

SEZIONE I

IL SISTEMA SANZIONATORIO

CAPITOLO 1

LA PENA

SOMMARIO: 1. Concetto di pena e principi costituzionali. - 2. Funzioni della pena. - 3. Caratteri della pena e la sua applicazione. - 4. Le singole pene e la loro classificazione. - 5. Le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi. - 6. Computo e ragguglio delle pene. - 7. Principi in tema di esecuzione della pena e rinvio dell'esecuzione della pena detentiva. - 8. Sospensione dell'esecuzione di pena detentiva. - 8.1. Sospensione dell'esecuzione nel procedimento di revisione. - 8.2. La sospensione dell'esecuzione della pena per il tossicodipendente. - 8.3. La procedura sospensiva delle c.d. «pene brevi». - 8.4. La liberazione anticipata. - 9. La non punibilità e le cause di estinzione. - 9.1. Le cause di estinzione del reato. - 9.2. Le cause di estinzione della pena. - 9.3. La non punibilità per particolare tenuità del fatto. - 10. Le misure di sicurezza. - 10.1. Principi costituzionali. - 10.2. I presupposti di applicazione delle misure di sicurezza. - 10.3. I tipi legali di delinquenti pericolosi (abituali, professionali o per tendenza). - 10.4. Effetti della dichiarazione. - 10.5. Classificazione delle misure di sicurezza. - 10.6. L'applicazione e l'esecuzione.

1. Concetto di pena e principi costituzionali.

Nell'ampio *genus* delle **sanzioni giuridiche** giova distinguere, sul versante finalistico:

- quelle *premiali*, intese ad assicurare l'osservanza del precetto attraverso un incentivo, offerto ai destinatari, ad aderirvi spontaneamente;
- quelle *punitive*, che mirano al medesimo obiettivo di effettività della norma attraverso la prospettiva di un "castigo", da infliggere coattivamente al trasgressore.

Le **sanzioni punitive**, inoltre, si definiscono:

- **omogenee** quelle che partecipano della stessa natura dell'atto o del comportamento originariamente dovuti (es. risarcimento del danno);
- **eterogenee**:
 - *impeditiva*, quando colpiscono l'atto con il quale è stato compiuto l'illecito (es. nullità);
 - *afflittiva*, quando comportano la *deminutio* o la perdita di un bene giuridico dell'agente, non necessariamente connesso con l'oggetto della norma.

La **pena** rientra nella categoria delle **sanzioni punitive eterogenee** e consiste nella

misura afflittiva irrogata coattivamente all'autore di un reato, in conseguenza dell'accertamento giurisdizionale di tale illecito.

Chiarita la nozione, giova considerare i **principi costituzionali** destinati ad assumere rilievo con riguardo alla materia delle sanzioni penali:

a) il principio di legalità della pena, sancito dall'art. 25, co. 2, Cost., ai sensi del quale *“nessuno può essere punito se non in forza di una legge”*.

b) il principio di personalità della responsabilità penale, di cui all'art. 27 Cost., sul terreno della sanzione penale, implica che l'entità della stessa deve essere, sempre e comunque, proporzionata alla colpevolezza individuale, da intendersi come **giudizio normativo di rimproverabilità individuale per fatto proprio colpevole**, non potendo mai eccedere la misura corrispondente al grado di quest'ultima;

c) la proporzionalità della pena riceve copertura costituzionale dagli artt. 3 e 27 Cost. che sanciscono rispettivamente, da una parte, il potere dovere dello Stato di trattare in modo diverso situazioni diverse e, dall'altra, di strutturare la pena in modo tale che la stessa possa avere effetti tendenzialmente rieducativi;

d) il principio di umanizzazione della pena, dedotto dal terzo co. dell'art. 27 della Costituzione, a tenore del quale *“le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità”*, che si riallaccia, in ogni caso, al principio del doveroso rispetto della personalità dell'uomo, e nello specifico al rispetto della personalità e della dignità del condannato, così come desumibile dagli artt. 2, 3, 8, 13, 15, 32 Cost.;

e) il principio del finalismo rieducativo del condannato, disposto dallo stesso art. 27, co. 3, Cost., a tenore del quale *“le pene devono tendere alla rieducazione del condannato”*, così ascrivendo alla sanzione una spiccata funzione di **prevenzione speciale**, da intendersi in chiave positiva quale offerta di recupero sociale. L'accezione **negativa** della prevenzione speciale, intesa come neutralizzazione, si colloca invero in contrasto con modello costituzionale di lotta al delitto (legittimando l'annientamento della persona), che colloca la persona al centro dell'ordinamento e funzionalizza alla stessa un sistema penale delle garanzie individuali. A livello ordinario il legislatore ha inteso affidare alla pena una indiscussa funzione rieducativa, regolamentando istituti quali la sospensione condizionale della pena, la liberazione condizionale, le misure alternative alla detenzione (affidamento in prova al servizio sociale, regime di semilibertà, detenzione domiciliare, liberazione anticipata), le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi (semidetenzione, libertà controllata, permessi premio), ecc., all'evidenza conati in un'ottica di risocializzazione.

f) il divieto della pena di morte, sancito (al di là dei casi previsti dalle leggi militari di guerra) dall'art. 27, co. 4, Cost.; con l. 589/1994, è stata peraltro abolita la pena di morte anche per i delitti previsti dal codice penale militare di guerra e dalle leggi militari di guerra.

2. Funzioni della pena.

Quanto alla **funzione** della pena, essa è stata oggetto di un dibattito dottrinale molto vasto.

a) La teoria retributiva concepisce la pena come retribuzione, compenso per il male arrecato. La pena consta di una **natura necessariamente afflittiva** ed è caratterizzata

dalla **proporzionalità**: se la funzione della pena è la retribuzione al condannato per il male arrecato con la sua condotta delittuosa, è assolutamente indispensabile che la risposta sanzionatoria dello Stato sia **proporzionale** alla gravità del fatto commesso. In termini strettamente giuridici, la teoria della retribuzione fonda la pena, e quindi la sua giustificazione, in un'ottica di necessaria risposta dello Stato, conseguente alla violazione dell'ordine giuridico e finalizzata al ripristino, anche se solo idealmente, dell'ordine violato.

Si tratta di posizione da ritenere superata, nella sua assolutezza, alla stregua di un approccio costituzionalistico alla materia, il quale conduce ben oltre la semplice punizione del colpevole e la riaffermazione ideale della giustizia.

b) La teoria della funzione della prevenzione generale assegna alla pena una **funzione deterrente**, in quanto strumento necessario a prevenire la commissione di reati per la generalità dei consociati. Il suo ruolo, infatti, è quello di incutere timore al fine di distogliere i consociati dall'assecondare i loro impulsi criminosi e di dissuadere gli stessi dal commettere l'illecito. Tale ottica, portata alla sue più estreme conseguenze, implica la necessità del **massimo della pena**, quale che sia il reato.

Si conoscono, tuttavia, due distinte ma non necessariamente divergenti accezioni della teoria in esame:

- la **teoria general-preventiva negativa** secondo cui l'efficacia deterrente sarebbe il frutto di un calcolo economico della utilità ricavabile dall'autore del reato medesimo e delle conseguenze negative discendenti dall'illecito, in relazione alla severità, certezza e prontezza della risposta sanzionatoria. L'accezione negativa della prevenzione generale legittima la pretesa di obbedienza ai comandi statali in quanto tali, indipendentemente dalla loro legittimità e dunque crea tensioni con il modello costituzionale di lotta al delitto fondato sulle garanzie individuali e sulle libere scelte di azione dei consociati;
- la **teoria general-preventiva positiva**, in linea con il carattere personalistico della Costituzione, secondo cui la pena svolgerebbe un effetto di orientamento culturale in capo ai soggetti destinatari del precetto penale, ovvero una funzione di motivabilità secondo norme (Corte Cost. n. 364/88).

Per sortire tali effetti la pena deve presentare peraltro taluni requisiti: la proporzionalità; la determinatezza; l'inderogabilità; la competenza dell'autorità giudiziaria.

c) La teoria della funzione di prevenzione speciale, sempre più condivisa dopo l'avvento della Carta costituzionale, conferisce alla pena una funzione diretta ad **eliminare** o quanto meno a **ridurre** le **probabilità che vengano commessi nuovi reati** (Dolcini), realizzandosi il tutto o con la **neutralizzazione** del reo per il tramite delle strutture carcerarie o con la sua **risocializzazione**.

La necessità di risocializzare il reo impone che:

- il criterio di proporzione sia ancorato alle **esigenze della personalità del condannato** o internato e non certo alla sola gravità del fatto di reato;
- la pena sia **determinata a priori**, dovendo essere scelta nella misura e nelle modalità applicative in relazione alle concrete peculiarità del caso di specie;

- il meccanismo applicativo della pena **non sia inderogabile**, le predette esigenze potendo evidenziare la necessità di ridurre o addirittura escludere la risposta sanzionatoria.

La **prevenzione speciale** va intesa in chiave **positiva** quale offerta di recupero sociale nel rispetto della libertà di autodeterminazione del condannato ed è conforme alla Costituzione.

L'accezione **negativa** della prevenzione speciale, intesa come neutralizzazione, si colloca invece in contrasto con modello costituzionale di lotta al delitto (legittimando l'annientamento della persona), che colloca la persona al centro dell'ordinamento e funzionalizza alla stessa un sistema penale delle garanzie individuali.

Il richiamo ad assicurare un efficace cammino di risocializzazione del condannato all'interno del circuito penitenziario è giunto dalla Corte costituzionale, che ha ribadito "il principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena" (**Corte cost. 11 luglio 2018, n. 149**).

3. Caratteri della pena e la sua applicazione.

I **caratteri essenziali** della pena criminale possono essere individuati nei seguenti termini:

- a) prevalente **funzione afflittiva e di emenda** della misura;
- b) necessità di un **procedimento di applicazione** ispirato a principi di garanzia dei **diritti di difesa** di chi vi è sottoposto;
- c) automatica produzione di **ulteriori effetti penali**, come conseguenza della condanna ad una pena, quali la valutazione della personalità del reo e della sua pericolosità sociale, in relazione agli istituti della recidiva, della abitualità e professionalità nel reato, della tendenza a delinquere.

Ai sensi dell'art. 132 c.p., nei limiti fissati dalla legge, il giudice applica la pena **discrezionalmente** indicando i motivi che giustificano l'uso di tale potere discrezionale. Nell'aumento o nella diminuzione della pena non si possono oltrepassare i **limiti** stabiliti per ciascuna specie di pena, salvi i casi espressamente determinati dalla legge.

Il potere di natura discrezionale di cui il giudice è titolare nella fase di determinazione della pena consente di adeguare la risposta sanzionatoria alle concrete peculiarità, oggettive e soggettive, del caso concreto.

Il riconoscimento in capo al giudice del potere in questione, lungi dal porsi in contrasto con il principio di legalità, è espressione del resto, di altri e fondamentali **principi costituzionali**, quali il *principio di uguaglianza* che impone di trattare diversamente fattispecie diverse; quello di *personalità della responsabilità penale* che prescrive di ancorare il trattamento sanzionatorio al grado di colpevolezza; quello del *finalismo rieducativo* della pena, non realizzabile senza un'attenta considerazione della specificità che ciascuna vicenda presenta.

Si tratta peraltro di **discrezionalità vincolata**, ristretta in via legislativa attraverso la puntualizzazione di limiti cui il giudice deve attenersi per la determinazione della pena.

Si è soliti distinguere, al riguardo, due tipologie di limiti:

- i **limiti esterni**, qualificati anche quali limiti edittali, rappresentano i confini sotto

ed oltre i quali il giudice non può spingersi;

- i **limiti interni**, giuridicamente inquadrati quali criteri fattuali (gravità del fatto e capacità a delinquere del colpevole), guidano il giudice nella determinazione in concreto della pena da irrogare, e di essi il giudice deve dare conto in sede di motivazione, sì da consentire il controllo sulla decisione finale.

L'articolo 132 c.p. pone, infatti, in capo al giudice l'**obbligo di motivare** le ragioni della concreta quantificazione effettuata. La stessa giurisprudenza, tuttavia, è prevalentemente orientata nel ritenere che il giudice non debba motivare in ordine a tutti gli elementi previsti dall'art. 133 c.p., reputando sufficiente il richiamo agli elementi ritenuti prevalenti, determinanti nella decisione. Tale obbligo si reputa assolto anche in caso di c.d. **motivazione implicita**, ossia quando, in assenza di una parte della sentenza espressamente dedicata alle ragioni giustificative del *quantum* di pena irrogato nel caso concreto, le stesse siano desumibili dalla motivazione, complessivamente intesa, comprensiva di quella afferente l'*an* della responsabilità penale.

Con l'intento di orientare e vincolare la discrezionalità nella determinazione della pena, l'art. 133 c.p. stabilisce che *"il giudice deve tener conto della gravità del reato ed, altresì, della capacità a delinquere del colpevole"*, dettando i **criteri per la commisurazione della pena**.

Giova distinguere tre tipologie di criteri imposti al giudice (Dolcini, Fiandaca-Musco):

- a) i **criteri finalistici**, ossia i fini dall'ordinamento assegnati alla pena;
- b) i **criteri fattuali**, ossia le circostanze di fatto da valutare alla stregua dei criteri finalistici adottati;
- c) i **criteri logici**, che consentono di attribuire un determinato peso agli indici fattuali.

Il *quantum* di pena, quindi, deve essere sempre **correlato alla gravità del fatto**, quale espressione del grado di colpevolezza, ben potendo, comunque il giudice irrogare un *quantum* di pena più basso rispetto alla gravità del reato laddove ciò sia funzionale alla **rieducazione** del condannato. Mai potrà il giudice procedere in senso inverso, applicando al condannato un *quantum* di pena più elevato rispetto alla gravità del fatto, ancorché lo ritenga funzionale alla rieducazione del condannato, in quanto il nostro ordinamento non ammette strumentalizzazioni della persona umana per finalità di politica criminale.

Ciò posto, l'art. 133 c.p. assegna rilievo a due fondamentali elementi: la *gravità del reato* e la *capacità a delinquere del reo*:

1) la gravità del reato è desunta:

- a) *dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni modalità dell'azione* (elementi che pongono in risalto il disvalore della condotta);
- b) *dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato* (elementi riferiti alla misura dell'offesa arrecata al bene giuridico protetto dalla norma);
- c) *dall'intensità del dolo o dal grado della colpa*.

Relativamente all'*intensità del dolo*, una rappresentazione dubitativa degli elementi costitutivi del reato implica una misura del dolo meno intensa di una

rappresentazione certa. Allo stesso tempo, il dolo d'impeto evidenzia una intensità meno grave del dolo di proposito.

Quanto al *grado della colpa* è necessario verificare la misura della divergenza tra condotta tenuta in concreto dall'agente e comportamento imposto dalla norma. Così, la colpa cosciente evidenzia una misura di colpa più accentuata rispetto alla colpa incosciente.

2) la capacità a delinquere del colpevole è desunta:

- a) *dai motivi a delinquere e dal carattere del reo;*
- b) *dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato;*
- c) *dalla condotta contemporanea o susseguente al reato* (ad es. la riparazione del danno o il comportamento processuale);
- e) *dalle condizioni di vita individuale, familiare, sociale del reo.*

Secondo parte della dottrina, la capacità a delinquere va intesa in **funzione prognostico-preventiva**, quale attitudine del soggetto a commettere in futuro nuovi reati; secondo altra parte della dottrina, invece, necessiterebbe di **proiezione nel passato**, quale indice della personalità morale del reo. Preferibile la terza via, che attribuisce alla capacità a delinquere una **duplice funzione**: da una parte quale criterio di graduazione della pena che valorizza la **personalità del reo**, il fatto essendo tanto più riprovevole quanto più intensa è la sua attribuibilità morale all'autore, dall'altro quale criterio di commisurazione della **potenzialità criminosa** in un'ottica di prevenzione speciale.

L'art. 133-*bis* c.p. integra, limitatamente alla determinazione della **pena pecuniaria**, i criteri della gravità del reato e della capacità a delinquere, prescrivendo che il giudice tenga conto delle **condizioni economiche del reo**, potendo finanche aumentare la multa o l'ammenda stabilite dalla legge sino al triplo o diminuirle sino ad un terzo quando ritenga che la misura massima sia inefficace ovvero che la misura minima sia eccessivamente gravosa. Ai fini di un'esatta percezione delle condizioni economiche del reo, il giudice deve poter fare riferimento sia al reddito che al patrimonio, per il tramite di un ponderato e completo apprezzamento dell'intera posizione del condannato, tenendo anche in debito conto sia gli obblighi alimentari sia i debiti d'imposta, all'uopo basandosi sulle dichiarazioni del reo ma anche disponendo indagini d'ufficio. Sempre in relazione alle condizioni economiche del reo, il giudice, ai sensi dell'art. 133-*ter* c.p., può disporre, con la sentenza di condanna o con il decreto penale, che la multa o l'ammenda venga pagata in **rate** mensili da tre a trenta. Ciascuna rata non può essere inferiore a quindici euro ed il condannato può, in ogni momento, estinguere la pena mediante un unico pagamento.

4. Le singole pene e la loro classificazione.

Le pene principali.

Il codice Rocco ha suddiviso le pene in *principali* ed *accessorie*. Le prime, consistenti in sanzioni **detentive** e sanzioni **pecuniarie**, vengono a loro volta suddivise dall'art. 17 c.p. a seconda che accedano ad un **delitto** ovvero ad una **contravvenzione**.