

# DALLA POLIFUNZIONALITÀ ALLA PROPORZIONALITÀ. LA CORTE COSTITUZIONALE E GLI SCOPI DELLA PENA (\*)

di Davide Galliani

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Alte aspettative e ragionevole cautela. – 3. L'importanza della comparazione. – 4. Dagli inizi alla fine degli anni Ottanta: la polifunzionalità eclettica. – 5. Dagli anni Novanta in avanti: la polifunzionalità dialogica. – 6. La proporzionalità della pena. – 7. Pene fisse e proporzionalità: dalla non armonia alla incostituzionalità. – 8. Un trittico sulla fissità della pena perpetua.

## 1. Introduzione.

In questo scritto vorrei tracciare dapprima un breve quadro della giurisprudenza costituzionale sugli scopi della pena e poi prestare attenzione a quella che appare oggi la questione più rilevante. In estrema sintesi, mi occuperò di polifunzionalità e di proporzionalità della pena.

Si possono individuare tre periodi e tre argomenti chiave. Fino alla fine degli anni Ottanta è stato il tempo della polifunzionalità eclettica, mentre dagli anni Novanta in avanti quello della polifunzionalità dialogica, per usare la terminologia di Giovanni Fiandaca<sup>1</sup>. Senza dubbio, in questo secondo periodo assume pregnanza la rieducazione, che si laicizza e scala i piani della palazzina penale. L'emenda diviene risocializzazione ed esce dallo scantinato dell'esecuzione penitenziaria, per arrivare prima alla cognizione e dopo al legislatore, anche se non muta la regola aurea: nemmeno la risocializzazione può dirsi tiranna, deve dialogare con gli altri scopi della pena. Si arriva al nostro presente, il terzo periodo: e sono i giorni della proporzionalità della pena, una questione di formidabile rilievo, teorico e concreto.

Chiaro che ogni tentativo di periodizzare la giurisprudenza costituzionale non deve servirsi dell'accetta. Il giudice delle leggi è molto attento ai suoi precedenti. Come

---

(\*)Lo scritto trae spunto dalla relazione *La Corte costituzionale e gli scopi della pena. A che punto siamo, verso dove andremo?* che ho tenuto al convegno *Dall'Europa del populismo penale all'Europa dei diritti fondamentali: la riscoperta della funzione rieducativa come essenza riformatrice del sistema sanzionatorio*, organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania il 25-26 maggio 2023. Ringrazio sentitamente Anna Maria Maugeri per l'invito e i numerosi scambi di riflessioni. Una versione più limitata del contributo è in corso di pubblicazione negli *Scritti per Beniamino Caravita*.

<sup>1</sup> Cfr. G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione editale e commisurazione giudiziale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, 131 ss.

ha scritto Sabino Cassese: «fortissima la preoccupazione del precedente fissato dalla Corte stessa», tanto che «la base di tutta l'analisi è il precedente o i precedenti», al punto che «la sentenza è un esercizio logico intorno al precedente», il quale, aggiungo, raramente si travolge, piuttosto all'occorrenza si cerca un pertugio per andare oltre, quasi sempre comunque con cautela<sup>2</sup>.

## 2. Alte aspettative e ragionevole cautela.

Due considerazioni di premessa. In primo luogo, le aspettative che si nutrono nei confronti della Consulta sono alte, non solo oggi. Se si ragiona attorno alle questioni penali, prima ci si attendeva una ripulitura ordinamentale, visto che il legislatore repubblicano non procedeva o lo faceva con parsimonia; e dopo, negli ultimi decenni, si attendono prestazioni di argine al populismo penale.

D'altro canto, l'attesa di giustizia costituzionale è inversamente proporzionale allo stato del tessuto sociale. Più questo si frantuma, individualizzandosi, più sono necessari antidoti di unità, solidarizzanti. E la Corte resta pur sempre il primo (anche se non l'unico) interprete di un testo nato per unire, non per spaccare la società.

Non di meno, per quanto siano giustificate alte aspettative, è utile accompagnarle con buone dosi di cautela. Non tanto per la (forse) banale considerazione che la Corte non decide su Marte: se fosse questo, staremmo sminuendo la rilevanza della persuasione che necessariamente caratterizza il ragionamento giuridico, incompatibile con i paradigmi del fermento illiberale del nostro passato e del più recente populismo penale<sup>3</sup>.

L'invito alla cautela si motiva riferendosi ad altre due questioni. Da un lato, se non si trova il «portiere» la «cuspide» rimane al palo. A volte si rimane esterrefatti: la rilevanza esiste, la non manifesta infondatezza è lampante, eppure niente da fare, non solo non si solleva la *quaestio*, ma nemmeno si spiega alla parte perché tutto va bene così<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Cfr. S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2015, 20, 25.

<sup>3</sup> Sulla esistenza del ragionamento giuridico, con specifici tratti distintivi, cfr. F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione* (2009), Carocci, Roma, 2016. Quanto al populismo penale, è una questione tremendamente seria, non chiama in causa solo i «cattivi» politici, ma ci riguarda tutti, affonda le sue radici in un preoccupante problema sociale: «Il nostro destino nella società moderna è quello di vivere fra estranei» e «la distanza sociale è una delle condizioni per un uso pesante del sistema penale» (cfr. N. CHRISTIE, *Una modica quantità di crimine. Società mono-istituzionale e cultura della pena* (2004), Colibrì, Milano, 2012, 35 e 94).

<sup>4</sup> In sé, optare per una risposta in motivazione e non con un'apposita ordinanza può lasciare perplessi, rispetto al chiaro tenore letterale dell'art. 24 della legge 87/1953. Anche ammettendo questa possibilità, la risposta deve riguardare tutti gli argomenti avanzati dalla parte, non solo alcuni. E tale risposta non può essere «estremamente stringata», come spesso avviene (cfr. E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, V ed., Giappichelli, Torino, 2016, 104). Non solo. Sembra esistere un limite invalicabile alla possibilità del giudice di rispondere in motivazione, vale a dire quando l'eccezione di incostituzionalità riguarda disposizioni processuali ad effetto anticipato: usando la motivazione come contenitore nel quale si risponde alla parte queste disposizioni sono state oramai applicate. Infine, ed è un problema della giustizia amministrativa, risultano incomprensibili le decisioni di inammissibilità di una eccezione di incostituzionalità avanzata per la prima volta in sede di appello: anche se non è motivo di ricorso, la *quaestio*

Dall'altro lato, una volta acceso il semaforo verde, i poteri della Corte sono limitati, in particolare rispetto a quelli del legislatore. Tiranni nello Stato costituzionale non ne possono esistere, nemmeno se si chiamano giudici costituzionali.

Un solo (significativo) esempio. L'applicazione, la proroga e la revoca del regime detentivo speciale *ex art. 41 bis* ord. pen. ad opera del Ministro della giustizia. Esistono convincenti ragioni per ritenere incostituzionale la competenza ministeriale, da ultimo rinforzate grazie alla sciagurata disposizione introdotta dal Governo Meloni in sede di approvazione del decreto legge in materia (anche) di ergastolo ostativo, poi confermata dalla conversione in legge. Nel momento in cui si obbliga la magistratura di sorveglianza a dichiarare inammissibili tutte le domande di benefici penitenziari, avanzate da persone sottoposte al regime detentivo speciale, si sta chiarendo in modo esplicito che il Ministro non interviene solo sul trattamento penitenziario. Al contrario, influisce sulla qualità della pena, che diviene completamente intramuraria, tutto questo a dispetto della riserva di giurisdizione sancita dall'art. 13 Cost.<sup>5</sup>

Ebbene, si metta caso che dopo tre decenni esatti – il tempo trascorso dalla sentenza 343/1993 della Corte, nella quale si avanzava appunto la tesi della legittimità del potere ministeriale perché riguardante il mero trattamento penitenziario – si decida di riaprire le porte della giustizia costituzionale. E si ipotizzi un *revirement* da parte del giudice delle leggi, difficile, ma non irrealistico. Il punto è che ci si può attendere dalla Corte una sentenza monito, al massimo un accertamento della incostituzionalità, con il differimento della dichiarazione. Questo per la pesante ragione che la Corte non è il legislatore: tolto quel potere al Ministro, a chi si dovrebbe attribuire?

Non vi è dubbio, esistono precedenti che fanno ben sperare, se solo si considera quanto accadde con la sentenza 204/1974. In quella occasione, la Consulta tolse il potere di accordare o meno la liberazione condizionale sempre al Ministro della giustizia, senza preoccuparsi minimamente del vuoto legislativo conseguente. Ci pensò il legislatore ad intervenire, decidendo a quale giudice andava attribuita la competenza in materia di liberazione condizionale<sup>6</sup>.

Anche di recente, sempre attorno ad un tema particolarmente delicato (le misure di prevenzione personali), la Corte ha mostrato i muscoli (sentenza 2/2023). Il divieto di possedere e utilizzare il telefono cellulare, contenuto in un avviso orale rinforzato, non può essere disposto dal Questore, vale la riserva di giurisdizione di cui all'art. 15 Cost. Nulla la Corte dice rispetto al vuoto legislativo creatosi, se non quando sostiene (e poteva

---

non può dichiararsi inammissibile, altrimenti vi sarebbe una introduzione in via pretoria di un ulteriore requisito, oltre alla rilevanza e alla non manifesta infondatezza (cfr. P. ZICCHITTO, *Le disarmonie tra giudizio di costituzionalità e processo amministrativo: alcune brevi riflessioni*, in *federalismi.it*, 8/2016, 1 ss.). Critiche al comportamento dei giudici nelle due interviste a P. CARROZZA e M. LUCIANI in *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina*, a cura di P. Passaglia, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, risp., 241 ss. e 258 ss.

<sup>5</sup> Se si vuole, cfr. D. GALLIANI, *La sospensione del trattamento penitenziario, disposta dal Ministro, compie mezzo secolo di vita. E se implodesse?*, in *Rivista di studi e ricerche sulla criminalità organizzata*, 1/2023, 51 ss. (numero monografico dedicato al regime detentivo speciale, reperibile on line: [www.cross.unimi.it](http://www.cross.unimi.it)).

<sup>6</sup> La *quaestio* fu sollevata dal giudice di sorveglianza in sede di parere sull'istanza di liberazione condizionale presentata al Ministro della giustizia.

anche non dire) che il legislatore dovrà intervenire per stabilire procedure, modalità e tempistiche del nuovo intervento dell'autorità giudiziaria<sup>7</sup>.

Riassumendo la prima premessa: sono comprensibili alte aspettative quando si guarda alla Corte, il cui compito è rendere giustizia costituzionale, non di meno va adoperata anche una buona dose di ragionevole cautela<sup>8</sup>.

### 3. L'importanza della comparazione.

In secondo luogo, sempre come premessa, vorrei sottolineare l'importanza che riveste la comparazione per il nostro giudice delle leggi. Il tema merita più approfondimento, non di meno mi sembra utile spendere qualche osservazione riferendosi agli interventi della Corte nelle sempre complesse questioni penali.

Provo a dirlo in questo modo. Ricorrere alla comparazione, per la Corte, significa anche calare le proprie sentenze in un contesto più ampio, quasi ricorrere ad argomenti oggettivi, in ambiti caratterizzati da un forte concentrato di soggettività, vuoi perché delle tante cittadelle che stanno perdendo progressivamente i connotati della statualità è proprio quella penale a dimostrarsi più indomita, ma vuoi anche perché, quando la Corte prende posizione su una questione penale, è consapevole di intervenire in ambiti ove la reazione del tessuto sociale, e quindi anche del pensiero della maggioranza delle persone, è caratterizzata da molte dinamiche, poche improntate alla razionalità, molte all'istinto individuale, soggettivo.

Iniziamo col dire che la Corte compara in diversi modi. A volte è pressoché obbligata a farlo, quando è chiamata a confrontarsi con il diritto dell'Unione e con quello convenzionale. Anche questa è comparazione, altro non è che guardarsi intorno, per valutare come fanno gli altri. Altre volte la comparazione è discrezionale, nel senso che la Corte sceglie di rifarsi ad altre legislazioni e giurisprudenze (dentro e fuori il continente europeo), soprattutto per fortificare il bagaglio motivazionale<sup>9</sup>.

Ad ogni modo, questa la domanda alla quale vorrei tentare di rispondere: se la comparazione è uno strumento al quale la Corte ha fatto (e fa) ricorso – in modo più o meno marcato, più o meno discrezionale, non quotidiano ma nemmeno episodico,

---

<sup>7</sup> Per un primo commento, cfr. D. GALLIANI, M. OROFINO, *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale del divieto, imponibile dal Questore, di possedere ed utilizzare il telefono mobile e riapre il dibattito sulle misure di prevenzione personali*, in *Media Laws. Rivista di diritto dei media*, 1/2023, 302 ss. (reperibile on line: [www.medialaws.eu](http://www.medialaws.eu)).

<sup>8</sup> Cfr. G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 4/2020, 24 ss. e M. RUOTOLO, *Principio di diritto nell'interesse della legge e questioni di legittimità costituzionale: tra le astratte simmetrie formali del diritto processuale e l'esigenza di «rendere giustizia costituzionale»*, in *Rivista AIC*, 1/2015, 1 ss.

<sup>9</sup> Vedremo che sono proprio gli interventi della Corte (anche) sugli scopi della pena che permettono di dire che, in realtà, il ricorso alla comparazione non è un fenomeno solo recente. Che caratterizzi il periodo più recente è vero, e basti menzionare due straordinarie effigi, la sentenza 32/2020 sulla irretroattività delle modifiche *in peius* riguardanti quantità e qualità della pena e la sentenza 141/2019 sul favoreggiamento della sostituzione.

insomma «con una certa assiduità» – dove va ricercata la causa? Non «se compara», ma «perché compara»<sup>10</sup>.

Provo a dare una risposta. Nel collegio di giudici che compongono la Corte sono (da sempre) in maggioranza numerica i professori universitari. Non così altrove, ad esempio in quella che (non a caso) è una corte che appare (da sempre) timida rispetto alla comparazione, e mi riferisco alla Corte Suprema degli Stati Uniti, entro la quale la maggioranza numerica premia coloro che in precedenza hanno svolto il mestiere di giudice, *prosecutor* o avvocato.

Verissimo, essere professore universitario non significa per definizione essere propenso alla comparazione, ma la sensibilità non può che essere particolarmente significativa. Un esempio. Il costituzionalista compara da sempre, mentre il penalista da meno, ma non si può negare che anche il secondo si confronta con ciò che avviene nel mondo, in Europa o in un altro singolo Stato. Il costituzionalista, quando affronta mettiamo caso il tema delle forme di governo, non può che usare la comparazione, ma anche il penalista è da sempre attentissimo osservatore della dottrina giuridica straniera, valga il nostrano riferimento alla dottrina giuridica penalistica tedesca.

In altri termini, in modo più o meno esteso, da più o meno tempo, il professore universitario conosce l'importanza della comparazione, che utilizza nelle sue attività quotidiane di didattica e di ricerca. Perché quindi la nostra Corte costituzionale (non da oggi) è una corte che si guarda intorno, sensibile alla comparazione? Uno dei motivi è che i suoi membri sono in maggioranza professori universitari. Se mettiamo in un terreno vergine di alta montagna una cinquantina di marmotte, inizieranno presto a scavare tunnel sotterranei, e dopo qualche tempo la superficie avrà assunto una diversa fisionomia, anche se insieme alle marmotte nel terreno vivono alcuni caprioli e ogni tanto si vede qualche lupo<sup>11</sup>.

Vi è di più. L'uso della comparazione presso il nostro giudice delle leggi ha una sorta di effetto pedagogico-propulsivo. Più si confronta con quanto hanno detto altre corti, formalmente o materialmente costituzionali, più le induce a compiere lo stesso passo: «elementare, Watson»<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> In questo paragrafo di sicuro intendo la comparazione in senso molto ampio. Questo perché mi interessa mettere in rilievo la sensibilità al confronto con altri ordinamenti (compreso quello dell'Unione e quello convenzionale), piuttosto che il singolo uso, specifico ed esplicito, di leggi e decisioni straniere. Non considerando il confronto con il diritto dell'Unione e con quello convenzionale, in modo *esplicito* il ricorso alla comparazione è avvenuto in trentadue casi nel decennio 2005-2015. Questi dati inducono cautela in dottrina, non di meno la conclusione è che, anche considerando l'*implicita* rilevanza dell'argomento comparatistico, questo è stato utilizzato «con una certa assiduità», sempre nel decennio di riferimento: cfr. P. PASSAGLIA, *Il diritto comparato nella giurisprudenza costituzionale: un'indagine relativa al periodo gennaio 2005-giugno 2015*, in *Consulta on line*, II/2015, 589 ss.

<sup>11</sup> Si veda comunque la sezione *Studi* nel sito internet della Corte, in particolare *Area di diritto comparato*, ove si possono ritrovare, oltre a *Studi* veri e propri, un *Archivio segnalazioni*, le *Segnalazioni correnti* e i *Bollettini*. Una messe di documenti significativi, che non solo preparano l'uso della comparazione, ma tengono alta l'attenzione.

<sup>12</sup> Scorrendo la versione inglese del sito internet della Corte si trovano tradotte in inglese non poche sentenze. Al 1° settembre 2023, se ne possono leggere 263, riferite a 17 anni di giurisprudenza costituzionale (dal 2006 al 2022, compreso). Una media annuale di 15 sentenze, con il picco di 23 raggiunto rispetto a quelle del 2019.

Anche qui, un solo esempio. Nel 1974 la Consulta ritiene che la pena perpetua non contrasta con la Costituzione, e ci torneremo. Qualche decennio dopo, e siamo nel 2013, dovendosi occupare di ergastolo, la Corte di Strasburgo in *Vinter* (che aveva come parte resistente il Regno Unito) richiama due sole giurisprudenze costituzionali degli Stati parti della Convenzione, quella della Corte di Karlsruhe e quella della Corte costituzionale italiana. Passa poco tempo, la Consulta ricambia: con la sentenza 149/2018, siamo sempre in materia di ergastolo, si usa *Vinter*. A questo punto, pronta la risposta alsaziana: in *Viola vs Italia* del 2019 ci si riferisce proprio alla sentenza 149. E tutto «finisce» nel migliore dei modi: il nostro giudice delle leggi, anche grazie a *Viola*, accerta l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo.

Questa la seconda premessa. La nostra Corte costituzionale è sensibile alla comparazione, e questo dipende anche dal fatto che i suoi componenti sono in maggioranza numerica professori universitari, abituati alla comparazione. Le ripercussioni sono al quadrato: rispetto ai temi che di volta in volta affronta, rispetto ai quali riesce ad offrire dati razionali (dei quali nelle questioni penali vi è bisogno come dell'acqua nel deserto), ma anche rispetto all'atteggiamento di altre corti: il rispetto si paga con il rispetto.

#### **4. Dagli inizi alla fine degli anni Ottanta: la polifunzionalità vera e propria.**

Iniziamo la ricostruzione, con il primo periodo e il primo argomento chiave. Vale per ogni periodo, quindi anche per il primo: si può ravvisare una significativa vicinanza tra la giurisprudenza costituzionale sugli scopi della pena e quelle che sono le opinioni maggiormente sostenute in dottrina. A volte è un matrimonio, altre una convivenza, quasi mai è indifferenza.

Dagli inizi e sino alla fine degli anni Ottanta, l'argomento chiave è la polifunzionalità eclettica, che significa posizionare in un grande piatto ogni scopo immaginabile della pena, e alla bisogna utilizzarne uno, due, anche di più. Si va dalla retribuzione pura e semplice fino alla rieducazione intesa come emenda interiore, passando per tutte le molteplici varianti che assumono la prevenzione generale e quella speciale.

Per quanto riguarda la dottrina, basti citare Francesco Carrara e Giuliano Vassalli. Il primo ha lasciato talmente il segno che la sua concezione della rieducazione, quasi animistica, la si può riscontrare viva e vegeta nel periodo al quale ci stiamo riferendo<sup>13</sup>. Ed il secondo si è fatto alfiere proprio della polifunzionalità eclettica, anche

---

Basta scorgere i siti internet di altre corti costituzionali per rendersi conto che la scelta di quella italiana non è per niente isolata.

<sup>13</sup> Francesco Carrara combatté strenuamente la pena di morte, dando rilevante importanza alla pena perpetua, in un modo però diverso da Cesare Beccaria, che ragionava in termini utilitaristici. Per il grande giurista di Lucca la morte per pena sancisce l'impunità del colpevole, in quanto colpisce il corpo e non l'anima, la vera colpevole. Chiudete il malfattore in una cella, sostenne, preservandone con cura la vita, affinché l'espiazione duri più a lungo possibile. Solo così si avrà la certezza che l'anima del colpevole sarà punita, e patirà lunghi dolori ed angosce, che lo condurranno a deplorare il suo delitto. Per quanto dura,

se, dando a Cesare quel che è di Cesare, in riferimento alla rieducazione si ragionava in termini laici e, soprattutto, siamo nel 1961 (!), si prospettava un'applicazione della rieducazione anche fuori dalla sola esecuzione penitenziaria<sup>14</sup>.

Venendo alla giurisprudenza costituzionale, l'emblema della polifunzionalità eclettica sono un binomio di decisioni. La sentenza 12/1966 sulle pene pecuniarie e la sentenza 264/1974 sulla pena perpetua.

Le pene pecuniarie non sono incostituzionali: la rieducazione riguarda solo il trattamento penitenziario e, al di fuori di questo, esistono altri scopi della pena, tutti legittimi. Ma l'archetipo è la pronuncia sull'ergastolo: se la rieducazione opera solo in fase esecutiva, alla Corte non si può domandare di valutare l'efficacia rieducativa della pena edittale, che spetterà al legislatore, il quale può abbuffarsi nel ricchissimo piatto offerto dalla polifunzionalità eclettica, la polifunzionalità vera e propria. Del resto, sono parole della Corte, il riadattamento sociale non sempre è perseguibile, e la Costituzione non ha proscritto la pena dell'ergastolo, come avrebbe potuto fare. E così la partita si chiude: a prescindere dalla retribuzione (la pena per il male commesso) e dal positivismo (esistono gli incorreggibili), il punto è che «non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione e difesa sociale siano non meno della sperata emenda alla radice della pena».

Amen. La lenzuolata di scopi della pena è servita, il legislatore ci si abbuffi.

## 5. Dagli anni Novanta in avanti: la polifunzionalità dialogica.

Siffatto orientamento durerà fino alla fine degli anni Ottanta, quando si registra il cambio di passo della Corte, che disegna i contorni del tracciato che seguirà fino ai nostri giorni.

Per meglio intendere il nuovo approccio, e quindi la polifunzionalità dialogica, deve essere spesa una duplice considerazione sul contesto. La prima per mettere in evidenza una nuda e cruda verità: tutto il decennio degli anni Settanta, ed anche i primi anni Ottanta, hanno riconsegnato un'immagine agghiacciante dello stato di salute del carcere in Italia. Non è una battuta: le carceri erano uno dei luoghi meno sicuri della Penisola, teatri di quotidiane evasioni, rivolte, violenze di ogni genere. Tanto che la legge sull'ordinamento penitenziario del 1975 è stata approvata anche per tentare di placare questo drammatico scenario<sup>15</sup>.

---

l'anima prima o poi cede, riconoscendo la supremazia della legge. Una sorta di condanna alla vita, in sostituzione della condanna alla morte. Non mancava la risposta a chi metteva in discussione tutto il ragionamento in termini di umanità: se si sbaglia a pensare al giovamento ottenibile con i patimenti dell'anima, si tolga la parola pena dal codice penale! Ho riassunto alla lettera il pensiero esposto in F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, vol. V, *Il diritto penale e la procedura penale*, Giusti, Lucca, 1874, 59 ss.

<sup>14</sup> Cfr. G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena* (1961), in *Giuliano Vassalli*, a cura di F. Palazzo, Laterza, Roma-Bari, 2010, 79 ss.

<sup>15</sup> Serve sempre ripeterlo: il carcere è uno spaccato della società, violenta la seconda, violento il primo. E come la società si dissociò dall'uso della violenza, così in carcere la dissociazione contribuì alla sconfitta del partito armato delle carceri.

La seconda considerazione è la seguente: neanche il tempo di affermarsi che l'ideale rieducativo è entrato in crisi. Da questo punto di vista, la legge Gozzini del 1986 può anche essere interpretata come la presa d'atto della crisi: il carcere, per come era, difficilmente poteva rieducare, pertanto la strada da percorrere era la decarcerizzazione, quanto meno fare stare le persone in carcere il meno possibile. Non a caso, nascono, proprio con la legge Gozzini, i permessi premio, non previsti nel 1975, quando si disciplinarono solo i permessi di necessità.

Questo scenario (il disastro del carcere e della rieducazione) riesce bene a spiegare il nuovo approccio della Corte sugli scopi della pena, giudice delle leggi che in tre passaggi compie il cambio di rotta, supportato e spinto dalla dottrina (e qui i nomi sarebbero molti, se solo si considera l'influsso che ha avuto l'opera di Franco Bricola: mi limito a ricordare Emilio Dolcini e la sua *commisurazione della pena* del 1979)<sup>16</sup>.

Si inizia con la sentenza 364/1988, grazie alla quale si getta la prima pesantissima pietra: la rieducazione viene portata alla fase della cognizione, visto che solo la ricostruzione della responsabilità penale in termini di colpevolezza è in grado di assicurare lo scopo rieducativo della pena.

Si passa poi per la sentenza 282/1989, ai nostri fini parimenti fondamentale, perché afferma in modo esplicito il senso ultimo della polifunzionalità dialogica, visto che non possono esistere gerarchie tra gli scopi della pena. Il dialogo tra gli scopi della pena si chiama bilanciamento, in nessuna delle fasi della pena uno scopo può schiacciare un altro, nessuno può diventare tiranno. Il caso era il calcolo della pena scontata in liberazione condizionale, una volta avutasì l'ipotesi di revoca. E si sostiene che la liberazione condizionale, nella sostanza, rende più umana la pena, evitando di far scontare da detenuto la parte centrale e finale della stessa pena, quella «più inumanamente afflittiva». Sembrano parole di Aldo Moro, in realtà sono del suo allievo-relatore, Renato Dell'Andro, che scrive una sentenza-trattato (che nostalgia, nostalgia-canaglia).

Infine, il macigno, la sentenza 313/1990, relatore Ettore Gallo, indimenticabile persona e giurista. Una cosa mancava da fare, portare la rieducazione alla fase legislativa. Detto fatto: la rieducazione deve permeare tutte le fasi della pena, legislatore compreso, altrimenti si corre il rischio di strumentalizzare la persona, ricorrendo alla difesa sociale. Nel caso di specie, il legislatore, vietando al giudice di valutare l'esito del patteggiamento, vieta anche la valutazione circa la proporzione tra la gravità dell'offesa e la quantità della pena. Impedisce ciò che non può impedire, la valutazione sulla rieducazione.

---

<sup>16</sup> Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Cedam, Padova, 1974. Quanto a Franco Bricola, mi piace ricordarne l'importanza non solo per la lettura costituzionalmente orientata del diritto penale, ma anche per una significativa circostanza. Chiamato da Sassari a Bologna, l'allievo di Pietro Nuvolone insegnò non solo diritto penale, non solo diritto penale commerciale, ma anche diritto costituzionale e pure diritto pubblico comparato. Lo ricorda Nicola Mazzacava, che da studente frequentò tutti i quattro insegnamenti tenuti dal Maestro: si veda la registrazione su [www.radioradicale.it](http://www.radioradicale.it) dell'incontro *Costituzione e diritto penale: in ricordo di Franco Bricola venticinque anni dopo*, Bologna, 29 maggio 2019.



Vi è di più. Non solo la rieducazione ne esce potenziata, visto che deve permeare l'esecuzione, la cognizione e la legislazione, ma viene definita «principio che, seppur variamente profilato, è diventato patrimonio della cultura giuridica europea, in particolare per il suo collegamento con il principio di proporzione».

Vero, calando la sentenza nel contesto, non si può fare a meno di evidenziare che la prevenzione generale non ne esce tramortita, in un certo modo la Corte sembra non volere assecondare patteggiamenti troppo miti<sup>17</sup>.

Resta però una sterzata di straordinaria importanza, dalla quale non si è più tornati indietro. In alcune occasioni, la difesa sociale è tornata a farsi sentire, in specie quando la Corte è stata chiamata a prendere posizione sulla legislazione di contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso. Questo «concetto-sfinge», come usava chiamarla Franco Bricola<sup>18</sup>, riemerge a fasi alterne, anche di recente, ad esempio nella sentenza 188/2019, nella quale la Corte ha spiegato (dal suo punto di vista) il senso dell'estensione dell'elenco dei reati ostativi, riferendosi ad un concetto simile, quello di «allarme sociale». Nonostante questo, vi è da dire che il discorso attorno alla difesa sociale, se riferito agli scopi della pena, non ha mai raggiunto la pervasività che si può registrare in tema di misure di prevenzione, le quali, per la Corte, sono costituzionalmente legittime perché «immanenti» ad ogni ordinamento che voglia garantire la pacifica convivenza, un modo raffinato per dire difesa sociale.

Quel che però più conta è che dagli anni Novanta in avanti, e sino ad oggi compreso, la (nuova) regola aurea non è cambiata, l'argomento chiave si è sempre più rinsaldato: gli scopi della pena devono dialogare tra loro, serve mettere in campo il bilanciamento, entro il quale certo la rieducazione, variamente profilata, è diventata patrimonio della cultura giuridica europea, grazie al suo legame con la proporzione.

## 6. La proporzionalità della pena.

Siamo giunti all'argomento chiave del nostro tempo, il terzo periodo. La proporzionalità della pena è un tema tremendamente concreto e allo stesso tempo capace di mettere in discussione addirittura il cuore dello stesso diritto penale.

La dottrina non poteva mancare. Francesco Viganò ha scritto la prima monografia in Italia tutta dedicata a questo argomento, e lo ha fatto da giudice costituzionale<sup>19</sup>. Ma

---

<sup>17</sup> Se si vuole, questo è il rovescio della medaglia del clima degli anni Settanta. Un clima di violenza, come abbiamo detto, ma anche un clima di rinnovamento, che in alcune esperienze, come quella statunitense, ha portato la politica a reagire in modo drastico, con le prime politiche penali della tolleranza zero. Da noi è stato invece l'erompere della criminalità organizzata di stampo mafioso che ha segnato la sterzata, non poche volte certo ispirandosi alle misure emergenziali approvate nel periodo del terrorismo.

<sup>18</sup> Cfr. F. BRICOLA, *Forme di tutela «ante-delictum» e profili costituzionali della prevenzione* (1975), in ID., *Politica criminale e scienza del diritto penale*, il Mulino, Bologna, 1997, 35.

<sup>19</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2021. Uno degli argomenti più importanti dell'Autore è la caratterizzazione della proporzionalità della pena al pari di un vero e proprio diritto umano, capace di lavorare al pari di uno scudo, anche rispetto alle legittime esigenze di prevenzione speciale negativa, il cui sacrificio è il costo da pagare al diritto umano alla

anche al di fuori della dottrina giuridica si è colmata una lacuna, e non poteva che essere un filosofo a mettere in evidenza tutta la capacità dirompente insita nella proporzionalità della pena<sup>20</sup>.

Mi prefiggo un compito (molto) più limitato. Vorrei catapultarmi dentro il nostro presente, che si sta svolgendo proprio mentre scrivo. In particolare, stimolare la lettura di un recente trittico di decisioni del giudice costituzionale che riguardano (direttamente e indirettamente) ciò che più contrasta con la proporzionalità della pena, la pena fissa dell'ergastolo.

Solo qualche breve cenno a ciò che nel tempo è accaduto. La proporzionalità della pena ha questa caratteristica, tra le altre: fino a che lavora nel «sommerso» non crea grossi problemi, e questo perché si aggancia ad altri principi costituzionali.

Intanto, la proporzionalità si lega con l'offensività. In questo caso, la Corte costituzionale è netta, da tempo. Tre casi dovrebbero bastare.

La sentenza 409/1989: si puniva diversamente il rifiuto della recluta alla chiamata al servizio militare, a seconda che fosse motivato da obiezione di coscienza o da futili (o assenti) motivi. La Corte cancella la pena da due a quattro anni per obiezione di coscienza, portando tutto alla pena da sei mesi a due anni.

Rilevante anche la sentenza 343/1993, sulla cd. «spirale delle condanne», la cui parte era Alfredo Cospito. La Corte pone fine alla spirale delle condanne per il disertore, aggiungendo alla normativa l'esonero dal servizio militare in caso di detenzione per un tempo non inferiore al periodo del servizio militare stesso. I motivi adottati per rifiutare la leva non erano stati né l'obiezione di coscienza né futili motivi, ma il credo nell'anarchia. Anche se Alfredo Cospito, dopo uno sciopero della fame, ottenne la grazia, alle due precedenti condanne per diserzione si sommò un'ulteriore imputazione, la terza, da qui la questione di costituzionalità.

Infine, la sentenza 341/1994, sul minimo edittale di sei mesi per oltraggio a pubblico ufficiale. In questa decisione non si accetta che il minimo edittale per oltraggio a pubblico ufficiale fosse dodici volte superiore al minimo per l'ingiuria, quindici giorni: «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». Per la Corte, emergeva una concezione autoritaria del rapporto tra cittadini

---

proporzionalità della pena.

<sup>20</sup> Cfr. U. CURI, *Il colore dell'inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Bollati Boringhieri, Torino, 2019. Riassumo qui il pensiero dell'Autore. Il diritto penale si basa su di una aporia ineliminabile: il rapporto tra colpa e pena può esistere solo se la pena è vista come qualcosa capace di reintegrare l'ordine, al pari della purificazione in ambito religioso. Tutto questo proprio laddove dovrebbe dominare la razionalità, la misurazione tra colpa e pena in termini di proporzionalità. Servirebbe la matematica, si usa ancora la metafisica, se non la religione. Eliminando l'aporia, cadrebbe lo stesso diritto penale, la cui base teomorfa ha sì origini antiche, ma si è rinforzata (non indebolita) nella modernità e ai giorni nostri. Per dimostrare l'aporia l'Autore usa due calzanti esempi, la pena capitale e la pena perpetua. Nel primo caso, si decide quando dare la morte ad una persona, nel secondo si vanifica l'elemento del futuro, e quindi in entrambi i casi non si è più al cospetto di una vera e propria pena. Insomma, la pena in senso giuridico è razionale solo in un contesto metafisico-religioso, come espiazione-purificazione: crolla il secondo, la prima non ha più senso, è solo memoria del suo opposto, la fallibilità degli uomini, è solo dolore.

e pubblici ufficiali, ed il legame tra offensività e proporzionalità in questo caso si arricchisce anche grazie al riferimento alla coscienza sociale.

In tutti questi casi, la Corte risolve il problema, ma corre il rischio di creane di nuovi. Il giudizio triadico lavora in termini di riequilibratore del sistema, senza però risolvere il problema di fondo, quello della «vera» giusta pena per lo specifico reato. Non vi è dubbio, la Corte riesce a sdrammatizzare la questione del suo rapporto con il legislatore, poiché non inventa niente, ma utilizza il già esistente. I germi per la voltata sono però gettati, e nel tempo si inizierà a valutare la proporzionalità intrinseca (e siamo al nostro presente), il tutto inquadrabile nel passaggio dalle rime obbligate alle rime adeguate, in una chiara ottica di garantismo costituzionale, contro le zone franche, a favore di un rinsaldato ruolo dello stesso giudice costituzionale<sup>21</sup>.

E quando si utilizza la proporzionalità intrinseca lo si fa in modo chiaro e diretto, al fine di perseguire «fini di giustizia», anche se si tengono comunque in considerazione «precisi punti di riferimento» esistenti: è la «proporzione senza geometrie» delineata dalla sentenza 236/2016, che sostituisce la forbice edittale per false dichiarazioni/certificazioni che alterano lo stato civile<sup>22</sup>. Va però detto che altre volte la Corte è costretta ad alzare bandiera bianca: così nella sentenza 22/2017 sulla pena detentiva da uno a quattro anni per violazione dell'ordine di allontanarsi diretto allo straniero. In questo caso, la Corte si ferma, ma è evidente che lo fa perché non esistevano alternative, anzi in realtà una esisteva, togliere di mezzo la pena in sé, ma il passo sarebbe stato (forse) più lungo della gamba.

Oltre che con l'offensività, la proporzionalità si è legata con l'eguaglianza e con la legalità. E va da sé: lo stesso è accaduto con la rieducazione, se solo si considera quanto le presunzioni legislative assolute di pericolosità sono state utilizzate dal legislatore, postosi al di fuori del perimetro costituzionale, entro il quale la Corte lo ha riportato di continuo, relativizzandole.

Qualche parola in più sulla *liason* che si registra quando la proporzionalità incontra la legalità, anche perché in questo caso l'attacco alle pene fisse è fontale, quale che siano (detentive, accessorie, pecuniarie).

Il punto di partenza è indubbio: il presupposto della legalità è la presenza di una forbice edittale non eccessivamente ampia, altrimenti non si avrebbe più discrezionalità ma arbitrio del giudice. Lo dice in modo nettissimo la sentenza 299/1992, che abbatte la forbice edittale tra due e ventiquattro anni per violata consegna di cosa da parte di un militare. Era (forse) un *unicum*, ma comunque insopportabile in un ordinamento centrato sul rispetto della legalità<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Cfr. A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena* e R. BARTOLI, *Il sindacato di costituzionalità sulla pena, tra ragionevolezza, rieducazione e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, risp., 2/2019, 785 ss. e 4/2022, 1441 ss.

<sup>22</sup> Cfr. V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 6/2016, 2105 ss.

<sup>23</sup> Un *unicum* al quale si dovrebbero aggiungere i casi nei quali il legislatore disciplina unicamente il minimo edittale della reclusione, senza esplicitamente indicare il massimo. In questi casi, il massimo corrisponderà al massimo della pena di reclusione. Chiaro che, per non trasformare in arbitrio la discrezionalità del giudice, molto dipende dalla entità di volta in volta decisa per il minimo edittale. La Corte può intervenire (ed è intervenuta) sullo stesso limite edittale, ad esempio e di recente quando non è modulabile ricorrendo

La Corte sostiene in modo ineccepibile che d'altro canto la legalità non impone pene fisse, ma qui va posta una domanda: la legalità non impone pene fisse, va bene, ma le pene fisse sono compatibili con la legalità? Per andare al cinema non è obbligatorio avere tra le mani un chilo di popcorn, ma con tutto quel «cibo» puoi entrare al cinema? È una compatibilità sotto osservazione o è una incompatibilità?

Qualche erede dei rivoluzionari francesi sarebbe disposto a ribadire che l'unico modo per fare del giudice la *bouche de la loi* risiede proprio nella predisposizione di pene fisse. In realtà, le cose sono più complicate: se la forbice edittale (almeno, in Italia) non può essere eccessivamente ampia, possiamo ammetterne l'assenza, è costituzionalmente legittimo fare del giudice una sorta di disoccupato, ricorrendo alle pene fisse? Proviamo ad indagare.

## 7. Pene fisse e proporzionalità: dalla non armonia alla incostituzionalità.

Se la proporzionalità della pena si prende sul serio sono evidenti i problemi che si ingenerano nei confronti delle pene fisse, qualunque siano<sup>24</sup>.

In questo caso, esiste un inizio. La sentenza 50/1980 è la madre dei tanti figli poi nel tempo partoriti. Una marea di giudici, i pretori d'assalto, invasero la Consulta con una ventina di ordinanze di remissione sulla pena fissa di 800.000 mila lire più quindici giorni di arresto nei confronti dei camionisti che circolavano eccedendo di oltre trenta quintali il carico consentito.

Anche se d'assalto, indicativo che nessun pretore si riferì alla rieducazione. Dal canto suo, l'Avvocatura dello Stato non sapeva che pesci pigliare: sostiene che il

---

alla lieve entità dei fatti: così la sentenza 244/2022 in materia di sabotaggio temporaneo di mezzi ed opere militari da parte di un militare, punito «solo» con la reclusione nel minimo di otto anni. Ad ogni modo, il problema esposto in questa nota non è di facile soluzione. Di là della questione ergastolo, che formalmente è una pena principale differente dalla reclusione, e di là dell'approccio caso per caso (onde comprendere l'eccessiva o meno divaricazione della forbice edittale), andrebbe svolto un approfondimento anche rispetto legalità-prevedibilità della pena: basta che il massimo della pena sia previsto solo implicitamente, il massimo edittale può non essere indicato in modo esplicito?

<sup>24</sup> Una precisazione. Una pena fissa può anche non essere una pena obbligatoria. Sono due cose differenti, a volte si incrociano, altre no. Il risultato è identico, l'azzeramento della discrezionalità del giudice, ma non devono confondersi. Un esempio spiega bene. L'ergastolo è una pena fissa in sé, non ha scadenza, il fine pena è mai. Ma di norma non è anche una pena obbligatoria, visto che il giudice può decidere tra un minimo determinato e un massimo che appunto corrisponde alla pena perpetua. Esistono però casi nei quali l'ergastolo è anche una pena obbligatoria, oltre ad essere fissa: in Europa l'unico esempio è il Regno Unito, ove per ogni omicidio il giudice *deve* irrogare l'ergastolo, avendo solo la possibilità di decidere dopo quanto tempo è possibile domandare la *parole* (e può anche decidere che non possa essere mai domandata, e di fatto questo avviene, con il placito della Corte di Strasburgo, che dopo il coraggio dimostrato in *Vinter* è ritornata ipocritamente sui propri passi in *Hutchinson*). Anche la Germania e Cipro prevedono l'ergastolo obbligatorio, ma in realtà solo in presenza di determinate aggravanti. Fuori Europa basti l'esempio degli Stati Uniti, ove non solo l'ergastolo in sé è spesso obbligatorio, ma lo è l'ergastolo senza possibilità di accedere alla liberazione condizionale. Sull'Italia si veda il prosieguo a proposito della pena perpetua indefettibile. Per un quadro completo, se si vuole, cfr. D. GALLIANI, *L'ergastolo nel mondo. Appunti di diritto costituzionale penale comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2022, 109 ss.

giudice non perde del tutto la sua discrezionalità, dal momento in cui mantiene il compito di accertare il fatto, lavorando quindi in termini di responsabilità penale.

La Consulta in motivazione utilizza il termine «proporzione», che serve per adeguare la risposta punitiva ai casi concreti, quindi per rendere personale la responsabilità penale, in questo modo potendosi ottenere il fine rieducativo. Ma non è solo questione di utilizzare il termine. In questa sentenza, la Corte scrive una frase che successivamente non mancherà mai negli scritti della dottrina che si occupa di queste tematiche, nonché non mancherà mai di essere richiamata dalla stessa Consulta.

Il relatore era Alberto Malagugini, confinato durante il fascismo, poi per tre legislature deputato comunista e avvocato, tra gli altri, del gruppo dei 166 firmatari del manifesto che incolpava la polizia per la morte di Franco Serantini, denunciati per vilipendio alla polizia. Questa la storica frase contenuta nella sentenza del 1980: la discrezionalità del giudice è la norma, pertanto le sanzioni fisse «non appaiono in armonia con il “volto costituzionale” del sistema penale».

Non vi è nulla da aggiungere, se non un secondo interessante passaggio contenuto nella motivazione. La norma è la proporzionalità, non vi possono essere eccezioni, se non quando, per la natura dell'illecito e per la misura della sanzione, questa seconda appare «ragionevolmente proporzionata» rispetto alla intera gamma di comportamenti desumibili entro lo specifico tipo di reato. Detto altrimenti: quando il reato ingloba fatti che hanno un diverso disvalore non possono essere puniti tutti allo stesso modo, a meno che la pena fissa non appaia comunque «ragionevolmente proporzionata».

Il sintagma «ragionevolmente proporzionata» può sembrare un gioco di parole, se non una scappatoia, invero serve per risolvere il caso di specie e apre comunque notevoli conseguenze. Sul caso di specie la Corte svolge il seguente ragionamento. La misura fissa della sanzione appare ragionevolmente rapportabile al tipo di illecito, un illecito di pericolo posto a prevenzione di sinistri stradali, la cui realizzazione presuppone quasi sempre la realizzazione di un'attività lucrativa: «il fine di lucro è perseguito a costo d'aumentare i pericoli inerenti alla circolazione stradale». Di conseguenza, la pena pecuniaria (ammenda di 800.000 lire) non è sproporzionata rispetto al contenuto oggettivo e soggettivo tipico dell'illecito sanzionato, e dal canto suo la pena detentiva (15 giorni d'arresto) è fissata ai livelli minimi della stessa pena detentiva.

Una volta ravvisata non sproporzionata la scelta legislativa, le differenti ipotesi che pur si possono verificare non assumono un rilievo tale da imporre diversificazioni nella sanzione. Non la differenza tra fatti dolosi e colposi, poiché, anche se di norma trattati con cornici edittali aperte, sono di regola considerati congiuntamente in materia contravvenzionale. E nemmeno la differenza tra i carichi eccedenti i trenta quintali può avere rilievo: in sé è una differenza notevolissima di eccedenza di carico, tale da far ritenere trascurabili altre variazioni in aumento. La conclusione è segnata: dato che si possono sempre tenere in considerazione aggravanti e attenuanti, il sistema sanzionatorio disegnato dal legislatore ne esce indenne. Che lo si faccia dolosamente o colpevolmente, che si trasportino cinque o dieci quintali in più rispetto ai trenta di

eccedenza già consentiti, in ogni caso la sanzione fissa appare ragionevolmente proporzionata.

Come a dire: proporzionata non lo può essere, essendo fissa, e questo vale per dire che le sanzioni fisse non appaiono in armonia con il volto costituzionale del sistema penale; ma è ragionevole la fissità nel caso di specie, dolo e colpa essendo trattate congiuntamente nelle contravvenzioni e non facendo molta differenza il quanto si eccede l'eccedenza di carico già consentita. Del resto, di norma il tutto avviene per fini di lucro.

Rispetto alle conseguenze di questa sentenza, basta riferirsi al destino al quale sono andate incontro le pene fisse nel nostro ordinamento, che ai giorni nostri iniziano a cadere come birilli.

Si dirà: ma il problema rimane sempre il sostituto della pena fissa. Questo è vero, ma fino ad un certo punto. La sentenza 222/2018 sostituisce alla pena accessoria fissa di dieci anni per bancarotta fraudolenta una pena «fino a dieci anni». Il motivo per il quale si compie questa sostituzione è evidente: non poteva certo inserire, proprio il giudice costituzionale, una nuova fissità, la pena accessoria uguale alla pena principale, ferma la chiara posizione della Consulta a favore delle interdizioni, visto il pietoso stato del carcere.

Ancora più significativa la sentenza 185/2021, grazie alla quale si elimina (senza sé e senza ma) la sanzione pecuniaria fissa di 50.000 euro per chi non espone i cartelli sul rischio ludopatia all'interno di sale da gioco e bar. Sul sostituto la Corte è stoica, quasi voglia chiudere la partita, almeno teorico-concettuale: non esistono sostituzioni possibili, si deve andare con la incostituzionalità «secca» della sanzione pecuniaria fissa, se vorrà il legislatore potrà sempre intervenire.

Proviamo a scriverlo in modo differente: la fissità è talmente contro la proporzionalità che l'ordinamento può permettersi, al fine di far vincere la differenza contro l'uniformità, la mobilità contro la fissità della pena, di non avere alcuna sanzione. Ci pensi il legislatore, se vuole, intanto la Corte difende, tra le altre cose, il giudice e la sua discrezionalità.

## **8. Un trittico sulla fissità dell'ergastolo.**

Queste brevemente tracciate sono le premesse di uno straordinario recente trittico di sentenze della Corte che hanno un comune denominatore: affrontano il problema della tenuta costituzionale della pena fissa per definizione, la pena perpetua. Tre relatori differenti, tre tematiche non perfettamente sovrapponibili, ma in ogni caso segnano il punto al quale oggi è giunta la Corte ragionando attorno alla pena dell'ergastolo, in particolare al suo stare dentro o fuori il perimetro costituzionale, con specifico riferimento alla proporzionalità della pena.

La prima è la sentenza 260/2020, relatore Francesco Viganò, sulla esclusione del giudizio abbreviato per i reati punibili con l'ergastolo. In questa sentenza,

«motivatissima»<sup>25</sup>, il giudice delle leggi espone un ragionamento estremamente chiaro, immediatamente confermato da due successive ordinanze (ordinanza 214/2021 e ordinanza 207/2022, che riguardano il caso di vizio parziale di mente che, rispettivamente, non dovrebbe condurre o non conduce all'ergastolo, e nonostante questo vale comunque l'esclusione del giudizio abbreviato).

Nella sentenza 260 la Corte dice ai tre giudici remittenti: non posso rimeditare i miei precedenti sulle preclusioni ai riti speciali, ritenute sindacabili solo se arbitrarie, perché non vi è proprio nulla su cui rimeditare. Il motivo? La questione di costituzionalità non andava sollevata sulla legge che esclude il giudizio abbreviato per i reati punibili con l'ergastolo, andava sollevata direttamente sull'ergastolo in sé, che proprio i giudici rimettenti considerano una pena fissa, incapace di lavorare con la proporzionalità rispetto al differente disvalore dei fatti per i quali sono in corso i processi agli imputati. La Consulta nel suo argomentare utilizza proprio gli esempi avanzati dai giudici *a quibus*, quando sostengono che un omicidio aggravato dall'ira non può essere punito allo stesso modo di un omicidio aggravato dal metodo mafioso, oppure l'omicidio del coniuge separato allo stesso modo dell'omicidio del coniuge divorziato.

Poco o niente da aggiungere. Se l'ergastolo ostativo era un problema della magistratura di sorveglianza (e della Cassazione), l'ergastolo senza aggettivi è un problema del giudice della cognizione (e della Cassazione). E dato che il numero di condanne annue alla pena perpetua è letteralmente esploso negli ultimi due decenni, non dovrebbe essere così difficile trovare presto un giudice capace, né più né meno, di fare quello che la Corte ha chiesto di fare: prendere sul serio il principio di proporzionalità della pena, che non può operare laddove esistono fatti di differente disvalore, punibili comunque con la pena fissa dell'ergastolo<sup>26</sup>.

Serve coraggio? Sì, ma intanto ne ha mostrato molto la Corte, se si considera che due dei tre casi sui quali si è confrontata erano femminicidi<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Cfr. F. PALAZZO, *Ergastolo e giudizio abbreviato: un test esemplare sul controllo di costituzionalità in materia penale, oggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2021, 208.

<sup>26</sup> Dal 1955 al 1974 si sono registrati in media 490 omicidi volontari ogni anno. Le condanne all'ergastolo sono state 4,5, sempre in media annuale. Dal 2000 al 2019 la media annuale di omicidi volontari non esplose, sono 551, ma il numero medio annuale di condanne alla pena perpetua diviene 138,5. Come non definirla una esplosione? Il numero annuo di omicidi volontari è aumentato del 12,5%, quello delle condanne all'ergastolo del 2938%. Cfr. S. MARIETTI, *"L'ergastolo in Italia non esiste". I numeri di un pregiudizio*, in *Contro gli ergastoli*, a cura di S. Anastasia, F. Corleone, A. Pugiotto, prefazione di V. Onida, Futura, Roma, 2021, 93 ss.

<sup>27</sup> Peraltro, nell'ordinanza 207/2022 già richiamata, nella quale in incidente probatorio si era accertato il vizio parziale di mente, la parte aveva chiesto al giudice di sollevare la *quaestio* sulla pena dell'ergastolo, ma il giudice aveva rigettato, decidendo invece di sollevare la questione sulla legge che esclude il giudizio abbreviato. Una minuta aggiunta: si considerino i casi nei quali il giudice deve procedere nei confronti di una persona che in passato si è vista riconosciuta una attenuante, che ha condotto alla esclusione dell'ergastolo. Ebbene, cosa dovrebbe accadere se, in un nuovo processo, il giudice si deve nuovamente confrontare con l'attenuante? Non sono pochi questi casi, se solo si considera ad esempio la dissociazione dal precedente gruppo criminale. Se poi vi è la continuazione, il problema diviene evidente: non sto affermando che il giudice del nuovo processo è obbligato a riconoscere anche lui l'attenuante, non di meno sembra difficile immaginare una persona che prima si è dissociata e dopo invece non lo è più. La dissociazione non è la collaborazione, ma se la prima è stata confermata in diversi procedimenti precedenti,

Il secondo intervento di questo trittico lo si deve alla sentenza 66/2023, relatore Nicolò Zanon. Anche se il tema principale non era l'ergastolo, la decisione contiene rilevanti spunti. La *quaestio* riguardava la libertà vigilata automatica e fissa in cinque anni per tutti gli ergastolani che accedono alla liberazione condizionale<sup>28</sup>.

Per la Corte, libertà vigilata e liberazione condizionale sono inscindibili, insieme costituiscono una misura alternativa alla detenzione. La libertà vigilata non è una misura di sicurezza, né una nuova pena. La premessa ricostruttiva della Corte la porta a sostenere che la liberazione condizionale costituisce una «prova» del sicuro ravvedimento, stimolata dalla libertà vigilata, che in ogni caso serve anche per tutelare la collettività.

E si arriva al dunque. La mobilità della pena non opera in questo caso, poiché, essendo la liberazione condizionale e la libertà vigilata un tutto inscindibile, un modo diverso di espiare la pena, questa, la pena, è già stata individualizzata dal legislatore prima e dal giudice dopo. Che poi la libertà vigilata sia fissa dipende dalla scelta *ad hoc* compiuta dal legislatore, che non poteva non tenere in considerazione la perpetuità dell'ergastolo.

La riflessione della Corte è lineare, non di meno lascia aperti due interrogativi. Il primo: davvero il giudice della cognizione e prima ancora il legislatore hanno utilizzato la mobilità della pena, visto che si sta pur sempre parlando della liberazione condizionale e della libertà vigilata riferite all'ergastolo? Ci tornerò a breve, in chiusura. Il secondo: se è vero che i cinque anni della libertà vigilata sono una scelta del legislatore per così dire obbligata (il fine pena mai obbliga a stabilire un determinato numero), non ha tutti i torti il giudice remittente, il quale altro non voleva fare che revocare prima la libertà vigilata, cosa che gli è precluso fare.

Del resto, è la stessa Corte che si mostra sensibile alla questione, quando sostiene che la libertà vigilata può essere flessibilizzata e individualizzata grazie alle prescrizioni. Questo potrebbe anche essere vero (se le prescrizioni fossero sempre mirate al caso di specie, e non facili copia e incolla), ma ciò che manca nel ragionamento della Corte è la considerazione in sé della fissità della libertà vigilata, che in definitiva si salva solo perché con la liberazione condizionale si lega ad una pena già a suo tempo individualizzata dal legislatore prima e dal giudice dopo.

Si potrebbe trattare di un'occasione persa. Ha contato molto la ricostruzione teorico-concettuale, forse un attimo meno la contezza di cosa significhi concretamente la libertà vigilata, vale a dire una forte restrizione dei diritti di una persona che ha raggiunto il sicuro ravvedimento, che dovrebbe durare fino a quando il giudice, e non il legislatore in modo eguale per tutti, ritiene che sussistano specifiche esigenze di prevenzione da salvaguardare.

---

certo il giudice del nuovo processo non avrà davanti a sé un compito semplice, e lo dico in riferimento proprio ad un'eventuale domanda di accesso al giudizio abbreviato, che dovrebbe essere rigettata se il reato per il quale si procede è punibile con l'ergastolo...che riconosciuta l'attenuante non sarà più ergastolo.

<sup>28</sup> Per un commento, cfr. R. DE VITO, *La fisionomia del binomio liberazione condizionale-libertà vigilata nella ricostruzione della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2023, 792 ss.



Non sarebbe stata la fine del mondo se, come nel caso della bancarotta fraudolenta, anche in questo il giudice delle leggi avesse modificato la durata della libertà vigilata in «fino a cinque anni». Anche accettando la ricostruzione della Corte, liberazione condizionale e libertà vigilata non si possono separare e costituiscono una misura alternativa alla detenzione, la perpetuità della pena dell'ergastolo non significa necessariamente fissità della durata della libertà vigilata.

Infine, il trittico è chiuso dalla recentissima sentenza 94/2023, relatore Giovanni Amoroso. Il caso riguardava il divieto di prevalenza della lieve entità del fatto rispetto alla recidiva reiterata. Il divieto in parola conduceva dritto alla pena perpetua, al posto di una pena tra i venti e i ventiquattro anni, anzi alla pena perpetua indefettibile, il nostrano ergastolo obbligatorio, non potendo il giudice pronunciare altra pena, se non la pena perpetua.

La sentenza è convincente, per quello che dice e per come lo dice. Abbatte il divieto di prevalenza usando insieme, al pari di una triade efficientissima, il principio di eguaglianza, il principio di offensività e quella che si chiama, se non sbaglio per la prima volta in una pronuncia della Corte, la «necessaria proporzionalità della pena tendente alla rieducazione». In questa triade sono racchiusi decenni di giurisprudenza costituzionale, e la «necessaria proporzionalità della pena tendente alla rieducazione» suggella l'inestricabile dinamica che lega tutto in termini di individualizzazione.

Anche il passaggio finale non è da meno. La incostituzionalità del divieto di prevalenza non si ferma alla strage politica (il caso riguardava Alfredo Cospito): in motivazione la Corte sostiene che anche negli altri cinque casi di pena perpetua indefettibile (cittadino in armi contro lo Stato, attentato al Presidente della Repubblica, insurrezione armata, guerra civile, epidemia) varrà la stessa regola, anzi la estende ad ogni altra attenuante, comprese le generiche.

Quale il profondo messaggio della Corte? La pena fissa dell'ergastolo non può essere l'unica pena che il giudice può decidere, quindi è costituzionalmente legittima solo se esiste una alternativa. Nel 1974 la Corte disse che la pena perpetua non è incostituzionale perché può non essere perpetua, dato che il giudice può accordare la liberazione condizionale. Oggi, nel 2023, la Corte dice che la pena perpetua è costituzionale solo se esiste un'alternativa per il giudice della cognizione.

Non ha detto che la pena perpetua è incostituzionale, ed alcuni potrebbero sostenere che in fondo la decisione cristallizza la costituzionalità dell'ergastolo, quando non è una pena indefettibile. Lo stesso che si può sostenere dopo l'espulsione dal nostro ordinamento dell'ergastolo ostativo: non sta dentro il perimetro costituzionale proprio perché l'unico a stare dentro è l'ergastolo non ostativo. Tutto questo è vero. Ma resta quanto la Corte ha lasciato scritto nero su bianco in un passaggio della sentenza 94, che dovrebbe essere letto e riletto da ogni giudice della cognizione, ogni qual volta è sul tappeto la possibilità di pronunciare il fine pena mai.

Nel momento in cui si convince oltre ogni ragionevole dubbio che deve pronunciare il fine pena mai, e quindi anche nel momento in cui non è obbligato a farlo, il giudice tenga a mente queste parole della Corte: una cosa è avere una forbice edittale, nel caso di specie da venti a ventiquattro anni, altra è la pena perpetua, la quale «non è graduabile quanto alla durata, proprio perché è (una pena) perpetua e tale è nel

momento in cui viene irrogata con sentenza passata in giudicato; in quel momento la prospettiva per il condannato è una pena che non ha mai fine».

«In quel momento», sostiene la Corte<sup>29</sup>. E allora mi domando: «in quel momento» quanto può fare la differenza il fatto che il giudice sceglie discrezionalmente la pena perpetua, invece di doverla indefettibilmente pronunciare? Esiste una reale differenza, «in quel momento», considerando che «la prospettiva per il condannato è una pena che non ha mai fine»? La pena perpetua non può essere obbligatoria. Fino a qui ci siamo. Ma una pena, anche se discrezionale, può essere perpetua, può il giudice pronunciare una pena che ha come fine pena il mai?

Anche se la prospettiva incrementale non è da mettere in disparte – si può ipotizzare un intervento della Corte caso per caso, nel momento in cui il giudice dubita di poter pronunciare la stessa pena per fatti di diverso disvalore – si dovrà prima o poi arrivare al dunque: qualunque sia il fatto, anche il più riprovevole, come può lavorare la proporzionalità della pena se affidiamo allo Stato un potere punitivo che può non finire mai? Per quale motivo ripudiamo la pena capitale, anche per il peggiore degli omicidi (se lo facciamo), e invece facciamo distinzioni (se le facciamo) quando ragioniamo di pena perpetua? La proporzionalità non lavora a seconda del reato. Certo che guarda al passato, ma per dirci che un fatto più grave di un altro si deve punire di più, non allo stesso modo.

La proporzionalità, se inserita nelle trame della Costituzione, si deve legare anche al senso di umanità, che non possiamo utilizzare ad intermittenza. La fissità è incompatibile con l'inesauribile ventaglio di fatti dei quali una persona può essere ritenuta colpevole. Colpevoli diversamente, responsabili diversamente, puniti allo stesso modo?

---

<sup>29</sup> A me ricorda molto un passaggio motivazionale che la Corte di Strasburgo utilizza da mezzo secolo quando discute di dignità umana (da *Tyrrer* del 1978) e da una decina di anni nel momento in cui si occupa di ergastolo (da *Vinter* del 2013). Per comprendere se un trattamento è inumano o degradante ci si deve mettere nei panni di chi si rivolge ai giudici, per comprendere se l'ergastolo è una pena inumana e degradante lo si deve valutare «*from the outset*», che significa sin da quando il giudice pronuncia la sentenza. In entrambi i casi, siamo vicinissimi a quanto sostiene la Consulta, utilizzando «in quel momento».