eseguita in carcere o presso il domicilio, della seconda fanno parte, ad esempio, la semidetenzione, il braccialetto elettronico, la libertà controllata e la supervisione e il controllo esercitati dal servizio sociale.

All'idealtipo di pena prescrittiva a contenuto reintegratorio sono, invece, riconducibili le ipotesi già analizzate in precedenza, ossia il lavoro di pubblica utilità, la partecipazione ad un progetto riabilitativo o formativo e la pubblicazione della sentenza, nonché le forme di reintegrazione materiale (risarcimento del danno, eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose, bonifica, ripristino e messa in sicurezza) che, nella misura del possibile, devono essere disposte congiuntamente ad almeno una delle prescrizioni precedenti. Analoghe sottocategorie della medesima tipologia compongono la pena interdittiva (ad es. interdizione e sospensione) e quella pecuniaria (nella quale rientrerebbe anche la confisca).

A questa gradualità qualitativa si affiancano variazioni dosimetriche della stessa pena. Tali intervalli quantitativi, incidendo in misura diversa su beni differenti, dovrebbero essere di durata maggiore quanto minore è il sacrificio derivante dall'inflizione della tipologia di pena [88]: ciò significa che in relazione a reati appartenenti alla medesima fascia di gravità sarebbero previste cornici edittali di pena proporzionalmente crescenti, a partire dall'idealtipo che produce effetti più incisivi sulla vita del condannato (privativa della libertà personale) fino ad arrivare alla più lieve (pena pecuniaria).

A tal riguardo sia consentito formulare un esempio più strettamente legato alla proposta qui formulata: per la medesima classe di gravità di reati, la cornice edittale della pena prescrittiva dovrà essere proporzionalmente più elevata di quella restrittiva della libertà personale (che incide più intensamente sulla vita del reo) e, corrispondentemente, meno elevata della (meno intensa) pena interdittiva.

In relazione alle classi di maggiore gravità del reato, pare preferibile lasciare al giudice il più ampio margine di scelta nella individualizzazione del trattamento sanzionatorio sulla base delle caratteristiche del caso concreto e del singolo autore di reato. In questi casi le tipologie di pena sarebbero completamente sostituibili. Ad esempio, nei confronti dell'autore di una rapina (o di un'estorsione) il giudice potrebbe individuare la risposta punitiva all'interno dell'intero catalogo di idealtipi di pena.

Al contrario, la discrezionalità del giudice sarebbe limitata in relazione alle

[88] In tal senso cfr. M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., p. 278.

classi di minore gravità del reato: in questo caso i rapporti di sostituibilità tra le tipologie di pena sarebbero parziali [89]. Il catalogo delle tipologie di pena applicabili sarebbe ridotto alle risposte caratterizzate da minore afflittività: pena prescrittiva a contenuto reintegratorio; pena interdittiva e pena pecuniaria. In tal senso, la scelta della pena privativa o di quella limitativa della libertà personale sarebbe, ad esempio, preclusa in caso di commissione del reato di diffamazione, che sembra rientrare in una della classi di minore gravità.

Non potendo tracciare in questa sede un quadro dettagliato, ci si limita ad osservare che ciò consentirebbe, in astratto, di ricorrere alla pena prescrittiva a contenuto reintegratorio per qualsiasi tipologia di reato.

Inoltre, per accompagnare la risposta punitiva, fin dalla sua nascita nell'astratta previsione normativa, con finalità di prevenzione speciale positiva, si potrebbe vincolare la discrezionalità del giudice nella scelta della tipologia di pena ad un *ordine di priorità* costruito in base alle *caratteristiche del tipo legale*. Ciò consentirebbe non solo di svincolare i rapporti astratti di corrispondenza tra le scale di valore dal prevalente riferimento alla gravità del reato. Allo stesso tempo verrebbe alleggerita la scelta discrezionale del giudice nell'individuazione qualitativa (e non solo quantitativa) della risposta punitiva individualizzata.

In tal senso si pensi ad alcuni reati contro il patrimonio (ad es. il furto) o a quelli ambientali (ad es. l'inquinamento ambientale): in questi casi la pena prescrittiva a contenuto reintegratorio potrebbe costituire la scelta privilegiata all'interno della cornice edittale. Questo ordine di priorità prestabilito, in via di principio, dal legislatore potrebbe essere modificato dal giudice solo in presenza di una prognosi negativa circa la possibilità del condannato di adempiere le prescrizioni.

Nel riprendere le considerazioni espresse in precedenza sull'adattabilità del modello prescrittivo-reintegratorio rispetto alle diverse strutture e funzioni del tipo d'illecito, si potrebbero privilegiare idealtipi punitivi diversi: ad esempio, in relazione ai reati fallimentari pare difficile ipotizzare una reintegrazione economica. Oltre al ricorso a una forma di reintegrazione più lontana dalla concreta materialità degli interessi lesi, come quella consistente nella prestazione di un'attività gratuita a favore della collettività, in questi casi si potrebbero utilizzare (in via autonoma o congiunta) tipologie di pena interdittiva o limitativa della libertà personale. Detto altrimenti: laddove non sia possibile, già in ragione delle caratteristiche del fatto, reintegrare gli interessi in termini economici – tipologia di reintegrazione che, come già più volte ribadito, sarebbe comunque di per sé insufficiente a soddisfare il finalismo della pena – dovranno essere valorizzate le prescrizioni simbolicamente reintegratorie connotate da uno spiccato orientamento special-preventivo positivo.

---

[89] Cfr. C.E. PALIERO, *Metodologie*, cit., p. 556 ss.

Un diverso ordine di priorità degli idealtipi di pena che sia coerente, sul piano politico criminale, rispetto al tipo d'illecito e d'autore, esprimerebbe più chiaramente la scelta del legislatore di imprimere una certa direzione finalistica alla risposta punitiva. Ciò imporrebbe altresì al giudice uno sforzo maggiore nella motivazione nel momento in cui quest'ultimo decida di discostarsi dall'ordine di priorità prestabilito delle tipologie di pena.

Per altro verso, la sostituibilità totale o parziale dei diversi idealtipi di pena dovrebbe essere accompagnata dalla possibile combinazione di diverse risposte punitive, nel caso in cui ciò consenta di rendere più adeguato il trattamento sanzionatorio alle esigenze del caso di specie.

Tale possibilità potrebbe essere disciplinata attraverso la combinazione di frazioni degli originari intervalli quantitativi delle differenti tipologie di pena. Ove, ad esempio, il giudice ritenga che, per soddisfare in modo più efficace le esigenze preventive, sia preferibile abbinare la pena prescrittiva-reintegratoria a quella interdittiva, dovrebbe commisurare l'entità del trattamento sanzionatorio all'interno di cornici edittali indipendenti, che siano proporzionalmente ridotte rispetto a quelle originariamente stabilite in caso di inflizione di un'unica tipologia di pena.

A tal riguardo, in ragione della insufficienza (più volte ribadita) delle sole forme di reintegrazione economico-materiale degli interessi tutelati a soddisfare il finalismo della pena, l'idealtipo di pena prescrittiva a contenuto reintegratorio dovrebbe necessariamente prevedere l'applicazione (in via alternativa o congiunta, secondo i criteri appena indicati) dell'attività gratuita a favore della collettività, della partecipazione a un programma formativo, terapeutico o riabilitativo oppure della pubblicazione della sentenza di condanna.

Non vi è dubbio che, in un sistema sanzionatorio differenziato nel quale l'individualizzazione *qualitativa* della risposta punitiva, in base a precisi rapporti di sostituibilità, sia prevalentemente affidata alle mani del giudice, si intende fare una vera e propria scommessa sulla «*cultura della discrezionalità*»[90], anziché ridurre (con sospetto e sfiducia) gli spazi di discrezionalità giudiziale attraverso la previsione di cornici edittali "rigide" o trasformando la commisurazione della pena in una fredda operazione aritmetica indifferente alle peculiarità del caso concreto.

La scelta tra idealtipi di pena estremamente diversi tra loro consente di attuare non solo il principio di *extema ratio* in relazione alle scelte sanzionatorie, ma offre una concreta possibilità di adattare non solo quantitativamente, ma anche i contenuti della risposta al reato alle esigenze di prevenzione speciale positiva. Investire sulla cultura della discrezionalità del giudice in relazione alle scelte punitive pare ancora più significativo dinanzi alla costruzione di un modello prescrittivo-reintegratorio nel quale la collaborazione attiva da parte del con-

[90] M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., p. 274 (nella nota 79).

dannato e la corrispondente prognosi su quest'ultima divengono elementi imprescindibili dell'idealtipo di pena qui analizzato.

Ciò non significa, tuttavia, che il giudice possa elaborare un proprio progetto autonomo di politica criminale in materia punitiva, poiché i criteri guida forniti dal legislatore, unitamente a un più serio obbligo di motivazione in sede di commisurazione, concorrono a plasmare la stessa cultura della discrezionalità.

Per questa ragione pare opportuno, come già da più parti suggerito [91] e come già più volte anticipato, separare la fase di accertamento della responsabilità da quella di commisurazione della pena: separare il momento cognitivo da quello commisurativo consente di tenere distinte le scelte processuali e le ragioni delle parti da quelle relative all'individualizzazione della risposta punitiva. Per altro verso, solo attraverso un processo bifasico e attraverso il ricorso agli strumenti prognostici che questo consente (ad es. la perizia criminologica) può essere individuata una risposta punitiva effettivamente individualizzata.

[91] Per tutti v. F. CAPRIOLI, *Processo penale e commisurazione*, cit., p. 135 ss.

# BIBLIOGRAFIA


AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Milano, 1987.

AA.VV. (a cura di Eusebi L.), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, 1989.

AA.VV., *Aux frontières de la justice, aux marges de la société. Une analyse en groupes d'acteurs er de chercheurs*, Gent, 2005.

AA.VV., (a cura di Fiandaca G., Visconti C.), *Punire Mediare Riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Torino, 2009.

AA.VV., *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics*, wodc, Den Haag, 2010.

AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Torino, 2012.

AA.VV., *Sulla pena. Al di là del carcere*, Macerata, 2013.

AA.VV., *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics*, wodc, Den Haag, 2014.

AA.VV., *Partire dalla pena. Il tramonto del carcere*, Macerata, 2015.

AEBI M.F., KILLIAS M., TAVARES C., *Comparing crime rates: the International Crime (Victim) Survey. The European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics and Interpol Statistics*, in *International Journal of Comparative Criminology*, 2002, p. 22.

ALBRECHT H.J., *Legalbewährung bei zu Geldstrafe und Freiheitsstrafe Verurteilten*, Freiburg, 1982.

ALBRECHT H.J., *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, eine vergleichende theoretische und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmaßes*, Berlin, 1994.

ALBRECHT H.J., *Prison Overcrowding – Finding Effective Solutions. Strategies and Best Practices Against Overcrowding in Correctional Facilities*, Freiburg, 2012.

ALBRECHT H.-J., A. VAN KALMTHOUT (a cura di), *Community sanctions and Measures in Europe and North America*, Freiburg, 2002.

ALBRECHT H.-J., BECKER M., JEHLE J.-M., *Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen, in Forum Kriminalprävention*, 2014, p. 52.

ALESSANDRI A., *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1984.

ALESSANDRI A., *sub Art. 27, c. 1*, in BRANCA G., PIZZORUSSO A. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, p. 1 ss.

ALESSANDRI A., *La legge delega n. 366 del 2001: un congedo dal diritto penale societario*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1545.

ALESSANDRI A., *Alcune considerazioni generali sulla riforma*, in ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società, D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, Milano, 2002, p. 3.

ALESSANDRI A., *Il ruolo del danno patrimoniale dei nuovi reati societari*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 797.

ALESSANDRI A., *Riflessioni sulla nuova disciplina penalistica*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, *D.lgs. 8 giugno 2001*, *n. 231*, Milano, 2002, p. 25.
ALESSANDRI A., *Parte generale*, in PEDRAZZI, ALESSANDRI, FOFFANI, SEMINARA, SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, *parte generale e reati fallimentari*, 2003, p. 1.
ALESSANDRI A., *Criminalità economica e confisca del profitto*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. III, Milano, 2006, p. 2103 ss.
ALESSANDRI A., *Un esercizio di diritto penale simbolico: la c.d. tutela penale del risparmio*, in *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, 2007, p. 925.
ALESSANDRI A., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, *un'introduzione*, in AA.VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, 2009, 15.
ALESSANDRI A., *Delitti e pene nello scenario della crisi*, in *Giur. comm.*, 2010, p. 671.
ALESSANDRI A., *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010.
ALESSANDRI A. (a cura di), *Un'indagine empirica presso il Tribunale di Milano: le false comunicazioni sociali*, Milano, 2011.
ALLEN F.A., *The Decline of the Rehabilitative Ideal*, New Haven, 1981.
AMADEO R., *Causa di non punibilità. Pagamento del debito tributario*, in NOCERINO C., PUTINATI S. (a cura di), *La riforma dei reati tributari. Le novità del d.lgs. n. 158/2015*, Torino, 2015, p. 325 ss.
AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Torino, 2006.
AMARELLI G., *L'oblazione discrezionale non è "alternativa" al meccanismo estintivo delle contravvenzioni lavoristiche*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2998.
AMARELLI G., *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza del lavoro*, Napoli, 2008.
AMARELLI G., *Art. 452-decies*, in DOLCINI E., GATTA G.L. (diretto da), *Codice penale commentato*, Milano, 2015, p. 2149 ss.
AMATO G., *La sostituzione della pena con il lavoro di pubblica utilità alla prova della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 325.
ANCEL M., *La nuova difesa sociale*, Milano, 1966.
ANDENAES J., *Punishment and deterrence*, Ann Arbor, 1974.
ANDENAES J., *The moral or educative influence of criminal law*, in *Punishment and Deterrence*, The University of Michigan, 1974, p. 122.
ANDENAES J., *La prevenzione generale nella fase della minaccia*, *dell'irrogazione e dell'esecuzione*, in ROMANO M., STELLA F. (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 33.
ANDROULAKIS N.K., *Über den Primat der Strafe*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1996, p. 305.
ANTOLISEI F., *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930.
ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, *parte generale*, Milano, 2003.
ASHWORTH A., *Prisons and Austerity*, in *Criminal Law Review*, 2014, p. 91 s.

BARATTA A. (a cura di), *Il diritto penale minimo. La questione criminale fra riduzionismo e abolizionismo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, p. 443 ss.
BARATTA A., *Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal*, in *Déviance et société*, 1991, p. 17.
BARBARINO A., MASTROBUONI G., *The Incapacitation Effect of Incarceration: Evidence*

*from Several Italian Collective Pardons*, in *American Economic Journal: Economic Policy*, 2007, p. 1 ss.

BARTOLI R., *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, in GIOSTRA G., ILLUMINATI G. (a cura di), *Il Giudice di Pace nella giurisdizione penale*, Torino, 2001, p. 377.

BARTOLI R., *Le definizioni alternative del procedimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 173.

BARTOLI R., contraddittore a FONDAROLI D., *Profili problematici del risarcimento e della riparazione come strumenti penalistici "alternativi"*, in VENAFRO E., PIEMONTESE C. (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, 2005, p. 151.

BARTOLI R., *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 659 ss.

BARTOLI R., *La "novità" della sospensione del processo con messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2015.

BARTOLI R., *Il carcere come extrema ratio: un proposta concreta*, in *Dir. pen. cont.*, 12 maggio 2016.

BARTOLI R., *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Milano, 2016, p. 87 ss.

BASILE F., *L'*enorme potere *delle circostanze sul reato*; *l'*enorme potere *dei giudici sulle circostanze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1743 ss.

BAUMANN K.-H., MAETZE W., MEY H.-G., *Zur Rückfälligkeit nach Strafvollzug. Legalbewährung von männlichen Strafgefangenen nach Durchlaufen des Einweisungsverfahrens gemäß § 152 Abs. 2 Strafvollzugsgesetz in Nordrhein-Westfalen*, in *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1983, p. 133 ss.

BECK U., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000.

BELLAVISTA G., *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Milano, 1939.

BENTHAM J., *An introduction to the principles of morals and legislation*, New York, 1948.

BENUSSI C., sub *Art. 322-quater*, in DOLCINI E., GATTA G.L. (diretto da), *Codice penale commentato*, Milano 2015, p. 461 ss.

BERNARDI A., *La lutte contre la récidive dans le système pénal italien*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2015, p. 573 ss.

BERTOLINI G.B., *Obblighi imposti ai sensi dell'art. 165 c.p. e principio di legalità*, in *Giur. merito*, 1995, p. 105.

BERTOLINO M., *Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 1070.

BESOZZI C., *Rückfall nach Strafvollzug: Eine empirische Untersuchung*, in KUNZ K.-L. (a cura di), *Die Zukunft der Freiheitsstrafe, Kriminologische und rechtsvergleichende Perspektiven*, Bern, Stuttgart, 1989, p. 115.

BETTIOL G., *Sull'umanizzazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1949, p. 1 ss.; ora anche in ID., *Scritti giuridici*, t. II, Padova, 1966.

BETTIOL G., *Dal diritto penale al diritto premiale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 701.

BETTIOL G., *Scritti giuridici*, Padova, 1966.

BETTIOL G., *Diritto penale*, Padova, 1978.

BEWLEY H., *The effectiveness of different community order requirements for offenders who received an OASys assessment*. Ministry of Justice, 2012.

BEYLEVELD D., *Identifying, Explaining and Predicting Deterrence*, in *British Journal of Criminology*, 1979, p. 205.
BINDING K., *Grundriss des Deutschen Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Leipzig, 1907.
BISCARETTI DI RUFFIA P. (a cura di), *Costituzioni straniere contemporanee*, vol. I, *Le Costituzioni di dieci Stati di "democrazia stabilizzata"*, Milano, 1994.
BISORI L., *Gli istituti ripristinatori nel diritto penale ambientale*, in GRASSI S., CECCHETTI M., ANDRONIO A. (a cura di), *Ambiente e diritto*, *II*, Firenze, 1999, p. 597.
BLUMSTEIN A., BECK A.J., *Population Growth in U.S. Prisons, 1980-1996*, in *Crime and Justice: A Review of Research*, 1999, p. 17.
BOBBIO N., *Sanzione*, in *Nov. Dig. It.*, vol. XVI, Torino, 1969, p. 531.
BOBBIO N., *Sulle sanzioni positive*, in *Scritti dedicati ad Alessandro Raselli*, Milano, 1971, vol. I, p. 227.
BODDE D., MORRIS C., *Law in Imperial China*, Cambridge, 1967.
BONDESON U.V., *Alternatives to imprisonment, Intentions and Reality*, New Brunswick, 2002.
BONDESON U.V., *Global Trends in Corrections*, in BONDESON U.V. (a cura di), *Crime and Justice in Scandinavia*, København, 2005, p. 33.
BONTEMPI L., sub *Art. 162-bis*, in MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2011.
BORSARI R., *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banchi di prova dell'esperienza giudiziale*, Padova, 2013, p. 326 ss.
BORTOLATO M., *Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani o degradanti (La Cedu condanna l'Italia per le condizioni dei detenuti*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 111.
BOSCH J., *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in Italien*, in JESCHECK H.H. (a cura di), *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht*, Vol. 1, Baden-Baden, 1984, p. 328.
BÖSE M., *The principle of Proportionality and the Protection of Legal Interests* (Verhältnismäßigkeit und Rechtsgüterschutz), in *European Criminal Law Review*, 2011, p. 35 ss.
BOUCHARD M., MIEROLO G., *Offesa e riparazione*, Milano, 2005, p. 203 s.
BOVE V., *Messa alla prova a poco più di un anno: quali ancora le criticità*, in *Dir. pen. cont.*, 22 dicembre 2015.
BOVE V., *Messa alla prova e protocolli: lo stato dell'arte*, in *www.ca.milano.giustizia.it*, 8 giugno 2016.
BRÄGGER B.F., sub *Art. 38-40*, in NIGGLI M.A., WIPRÄCHTIGER H. (a cura di), *Strafrecht I, Art. 1-110 StGB, Jugendstrafgesetz, Basler Kommentar*, Basel, 2007, p. 695.
BRAITHWAITE J., *Crime, shame and reintegration*, Cambridge, 1989.
BRAITHWAITE J., PETTIT P., *Not Just Deserts. A Republican Theory of Criminal Justice*, Oxford, 1990.
BRICCHETTI R., PISTORELLI L., *Via libera al lavoro di pubblica utilità anche se si è già usufruito del beneficio*, in *Guida dir.*, 2004, n. 25, p. 18.
BRICHETTI R., *Le fattispecie di non punibilità conseguenti alle restituzioni od al risarcimento del danno*, in GIARDA A., SEMINARA S. (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002, p. 757.
BRICOLA F., *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa*, in AA.VV., *Sul problema*

*della rieducazione del condannato. Atti del II Convegno di diritto penale*, Padova, 1964, p. 193 ss.
BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale*, *nozione e aspetti*, Milano, 1965.
BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, 1973.
BRICOLA F., *L'affidamento in prova al servizio sociale: «fiore all'occhiello» della riforma penitenziaria*, in *Quest. crim.*, 1976, p. 373 ss.
BRICOLA F., *Le misure alternative alla pena nel quadro di una «nuova» politica criminale*, in *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1977, p. 363; anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 13 ss.
BRICOLA F., *Crisi del welfare state e sistema punitivo*, in *Pol. dir.*, 1982, p. 65 ss.; ora anche in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I/II, 1997, p. 1429.
BRICOLA F., *Diritto premiale e sistema penale*, in *Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penali* (Como 26-27 giugno 1981), Milano, 1983, p. 121 ss.; ora anche in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I/II, 1997, p. 1459.
BRICOLA F., *Funzione promozionale*, *tecnica premiale e diritto penale*, in *Quest. crim.*, 1981, p. 445 ss.; ora anche in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I/II, 1997, p. 1407.
BRICOLA F., *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della sanzione criminale (natura e profili costituzionali)*, in *Monitore dei tribunali*, 1968; ora in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I/I, Milano, 1997, p. 463.
BRICOLA F., *La riscoperta delle pene private nell'ottica del penalista*, in BUSNELLI F.D., G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 27 ss.
BRICOLA F., *Legalità e crisi: l'art. 25*, *2° e 3° comma*, *Cost. rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. crim*, 1980, p. 179 ss.; ora in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I/II, Milano, 1997.
BRICOLA F., *Tecniche di tutela penale*, in DE ACUTIS M., PALOMBARINI G., *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, Atti del Convegno, Abano Terme, 10-12 dicembre 1982, Padova, 1984, p. 3 ss.; ora anche in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I/II, 1997, p. 1475.
BRITZ G., *Strafe und Schmerz – eine Annäherung*, in *Grundfragen staatlichen Strafens*, *Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, München 2001, p. 73 ss.
BRUNELLI D., *Il congedo della pena detentiva nel microsistema integrato del diritto penale "mite"*, in SCALFATI A. (a cura di), *Il giudice di pace*, *un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, 2001, p. 401.
BUNG J., *Nietzsche über die Strafe*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2007, p. 120 ss.
BUTTURINI D., *Il sovraffollamento penitenziario in Italia è di per sé trattamento inumano e degradante*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2013, p. 608 ss.
BUZZELLI S., PECORELLA C., *Il caso scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 389.

CAIANIELLO M., Ne bis in idem *e illeciti tributari per omesso versamento dell'IVA: il rinvio della questione alla Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 18 maggio 2015.
CANEPA G., *Perizia psichiatrica e perizia criminologica*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Milano, 2000, p. 905.
CAPPELLETTO M., LOMBROSO A. (a cura di), *Carcere e società*, Milano, 1976.
CAPRIOLI F., *Processo penale e commisurazione della pena*, in PAVARINI M. (a cura di),

*Silète poenologi in munere alieno!*, *teoria della pena e scienza penalistica*, *oggi*, Bologna, 2006, p. 135.

CAPRIOLI F., *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 7 ss.

CAPRIOLI F., SCOMPARIN L. (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, 2015.

CAPUTO M., *Estinzione del reato*, in CASSESE S. (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. III, p. 2333.

CAPUTO M., *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009.

CAPUTO M., *Le circostanze attenuanti generiche tra declino e camouflage*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 182.

CARNELUTTI F., *Il danno e il reato*, Padova, 1930.

CASCINI F., *Il carcere. I numeri*, *i dati*, *le prospettive*, in *Quest. giust.*, 2010, p. 50.

CASTALDO A., *Contenuto sanzionatorio e «trattamento» nella «nuova» sospensione condizionale: un'applicazione in tema di reati edilizi*, in *Arch. pen.*, 1984, p. 551.

CASTELLANO L., *Il carcere dei diritti*, in *Il Mulino*, 2015, p. 1093.

CASTELLANO L., STASIO D., *Diritti e castighi*, *Storie di umanità cancellata in carcere*, Milano, 2009.

CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, Milano, 2009.

CAUCHIE J.-F., *Peines de travail*, *Justice pénale en innovation*, Bruxelles, 2009.

CAVALLA F., TODESCAN F. (a cura di), *Pena e riparazione*, Padova, 2000.

CERETTI A., Di CIÒ F., MANNOZZI G., *Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze pratiche a confronto*, in SCAPARRO F. (a cura di), *Il coraggio di mediare. Contesti*, *teorie e pratiche di risoluzione alternative delle controversie*, Milano, 2001, p. 307.

CERETTI A., NATALI L., *Cosmologie violente*, *Percorsi di vite criminali*, Milano, 2009.

CERINI D., *I danni punitivi nel sistema italiano: riflessioni a margine di Cass. civ.*, *Sez. III*, *19 gennaio 2007*, *n. 1183*, in *Dir. economia assicuraz.*, 2008, p. 471 ss.

CERINI D., *La condanna per lite temeraria è una condanna per punitive damages? Una conferma da Tribunale di Milano*, *Sez. V*, *26 ottobre 2006*, in *Dir. economia assicuraz.*, 2008, p. 127 ss.

CERQUA L.D., *La rilevanza delle condotte riparatorie dell'imputato con riferimento ai reati di pericolo*, in *Il Giudice di pace*, 2009, p. 79.

CHRISTIE N., *Utility and Social Values in Court Decisions on punishment*, in HOOD R.G. (a cura di), *Crime*, *Criminology and Public Policy. Essays in Honour of Sir Leon Radzinowicz*, London, 1974, p. 290.

CLARKE R.G.V., *Situational Crime Prevention*, in *Crime and Justice: A Review of Research*, 1995, p. 91.

COLELLA A., *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2011, p. 221 ss.

COLELLA A., *La giurisprudenza di Strasburgo 2011: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012, p. 213 ss.

CONSULICH F., *La norma penale doppia.* Ne bis in idem *sostanziale e politiche di prevenzione generale: il banco di prova dell'autoriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2015, p. 73.

CORBETTA S., *op La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 134.
CORNACCHIA L., *Vittime e giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1760 ss.
CORNEL H., *Psychoanalytische Soziotherapie – Konzeption, Praxis und Evaluation*, in *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse, Band IV: Legalbewährung und Ich-Struktur*, Baden-Baden, 1998, p. 120.
CORNEL H., *Gemeinnützige Arbeit Abwendung der Vollstreckung con Ersatzfreiheitsstrafen und als selbständige Sanktion*, in PRITTWITZ W., BAURMANN M., GÜNTHER K. (a cura di), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden Baden, 2002, p. 821.
CORNEL H., KAWAMURA-REINDL G., MAECKLICKE B., RÜDEGER SONNEN B., *Resozialisierung, Handbuch*, Baden-Baden, 2009.
CORNELLI R., *L'andamento dei furti in Italia*, in CERETTI A., CORNELLI R. (a cura di), *Proprietà e sicurezza, La centralità del furto per la comprensione del sistema penale tardo-moderno*, Torino, 2007.
CORVI P., *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, in *Riv. it. di. proc. pen.*, 2013, p. 1794 ss.
COZZI F., TRINCI A., *La sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità per i reati di guida in stato di ebbrezza o di intossicazione da sostanze stupefacenti*, in *www.penale contemporaneo.it.*
CRESPI A., *Le argomentazioni "en forme de poire" e i nuovi itinerari della pecunia doloris*, in *Riv. società*, 2007, 1359 ss.
CREWE B., *Depth, weight, tightness: Revisiting the pains of imprisonment*, in *Punishment & Society*, 2011, p. 509 ss.
CURI U., *La pena come vendetta*, in *La Lettura*, 18 marzo 2012.

D'ALESSANDRO F., *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012.
DE FLAMMINEIS S., *Omesso impedimento delle violenze sessuali in famiglia: esigenze dogmatiche e di politica criminale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3230 ss.
DE LEO G., *Psicologia della responsabilità*, Roma-Bari, 1998.
DE MAGLIE C., SEMINARA S. (a cura di), *La riforma del codice penale, la parte generale*, in *Quaderni di Cassazione penale*, Milano, 2002.
DE SOUSA J. E BRITO, *Strafzwecke im Rechtsstaat*, in *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg, 2010, p. 306.
DE VERO G., *Corso di diritto penale*, Torino, 2004.
DE VERO G., *Prevenzione generale e "condanna dell'innocente"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 990.
DEL TUFO M., voce *Vittima del reato*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 996.
DEL TUFO M., *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, in AA.VV., FIANDACA G., VISCONTI C. (a cura di), *Punire Mediare Riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Torino, 2009, p. 107 ss.
DEL VECCHIO G., *Sul fondamento della giustizia penale*, in *Arch. pen.*, 1945, p. 93.
DEL VECCHIO G., *Sul fondamento della giustizia penale e sulla riparazione del danno*, Milano, 1958.

DELITALA G., *Le dottrine generali del reato nel progetto Rocco*, 1927, ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, *I*, 1976, p.

DELLA BELLA A., *Il ruolo dell'affidamento in prova nella crisi di certezza e di effettività della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1492.

DELLA BELLA A., *Three Strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 832.

DELLA BELLA A., *Un viaggio tra le misure sospensive: i nodi da sciogliere in attesa della promessa riforma del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 377 ss.

DELLA CASA F., *Misure alternative ed effettività della pena: una ricognizione della situazione odierna e delle prospettive di riforma*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 85.

DELLA CASA F., *Affidamento in prova al servizio sociale o (pura e semplice) "pay-back sanction"? Equivoci sul significato dell'art. 47 comma 7 ord. penit.*, in *Legisl. pen.*, 2004, p. 381.

DELLA CASA F., *Approvata la legge c.d. svuotacarceri: un altro "pannicello caldo" per l'ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario?*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 5.

DELLA CASA F., *Il problematico impiego della sospensione dell'esecuzione in chiave* "anti-overcrowding". *La parola alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 997 ss.

DELLA TORRE L., *Attuazione di meccanismi di* "Restorative Justice" *in alcuni paesi sudamericani e nella penisola iberica: delle differenti sfumature di un paradigma alternativo di giustizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1944 ss.

DEMURO G.P., *Diritto penale e risarcimento del danno: la tutela del bene giuridico concretamente leso*, in *Riv. pen.*, 1994, p. 1201.

DEMURO G.P., Ultima ratio: *alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1654 ss.

DI GIOVINE O., *Sul c.d. principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 159 ss.

DI GIOVINE O., *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1474 ss.

DI GIOVINE O., *La sanzione penale nella prospettiva delle neuroscienze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 626 ss.

DI LANDRO A., *Bonifiche: il labirinto della legislazione ambientale dove le responsabilità penali "si perdono". Criticità e prospettive della riparazione delle offese a un bene giuridico collettivo*, in *Dir. pen. cont.*, 28 febbraio 2014.

DI MARTINO A., *La sequenza infranta*, *profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998.

DIAMANTI I., *È ora di restituire lo Stato ai cittadini*, in *la Repubblica*, 9.1.2012, p. 1.

DIÉZ-RIPOLLÉS J.L., *A Diagnosis and Some Remedies for Spanish Criminal Justice Policy*, in *European Criminal Law Review*, 2012, p. 123 ss.

DODARO G., *Uguaglianza e diritto penale. Uno sguardo sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012.

DODARO G., *Il sovraffollamento delle carceri: un rimedio* extra ordinem *contro le violazioni dell'art. 3 CEDU*, in *Quad. cost.*, 2013, p. 428 ss.

DODARO G., *recenti sviluppi del controllo di proporzionalità in materia penale nella sen-*

*tenza costituzionale 23 marzo 2016*, *n. 56 sul delitto paesaggistico*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2001 ss.
DOLCINI E., *Lavoro libero e controllo sociale: profili comparatistici e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 479.
DOLCINI E., *La commisurazione della pena*, *la pena detentiva*, Padova, 1979.
DOLCINI E., *La "rieducazione del condannato" tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 469; ora in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, p. 165.
DOLCINI E., *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 261.
DOLCINI E., *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 55.
DOLCINI E., *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 857.
DOLCINI E., *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 10.
DOLCINI E., *Il castigo sia moderato*, *ma certo*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 31 ss.
DOLCINI E., *La riforma della parte generale del codice e rifondazione del sistema sanzionatorio penale*, in DE MAGLIE C., SEMINARA S. (a cura di), *La riforma del codice penale*, *la parte generale*, Milano, 2002, p. 197.
DOLCINI E., *Riflessioni sull'evoluzione della pena in Italia*, in Ceretti A. (a cura di), *Pena controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland*, *Atti del convegno in onore di David Garland*, *Università di Milano-Bicocca*, *1 marzo 2004*, Milano, 2005, p. 113.
DOLCINI E., *La pena in Italia*, *oggi*, *tra diritto scritto e prassi applicativa*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1073.
DOLCINI E., *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 515.
DOLCINI E., *La rieducazione del condannato: un'irrinunciabile utopia?*, in *www.penale contemporaneo.it*, 7 dicembre 2011.
DOLCINI E., *La "questione penitenziaria"*, *nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1655 ss.
DOLCINI E., *Pene edittali*, *principio di proporzione*, *funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1956 ss.
DONINI M., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996.
DONINI M., voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1999, vol. XIV, p. 221 ss.
DONINI M., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in ID., *Alla ricerca di un disegno*, *Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, p. 386.
DONINI M., *Non punibilità e idea negoziale*, in ID., *Alla ricerca di un disegno*, *Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, p. 358.
DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.

DONINI M., PAPA M. (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007.
DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011.
DONINI M., *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, p. 889.
DONINI M., *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 124 ss.
DONINI M., *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1162 ss.
DONINI M., *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, 1, p. 70 ss.
DONINI M., *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2015, p. 236 ss.
DONINI M., *Scienza penale e potere politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015.
DOSTOEVSKIJ F., *Memorie di una casa morta*, Milano, 2004.
DOVA M., *Torreggiani c. Italia: un barlume di speranza nella cronaca del collasso annunciato del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 948 ss.
DRAGO F., GALBIATI R., VERTOVA P., *Prison conditions and recidivism*, disponibile in *www.econstor.eu*, p. 1 ss.
DUFF R.A., *Punishment, Expression and Penance*, in JUNG H. (a cura di), *Recht und Moral, Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Baden-Baden, 1991, p. 236.
DUFF R.A., GARLAND D., *Introduction: thinking about punishment*, in DUFF R.A., GARLAND D. (a cura di), *A Reader on Punishment*, Oxford, 1994, p. 6.
DÜNKEL F., GENG G., *Fakten zur Überlegung im Strafvollzug und Wege zur Reduzierung von Gefangenenraten*, in *Neue Kriminalpolitik*, 2003, p. 148.
DÜNKEL F., LAPPI-SEPPÄLÄ T., MORGENSTERN C., VAN ZYL SMIT D. (a cura di), *Kriminalität, Kriminalpolitik, strafrechtliche Sanktionspraxis und Gefangenenraten im europäischen Vergleich*, vol. 1 e 2, Mönchengladbach, 2010.
DURKHEIM E., *La division du travail social. Etude sur l'organisation de sociétés supérieurs*, Paris, 1973.

EBERT U., *Talion und Vergeltung im Strafrecht – ethische, psychologische und historische Aspekte*, in JUNG H. (a cura di), *Recht und Moral, Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Baden-Baden, 1991, p. 249.
ELIAS N., *Über den Prozeß der Zivilisation*, Frankfurt am Main, 1969.
ELLGER H., *Der Erziehungszweck im Strafvollzug*, Halle, 1922.
EMANUELE P.P., *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in D'ORLANDO E., MONTANARI L. (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008*, Torino, 2009, p. 73 ss.
ESUSEBI L., *Giustizia conciliativa e discrezionalità nel sistema penale*, in PICOTTI L., SPANGHER G. (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Milano, 2005, p. 55.

ESUSEBI L., *La prevenzione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 963.

ESUSEBI L. (a cura di), *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Milano, 2015.

EUSEBI L., *La "nuova" retribuzione*, in MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 93.

EUSEBI L., *Prescrizioni a carico del condannato e sospensione condizionale della pena. Spunti di riflessione dai modelli tedesco occidentale ed austriaco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 1148.

EUSEBI L., *La pena «in crisi». Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990.

EUSEBI L., *Dibattiti sulle teorie della pena e "mediazione"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 811.

EUSEBI L., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Dem. dir.*, 2000, p. 114 ss.

EUSEBI L., *Forme e problemi della premialità nel diritto penale*, in *Studium iuris*, 2001, p. 273.

EUSEBI L., *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, in STILE A. (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale: la posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, 2003, p. 514 ss.; anche in PICOTTI L., SPANGHER G. (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, *Il volto delineato dalla legge sulla competenza del giudice di pace*, Milano, 2002, p. 17.

EUSEBI L., *La privazione della libertà nel diritto penale e la Costituzione (sull'esigenza di un ripensamento delle strategie preventive)*, in *Quest. giust.*, 2004, p. 473.

EUSEBI L., *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in PAVARINI M. (a cura di), *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Bologna, 2006, p. 67 ss., anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1157 ss.

EUSEBI L., *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1109 ss.

EUSEBI L., *Ripensare le modalità della risposta ai reati traendo spunto da C. Eur. Dir. Uomo 19 giugno 2009*, *Sulejmanovic c. Italie*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4938.

EUSEBI L., *Dirsi qualcosa di vero dopo il reato: un obiettivo rilevante per l'ordinamento giuridico?*, in *Criminalia*, 2010, p. 637.

EUSEBI L., *Quale oggetto dell'abolizionismo penale? Appunti nel solco di una visione alternativa della giustizia*, in *Studi sulla questione criminale*, 2011, p. 81.

EUSEBI L., *Verso la fine del dolo eventuale? (salvaguardando*, in itinere, *la formula di* Frank), in *Dir. pen. cont.*, 14 aprile 2014.

FAGET J., *I "ragionevoli compromessi" della mediazione penale*, in *Studi sulla questione criminale*, 2009, p. 59 ss.

FALCÓN Y TELLA M.J., FALCÓN Y TELLA F., *Fondamento e finalità della sanzione: diritto di punire?*, Milano, 2008.

FASSONE E., *Probation e affidamento in prova*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986.

FEINBERG J., *The expressive function of punishment*, in DUFF R.A., GARLAND D. (a cura di), *A Reader on Punishment*, Oxford, 1994, p. 73 ss.

FERRAJOLI L., *Ravvedimento processuale e inquisizione penale*, in *Quest. giust.*, 1982, p. 217.
FERRAJOLI L., *Diritto e ragione*, *Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2000.
FERRARI L., *No prison ovvero il fallimento del carcere*, Soveria Mannelli, 2015.
FERRARO S., *La pena visibile o della fine del carcere*, Soveria Mannelli, 2013.
FIANDACA G., *Repressione penale dell'ubriachezza e violazione del principio di uguaglianza*, in *Foro it.*, 1982, I, 1788.
FIANDACA G., *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione*, *prassi giudiziaria e dottrina*, in *Questione giustizia*, 1991, p. 46.
FIANDACA G., *sub Art. 27*, *c. 3*, in BRANCA G., PIZZORUSSO A. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, p. 222.
FIANDACA G., *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi Nuvolone*, vol. I, Milano, 1991, p. 167.
FIANDACA G., *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in VASSALLI G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 131.
FIANDACA G., *La riforma codicistica tra mito accademico e realtà politico-culturale*, in STORTONI L., INSOLERA G. (a cura di), *Gli ottant'anni del Codice Rocco*, Bologna 2012, p. 207 ss.
FIANDACA G., *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, *tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo*, in *Dir. pen. cont.*, 2012.
FIANDACA G., DI CHIARA G., *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003.
FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, *parte generale*, Bologna, 2008.
FIORE C., MOCCIA S., CAVALIERE A., *Quale riforma del codice penale?*, Napoli, 2009.
FIORENTIN F., *Uscito dalla porta*, *rientra dalla finestra l'obbligo del risarcimento del danno per la concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale?*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1200 ss.
FIORENTIN F., *Criminalità dei «colletti bianchi» e affidamento in prova al servizio sociale*, in *Giur. merito*, 2011, p. 790 ss.
FIORENTIN F. (a cura di), *Misure alternative alla detenzione*, Torino, 2012.
FIORIO C., *Cronache del terzo millennio: politiche legislative e libertà personale*, in *Arch. pen.*, 2/2014, p. 1 ss.
FOFFANI L., *Rilievi critici in tema di riforma del diritto societario*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1197.
FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999.
FONDAROLI D., *Profili problematici del risarcimento e della riparazione come strumenti penalistici "alternativi"*, in VENAFRO E., PIEMONTESE C. (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino, 2005, p. 137.
FONDAROLI D., *Illecito Risarcimento e/o riparazione del danno e/o dell'offesa nel diritto penale: una questione di inalterata attualità*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, p. 1015.
FORMICA M., sub *Disposizioni penali e di procedura penale*, in MONTUSCHI L. (a cura di), *La nuova sicurezza sul lavoro*, *d.lgs. 9 aprile 2008*, *n. 81 e successive modifiche*, vol. III, *Norme penali e processuali*, Bologna, 2011, p. 305.

FORTI G., *Tra criminologia e diritto penale: «cifre nere» e funzione generalpreventiva della pena*, in MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 53.
FORTI G., *L'immane concretezza, metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000.
FORTI G., *La riforma del codice penale nella spirale dell'insicurezza: i difficili equilibri tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 39.
FORTI G., *Principio del danno e legittimazione "personalistica" della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 597.
FORTI G., *Dignità umana e persone soggette all'esecuzione penale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 237 ss.
FOUCAULT M., *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, 1975.
FOUCAULT M., *Alternatives à la prison: diffusion ou décroissance du contrôle social*, in *Criminologie*, 1993, p. 25.
FRISCH W., *Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4, 2014, p. 164 ss.
FRIZE N., *Le sens de la peine. État de l'idéologie carcérale*, Paris, 2004.
FUMASOLI G., *Ursprünge und Anfänge der Schellenwerke. Ein Beitrag zur Frühgeschichte des Zuchthauswesens*, Zurich, 1981.

GALANTINI N., *Il 'fatto' nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1206 ss.
GALIMBERTI U., *I miti del nostro tempo*, Milano, 2009.
GALLO M., *L'evoluzione del pensiero della Corte costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 3203.
GARAPON A., *La justice reconstructive*, in GARAPON A., GROSS F., PECH T., *Et ce sera Justice, Punir en démocratie*, Paris, 2001, p. 308.
GARDE-SCHMITZ J., *Täter-Opfer-Ausgleich, Wiedergutmachung und Strafe im Strafrecht*, Hamburg, 2006.
GARGANI A., *Dal* corpus delicti *al* Tatbestand. *Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997.
GARGANI A., *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione penale*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1259.
GARGANI A., voce *Incolumità pubblica (delitti contro la)*, in *Enc. dir., Annali VIII*, Milano, 2015, p. 571 ss.
GARGANI A., *Le posizioni di garanzia*, in *Giur. it.*, 2016, p. 214 ss.
GARLAND D., *Punishment and Modern Society*, Oxford, 1990, p. 196.
GARLAND D. (trad. a cura di Ceretti A.), *La cultura del controllo, Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Milano, 2004.
GAROFALO R., *Riparazione alle vittime del delitto*, Torino, 1887.
GATTA G.L., *L'obbligo del lavoro nella sospensione condizionale riformata*, in *Corr. merito*, 2006, p. 329.
GATTA G.L., *Carcere e recidiva: avviata una ricerca dal Ministero della Giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 21 novembre 2011.
GATTA G.L., *sub Art. 165*, in DOLCINI E., GATTA G.L. (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2015.

GEMMA G., *Principio costituzionale di eguaglianza e remissione della sanzione, clemenza e autorizzazione a procedere alla luce dell'art. 3 della Costituzione*, Milano, 1983.
GIACOMETTI T., *La tutela penale del capitale sociale*, in ALESSANDRI A. (a cura di), *Reati in materia economica*, in PALAZZO F., PALIERO C.E. (a cura di), *Trattato teorico pratico di diritto penale*, vol. VIII, Torino, 2016, p. 157 ss.
GIAVAZZI E., *Le sanzioni interdittive e la pubblicazione della sentenza penale di condanna*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti, D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2002, p. 117.
GILMORE R.W., *Golden Gulag: Prisons, Surplus, Crisis and Opposition in Globalizing California*, 2007.
GILOTTA S., *Manipolazione del mercato: considerazioni su dinamica del fatto e danni civili da reato*, in *Giur. comm.*, 2007, p. 1304 ss.
GIRARD R., *La violenza e il sacro*, Milano, 1980.
GIUNTA F., voce *Sospensione condizionale della pena*, in *Enc. dir.*, XLIII, 1990, p. 87.
GIUNTA F., *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 414.
GIUNTA F., *La giurisdizione penale di pace. Profili di diritto sostanziale*, in *Studium iuris*, 2001, p. 395.
GIUNTA F., *Le sanzioni*, in GIOSTRA G., ILLUMINATI G. (a cura di), *Il Giudice di Pace nella giurisdizione penale*, Torino, 2001, p. 399.
GIUNTA F., *I nuovi orizzonti della sospensione condizionale della pena alla luce della legge 11 giugno 2004, n. 145*, in *Studium iuris*, 2004, p. 1335.
GIUNTA F., *La metafora punitiva: dalle pene perdute a quelle ritrovate?*, in *Crit. dir.*, 2004, p. 264 ss.
GIUNTA F., *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 343.
GOISIS L., *La pena pecuniaria: un'indagine storica e comparata*, Milano, 2008.
GOLASH D., *The Case against Punishment, Retribution, Crime Prevention and the Law*, New York, 2005.
GRANDE E., *Il terzo strike, La prigione in America*, Palermo, 2007.
GRASSO G., *La riforma del sistema sanzionatorio: le nuove pene sostitutive della detenzione di breve durata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 1411.
GREENBERG D.F., *Novos ordo saecolorum?*, in GARLAND D. (a cura di), *Mass Imprinonment. Social Causes and Consequences*, London, 2001, p. 70.
GREENBERG D.F., *Punishment, Division of Labor, and Social Solidarity*, in LAUFER W.S., ADLER F. (a cura di), *The Criminology of Criminal Law. Advances in Criminological Theory*, vol. 8, Piscataway, 1999, p. 283.
GREGORACI G., *Della riparazione del danno nella funzione punitiva*, Torino, 1903.
GREVE V., *Criminal Law: A Technical Tool or a Cultural Manifestation On Uniformity and Subsidiarity*, in *Scandinavian Studies in Law, Criminal Law*, vol. 54, 2009, p. 51 ss.
GREVI V. (a cura di), *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, Bologna, 1982.
GREVI V., sub *Art. 1*, in DELLA CASA F. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2011.

GROS F., *Foucault et «la société punitive»*, in *Pouvoirs*, 135, 2010, § 5.
GROSS F., *Punir c'est rappeler la loi*, in GARAPON A., GROSS F., PECH T., *Et ce sera Justice, Punir en démocratie*, Paris, 2001, p. 137.
GROSSO C.F., *Le pene pecuniarie di fronte all'art. 27 3° comma della Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 999 ss.
GUERRA S., *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in SCALFATI A. (a cura di), *Il giudice di pace, un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, 2001, p. 497.
GÜNTHER K., *Die Symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe, Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?*, in PRITTWITZ W., BAURMANN M., GÜNTHER K. (a cura di), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden Baden, 2002, p. 205.

HAFFKE B., *Problemaufriss; Die Bedeutung der sozialpsychologischen Funktion der Schuld und Schuldunfähigkeit für die strafrechtliche Schuldlehre*, in HASSEMER W., LÜDERSSEN K., *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, München, 1978, p. 153.
HAFFKE G., *Die Legitimation des staatlichen Strafrechts zwischen Effizienz, Freiheitsverbürgung und Symbolik*, in SCHÜNEMANN B., ACHENBACH H., HAFFKE B. (a cura di) *Festschrift für Klaus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2001, p. 955.
HART H.L.A., *Prologomena zu einer Theorie der Strafe*, in HART H.L.A. (a cura di), *Recht und Moral*, 1971, p. 58.
HART H.L.A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, 1968, (trad. a cura di JORI M.), *Responsabilità e pena*, Milano, 1981.
HART H.L.A., *The concept of law*, Oxford, 1994.
HASSEMER W., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1981.
HASSEMER W., *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 1992, 398.
HASSEMER W., *Freiheitliches Strafrecht*, Berlin, 2001.
HASSEMER W., *Darf der strafende Staat Verurteilte bessern wollen? Resozialisierung im Rahmen positiver Generalprävention*, in PRITTWITZ W., BAURMANN M., GÜNTER K. (a cura di), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden Baden, 2002, p. 225.
HASSEMER W., *Sicherheit durch Strafrecht*, in *Strafverteidiger*, 2006, p. 322.
HASSEMER W., *Warum Strafe sein muss*, Berlin, 2009.
HASSEMER W., REEMTSMA J.P., *Verbrechensopfer Gesetz und Gerechtigkeit*, München, 2002.
HEINZ W., *Das strafrechtiche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882 – 2004*, *www.uni-konstanz.de/rtf/kis/sanks04.htm.*
HEINZ W., *Was ist strafe? Eine empirische Annäherung*, in MÜLLER-DIETZ H., MÜLLER E., K.-L. KUNZ, RADTKE H., BRITZ G., MOMSEN C., KORIATH H. (a cura di), *Festschrift für Heike Jung*, Baden-Baden, 2007, p. 273.
HERZBERG R.D., *Grund und Grenzen der Strafbefreiung vom Rücktritt vom Versuch – von der Strafzwecklehre zur Schulderfüllungstheorie*, in KÜPER F., PUPPE I., TENCKHOFF J. (a cura di), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, Berlin, New York, 1987, p. 325.
HERZOG J.-B., *Le programme minimum de la Société Internationale de Défense Sociale*, in *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1954, p. 807.

HÜSLER G., LOCHER J., *Kurze Freiheitsstrafen und Alternativen. Analyse der Sanktionspraxis und Rückfall-Vergleichsuntersuchung*, Bern, Stuttgart, 1991.

ILLUMINATI G., *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1130 ss.
INGRASSIA A., *Il tortuoso percorso della giurisprudenza di legittimità sulla omessa bonifica: dal "silenzio inevitabile" della norma penale simbolica al "canto delle sirene" della "giustizia tutta intera"*, in *Riv. giur. dell'ambiente*, 2011, p. 270.
INGRASSIA A., *Lavoro di pubblica utilità: una prima significativa svolta nella prassi milanese*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2012.
INSOLERA G. (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006.

JACKSON B., *In the Life*, New York, Chicago, San Francisco, 1972.
JACKSON B., *Pictures from a drawer*, *prison and the art of portraiture*, Philadelphia, 2009.
JAKOBS G., *Das Schuldprinzip*, Opladen, 1993.
JAKOBS G., *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1995, p. 843.
JAKOBS G., *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004.
JEHLE J.-M., ALBRECHT H.-J., HOHMANN-FRICKE S., TETAL C. (in collaborazione con il *Bundesamt für Justiz*), *Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine Bundesweite Rückfalluntersuchung 2004 bis 2007*, Berlin, 2010.
JEHLE J.-M., ALBRECHT H.-J., HOHMANN-FRICKE S., TETAL C. (in collaborazione con il *Budesamt für Justiz*), *Legalbewährung nach strafrechtlichen Sanktionen. Eine Bundesweite Rückfalluntersuchung 2007 bis 2010 und 2004 2010*, Berlin, 2013.
JESCHECK H.-H., *Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1981, p. 3.
JESCHECK H.-H., *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in rechtsvergleichender Darstellung*, in JESCHECK H.-H. (a cura di), *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht*, vol. 3, Baden-Baden, 1984, p. 1937.
JESCHECK H.-H., WEIGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts*, *Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996.
JUNG C.G. (traduzione it. a cura di Veneziani B.), *Psicologia e religione*, Milano, 1948.
JUNG H., *Sanktionensysteme und Menschenrechte*, Bern, Stuttgart, Wien, 1992.
JUNG H., *Die "European Rules on community Sanctions and Measures"*, in FEUERHELM W., SCHWIND H.-D., BOCK M. (a cura di), *Festschrift für Alexander Böhm*, Berlin, 1999, p. 69.
JUNG H., *Was ist Strafe?*, Baden-Baden, 2002.

KAHNEMAN D., *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2011.
KAISER G., *Kriminologie*, Heidelberg, 1996.
KELLENS G., *La mesure de la peine. Précis de pénologie et de droit des sanctions pénales*, Liège, 1991.
KILLIAS M., KUHN A., DONGOIS N., AEBI M.F., *Précis de droit pénal général*, Bern, 2008.
KING F., *sub Art. 132*, in MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2011.

KING F., *sub Art. 133*, in MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2011.

KÜHL K., *Die ethisch-moralischen Grundlagen des Strafrechts*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2004, p. 870.

KÜHL K., *Zum Missbilligungscharakter der Strafe*, in ARNOLD J. (a cura di), *Menschenrechtes Strafrecht*, *Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München, 2005, p. 149.

KUNZ K.-L., *Muss Strafe wirklich sein? Einige Überlegungen zur Beantwortbarkeit der Frage und zu den Konsequenzen daraus*, in AA.VV., *Muss Strafe sein? Kolloquium zum 60. Geburtstag von Herrn Professor Dr. Dr. h. c. Heike Jung*, Baden-Baden, 2004, p. 71.

KUNZ K.-L., *Zwei Schritte vor und (mindestens) einen zurück*, in MÜLLER-DIETZ H., MÜLLER E., KUNZ K.-L., RADTKE H., BRITZ G., MOMSEN C., KORIATH H. (a cura di), *Festschrift für Heike Jung*, Baden-Baden, 2007, p. 470.

KURY H., BRANDENSTEIN M., YOSHIDA T., *Kriminalpräventive Wirksamkeit härterer Sanktionen – Zur neuen Punitivität im Ausland (USA*, *Finnland und Japan)*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2009, p. 190.

LACEY N., WELLS C., QUICK O., *Reconstructing Criminal Law*, Cambridge, 2010.

LANGAN P.A., FARRINGTON D.P., *Crime and Justice in the United States and England and Wales*, *1981-96*, 1998.

LANGUIN N., KELLERHALS J., ROBERT CH.-N., *L'art de punir. Les représentation sociales d'une «juste» peine*, Genéve-Zürich-Bâle, 2006.

LAPPI-SEPPÄLÄ T., *Reducing the Prison Population – Long-term Experiences from Finland*, in BONDESON U.V. (a cura di), *Crime and Justice in Scandinavia*, København, 2005, p. 386 ss.

LARIZZA S., *Il principio di legalità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 122.

LEONARDI F., *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale e abbattimento della recidiva*, in *Rass. pen. crim. e crim.*, 2007, p. 7.

LEONCINI I., *L'obbligo di permanenza domiciliare e il lavoro di pubblica utilità*, in SCALFATI A. (a cura di), *Il giudice di pace*, *un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, 2001, p. 441.

LEYENDECKER N.A., *(Re)Sozialisierung und Verfassungsrecht*, Berlin, 2002.

LIEBKNECHT K., *Gegen die Freiheitsstrafe. Ein Entwurf*, in *Gesammelte Reden und Schriften*, Band IX, Berlin, 1982, p. 395.

LOVELESS J., *R. v GAC: battered woman "syndromization"*, in *Criminal Law Review*, 2014, p. 655 ss.

LÜDERSSEN K., *Die Krise des öffentlichen Strafanspruch*, Frankfurt am Main, 1989.

LÜDERSSEN K., *Abschaffen des Strafens*, Frankfurt am Main, 1995.

LÜDERSSEN K., *Moderne Wege kriminalpolitischen Denkens – Einführende Bemerkungen zum gesamten Werk*, in *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse*, *Band I: Legitimationen*, Baden-Baden, 1998, p. 63.

LÜDERSSEN K., *Muss Strafe sein? Das Strafrecht auf dem Weg in die Zivilgesellschaft*, in *Festschrift für Winfred Hassemer*, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg, 2010, p. 468.

LÜDERSSEN K., *Im Zweifel gegen den Täter?*, in *F.A.Z.*, 16.6.2011, p. 10.

LUNGHINI G., *L'aggiottaggio (uso e consumo) e il ruolo della Consob*, in *Riv. società*, 2007, 482 ss.

MAGRO SERVET V., *La ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, in *Las penas y sus alternativas*, Madrid, 2005, p. 13.

MANCONI L., ANASTASIA S., CALDERONE V., RESTA F., *Abolire il carcere*, con postfazione di Zagrebelsky G., Milano, 2015.

MANCONI L., TORRENTE G., *La pena e i diritti. Il carcere nella crisi italiana*, Roma, 2015.

MANCUSO C., *Uno sguardo 'oltremanica': strategie di contrasto del sovraffollamento carcerario nel modello inglese*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 1/2015, p. 469 ss.

MANCUSO E.M., *La giustizia riparativa in Austria e Germania: tra* Legalitätsprinzip *e vie di fuga dal processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1958 ss.

MANES V., *L'ultimo imperativo della politica criminale:* nullum crimen sine confiscatione, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1259 ss.

MANES V., *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Libro dell'anno del Diritto*, Treccani, 2013, p. 104 ss.

MANES V., *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 2105 ss.

MANGIARACINA A., *Italia e sovraffollamento carcerario: ancora sotto osservazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2015, p. 410 ss.

MANNA A., *Il risarcimento del danno fra diritto civile e diritto penale*, in *Ind. pen.*, 1991, p. 591.

MANNOZZI G., *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione della pena*, *Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano*, Padova, 1996.

MANNOZZI G., *La giustizia senza spada*, Milano, 2003.

MANNOZZI G., *La mediazione nell'ordinamento giuridico italiano: uno sguardo d'insieme*, in MANNOZZI G. (a cura di), *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, Milano, 2004, p. 42.

MANNOZZI G., *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1129.

MANNOZZI G., *La giustizia riparativa: percorsi evolutivi culturali*, *giuridici e sociali*, in PALAZZO F., BARTOLI R. (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze, 2011, p. 27.

MANNOZZI G., *La reintegrazione sociale del condannato tra rieducazione*, *riparazione ed empativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 838 ss.

MANNOZZI G., *La giustizia riparativa per il crimine dei colletti bianchi: una possibilità o un paradosso?*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, vol. II, Milano, 2016, p. 847 ss.

MANNOZZI G., LODIGIANI G.A. (a cura di), *Giustizia riparativa*, Bologna, 2015.

MANNOZZI G., LODIGIANI G.A., *La giustizia riparativa. Formanti*, *parole e metodi*, Torino, 2017.

MANTOVANI F., *Sanzioni alternative alla pena detentiva e prevenzione generale*, in ROMANO M., STELLA F. (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 69.

MANTOVANI F., *La «perenne crisi» e la «perenne vitalità» della pena. E la «crisi di solitudine» del diritto penale*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1171.

MANTOVANI F., *Diritto penale*, *parte generale*, Padova, 2009.
MARCHETTI I., MAZZUCATO C., *La pena in castigo: un'analisi critica su regole e sanzioni*, Milano, 2006.
MARGARA A., *Sorvegliare e punire: storia di 50 anni di carcere*, in *Quest. giust.*, 2010, p. 103.
MARINUCCI G., *L'abbandono del codice Rocco tra rassegnazione e utopia*, in MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 327.
MARINUCCI G., *Gestione d'impresa e pubblica amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 424.
MARINUCCI G., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in MARINUCCI G., DOLCINI E., *Studi di diritto penale*, 1991, p. 45 ss.
MARINUCCI G., *Riforma o collasso del controllo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1063.
MARINUCCI G., *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 160.
MARINUCCI G., *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di un adeguamento della regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen*, 2005, p. 29.
MARINUCCI G., DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, Milano, 2001.
MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, *parte generale*, Milano, 2009.
MARTIELLO G., *La tutela penale del capitale sociale nelle società per azioni*, Firenze, 2007.
MARTINSON R., *What works. Question and Answer about Prison Reform*, 1974.
MARTUFI A., *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Napoli, 2015.
MASTROBUONI G., TERLIZZESE D., *Rehabilitating Rehabilitation: Prison Conditions and Recidivism*, *EIEF Working Paper 13/14*, November 2014, in *www.eief.it.*
MAURER M., *Komparative Strafzumessung. Ein Beitrag zur Fortentwicklung des Sanktionenrechts*, Berlin, 2005.
MAZZACUVA FR., *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1899 ss.
MAZZUCATO C., *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, in PICOTTI L., SPANGHER G. (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, *Il volto delineato dalla legge sulla competenza del giudice di pace*, Milano, 2002, p. 85.
MAZZUCATO C., *La giustizia penale in cerca di umanità. Su alcuni intrecci teorico-pratici fra sistema del giudice di pace e programmi di giustizia riparativa*, in PICOTTI L., SPANGHER G. (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Milano, 2005, p. 139.
MAZZUCATO C., *Giustizia esemplare. Interlocuzione con il precetto penale e spunti di politica criminale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, Napoli, 2011, p. 407.
MERLO A., *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1427 ss.
MEWS A., HILLIER J., MCHUGH M., COXON C., *The impact of short custodial sentences*, *community orders and suspended sentence orders on re-offending*, Ministry of Justice, 2015.
MICHELETTI D., *d.lg. 3 aprile 2006*, *n. 152*, *Norme in materia ambientale*, sub *Articolo 257*, *Bonifica dei siti*, in *generale*, in PALAZZO F., PALIERO C.E. (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, p. 329 ss.
MIEDICO M., *La pena pecuniaria: disciplina*, *prassi e prospettive di riforma*, Milano, 2008.

MIEDICO M., sub *Art. 168-bis*, in DOLCINI E., GATTA G.L. (diretto da), *Codice penale commentato*, Milano, 2015, p. 2332 ss.
MILITELLO V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982.
MILLER I.W., *Occhio per occhio*, Torino, 2008.
MOCCIA S., *Contributo ad uno studio sulla teoria della penale di G.W.F. Hegel*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 131.
MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.
MOCCIA S., *Ideologie e diritto nel sistema sanzionatorio del codice Zanardelli*, in VINCIGUERRA S. (a cura di), *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova, 1999, p. 573.
MONACO L., *Sul recesso dal delitto tentato*, in *Studi Urbinati*, 1978-79, p. 219.
MONACO L., PALIERO C.E., *Variazioni in tema di "crisi della sanzione": la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 421.
MOORE R. (a cura di), *A compendium of research and analysis on the Offender Assessment System (OASys) 2009-2013*, London, 2015.
MORRIS P., *Prisoners and their families*, London, 1965.
MUCCIARELLI F., *La tutela penale del capitale sociale e delle riserve obbligatorie per legge*, in ALESSANDRI A. (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, *D.Lgs. 11 aprile 2002*, *n. 61*, Milano, 2002, p. 287.
MÜLLER H.-DIETZ, *Zur sog. "Drittwirkung" des Freiheitsentzugs*, in MANFRED H., JÄGER C., SCHÜNEMANN B. (a cura di), *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin, New York, 2011, p. 1159.
MÜLLER S., *Sanktionen und Strafauswahl in Frankreich*, Freiburg, 2003.
MÜLLER-DIETZ H., *Der Ort des Strafvollzugs in einem künftigen Sanktionensystem*, in FEUERHELM W., SCHWIND H.-D., BOCK M. (a cura di), *Festschrift für Alexander Böhm*, Berlin, 1999, p. 17.
MÜLLER-DIETZ H., *Integrationsprävention und Strafrecht*, *Zum positiven Aspekt der Generalprävention*, in *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70.zig Geburtstag*, vol. 2, Berlin, 1985, p. 813.
MURDOCH J., *The impact of the Council of Europe's "Torture Committee" and the evolution of standard-setting in relation to places of detention*, in *European Human Rights Law Review*, 2006, p. 158 ss.
MURRAY C., *Does prison work?*, London, 1997.
MUSCO E., *La premialità nel diritto penale*, in *Ind. pen.*, 1986, p. 595.
MUSCO E., *I nuovi reati societari*, Milano, 2002.

NATALE A., *Carceri: capienza (in)tollerabile*, *cultura della giurisdizione e valore della prassi*, in *Quest. giust.*, 2010, p. 91.
NAUCKE W., *Strafrecht. Eine Einführung*, Neuwied, Kriftel, 2000.
NUVOLONE P., *Il problema della rieducazione del condannato*, in ID., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padova, 1969.

ORLANDI R., *Il sovraffollamento delle carceri al vaglio della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2013, p. 424 ss.
ORLANDI R., *La mediazione penale tra finalità conciliative ed esigenze di giustizia*, in *Ac-*

*certamento del fatto*, *alternative al processo*, *alternative nel processo*, *Atti del convegno*, *Urbino*, *23-24 settembre 2005*, Milano, 2007, p. 165.
ORTMANN R., *Zur Sozialtherapie im Strafvollzug*, *eine experimentelle Langschnittstudie zu den Wirkungen von Strafvollzugsmaßnahmen auf Legal- und Sozialbewährung*, Freiburg, 2002.
OSENBRÜGGEN E., *Das Alemannische Strafrecht im deutschen Mittelalter*, Schaffausen, 1860.

PACKER H.L., *The limits of the Criminal Sanction*, Stanford, 1968.
PADOVANI T., *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 534.
PADOVANI T., *L'utopia punitiva*, Milano, 1981.
PADOVANI T., *La sospensione condizionale oltre l'orizzonte delle «modifiche al sistema penale»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1249 ss.
PADOVANI T., Lectio brevis *sulla sanzione*, in BUSNELLI F.D., SCALFI G. (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, p. 55 ss.
PADOVANI T., *Sospensione e sostituzione nella prospettiva d'un nuovo sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 983 ss.
PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze. «Premio e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 407.
PADOVANI T., *L'attenuante del risarcimento del danno e l'indennizzo assicurativo*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1185.
PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 419.
PADOVANI T., sub *artt. 19-24 d.lgs. 19 dicembre 1994*, *n. 758*, in *Leg. pen.*, 1995, p. 375 ss.
PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, 2004.
PADOVANI T., *Una introduzione al Progetto di parte generale della commissione Nordio*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2843 ss.
PADOVANI T., *Lo stato dell'amministrazione penitenziaria*, *Relazione al Convegno "Giustizia! In nome della legge e del popolo sovrano*, Roma, 28-29 luglio 2011.
PADOVANI T., STORTONI L., *Diritto penale e fattispecie. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 2006.
PAGLIARO A., *Pluridimensionalità della pena*, in *Il problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, p. 325.
PAGLIARO A., *Le indagini empiriche sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 447.
PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, *parte generale*, Milano, 2003.
PALAZZO F., *Le interdizioni nella prospettiva delle misure alternative alla pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 190 ss.
PALAZZO F., *Il principio di determinatezza*, Padova, 1979.
PALAZZO F., *Analisi empiriche ed indicazioni di riforma in materia di sanzioni sostitutive ex officio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 681.
PALAZZO F., *Bene giuridico e tipi di sanzioni*, in *Ind. pen.*, 1992, p. 209 ss.
PALAZZO F., voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, p. 340.
PALAZZO F., *Principi fondamentali e opzioni politico criminali nella tutela penale dell'am-*

*biente*, in GRASSI S., CECCHETTI M., ANDRONIO A. (a cura di), *Ambiente e diritto*, *II*, Firenze, 1999, p. 545.
PALAZZO F., *Esecuzione progressiva e «benefici» penitenziari: che cosa conservare*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 149.
PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, *parte generale*, Torino, 2008.
PALAZZO F., *Mezzi di comunicazione e giustizia penale*, in *Pol. dir.*, 2009, p. 193.
PALAZZO F., *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1610 ss.
PALAZZO F., *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 97 ss.
PALAZZO F., *La riforma penale alza il tiro?* Considerazioni sul disegno di legge A.S. 2067 e connessi, in *Dir. pen. cont.*, 30 maggio 2016.
PALAZZO F., BARTOLI R., *Certezza o flessibilità della pena? Verso la riforma della sospensione condizionale*, Torino, 2007.
PALIERO C.E., *«materia penale» e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione «classica» a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894 ss.
PALIERO C.E., Minima non curat praetor. *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.
PALIERO C.E., *Il lavoro libero nella prassi sanzionatoria italiana: cronaca di un fallimento annunciato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 116.
PALIERO C.E., *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 430.
PALIERO C.E., *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 510.
PALIERO C.E., voce «*Depenalizzazione*», in *Dig. disc. pen.*, 1995, 425.
PALIERO C.E., *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in VASSALLI G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 147.
PALIERO C.E., *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 467.
PALIERO C.E., *La mediazione penale tra finalità conciliative ed esigenze di giustizia*, in *Accertamento del fatto*, *alternative al processo*, *alternative nel processo*, *Atti del convegno*, *Urbino*, *23-24 settembre 2005*, Milano, 2007, p. 111.
PALIERO C.E., DOLCINI E., *Il carcere ha alternative?*, Milano, 1989.
PANIZZO F., *Primi dati sull'applicazione dell'art. 35 d.lgs. n. 274/2000*, in PICOTTI L., SPANGHER G. (a cura di), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, Milano, 2005, p. 249.
PAONESSA C., *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia*, 2012, p. 641 ss.
PAPA M., *Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura edittale delle pene in Italia e negli U.S.A.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 726 ss.
PAVARINI M., *I nuovi confini della penalità*, Bologna, 1994.
PAVARINI M., The Spaghetti Incapacitation. *La nuova disciplina della recidiva*, in INSOLERA G. (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, 10 ss.

PAVARINI M., *Opinioni a confronto. Sovraffollamento carcerario e differimento dell'esecuzione*, in *Criminalia*, 2013, p. 486 ss.
PAVARINI M., STORTONI L. (a cura di), *Pericolosità e giustizia penale*, Bologna, 2013.
PAWLIK M., *Person*, *Subject und Bürger*, *Zur Legitimation von Strafe*, Berlin, 2004.
PECH T., *Genése de la peine neutre*, in GARAPON A., GROS F., PECH T., *Et ce sera Justice*, *Punir en démocratie*, Paris, 2001, p. 165.
PECORELLA C., *Mutilazioni genitali femminili: la prima sentenza di condanna*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 853 ss.
PECORELLA C., *Quale futuro per la pena detentiva?*, in BUZZELLI S. (a cura di), *I giorni scontati. Appunti sul carcere*, Roma, 2012, p. 45 ss.
PECORELLA C., *Sicurezza vs libertà? La risposta penale alle violenze sulle donne nel difficile equilibrio tra istanze repressive e interessi della vittima*, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2016.
PEDRAZZI C., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, ora in ID., *Diritto penale*, vol. II.
PEDRAZZI C., *La disciplina penale delle società commerciali*, in *D. disc. pen.*, 4ª ed., vol. XIII, Torino, 1998, 347; ora in ID., *Diritto penale*, *vol. III*, *scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, 293.
PEDRAZZI C., *La privation de la liberté dans les perspectives de la lutte contre le crime*, *particulièrement à l'égard des ses nouvelles formes*, in Relazione di sintesi al Colloquio di Bellagio in preparazione del 5° Congresso delle Nazioni Unite per la prevenzione dei reati e il trattamento dei delinquenti (Toronto 1-12 settembre), Milano, CNPDS, 1975, p. 82 ss.; ora in ID., *Diritto penale*, *Scritti di parte generale*, *vol. I*, Milano, 2003, p. 499.
PEDRAZZI C., *Problemi di tecnica legislativa*, in AA.VV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1979; ora in ID., *Diritto penale*, *vol. III*, *scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, 129.
PEDRAZZI C., voce *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, p. 64; ora in ID., *Diritto penale*, *Scritti di parte generale*, *vol. I*, Milano, 2003, p. 147.
PELISSERO M., *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008.
PELISSERO M. (a cura di), *Reati contro l'ambiente e il territorio*, in PALAZZO F., PALIERO C.E. (a cura di), *Trattato teorico pratico di diritto penale*, Torino, 2013.
PELISSERO M., *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica*, *i compiti della dottrina*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 261 ss.
PELISSERO M., *La politica delle interpolazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 30 maggio 2016.
PERINI A., *Indebita restituzione dei conferimenti*, in CERQUA L.D. (a cura di), *Diritto penale delle società. Profili sostanziali e processuali*, *Tomo I*, Padova, 2009, p. 235.
PERINI A., *Le operazioni in pregiudizio dei creditori*, in CERQUA L.D. (a cura di), *Diritto penale delle società. Profili sostanziali e processuali*, *Tomo I*, Padova, 2009, p. 369.
PETROCELLI B., *Reato e punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 670 ss.
PFOHL M., *Gemeinnützige Arbeit als strafrechtliche Sanktion*, Berlin, 1983.
PFOHL M., *Entwicklung und Perspektiven der gemeinnützigen Arbeit als strafrechtliche Sanktion*, in *Bewährungshilfe*, 1985, p. 110.
PIERGALLINI C., *Fondamento*, *funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroatti-*

*va*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1653.
PIFFER G., sub *art. 73*, *d.p.r. 9 ottobre 1990*, *n. 309*, in DOLCINI E., GATTA G.L. (diretto da), *Codice penale commentato*, Milano, 2015, p. 2215 ss.
PILGRAM A., *Die erste österreichische Rückfallstatistik – ein Mittel zur Evaluation regionaler Strafenpolitik*, in *Österreichisce Juristenzeitung*, 1991, p. 577.
PISA P. (a cura di), *Verso una riforma del sistema sanzionatorio? Atti del convegno in ricordo di Laura Fioravanti. Genova*, *15 novembre 2006*, Torino, 2007, p. 301 ss.
PISANI M., *Documento n. 8*, *La riforma del sistema sanzionatorio*, in GROSSO C.F. (a cura di), *Per un nuovo codice penale II*, *Relazione della commissione Grosso (1999)*, Padova, 2000, p. 201.
PITTARO P., *L'effettività della sanzione penale: un'introduzione*, in GIUNTA F. (a cura di), *L'effettività della sanzione penale*, Milano, 1998, p. 3.
PONGILUPPI C., *Le cornici edittali al banco di prova di un sistema sanzionatorio differenziato*, 2007, p. 947.
PORTELLI S., *Les alternatives à la prison*, in *Pouvoirs*, 135, 2010, § 15.
POTETTI D., *L'attività non retribuita a favore della collettività nell'ambito dell'art. 165 c.p. (mod. con l. n. 145 del 2004)*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 995.
PRADEL J., *Droit pénal général*, Paris, 2010.
PRESUTTI A. (a cura di), *Esecuzione penale e alternative penitenziarie (legge 27 maggio 1998 n. 165)*, Padova, 1999.
PRESUTTI A., *Art. 47*, in DELLA CASA F., GIOSTRA G. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Padova, 2015, p. 500 ss.
PROSDOCIMI S., *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982.
PROSPERI A., *Giustizia bendata*, *Percorsi storici di un'immagine*, Torino, 2008.
PUGIOTTO A., *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Dir. pen. cont.*, 10 giugno 2014.
PULITANÒ D., *Il principio di colpevolezza*, in *Jus*, 1974, p. 522.
PULITANÒ D., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976.
PULITANÒ D., *La «non punibilità» di fronte alla Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1983, p. 1801.
PULITANÒ D., *"Obblighi costituzionali di tutela penale?"*, in AA.VV., *Studi in memoria di G. Delitala*, vol. II, Milano, 1984, p. 1257.
PULITANÒ D., *Politica criminale*, in MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 3.
PULITANÒ D., *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 1006.
PULITANÒ D., *La riforma del codice penale: un cammino possibile?*, in DE MAGLIE C., SEMINARA S. (a cura di), *La riforma del codice penale*, *la parte generale*, in *Quaderni di Cassazione penale*, Milano, 2002, p. 245.
PULITANÒ D., *La riforma del diritto penale societario*, *fra dictum del legislatore e ragioni del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 934.
PULITANÒ D., *La sospensione condizionale della pena: problemi e prospettive*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 115.
PULITANÒ D., *Diritto penale*, Torino, 2009.

PULITANÒ D., *Circostanze del reato. Problemi e prospettive*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, p. 701.
PULITANÒ D., *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 108.
PULITANÒ D., *Sulla tutela penale della giustizia penale*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. II, Torino, 2011, p. 1259.
PULITANÒ D., *Per una nuova 'politica del diritto penale', oltre la logica dello scontro tra magistratura e classe politica*, in *Dir. pen. cont.*, 27 gennaio 2012.
PULITANÒ D., *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012.
PULITANÒ D., *La cultura giuridica e la fabbrica delle leggi*, in *Dir. pen. cont.*, 16 ottobre 2015.
PULITANÒ D., *In dialogo con* "Luciano Eusebi, La chiesa e il problema della pena, Milano, 2014", in *Dir. pen. cont.*, 7 aprile 2016, p. 1-14.
PULITANÒ D., *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Rir. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 641 ss.
PULITANÒ D., *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017.
PUPPE I., *Der halbherzige Rücktritt*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1984, p. 488.
PUPPE I., *Strafrecht als Kommunikation – Leistungen und Gefahren eines neuen Paradigmas in der Strafrechtdogmatik* –, in SAMSON H. (a cura di), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Baden Baden, 1999, p. 469.

RADBRUCH G., *Der Erziehungsgedanke im Strafwesen*, in *Der Mensch im Recht*, Göttingen, 1957, p. 57.
RANDAZZO E., MAZZUCATO C., PAVARINI M., *Opinioni a confronto. Sovraffollamento carcerario e differimento dell'esecuzione*, in *Criminalia*, 2013, p. 459 ss.
RAWLS J., *Two concepts of rules*, in *The Philosophical Review*, 1955, p. 4.
RAWLS J., *Two Concept of Rules*, in ACTON H.B. (a cura di), *The Philosophy of Punishment*, London, 1969, p. 105.
REIMAN J.H., *The rich get richer and the poor get prison: Ideology, class and criminal justice*, New York, 1984.
RICOEUR P., *Interprétation du Mythe de la peine*, in AA.VV., *Il mito della pena*, Padova, 1967, p. 23.
RISICATO L., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001.
RIVERDITI M., *La nuova disciplina della messa alla prova di cui all'art. 168-bis c.p.: uno sguardo d'insieme*, in *Studium Iuris*, 2014, p. 982 ss.
RODORF R., *Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari*, in *Società*, 2005, p. 813 ss.
ROMANO M., *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in ROMANO M., STELLA F. (in a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 151.
ROMANO M., *«Meritevolezza di pena», «bisogno di pena» e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 39.
ROMANO M., *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 875.

ROMANO M., *Razionalità, codice e sanzioni penali*, in AA.VV., *Amicitiae pignus. Studi in ricordo di A. Cavanna*, vol. III, Milano, 2003, p. 1893 ss.
ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. 1, Milano, 2004.
ROMANO M., GRASSO G., PADOVANI T., *Il Commentario sistematico del codice penale*, *III*, *art. 150-240*, Milano, 2011.
ROMANO M., STELLA F., *Introduzione*, in ROMANO M., STELLA F. (in a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980.
RÖMER W., *Die Nebenfolgen der Freiheitsstrafen auf die Kinder der Delinquenten. Die Auswirkungen der Freiheitsstrafe eines Elternteils auf die Kinder, untersucht in Fällen der Jugendgerichtshilfe*, Hamburg, 1967.
ROXIN C., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin, New York, 1973, p. 41.
ROXIN C., *Risarcimento del danno e fini della pena (Trad. it. a cura di L. Eusebi)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 15.
ROXIN C., *Zur Wiedergutmachung als einer "dritten Spur" im Sanktionensystem*, in Arzt G. (a cura di), *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburstag*, Bielefeld, 1992, p. 243.
ROXIN C., *Zur Entwicklung des Strafrechts im kommenden Jahrhundert*, in Plywaczewski E.W. (a cura di), *Aktuelle Probleme des Strafrechts und der Kriminologie*, Bialystok, 1998, p. 443.
ROXIN C., *Wandlungen der Strafzwecklehre*, in *Grundfragen staatlichen Strafens*, *Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, München, 2001.
ROXIN C., *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 3.
ROXIN C., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, *Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, vol. II, München, 2003.
ROXIN C., *Strafrecht*, *Allgemeiner Teil*, *Grundlagen*, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, vol. I, München, 2006.
ROXIN C., *Strafe und Strafzwecke in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in HASSEMER W., KEMPF E., MOCCIA S. (a cura di), *Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, *In dubio pro libertate*, München, 2008, p. 601.
ROXIN C., *Prävention*, *Tadel und Verantwortung – Zur neuesten Strafzweckdiskussion*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2015, p. 185 ss.
RUDDELL R., *Social distruption*, *state priorities*, *and minority threat. A cross-national study of imprisonment*, in *Punishment & Society*, 2005, p. 7 ss.
RUGA RIVA C., *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002.
RUGA RIVA C., *Sanatorie, condoni, «indultino»: forme e limiti costituzionali dell'impunità retroattiva*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, Milano, 2004, p. 191.
RUGA RIVA C., *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2011.
RUGA RIVA C., *L'omessa bonifica nella giurisprudenza della Corte di Cassazione: una caso di analogia* in malam partem?, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 397 ss.
RUGA RIVA C., *Reato di omessa bonifica e D. Lgs. n. 231/2001: la bonifica giova (anche) all'ente?*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2012, p. 412.
RUGA RIVA C., *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2016.
RUGA RIVA C., *La Corte costituzionale riscrive il delitto paesaggistico: "rime obbligate" o possibili dissonanze?*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 876 ss.
RUOTOLO M., *Gli Stati generali dell'esecuzione penale: finalità e obiettivi*, in *Dir. pen. cont.*, 11 marzo 2016, p. 1.

SCERBO A., *Culture e discipline costituzionali in tema di pena: Italia, Stati Uniti e Canada a confronto*, in *Quest. giust.*, 2010, p. 152.

SCHAUER F., *Di ogni erba un fascio. Generalizzazioni, profili, stereotipi nel mondo della giustizia*, Bologna, 2008.

SCHÖCH H., *Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug?*, in *Verhandlungen des neunundfünfzigsten Deutschenjuristentages, Hannover 1992*, vol. 2, München, 1992, Abteilung Strafrecht, p. 157.

SCHOTT H., *Gesetzliche Strafrahmen und ihre tatrichterliche Handhabung. Eine empirische Untersuchung zu Gesetzsystematik und Rechtstatsächlichkeit bei ausgewählten Deliktsbereichen*, Baden-Baden, 2004.

SCHREIBER H.-L., *Widersprüche und Brüche in heutigen Strafkonzeptionen*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1982, p. 279.

SCHRÖDER F.C., *Die neuere Entwicklung des Strafrechts in Deutschland*, in KURY H., KARIMOV E. (a cura di), *Kriminalität und Kriminalprävention in Länder des Umbruchs*, Bochum, 2006, p. 225.

SCOMPARIN L., *Quale giustizia riparativa dopo la conclusione del processo?*, in *Leg. pen.*, 2004, p. 405 ss.

SEELMANN K., *Strafzwecke und Wiedergutmachung*, in *Zeitschrift für evangelische Ethik*, 1981, p. 44.

SELLIN T.J., *Slavery and the penal system*, New York, 1976.

SEMINARA S., *Crisi finanziaria e disorientamenti etici e giuridici*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 269 ss., p. 272.

SERRANO-MAILLO A., *Punitivität und Gesetzgebung – Die Situation in Spanien*, in KURY H., KARIMOV E. (a cura di), *Kriminalität und Kriminalprävention in Länder des Umbruchs*, Bochum, 2006, p. 245.

SESSAR K., *Schadenswiedergutmachung in einer künftigen Kriminalpolitik*, in KERNER H.-J., GÖPPINGER H., STRENG F. (a cura di), *Festschrift für H. Leferenz*, Heidelberg, 1983, p. 145.

SEVERINO DI BENEDETTO P., *I profili penali connessi alla bonifica di siti inquinati*, in *Ambiente*, 2000, p. 417.

SGUBBI F., voce *Patrimonio (reati contro il)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982.

SGUBBI F., *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, in *Ind. pen.*, 1983, p. 253.

SGUBBI F., *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990.

SILVANI S., *La mediazione nei casi di violenza domestica: profili teorici e spazi applicativi nell'ordinamento italiano*, in MANNOZZI G. (a cura di), *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reato alla composizione con la vittima*, Milano, 2004, p. 126 ss.

SIMON J., *Governing through crime: how the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear*, Oxford, New York, 2007.

SLATTERY B., *The Myth of Retributive Justice*, in *Retributivism and its Critics, Canadian Section of the International Society for Philosophy of Law and Social Philosophy, Papers of the Special Nordic Conference, University of Toronto, 25-27 June 1990*, in *ARSP (Archiv für Rechts– und Sozialphilosophie)*, 47, 1992, p. 27.

SOFRI A., *Chi è il mio prossimo*, Palermo, 2007.

SOTIS C., *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione una diminuzione di pena per fatti*

*di lieve entità. Il diritto vivente "preso – troppo? – sul serio*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 267 ss.
SPAVENTI L., *Vittime dei reati e risarcimento del danno*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 757.
SPEIS F., *Gemeinnützige Arbeit als selbständige Hauptstrafe im Erwachsenenstrafrecht*, Hamburg, 2008.
STELLA F., *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 309 ss.
STELLA F., *La tutela penale della società*, in MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 75 ss.
STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la protezione delle vittime*, Milano, 2003.
STELLA F., *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, 2006.
STENDARDI D., *Per una proposta legislativa in tema di giustizia riparativa: spunti di riflessione dell'analisi degli ordinamenti degli Stati Uniti e del Regno Unito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1899 ss.
STILE A., *La riforma della sospensione condizionale della pena nella prospettiva di un nuovo sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 997 ss.
STOLZENBERG G., *Può un'indagine sui fondamenti della matematica dirci qualcosa di interessante sulla mente?*, in WATZLAWICK P. (a cura di), *La realtà inventata. Contributi al costruttivismo*, Milano, 2006, p. 219.
STORTONI L., *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 626.
STORTONI L., *Premesse ad uno studio sulla "punibilità"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 397.
STRENG F., *Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, Stuttgart, Berlin, Köln, 2002.
STRENG F., *Strafzumessungsvorstellungen von Laien*, in *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 2004, p. 127.
STRENG F., *Die Wirksamkeit strafrechtlicher Sanktionen – Zur Tragfähigkeit der Austauschbarkeitsthese*, in LÖSEL F., BENDER D., JEHLE J.-M. (a cura di), *Kriminologie und wissensbasierte Kriminalpolitik. Entwicklungs- end Evaluationsforschung*, Mönchengladbach, 2007, p. 65.
STRENG F., *sub § 46*, in STRENG F., KINDHÄUSER U., NEUMANN U., PAEFFGEN H.-U. (a cura di), *Nomos Kommentar*, *Strafgesetzbuch*, Berlin, 2010, p. 1664.
SUTHERLAND E.H., CRESSEY D.R., *Principles of Criminology*, Madison, 1966.
SUTTON J., *The political Economy of Imprisonment in Affluent Western Democracies 1960-1990*, in *American Sociological Review*, 2004, p. 170 ss.

TAGLIAFERRO F., *Analisi dei dati sulla popolazione detenuta*, in *Rass. pen. crim.*, 2014, p. 9 ss.
TAK P.J.P., *Community Sevice Orders in Western Europe*, *A Compartive Survey*, in ALBRECHT H.-J., SCHÄDLER W. (a cura di), *Community Service*, *Gemeinnützige Arbeit*, *Dienstverlening*, *Travail D'Interet General*, *a new option in punishing offenders in Europe*, Freiburg, 1986, 1.
TAMBURINO G., *Misure alternative e pene sostitutive*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 47 ss.

TAMBURINO G., *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 11 ss.
TARUFFO M., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002.
TÖRNUDD P., *Fiften Years of Decreasing Prisoners Rates in Finland*, in *National Research Institute of Legal Policy*, *Research Communication*, 1993, p. 12 ss.
TÖRNUDD P., *Facts*, *Values and visions*, *Essays in Criminological and Crime Policy*, Helsinki 1996.
TORNY M., *Thinking about crime: Sense ans sensibility in American penal culture*, Oxford, 2004.
TRANKLE S., *In the shadow of penal law – Victim offender medaition in Germany and France*, in *Punishment & Society*, 2007, p. 395 ss.
TRIGGIANI N. (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino, 2014.
TUMMINELLO L., *Il volto del reo*, *l'individuazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010.
TURLON F., *Restorative justice e oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 99.

UBERTIS G., *Riconciliazione*, *processo e mediazione in ambito penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1321 ss.
UBERTIS G., *La mediazione penale tra finalità conciliative ed esigenze di giustizia*, in *Accertamento del fatto*, *alternative al processo*, *alternative nel processo*, *Atti del convegno*, *Urbino*, *23-24 settembre 2005*, Milano, 2007, p. 143.

VALENTINI V., *Improcedibilità*, *estinzione del reato e non punibilità sopravvenuta. In margine ai "condoni tributari 2003"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1111.
VALENTINI V., *Il meccanismo "ripristinatorio" ex artt. 19 ss. d.lgs. 758/1994*, *in materia di sicurezza del lavoro*, in MAZZACUVA N., AMATIA E. (a cura di), *Il diritto penale del lavoro*, Torino, 2007, p. 429.
VALENTINI V., *Il tasso di effettività del meccanismo estintivo e "ripristinatorio" in materia di sicurezza del lavoro*, in DONINI M., CASTRONUOVO D. (a cura di), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro*, *sicurezza alimentare*, *sicurezza dei prodotti*, Padova, 2007, p. 103.
VALENTINI V., *La riforma dei meccanismi premiali in ambito giuslavoristico: profili sostanziali e sistematici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, p. 595.
VALENTINI V., *Le garanzie liberali e il protagonismo delle vittime. Uno schizzo sistematico dell'attuale giustizia europea*, in *Ius17@unibo.it*, 2011, p. 97 ss.
VALENTINI V., *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012.
VAN DE KERCHOVE M., *Quand dire c'est punir*, *essai sur le jugement pénal*, Bruxelles, 2005.
VAN DE KERCHOVE M., *Le sens de la peine dans la jurisprudence de la Cour suprême des Ètats-Unis*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2008, p. 1.
VAN DE KERCHOVE M., *Sens et non-sense de la peine*, *entre mythe er mystification*, Bruxelles, 2009.

VASSALLI G., *Funzioni ed insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 296 ss.; ora in VASSALLI G., *Scritti giuridici*, vol. 1, Milano, 1997 p. 1361.
VENAFRO E., *Meritevolezza di pena e logiche deflattive. Un breve schizzo introduttivo*, in DE FRANCESCO G., VENAFRO E. (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, Torino, 2002, p. 9.
VENEZIANI P., *D. legisl. 19 settembre 1994, n. 758*, in PALAZZO F., PALIERO C.E. (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, p. 1703.
VENEZIANI P., *Spunti per una teoria del reato condizionata*, Padova, 1992.
VENTUROLI M., *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015.
VERGINE A.L., *Il reato di omessa bonifica: inquietanti segnali dalla Cassazione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2010, p. 645.
VIGANÒ F., *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in AA.VV. *Scritti in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 2645.
VIGANÒ F., *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2013.
VIGANÒ F., *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1300 ss.
VIGANÒ F., *La consulta e la tela di penelope*, in *Dir. pen. cont.*, 30 marzo 2015.
VIGANÒ F., Ne bis in idem *e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in *Dir. pen. cont.*, 16 maggio 2016.
VIGANÒ F., *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 14 novembre 2016.
VOGLIOTTI M., *Le metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 633.
VOLK K., *Der Begriff der Strafe in der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *Zeitschift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1971, p. 405 ss.
VON FEUERBACH A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, Glessen, 1847.
VON HENTING H., *Die Strafe, die modernen Erscheinungsformen*, Vol. 2, Heidelberg, 1955.
VON HIRSCH A., *Doing Justice. The choice of Punishment*, New York, 1976.
VON HIRSCH A., *Proportionality in the Philosophy of Punishment*, *Criminal Law Forum*, 1990, p. 251.
VON HIRSCH A., *Censure and Sanction*, Oxford, 1993.
VON HIRSCH A., *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlung*, Berlin, 2005.
VON HOFER H., Notes on *crime and punishment in Sweden and Scandinavia*, in *Annual Report for 1999 an resources material series no. 57*, Tokyo, 2001, p. 284 ss.
VON HOFER H., *Prison populations as Political Constructs: The Case of Finland, Holland and Sweden*, in *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, 2003, p. 21 ss.
VON HOFER H., *Crime and Punishment in Scandinavia*, in BONDESON U.V. (a cura di), *Crime and Justice in Scandinavia*, København, 2005, p. 61 ss.

VON JHERING R., *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Giessen, 1867.
VON JHERING R. (trad. a cura di Losano M.G.), *Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972.
VON LISZT F., *Lehrbuch des deutschen Stafrechts*, Berlin, 1903.
VON LISZT F., *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, Berlin, 1905.
VON LISZT F., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin, 1919.
VON LISZT F., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962.
VOYATZIS P., *Alternative measures to detention in the Europea Court of Human Right's case-law*, in *European Criminal Law Review*, 2014, p. 169 ss.
VOZZA D., *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3, 2013, p. 294 ss.

WALGRAVE L., *Community service as a cornerstone of a system ristorative response to (juvenile) crime*, in BAZEMORE G., WALGRAVE L. (a cura di), *Restorative Justice for Juvenile. Repairing the Harm by Youth Crime*, Monsey, 1999, p. 139.
WALGRAVE L., *Restorative Justice*, *Self-interest and Responsible Citizenship*, Cullompton, 2008.
WALKER L.E., *The Battered Woman Syndrome*, New York, 2009.
WATZLAWICK P., *La mosca e la trappola per le mosche*, in WATZLAWICK P. (a cura di), *La realtà inventata. Contributi al costruttivismo*, Milano, 2006, p. 213.
WEINHOLD I.E., *Rettungsverhalten und Rettungsvorsatz beim Rücktritt vom Versuch*, Baden-Baden, 1990.
WEISSMAN M., *Aspiring*, cit. *to the Impracticable: Alternatives to Incarceration in the Era of Mass Incarceration*, in *NYU Review of Law & Social Change*, 2009, p. 235.
WEIZEL J., *Strafe und Strafverfahren in der Merowingerzeit*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, *Germanistische Abteilung*, 1994, p. 66 ss.

ZAGREBELSKY G., *Il «Crucifige!» e la democrazia*, Torino, 1995.

Finito di stampare nel mese di ottobre 2017
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Milano-Bicocca

---

***Per i tipi Giuffrè***

1. Luigi Fumagalli, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, 2000.
2. Paolo Bonetti, *Ordinamento della difesa nazionale e costituzione italiana*, 2000.
3. Marco Antonioli, *Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, 2000.
4. Bruno Bosco, *Pianificazione e mercato nell'economia cubana contemporanea. Analisi delle innovazioni in un sistema socialista*, 2000.
5. Aldo Chiancone, *Scritti di economia, istituzioni e finanza pubblica*, 2000.
6. Chiara Valsecchi, *Oldrado da Ponte e i suoi* consilia. *Un'*auctoritas *del primo Trecento*, 2000.
7. Nicola Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, 2001.
8. Giulio Enea Vigevani, *Stato democratico ed eleggibilità*, 2001.
9. Marco Antonioli, *Mercato e regolazione*, 2001.
10. *The protection of the environment in a context of regional economic integration. The case of the European Community, the Mercosur and the Nafta*, edited by Tullio Scovazzi, 2001.
11. Claudio Martinelli, *L'insindacabilità parlamentare. Teoria e prassi di una prerogativa costituzionale*, 2002.
12. Barbara Biscotti, *Dal* pacere *ai* pacta conventa. *Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'Editto giulianeo*, 2002.
13. *The protection of the underwater cultural heritage. Legal aspects*, edited by Guido Camarda and Tullio Scovazzi, 2002.
14. Chiara Buzzacchi, *L'abuso del processo nel diritto romano*, 2002.
15. Margherita Ramajoli, *La connessione nel processo amministrativo*, 2002.
16. Nicola Rondinone, *Storia inedita della codificazione civile*, 2003.
17. Ettore Scimemi, *La vendita del voto. Nelle società per azioni*, 2003.
18. *La protezione del patrimonio culturale sottomarino nel Mare Mediterraneo*, a cura di Tullio Scovazzi, 2004.
19. Roberta Garabello, *La convenzione Unesco sulla protezione del patrimonio culturale subacqueo*, 2004.
20. Ubaldo G. Nannini, *Valori fondamentali e conflitto di doveri*, 2004.
21. Gabriella Citroni, *L'orrore rivelato. L'esperienza della Commissione della Verità e Riconciliazione in Perù: 1980-2000*, 2004.
22. *Dal Tribunale per la ex-Iugoslavia alla Corte penale internazionale*, a cura di Gianmaria Calvetti e Tullio Scovazzi, 2004.

23. Nicola Bassi, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, 2004.
24. Matteo Gatti, *OPA e struttura del mercato del controllo societario*, 2004.
25. *La sicurezza negli aeroporti. Problematiche giuridiche ed interdisciplinari.* Atti del Convegno – Milano, 22 aprile 2004, a cura di Guido Camarda, Marco Cottone, Monica Migliarotti, 2005.
26. Irini Papanicolopulu, *Il confine marino: unità o pluralità?*, 2005.
27. *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland.* Atti del Convegno in onore di David Garland – Università di Milano-Bicocca, 1° marzo 2004, a cura di Adolfo Ceretti, 2005.
28. Barbara Moretti, *La violenza sessuale tra conoscenti. Analisi giuridica e criminologica di un fenomeno poco indagato*, 2005.
29. *Quale diritto nei conflitti armati?* Relazioni e documenti del ciclo di conferenze tenute nell'Università di Milano-Bicocca (marzo-maggio 2005), a cura di Irini Papanicolopulu e Tullio Scovazzi, 2006.
30. Giovanni Iorio, *Struttura e funzioni delle clausole di garanzia nella vendita di partecipazioni sociali*, 2006.
31. Natascia Marchei, *"Sentimento religioso" e bene giuridico. Tra giurisprudenza costituzionale e novella legislativa*, 2006.
32. *Il dominio di Venezia sul mare Adriatico nelle opere di Paolo Sarpi e Giulio Pace*, a cura di Guido Acquaviva e Tullio Scovazzi, 2007.
33. *Laicità e stato di diritto.* Atti del IV Convegno di Facoltà – Università di Milano-Bicocca, 9-10 febbraio 2006, a cura di Adolfo Ceretti e Loredana Garlati, 2007.
34. Carmela Leone, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa. Tra operatività dell'organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, 2007.
35. *Ordinamento penale e fonti non statali. L'impatto dei vincoli internazionali, degli obblighi comunitari e delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale*. Atti delle sessioni di studio tenutesi a Milano il 21 novembre 2005, il 10 marzo e il 24 marzo 2006, a cura di Carlo Ruga Riva, 2007.
36. *Conflitti armati e situazioni di emergenza: la risposta del diritto internazionale.* Relazioni al ciclo di conferenze tenuto nell'Università di Milano-Bicocca (marzo-aprile 2006), a cura di Irini Papanicolopulu e Tullio Scovazzi, 2007.
37. *Il tribunale per la ex-Iugoslavia: l'attività svolta e il suo prossimo scioglimento*, a cura di Gianmaria Calvetti e Tullio Scovazzi, 2007.
38. Giovanni Iorio, *Le clausole attributive dello* ius variandi, 2008.
39. Claudio Martinelli, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato. Recenti sviluppi e nuove prospettive*, 2008.
40. Loredana Garlati, *Il volto umano della giustizia. Omicidio e uccisione nella giurisprudenza del tribunale di Brescia (1831-1851)*, 2008.
41. *Immunità costituzionali e crimini internazionali.* Atti del Convegno – Milano, 8 e 9 febbraio 2007, a cura di Aldo Bardusco, Marta Cartabia, Micaela Frulli e Giulio Enea Vigevani, 2008.
42. Marco Antonioli, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, 2008.

43. Mariangela Ferrari, *La* compensatio lucri cum damno *come utile strumento di equa riparazione del danno*, 2008.
44. Nicola Bassi, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale. La circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo*, 2008.
45. Delfina Boni, *Accordi OMC norme comunitarie e tutela giurisdizionale*, 2008.
46. Roberto Cornelli, *Paura e ordine nella modernità*, 2008.
47. Edoardo Dieni, *Diritto & religione vs. «nuovi» paradigmi. Sondaggi per una teoria postclassica del diritto ecclesiastico civile*, a cura di Alessandro Albisetti, Giuseppe Casuscelli, Natascia Marchei, 2008.
48. Maria Cristina Vanz, *La circolazione della prova nei processi civili*, 2008.
49. *Atti del V incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche*, a cura di Irini Papanicolopulu, 2008.
50. *La sécurité collective entre légalité et défis à la légalité*, sous la direction de Maurizio Arcari et Louis Balmond, 2008.
51. *Saggi in ricordo di Aristide Tanzi*, 2009.
52. Elena Marinucci, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, 2009.
53. Sabrina Urbinati, *Les mécanismes de contrôle et de suivi des conventions internationales de protection de l'environnement*, 2009.
54. Alessandro Albisetti, *Tra diritto ecclesiastico e canonico*, 2009.
55. *Il diritto di fronte all'infamia nel diritto. A 70 anni dalle leggi razziali*, a cura di Loredana Garlati e Tiziana Vettor, 2009.
56. *La giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento*, a cura di Giovanni Chiodi, 2009.
57. Tomaso Greco, *Le violenze psicologiche nel mondo del lavoro. Un'analisi sociologico-giuridica del fenomeno mobbing*, 2009.
58. *Le ragioni dell'uguaglianza.* Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza – Università degli Studi di Milano-Bicocca, 15-16 maggio 2008, a cura di Marta Cartabia e Tiziana Vettor, 2009.
59. *I diritti umani di fronte al giudice internazionale.* Atti della giornata di studio in memoria di Carlo Russo, a cura di Tullio Scovazzi, Irini Papanicolopulu e Sabrina Urbinati, 2009.
60. Giovanni Iorio, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, 2010.
61. Lorena Forni, *La laicità nel pensiero dei giuristi italiani: tra tradizione e innovazione*, 2010.
62. *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processual-penalistica italiana*, a cura di Loredana Garlati, 2010.
63. Guido Camarda, Salvatore Corrieri, Tullio Scovazzi, *La formazione del diritto marittimo nella prospettiva storica*, 2010.
64. Matteo Fornari, *Il regime giuridico degli stretti utilizzati per la navigazione internazionale*, 2010.
65. Oliviero Mazza, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, 2011.

66. *La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*, 2 Tomi. Atti del Convegno internazionale – Università degli Studi di Milano-Bicocca, 16-18 giugno 2010, a cura di Paolo Bonetti, Alessandro Simoni e Tommaso Vitale, 2011.
67. Aldo Cenderelli, *Scritti romanistici*, a cura di Chiara Buzzacchi, 2011.
68. *Questions de droit international autour de l'Avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur le Kosovo.* International Law Issues Arising from the International Court of Justice Advisory Opinion on Kosovo, sous la direction de/edited by Maurizio Arcari et Louis Balmond, 2011.
69. Andrea Massironi, *Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (secoli XIV-XVI)*, 2012.
70. *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente. Il caso dell'India*, a cura di Mariarosa Cutillo, Rebecca Faugno e Tullio Scovazzi, 2012.
71. *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, a cura di Tullio Scovazzi, Benedetta Ubertazzi e Lauso Zagato, 2012.
72. Alfredo Marra, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, 2012.
73. *Diritto internazionale e bombardamenti aerei*, a cura di Massimo Annati e Tullio Scovazzi, 2012.
74. *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di Barbara Biscotti, Patrizia Borsellino, Valerio Pocar e Domenico Pulitanò, 2012.
75. Carmela Leone, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, 2012.
76. Valentina Piccinini, *I debiti di valore*, 2012.
77. Carlo Ruga Riva, *Diritto penale, regioni e territorio. Tecniche, funzione e limiti*, 2012.
78. Paolo Rondini, Ex sententia animi tui*. La prova legale negativa nell'età della codificazione*, 2012.
79. Giovanni Iorio, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, 2012.
80. Mariagrazia Rizzi, Imperator cognoscens decrevit. *Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età classica*, 2012.
81. Giandomenico Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, 2012.
82. *Friedrich Carl von Savigny. Le questioni di principio concernenti un nuovo regolamento del processo penale*, edizione e traduzione italiana a cura di Paolo Rondini, 2012.
83. *Processo e informazione*, a cura di Loredana Garlati e Giulio Enea Vigevani, 2012.
84. Diletta Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, 2012.
85. Alessandra Donati, *Law and art: diritto civile e arte contemporanea*, 2012.
86. Diana Cerini, *Sovraindebitamento e* consumer bankruptcy: *tra punizione e perdono*, 2012.
87. Federico Furlan, *Presidente della Repubblica e politiche di sicurezza internazionale tra diarchia e garanzia*, edizione emendata, 2013.
88. Alessandra Daccò, *«Diritti particolari» e recesso dalla s.r.l.*, 2013.

89. *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di Giovanni Chiodi e Domenico Pulitanò, 2013.
90. Alessandro Squazzoni, *Declinatoria di giurisdizione ed effetto conservativo del termine*, 2013.
91. Guido Acquaviva, *La repressione dei crimini di guerra nel diritto internazionale e nel diritto italiano*, 2014.
92. Michele Saporiti, *La coscienza disubbidiente. Ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, 2014.
93. Ilario Alvino, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, 2014.
94. *Il lavoro nei trasporti. Profili giuridici*, a cura di Marco Cottone, 2014.
95. *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente: il caso del Perù*, a cura di Mariarosa Cutillo, Fabián Novak e Tullio Scovazzi, 2014.
96. *La restituzione dei beni culturali rimossi con particolare riguardo alla pratica italiana*, a cura di Tullio Scovazzi, 2014.

### *Per i tipi Giappichelli*

96.*bis* *L'eredità di Uberto Scarpelli*, a cura di Patrizia Borsellino, Silvia Salardi, Michele Saporiti, 2014.
97. Silvia Salardi, *Discriminazioni, linguaggio e diritto. Profili teorico-giuridici. Dall'immigrazione agli sviluppi della tecno-scienza: uno sguardo al diritto e al suo ruolo nella società moderna*, 2015.
98. Simone Varva, *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, 2015.
99. Lorenzo Natali, *Green criminology. Prospettive emergenti sui crimini ambientali*, 2015.
100. *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, a cura di Filippo Danovi, 2015.
101. *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Elisabetta Lamarque, 2015.
102. Nicola Ferri, *Conflicts over the conservation of marine living resources: third states, governance, fragmentation and other recurring issues in international law*, 2015.
103. Elena Depetris, *La responsabilità civile delle agenzie di* rating *del credito nella disciplina italiana ed europea*, 2015.
104. *Cibo e acqua. Sfide per il diritto contemporaneo. Verso e oltre Expo 2015*, a cura di Barbara Biscotti e Elisabetta Lamarque, 2015.
105. *Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano*, a cura di Giovanni Chiodi e Loredana Garlati, 2015.
106. Federico Ferraris, «Rationing Justice». *La selezione dei ricorsi nelle Corti supreme di Stati Uniti e Italia*, 2015.

107. *L'avvocato nella società contemporanea*, a cura di Diana Cerini e Franco Scarpelli, 2015.
108. *Norberto Bobbio: rigore intellettuale e impegno civile*, a cura di Michele Saporiti, 2016.
109. *Princeps legibus solutus*, a cura di Alberto Maffi, 2016.
110. Lorena Forni, *La sfida della* giustizia *in sanità. Salute, equità, risorse*, 2016.
111. *L'immigrazione irregolare via mare nella giurisprudenza italiana e nell'esperienza europea*, a cura di Amedeo Antonucci, Irini Papanicolopulu, Tullio Scovazzi, 2016.
112. Serena Crespi, *La mobilità delle società nell'Unione europea*, 2016.
113. *La Scozia nella costituzione britannica. Storia, idee,* devolution *in una prospettiva comparata*, a cura di Claudio Martinelli, 2016.
114. Stefano Pellegatta, *Unità e pluralità nella obbligazione solidale passiva*, 2016.
115. *L'uso della lingua negli atti e nella comunicazione dei poteri pubblici italiani*, a cura di Paolo Bonetti, 2016.
116. Nicola Canzian, *La reviviscenza delle norme nella crisi della certezza del diritto*, 2017.
117. Massimiliano Dova, *Pena prescrittiva e condotta reintegratoria*, 2017.