

**Il “blocco di costituzionalità” nel sindacato della pena in fase esecutiva  
(nota all’inequivocabile sentenza n. 149/2018)\***

*di Andrea Pugiotto – Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Ferrara*

**ABSTRACT:** The decision of the Constitutional Court n. 149/2018 will leave its marks on criminal enforcement. It declared illegitimate Article 58-quarter, par. 3, of the penitentiary legislation if applied to life imprisonment offenders. These are the most important statements of the judgement: the prison rules that implement the principles of flexibility and individualisation of the penalty are constitutionally necessary; the penalty must aim first of all at the re-education of the convicted person; the main principle in matters of criminal execution is Article 27, paragraph 3, of the Constitution.

**SOMMARIO:** 1. La detenuta di Rebibbia e la Corte costituzionale. – 2. *Ipse dixit*. – 3. Dalle parole ai fatti. – 4. Coerenti tecniche decisorie. – 5. Strategiche scelte argomentative. – 6. La non negoziabilità del finalismo rieducativo penale. – 7. L’art. 27, comma 3, Cost. quale principio d’ordine dell’intero sistema penale: un cursorio censimento giurisprudenziale.

**1. La detenuta di Rebibbia e la Corte costituzionale**

Nella tappa d’esordio del viaggio intrapreso dalla Corte costituzionale tra le prigionie italiane, una detenuta del carcere di Rebibbia, preoccupata per la prospettiva – non remota né implausibile – di un drastico ridimensionamento per via legislativa dei benefici penitenziari e delle misure alternative alla pena («sarebbe sconvolgente una norma del genere» perché «motivazione, cambiamento, beneficio sono elementi che spingono alla trasformazione del detenuto»), ha rivolto ai giudici costituzionali un quesito di grande spessore giuridico: le norme premiali dell’ordinamento penitenziario «non costituiscono attuazione della Costituzione? È possibile tornare indietro senza violare la Costituzione?»<sup>1</sup>

---

\* Questa nota è destinata alla pubblicazione nella rivista *Giurisprudenza Costituzionale*. Si ringrazia il professor Alessandro Pace per aver autorizzato la pubblicazione anche in questa sede.

La sentenza n. 149/2018 è innanzitutto la risposta a tale domanda, laddove riconosce al nucleo duro della normazione primaria in tema di flessibilità e individualizzazione della pena *natura costituzionalmente necessaria*.

## 2. *Ipse dixit*

Sul punto, la Corte scrive parole inequivocabili, le uniche a contare davvero. Nel suo *considerato in diritto*, si legge che il principio di progressività trattamentale e di flessibilità, cardine dell'ordinamento penitenziario, è «*in attuazione* del canone costituzionale della finalità rieducativa della pena» (§5). Non diversamente, la liberazione anticipata, «tassello essenziale» del vigente ordinamento penitenziario, in ragione della sua funzione incentivante alla risocializzazione è «*diretta attuazione* del precetto costituzionale» dell'art. 27, comma 3, Cost. (§6). Egualmente, «*deve essere riconosciuto*» al giudice di procedere a valutazioni individualizzate nella fase esecutiva della pena, perché l'esclusione di rigidi automatismi normativi in ambito penitenziario è criterio «*costituzionalmente vincolante*» per il legislatore (§7). Da ultimo, l'«imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena» è «*da declinarsi* nella fase esecutiva come *necessità di costante valorizzazione*, da parte del legislatore prima e del giudice poi, dei progressi compiuti dal singolo condannato durante l'intero arco dell'espiazione della pena» (§7).

Non mancano, in motivazione, altri indizi egualmente convergenti (§7): il richiamo agli approdi interpretativi della Corte EDU in tema di pena perpetua necessariamente riducibile, dove il diritto alla speranza è la misura della dignità del detenuto (per cui negare l'uno significa annullare l'altra)<sup>2</sup>, e la chiamata in causa della responsabilità collettiva di tutta la società nel sostenere il percorso di risocializzazione del condannato<sup>3</sup>. Entrambi proiettano il finalismo rieducativo della pena oltre il

<sup>1</sup> Roma, 4 ottobre 2018, Carcere di Rebibbia (Casa circondariale Raffaele Cinotti); la registrazione audio-video dell'incontro è fruibile nel sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Rispondere al quesito è toccato al giudice Viganò, relatore e redattore della sentenza qui annotata. Sulle ragioni dell'inedita (e, a mio avviso, meritoria) iniziativa itinerante dei giudici costituzionali, cfr. G. LATTANZI, *Costituzione e carcere. Il "viaggio nelle carceri" della Corte costituzionale*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 22 ottobre 2018.

<sup>2</sup> È la prima volta che la Consulta fa un esplicito richiamo alla sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*. Per una ricostruzione, in chiave costituzionalistica, dell'evoluzione giurisprudenziale europea in materia di pena perpetua, cfr. D. GALLIANI, *Il diritto di sperare. La pena dell'ergastolo dinanzi alla Corte di Strasburgo*, in *Costituzionalismo.it*, 2013, fasc. 3, 29 ss., nonché – per gli sviluppi successivi al caso *Vinter* – D. GALLIANI-A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 4, 24 ss.

<sup>3</sup> La prospettiva di un possibile cambiamento individuale «non può non chiamare in causa – assieme – la correlativa responsabilità della società nello stimolare il condannato ad intraprendere tale cammino» (§7). Per quanto non richiamato espressamente in sentenza, emerge qui la saldatura tra finalismo rieducativo della pena e principio di sussidiarietà, orizzontale e verticale, introdotto dall'art. 118 Cost.: cfr. G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e Soc.*, 2012, 199; I. NICOTRA, *Pena e reinserimento sociale*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Napoli, 2014, 74-77.

perimetro dello Stato-apparato<sup>4</sup>, quale patrimonio comune della cultura giuridica europea che la Repubblica è tenuta a preservare ed alimentare. Sarebbe dunque una *contradictio in adiecto* considerare cedevoli i benefici e le misure penitenziarie che quel vincolo teleologico traducono in prosa normativa.

La sentenza n. 149/2018 ci manda così a dire tre cose d'importanza enorme, sigillandole con la cerlacca.

La prima - apprezzabile sul piano assiologico - è la tendenziale prevalenza delle misure alternative rispetto alla reclusione in carcere, da relegarsi a sanzione di ultima istanza<sup>5</sup>. La seconda - rimarchevole sul piano della commisurazione giudiziale delle pene - è che quando il giudice pronuncia una condanna alla pena detentiva, è *come se* essa incorporasse tutte le sue potenziali varianti (per tipologia e per durata) contemplate dall'ordinamento penitenziario: quale sarà poi quella effettivamente scontata, dipenderà dal comportamento che il condannato terrà in futuro, durante la detenzione<sup>6</sup>. La terza - rilevante sul piano del sindacato delle leggi - è l'individuazione di un vero e proprio "blocco di costituzionalità", adoperabile a parametro quando in gioco è la legittimità della pena, specialmente nella sua fase esecutiva (ma non solo<sup>7</sup>): l'effettività del meccanismo della liberazione anticipata, la possibilità di un accesso non remoto alle misure alternative, il diritto del detenuto a un periodico riesame dei suoi progressi trattamentali ad opera di un giudice, fanno corpo con l'art. 27, comma 3, Cost., fondando un giudizio di ragionevolezza intrinseca della comminazione edittale decisa dal legislatore.

La detenuta di Rebibbia, dunque, può stare ragionevolmente serena. Sia il *dictum* della sentenza in esame che la sua *ratio decidendi* rappresentano «un prezioso anticorpo»<sup>8</sup> allo spirito del tempo pervaso da un'impazienza forcaiola: secondo il disegno costituzionale del diritto punitivo, presidiato dal Giudice delle leggi, la pena deve essere flessibile. E poiché le affermazioni della sentenza n. 149/2018 sono fatte in riferimento a delitti gravissimi, puniti con la massima sanzione prevista nel nostro ordinamento, ne deriva che la flessibilità della pena è una necessità costituzionale che non ammette eccezione alcuna<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Cui facevano riferimento, ad esempio, le sentt. nn. 204/1974, 343/1987, 79/2017, richiamando gli obblighi tassativi e concreti gravanti sul legislatore e sull'amministrazione nel predisporre mezzi, modalità e percorsi idonei a realizzare ed a garantire la risocializzazione del condannato.

<sup>5</sup> A conferma di quanto sostenuto in dottrina: cfr. G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena*, cit., 183. Equivoca, allora, è la denominazione di misure *alternative*, che evoca un errato rapporto di eccezione alla regola della pena detentiva (così G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale fra speranza e delusione*, in *Osservatorio Cost.*, 2018, n. 1, 2).

<sup>6</sup> È quanto già sostenuto in dottrina, sia pure al diverso fine di attrarre nell'orbita del divieto costituzionale d'irretroattività anche le norme penitenziarie incidenti sulla pena da espriare in concreto: cfr. R. GRANATA, *Misure alternative alla detenzione e art. 25, comma 2, Cost.*, in *Giust. Civ.*, 2002, 296 ss.

<sup>7</sup> Vedi, *infra*, paragrafo 5.

<sup>8</sup> Così, a chiusa del suo commento alla sent. n. 149/2018, M. PELISSERO, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, in corso di pubblicazione.

<sup>9</sup> Il giusto rilievo è di S. TALINI, *La valorizzazione dei termini "pena" al plurale e condannato al "singolare" anche in materia di ergastolo (a margine di Corte cost., sent. n. 149 del 2018)*, in *Consulta Online*, 2018, fasc. 3, 509.

### 3. *Dalle parole ai fatti*

Muovendo da tali premesse, l'esito della *quaestio* promossa dal Tribunale di Sorveglianza di Venezia era segnato: nella parte in cui prevede che l'ergastolano, condannato per il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.) aggravato dalla morte dell'ostaggio, debba espiare «*effettivamente*» almeno ventisei anni di pena prima di poter essere ammesso a uno qualsiasi dei benefici penitenziari indicati nel comma 1 dell'art. 4-*bis* o.p. (lavoro esterno, permessi premio e tutte le misure alternative alla reclusione, con la sola esclusione della liberazione condizionale), l'impugnato comma 3 dell'art. 58-*quater* o.p. è intrinsecamente irrazionale rispetto alla necessaria funzione rieducativa della pena.

Una simile disciplina – sentenza la Corte costituzionale - sovverte la logica della progressività del trattamento, appiattendo in un'unica e indifferenziata soglia temporale elevatissima la possibilità di accedere a qualsiasi beneficio penitenziario o misura extramuraria (§5). Sterilizza la presunzione di espiazione sancita, in generale, dall'art. 54, comma 4, o.p., togliendo qualsiasi utilità ai relativi sconti di pena, così da frustrare la finalità incentivante della liberazione anticipata (§6). Introduce un rigido automatismo che preclude ogni stima giudiziale dei progressi compiuti dal condannato, negando così all'ergastolano il diritto a una valutazione individualizzata del suo percorso trattamentale (§7).

L'esito era prevedibile, e difatti già previsto in sede di commento all'atto di promovimento veneziano, dove si era svelato come spesso le mostruosità si nascondano dietro gli avverbi (l'«*effettivamente*» preteso dall'art. 58-*quater*, comma 3, o.p.)<sup>10</sup>. E così, «per la prima volta una dichiarazione di illegittimità costituzionale investe frontalmente», una delle tante forme cangianti che l'ergastolo assume all'interno del nostro ordinamento<sup>11</sup>.

Più ancora del merito, è però interessante l'insieme delle tecniche di giudizio e delle strategie argomentative messe in campo nella sentenza n. 149/2018. Poniamo entrambe sotto i riflettori.

### 4. *Coerenti tecniche decisorie*

Quanto al come, la Corte evita di amputare il solo avverbio «*effettivamente*» contenuto nella disposizione impugnata, così da rendere scalabile la vetta dolomitica dei ventisei anni di detenzione per effetto della liberazione anticipata<sup>12</sup>. Per quanto ridicibile, quella soglia sarebbe però rimasta

<sup>10</sup> Il riferimento è a D. GALLIANI-A. PUGIOTTO, *op. cit.*, 20-24 (ed ivi copiosi riferimenti giurisprudenziali e dottrinali circa le criticità dell'art. 58-*quater*, o.p.).

<sup>11</sup> E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 18 luglio 2018, §4. Sulle multiforme sembianze normative che la pena del carcere a vita assume nel nostro ordinamento, cfr. A. PUGIOTTO, *Nuove (incostituzionali) asimmetrie tra ergastolo ostativo e pene temporanee: il rebus dei rimedi ex art. 35-ter o.p. per inumana detenzione*, in *Giur. Cost.*, 2016, 1449 ss.

<sup>12</sup> *Ex art. 54, comma 4, o.p.*, trattasi di 45 giorni per ogni semestre di pena scontata, concedibili discrezionalmente dal magistrato di sorveglianza quando ravvisi nella condotta del detenuto l'assenza di rilievi disciplinari e la prova di attiva partecipazione all'opera di rieducazione.

applicabile, indistintamente, a *tutte* le alternative alla detenzione intramuraria, negando con ciò il principio di gradualità trattamentale<sup>13</sup>. Il finalismo rieducativo della pena, infatti, s'implementa in un graduale tragitto unitario lungo una scala di istituti premiali diacronicamente ordinati, così da far corrispondere a ogni progresso rieducativo del detenuto opportunità di vita extramuraria in misura incrementale<sup>14</sup>.

La Corte, non a torto, preferisce dichiarare l'incostituzionalità integrale della norma impugnata, estendendola poi d'ufficio (§9) all'identica disciplina applicabile ai condannati all'ergastolo per il delitto di sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione (art. 289-*bis*, c.p.) che abbiano cagionato la morte dell'ostaggio. Un caso, dunque, d'illegittimità consequenziale, benché non richiesta dal giudice *a quo* né suggerita dalla parte privata costituitasi nel giudizio costituzionale<sup>15</sup>.

L'aspetto più innovativo, sotto il profilo delle tecniche decisorie, sta nell'uso dell'art. 54, comma 4, o.p., a mo' di norma interposta, integrativa del parametro costituzionale. La disposizione impugnata, infatti, è illegittima (anche) perché antinamica alla *ratio* della liberazione anticipata, la cui funzione incentivante per l'ergastolano a partecipare all'opera di rieducazione viene ridotta a mera lustra<sup>16</sup>. Intendiamoci: a essere formalmente trasgredito è l'art. 27, comma 3, Cost. ma appare evidente come esso resti sullo sfondo, lasciando il proscenio alla violazione *diretta* della grammatica e della sintassi dell'istituto penitenziario evocato, che trasla poi in violazione *indiretta* del parametro costituzionale.

Riassumendo, abbiamo una decisione di accoglimento, un ricorso officioso all'illegittimità derivata, un'integrazione del parametro mediante il ricorso alla normazione penitenziaria. Valutate nel loro insieme, c'è perfetta coerenza tra la *ratio decidendi* e le tecniche di giudizio messe in campo nella sentenza n. 149/2018. La progressività del trattamento penitenziario richiede soglie temporali d'accesso diversificate per i suoi istituti premiali. La flessibilità della pena deve essere egualmente garantita a tutti gli ergastolani puniti per i reati aggravati di cui agli artt. 630 e 289-*bis* c.p. La natura costituzionalmente necessaria della normativa premiale penitenziaria ne legittima un uso quale parametro interposto.

<sup>13</sup> La giusta osservazione è di M. PELISSERO, *op. cit.*

<sup>14</sup> Qui si coglie un'altra irrazionalità della disposizione impugnata, messa in rilievo nella sentenza (§5): la maturazione anticipata della liberazione condizionale (per effetto delle detrazioni a titolo di liberazione anticipata) rispetto a qualunque altro beneficio penitenziario, fosse pure un permesso premio di qualche ora. Di più: pur potendo l'ergastolano domandarla, gli sarebbe comunque negata, non avendo prima di allora beneficiato di alcuna misura extramuraria (come invece impone la logica gradualistica del trattamento). Escher non avrebbe saputo disegnare meglio una simile circolarità normativa.

<sup>15</sup> Ma ipotizzata come praticabile in dottrina: cfr. D. GALLIANI-A. PUGIOTTO, *op. cit.*, 23 nt. 91.

<sup>16</sup> Inchiodato al termine non scalfibile di almeno ventisei anni effettivi di detenzione («percepito come lontanissimo nell'esperienza comune di ogni individuo»), l'ergastolano non avvertirà, «quanto meno in tutta la prima fase di esecuzione della pena, alcun pratico incentivo ad impegnarsi nel programma rieducativo, in assenza di una qualsiasi tangibile ricompensa in termini di anticipazione dei benefici» (§6).

## 5. *Strategiche scelte argomentative*

Eguualmente interessanti sono le strategie argomentative sviluppate in sentenza.

La Corte non si arresta davanti ai possibili effetti collaterali della sua pronuncia. Ne è consapevole, ma «non può tuttavia negare il suo intervento a tutela dei diritti fondamentali per considerazioni di astratta coerenza formale nell'ambito del sistema» (§10). Tra le ragioni dei diritti (*iura*) e del diritto (*lex*) sono le prime a imporsi con prepotente urgenza, esigendo la loro immediata messa in sicurezza attraverso il richiesto intervento del Giudice delle leggi. Spetterà poi al legislatore introdurre gli opportuni rimedi alle eventuali asimmetrie normative provocate dal giudicato costituzionale. A ciascuno il suo. E «se il legislatore [sarà] sordo, non per questo i giudici [potranno] essere ciechi» al segnale d'allarme posto davanti a ciò che resta dell'art. 58-*quater*, comma 4, o.p.<sup>17</sup>: basterà passare sotto lo *scanner* la *ratio decidendi* della sentenza in esame per formulare calibrate questioni di legittimità sulla disciplina ostativa rimasta in vigore per il condannato a pena temporanea, costretto a scontarne effettivamente «almeno i due terzi» prima di poter accedere a qualsiasi beneficio penitenziario o alternativa extramuraria diversa dalla liberazione condizionale.

Strategica, infine, è la scelta della Corte di invertire l'ordine delle censure formulate dal giudice *a quo* (§§4 e 5), così da portare in primo piano l'art. 27, comma 3, Cost., che finisce per prendersi tutta la scena<sup>18</sup>: la *quaestio* è fondata perché la disciplina impugnata è intrinsecamente irragionevole, rispetto alla necessaria funzione rieducativa della pena<sup>19</sup>. L'art. 27, comma 3, Cost. agisce, dunque, da parametro assorbente. Non inganni il riferimento che la Corte fa al «combinato disposto degli artt. 3 e 27, comma 3, Cost.» (§5): quello svolto non è un sindacato di ragionevolezza del diverso trattamento sanzionatorio di fattispecie dotate di disvalore e di pericolosità sociale comparabili ad altri reati non inclusi nel comma 4 dell'art. 58-*quater* impugnato, «come il giudice *a quo* aveva, in prima battuta, suggerito»<sup>20</sup>. Qui l'art. 3 Cost. è evocato esclusivamente a copertura dell'individualizzazione del trattamento penitenziario che la norma impugnata viola, con le sue preclusioni generalizzate e i suoi automatismi validi per tutti indistintamente. Qui l'art. 3 Cost.

<sup>17</sup> Così D. GALLIANI, *La sentenza 149/2018 della Consulta: eguaglianza e rieducazione fanno il trattamento penitenziario, il resto è incostituzionale*, in *Quad. Cost.*, 2018, n. 4, in corso di pubblicazione, secondo il quale le rime obbligate delle sentenze di accoglimento che verranno «sono tutte scritte in quella qui annotata». Quando all'ipocausia del legislatore in ambito penitenziario, fa bene S. TALINI, *op. cit.*, 509 nt. 25, a ricordare con scetticismo i moniti (a lungo o ancora) inevasi, formulati dalla Consulta nelle sentt. nn. 26/1999 e 301/2012, cui *adde* la n. 273/2014.

<sup>18</sup> Così facendo, la sentenza «punta direttamente al bersaglio grosso» (F. FIORENTIN, *La Consulta svela le contraddizioni del "doppio binario penitenziario" e delle preclusioni incompatibili con il principio di rieducazione del condannato*, in *Giur. Cost.*, 2018, in corso di pubblicazione).

<sup>19</sup> Essa, «da un lato, rende inoperanti incentivi essenziali ad un percorso coerente con l'imperativo costituzionale; d'altro lato, rende la pena dell'ergastolo comunque sorda, per un rilevantissimo arco temporale, a qualsiasi progresso compiuto dal condannato nella direzione di un progressivo reinserimento sociale» (è l'ineccepibile sintesi di E. DOLCINI, *op. cit.*, §2).

<sup>20</sup> A. GALLUCCIO, *Ergastolo e preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari: dalla Corte costituzionale un richiamo alla centralità del finalismo rieducativo della pena*, in *Quest. Giust.*, 16 luglio 2018, 4.

serve esclusivamente a ricordare che, come la gente non esiste perché esistono le persone, così non esistono i condannati alla reclusione, ma singole persone recluse<sup>21</sup>.

## 6. *La non negoziabilità del finalismo rieducativo penale*

Il senso è chiaro. Eppure va sviluppato ulteriormente il ruolo-chiave che la pronuncia in esame riconosce al finalismo rieducativo penale, fino a farne il proprio «*leit-motiv*»<sup>22</sup>. L'esecuzione della pena è vicenda opaca perché si consuma dietro un muro, nascosta: avviene sotto gli occhi di tutti, eppure nessuno guarda o, se guarda, non vede. Va a merito della Corte, in questa sua sentenza, restituirle visibilità costituzionale ricorrendo ad affermazioni anche in questo caso inequivocabili, dunque efficaci.

Appoggiandosi a copiosi precedenti, viene espressamente riaffermato «il principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena» (§7): resta così sul terreno, tramortita, l'enfasi contemporanea della deterrenza e della punizione esemplare quali risposte primitive, più e prima ancora che semplificate<sup>23</sup>.

«Ineliminabile» nella fase di esecuzione, dove la sua finalità «deve sempre essere garantita» (§7), la pena deve poter «esplicare in concreto la propria (costituzionalmente necessaria) funzione rieducativa» anche rispetto agli autori dei reati più gravi (§6)<sup>24</sup>. La disciplina sindacata, infatti, è illegittima (anche) perché configura un'iperbole sanzionatoria e un eccezionalissimo regime punitivo per tipi d'autore, «per i quali la rieducazione andrebbe differita al di là di un arco temporale manifestamente irragionevole» (§3).

Infine, proprio in quanto orientata alla risocializzazione, l'esecuzione penale ha da essere individualizzata e flessibile. Viceversa, in presenza di rigidi automatismi legislativi, ostativi alla possibilità di accedere ai benefici penitenziari, «l'opzione repressiva finirebbe per relegare nell'ombra il profilo rieducativo» della pena e opererebbe «in chiave distonica rispetto all'imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena medesima» (§7)<sup>25</sup>.

Si dirà – come si è spesso detto – che quella dell'art. 27, comma 3, Cost. è una definizione indefinita, dunque necessitante di essere ridefinita. È un onere cui la Corte costituzionale, nella

<sup>21</sup> Coglie bene la giusta valenza dell'art. 3 Cost. nella trama della sentenza in commento, D. GALLIANI, *La sentenza 149/2018*, cit.

<sup>22</sup> F. FIORENTIN, *op. cit.*

<sup>23</sup> Valorizzano l'impegnativa affermazione della Corte sia E. DOLCINI, *op. cit.*, §§7 e 10, che S. TALINI, *op. cit.*, 506, entrambi confrontando la sent. n. 149/2018 con la pregressa giurisprudenza costituzionale in tema di ergastolo.

<sup>24</sup> Il precedente richiamato è la sent. n. 204/1974. Sul carattere universalistico del finalismo rieducativo penale davvero esemplare – in ragione della *quaestio* risolta – è la sent. n. 78/2007, annotata da R. SOTTANIS, *Misure alternative e immigrati clandestini: vale per tutti la logica della rieducazione*, in *Dir. Pen. e Proc.* 2007, 195 ss.

<sup>25</sup> Sulle criticità costituzionali di automatismi assoluti in ambito penitenziario, tra i contributi più recenti, vedi D. GALLIANI- A. PUGIOTTO, *op. cit.*, 1 ss.; G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 7 gennaio 2014; L. PACE, *Libertà personale e pericolosità sociale: il regime degli articoli 4-bis e 41-bis dell'ordinamento penitenziario*, in M. RUOTOLO-S. TALINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli 2017, 393 ss.

sentenza n. 149/2018, non si sottrae: l'imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena è «da intendersi come fondamentale orientamento di essa all'obiettivo ultimo del reinserimento del condannato nella società» (§7)<sup>26</sup>. L'epicentro teorico di tale definizione è in una precomprensione scandalosa per i tempi che corrono, ma in realtà di ragguardevole buonsenso, anch'essa messa nero su bianco: è «l'assunto – sotteso allo stesso art. 27, comma 3, Cost. – secondo cui la personalità del condannato non resta segnata in modo irrimediabile dal reato commesso in passato, foss'anche il più orribile; ma continua ad essere aperta alla prospettiva di un possibile cambiamento» (§7).

Così configurata, la pena incorpora il diritto per ogni condannato di provare ad essere quello che non è stato, di avere l'opportunità di dimostrare che errore ed errante non sono necessariamente la stessa cosa. Una pena da scontarsi in un carcere cui si deve sempre guardare «non come “punto di arrivo” ma come punto da cui “ripartire”»<sup>27</sup>.

Assumere – come nella sentenza in commento – la risocializzazione quale «fine principale ineludibile della pena»<sup>28</sup> non significa manifestare un'opzione etica patetica, applicando parole soffici al diritto punitivo in omaggio a un ingenuo e irenico buonismo. In replica a un simile rilievo, tra le tante, almeno tre argomentazioni schiettamente giuridiche meritano di essere spese.

Innanzitutto, una pena rieducativa resta sempre e primariamente una pena: incidendo «sui diritti di chi v'è sottoposto non può negarsi che, indipendentemente da una considerazione retributiva, essa abbia necessariamente anche caratteri in qualche misura afflittivi»<sup>29</sup>; detto altrimenti, se si va in galera è *perché* si è puniti, non *per essere* puniti. Del resto – questo il secondo argomento – è lo stesso art. 27, comma 3, Cost. a escludere modalità sanzionatorie prive di una qualche significativa afflittività, dato che «la brevità eccessiva delle pene detentive fa sì che esse risultino inidonee a conseguire» alcuna finalità rieducativa del condannato<sup>30</sup>. Da ultimo, il principio costituzionale della

---

<sup>26</sup> Sulla panoplia di declinazioni date dalla Corte alla formula dell'art. 27, comma 3, Cost., vedi il censimento di G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza*, 190-191. Tuttavia, pur nell'assenza di uniformità linguistica, «non pare dubitabile che tutte le diverse (e tra loro simili espressioni) si riferiscano sia a modalità esecutive che a strumenti specifici orientati a favorire il recupero del soggetto, sanzionato con la privazione della libertà personale, ad una vita nella società nel rispetto delle regole sociali [...] della convivenza civile dentro l'ordinamento democratico configurato dalla Costituzione»: così G. FRIGO, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, relazione all'incontro internazionale «Scambio di analisi e di esperienze tra le nostre Costituzioni e i principi penali» (Madrid-Valencia, 13-14 ottobre 2011), in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) (sezione *Incontri internazionali*), 10.

<sup>27</sup> G.M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza*, cit., 198; nelle parole del Presidente della Corte costituzionale, G. LATTANZI, *op. cit.*, 2, «un “dentro” nella prospettiva di un nuovo “fuori”, non un “dentro” in cui si finisce ma, nel progetto costituzionale, un “dentro” da cui si ricomincia».

<sup>28</sup> G. FRIGO, *op. cit.*, 2.

<sup>29</sup> Così la sent. n. 313/1990, secondo cui nella pena rieducativa si conservano risvolti anche «caratteri di difesa sociale, e anche di prevenzione generale per quella certa intimidazione che esercita sul calcolo utilitaristico di colui che delinque».

<sup>30</sup> Così le sentt. nn. 118/1973 e 208/1974; vedi anche la sent. n. 137/1983, tutte opportunamente valorizzate da S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2017, n. 4, 3 nota 6.



rieducazione penale postula anche «un recupero di effettività delle sanzioni non detentive»<sup>31</sup>, come si evince *de plano* dalla sentenza n. 149/2018: valorizzando la vocazione risocializzante di *tutte* le tappe del percorso unitario e diacronicamente ordinato in cui l'ordinamento penitenziario scandisce il trattamento, *nessuna* di esse potrà ridursi a un mero sconto di pena legato al semplice scorrere del tempo, neppure la liberazione anticipata<sup>32</sup>.

È vero che l'orizzonte di attesa dell'art. 27, comma 3, Cost., è da anni contraddetto dal suo campo di esperienza, saturo di interventi legislativi che alternano l'introduzione di sempre nuove fattispecie penali all'inasprimento delle cornici edittali dei reati già esistenti, nel nome di una certezza della pena (mal)intesa come reclusione in carcere fino all'ultimo giorno<sup>33</sup>. D'altronde, la legalità della pena non è mai popolare, nel doppio senso che non piace ai più e che – tuttavia - non può dipendere dal consenso della piazza (o delle aule parlamentari). Regola (costituzionale) e regolarità (legislativa) non vanno confuse perché tra i due fenomeni c'è una differenza di natura e di grado gerarchico: durante tutto il suo concepimento, la legge «è sottoposta soltanto ad un controllo politico», mentre è solo dopo la sua entrata in vigore che può essere sindacata per sospettata illegittimità; è proprio allora che «il principio dettato dall'art. 27, comma 3, Cost. potrà svolgere un ruolo importante»<sup>34</sup>.

### **7. L'art. 27, comma 3, Cost. quale principio d'ordine dell'intero sistema penale: un cursorio censimento giurisprudenziale**

Più che importante, l'art. 27, comma 3, Cost., è ormai protagonista di una «illimitata espansione»<sup>35</sup>, fino ad informare di sé l'intero sistema penale quale suo principio d'ordine.

Da tempo la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto che «in uno Stato evoluto, la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stesse della pena»<sup>36</sup>. All'orizzonte ristretto e ostruito che la reclusione inframuraria impone al condannato, si deve progressivamente sostituire l'orizzonte lungo dell'art. 27, comma 3, Cost. capace di contenere

<sup>31</sup> E. DOLCINI, *Rieducazione del condannato e rischi di involuzioni neoretributive: ovvero, della lungimiranza del Costituente*, in *Rass. Penit. Crim.*, 2005, n. 2-3, 81, con riferimento sia alle pene pecuniarie che a quelle limitative della libertà personale.

<sup>32</sup> Ne consegue (come opportunamente rilevato da M. PELISSERO, *Ergastolo e preclusioni*, cit.) l'obbligo di «avviare anche all'interno del carcere possibilità effettive di attività risocializzative», in linea con quanto da tempo affermato dalla Corte costituzionale: vedi, *supra*, nota 4.

<sup>33</sup> Quanto poi l'ossessione del contenimento della paura attraverso una sorta di bullismo neo-retributivo sia davvero una soluzione efficace, è lecito dubitare: in questo caso ciò che è (costituzionalmente) giusto è anche conveniente, perché una pena esclusivamente punitiva e interamente carceraria produce effetti criminogeni, misurabili in crescenti percentuali di recidiva. Non è il carcere a restituire sicurezza, semmai un progressivo trattamento penitenziario finalizzato alla risocializzazione, articolato in graduate misure extramurarie, plasmato sulla specifica condotta del condannato: chi pensa al carcere come rimedio, ha una mente che mente.

<sup>34</sup> E. DOLCINI, *Rieducazione del condannato*, cit., 81.

<sup>35</sup> 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*, Torino, 2009, 100.

<sup>36</sup> Sent. n. 313/1990.

l'intera vicenda ordinamentale della pena, «da quando nasce, nella astratta previsione legislativa, fino a quando in concreto si estingue»<sup>37</sup>. Tradotto, ciò significa che esso immette un'obbligazione costituzionale che grava su tutti i soggetti agenti nell'area del diritto punitivo: il detenuto, in primo luogo<sup>38</sup>, insieme allo Stato-comunità<sup>39</sup>; il legislatore e il giudice di cognizione nella fase statica della pena; il giudice dell'esecuzione e quello di sorveglianza, insieme all'amministrazione penitenziaria nella sua fase dinamica; Parlamento e Presidente della Repubblica nella fase estintiva della pena.

Nasce da qui la straripante giurisprudenza attraverso cui la Corte costituzionale mira a rendere effettivo il principio della finalità rieducativa, assecondandone così la vocazione egemonica. Come i tratti rossi e bianchi dipinti sui tronchi d'albero a marcare il sentiero, la si può ripercorrere tentando un suo cursorio censimento. L'art. 27, comma 3, Cost.:

[1] opera già sul piano della struttura del reato, con specifico riferimento alla necessaria saldatura tra finalità della pena e colpevolezza del reo, dato che sarebbe privo di senso rieducare chi, incolpevole, non ha certo necessità di essere rieducato<sup>40</sup>;

[2] entra in gioco nella fase della cognizione penale, quale strumento indefettibile del giudice nel momento della commisurazione della pena, che deve sempre essere congrua rispetto alla sua finalità rieducativa<sup>41</sup>;

[3] giustifica un sindacato sull'intrinseca irragionevolezza della cornice edittale del reato, in ragione della necessaria proporzionalità tra offesa e (qualità e quantità) della pena prestabilita legislativamente<sup>42</sup>;

<sup>37</sup> Così, in termini identici, le sentt. nn. 313/1990, 129/2008 e, più recentemente, 179/2017.

<sup>38</sup> La prospettiva tracciata dall'art. 27, comma 3, Cost. «chiama in causa la responsabilità individuale del condannato nell'intraprendere un cammino di revisione critica del proprio passato e di ricostruzione della propria personalità, in linea con le esigenze minime di rispetto dei valori fondamentali su cui si fonda la convivenza civile» (così la sentenza in commento, §7). Resta fermo, ovviamente, il necessario consenso del detenuto a qualunque forma di trattamento all'interno di un istituto di pena (cfr., *ex plurimis*, Cass., sez. I, 24 marzo 1982, *Baldo*, in *Rass. Penit. Crim.*, 1983, 872 ss.; Id., 29 marzo 1985, *La Rosa*, in *Cass. Pen.*, 1986, 1178 ss.), in assenza del quale riemergerebbe un inammissibile rapporto di supremazia speciale dell'ordinamento penitenziario sul condannato (cfr. sent. n. 26/1999),

<sup>39</sup> Lo esplicita proprio la sent. n. 149/2018: vedi, *supra*, nota 3. Al di là del suo esito (normativamente sterile), ne esce a posteriori una rivalutazione dell'esperienza degli Stati Generali dell'esecuzione penale, dato che il reinserimento sociale del reo si configura come obiettivo realistico quanto più è l'intera società civile, nelle proprie articolazioni e competenze, a concorrere al concepimento di un rinnovato ordinamento penitenziario: cfr. A. CESARO, *Gli Stati Generali dell'esecuzione penale: una lettura educativa*, in *Studium Educationis*, 2017, n. 2, 71 ss.; in tema vedi anche M. RUOTOLO, *Gli Stati Generali sull'esecuzione penale*, in *Libro dell'anno del diritto Treccani*, 2017.

<sup>40</sup> È la *ratio decidendi* della storica sent. n. 364/1988 (sull'inescusabilità della *ignorantia legis*, ex art. 5 c.p., salvo non si tratti di ignoranza inevitabile) cui *adde* la sent. n. 322/2007.

<sup>41</sup> Cfr. la sent. n. 313/1990, dichiarativa della parziale incostituzionalità dell'art. 444, comma 2, c.p.p., laddove precludeva al giudice di rigettare la pena patteggiata tra le parti, se da lui valutata sfavorevolmente in relazione all'art. 27, comma 3, Cost.

<sup>42</sup> Il rispetto della discrezionalità legislativa penale, infatti, non può inibire la tutela indefettibile di altri principi costituzionali, tra i quali va annoverato il divieto di pene contrarie al senso di umanità e il finalismo rieducativo penale: cfr. sentt. nn. 341/1994, 236/2016, 179/2017. Per recenti letture costituzionalistiche degli orientamenti della Corte in argomento vedi - anche per i copiosi riferimenti bibliografici - F. BAILO, *Potenzialità e limiti del sindacato costituzionale in materia di dosimetria sanzionatoria (a margine della sent. n. 179/2017)*, in *Studium Iuris*, 2018, 306

[4] può ritenersi alla base del *placet* della Corte costituzionale alla rideterminazione *in mitius* – ad opera della giurisdizione esecutiva - dell'entità della pena già definitivamente irrogata, se diventata illegittima in ragione di una sopravvenuta dichiarazione d'incostituzionalità<sup>43</sup>;

[5] è a fondamento della giurisprudenza costituzionale sul c.d. principio di progressione del trattamento e del conseguente divieto di una sua regressione incolpevole<sup>44</sup>;

[6] rappresenta il motivo di fondo della giurisprudenza costituzionale contraria ad automatismi legislativi che sbarrano la concessione di benefici penitenziari e di misure alternative alla detenzione<sup>45</sup>;

[7] è la bussola che il Quirinale è chiamato ad adoperare nell'esercizio del suo potere di clemenza individuale<sup>46</sup>. Altrettanto dovrebbe accadere per l'esercizio del potere di clemenza collettiva delle Camere<sup>47</sup> se è vero che, al pari della grazia presidenziale, anche le leggi di amnistia e di indulto rappresentano cause estintive della pena.

La sentenza n. 149/2018 si colloca entro questo ricco arcipelago giurisprudenziale, rimarcando la centralità dell'art. 27, comma 3, Cost. specialmente nella fase dell'esecuzione penale.

---

ss; M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 2016, fasc. 4, 16-19; S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza*, cit., 1 ss.

<sup>43</sup> È la sent. n. 210/2013 ad aver avallato l'interpretazione dell'art. 30, comma 4, l. n. 87 del 1953, poi affermata in Cassazione, nel senso che l'incostituzionalità di una norma penale non incriminatrice comporta l'obbligo di ridefinire, in sede esecutiva, l'entità della pena anche se coperta dal giudicato (cfr. Cass. S.U., 7 maggio 2014, n. 18821, *Ercolano*; Cass. S.U., 14 ottobre 2014, n. 42858, *Gatto*). La problematica, nel suo divenire giurisprudenziale, è ben ricostruita da N. CANZIAN, *Quando è incostituzionale la pena. Illegittimità di norme penali sostanziali non incriminatrici e tutela della libertà personale*, in *Giur. Cost.*, 2015, 1121 ss.; G. CANZIO, *La giurisdizione e la esecuzione della pena*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 26 maggio 2016.

Diverso, invece, è l'orientamento della Corte costituzionale nell'ipotesi in cui l'illegittimità sopravvenuta riguardi una sanzione amministrativa, anche se qualificabile come sostanzialmente penale alla luce dei criteri della nota sentenza *Engel* della Corte EDU: cfr. sentt. nn. 43/2017, 109/2017, sulle quali vedi il commento critico di N. CANZIAN, *Quando è incostituzionale la sanzione amministrativa "sostanzialmente" penale*, in *Studium Iuris*, 2018, 19 ss.

<sup>44</sup> Ne consegue la dichiarazione d'incostituzionalità di norme sopravvenute che, prescrivendone la sospensione o l'interruzione, impedirebbero al reo di ottenere il beneficio richiesto benché, prima della loro entrata in vigore, avesse già raggiunto un grado di rieducazione adeguato alla sua concessione: inaugurato dalla sent. n. 306/1993, tale orientamento trova poi conferma, ad esempio, nelle sentt. nn. 504/1995, 445/1997, 450/1998, 137/1999, 79/2004, 257/2006, 79/2007.

<sup>45</sup> *Ex plurimis*, cfr. le sentt. nn. 306/1993, 357/1994, 173/1997, 296/1997, 255/2006, 239/2014, 76/2017, nonché – con specifico riferimento agli effetti ostativi della recidiva reiterata – le sentt. nn. 183/2011, 251/2012, 105/2014, 106/2014, 185/2015, 74/2016.

<sup>46</sup> Il riferimento è, ovviamente, alla sent. n. 200/2006; per la successiva (e altalenante) prassi presidenziale, cfr. E. GALLUCCI, *L'esercizio del potere di grazia. Regole e prassi del procedimento per la concessione della clemenza individuale*, Milano, 2016, 173 ss.

<sup>47</sup> Giustifica un uso della remissione della sanzione costituzionalmente orientata al finalismo penale la sent. n. 369/1988, affermando che il ricorso alla clemenza generale «deve comunque essere valutato in funzione delle finalità «proprie» della pena», giacché l'estinzione della punibilità che si collocasse, arbitrariamente, fuori da tale orizzonte «non potrebbe considerarsi costituzionalmente legittima» in quanto finirebbe per alterare «l'intero «volto» del sistema costituzionale in materia penale». Per una riflessione interdisciplinare sulla possibilità di ricostruire il potere di clemenza collettiva alla luce dell'art. 27, comma 3, Cost., vedi ora S. ANASTASIA-F. CORLEONE-A. PUGIOTTO (a cura di), *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto*, Roma, 2018.

Ne esce innervato quanto ipotizzato in dottrina, circa l'esistenza di «un onere in capo allo stesso legislatore di valutare *ex ante* [...] le conseguenze “carcerogene” derivanti da nuove fattispecie incriminatrici»<sup>48</sup> essendo evidente, per espressa ammissione della Corte costituzionale, «l'attitudine del sovraffollamento carcerario a pregiudicare i connotati costituzionalmente inderogabili dell'esecuzione penale»<sup>49</sup>. Potrebbe essere proprio questa, in un futuro non lontano, la nuova tessera del *puzzle* che va a ricomporsi attorno all'art. 27, comma 3, Cost.

---

<sup>48</sup> M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti del detenuto*, in *Rivista AIC*, 2016, n. 3, 9.

<sup>49</sup> Così la sent. n. 279/2013 che - come già le sentt. nn. 12/1966 e 376/1997 - riconosce nella natura umanitaria e nella finalità rieducativa della pena «un contesto unitario, non dissociabile», perché «un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato»: *aut simul stabunt, aut simul cadent*. In tema cfr. A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2016, 1204 ss.