



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2022 FASC. III

(ESTRATTO)

GIORGIA NICOLÒ

**RIFLESSIONI SUL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ
NELLA VITA DELLA SANZIONE PENALE**

2 SETTEMBRE 2022

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Giorgia Nicolò

Riflessioni sul principio di proporzionalità nella vita della sanzione penale*

Abstract: *Judgment no. 63 of 2022, by means of which the judges of the Italian Constitutional Court declared the illegality of the aggravating circumstance referred to in art. 12 co. 3 letr. d) first part of Legislative Decree 286 of 1998, judging it in contrast with the principles of equality and proportionality, offers the opportunity to reflect, in a broader sense, on the principle of proportionality of the sentence. The examination, which is based on the relationship between punishment and proportionality, makes us question the possibility of recognizing the principle of proportionality even in the executive phase, leading us to the conclusion that this principle permeates the entire life of the criminal sanction.*

Sommario: 1. Introduzione – 2. Il principio di proporzionalità e le geometrie possibili – 3. La proporzionalità e la vita della pena – 3.1. Proporzionalità e preclusioni: variabilità del *quantum* di afflizione, pur nella invarianza formale della pena? – 3.2 Proporzionalità ed esecuzione – 4. Cenni conclusivi.

1. Introduzione.

La [sentenza n. 63 del 2022](#)¹ – con la quale la Corte costituzionale si è pronunciata sul dubbio di legittimità avente a oggetto l'art. 12, comma 3, lett. d), d.lgs. n. 286 del 1998, nella parte in cui prevede, quali circostanze aggravanti speciali del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, l'utilizzo di servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti – offre l'occasione per riflettere, in senso più ampio, sul principio di proporzionalità della sanzione penale.

Segnatamente, il Tribunale rimettente si trovava a giudicare la responsabilità penale di un'imputata di origini congolese, alla quale veniva contestato il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina *ex* art. 12, comma 1, t.u. dell'immigrazione, aggravato ai sensi del comma 3 lett. d) del medesimo articolo, in concorso con il delitto di possesso di documenti di identificazione falsi, aggravato *ex* art. 61, comma 2 c.p., poiché l'imputata, presentatasi alla frontiera di Bologna in arrivo con volo proveniente da Casablanca, esibiva un passaporto poi rivelatosi essere falso e accompagnava due infraquattordicenni per le quali mostrava passaporti anch'essi falsi.

Il rimettente, nel circoscrivere i più ampi dubbi di costituzionalità manifestati dalla difesa, sollevava questione di legittimità delle aggravanti in questione, denunciandone la violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e di quello di proporzionalità derivante dal congiunto operare degli artt. 3 e 27, comma 3, Cost. Dette ipotesi, qualificate come circostanze aggravanti a effetto speciale², comportano un considerevole innalzamento di pena rispetto all'ipotesi base di cui al comma 1 – punita con la pena detentiva da uno a cinque anni –, quintuplicandola nel minimo e triplicandola nel massimo. Si perviene, dunque, a una forbice edittale che va da cinque a quindici anni di reclusione, ai quali si aggiunge un'ingente pena pecuniaria.

A detta dell'autorità rimettente, se l'aumento di pena risulta giustificato per quelle fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare «caratterizzate da scopo di lucro», come disposto dalla fattispecie aggravante di cui al comma 3-*ter*, lo stesso non può ritenersi in merito all'ipotesi *de qua*, esente da finalità economiche. Più precisamente, al terzo comma il legislatore ha disciplinato diverse ipotesi aggravate, aventi natura plurioffensiva e caratterizzate dalla sottoposizione dello straniero a



¹ [Corte cost., sent. n. 63 del 2022](#).

² Cass., Sez. Un., 21 giugno 2018, pm in c. Mizanur, in *CED Cass.*, n. 273937, con commento di F. Basile, *Favoreggiamento aggravato dell'immigrazione illegale: circostanza aggravante o reato autonomo? Una partita ancora aperta*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, n. 4, 484 ss.

pericoli per la propria vita e per l'integrità fisica, a trattamenti inumani e degradanti, o connotate dall'uso di esplosivi o armi. La parificazione sanzionatoria tra l'ipotesi di cui alla lett. d) seconda parte, attuata «secondo un mezzo di per sé lecito – l'impiego di un vettore di trasporto – oppure attraverso un'ulteriore condotta delittuosa – reati di falso – (...)», e le aggravanti dianzi indicate, contraddistinte da un comportamento violento e intrinsecamente pericoloso, tanto per l'ordine pubblico e per la sicurezza dei confini, quanto per l'incolumità dei soggetti trasportati, appariva – ad avviso del giudice *a quo* – del tutto irragionevole posto che si assisterebbe a un'ingiustificata parificazione sanzionatoria di agiti contraddistinti da diverso disvalore penale³.

In conformità a quanto riportato, il tribunale di Bologna, nel ritenere violati i principi di eguaglianza-ragionevolezza e quello di proporzionalità, auspicava la rimozione della fattispecie aggravata di cui al menzionato comma 3, tenuto conto che la condotta contestata all'imputata sarebbe ricondotta alla fattispecie base di cui al comma 1 e la falsità di documenti al reato di cui all'art. 497-*bis* c.p.

I giudici di Palazzo della Consulta hanno chiarito che gli aumenti di pena di cui alle ipotesi aggravate *ex* comma 3, 3-*bis*, 3-*ter* dell'art. 12 sono ricollegabili al carattere plurioffensivo delle fattispecie in questione, «il cui fronte di tutela trascende di gran lunga quello dell'ordinata gestione dei flussi migratori»⁴. Quanto riportato risulterebbe particolarmente evidente in relazione alle fattispecie aggravate di cui alla lett. a) del comma 3-*bis* e alle lett. b) e c) del comma 3 integrate da una condotta atta a reclutare persone da destinare alla prostituzione ovvero allo sfruttamento sessuale o lavorativo, a esporre a pericolo la vita della persona trasportata o la sua incolumità e a porre in essere atteggiamenti inumani e degradanti⁵. Le considerazioni svolte per le ipotesi aggravate di cui sopra non potrebbero, invece, essere estese a quelle oggetto della censura in esame⁶.

In ossequio a quanto dianzi indicato, la Corte, con una pronuncia ablativa, espressione di un intervento di chirurgia costituzionale, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 12, comma 3, lett. d) d.lgs.

³ Ord. di rimessione iscritta al n. 92 del registro ordinanze 2021, in cui si legge che «la condotta consistente nel far viaggiare lo straniero nascosto nella cella frigorifera di un camion o (...) accompagnarlo attraverso impervi sentieri di montagna, in entrambi i casi con il rischio per la vita o l'incolumità del migrante, viene punita allo stesso modo di chi invece faccia viaggiare lo straniero con un volo di linea o limitandosi a procurargli un passaporto o un visto falso».

⁴ La Corte costituzionale, a seguito di un ampio inquadramento delle modifiche legislative che hanno riguardato l'art. 12 t.u. immigrazione, ha precisato che l'intera gamma di ipotesi delittuose riconducibili al menzionato articolo è posta a tutela di un bene strumentale, l'ordinata gestione dei flussi migratori, attraverso la cui salvaguardia il legislatore perviene alla tutela di beni giuridici finali, quali gli equilibri del mercato del lavoro, le risorse del sistema di sicurezza sociale, l'ordine e la sicurezza pubblica, ovvero interessi tutelati dalla fattispecie di cui al primo comma del menzionato articolo. Si veda [Corte cost., sent. n. 142 del 2017](#), in cui si legge che le disposizioni di cui ai commi 3 e 3-*ter* art. 12 t.u. immigrazione «sono volte anzitutto, anche se non esclusivamente, a tutelare le persone trasportate, che spesso versano in uno stato di bisogno anche estremo».

⁵ Una condotta plurioffensiva sarebbe ravvisabile anche ai sensi delle lett. a), d) prima parte ed e) del comma 3, poiché esse – evocando l'ingresso nel territorio di cinque o più persone, l'ipotesi in cui il fatto sia commesso da tre o più soggetti e la disponibilità di armi e materie esplosivi – sono contraddistinte dal coinvolgimento di organizzazioni criminali attive nel traffico internazionale di migranti.

⁶ In merito all'utilizzo di servizi internazionali di trasporto non risulterebbe ravvisabile alcun *surplus* di disvalore rispetto alla generalità di fatti riconducibili alla fattispecie base: una tale modalità di commissione non offenderebbe alcun bene giuridico ulteriore rispetto a quello dell'ordinata gestione dei flussi migratori – tutelato dal comma 1 dell'art. 12 –, né rappresenterebbe una modalità di condotta particolarmente insidiosa, tale da creare problemi di accertamento alla polizia di frontiera. Quanto all'uso di documenti contraffatti, l'aggravante *de qua* conferirebbe al comportamento una connotazione offensiva ulteriore dal momento che, rispetto all'ipotesi base, mina la fede pubblica; tuttavia, l'entità dello scarto «tra la pena prevista per la fattispecie base e quella ora all'esame», sostiene il giudice delle leggi, «sfugge a ogni plausibile giustificazione». Salve eccezioni, infatti, i reati di falso risultano sanzionati con pene detentive che, nel minimo, non superano un anno di reclusione. A ciò si aggiunga che il giudice delle leggi, intendendo corroborare quanto dianzi espresso, ha elaborato considerazioni ancorate sugli autori delle condotte incriminate e sui soggetti immigrati coinvolti. Si veda, [Corte cost., sent. n. 63 del 2022](#), *Considerato in diritto* n. 4.4.1, in cui la Corte respinge l'argomentazione dell'Avvocatura dello Stato vertente sulla ritenuta sottrazione dei vettori internazionali a penetranti controlli, asserendo, per converso, la sistematica sottoposizione a controlli da parte di chi si avvale di servizi internazionali di trasporto.

286 del 1998, limitatamente alle parole «o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti», giudicandolo in contrasto con i principi di eguaglianza e proporzionalità.

Poiché è stato (anche) il principio di proporzionalità a orientare il giudice delle leggi nel percorso logico-argomentativo approdato alla declaratoria in discorso, il prosieguo dell'analisi si soffermerà sul tale principio, al fine di sondarne il rapporto con l'intera "vita" della sanzione penale, dalla "nascita" per mano del legislatore (comminatoria edittale) all'esecuzione della stessa, passando attraverso la fase di commisurazione ed irrogazione *ope iudicis*.

2. Il principio di proporzionalità e le geometrie possibili.

La disamina condotta della Corte, che si impernia sulla lamentata violazione degli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., si articola secondo uno schema prevalentemente relazionale (proporzionalità c.d. ordinale⁷), pronunciandosi, i giudici di Palazzo della Consulta, sulla censurata violazione del principio di eguaglianza inteso nel senso di un controllo sulla legittimità della differenziazione, o parificazione trattamentale tra fattispecie poste a confronto, non potendosi rinvenire il medesimo disvalore nella condotta *de qua* rispetto a quello sotteso alle altre ipotesi disciplinate alle lettere a), b), c) d) prima parte ed e) del comma 3⁸. La Corte, individuato l'interesse alla ordinata gestione dei flussi migratori quale comune denominatore delle fattispecie di cui all'art. 12 t.u. immigrazione, svolge uno stringente confronto fra le circostanze aggravanti di cui al menzionato articolo, non ravvisando nell'utilizzo di vettori internazionali uno scenario di traffico organizzato di migranti. Parimenti, in merito all'utilizzo di documenti contraffatti, viene rilevata una distonia rispetto alla risposta punitiva associata ai reati contro la fede pubblica⁹. Detta impostazione è ravvisabile sin dall'ordinanza di rimessione: la violazione del principio di eguaglianza e la conseguente lesione del principio di proporzionalità sono prevalentemente ancorate, da un lato, all'indebita – a detta dell'autorità rimettente – differenziazione sanzionatoria rispetto a chi si sia reso autore di un'ipotesi base di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina *ex* comma 1 dell'art. 12 t.u. immigrazione; dall'altro lato, alla parificazione alla previsione punitiva prevista per le ipotesi aggravate di cui al comma 3 del medesimo articolo, connotate da differente disvalore penale. In questo senso, sembra opportuno ritenere che le fattispecie assunte a *tertium comparationis*, più che un mero espediente

⁷ F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, 2021, 162 ss. in cui si legge che la proporzionalità ordinale, o relativa, deriva dal principio di eguaglianza e mira ad esprimere – attraverso la misura della pena – «il disvalore relativo di ciascun reato agli occhi dell'ordinamento». I suoi corollari sono: l'esigenza che a reati di disvalore comparabile corrispondano pene di severità comparabile (*parity*); l'esigenza che a reati più gravi seguano pene più severe, e viceversa (*rank-ordering*); l'esigenza che, nel caso in cui un reato sia significativamente più grave di un altro, anche la sua pena risulti significativamente più severa, e viceversa (*spacing of penalties*). In merito ai limiti della proporzionalità *de qua* si veda 164 ss.

⁸ Cfr. F. Palazzo, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, a cura di G. Giostra-G. Insolera, Giuffrè, 1998, 41 ss. Sul principio di eguaglianza, e sul suo contenuto tendenzialmente relazionale, cfr. almeno A. Cerri, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giuffrè, 1976, *passim*; L. Paladin, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, in *1956 – 2006 Cinquant'anni di Corte costituzionale*, Tomo II, Corte costituzionale, 1103 ss. Sul principio di ragionevolezza, che si traduce in un giudizio "irrelato" di ragionevolezza intrinseca, si vedano, tra gli altri, G. Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, 2000, 27 ss.; A. Morrone, *Il "custode" della ragionevolezza*, Giuffrè, 2001, 131 ss.

⁹ S. Zirulia, *La Corte costituzionale sul favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: illegittima l'aggravante che parifica il trattamento sanzionatorio dei trafficanti a quello di coloro che prestano aiuto per finalità altruistiche*, in *Sistema Penale*, 23 marzo 2022.

argomentativo dotato di carattere ancillare, atto a rinvenire un più solido sedime su cui fondare la decisione, fungano da presupposto logico della pronuncia in commento¹⁰.

La lesione del principio di proporzionalità, sebbene consenta di ravvisare un latente sindacato condotto in termini assoluti sull'entità del minimo sanzionatorio, risulta più propriamente ancorata a una logica comparativa, fondata su un approccio di tipo relazionale. Per detta ragione, nonostante l'evocazione della [sentenza n. 236 del 2016](#)¹¹, tanto da parte dell'autorità rimettente, quanto della Corte stessa, la decisione in esame non condivide il medesimo assetto ravvisabile nella [sentenza del 2016](#), nella quale i giudici di Palazzo della Consulta, nel pronunciarsi sul reato di alterazione di stato mediante false dichiarazioni di cui all'art. 567, comma 2, c.p., valorizzavano il principio di proporzionalità avulso da rigidi schemi comparativi (proporzionalità cardinale¹²).

La questione di legittimità orbitava attorno al *quantum* sanzionatorio comminato dal legislatore per il reato di alterazione di stato mediante false certificazioni, false attestazioni e altra falsità, fissato nella cornice edittale da cinque a quindici anni di reclusione. La previsione punitiva, ritenuta eccessivamente orientata verso l'alto, avrebbe integrato, quindi, una lesione dei principi di ragionevolezza, di colpevolezza e del finalismo rieducativo della pena. Segnatamente, la cornice edittale sarebbe risultata eccedente nel minimo e sproporzionata qualora la si fosse raffrontata con le forbici punitive previste dal Libro II Titolo XI, Capo III, recanti fatti della medesima indole ancorché, a detta dell'autorità rimettente, caratterizzati da un più spiccato allarme sociale. È d'uopo precisare che la Corte motivava la decisione alla luce della ritenuta sproporzione della cornice edittale in relazione al disvalore della condotta posta in essere; laddove l'entità del minimo sanzionatorio non avrebbe consentito di adeguare la pena al fatto concreto e ai profili di allarme sociale conseguenti alla condotta degli imputati. Ancorché si fosse orientato verso il minimo edittale, il giudice avrebbe irrogato pene eccessive e dunque non proporzionate alla condotta illecita integrata, non essendogli consentito di adeguare il trattamento alle circostanze concrete del fatto, ed essendogli precluso – pur in presenza di circostanze attenuanti – di pervenire alla determinazione di una pena suscettibile di essere condizionalmente sospesa¹³.

Non tutti gli argomenti spesi dal rimettente al fine di sostenere la lamentata sperequazione venivano tuttavia accolti. Il giudice delle leggi prendeva le distanze dalla motivazione vertente sul progresso scientifico, inteso quale espressione dell'agevolezza con cui, in epoca coeva, si rende

¹⁰ G. Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale*, Giuffrè, 2012, 109 ss.

¹¹ [Corte cost., sent. n. 236 del 2016](#) con commento di V. Manes, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 2105 ss., in cui l'A. chiarisce come la pronuncia *de qua* abbia aperto uno scenario che interpella le problematiche dell'offensività (*i.e.* rango del bene tutelato, gerarchizzazione costituzionale, offesa e gradazione, sanzione minacciata in astratto e in concreto) come «necessario puntello di ogni giudizio di (s)proporzione in ordine al *quantum* sanzionatorio, secondo un percorso ermeneutico che – in definitiva – non era certo escluso neppure nel modello triadico della ragionevolezza/uguaglianza», ma che, ora, deve concretizzarsi «sulla griglia dei principi costituzionali e sovranazionali». Cfr. M. Donini, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), archivio 4/2013, 4.

¹² F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., 167 ss., in cui l'A. riferisce che la proporzionalità cardinale, ovvero assoluta o “non-comparativa”, mira a «consentire una valutazione dell'appropriatezza della pena prevista per un reato, a prescindere dalla sua relazione con le pene previste per altri reati nel medesimo ordinamento». Cfr., fra gli altri, M. Donini, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1162 ss.

¹³ F. Viganò, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), archivio 2/2017, 61, in cui l'A. precisa che l'autorità rimettente ha motivato la sproporzione del *quantum* sanzionatorio di cui all'art. 567 c.p. alla luce di una duplice considerazione: «da un lato, lo specifico disvalore della condotta – offensiva del diritto del soggetto a una corretta e veridica attribuzione della propria discendenza – sarebbe oggi in larga misura ridimensionata dai progressi scientifici, che consentono ormai di accertare agevolmente la paternità e maternità di un individuo attraverso indagini sul suo patrimonio genetico; e, dall'altro, che in molti dei casi rientranti nella fattispecie astratta, la condotta sarebbe ‘commessa nell'interesse del neonato (magari privo di un padre o che il genitore naturale non vuole riconoscere), al quale l'agente intende attribuire, comunque, dei legami familiari’, con conseguente ridotto disvalore della condotta – ispirata comunque a finalità altruistiche – sotto il profilo soggettivo».

possibile l'accertamento della paternità e maternità naturale: infatti, «la vittima dell'eventuale reato di alterazione di stato potrebbe non nutrire mai quel dubbio sulle proprie origini che, solo, potrebbe indurla a ricorrere, in concreto, ad indagini genetiche»¹⁴. La fondatezza della questione si basa, piuttosto, sulla sproporzione della cornice edittale rispetto alla gravità della condotta: lo iato tra l'elevatezza della pena irrogata dal giudice in concreto e il disvalore penale del fatto sarebbe reso particolarmente evidente qualora l'obiettivo dell'agente, sebbene perseguito mediante la commissione del reato di falso, fosse quello di «attribuire un legame familiare al neonato, che altrimenti ne resterebbe privo».

La fattispecie di alterazione di stato mediante sostituzione di neonato di cui al comma 1 dell'art. 567 c.p. ha assunto rilevanza unicamente in una seconda fase, allo scopo di corroborare la tesi dell'eccessività della cornice sanzionatoria e nell'intenzione di ravvisare precisi riferimenti normativi idonei a eliminare, o ridurre, la manifesta irragionevolezza rilevata. Come autorevolmente sostenuto¹⁵, si assiste dunque alla valorizzazione della proporzionalità *ex se*, avulsa da rigidi schemi comparativi, associando al *tertium* una funzione c.d. *ad adiuvandum*¹⁶. In questo senso, l'esame può ritenersi diadico posto che gli elementi del binomio sono interni e la rilevanza del *medium* viene recuperata allo scopo di rinvenire il *quantum* sanzionatorio sostitutivo¹⁷. La valutazione di ragionevolezza intrinseca, disancorata dai più rigidi schemi comparativi, non sembra dunque elidere la necessaria individuazione di «soluzioni già sussistenti», atte ad arginare l'irragionevolezza lamentata. Benché la fattispecie elevata a elemento di comparazione non sia identica a quella oggetto della pronuncia, essa è intesa come «unica soluzione praticabile», essendo volta a tutelare il medesimo bene giuridico, ossia la veridicità dello stato di filiazione. Del resto, al fine di rintracciare la cornice edittale da sostituire a quella giudicata incostituzionale, non si richiede la sostanziale identità tra le fattispecie, ritenendo sufficiente la non - totale - disomogeneità tra le stesse¹⁸.

¹⁴ Cfr. E. Dolcini, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1956 ss.

¹⁵ V. Manes, *Proporzione senza geometrie*, cit., 2105 ss.

¹⁶ Sulla tesi in ossequio alla quale la pronuncia *de qua*, pur valorizzando la proporzionalità, non lo ha fatto fino in fondo, si vedano F. Viganò, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, cit., 66 ss.; V. Manes, *Principio di proporzionalità. Scelte del legislatore e sindacato di legittimità*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2013, 104 ss.

¹⁷ E. Addante, *Il principio di proporzionalità sanzionatoria in materia penale*, Pisa University press, 2020, 70 ss. Cfr. anche E. Dolcini, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, cit., 1964 ss.

¹⁸ V. Manes, *Proporzione senza geometrie*, cit., 2110. Sulla considerazione secondo cui il *tertium* svolge una funzione irrinunciabile nel giudizio sulla dosimetria sanzionatoria, si veda F. Viganò, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, cit., 66. Secondo l'A., la Corte potrebbe limitarsi a dichiarare l'illegittimità della disposizione, lasciando che sia il legislatore ad intervenire per introdurre un quadro sanzionatorio da sostituire a quello giudicato incostituzionale. In alternativa, il giudice delle leggi si potrebbe limitare a travolgere i minimi edittali, qualora ciò non determini una eccessiva dilatazione della forbice edittale con conseguente violazione del principio di legalità di cui all'art. 25 co. 2 Cost. In argomento si veda A. Pugiotto, *Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive*, in *Giur. cost.*, 1992, 3678 ss. Si considerino le riflessioni dottrinali favorevoli alla razionalizzazione di un test di proporzionalità, come già sperimentato da altre Corti costituzionali (al riguardo V. Manes, *Principio di proporzionalità. Scelte del legislatore e sindacato di legittimità*, cit., 104 ss.). Del resto, in settori diversi rispetto a quello *stricto sensu* penale, il principio di proporzionalità ha conosciuto interessanti sviluppi; in tal senso si veda [Corte cost., sent. n. 1 del 2014](#), n. 3.1 del *Considerato in diritto*, in materia elettorale. In relazione alle fasi in cui il test si articola cfr. M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Così CARTABIA M., *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, intervento alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013 disponibile sul [sito](#) della Corte costituzionale.: l'A. osserva come, nella giurisprudenza costituzionale italiana – in cui il principio di proporzionalità risulta di frequente richiamato congiuntamente con il principio di ragionevolezza, o come sinonimo dello stesso ([Corte cost., sent. n. 220 del 1995](#)) –, non ricorrano le singole fasi del “test” di proporzionalità. Ad essere estranee all'esperienza italiana sarebbero «l'elaborazione e la sistematizzazione di una sequenza di standard di giudizio disposti in progressione, paragonabile alle quattro fasi del giudizio sulla proporzionalità».

Il richiamo alla nota pronuncia in materia di alterazione di stato, lungi dal vertere sulla valorizzazione del giudizio intrinseco di proporzionalità, risulta, invece, circoscritto a due passaggi della decisione del 2016: l'uno atto a denunciare l'irragionevolezza di previsioni punitive di eccessiva severità in risposta a condotte finanche poste a vantaggio degli stessi soggetti tutelati dalla disposizione incriminatrice; l'altro, articolato secondo un assetto comparativo – ancorché interno alla fattispecie – basato sull'irragionevole iato sanzionatorio tra il primo e il secondo comma dell'art. 567 c.p. In merito al primo, sebbene i giudici di Palazzo della Consulta non abbiano espressamente asserito la meritevolezza della condotta atta a favorire l'ingresso illegale nel territorio dello Stato, tanto la fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina mediante l'uso di mezzi di trasporto internazionale e di documenti contraffatti, quanto quella di alterazione di stato mediante documenti falsi, possono – eventualmente – essere poste a vantaggio, rispettivamente, del migrante, valorizzandone la componente altruistica e il beneficio apportato, e del neonato al quale, pur commettendo un reato, viene attribuito un legame familiare. Quanto al secondo passaggio, è d'uopo osservare come la somiglianza in questione appaia più formale che sostanziale posto che, nella [sentenza n. 236 del 2016](#) il richiamo al *tertium comparationis* è da intendersi nel senso di individuare un riferimento idoneo a eliminare (o ridurre) l'irragionevolezza lamentata, allo scopo di «fornire 'rime obbligate' e declinare così lo strumento di 'ortopedia giuridica' secondo 'grandezze rinvenibili nell'ordinamento'»¹⁹, senza le quali si correrebbe il rischio di travolgere, nel merito, una scelta politica²⁰. Per converso, la [pronuncia del 2022](#), nella quale il rigido schema comparativo costituisce il nucleo delle argomentazioni svolte dal rimettente e, di poi, riprese dai giudici di Palazzo della Consulta, non sembra essersi emancipata dai più tradizionali schemi triadici, non svolgendo il *tertium* un ruolo meramente indiziante, ma fungendo da imprescindibile elemento costitutivo del giudizio sulla dosimetria sanzionatoria.

3. La proporzionalità e la vita della pena.

La decisione in esame si colloca lungo un filone già inaugurato dalla giurisprudenza costituzionale che, procedendo alla valorizzazione dei principi di eguaglianza-ragionevolezza, proporzionalità e della finalizzazione rieducativa, consente al giudice delle leggi di intervenire sulle scelte del legislatore in materia di dosimetria sanzionatoria, qualora la discrezionalità di cui quest'ultimo dispone ecceda i limiti della ragionevolezza. Nel caso in cui la sanzione penale non fosse modulata secondo le caratteristiche del fatto concreto e in ossequio alla colpevolezza del reo, essa potrebbe risultare sproporzionata, posto che «il principio di proporzionalità esige un'articolazione legale del sistema sanzionatorio tale da rendere possibile l'adeguamento della pena alle effettive responsabilità personali, svolgendo una funzione di giustizia, e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statale, in armonia con il 'volto costituzionale' del sistema penale»²¹. La previsione di risposte sanzionatorie non congrue all'offensività della condotta tenuta ha delle ricadute che, lungi dal rimanere circoscritte al principio di proporzionalità, coinvolgono quello della finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27, comma 3, Cost., ostacolandone non solo la positiva riuscita,

¹⁹ V. Manes, *Proporzione senza geometrie*, cit., 2110.

²⁰ In merito all'erosione del dogma delle "rime obbligate" si vedano, fra gli altri, M. Ruotolo, *Oltre le rime obbligate?* in [federalismi.it](#), 27 gennaio 2021, 54 ss.; A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, giugno 2019, 251 ss. Si veda altresì, [Corte cost., sent. n. 40 del 2019](#).

²¹ [Corte cost., sent. n. 50 del 1980](#).

ma compromettendo, *ab limine*, la corretta intrapresa di un percorso volto a perseguire il fine ultimo cui la pena tende²².

Com'è noto, il fine rieducativo, contraddistingue la sanzione penale nelle diverse fasi in cui essa si dipana: infatti, «la finalità rieducativa coinvolge la pena da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»²³. I due principi, di proporzionalità e del finalismo rieducativo, sono tra loro strettamente interconnessi, posto che un irragionevole dislivello tra la gravità dell'offesa e la reazione punitiva condurrebbe alla compromissione del fine special-preventivo perseguito dallo Stato, considerato il rischio che il reo, consapevole dell'oggettiva eccessività della sanzione rispetto al fatto, possa sviluppare una indisposizione verso i propositi recuperativi, avvertiti come ingiusti ed espressivi di una strumentalizzazione atta a intimidire i consociati dal perpetrare condotte criminose. Il principio di proporzionalità della pena opera, dunque, in questa direzione, come limite alla potestà punitiva statale, richiedendo una risposta sanzionatoria adeguata all'offensività del fatto e alla colpevolezza del reo e, quindi, da questi percepibile come giusta reazione al fatto commesso, giacché, ove si ravvisasse una distonia tra offesa e pena, si farebbe strada, quasi inevitabilmente, la compromissione *ab initio* del percorso rieducativo²⁴. La considerazione in ossequio alla quale l'art. 3 Cost. esige la proporzionalità della pena costituisce una costante nella giurisprudenza costituzionale: se il perseguimento del fine rieducativo attraverso la sperimentazione della pena carceraria è di per sé controverso, detto obiettivo risulta compromesso, *ab imis*, al cospetto di una sanzione non proporzionata al disvalore del fatto. Del resto, «qualsiasi prospettiva di rieducazione [...] risulterebbe frustrata se il condannato avvertisse la pena che gli viene inflitta come un'incomprensibile vessazione»²⁵. A ciò consegue che una pena incongruente rispetto al disvalore del reato, seppur idonea, astrattamente, a perseguire finalità preventive statuali, pregiudica, quasi inevitabilmente, il percorso rieducativo.

3.1. *Proporzionalità e preclusioni: variabilità del quantum di afflizione, pur nella invarianza formale della pena?*

La [sentenza](#) citata in epigrafe, nel valorizzare i principi di proporzionalità e della finalità rieducativa, stimola alcune riflessioni ulteriori sulle ricadute della stringente interconnessione tra i principi *de quibus*, inducendo a chiedersi se una pena proporzionata, in ossequio all'idea di rieducazione, non sia quella che – a parità di sanzione – consente (o consente meglio) l'accesso alle misure alternative alla detenzione. La riflessione si orienta, dunque, verso il c.d. “doppio binario penitenziario”, il quale – come icasticamente sostenuto²⁶ – non può essere analizzato focalizzando l'attenzione alla sola dimensione statica, circoscritta al contesto dell'esecuzione penitenziaria, ma valorizzando i rapporti tra il regime ostativo e le tematiche afferenti «al tema del punire e del senso stesso della punizione». Si apre, dunque, un campo di problemi poco esplorato tanto a livello teorico,

²² Cfr. E. Dolcini, *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali. Ricordando Vittorio Grevi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 33 ss.

²³ [Corte cost., sent. n. 313 del 1990](#), con commento di G. Fiandaca, *Pena patteggiata e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro it.*, 1990, pt. I, 2385 ss.; G. Lozzi, *La legittimità costituzionale del c.d. “patteggiamento”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1600 ss.; E. Dolcini, *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale? Note a margine dell'art. 444 c.p.p.*, *ivi*, 797 ss.

²⁴ E. Addante, *Il principio di proporzionalità sanzionatoria in materia penale*, *cit.*, 71.

²⁵ Cfr., fra gli altri, E. Dolcini, *Quale futuro per la pena carceraria?* in [Sistema Penale](#), 25 novembre 2019, 32 ss.; Id., *La commisurazione della pena*, Cedam, 1979, 193 ss.; L. Tumminello, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità e equità*, Giuffrè, 2011, 246 ss.

²⁶ F. Fiorentin, *Prefazione*, in *Regime ostativo ai benefici penitenziari. Evoluzione del “doppio binario” e prassi applicative*, Giuffrè, 2020, XI ss.

quanto a livello operativo, vertente sulla questione della variabilità del *quantum* di afflizione, pur nella invarianza formale della pena²⁷.

Si ipotizzi, a parità di sanzione edittale, che Tizio e Caio vengano condannati ad anni tre di reclusione – pena ritenuta proporzionata alla gravità della condotta integrata –, l'uno per il reato di rapina aggravata di cui all'art. 628, comma 3, c.p., l'altro per il reato di rapina propria di cui all'art. 628, comma 1 c.p. Nel primo caso, posto che la rapina aggravata è annoverata tra i reati della c.d. “seconda fascia” dell'art. 4-*bis* ord. penit., la concedibilità di benefici penitenziari e misure alternative alla detenzione è subordinata alla prova dell'assenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata, secondo un onere di allegazione di parte e regime probatorio positivo²⁸. La valutazione della concedibilità di benefici e misure alternative si articola in un unico procedimento, nel quale, dapprima, è valutata la sussistenza degli elementi di ammissibilità (*i.e.* acquisizione informative, relazioni trattamentali, *quantum* di pena) e, di poi, si procede all'esame dell'istanza²⁹. Nella seconda ipotesi, la concedibilità di benefici e misure alternative è unicamente subordinata alla valutazione, rimessa all'apprezzamento del tribunale di sorveglianza, della sussistenza dei requisiti oggettivi (pena da espiare in concreto) e soggettivi (inerenti all'autore del reato) richiesti al fine di poter fruire del beneficio e della misura oggetto dell'istanza. L'esempio riportato intende evidenziare come, pur al cospetto di due sanzioni legislativamente fissate per lo stesso ammontare, le diverse modalità di accesso alle misure alternative incidano sulla pena effettivamente espiata, la quale risulterà sostanzialmente diversa.

Del resto, con la [sentenza n. 32 del 2020](#)³⁰, la Corte, nel dichiarare illegittimo l'art. 1, comma 6, lett. b), della l. 3/2019 (c.d. Spazzacorrotti), in quanto interpretato nel senso che le modificazioni introdotte all'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit., si applichino ai condannati per reati contro la pubblica amministrazione commessi prima della entrata in vigore della legge suddetta, ha affermato la natura sostanziale delle norme relative all'accesso alle misure alternative, ritenendo che gli istituti penitenziari – tra i quali l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare, la semilibertà – capaci di incidere concretamente sulle quote di libertà dei condannati, non costituiscono una mera «modalità di esecuzione della pena detentiva», gravando sulla natura di quest'ultima, posto che «tra il dentro e il fuori dal carcere» vi è una differenza radicale: qualitativa, prima ancora che quantitativa, perché è profondamente diversa l'incidenza della pena sulla libertà personale.

Se il principio di proporzionalità potesse ritenersi autonomo da quello della finalità rieducativa della pena, non apparirebbe incontrovertibilmente sproporzionata la previsione di fattispecie ostative alle misure *extra moenia*, in presenza di condotte criminose gravi ed espressive di una rilevante capacità a delinquere del reo. In altre parole, i reati di cui alla prima fascia dell'art. 4-*bis*, ord. penit. – tra i quali quelli di associazione per delinquere di stampo mafioso, ovvero i delitti *ex artt.* 600, 600-*bis*, comma 1, 600-*ter*, commi 1 e 2, 601, 602 c.p. – rappresentano ipotesi delittuose connotate da

²⁷ D. Pulitanò, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 652.

²⁸ V. Manca, *Regime ostativo ai benefici penitenziari. Evoluzione del “doppio binario” e prassi applicative*, Giuffrè, 2020, 186, in cui l'A. precisa che, in merito all'oggetto di prova, «non è necessario che la sussistenza dei collegamenti derivi da uno stabile inserimento del condannato in un'associazione di tipo mafioso penalmente rilevante, essendo sufficiente, al contrario, anche un qualsivoglia rapporto o relazione con ambienti e persone appartenenti alla criminalità organizzata, anche se non condannate o imputate». Cfr. Cass., Sez. I, 17 settembre 2019, Caterino, in *CED Cass.*, n. 277792; Cass., I, 14 febbraio 2018, Cavò, *ivi*, n. 273940.

²⁹ La valutazione preliminare consiste nell'esame delle informative della questura e degli altri elementi idonei a ritenere fondata l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata. Su detti elementi la magistratura svolge un attento esame, particolarmente qualora ravvisi la sussistenza di elementi positivi per la concessione della misura.

³⁰ [Corte cost., sent. n. 32 del 2020](#), relativa all'estensione dell'art. 4-*bis*, ord. penit. ai reati contro la pubblica amministrazione per effetto della l. n. 3 del 2019 (c.d. Spazzacorrotti). Com'è noto, dall'inclusione nel novero dei reati ostativi di “prima fascia” discendono significative conseguenze in termini di possibilità e presupposti di accesso a benefici e misure alternative alla detenzione. L'inserimento dei reati contro la pubblica amministrazione tra quelli di cui alla *black list* dell'art. 4-*bis* ord. penit. ha generato conseguenze sul fronte intertemporale in ragione del regime del “*tempus regit actum*” in sede di esecuzione e della omessa previsione di una norma transitoria.

oggettiva gravità, per le quali non può automaticamente (e preventivamente) giudicarsi sproporzionata una pena che, stante la pericolosità della condotta integrata, espressiva di una rilevante capacità a delinquere del reo, ostacoli – o precluda – l’accesso a misure alternative alla pena detentiva. Tuttavia, il principio di proporzionalità deve essere inteso alla luce della stringente connessione con il finalismo rieducativo, costituendo la proporzionalità della pena uno dei presupposti necessari al perseguimento del fine cui la pena tende per espresso dettato costituzionale³¹.

Il processo rieducativo si orienta verso l’esterno, essendo espressione di un «impegno dello Stato verso il delinquente»³², e si traduce nell’offerta al condannato di un autonomo impegno di assunzione di responsabilità verso i valori sociali³³. La rieducazione rappresenta se non l’unica funzione della pena, la funzione primaria³⁴, posto che, come recentemente affermato dalla Corte costituzionale, essa non risulta sacrificabile «sull’altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena»³⁵. Quanto dianzi esposto vale per tutti gli stadi della dinamica punitiva. In quello della comminatoria legale, le finalità di prevenzione generale non potranno determinare la previsione di pene che, per natura e intensità, ostacolano il reinserimento sociale del condannato; in quello dell’irrogazione della sanzione, la scelta del giudice sarà orientata verso la pena che «per specie e/o entità, sia la più adeguata (o la meno inadeguata) a promuovere il reinserimento della persona nella società»³⁶; nello stadio esecutivo, poi, il progetto rieducativo dovrà trovare attuazione con modalità atte a valutare le modificazioni intervenute, prima e durante l’esecuzione, sulla personalità del reo³⁷.

L’interconnessione tra i principi di proporzionalità e della finalizzazione rieducativa della pena risulta particolarmente evidente considerato che il principio di cui all’art. 27, comma 3, Cost. ha contribuito a definire i tratti della proporzionalità, favorendo lo sviluppo di un concetto indipendente dal principio di uguaglianza-ragionevolezza di cui all’art. 3 Cost. A ciò si aggiunga che il perseguimento dell’obiettivo rieducativo non può prescindere dall’irrogazione di una pena proporzionata al fatto commesso e, parimenti, una pena proporzionata è quella che, valorizzando le la gravità del fatto e la colpevolezza del reo, favorisce lo scopo rieducativo. Una risposta sanzionatoria

³¹ D. Pulitanò, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, cit., 650, in cui l’A., nell’affermare che, sul rapporto fra delitti e pene, l’idea guida che attraversa fin dall’antichità la nostra società è quella della proporzione, sostiene che detto schema «si presta ad essere fondato e sviluppato in modi diversi: in chiave utilitaristica, come in Beccaria; nel nostro sistema costituzionale, in collegamento col principio d’eguaglianza-ragionevolezza, fondamentale principio di struttura dell’ordinamento giuridico». Ancorata al principio di eguaglianza-ragionevolezza, inteso quale «ideale regolativo di un diritto penale non arbitrario», la proporzione diviene «condizione minima di una coerenza intrasistemica e di coerenza con i principi “materiali” del sistema dei reati e delle pene». Fra i principi che concorrono a determinare il modello della legalità penalistica si evidenzia l’idea rieducativa, «il cui collegamento con il principio di proporzione è stato sottolineato dalla Corte nella [sentenza n. 313/1990](#)».

³² F. Palazzo-F. Viganò, *Diritto penale. Una conversazione*, il Mulino, 2018, 33 ss., in cui gli Autori si riferiscono alla funzione rieducativa della pena come a «quel solidarismo sociale nel quale pensiero marxista e socialista e pensiero cristiano cattolico si incontrano».

³³ F. Palazzo, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in *La pena ancora: tra attualità e tradizione, Studi in onore di E. Dolcini*, a cura di C.E. Paliero-F. Viganò-F. Basile-G.L. Gatta, Giuffrè, 2018, 521 ss.

³⁴ Per tutti, E. Dolcini, *Pena e Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 18.

³⁵ [Corte cost., sent. n. 149 del 2018](#), con commento di E. Dolcini, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, archivio 18 luglio 2018, 8, 145 ss.; A. Pugiotto, *Il blocco di costituzionalità del sindacato della pena in fase esecutiva (nota all’inequivocabile sentenza 149/2018)*, in *Osservatorio costituzionale*, 19 novembre 2018. Cfr., altresì, M. Pelissero, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 263.

³⁶ E. Dolcini, *Pena e costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 3 ss., in cui l’A. chiarisce come, sulla base di tale criterio finalistico, il giudice procederà alla commisurazione della pena, tra i due poli rappresentati dal minimo edittale e dalla pena proporzionata alla gravità del reato, da valutarsi entro i limiti segnati dalla colpevolezza individuale. Cfr. E. Dolcini-A. Della Bella, *Commento all’art. 133*, in *Commentario breve al Codice penale*, a cura di G. Forti-S. Seminara-G. Zuccalà, VI ed., Giuffrè, 2017, 588 ss.

³⁷ Cfr. [Corte cost. sent. n. 313 del 1990](#), in cui si legge che «se la finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero state calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto».

sproporzionata non solo strumentalizza i diritti fondamentali dell'individuo allo scopo di perseguire fini retributivi, ma vanifica gli obiettivi rieducativi che fungono da garanzia della libertà personale in relazione allo stato detentivo³⁸. Qualora il fine rieducativo venisse valutato disgiuntamente rispetto all'applicazione di una pena proporzionata al fatto, si prospetterebbe il rischio di sottoporre il reo a programmi rieducativi *sine die*, particolarmente nel caso in cui il condannato manifesti una certa riottosità all'acquisizione delle regole della civile convivenza e alla partecipazione al percorso rieducativo.

Tornando all'esempio di cui sopra, può dunque sostenersi che, pur al cospetto di due pene detentive irrogate, parimenti, in anni tre di reclusione, le due sanzioni, stante il diseguale regime di accesso alle misure alternative alla detenzione, non potranno ritenersi ugualmente proporzionate, giusta la recente giurisprudenza costituzionale, in ossequio alla quale le misure alternative incidono sulla natura della pena, e l'ontologico contrasto tra la natura assoluta o semi-assoluta delle preclusioni e il necessario svolgimento di valutazioni individualizzate atte a favorire l'intrapresa di un percorso rieducativo.

3.2 Proporzionalità ed esecuzione.

Autorevole dottrina si è espressa nel senso che la pena inflitta dal giudice della cognizione deve essere «conforme al principio di proporzionalità», e che «il regime dell'esecuzione della pena medesima, comprensivo della possibilità di commutazione in misure alternative alla detenzione o alla liberazione condizionale, dovrà essere vagliato dalla magistratura di sorveglianza al diverso metro della sua compatibilità con il principio della finalità rieducativa»³⁹. Sembra opportuno svolgere alcune osservazioni circa l'esclusione del principio di proporzionalità dalla fase esecutiva, da intendersi quale momento dirimente della dinamica punitiva e, in assoluto, il più vicino al reo.

Qualora il processo termini con una condanna, gli esiti dovrebbero essere accompagnati verso l'esecuzione della pena che, fisiologicamente, non è rivolta (unicamente) al fatto, ma, prendendo le mosse dalla natura della condotta illecita integrata, «si orienta sulla persona e sul rapporto con la condanna»⁴⁰. L'esecuzione penale, lungi dal guardare – stigmatizzando – il passato processuale, accoglie – qualora non sussistano rigide preclusioni – gli esiti del processo allo scopo di provvedere al progressivo recupero del condannato. In questo senso, la fase esecutiva dovrebbe fungere da evoluzione dell'accertamento del processo nel contesto di un sistema di giustizia unitario, il quale consente di valorizzare, in senso proprio, il concetto di “certezza” della pena⁴¹. Come puntualmente sostenuto⁴², ad un accertamento “certo”, secondo una logica processuale, corrisponde una pena certa nell'*an*, non nel *quomodo*. Il modo di esecuzione della pena si parametrizza sulla persona condannata, e sull'adesione al percorso rieducativo atto a favorirne il reinserimento sociale: solo in questo modo la certezza investirà, in modo progressivo, gli esiti di risocializzazione, cui la sanzione penale aspira, e di contenimento dell'eventuale rischio di recidiva.

Del resto, con la [sentenza 32 del 2020](#), la Corte costituzionale ha provveduto alla bonifica da rigidi formalismi e da concezioni illiberali di un settore, quello esecutivo, tradizionalmente inteso quale

³⁸ Cfr. [Corte cost., sent. n. 343 del 1999](#).

³⁹ F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., 195 ss.

⁴⁰ V. Manca, *Regime ostativo ai benefici penitenziari. Evoluzione del “doppio binario” e prassi applicative*, cit., 234.

⁴¹ Cfr. G. Riccardi, *Giudicato penale e “incostituzionalità della pena”*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), archivio, 26 gennaio 2015, 13, in cui si legge che «se il giudicato sull'accertamento è, e resta, intangibile, non consentendo rivalutazioni del fatto, ed essendo posto a garanzia del reo, il giudicato sulla pena è permeabile a eventuali modifiche del trattamento sanzionatorio, purché in *bonam partem*, esprimendo un interesse collettivo (alla certezza dei rapporti giuridici esauriti) suscettibile di bilanciamento con altri (sovente più rilevanti) principi costituzionali e convenzionali (libertà personale, legalità della pena, finalità rieducativa, principio di uguaglianza), che, nella loro dimensione individuale, sono prevalenti rispetto alla dimensione collettiva sottesa all'esigenza di certezza dei rapporti giuridici».

⁴² G. Riccardi, *Giudicato penale e “incostituzionalità della pena*, cit., 13 ss.

“*ius exceptum*”. La neutralità dell’ordinamento penitenziario sui diritti individuali è da tempo posta in dubbio focalizzando l’attenzione sull’impossibilità di scindere «la sanzione criminale dal suo effettivo ‘contenuto esecutivo’»⁴³, e, dunque, in ragione dell’incidenza sulla libertà personale. La [sentenza del 2020](#), nell’affermare la natura sostanziale delle norme relative all’accesso alle misure alternative, se da un lato ha posto in risalto la dimensione, in un certo senso, dinamica del regime “ostativo”, dall’altro lato, ha consentito alla fase esecutiva di assurgere a momento principe della punibilità: infatti, gli istituti penitenziari che incidono sulla libertà dei condannati determinano una modificazione quantitativa, ovvero qualitativa, della natura della pena, sicché dovrebbero essere assistiti dalle garanzie proprie del diritto penale sostanziale.

Stando così le cose, non sembra opportuno guardare al momento esecutivo come a una fase separata, impermeabile alla proporzionalità della pena, teatro del solo finalismo rieducativo, da intendersi quale principio non intimamente interconnesso con quello rieducativo. Risulta parimenti opinabile pensare alla proporzionalità come a un principio inidoneo a penetrare l’intera vita della pena, privilegiando l’idea di una proporzionalità pervasiva, capace di coinvolgere le varie fasi in cui la pena si dipana: dalla comminatoria astratta riservata alla discrezionalità del legislatore, alla determinazione del *quantum* sanzionatorio adeguato al caso concreto da parte del giudice di cognizione, sino alla fase esecutiva di competenza del tribunale di sorveglianza.

Chiaro è che ogni riflessione sulla proporzionalità sarebbe evanescente se non desse atto dell’incidenza del processo penale sul trattamento sanzionatorio, di cui prospetta un governo a fini processuali, con ricadute sostanziali considerevoli⁴⁴. Si pensi al fatto che le speranze di sfoltimento del carico processuale sono affidate – prevalentemente – ai riti speciali, i quali risultano assistiti da uno specifico incentivo in termini di riduzione del *quantum* sanzionatorio, considerato che l’attenuazione della risposta punitiva che essi determinano influisce sul carico punitivo e, nel caso del patteggiamento e del decreto penale di condanna, sul trattamento *lato sensu* inteso⁴⁵. La sanzione così determinata altera il rapporto di proporzione tra reato e pena, incidendo sugli istituti di diritto sostanziale ispirati alla prevenzione speciale. La commisurazione della pena viene dunque differenziata secondo criteri che «non hanno a che fare né con la gravità del fatto, né con la colpevolezza dell’autore», nel senso che la riduzione di pena per la scelta del rito – o per la mera accettazione di esso – può giudicarsi estranea ai criteri sia della proporzione retributiva, sia della prevenzione speciale⁴⁶. La pena è il risultato della valutazione discrezionale e motivata del giudice *ex art* 132 c.p., sia in ossequio ai parametri di cui all’art. 133 c.p., sia a quelli «prescritti dal codice di rito in occasione dei giudizi speciali»⁴⁷. In questo senso, come autorevolmente sostenuto, il processo garantisce l’effettività di sé stesso, finanche a scapito di esigenze proprie del diritto penale, autolegittimandosi come strumento di controllo sociale che trova in sé la propria giustificazione,

⁴³ F. Bricola, *Legalità e crisi: l’art. 25, commi 2 e 3, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni ’70*, in *Scritti di diritto penale*, Vol. I, Giuffrè, 1997, 1273 ss. Cfr. F. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, 1979, 232 ss.

⁴⁴ T. Padovani, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 436; F. Ruggieri, *Processo e sistema sanzionatorio: alla ricerca di una nuova relazione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, archivio 4/2017, 89 ss.; A. Di Martino, *La sequenza infranta*, Giuffrè, 1998, *passim*.

⁴⁵ In materia di patteggiamento e, particolarmente, sugli effetti tipici dello stesso si vedano, per tutti, F. Peroni, *La sentenza di patteggiamento*, Cedam, 1999, 85 ss.; G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, XII ed., Giappichelli, 2018, 491 ss. In materia di giudizio abbreviato si veda, *ex multis*, F. Zacchè, *Il giudizio abbreviato*, Giuffrè, 2004, particolarmente, 41 ss.

⁴⁶ Secondo D. Pulitanò, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 509, «la scelta (o accettazione) d’un rito semplificato non ha, di per sé, alcun significato per la valutazione della personalità dell’imputato e dell’eventuale ‘bisogno di pena’. Potrebbe caso mai essere legata ad altri elementi che abbiano un tale significato (per es. un’eventuale ammissione di responsabilità); ma il rilievo di tali elementi sarebbe del tutto indipendente dalla scelta del rito, e valutabile nei limiti della ‘normale’ commisurazione della pena».

⁴⁷ F. Ruggieri, *Processo e sistema sanzionatorio: alla ricerca di una nuova relazione*, cit., 89 ss.

trasformandosi da servo muto del diritto penale sostanziale, a poco a poco, divenendo sempre più loquace, a “socio paritario” prima, a “socio tiranno” poi⁴⁸. Il bilanciamento tra il bene protetto dalla norma incriminatrice e il disvalore del fatto «si estende sino a considerare l’incognita processuale»; per talune categorie di reati, il legislatore processuale, che si affianca a quello sostanziale, riduce la risposta sanzionatoria a fatti offensivi in funzione di diminuire i costi del processo⁴⁹. La nota immagine del processo come pena consente di sostenere che alla rinuncia alle garanzie del rito ordinario «corrisponde una diminuzione della pena detentiva o pecuniaria che verrà quindi irrogata in una misura diversa da quella che sarebbe stata irrogata senza la diminuzione del rito»⁵⁰.

Ne discende che l’attuale disciplina della pena – specie detentiva – è il risultato di un *iter* che dalla norma penale attraversa la commisurazione giudiziale, sino alle successive fasi di esecuzione⁵¹ e che non può prescindere dalla considerazione dell’incidenza del rito⁵².

Ciò premesso, la pena così determinata, intesa quale risultato di logiche sostanziali (sensibili alla proporzionalità) e meramente processuali (rispondenti ad altri criteri), è sottoposta alla valutazione individualizzata rimessa all’apprezzamento del magistrato di sorveglianza e cucita sul destinatario del comando punitivo dello Stato. Detto giudizio costituisce un esame attualizzato, posto che il giudice è chiamato a pronunciarsi a seguito della valutazione del materiale istruttorio fornito da enti eterogenei (Uffici di esecuzione della pena esterna, forze dell’ordine, servizi per le dipendenze, relazioni carcerarie). In questo senso, sembrano potersi ravvisare gli estremi di una proporzionalità da intendersi in senso c.d. dinamico, che, nel contraddistinguere l’esistenza della sanzione penale, muta fisionomia e intensità al variare delle fasi in cui è chiamata ad agire.

Ci si interroga, dunque, sulla natura della proporzionalità c.d. esecutiva, allo scopo di verificarne l’identità, o la diversità ontologica rispetto alla proporzionalità di cui alla fase della concreta irrogazione. Prendendo le mosse dalla valutazione, rimessa alla competenza dal giudice della cognizione, relativa alla determinazione di una pena proporzionata al fatto concreto e, individuando nella sanzione penale – ovvero nella tipologia e severità della stessa –, il primo elemento del rapporto di proporzionalità, sembra opportuno muovere dalla natura del secondo termine della relazione. Qualora quest’ultimo venisse identificato con la “finalità della pena”, il giudizio di proporzionalità sarebbe proiettato verso il futuro, secondo la logica del “*punitur ne peccetur*”, atta a tutelare i beni giuridici, in conformità ai meccanismi di prevenzione generale-prevenzione speciale. Nel caso in cui la pena non proporzionata venisse ancorata non alle finalità perseguite dalla stessa, ma alla gravità della condotta posta in essere, la valutazione sarebbe orientata verso il passato, divenendo la sanzione una reazione al male commesso, secondo la logica del “*punitur quia peccatum est*”. In ossequio a questa considerazione, una risposta sanzionatoria può giudicarsi sperequata qualora, stante la natura e la severità, risulti “ingiusta”, ancorché eventualmente idonea al perseguimento di una funzione preventiva.

Sono individuabili evidenti ragioni per avallare un concetto retrospettivo di proporzionalità, anche considerato che detta valutazione è la sola in grado di riservare al principio *de quo* una funzione di

⁴⁸ T. Padovani, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, cit., 437.

⁴⁹ Cfr. T. Padovani, *Fuga dal carcere e ritorno alla sanzione. La questione delle pene sostitutive tra efficacia della sanzione ed efficienza dei meccanismi processuali*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Giuffrè, 2002, 74, secondo cui il processo è divenuto merce di scambio per i profili sanzionatori, considerato che «per contrastare il fenomeno [della tirannia del tempo che rende discrezionale ciò che si ostina a definire obbligatorio], ci si è aperti al mercato: la brevità del processo è divenuta ragione di scambio con la riduzione del carico sanzionatorio».

⁵⁰ F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, Edizioni dell’Ateneo, 1949, 48; cfr. F. Ruggieri, *Processo e sistema sanzionatorio: alla ricerca di una nuova relazione*, cit., 96.

⁵¹ Cfr. A. Di Martino, *La sequenza infranta*, cit., *passim*.

⁵² Cfr. T. Padovani, *Fuga dal carcere*, cit., 73.

contenimento della potestà punitiva statale⁵³. La pena è l'inflizione di una sofferenza "per" un fatto commesso nel passato, «attribuito alla responsabilità di chi lo ha commesso, e, pertanto, a lui rimproverabile», dunque, la valutazione sarà proiettata verso il passato, essendo adeguata alla commissione di uno specifico fatto di reato, inteso quale "ragione d'essere" della sanzione penale.

Diversamente, l'apprezzamento del magistrato di sorveglianza, pur prendendo l'abbrivio dalla gravità della condotta integrata, è orientato verso il futuro, orbitando la valutazione attorno alla personalità del condannato, alla possibile adesione di questo alla cultura della legalità e ai programmi rieducativi offertigli, ponendo necessariamente in subordine la gravità del fatto e valorizzando, *inter cetera*, la resipiscenza manifestata e l'eventuale disponibilità a svolgere attività riparativa. Si immagini la pena detentiva inflitta a un soggetto che, considerati i progressi nel percorso rieducativo e l'integrazione dei requisiti oggettivi richiesti al fine di beneficiare di una misura alternativa alla detenzione, non necessiti più di un trattamento in carcere. La valutazione individualizzata, sensibile alla condotta del reo e atta a verificare la sussistenza dei presupposti oggettivi e soggettivi necessari per poter beneficiare di misure alternative alla detenzione, incide, dunque, sulla natura della pena e sul modo in cui la stessa è percepita⁵⁴, garantendone la proporzionalità, in stretta connessione con il fine rieducativo, particolarmente nel momento esecutivo.

La riforma Cartabia sembra rendere elastici non solo i confini tra le valutazioni rimesse, rispettivamente, alla competenza del giudice del merito e a quello di sorveglianza, ma pare attenuare la diversità ontologica tra i principi di proporzionalità che investono i due momenti essenziali in cui si articola la dinamica punitiva. Ai sensi dell'art. 17 della legge n. 134 del 2022, il legislatore, nel delegare il governo alla elaborazione di decreti legislativi, si concentra sulla modifica dell'attuale regolazione delle sanzioni sostitutive di pene detentive brevi, modificandone il catalogo. Segnatamente, prevede la sostituzione della semidetenzione e della libertà controllata con la semilibertà, la detenzione domiciliare e il lavoro di pubblica utilità, mantenendo solo la pena pecuniaria, pur interessata da rilevanti novità⁵⁵. Si premette che la riforma, nell'integrare la piramide delle sanzioni sostitutive con le misure dianzi indicate (semilibertà, detenzione domiciliare, lavoro di pubblica utilità), sembra lasciare intendere che esse, pur divenendo "nuove" sanzioni sostitutive per il giudice della cognizione, conservino la natura di misure alternative alla detenzione. La modifica *in fieri*, nel riconoscere al giudice della cognizione la facoltà di disporre delle nuove sanzioni sostitutive e di rimettere alla sua competenza l'applicazione di misure tradizionalmente riservate all'apprezzamento della magistratura di sorveglianza, induce, da un lato, a interrogarsi sul futuro rapporto tra le due giurisdizioni⁵⁶, dall'altro lato, ed è questo il profilo di nostro interesse, a segnalare l'impatto di tale riforma finanche sull'articolazione del principio di proporzionalità nella fase della cognizione, stante la valutazione, rimessa al giudice del merito, circa la sostituibilità di una pena detentiva breve con le nuove sanzioni sostitutive, individuando quella che meglio si attaglia al perseguimento del fine rieducativo. Il giudizio si emanciperà, in modo progressivo, dalla

⁵³ F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., 125 ss., in cui si legge che «venticinque o trent'anni di reclusione, o addirittura l'ergastolo, contro un recidivo condannato per reati contro il patrimonio potranno giustificarsi – con l'occhio rivolto al futuro come misure 'utili' per tutelare la società contro rischi, non altrimenti evitabili, di reiterazione di quelle condotte delittuose, e magari di possibili *escalation* criminali verso diversi e più gravi reati da parte di quello stesso condannato (...); ma ben difficilmente potranno essere difese come reazioni 'giuste' rispetto alla gravità del (singolo) reato commesso nel passato dal reo, e per il quale egli sia stato condannato».

⁵⁴ Cfr. [Corte cost., sent. 32 del 2020](#), considerato in diritto 4.3.3. in cui si legge che «tra il 'fuori' e il 'dentro' la differenza è radicale: qualitativa, prima ancora che quantitativa. La pena da scontare diventa qui un *aliud* rispetto a quella prevista al momento del fatto».

⁵⁵ E. Dolcini, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in [Sistema Penale](#), 2 settembre 2021.

⁵⁶ Considerato che il giudice del merito ha sempre adottato un approccio "*ex tunc*", volto alla ricostruzione di un fatto di reato, si staglia un quesito di fondo vertente sulla possibile conciliabilità con il suo *modus operandi* di una valutazione, quale quella operata alla luce della documentazione prodotta da organi eterogenei (istituti penitenziari, uffici di esecuzione penale esterna, centri di servizio sociale), che postula un giudizio prognostico, orientato dunque verso il futuro del reo.

ricostruzione del fatto di reato e, dunque, da uno sguardo tradizionalmente rivolto al passato, privilegiando un giudizio prognostico sul condannato, vertente sulla possibile adesione ai programmi rieducativi, sul rispetto delle prescrizioni e su altri fattori che nella valutazione del giudice della cognizione assumono un ruolo limitato.

Si potrebbe replicare asserendo che la formulazione dell'art. 133 c.p., comma 2, contempra già, nel suo articolato, uno specifico riferimento alla valutazione della "capacità a delinquere del reo": espressione grandemente ambigua, poiché riferibile al passato, dunque alla personalità dell'autore trasfusa o riflessa nel fatto, oppure al futuro, come attitudine del soggetto alla commissione di nuovi e ulteriori reati. La formula, la cui interpretazione è stata oggetto di opinioni divergenti in seno alla dottrina⁵⁷, viene prevalentemente intesa in stretta connessione con il principio di rieducazione della pena nella fase irrogativa, inducendo l'interprete a ricostruire la categoria della capacità a delinquere in chiave di prevenzione speciale. In questo senso, il giudizio sull'attitudine del reo a commettere reati dovrà essere proiettato verso il futuro, fungendo da criterio di scelta di una pena da determinare sia nel tempo che nella misura in vista di un reinserimento sociale⁵⁸, con il limite posto dal principio di colpevolezza *ex art. 27, comma 1, Cost.* La valutazione tipicamente riservata al giudice della cognizione, non miope verso il futuro, mantiene purtuttavia con il fatto uno stringente legame, l'intensità del quale risulta molto più forte rispetto a quella sottesa all'esame condotto dal magistrato di sorveglianza, non foss'altro che per il differente materiale istruttorio su cui i due giudizi si fondano.

Del resto, gli stessi criteri fattuali annoverati al secondo comma dell'art. 133 c.p., orbitano attorno al fatto: si pensi, particolarmente, alla valutazione della «condotta contemporanea o susseguente al reato», da intendersi quale qualsiasi comportamento diverso da quello tipico, tenuto dal reo durante l'esecuzione del reato (in caso di commissione frazionata nel tempo, oppure nel periodo di protrazione nei reati permanenti), da cui «si sia in grado di ricavare indicazioni sull'attitudine del soggetto a compiere ulteriori reati»⁵⁹. Quanto alla condotta susseguente, contano gli atteggiamenti del reo in ordine alla riparazione del danno ovvero quelli di pentimento, a cui si aggiunge il comportamento processuale dell'imputato. La valutazione, dunque, non può giudicarsi coincidente con quella rimessa all'esame della magistratura di sorveglianza, la quale si coagula attorno all'adesione (o possibile adesione) da parte del reo ai programmi rieducativi offertigli. In questo senso, la riforma in essere sembra assottigliare lo iato tra le plurime personalità assunte dal principio di proporzionalità durante la vita della pena, orientandole verso la medesima direzione.

4. *Cenni conclusivi.*

Le stratificazioni che incidono sulla vita della pena inducono facilmente a privilegiare un'analisi frammentata tanto della sanzione penale, analizzata con lenti differenti a seconda della fase nella quale si trova coinvolta, quanto di una pluralità di istituti disciplinati dal codice penale e dalla legge sull'ordinamento penitenziario: si pensi a quelli della punibilità e agli istituti atti a modificare la risposta al reato. Tuttavia, questo non sembra l'approccio da preferire. Il percorso sommariamente tratteggiato nelle pagine precedenti induce a ravvisare la chiave di ricostruzione sistematica e di controllo critico dei modelli di risposta al reato nell'idea di sanzione come "*percorso*", da intendersi

⁵⁷ Cfr. F. Antolisei, *La capacità a delinquere*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, 168 ss.; G. Bellavista, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Bocca, 1939, *passim*; P. Nuvolone, *La capacità a delinquere nel sistema del diritto penale*, Del Maino, 1942, *passim*; Morselli, *Il significato della capacità a delinquere nell'applicazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 1342 ss.; G. De Francesco, *Appunti sulla capacità a delinquere come criterio di determinazione della pena nel reato continuato*, *ivi*, 1978, 1450; G. Dell'Osso, *Capacità a delinquere e pericolosità sociale*, Giuffrè, 1985, *passim*.

⁵⁸ G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Zanichelli, 2019, 810.

⁵⁹ M. Romano-G. Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, sub artt. 85-149, Giuffrè, 1990, 288 ss.

quale attuazione di una serie di principi che, intrecciandosi e bilanciandosi tra loro, sostengono l'esistenza della pena. Il punto di equilibrio tra detti valori può mutare durante l'*iter* sanzionatorio (comminatoria edittale – commisurazione – irrogazione – esecuzione), privilegiandone taluni a discapito di altri, senza che gli stessi possano essere totalmente obliterati.

Fintantoché la pena deve tendere a obiettivi rieducativi, la legalità, intesa quale criterio di lettura per la tenuta del sistema, non impone «la certezza come fissità della pena»⁶⁰: ciò che si richiede è la flessibilità della risposta sanzionatoria⁶¹. La pena irrogata come «giusta in via di principio» è un punto di partenza, non d'arrivo; «un limite di giustizia, non necessariamente l'approdo della giustizia». La sanzione inizialmente giusta (secondo una valenza retributiva, nel senso di “giusta misura”) non può vantare pretese di absolutezza: l'originaria commisurazione, imperniata sul disvalore del fatto commesso e a esso proporzionata, lascia progressivamente spazio alla «giustizia di un programma funzionale alla 'rieducazione'»⁶², che, nel favorire una risposta sanzionatoria proporzionata alla personalità e agli eventuali progressi del reo, sensibile all'obiettivo rieducativo, ha uno sguardo attualizzato, rivolto al futuro

⁶⁰ D. Pulitanò, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, cit., 661; cfr., inoltre, M. Pelissero, *Le metamorfosi della pena tra funzione rieducativa e legalità della pena. Una lettura sostanziale della crisi del giudicato*, in *Studi in onore di E. Dolcini*, cit., 339.

⁶¹ Cfr. E. Fassone, *Fine pena ora*, Sellerio, 2015, 155 ss.

⁶² D. Pulitanò, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, cit., 661.