

## ANTICIPAZIONI

---

**MARIO CATERINI**

### **La pena naturale *de lege lata*\***

Dopo l'inquadramento generale delle questioni che suscita la c.d. pena naturale, il saggio offre una definizione analitica e strutturale della stessa, fondata su tre elementi, tra i quali l'assenza dello scopo punitivo risulta essere quello determinante per la distinzione dalla c.d. pena forense. Il lavoro, poi, tende a dimostrare che nel nostro ordinamento è già possibile rintracciare un istituto, quello della carcerazione preventiva, che implicitamente è riconducibile al modello della pena informale o naturale. Assumendo che, in caso di successiva condanna irrevocabile, la detrazione del presofferto in custodia cautelare è un criterio costituzionalmente irrinunciabile, l'Autore ne trae argomenti a sostegno della necessità di scomputare dalla pena forense anche le altre sofferenze di origine naturale, suggerendo anche dei possibili criteri utili a misurarne l'equivalenza. Il saggio, infine, previa un'indagine comparativa e mediante la derogabilità o la disapplicazione dei minimi edittali, propone alcune soluzioni *de lege lata* per rendere "giustiziabile" la pena naturale.

*Natural punishment de lege lata.*

*After a general overview of the issues surrounding the so-called natural penalty, the essay offers an analytical and structural definition of it, based on three elements, among which the absence of the punitive purpose appears to be the decisive one for the distinction from the so-called forensic penalty. The work, then, tends to demonstrate that in our legal system it is already possible to trace an institution, that of preventive detention, which implicitly can be traced back to the model of informal or natural punishment. Assuming that, in the event of a subsequent irrevocable conviction, the deduction of pre-trial detention is a constitutionally indispensable criterion, the Author draws arguments in support of the need to also deduct other suffering of natural origin from the forensic sentence, also suggesting possible criteria for measuring its equivalence. Finally, the essay, after a comparative investigation and through the derogation or disapplication of the edictal minima, proposes some de lege lata solutions to make the natural penalty 'justiciable'.*

**SOMMARIO:** 1. Inquadramento generale della questione. - 2. La pena naturale: tentativo di una definizione analitica. - 3. La carcerazione preventiva come pena informale. - 4. La detrazione del presofferto come criterio irrinunciabile. - 5. L'equipollenza tra il presofferto e le altre ipotesi classiche di pena naturale. - 6. Prove di commisurazione dell'incommensurabile. - 7. Derogabilità dei minimi edittali: spunti comparativi per conferire valore giuridico alla pena naturale. - 8. Chi è causa del suo mal naturale pianga sé stesso, non più di quanto pianga chi è causa del suo mal solo forense. - 9. Una proposta ermeneutica *de lege lata* per rendere "giustiziabile" la pena naturale.

*Dios hay en el cielo, que no se descuida de castigar al malo ni de premiar al bueno, y no es bien que los hombres honrados sean verdugos de los otros hombres, no yéndoles nada en ello.*

Miguel de Cervantes<sup>1</sup>

1. *Inquadramento generale della questione.* Della c.d. pena naturale in Italia non si è discusso molto<sup>2</sup>, salvo un certo interesse nel dibattito penalistico suscitato ultimamente dalla sentenza della Corte costituzionale che se ne è occupata e che, pur dichiarando non fondata la questione sollevata, ha lasciato una certa apertura ad altri possibili profili di illegittimità<sup>3</sup>. Infatti, ha lasciato ben

---

\* Il lavoro prende le mosse dalla relazione tenuta nel convegno dal titolo «Pena naturale e pena forense come paradigmi di giustizia», svoltosi il 9 dicembre 2024 nell'Università UnitelmaSapienza di Roma.

<sup>1</sup> CERVANTES, *Don Quijote de la Mancha* (1605), cap. XXII. Cervantes, attraverso Don Chisciotte, svolge un'appassionata difesa della libertà e della tolleranza, facendo solo apparire il suo personaggio un anarchico che si oppone alla giustizia umana e all'autorità statale, quando il senso reale più profondo è quello della necessità di rimettersi, soprattutto in taluni casi, alla giustizia divina.

<sup>2</sup> In altri Paesi, soprattutto di lingua spagnola, la pena naturale ha interessato molto il dibattito dottrinale, anche perché in taluni di questi ordinamenti vigono delle specifiche norme che ne trattano, sia sotto il profilo del diritto penale sostanziale, sia di quello processuale. Si vedano, tra gli altri, BOBADILLA BARRA, *La 'pena natural': fundamentos, límites y posible aplicación en el derecho chileno*, in *Política criminal*, vol. 11, 2016, 548-619; BUSTOS RUBIO, *El reflejo de la poena naturalis en la poena forensis. Posibilidades en derecho penal español*, in *Teoría & derecho*, vol. 19, 2016, 118-145; CHOCLÁN MONTALVO, *La pena natural*, in *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1999, 3, 1910-1916; GAROFALO ÁLVAREZ-GONZÁLEZ FONT, *La pena natural como criterio de oportunidad procesal en la Ley 143 del Proceso penal de Cuba. Presupuestos teóricos y prácticos para su aplicación*, in *www.derechopenalonline.com*, 28 novembre 2022; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La pena natural. Un criterio de oportunidad procesal necesario para Cuba*, in *Cadernos de derecho actual*, 2020, 13, 248-268; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La poena naturalis en el derecho penal vigente*, in *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, a cura García Valdés et al., Madrid, 2008, vol. I, 1121-1148; MAPELLI CAFFARENA, *Pena natural - "poena naturalis" - o daños colaterales en la realización de una infracción penal*, in *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, a cura di Silva Sánchez, Montevideo, 2017, 1003-1014; REDONDO HERMIDA, *La 'pena natural' en la jurisprudencia penal española*, in *La ley penal*, 2009, 4, 73 ss.; SÁNCHEZ BENÍTEZ, *La pena natural o poena naturalis en el derecho penal español*, in *Estudios penales y criminológicos*, 2025, 46, 1 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *¿Puede considerarse el remordimiento una 'poena naturalis'?*, in SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, Buenos Aires, 2017, 267-272; ID., *Malum passionis: mitigar el dolor del derecho penal*, Barcellona, 2018, 158 ss.; ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 2014, 743 ss. Nella letteratura tedesca, in riferimento al § 60 StGB, a livello monografico si segnala SPROTTE, *Die poena naturalis im Straf- und Strafzumessungsrecht*, Frankfurt am Main, 2014.

<sup>3</sup> Corte cost., 6 marzo 2024, n. 48, in *Cass. pen.*, 2024, 9, 2676-2678, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 529 c.p.p., sollevata in riferimento agli artt. 3, 13 e 27, co. 3, Cost., «nella parte in cui, nei procedimenti relativi a reati colposi, non prevede la possibilità per il

intendere, tra l'altro, che le questioni attinenti alla pena naturale, presupponendo il pieno accertamento del fatto, non andrebbero ricondotte al profilo processuale dell'improcedibilità, come proposto dal giudice remittente, ma semmai a quello del diritto sostanziale. Non sarà questa sentenza, però, l'oggetto delle riflessioni a seguire, volendo noi invece svolgere in primo luogo delle considerazioni più generali sul concetto stesso di pena naturale, per poi verificare se nel nostro ordinamento eventualmente vigano già delle norme che in qualche modo s'ispirano a questo modello, nonché se esistano dei principi in grado di suggerire, aiutati dalla comparazione con altri ordinamenti, come affrontare e risolvere *de iure condito* la questione.

Con l'espressione "pena naturale", in linea generale e in prima approssimazione, si vogliono indicare quelle situazioni in cui l'autore di un fatto che appare come criminoso subisce delle conseguenze dannose, delle gravi sofferenze, degli effetti negativi derivati dallo stesso suo fatto<sup>1</sup>. Il classico esempio è quello della madre che, per la fatale dimenticanza del figlioletto in automobile sotto il sole rovente, ne provoca colposamente la morte. Si discute, perciò, se in casi del genere si giustifica, ha un senso la punizione da parte dell'autorità pubblica (la c.d. pena forense), che si andrebbe ad aggiungere al patimento che "naturalmente" deriva all'autore del fatto. Si discute, dunque, della stessa utilità della pena forense che potrebbe risultare superflua in considerazione delle sofferenze subite dall'autore, se non proprio "spietata" in quanto eccessiva

---

giudice di emettere sentenza di non doversi procedere allorché l'agente, in relazione alla morte di un prossimo congiunto cagionata con la propria condotta, abbia già patito una sofferenza proporzionata alla gravità del reato commesso». Ne hanno trattato, tra gli altri, PADOVANI, *La 'pena naturale' al vaglio della Corte costituzionale*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 17 aprile 2024; M. MANTOVANI, *Precisazioni su poenae naturales e delitti colposi*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 10 giugno 2024; PERRONE, *Pene naturali e doppio castigo. L'humanitas ai confini delle teorie sulle funzioni della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 4, 772-779; sull'ordinanza di rimessione del Tribunale di Firenze del 20 febbraio 2023, AIMI, *Alla Corte costituzionale un'inedita questione in tema di proporzionalità della "pena naturale" nell'omicidio colposo realizzato ai danni di un prossimo congiunto*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 18 aprile 2023; FLORIO, *La riscoperta della "poena naturalis": note a margine di una recente questione di costituzionalità*, in *Leg. pen.*, 2023, 4, 240-262.

<sup>1</sup> ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Manual de derecho penal*, Buenos Aires, 2002, 997, definiscono la pena naturale come quella che «*se la autoinflige el autor a raíz de la comisión del delito, sea porque directamente se causa a sí mismo la pérdida o porque lo hacen terceros con motivo de su autopuesta en peligro*».

sommandosi alla sofferenza già “naturalmente” sopportata<sup>5</sup>.

Le questioni che solleva il dibattito sulla pena naturale sono così ampie da coinvolgere le stesse funzioni della pena, tema così arduo che, nonostante l’impegno delle menti più fini, ancora non ha trovato un approdo quieto e incontro-verso. Sembra abbastanza ovvio, infatti, che per valutare se una punizione da parte dell’autorità pubblica sia utile, logicamente bisogna prima stabilire quale debba essere la funzione e/o lo scopo della stessa pena. Solo dopo potrà stabilirsi se la pena è superflua perché quella “naturale” ha già svolto la stessa funzione o raggiunto il medesimo scopo<sup>6</sup>. Pur non essendo obiettivo di questo lavoro quello di dare una risposta a tali impegnativi quesiti, sembra però possibile anticipare che non appare proprio peregrina l’idea secondo la quale in alcuni casi di pena naturale quella forense può essere inutile o sproporzionata e, dunque, illegittima giacché non necessaria o eccessiva. Ciò perché – senza forse neppure bisogno di prendere una precisa posizione su quale sia la precipua funzione della pena – sembra che in taluni casi di pena naturale qualsiasi possibile compito attribuibile alla pena forense possa essere già raggiungibile con la prima. Prendendo a modello l’esempio della madre che provoca colposamente la morte del figlio, sotto il profilo della prevenzione generale, infatti, si può dire che non sarà la minaccia della pena forense a dissuadere la generalità dei consociati da tali comportamenti negligenti. A tali fini dovrebbe risultare decisamente più efficace la pena naturale, ossia la prospettiva di arrecare un grave pregiudizio al proprio figlio. Sotto il profilo della prevenzione speciale, inoltre, si può dire analogamente che la sofferenza auto-provocata dalla madre

---

<sup>5</sup> ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Manual de derecho penal*, cit.; SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis*, cit., 161; VITALE, *Estado constitucional de derecho y derecho penal*, in *Teorías actuales en el derecho penal. 75° aniversario del código penal*, a cura di Ouviaña et al., Buenos Aires, 1998, 117 ss.; BUSTOS RUBIO, *El reflejo de la poena naturalis*, cit., 134.

<sup>6</sup> È impossibile in questa sede richiamare la vastissima letteratura sulla necessità della pena. Basta richiamare quanto scriveva, in maniera illuminante e lapidariamente efficace, VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1883), Berlino, 1905, 161: «*Nur die notwendige Strafe ist gerecht. Die Strafe ist uns Mittel zum Zweck. Der Zweckgedanke aber verlangt Sparsamkeit in seiner Verwendung*»; «Solo la pena necessaria è giusta. La pena è per noi un mezzo per raggiungere uno scopo. L’idea dello scopo postula però l’adattamento del mezzo al fine e la massima parsimonia nella sua applicazione», ID.; *La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. it. di Calvi, Milano, 1962, 46. Ben prima, del resto, già MONTESQUIEU, *Des l’esprit des lois* (1748), Parigi, 1874, XIX, 14, 281, scriveva limpidamente: «*tout peine qui ne dérive pas de la nécessité est tyrannique*».

dovrebbe essere per la stessa un monito fermamente efficace per impedire la realizzazione di altre sue condotte similari. Sotto il profilo della retribuzione, intesa come proporzione, si può dire, infine, che sommare una pena forense a quella naturale potrebbe risultare, in termini di sofferenza, una misura eccessiva, se non proprio disumana verso una persona già fortemente provata<sup>7</sup>.

In questa sede non è possibile andare oltre nello svolgimento di questo discorso, qui solo accennato, se non aggiungere che forse la pena forense in casi di pena naturale potrebbe avere un senso in una prospettiva meramente retributiva, allorché alla prima si assegni il compito di un imperativo utile a ristabilire un equilibrio, morale o giuridico che si voglia, a prescindere dagli ulteriori scopi assegnabili alla pena. Seguendo questa idea, dunque, l'irrilevanza giuridica della pena naturale sarebbe da ascrivere nell'ambito di una funzione assoluta della pena forense.

Siamo consapevoli delle ulteriori questioni alle quali darebbe vita un eventuale riconoscimento di effetti giuridici alla pena naturale, in termini di riduzione o esclusione di quella forense, tra le quali, ad esempio, il tipo di sofferenza a cui conferire rilievo: se di natura fisica, psicologica, economica, ecc.; le difficoltà di accertamento delle affezioni psicologiche subite dall'autore del fatto; la limitazione dei possibili effetti della pena naturale ai soli reati colposi oppure l'estensione anche a quelli dolosi; la sua configurazione come una possibile causa di esclusione della procedibilità anziché della punibilità, per non discorrere della stessa controversa categoria della punibilità come elemento autonomo del reato, categoria il cui valore potrebbe essere corroborato dall'eventuale riconoscimento alla pena naturale di un valore "esimente" o "attenuante", trattandosi di un fatto perfettamente tipico, antiggiuridico e colpevole, ma non punibile per l'inutilità della sanzione penale. Sono tutti profili di notevole interesse e complessità, che però non vogliamo affrontare in questa sede, anche perché sarebbero ragionamenti ipotetici, rivolti a una possibile ma inesistente, almeno *aper-tis verbis*, norma che riconosca qualche effetto giuridico alla pena naturale.

---

<sup>7</sup> «Perché una pena ottenga il suo effetto basta che il male della pena ecceda il bene che nasce dal delitto, [...]. Tutto il di più è dunque superfluo e perciò tirannico», BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1994, § XXVII, p. 115. Nello stesso senso FEUERBACH, *Anti-Hobbes ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, trad. it. di Cattaneo, Milano, 1972, 108 ss.

L'oggetto di questo lavoro, dunque, in primo luogo è proprio quello di verificare se, contrariamente alle apparenze, nel nostro sistema penale esistano già delle norme che in qualche modo, magari "obliquamente" o indirettamente, tengano in considerazione e attribuiscono effetti giuridici a delle "sofferenze", diverse dalla pena forense, che l'autore subisce in conseguenza del reato. Per poi valutare, qualora l'analisi dia esito positivo, se queste eventuali norme possano avere un ruolo in una prospettiva *de lege ferenda*, per suggerire delle possibili soluzioni anche in chiave di dubbi di legittimità costituzionale di un sistema che non tenga in alcun conto le sofferenze "naturali" subite dall'autore del reato. Per fare ciò, però, prima dobbiamo chiarirci le idee su cosa intendere per pena naturale, tentando di essere un po' meno vaghi rispetto alla definizione data all'inizio.

2. *La pena naturale: tentativo di una definizione analitica.* In mancanza di un supporto normativo, non è semplice definire cosa dovremmo intendere più esattamente per pena naturale. Alcuni ne parlano facendo riferimento a quell'illusorio nesso tra fatto e pena che sarebbe, appunto, "naturale", come nella legge del taglione, ancestrale antenata della visione meramente retributiva della pena forense. La pena sarebbe naturale nel momento in cui corrisponderebbe simmetricamente all'identico male "naturalisticamente" provocato dal reo: occhio per occhio, dente per dente<sup>8</sup>. Genovesi avrebbe detto: «ti si dee togliere un diritto eguale a quello che tu hai in altri violato e dello stesso genere»<sup>9</sup>. Non è questo, evidentemente, il senso in cui parliamo qui di pena naturale. Sempre chi usa in questa maniera l'accezione "naturale" di pena, l'affianca a quella detta "convenzionale", cioè basata sul carattere esclusivamente

---

<sup>8</sup> Di pena naturale parla in questo senso FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Bari-Roma, 2000, 384 ss., spec. 391.

<sup>9</sup> GENOVESI, *Della Diceosina o sia della filosofia del giusto e dell'onesto* (1766), tomo II, Napoli, 1839, p. 152. Sul pensiero di Genovesi, sulla sua visione della pena essenzialmente come retribuzione, ristoro per il male inflitto, recentemente si vedano MILETTI, *Tratti identitari dell'Illuminismo penale nel Mezzogiorno italiano. Un itinerario*, in MONGILLO, CATERINI, MUÑOZ CONDE, SLOKAR (a cura), *Radici e prospettive illuministiche nei sistemi penali contemporanei*, Pisa, 2024, p. 64 ss.; CORNACCHIA, *Alcune riflessioni sulla genesi dell'Illuminismo penale napoletano. Dalla "pratica criminale" nel c.d. pre-illuminismo salentino (Tommaso e Filippo Briganti) alla pratica di giustizia dell'umanesimo illuminato di Genovesi*, *ivi*, p. 95 ss.

giuridico del rapporto tra reato e pena (sarebbe, nella nostra accezione, la pena forense). Si parla, invece, di pena “informale”, proprio per evidenziare che in quest’ultima viene meno sia il principio di retributività soddisfatto dal criterio del taglione, sia la natura giuridica della relazione tra reato e pena. Le pene informali, in quest’ottica, per taluni versi sono quelle che noi abbiamo definito naturali, caratterizzate da sofferenze che non trovano un riconoscimento nel mondo del diritto e che si possono presentare anche sproporzionate rispetto alla gravità del reato, perché hanno un «carattere casuale, relativamente spontaneo, sregolato e soprattutto privato dell’intervento punitivo»<sup>10</sup>.

Preferiamo, in questa sede, continuare a utilizzare la locuzione “pena naturale” oltre a quella di “pena informale”, ciò perché la prima sembra più diffusa nel lessico penalistico, senza però sottacere che l’aggettivo “informale” forse risponde anche meglio ad alcune caratteristiche che, come meglio vedremo da qui a breve, a nostro avviso la pena naturale dovrebbe possedere. L’“informalità” della pena, infatti, oltre a non confondersi con la “naturalità” del contrappasso, restituisce anche un senso che va oltre il mero carattere “congenito” della sofferenza al fatto astrattamente delittuoso, sofferenza insita spontaneamente, intrinseca naturalmente, appunto, al fatto, senza intervento “artificiale” dell’uomo o dello Stato. La sofferenza conseguente al fatto, invero, potrebbe essere anche non “naturale”, ma provocata dall’uomo, dallo Stato, sebbene senza lo scopo di punire, così attagliandosi meglio all’aggettivo “informale” perché non sarebbe ufficialmente una pena, anche se nella sostanza potrebbe esserlo.

A questo punto è necessario proporre una definizione di pena naturale (o informale che dir si voglia) un po’ più dettagliata; è opportuno, dunque, offrire un modello, uno schema concepito sulla base di tre elementi.

a) Il primo elemento è costituito dalla sofferenza, dall’afflizione, dal patimento, dal danno, dal nocimento subiti dall’autore del fatto. In questa sede non è possibile definire la natura di questi “mali”. Potrebbero essere fisici, psichici o

---

<sup>10</sup> FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 391.

morali, patrimoniali, ecc.<sup>11</sup>. Sarebbe, questa, una scelta da rimettere al legislatore che volesse conferire valore giuridico ai casi di pena naturale, ma per l'economia del nostro discorso non è imprescindibile stabilire con precisione di che tipo di "male" debba trattarsi. Per quanto riguarda la pena forense - se vogliamo iniziare a tracciare le differenze con la pena naturale - è noto che il tipo di "male" provocato dalla prima è convenzionalmente stabilito e oggi consiste, per eccellenza, nella privazione della libertà personale oppure in un nocumento patrimoniale, salvo altre sanzioni che, del resto, in genere costituiscono pur sempre dei "mali". Se le abbracciamo sotto la categoria comune e molto ampia, appunto, del "male" (*malum passionis propter malum actionis*), sotto questo primo profilo alla fine non sembra esserci una particolare divaricazione tra pena forense e naturale: sono tutte e due dei "mali". Dalla stessa giurisprudenza della Corte EDU, del resto, sappiamo che a definire la pena, a prescindere dalla qualificazione formale che ne dà lo Stato, è sufficiente proprio l'elemento della gravità delle conseguenze pregiudizievoli ricollegate alla commissione di un illecito<sup>12</sup>.

b) Il secondo elemento di questo modello di pena naturale è la causalità, nel senso che il "male" che subisce lo stesso autore del fatto deve essere una conseguenza del fatto medesimo. La sofferenza fisica o morale, il danno economico, dunque, devono essere generati, prodotti, originati da un fatto

---

<sup>11</sup> Si pensi, solo a mo' d'esempio, alle possibili implicazioni che il riconoscimento del valore giuridico della pena naturale potrebbe avere a proposito di sofferenza mediatica da processo penale. MANES, *Giustizia mediatica*, Bologna, 2022, 78, sebbene non con precipuo riferimento alla pena naturale, afferma che «la sanzione concretamente irrogata dal giudice all'imputato poi riconosciuto colpevole dovrebbe scomputare in sede commisurativa il "presofferto mediatico" a pena di violare il principio di proporzionalità». La giurisprudenza tedesca, come meglio vedremo *infra* (§ 7), non ha riconosciuto, ai sensi § 60 StGB, valore di pena naturale alla "sofferenza mediatica". Si vedano: Bundesgerichtshof, sentenza n. 6 StR 12/20 del 4 novembre 2021, 21, in [www.juris.bundesgerichtshof.de](http://www.juris.bundesgerichtshof.de); Bundesgerichtshof, sentenza n. 3 StR 40/20 del 20 agosto 2020, pp. 6-7, *ivi*. Sul più generale tema della sofferenza mediatica come pena naturale, si rinvia recentemente a REVILLA GONZÁLEZ, *Juicios mediáticos: de las salas de audiencia a las redes sociales (prevenir y remediar sus efectos)*, in *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociales*, 26, 2023, 2, 183-229, spec. 213 ss.

<sup>12</sup> Corte EDU, Plenaria, 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, Engel e altri c. Paesi Bassi, §§ 81 e 82; Corte EDU, Sez. II, 4 marzo 2014, casi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, Grande Stevens e altri c. Italia, §§ 94-96. In tema si veda DE VERO, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, a cura di De Vero-Panebianco, Torino, 2007, 11 ss.



astrattamente configurabile come reato. Fin qui, ancora, nulla di particolarmente differente rispetto alla pena forense: anche in quest'ultima, infatti, la sanzione intesa come "male" è la conseguenza di un fatto di reato (*nulla poena sine crimine*). Nella pena forense, del resto, il "male", oltre a essere convenzionalmente prestabilito, è mediato dallo Stato che esercita la potestà punitiva: l'autorità pubblica si interpone tra il fatto e il male, comminando, applicando ed eseguendo la pena. Nel caso della pena naturale, invece, non è [sempre] così quando il "male" è una conseguenza immediata, diretta, intrinseca al fatto, senza alcuna interposizione dello Stato, come nel classico esempio della madre che per negligenza provoca la morte del figlioletto: la sofferenza della donna, intesa come pena naturale, si genera senza mediazione dello Stato, bensì immediatamente dal fatto. La considerazione secondo cui i classici casi di pena naturale sono caratterizzati da questa assenza di mediazione statale, del resto, non pregiudica la possibilità di ipotizzare un modello di pena "informale" (qui ritorna la maggiore appropriatezza dell'aggettivo) che includa anche quelle situazioni in cui il "male" è una conseguenza del fatto, sebbene mediata dall'autorità pubblica<sup>13</sup>. La distinzione tra pena naturale (o informale) e pena forense, dunque, non dovrebbe risiedere nella natura immediata o mediata del "male", nell'interposizione o meno dello Stato tra il fatto e il "male"<sup>14</sup>, ma nell'ulteriore fattore del paradigma che stiamo per presentare.

<sup>13</sup> Per approfondimenti e ulteriori argomenti a sostegno v. *infra*, par. 5.

<sup>14</sup> In tal senso si vadano, autorevolmente, ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 2000, 953: la pena naturale è quella che si «*autoinflige el autor a raíz de la comisión del delito, sea porque directamente se causa a sí mismo la pérdida o porque lo hacen terceros con motivo de su autopuesta en peligro; por ello es indistinto que el autor se lesione gravemente al manipular un explosivo o que esa lesión sea impuesta por la autoridad mediante un disparo de arma de fuego en cumplimiento de un deber*». SILVA SÁNCHEZ, *¿Puede considerarse el remordimiento una 'poena naturalis'?*, cit., 267, elabora due possibili definizioni di pena naturale: una, in positivo e più ristretta, secondo cui è tale «*cualquiera de las consecuencias lesivas que sufre el agente por azar (de modo fortuito) como efecto (imprevisible e inevitable) de su actuación*»; l'altra, in negativo e più ampia, secondo la quale è pena naturale «*cualquiera de las consecuencias afflictivas para el agente de algún modo reconducibles a su hecho delictivo y que no pueden denominarse poena forensis*». Altri optano per una nozione più ristretta di pena naturale, dalla quale escludono le sofferenze dell'autore del fatto di reato causate dall'intervento di terzi: BUSTOS RUBIO, *El reflejo de la poena naturalis*, cit., 120; MAPELLI CAFFARENA, *La pena naturale*, cit., 1008; CHOCLÁN MONTALVO, *La pena natural*, in *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1999, 1910. Recentemente, a favore di una nozione ampia di pena naturale comprensiva anche delle sofferenze provocate da terzi, si veda SÁNCHEZ BENÍTEZ, *La pena natural*, cit., 11-12.

c) Il terzo elemento del modello proposto coincide con la finalità o lo scopo del “male” subito dall’autore del fatto. Qui sembra risiedere il precipuo fattore di distinzione tra le due categorie di pena: per essere naturale tale scopo dovrebbe essere diverso da quello del punire, scopo riservato, invece, alla pena forense<sup>15</sup>. In quest’ultima, infatti, sia nella fase di comminatoria legislativa, sia in quella di applicazione giudiziale, sia in quella di esecuzione, la sanzione ha una funzione o degli scopi che, però, non coincidono con quelli della pena informale. Tale non sovrapponibilità tra pena forense e informale si ha perché la seconda o non ne ha proprio di questi scopi o funzioni, come nei casi di vera pena naturale intrinseca al fatto, senza mediazione dello Stato, salvo a ipotizzare che queste funzioni coincidano col karma o col contrappasso divino; oppure perché la pena informale, ossia quel “male” mediato dall’autorità pubblica, ha una funzione differente da quella propria della sanzione penale, cioè quella del punire.

Seguendo questo modello, la reale differenza tra pena naturale (o informale) e pena forense risiede proprio in questa dissonanza di funzioni. Mentre nella seconda la pena viene pensata sin dall’origine con uno scopo di punizione, nella prima questo è formalmente assente. Il “male” è sì una conseguenza del fatto astrattamente costituente reato, ma non ha – semplificando estremamente – una funzione retributiva, oppure di prevenzione generale, ovvero ancora di prevenzione speciale. Non è importante, in questa sede, prendere una posizione su quale sia la legittima funzione della pena, perché qui interessa semplicemente evidenziare che nella pena informale il “male” non è destinato a punire, anche se poi di fatto può raggiungere questo risultato. Nella pena informale, infatti, *ex ante* il “male” non è rivolto a punire, perché: 1) o è il frutto immediato del fatto senza che a questa “naturalità” possa ascrivere alcuna precognita finalità; 2) oppure perché, quando il “male” è mediato dall’autorità pubblica pur in conseguenza di un fatto ipotizzato come reato, la sua finalità formalmente non è quella attribuibile alla sanzione penale.

Adottando questo paradigma di pena naturale (o informale), la differenza con

---

<sup>15</sup> Mette in luce questo fattore distintivo DONELSON, *Natural Punishment*, in *North Carolina Law Review*, 9 marzo 2022, 7 ss., uno dei pochi ad essersi occupato del tema nella penalistica in lingua inglese.

la pena forense (o formale/convenzionale) risiede in un carattere negativo della prima, cioè in un fattore che deve mancare e che invece costituisce peculiarità della pena forense: il proposito, da valutare *ex ante*, di punire. Scopo di punire, però, non nel senso degli ulteriori obiettivi che la sanzione penale dovrebbe perseguire, ma nel senso della programmazione “genetica” della sanzione penale che è pensata *ab origine*, appunto, per punire, a prescindere da quali dovrebbero essere gli ulteriori effetti della stessa sanzione, come la prevenzione generale o speciale. Scopo di punire, invece, che è *ex ante* assente nella pena naturale (o informale): 1) o perché è la “natura” che spontaneamente provoca il “male” e a questa - se non vogliamo trovare spiegazioni metafisiche - non possiamo attribuire un proposito, un intento, un progetto, poiché il “male”, in tali casi, è occasionale e non programmato; 2) o perché, quando non sarà la “natura” a provocare il “male”, ma ad esempio lo Stato, questo “male” non è *ex ante* destinato a punire, ma formalmente persegue altri scopi<sup>16</sup>.

Volendo sintetizzare, possiamo dire che, nei suoi aspetti strutturali, la pena naturale/informale si distingue da quella forense/formale perché nella prima manca *ex ante* lo scopo di punire e il “male” prodotto, anche eventualmente dall’ autorità pubblica, è il frutto di una “occasionalità” o, più in generale, non è prodotto al precipuo scopo di punire. Nella pena forense/formale, invece, il “male” generato è la specifica realizzazione di quello scopo di punire per il quale il legislatore *ex ante* ha pensato e predisposto la minaccia della sanzione penale. Nella pena naturale/informale, viceversa, solo *ex post*, solo dopo che il “male” si è realizzato, sarà possibile valutare se allo stesso sia legittimo o, addirittura, doveroso riconoscere un valore giuridico, proprio perché la pena naturale non nasce con lo scopo di punire. La pena naturale, dunque, è un “male” che, di fatto, interviene occasionalmente, al quale *ex post* bisogna capire se è possibile attribuire un qualche valore giuridico. È un “male” che si realizza nella realtà fattuale, senza possedere un previo scopo punitivo, ma al quale potrebbe risultare difficile non riconoscere un ruolo, sebbene *ex post*, nelle determinazioni concernenti il se e il quanto punire.

---

<sup>16</sup> V. *infra*, par. 4.

3. *La carcerazione preventiva come pena informale.* Per tentare di evitare che quanto abbiamo scritto sinora risulti una vana elucubrazione, dobbiamo verificare se nel nostro ordinamento esistano già delle norme che in qualche modo rispondano a questo paradigma di pena naturale/informale e, dunque, valutare se questo particolare tipo di pena abbia già un valore giuridico, quantunque implicitamente. Bisogna indagare, dunque, se nel nostro sistema esista già qualche norma che contempra un “male”, un qualche tipo di sofferenza, derivante da un fatto configurabile come reato, sofferenza che però non ha la funzione di punire e alla quale, nondimeno, si riconosce un valore giuridico nella determinazione dell’*an* e del *quantum* punire in concreto.

L’assonanza lessicale ci ha riportato alla mente il concetto di c.d. presofferto, al punto di ipotizzare che la categoria della pena naturale/informale potrebbe, per alcuni versi, evocare la carcerazione preventiva (come la chiama l’art. 13 Cost.), diciamo oggi la misura cautelare in carcere, anche se per il discorso che stiamo cercando di fare è meglio forse continuare a parlare, appunto, di carcerazione preventiva, come fa la nostra Costituzione. Il ragionamento che stiamo per svolgere potrebbe valere anche per gli arresti domiciliari *ex art. 284 c.p.p.*, altra misura cautelare e ulteriore tipologia di sofferenza legata pur sempre alla limitazione della libertà personale.

Con l’espressione presofferto, com’è noto, ci si riferisce a quel pregresso periodo di custodia cautelare subita da un soggetto successivamente condannato definitivamente per lo stesso reato [o anche per un altro], periodo di cui il pubblico ministero deve tener conto ai fini della determinazione della pena detentiva da eseguire concretamente. Vediamo di capire perché questo tipo di carcerazione potrebbe ricordare la pena naturale/informale<sup>17</sup>.

Il riferimento è all’ipotesi in cui, dopo la carcerazione preventiva, la responsabilità penale viene accertata con una sentenza passata in giudicato. Nel caso in cui l’incolpato dopo la custodia cautelare viene prosciolto, invece, non possiamo parlare di pena naturale, proprio perché manca il secondo degli elementi che prima abbiamo indicato come costitutivi del paradigma della pena informale: si tratta sì di una sofferenza (la limitazione della libertà), ma non causata

---

<sup>17</sup> DONELSON, *Natural Punishment*, cit., 25 ss.

da un fatto costituente reato, proprio perché l'imputato è stato assolto. Si tratta, in quest'ultimo caso, di un "male" subito che presenta dei profili d'illegittimità nel momento in cui è lo stesso ordinamento che prevede, *ex art.* 314 c.p.p., una sorta di ristoro (equa riparazione) per chi ha subito questa sofferenza e poi però è stato prosciolto con sentenza irrevocabile perché il fatto non sussiste, per non aver commesso il fatto, perché il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come tale<sup>18</sup>.

Nell'ipotesi in cui, invece, l'imputato che ha subito la carcerazione preventiva venga poi condannato con sentenza avente autorità di giudicato, la misura cautelare già scontata sembra evocare quel modello di pena informale già tratteggiato, in quanto sembra possedere i tre suoi elementi costitutivi. Si tratta certamente di un "male": la limitazione della libertà personale. Questo "male" è generato da un fatto costituente reato, sebbene accertato definitivamente dopo l'esecuzione della misura cautelare. La carcerazione preventiva, infine, non è disposta per punire, ma, come è ben noto, per le c.d. esigenze cautelari *ex art.* 274 c.p.p.: 1) evitare la compromissione dell'acquisizione delle prove o della loro genuinità, 2) evitare la fuga dell'imputato e fare in modo che eventualmente sconti la pena, 3) evitare il pericolo di reiterazione del reato. La misura cautelare, almeno ufficialmente, non ha una funzione punitiva e non può averla perché altrimenti verrebbe messo in crisi, più di quanto già non lo sia, il principio di presunzione d'innocenza *ex art.* 27 Cost.: non si può punire se non dopo una condanna definitiva<sup>19</sup>. La misura cautelare comporta una sofferenza che non ha carattere punitivo, ma dovrebbe assolvere, almeno sulla carta, a funzioni eminentemente processuali. Il legislatore, infatti, deve individuare delle esigenze diverse da quelle di anticipazione della pena, tali da giustificare, nel bilanciamento di interessi meritevoli di tutela, il temporaneo sacrificio della libertà personale di chi non è stato ancora giudicato colpevole in via definitiva.

---

<sup>18</sup> Sul tema si vedano SPAGNOLO, *La riparazione per ingiusta detenzione: verso una tutela sostanziale del diritto alla libertà personale*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 8 novembre 2017, 1 ss.; TAVASSI, *La riparazione per l'ingiusta detenzione fra diritto al silenzio e onere di difendersi collaborando*, in *Arch. pen. web*, 2022, 2, 1 ss.; più recentemente CAPPELLO-RICCARDI, *La riparazione per ingiusta detenzione*, Milano, 2024.

<sup>19</sup> Sia consentito, da ultimo, il rinvio a CATERINI, *Presumption of innocence*, in *Encyclopedia of Crime and Criminal Justice*, Cheltenham, 2024, vol. III, 119-131.

La stessa Corte costituzionale da tempo ha affermato che «le finalità della custodia preventiva [...] non possono in alcun modo risolversi in anticipata espiatione di pena»<sup>20</sup>. Forse, in taluni casi, dietro le richieste e le applicazioni delle misure cautelari ci sono di fatto anche intenti punitivi – soprattutto quando si teme che la condanna definitiva non ci sarà o che l'incolpato non sosterà effettivamente la pena carceraria – ma sono motivi inconfessabili perché la pena, con le sue precipue funzioni, potrà solo seguire alla condanna con efficacia di giudicato<sup>21</sup>.

Se, per definizione, la carcerazione preventiva non può avere funzione punitiva, nei casi di successiva condanna passata in giudicato tale misura cautelare sembra corrispondere al paradigma di pena naturale che abbiamo delineato, in quanto si tratta pur sempre di un “male” derivante da un fatto di reato. Risponde, più precisamente, a quel modello che abbiamo definito come pena informale, giacché non scaturisce immediatamente dal delitto, ma attraverso la mediazione del potere statale che, attraverso il legislatore, prevede in astratto i casi in cui è possibile configurare la misura e, tramite la magistratura, la applica e, infine, la esegue mediante il potere esecutivo.

Posto che la carcerazione preventiva sia una pena naturale, nella sua declinazione informale, dobbiamo capire se questa assume un valore giuridico e, eventualmente, di che natura. La risposta è facilmente ricavabile dall'art. 137 c.p., secondo cui «la carcerazione sofferta prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile si detrae dalla durata complessiva della pena temporanea detentiva o dall'ammontare della pena pecuniaria. La custodia cautelare è considerata, agli effetti della detrazione, come reclusione od arresto». Si tratta proprio di quella categoria detta in gergo presofferenza, che trova una disciplina anche nella procedura penale, in particolare nell'art. 657 c.p.p.: il pubblico ministero, nel determinare la pena detentiva da eseguire, computa il periodo di custodia cautelare subita per lo stesso o per altro reato, anche se la custodia è ancora in corso.

---

<sup>20</sup> Corte cost., 17 gennaio 1980, n. 1, in *Giur. cost.*, 1980, 3 ss., con nota di CONSO, *La libertà provvisoria a confronto con le esigenze di tutela della collettività, ovvero la “legge Reale” tra politica e diritto*, 470-480.

<sup>21</sup> Segnala gli abusi della custodia cautelare, come anticipazione di pena, PRESUTTI, *Le cautele nel processo penale come forma di anticipazione della pena*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2014, 47 ss.

Nella stessa norma, però, è precisato che, nel caso di computo della custodia cautelare subita per altro reato, è calcolata soltanto la custodia cautelare subita dopo la commissione del reato per il quale deve essere determinata la pena da eseguire. Se così non fosse, infatti, si creerebbe una sorta di credito a favore del condannato che in futuro potrebbe realizzare un delitto sapendo già che non avrebbe la pena, o una sua parte, come conseguenza concreta, così vanificando la funzione dissuasiva attribuibile alla pena minacciata. Nel caso di scomputo *ex art. 657 c.p.p.* della custodia cautelare subita per altro reato, però, non siamo di fronte a un'ipotesi di pena naturale/informale secondo il modello che abbiamo proposto, proprio perché manca l'elemento della causalità: il "male" non è conseguenza di quello stesso fatto di reato, ma di altro<sup>22</sup>.

La risposta alla domanda che ci siamo posti prima, dunque, è affermativa: il nostro sistema conferisce valore giuridico (artt. 137 c.p. e 657 c.p.p.) a questa particolare forma di pena naturale, imponendo di detrarla da quella forense. Ciò significa che – sebbene *ex post*, cioè dopo la condanna irrevocabile – la pena naturale si trasforma in pena forense o che, quanto meno, la pena informale viene tenuta giuridicamente in considerazione nella determinazione della pena forense da scontare in concreto. La carcerazione preventiva, dunque, è una sofferenza, un fatto che non rimane privo di valore giuridico in quanto, nel caso di sua illegittimità, o è fonte di equa riparazione monetaria, oppure, nel caso di sua tendenziale legittimità, determina la decurtazione del periodo di presofferenza dal computo della pena forense. In questo secondo caso, in buona sostanza, si tratta di una particolare forma di pena naturale che non

---

<sup>22</sup> In questi casi interviene esclusivamente una *ratio* compensativa, quasi di tipo civilistico, nel senso che il legislatore permette di "compensare" due "poste" slegate dallo stesso fatto generativo. Questo meccanismo di fungibilità, del resto, incontra il richiamato limite di ordine temporale (art. 657, co. 4, c.p.p., art. 271, co. 4, c.p.p. 1930), che è stato anche oggetto di questione di legittimità, rigettata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 198 dell'11 luglio 2014, in *Cass. pen.*, 2014, 3178 ss., sia per l'esigenza di evitare che detta fungibilità si risolva in uno stimolo a commettere reati «trasformando il pregresso periodo di carcerazione in una "riserva di impunità"», sia per «una fondamentale esigenza logico-giuridica che la pena, ancorché scontata nella forma anomala dell'«imputazione» ad essa del periodo di ingiusta detenzione sofferta per altro reato, debba comunque seguire, e non già precedere, il fatto criminoso cui accede e che mira a sanzionare». Per un commento a questa decisione si veda G. MANTOVANI, *Lo scomputo del "pre-sofferto" tra favor libertatis e tutela della collettività*, in *Cass. pen.*, 2014, 3188 ss. Per una decisione simile, in riferimento all'analoga previsione del previgente codice di procedura penale del 1930, si veda Corte cost., 14 aprile 1988, n. 442, in *Cass. pen.*, 1989, 1631.

rimane fatto tra i fatti, ma assurge a fatto al quale il nostro sistema penale attribuisce un valore giuridico.

La disciplina del c.d. presofferto ha consentito già da tempo di intravedere, in particolare nell'art. 137 c.p. e nella misura cautelare, una sorta di funzione anticipatoria della pena. Pur con la consapevolezza della "ingiustizia" di questo suo ruolo "precursore", si è constatato che la carcerazione preventiva svolge nei fatti tale funzione e che lo stesso ruolo risulta insito nella sua natura che, in quanto momento intermedio, non può che avere l'effetto di anticipare il momento finale, cioè quello della pena<sup>23</sup>. È stato messo bene in luce, del resto, che il criterio decurtatorio di cui all'art. 137 c.p. se, da un lato, è un principio irrinunciabile, dall'altro non permette un'assimilazione tra misura cautelare e pena proprio perché la norma del Codice penale sancisce che l'equiparazione tra carcerazione preventiva e pena può avvenire solo *ex post*<sup>24</sup>.

La misura cautelare, per definizione, non nasce *ex ante* con una funzione punitiva, in ciò uniformandosi al descritto paradigma della pena naturale, ma acquista tale valore solo successivamente attraverso un riconoscimento postumo: ora per allora. Sembra proprio tale equivalenza *a posteriori* della pena informale a quella convenzionale a scandire, da un lato, il confine tra misura cautelare e pena e, dall'altro, l'assimilazione della carcerazione preventiva alla pena informale fintantoché alla prima non viene riconosciuto, *ex art. 137 c.p.*, lo stesso valore della pena forense. Dopo questo momento - che coincide con il provvedimento *ex art. 657 c.p.p.* col quale il pubblico ministero scomputa dalla pena da eseguire il periodo di carcerazione preventiva già subita - la misura cautelare assume in qualche modo le sembianze della pena forense. In altri termini, si può dire che la funzione punitiva insita nell'esecuzione della pena è un *a priori*, mentre la capacità punitiva derivante dalla carcerazione preventiva è un *a posteriori*, una constatazione successiva di un "male" derivato dal reato al quale l'ordinamento riconosce valore fungibile di pena forense già scontata. Uno schema simile, in merito alle pene accessorie, ricorre anche nell'art. 662,

<sup>23</sup> DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva*, Padova, 1953, 32-35.

<sup>24</sup> VASSALLI, *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, in AA.VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. III, Milano, 1977, 1122-1123, poi in *Giust. pen.*, 1978, I, c. 1 ss.



co. 2, c.p.p., secondo cui «quando alla sentenza di condanna consegue una delle pene accessorie previste dagli articoli 28, 30, 32 bis e 34 del Codice penale, per la determinazione della relativa durata si computa la misura interdittiva di contenuto corrispondente eventualmente disposta a norma degli articoli 288, 289 e 290». Se, da un lato, gli artt. 28 e ss. c.p. definiscono i casi nei quali alla condanna definitiva consegue l'interdizione dai pubblici uffici, l'interdizione da una professione o da un'arte, l'estinzione del rapporto di lavoro o di impiego, l'interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione; dall'altro lato, l'art. 662, co. 2, c.p.p., prevede quella che, secondo il nostro modello, potrebbe essere un'altra pena naturale, nella sua accezione informale, perché prevede che quando alla sentenza di condanna consegue una pena accessoria, il giudice, nella determinazione della relativa durata, deve detrarre la misura interdittiva di contenuto corrispondente eventualmente disposta. La combinazione di queste norme, dunque, sembra militare verso lo schema della pena informale proprio perché, ad esempio, la sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio (art. 289 c.p.p.) o il divieto temporaneo di esercitare determinate attività professionali o imprenditoriali (art. 290 c.p.p.), sono misure cautelari che, almeno *ab origine*, non hanno funzione punitiva, ma poi, in caso di condanna definitiva, sono considerate equivalenti in termini afflittivi e quindi scomputati dalla pena accessoria da applicare in concreto.

Discorso diverso è da farsi in merito alla legge 27 marzo 2001, n. 97, avente a oggetto le norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare e gli effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, legge che all'art. 3 si occupa del trasferimento dei dipendenti di amministrazioni o di enti pubblici a seguito di rinvio a giudizio per alcuni reati contro la pubblica amministrazione, mentre all'art. 4 disciplina la sospensione degli stessi dipendenti a seguito di una condanna non definitiva per i medesimi delitti. Secondo la nostra giurisprudenza, avendo natura amministrativa il provvedimento in forza del quale è disposta la sospensione cautelare dal servizio, in tali casi non può trovare applicazione l'art. 662, co. 2, c.p.p. Ciò anche perché, sempre ad avviso della Cassazione, «non vi è coincidenza

né sovrapposibilità di natura, di funzione e di contenuti tra le pene accessorie, e in particolare [...] quella della interdizione temporanea dai pubblici uffici, che priva il condannato di una serie di capacità, diritti, uffici e incarichi pubblici, qualifiche, titoli, gradi e dignità, puntualmente elencati nell'art. 28 c.p., e le sospensioni di natura amministrativa dalla carica elettiva e dall'impiego pubblico [...], rispetto alle quali la pena accessoria interdittiva si connota per un contenuto ben più ampio: si tratta di titoli diversi, adottati all'esito di procedimenti diversi, che sono diretti al soddisfacimento di finalità giuridiche e sociali differenti e sottoposti a regole applicative distinte, con riguardo sia ai presupposti applicativi che ai relativi giudizi valutativi». Aggiunge la Cassazione che «le pene accessorie, infatti, sono caratterizzate dalla natura afflittiva tipica della sanzione penale e conseguono di diritto, alla stregua del disposto dell'art. 20 c.p., alla condanna alla pena principale come effetto automatico della stessa [...]; i provvedimenti amministrativi previsti [...] dalla L. n. 97 del 2001, art. 4 in materia di sospensione cautelare dal servizio del dipendente pubblico in funzione disciplinare, assolvono invece ad esigenze proprie della funzione amministrativa e della pubblica amministrazione presso la quale il soggetto colpito presta servizio, con compiti di natura essenzialmente preventiva e cautelare»<sup>25</sup>. Sembra emergere una contraddizione nella richiamata decisione, nel momento in cui esclude dal computo della pena accessoria il “presofferto” in via amministrativa, ciò facendo sulla base della natura cautelare e non punitiva della sospensione dal servizio *ex* art. 4 della legge n. 97/2001<sup>26</sup>, quando è lo stesso art. 662, co. 2, c.p.p. che, sebbene per esigenze del processo penale, ai fini della detrazione dalla pena accessoria attribuisce rilevanza proprio alle esigenze cautelari. La distinzione, dunque, starebbe nella diversa natura dell'esigenza cautelare: in un caso, penale, nell'altro, amministrativa, ma questa differenza non sembra prendere nella dovuta considerazione la concreta afflittività della sospensione amministrativa, anche se per fini cautelari<sup>27</sup>. Dal nostro punto di vista, al fine di

<sup>25</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 12 aprile 2022, n. 14025, in *Dejure*.

<sup>26</sup> Sulla coincidenza delle misure sul piano funzionale, si veda PISA, *Le pene accessorie. Problemi e prospettive*, Milano, 1984, 170.

<sup>27</sup> Si veda DELLA RAGIONE, *Sospensione dalla carica di consigliere e impiegato comunale: non si applica l'art. 662, comma 2, c.p.c.*, in *www.altalex.com*, 29 aprile 2022, il quale condivisibilmente ricorda che «i

evitare che una sofferenza derivante dal reato possa essere scomputata dalla pena (sia essa principale o accessoria), non è sufficiente la sola finalità cautelare della stessa sofferenza (penale o amministrativa che sia qualificata), se tale finalità è stata perseguita con una misura concretamente e seriamente afflittiva, paragonabile a quella della sanzione penale in senso stretto<sup>28</sup>. In tal verso sembra militare non solo la nota giurisprudenza della Corte EDU<sup>29</sup>, ma anche quella costituzionale interna che, prendendo le mosse proprio dai giudici europei, oramai da tempo, ai fini della qualificazione sostanzialmente penale di una misura, pone l'accento sulla sua concreta afflittività<sup>30</sup>. Se ad avere rilievo è soprattutto la capacità afflittiva della misura, al punto che se anche formalmente non

---

provvedimenti in forza dei quali sono disposte la sospensione di diritto dalla carica di consigliere comunale e quella cautelare dal servizio di impiegato comunale, pur non avendo natura penale, assumono connotati di afflittività che a tratti si sovrappongono a quelli della misura interdittiva di analogo contenuto, con il rischio di tensione con il divieto di *bis in idem*, che appunto mira a scongiurare effetti di tutela coercitiva multipla e non proporzionata ai fatti per cui è vi è condanna».

<sup>28</sup> Sul cumulo tra sanzioni penali e amministrative, da ultimo si veda TRIPODI, *Ne bis idem europeo e doppi binari punitivi*, Torino, 2022, *passim*; si vedano anche FLICK-NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, in *Riv. soc.*, 2014, 953 ss.; SORBELLO, *Politica criminale e contrasto alla corruzione tra multipli di pena e responsabilità erariale. Uno sguardo oltre le "Colonne d'Ercole" del diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2021, 769 ss.

<sup>29</sup> V. *supra*, nota n. 12. La Corte di Strasburgo in più occasioni, ad esempio, ha qualificato di natura penale non solo il ritiro della patente di guida, ma anche la misura, sempre formalmente amministrativa, della decurtazione dei punti della patente, in quanto idonea a determinare, alla fine, la perdita del titolo abilitativo. Secondo la Corte è «incontestabile che il diritto di condurre un veicolo a motore si rivela di grande utilità per la vita corrente e l'esercizio di una attività professionale», così mettendo l'accento proprio sulla natura afflittiva della misura che la fa assurgere a una sanzione sostanzialmente penale; cfr. Corte EDU, 5 ottobre 2017, *Varadinov v. Bulgaria*; Id., 23 settembre 1998, *Malige v. Francia*; Id., 6 ottobre 2011, *Wagner c. Lussemburgo*.

<sup>30</sup> La Corte cost., 16 aprile 2021, n. 68, in *Giur. cost.*, 2021, 855 ss., sempre a proposito della sanzione formalmente amministrativa della revoca della patente di guida, ha affermato che «non può, peraltro, disconoscersi che ci si trovi al cospetto di una sanzione dalla carica afflittiva particolarmente elevata», così riconoscendone la natura sostanzialmente penale proprio in ragione della marcata sofferenza che ne deriva. A commento della decisione si veda GAMBARELLA, *Sanzioni amministrative "punitive" dichiarate costituzionalmente illegittime e modifica del giudicato penale*, in *Giur. cost.*, 2021, 889 ss. In altre occasioni, sempre la Consulta ha ammesso che un apparato sanzionatorio di natura formalmente amministrativa può risultare addirittura più afflittivo di quello formalmente penale, in quanto in certi casi è molto forte l'impatto che la sanzione amministrativa ha sui diritti fondamentali della persona; si vedano Corte cost., 20 maggio 2020, n. 96, in *Giur. cost.*, 2020, 1179 ss.; Id., 5 dicembre 2018, n. 223, ivi, 2018, 2575 ss., con nota di F. MAZZACUVA, *Successione di leggi punitive e principi costituzionali*, 2591 ss.; Id., 7 aprile 2017, n. 68, ivi, 2017, 681 ss., con nota di AMARELLI, *Irretroattività e sanzioni 'sostanzialmente' penali: il discorso incompiuto della Consulta sulla confisca per equivalente ex art. 187-sexies l.u.l.*, ivi, 691 ss.

è qualificata come penale, nella sostanza deve essere considerata tale ai fini dell'attrazione nel cono delle garanzie penalistiche, allora è più difficile sostenere che una misura nella sua afflittività paragonabile a quella penale non debba essere considerata una sorta di presofferto da decurtare dalla pena (principale o accessoria) da applicare in concreto.

4. *La detrazione del presofferto come criterio irrinunciabile.* A questo punto dobbiamo porci un altro interrogativo legato alla rinunciabilità o meno del criterio della detrazione desumibile dal combinato disposto degli artt. 137 c.p. e 657 c.p.p.<sup>31</sup>. In altri termini, lo scomputo del presofferto è principio logicamente indispensabile, magari con un sostegno costituzionale, al quale non possiamo rinunciare? Oppure ne potremmo fare a meno e il nostro sistema sarebbe razionale e costituzionalmente coerente pur senza queste norme? Detto in altri termini: sarebbe legittimo un sistema che non scomputasse il presofferto e imponesse al condannato di scontare tutta la pena senza tenere conto della carcerazione preventiva?<sup>32</sup> La risposta a queste domande, a nostro avviso, è

<sup>31</sup> Già VASSALLI, *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, cit.

<sup>32</sup> Lo scomputo del presofferto è una regola che, almeno storicamente, non è stata irrinunciabile. Lo dimostrano alcune codificazioni preunitarie che non la prevedevano e anche, ad esempio, l'art. 137 del *Progetto preliminare di un nuovo codice penale*, del 1927, che sanciva una mera facoltà di detrazione del presofferto: «La carcerazione sofferta prima che la sentenza sia divenuta irrevocabile può essere detratta dalla durata complessiva della pena temporanea detentiva. / Se sia inflitta soltanto la multa o l'ammenda, la detrazione della carcerazione preventiva è obbligatoria. / Per i delinquenti abituali, professionali o per tendenza condannati alla reclusione, sola o congiunta a pena pecuniaria la carcerazione preventiva non si detrae dalla durata della pena. / Quando si faccia luogo alla detrazione, due giorni di carcerazione preventiva si computano per un giorno di pena detentiva. La carcerazione preventiva è considerata, agli effetti della detrazione, come reclusione o arresto». Nella *Relazione su Libro I del Progetto* (Roma, 1929, p. 191) a proposito di tale norma si legge: «La prima innovazione attiene alla carcerazione preventiva. Essa, secondo il Progetto, non va obbligatoriamente detratta dalla durata della pena detentiva inflitta, ma può soltanto discrezionalmente, dal giudice, essere ammessa a detrazione. Al riguardo, ho considerato che la possibilità della detrazione non può essere affidata che a ragioni di equità, e non già a pure ragioni giuridiche. Invero, la limitazione di libertà personale, durante il procedimento, né psicologicamente, né per il modo come è ordinata, può identificarsi con la esecuzione di una pena detentiva, e costituire un surrogato. La detrazione, pertanto, dovrebbe di regola essere vietata. Nondimeno, mi è parsa giustificabile una deviazione dallo stretto rigore dei principi nei casi in cui il giudice, avuto riguardo alla tenuità della pena inflitta, alle modalità di esecuzione della carcerazione sofferta dal colpevole e ad altri elementi peculiari, si convinca della opportunità del provvedimento». Tale ipotesi normativa suscitò vivo dibattito nei lavori preparatori del codice Rocco, di cui non è possibile dare compiuto conto in questa sede, con posizioni che ne sostenevano la necessità. Ad esempio, nei *Verbali delle sedute della Commissione, Libro I del Progetto* (Roma, 1929, p. 418), il commissario Nosedà affermava, tra l'altro, «che la disposizione dell'art.

basilare perché, se fosse nel senso della irrinunciabilità al criterio dello scomputo del presofferto, essendo quest'ultimo una particolare forma di pena naturale, significherebbe implicitamente affermare anche la necessità, perfino costituzionale, di conferire un valore giuridico, appunto, alla pena naturale.

È difficile in questa sede dare una risposta compiuta ed esaustiva a questi interrogativi che coinvolgono temi di ampio respiro, ma possiamo tentare un abbozzo di argomentazione che non può non partire, pur sempre, dalle possibili funzioni attribuibili alla pena. La necessità di far eseguire per intero la pena senza lo scomputo del presofferto, infatti, potrebbe essere legata a un certo compito che la stessa pena deve svolgere e che, viceversa, non sarebbe realizzato integralmente. Potendo, in questa sede, prendere in considerazione solo le classiche funzioni della pena e nei loro tratti essenziali, possiamo dire, ad esempio, che la prevenzione generale, in caso di mancato scomputo del presofferto, potrebbe magari risultare rafforzata (in quanto sarebbe maggiore la sofferenza complessiva derivante dal reato), ma ricadrebbe in quell'accezione negativa di prevenzione generale come mera deterrenza o pura

---

137 si ispira al proposito di porre un freno al sistema dei rinvii, di cui veramente si abusa, allo scopo di far durare il più possibile la carcerazione preventiva». Inoltre, il commissario Massari (p. 419) aggiungeva che «La migliore giustificazione del sistema del progetto è data proprio dall'osservazione del commissario Pujia, che cioè, in caso di proscioglimento, lo Stato nulla deve al prosciolto, in compenso e ad indennizzo della carcerazione preventiva sofferta. Or bene, perché allora si dovrà al condannato - ossia, proprio a colui, che più meritò la carcerazione preventiva - offrire una rivalsa o compensazione de carcere sofferto? Ma il fondo del problema non è precisamente questo: il problema è il vedere se la carcerazione preventiva sia una pena; perché, se essa una pena non fosse, resterebbe recisa nella radice la giustificazione dell'escomputo. Or, non è dubbio che la carcerazione preventiva, né processualmente, né strutturalmente possa essere ritenuta una pena. Sotto l'aspetto processuale, non occorre ricordare che la carcerazione preventiva adempie funzioni e soddisfa finalità, cui è estraneo lo scopo d'anticipare la esecuzione della pena. Sotto l'aspetto strutturale, poi, è egualmente certo che la carcerazione preventiva non ha alcuno degli elementi della prima. L'unico elemento che, infatti, ravvicina in qualche modo la carcerazione preventiva a talune pene è che nell'una e nelle altre si rinviene una privazione della libertà personale: ma non certo su tale elemento può essere fondata un'equazione tra i due istituti, sol che si consideri che anche altri istituti - quali l'arresto di polizia e le misure di sicurezza detentive - attuano una restrizione della libertà personale, senza che possa, per ciò solo, dirsi che essi siano delle pene. [...] Se, in altri termini, il legislatore organizza il sistema penale in un certo modo, piuttosto che in altro, ciò egli fa, solamente perché al sistema che lui ha fissato ricollega gli effetti afflittivi e rieducativi della pena: talché il variare, l'alterare quel sistema, varrebbe quanto frustrare i risultati sperati dalla pena. Ciò esclude che la pena possa avere degli *analogoi*: che possa considerarsi pena qualsiasi restrizione, diversa da quella legislativamente disciplinata; e che possa, quindi, considerarsi *pars poenae* la carcerazione preventiva, che non ha la struttura, né della reclusione, né dell'arresto, e che adempie a finalità diverse, da quelle che lo Stato si ripromette dalla pena».

neutralizzazione<sup>33</sup>. Negare la detrazione del presofferto per tali supposte esigenze, inoltre, sembrerebbe violare il principio costituzionale di uguaglianza e di proporzione (art. 3 Cost.), perché avallerebbe una disparità di sofferenza derivante da reato, magari a parità di disvalore dei fatti, in ragione della occasionalità della carcerazione preventiva, che in taluni casi potrebbe essere stata applicata e in altri no<sup>34</sup>. La prevenzione generale potrebbe essere compromessa se nello scomputo del presofferto fosse calcolata anche la custodia cautelare subita, per altro fatto, prima della commissione del reato per il quale deve essere determinata la pena da eseguire, ma ciò, proprio per garantire la capacità dissuasiva della pena minacciata, come abbiamo già visto, è impedito dall'art. 657 c.p.p. che sotto questo profilo risulta coerente con le esigenze di prevenzione generale. Non sembrano emergere, dunque, possibili ragioni di legittima prevenzione generale - anche qualora a questa si voglia attribuire un ruolo determinate nelle scelte di politica criminale - tali da giustificare un sistema che non detragga il presofferto dalla pena da eseguire. Sembra sufficiente a rispettare legittime ragioni di prevenzione generali, infatti, quel già richiamato impedimento normativo allo scomputo del presofferto nel caso in cui la custodia cautelare sia stata subita per un fatto diverso realizzato prima del reato per il quale deve essere determinata la pena da eseguire. Situazione, questa, che, come abbiamo già visto, non rientra neppure nel paradigma della pena naturale, proprio per la carenza del nesso di derivazione tra il fatto e il "male". Proprio la giurisprudenza costituzionale sviluppatasi intorno all'impedimento di cui all'art. 657, co. 4, c.p.p. (prima art. 271, co. 4, c.p.p. 1930) fornisce spunti

---

<sup>33</sup> Una pena sproporzionata per eccesso in ragione di esigenze di prevenzione generale, com'è noto, preclude la invece necessaria individualizzazione della stessa pena teleologicamente orientata alla rieducazione; in tema, FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in *Diritto penale e giustizia costituzionale*, a cura di Vassalli, Napoli, 2006, 137; ID., *Pena "patteggiata" e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *For. it.*, 1990, 2385 ss.

<sup>34</sup> Già da tempo la Corte cost., 2 aprile 1980, n. 50, in *Foro it.*, 1980, c. 1257-1262, ha affermato che «l'uguaglianza di fronte alla pena viene a significare, in definitiva, "proporzione" della pena rispetto alle "personali" responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguano, svolgendo una funzione che è essenzialmente di giustizia e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statale». Sul principio di proporzione come limite alla potestà punitiva dello Stato si veda la successiva nota n. 40.

in merito, invece, alle esigenze di prevenzione speciale in relazione al presofferto. La Consulta, infatti, oltre a indicarci che, per una ragione logica, la pena deve «seguire, e non già precedere, il fatto criminoso cui accede e che mira a sanzionare», aggiunge che ciò è «la condizione indispensabile affinché la pena possa esplicare le funzioni sue proprie, e particolarmente quelle di prevenzione speciale e rieducativa»<sup>35</sup>; infatti «le finalità “rieducative” di cui al terzo comma dell’art. 27 Cost. [...] possono aver senso anche se riferite ad “altro” reato, ma [...] certamente non possono mai riguardare un reato “da commettere”»<sup>36</sup>. Da questa elaborazione giurisprudenziale, dunque, si ricava anche che il presofferto, da detrarre poi dalla quantità di pena da eseguire in concreto, dovrebbe avere una finalità di prevenzione speciale, *sub specie* di rieducazione o integrazione sociale che dir si voglia. L’affermazione sembra basata sulla considerazione che se il presofferto è fungibile con la pena, il primo deve tendere alle stesse finalità, indicate dalla Costituzione, altrimenti verrebbe meno tale fungibilità.

Orbene, tale affermazione, che nella sua stretta logica non sembrerebbe molto contestabile, si scontra, però, con quella realtà, anche normativa, in cui alla custodia cautelare non viene impressa alcuna finalità rieducativa<sup>37</sup>, rafforzata dalle ragioni che legittimano la carcerazione preventiva: le c.d. esigenze cautelari che nulla c’entrano con la rieducazione e che sono legate ad esigenze processuali di “neutralizzazione” dell’incolpato; realtà corroborata ancora dalla presunzione d’innocenza dello stesso indagato/imputato *ex art. 27 Cost.*, che appalesa l’incongruenza dell’ipotizzare la rieducazione di una persona che ancora si presume non colpevole<sup>38</sup>. Dunque, la fungibilità, per esempio, tra

<sup>35</sup> Corte cost., 7 luglio 2014, n. 3188, cit.

<sup>36</sup> Corte cost., 14 aprile 1988, n. 442, cit.

<sup>37</sup> Sotto il profilo normativo si può ricordare, ad esempio, che l’art. 1 della Legge 26 luglio 1975, n. 354, sull’ordinamento penitenziario, al co. 7 sancisce che «il trattamento degli imputati deve essere rigorosamente informato al principio per cui essi non sono considerati colpevoli sino alla condanna definitiva». Il riferimento agli “imputati” consente di affermare che «ad essi non si può applicare alcun trattamento rieducativo», cfr. DIDI, *Manuale di diritto penitenziario*, Pisa, 2022, 191.

<sup>38</sup> ILLUMINATI, *La presunzione d’innocenza dell’imputato*, Bologna, 1979, 43, evidenziava proprio l’inammissibilità, alla luce della presunzione d’innocenza, di un trattamento rieducativo. Ancora, GREVI, *Libertà personale dell’imputato e Costituzione*, Milano, 1976, 49: «non sembra possano esservi dubbi nel concludere che lo stesso art. 27 comma 2 Cost. conduca decisamente al ripudio di una concezione della

misura cautelare in carcere e pena detentiva, se sembra favorita sotto il profilo delle concrete modalità esecutive e della medesima afflittività, è però ostacolata, sotto un profilo teorico, dalle diverse funzioni o finalità rispettivamente perseguite, enfatizzate proprio dal principio di presunzione d'innocenza, valido nella fase cautelare, superato invece in sede di esecuzione di pena<sup>39</sup>. Almeno sotto questo profilo teorico, dunque, sembra difficile contestare l'infungibilità tra pena e cautela processuale: hanno una medesima afflittività, ma finalità differenti, il cui confine è segnato dal profondo solco costituzionale della presunzione d'innocenza sino alla condanna irrevocabile<sup>40</sup>.

Stando così le cose, si potrebbe pure ipotizzare che, non potendo attribuire funzione rieducatrice alla carcerazione preventiva, questa non dovrebbe essere detratta dalla pena da eseguire, come invece sancisce il combinato degli artt. 137 c.p. e 657 c.p.p., perché in qualche modo attraverso questa fungibilità si sconfesserebbe o il principio di presunzione d'innocenza (art. 27, co. 2, Cost.), qualora la custodia cautelare fosse destinata alla rieducazione, oppure la finalità rieducativa (art. 27, co. 3, Cost.) se la pena o una sua parte, attraverso la detrazione del presofferto, non fosse funzionalizzata alla rieducazione. Se così fosse, significherebbe che dopo l'eventuale carcerazione preventiva il reo dovrebbe espiare per intero la pena oggetto della condanna irrevocabile. Il ragionamento ora svolto non può che rimanere sul piano teorico, senza considerare neppure che nella prassi è disattesa la stessa funzione di reintegrazione sociale attribuita alla pena dalla Costituzione; il ragionamento deve cioè rimanere sul piano della

---

custodia preventiva in funzione di prevenzione speciale, cioè come *mesure de sûreté* fondata su un giudizio di pericolosità che postuli la colpevolezza dell'imputato».

<sup>39</sup> PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, 119 ss.; AMODIO, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 864.

<sup>40</sup> MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 aprile 2012, 7 ss., ha messo, del resto, ben in luce come la custodia cautelare nei fatti venga usata in funzione di prevenzione speciale, sebbene la distinzione fra pena e cautela processuale sia ben radicata nella Costituzione. Differenza, dunque, superata di fatto perché all'istituto custodiale viene «attribuito il compito, improprio, di esprimere la reazione esemplare della collettività di fronte al reato e di garantire la tempestiva adozione di una adeguata misura di difesa sociale. La profilassi del delitto, ancorata alla presunta pericolosità dell'imputato, non è più solo la considerazione distorta della finalità cautelare da sempre radicata nell'opinione pubblica, ma è divenuta, nel tempo, anche una delle linee guida delle politiche legislative securitarie». In merito, anche SPANGHER, *La "neutralizzazione" della pericolosità sociale. Prime riflessioni*, in *Giust. pen.*, 2010, c. 407-410.



logica del sistema onde testarne la sua coerenza.

Dall'ipotesi argomentativa che abbiamo ora proposto, dunque, discenderebbe che il sistema non sarebbe coerente con sé stesso - violerebbe addirittura delle norme costituzionali - nel momento in cui detrae il presofferto dalla pena da eseguire concretamente, equiparando cautela e pena. Tale ragionamento, però, prova troppo e arriva a una conclusione non condivisibile nel momento in cui non si confronta col principio di proporzione inteso come limite alla potestà punitiva dello Stato e non come fondamento stesso della pena secondo una visione meramente retributiva della stessa<sup>41</sup>. Non detrarre il presofferto, invero, a nostro giudizio violerebbe questo principio, la ragionevolezza (art. 3 Cost.) e, a ben vedere, la stessa finalità rieducativa della pena (art. 27, co. 3, Cost.). Una pena con un'afflittività sproporzionata, com'è noto, sarebbe avvertita dal reo come ingiusta e tale percezione d'iniquità e sopraffazione è la condizione opposta a quella che predispone ad accogliere un progetto rieducativo. La rieducazione, in sostanza, ha speranza di realizzazione solo se il reo percepisce la pena come corretta e non vessatoria<sup>42</sup>. Ma le stesse esigenze di prevenzione

---

<sup>41</sup> Sulla funzione del principio di proporzione come limite garantistico al potere punitivo dello Stato, ricavabile dai parametri della "ragionevolezza" (art. 3 Cost.) e della finalità rieducativa della pena (art. 27, co. 3, Cost.), in dottrina, tra gli altri, cfr. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, 88 ss. e in part. 92; PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 443 ss.; ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 165-166. Sia permesso il rinvio anche a CATERINI, *La proporzione nella dosimetria della pena da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in *Giust. pen.*, 2012, c. 91 ss. A livello monografico, più recentemente sul principio di proporzione si vedano VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021; RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020; RUGGIERO, *La proporzionalità nel diritto penale. Natura e attuazione*, Napoli, 2018. Il criterio della proporzione come limite della stessa legittimità della pena irrogata in concreto oggi è sancito anche a livello europeo, in negativo, dall'art. 49, co. 3, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: «Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato»; v. *infra*, par. 9.

<sup>42</sup> Sull'illegittimità e inefficacia di scelte fondate sulla sola prevenzione generale negativa, si vedano MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit. 97 ss.; DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, 115 ss. Sulla necessità, nella prospettiva rieducativa, della percezione della pena come "giusta", si vedano LÜDERSEN, *Abschaffen des Strafens?*, Frankfurt am Main, 1995, 99 ss.; PAGLIARO, *Prevenzione generale e prevenzione specifica (o speciale)*, in *Enc. dir.*, Annali I, Milano, 2007, 895; TUMMINELLO, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena tra legalità ed equità*, Milano, 2010, 30 ss.; COCCO, *Appunti per una giustificazione liberale della pena*, in *www.sistemapenale.it*, 8 maggio 2020, 4; VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Torino, 2020, 83 ss.; nella manualistica, PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, Torino, 2021, 28 ss.

generale positiva, come orientamento culturale, necessitano della percezione della pena come “giusta”, inconciliabile con una reazione sanzionatoria sproporzionata, sia pur per la somma dell’afflizione derivante dalla misura cautelare a quella propria della pena detentiva<sup>43</sup>.

Pena detentiva e misura cautelare in carcere sono accomunate da un’afflittività del tutto analoga e, a nostro avviso, per questo sol fatto devono essere considerate fungibili ai fini della detrazione del presofferto, ciò a prescindere dalle pur notevolmente differenti finalità che l’una persegue [o, almeno, dovrebbe perseguire] rispetto all’altra. Non possono essere queste differenti funzioni a impedirne la fungibilità, perché altrimenti la stessa finalità rieducativa acquisterebbe un ruolo d’inasprimento del trattamento complessivo del reo così contravvenendo alla *ratio* per cui è nato il principio costituzionale di cui all’art. 27, co. 3, Cost. Ogni pena e ogni misura cautelare che comportano una limitazione della libertà personale hanno un loro momento afflittivo, ineliminabile, a prescindere dalle possibili ulteriori funzioni assegnabili. Non può non darsi valore, giuridico, proprio a questa “sofferenza”, che accomuna pena e cautela e, a ben vedere, anche quel modello di pena naturale che abbiamo tentato di tracciare. Se queste considerazioni sono fondate, siamo arrivati alla conclusione che la detrazione del presofferto è un criterio insopprimibile, ciò se vogliamo rispettare la nostra Costituzione, con l’implicita ulteriore conseguenza che la particolare forma di pena naturale costituita dalla carcerazione preventiva deve costituzionalmente trovare un riconoscimento in termini di riduzione o esclusione della pena forense.

##### 5. *L’equipollenza tra il presofferto e le altre ipotesi classiche di pena naturale.*

Posto che la misura cautelare in carcere - in caso di successiva condanna irrevocabile - sia da considerare una forma di pena naturale e posto, ancora, che la sua detrazione dalla pena forense sia un criterio costituzionalmente dovuto,

---

<sup>43</sup> Sulla necessità che la pena sia avvertita come “giusta” anche al fine di orientare i consociati verso la condivisione dei valori, PAGLIARO, *Le indagini empiriche sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 448 ss., spec. 451-452; ID., *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, ivi, 1981, 25; ID., *Verifica empirica dell’effetto di prevenzione generale*, ivi, 1986, 353 ss.; MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982, 81 ss.

ciò potrebbe far dedurre che la pena naturale, come categoria generale non riferita al solo presofferto, sia una condizione di fatto, un “male” al quale un sistema penale costituzionalmente orientato non potrebbe evitare di conferire un valore giuridico in termini di riduzione o addirittura di esclusione della pena. Tale ipotesi, del resto, per non risultare superficiale, deve essere verificata alla luce delle possibili differenze che potrebbero caratterizzare il presofferto dalle altre e più classiche situazioni di fatto riconducibili al paradigma della pena naturale.

Riteniamo che le ragioni che hanno spinto e agevolato il legislatore a prevedere la detrazione del presofferto e, quindi, a trasformare *ex post* in forense quella che per noi è una forma di pena naturale, siano riconducibili soprattutto a due considerazioni. La prima è quella della semplicità e immediatezza, quasi ovvietà, dell’equivalenza o del ragguaglio tra la carcerazione preventiva e quella in esecuzione di pena: si tratta della stessa tipologia di “male”, si tratta della stessa “unità di misura” o della stessa “moneta”, cioè la libertà personale. La “conversione” è paragonabile pressoché a un calcolo algebrico, ad una sottrazione, che lascia pochi margini di discrezionalità.

La seconda ragione che potrebbe aver favorito il legislatore nel riconoscere valore giuridico alla, per noi, particolare forma di pena naturale del presofferto, potrebbe essere quella secondo la quale, nel caso, appunto, di presofferto, è lo stesso Stato che, attraverso la carcerazione preventiva, ha provocato la sofferenza, ed è lo stesso Stato che “risarcisce”, “compensa” il reo anche per il conculcamento della presunzione di innocenza in quella fase in cui, per esigenze cautelari, la sua colpevolezza non era stata ancora accertata definitivamente.

Questa seconda ragione, del resto, potrebbe enfatizzare l’eterogeneità tra il presofferto e le classiche ipotesi di pena naturale, militando nel senso opposto a quello che invece si sta pian piano qui delineando. A ben vedere, invece, si tratta pur sempre di quel carattere, mediato, che in taluni casi possiede il “male” derivante dal fatto di reato, di cui ci siamo già occupati arrivando alla conclusione secondo cui l’interposizione, tra reato e “male”, di un terzo o dello stesso Stato, non è di per sé sufficiente a infrangere lo schema della pena naturale

quando l'afflizione non ha lo scopo di punire<sup>44</sup>. Se la mediazione statale, di per se considerata, fosse sufficiente a scardinare la natura “informale” della pena, coerentemente dovremmo arrivare alla conclusione che la stessa misura cautelare in carcere, proprio perché mediata dallo Stato, sarebbe una pena forense, cioè ancor prima della sentenza irrevocabile di condanna, mentre, come abbiamo già ampiamente visto, questa non può essere tale perché, da un lato, violerebbe il principio di presunzione d’innocenza e, dall’altro, la sua finalità è cautelare e non punitiva.

Sempre per corroborare l’idea secondo cui non può essere la mediazione statale a spiegare il diverso trattamento giuridico del presofferto rispetto alle altre ipotesi tradizionali di pena naturale, bisogna considerare che l’interposizione dello Stato che applica la misura cautelare avviene sì, cronologicamente, prima del “male” e dopo il fatto ipotizzato come reato, ma non è questa la causa dello stesso “male”. Quando, in precedenza, abbiamo delineato il paradigma della pena naturale, come secondo elemento dello stesso abbiamo indicato la condizione che il “male” sia causato dal fatto ipotizzato come reato. Nel caso della carcerazione preventiva, se la stessa costituisce il “male”, la sua causa è da rintracciare, però, non nel provvedimento giurisdizionale che la applica, ma nel fatto riconducibile ad una fattispecie penale e agli altri presupposti legislativamente previsti per la cautela. L’ordinanza applicativa della misura – dunque il momento in cui lo Stato si interpone tra fatto e “male” – ha una valenza, volendo utilizzare una terminologia civilistica, dichiarativa o accertativa e non costitutiva del “male” stesso<sup>45</sup>. In buona sostanza, il fatto generativo del “male”,

---

<sup>44</sup> Si rinvia al par. 2.

<sup>45</sup> Siamo consapevoli che l’attività giurisdizionale, mediante l’interpretazione delle norme, non può ridursi a una meccanicistica applicazione della legge, e ciò potrebbe risultare in contraddizione con la natura, da noi definita meramente dichiarativa, del provvedimento che applica la misura cautelare in carcere. Assodato che l’interpretazione non è mero sillogismo e che per alcuni versi può “creare” diritto, nell’economia del nostro discorso, del resto, senza bisogno di scomodare più complessi ragionamenti sul retaggio ideologico del mito del giudice *bouche de la loi* e sulla fittizietà del meccanismo puramente sillogistico, è sufficiente ribadire che la “causa” del “male” da carcerazione preventiva è comunque riconducibile alla condotta tenuta dall’indagato/incolpato, salvo a ipotizzare che il giudice abbia inventato di sana pianta i presupposti normativi a fondamento della misura cautelare. Ciò dovrebbe essere sufficiente per confermare che la prima e reale “causa” della sofferenza da misura cautelare risiede nella condotta dell’incolpato e non nel provvedimento del giudice. Sull’attività decisoria non come puro sillogismo e sulla natura analogica di qualsiasi operazione interpretativa, si vedano, tra gli altri, HASSEMER, *Tatbestand und Typus*.

sebbene selezionato attraverso le previsioni legislative, è la condotta realizzata dall'indagato/imputato e non l'ordinanza che si limita ad accertare e dichiarare che sussistono i presupposti di legge per l'applicazione della misura cautelare<sup>46</sup>. L'interposizione dello Stato nella produzione del "male" da carcerazione preventiva, dunque, assumendo un ruolo dichiarativo e non generativo dello stesso "male", al momento non sembra circostanza da sola sufficiente a giustificare un differente trattamento giuridico tra il presofferto (come particolare ipotesi di pena informale) e gli altri più tradizionali casi di pena naturale. Sia nel presofferto per carcerazione preventiva, sia negli altri casi di pena naturale, invero, la causa generativa del "male" risiede nel fatto riconducibile ad una fattispecie penale. Lo Stato è vero che, nel caso della misura cautelare, si interpone

---

*Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln, 1968, ed. it. *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, a cura di Carlizzi, Napoli, 2007, passim, spec. 152 ss.; ID., *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Ars interpretandi*, 1997, 190 ss.; KAUFMANN, *Il ruolo dell'abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2001, 321; ID., *Analogie und Natur der Sache. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von Typus*, Heidelberg, 1982, ed. it. *Analogia e "natura della cosa". Un contributo alla dottrina del tipo*, a cura di G. Carlizzi, Napoli, 2004, 31-32. Nella dottrina italiana RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini-Paliero, Milano, 2006, vol. I, passim, spec. 708.

<sup>46</sup> Si potrebbe obiettare che la sofferenza da carcerazione preventiva, a differenza delle tradizionali forme di pena naturale, in realtà non sarebbe una vera pena naturale perché, "a monte", la selezione dei casi in cui può essere applicata la misura cautelare è pur sempre "artificialmente" creata dal legislatore, sia nei presupposti di diritto penale sostanziale che della relativa procedura. In sostanza, seguendo questo ragionamento, lo Stato, prima di interporre tra fatto e "male" attraverso le sue autorità giurisdizionali che applicano la misura cautelare, mediante il legislatore crea le condizioni normative per la stessa misura e, così facendo, sarebbe sempre lo Stato in qualche modo a essere "causa" della sofferenza da carcerazione preventiva. Se così fosse, verrebbe meno il paradigma della pena naturale perché la sofferenza sarebbe "artificialmente" creata dall'autorità legislativa che, proprio per questo, prevederebbe di compensare il presofferto mediante la detrazione dalla pena irrevocabile da espiare. Verrebbe meno, dunque, lo schema della pena naturale/informale giacché il "male" non sarebbe causato dalla condotta dell'indagato/imputato, ma dallo stesso legislatore. Il ragionamento, però, non sembra cogliere nel segno in quanto attribuisce al legislatore una responsabilità causale primordiale risalente ad una condizione puramente astratta e ipotetica, una sorta di *regressus in infinitum* aristotelico, mentre la causa immediata della sofferenza da carcerazione preventiva non può che essere la condotta umana dell'indagato/imputato. La previsione legislativa è una sorta di precondizione, non una vera e propria causa (efficiente) della sofferenza da carcerazione preventiva. Si potrebbe riprendere la distinzione, risalente nel tempo e in altro contesto teorico, tra le vere e proprie cause, cioè gli antecedenti necessari che attivano la "forza" causale che conduce all'evento, e le condizioni che hanno sì posto una *condicio sine qua non*, senza partecipare però alla generazione dell'evento; si vedano STOPPATO, *L'evento punibile*, Padova, 1898, 60 ss.; BATTAGLINI, *L'interruzione del nesso causale*, Milano, 1954, 27 ss.; in senso critico AZZALI, *Contributo alla teoria della causalità nel diritto penale*, Milano, 1954, 21 ss.

cronologicamente tra fatto e “male”, ma è un’interposizione che ha valenza dichiarativa e non causativa del “male” e ciò non pare bastare, almeno a questo punto del ragionamento, a legittimare un conculcamento normativo delle altre ipotesi di pena naturale, essendo omogeneizzate dall’identità di *ratio* e dalla medesima struttura logica propria del ricostruito archetipo di pena naturale. Nonostante la locuzione “pena forense” potrebbe indurre a pensare, enfatizzando solo l’aggettivo “forense”, che tutto sommato la carcerazione preventiva dovrebbe classificarsi più in questa categoria e non in quella della pena naturale/informale, tale idea non ci sembra condivisibile perché oblitererebbe il sostantivo “pena”. Per come già abbiamo cercato di argomentare, infatti, l’effettivo elemento che delinea il confine tra la pena naturale/informale e quella forense/formale è lo scopo di punizione impresso all’afflizione, scopo assente nella prima, ma presente nella seconda.

Del resto, la considerazione che lo Stato in qualche modo contribuisce alla produzione del “male” – sebbene in termini non strettamente causativi – rende più lampante la necessità di conferire un valore giuridico al medesimo “male” (la carcerazione preventiva) in sede di determinazione della pena da eseguire in concreto (art. 137 c.p. e 657 c.p.p.). È come se lo Stato si sentisse “responsabile” del “male” da presofferto e per questo lo compensa in sede di determinazione concreta dalla pena da espiare. Ma questo “senso di responsabilità” dello Stato nel caso di carcerazione preventiva, a nostro parere, di per sé potrebbe non legittimare un completo oblio normativo degli altri casi di pena naturale.

Questa più evidente “doverosità” della detrazione del presofferto, unita alla semplicità e quasi automaticità della sottesa operazione logica (per la medesimezza della sofferenza da compensare), se, per un verso, possono spiegare perché il legislatore, senza alcuna difficoltà, ha riconosciuto valore giuridico a questa particolare forma di pena naturale, dall’altro non è detto però che giustifichino la carenza nel nostro sistema di meccanismi in grado di tenere conto, in termini di riduzione o di esclusione della sanzione, di altre forme di pena naturale in cui la “doverosità” della detrazione potrebbe essere meno evidente e il ragguglio più complicato perché i “mali” da raffrontare sono di gamma

dissimile. In sostanza, a nostro avviso, la maggiore difficoltà di “conversione” tra sofferenze eterogenee e la più occulta o distante “responsabilità” dello Stato verso quel reo che ha subito un “male” come conseguenza del reato sebbene senza mediazione dello stesso Stato, non esimono dall’ammettere che anche queste altre forme di pena naturale possano o debbano assurgere a un valore giuridico quando la “somma” delle sofferenze, sebbene eterogenee, sia in palese contrasto con il richiamato principio di proporzione. Basta porre attenzione a quello che scriveva già Beccaria: «Perché una pena ottenga il suo effetto basta che il male della pena ecceda il bene che nasce dal delitto»<sup>47</sup>, ma se dal delitto non nasce un “bene”, bensì un “male”, ciò non può non incidere sull’*anz* o perlomeno sul *quantum* della pena, altrimenti quest’ultima si trasforma, come scriveva sempre Beccaria, in tirannia.

Non neghiamo ovviamente che esistano difficoltà di “commutazione” tra sofferenze eterogenee, ma non sono insuperabili. Si tratta di compiere un maggiore sforzo logico e argomentativo, ma alla fine lo schema sembra sovrapponibile a quello della carcerazione preventiva.

6. *Prove di commisurazione dell’incommensurabile.* Il ragionamento che abbiamo sinora svolto ci ha portato a rimarcare che, ponendo a confronto il presofferto da carcerazione preventiva con le altre possibili forme di pena naturale, la differenza che emerge in maniera eclatante starebbe soprattutto nella difficoltà dell’eventuale commutazione, in pena forense, del “male” insito in quella naturale, considerata l’eterogeneità delle due tipologie di sofferenza: la limitazione della libertà personale (nel caso di pena forense) e l’afflizione di natura fisica, economica o morale (nel caso delle classiche ipotesi di pena naturale). Queste difficoltà di conversione sono invece assenti nel caso di presofferto da carcerazione preventiva, proprio perché i due patimenti sono tendenzialmente identici.

Posto ciò, bisogna capire se tali difficoltà di conversione sono insuperabili al punto da impedire la stessa praticabilità di ipotetici meccanismi normativi utili a valorizzare la pena naturale, diversa dal presofferto, in termini di riduzione o

---

<sup>47</sup> BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XXVII, 115.

addirittura di esclusione della pena forense. In realtà, sembra sin troppo agevole la constatazione che è molto complicato ragguagliare, ad esempio, una sofferenza fisica o morale a quella della limitazione della libertà personale (pena forense). Come facciamo a stabilire, per esempio, a quanti mesi o anni di patimento per limitazione della libertà personale equivale la sofferenza per la perdita di un figlio o per la perdita di un proprio arto? La natura ardua di questa operazione, però, non deve scoraggiarci, anche perché il diritto penale è, di per sé, basato sulla commisurazione dell'incommensurabile. Se rinunciassimo, per questo sol fatto, alla prospettiva di conferire valore giuridico alla pena naturale, avremmo conferma del detto secondo cui "il meglio è nemico del bene", essendo forse possibile, invece, immaginare *de lege ferenda* una disciplina che, mediante approssimazioni ragionevoli, attribuisca un valore giuridico alle altre ipotesi di pena naturale.

Se tali difficoltà di commutazione fossero la ragione assorbente dell'irrelevanza giuridica della pena naturale, del resto, coerentemente dovremmo arrivare alla conclusione che le stesse difficoltà dovrebbero impedire il funzionamento di tutto il sistema penale<sup>48</sup>. Come si può dire, infatti, a mo' d'esempio, che una lesione personale equivale alla sofferenza della reclusione da sei mesi a tre anni (art. 582 c.p.) o fino a tre mesi (art. 590 c.p.) a seconda se è stata provocata con dolo ovvero con colpa? Ben sappiamo, infatti, che – tenendo in considerazione sia il disvalore d'evento che quello d'azione, nella sua componente oggettiva e soggettiva – la commisurazione edittale fatta dal legislatore è di natura convenzionale ispirata a scelte di politica criminale che dovrebbero essere non arbitrarie, ma improntate a parametri ragionevoli. L'eterogeneità tra reato e pena e le relative difficoltà di ragguagliarne e omogeneizzarne i contenuti, impediscono di rinvenire un criterio puramente oggettivo e inalterabile di

---

<sup>48</sup> Sull'inesistenza di una pena "giusta" in assoluto, tra l'altro, per la difficoltà della fissazione di una pena proporzionata al disvalore del fatto, modernamente si vedano DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 55 ss.; EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1178; ID., *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini-Paliero, Milano, 2006, 1113; PULITANO, *Diritto penale*, Torino, 2009, 536; ID., *La sospensione condizionale della pena: problemi e prospettive*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, 119.



quantificazione astratta della sanzione penale<sup>49</sup>. In sostanza, l'indicazione astratta della pena è legata pur sempre a una valutazione politica del legislatore<sup>50</sup>, dunque censurabile innanzi alla Corte costituzionale sotto profili limitati<sup>51</sup>.

Se, in genere, il diritto penale commisura l'incommensurabile, non possono essere le difficoltà di ragguaglio tra sofferenze eterogenee a ostacolare possibili

---

<sup>49</sup> Il tema, anticipato già da BENTHAM, *Traité de législation civile et pénal* (1802), Bruxelles, 1840, Tomo I, Capitolo II, 157, p. 24, e da CARRARA, *Programma del corso di diritto penale*, ristampa, Bologna, 2004, §§ 695 e 696, 469 ss., fu affrontato in maniera più puntuale da BOVIO, *Saggio critico del diritto penale* (1872), Milano, 1912, Parte I, § IV, 22; in tempi più recenti v. KRÜPELMANN, *Die Bagatelldelikte. Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*, Berlin, 1966, 33; HART, *Responsabilità e pena. Saggi di filosofia del diritto*, introduzione e traduzione italiana di JORI, Milano, 1981, 188 ss. Sull'argomento v. pure FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2004, 395 ss.; nonché EUSEBI, *La "nuova" retribuzione*, Sez. I, *Pena retributiva e teorie preventive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 926; ID., *Un'asimmetria necessaria tra il delitto e la pena*, ivi, 2014, 1024. Sul principio di proporzione nella dottrina penalistica a cavallo tra '800 e '900, si veda SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teoria e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla Repubblica*, a cura di Schiavone, Bari, 1990, 167 ss.

<sup>50</sup> Sempre attingendo dalla storia del diritto penale, si può ricordare che già FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Napoli, 1789, Tomo IV, 182-183, scriveva: «È vero che questa proporzione non potrà in molti casi aver un'esattezza geometrica; ma ne avrà sempre una tale, da poter ottenere il morale ed il politico effetto che si desidera, vale a dire, di non punire ugualmente due rei che, violando l'istesso patto, hanno mostrata una notevole disuguaglianza di malvagità nel violarlo, e di non lasciare nell'arbitrio del giudice il destinare la quantità e la natura della pena».

<sup>51</sup> La possibilità di censurare una pena perché sproporzionata è stata, in genere e per molto tempo, legata a una valutazione comparativa con un'altra fattispecie omogenea, quanto a struttura e bene protetto, ma punita meno severamente. Sullo schema triadico e di natura necessariamente relazionale del sindacato di legittimità sul *quantum* astratto delle pene, si rinvia a DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1162 ss., spec. 1193; MANES, *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Libro dell'anno del diritto 2013*, Roma, 2013, 104 ss.; G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Torino, 2012, vol. I, 394 ss.; PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 350 ss., spec. 374-375. Più recentemente, però, il Giudice delle leggi ha schiuso un nuovo approccio in tema di valutazione della proporzionalità della pena astratta: Corte cost., n. 236 del 10 novembre 2016, in *Giur. cost.*, 2016, 2092 ss.; Corte cost., 5 dicembre 2018, n. 222, in *Giur. cost.*, 2018, 2548 ss. La Corte, in queste ultime pronunce, ha temperato il dogma delle c.d. "rime obbligate" e si è emancipata dal tradizionale schema triadico del giudizio di ragionevolezza, così ammettendo la possibilità di censurare la pena prevista per un reato anche perché troppo severa in termini assoluti - a prescindere dal *tertium comparationis* - in quanto capace di compromettere i diritti fondamentali del condannato in maniera eccessiva rispetto alle finalità perseguibili mediante la fattispecie penale. In tema si vedano BARTOLI, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.*, 2018, 2566 ss.; ID., *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul quantum di pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 967 ss.; P. INSOLERA, *Oltre le "rime costituzionali obbligate": la Corte ridisegna i limiti del sindacato sulla misura delle pene*, in *Giur. comm.*, 2020, 40 ss.

previsioni normative volte a valorizzare la pena naturale in termini di riduzione o esclusione della pena forense. Potrà essere il legislatore – ispirandosi a parametri di ragionevolezza simili a quelli che usa per “misurare” in astratto la pena per i singoli reati – a calibrare il peso attribuibile alla sofferenza derivante dalla pena naturale in termini di equivalente pena forense.

Il nostro ordinamento, d'altronde, non sembra scevro da utili indicazioni per calcolare approssimativamente l'incalcolabile con precisione. Iniziamo da quella che forse è l'operazione più semplice, perché ci sono specifiche disposizioni normative in merito, ossia quella relativa all'equivalenza tra una somma di danaro e un certo periodo di detenzione. È noto, infatti, che l'art. 135 c.p., rubricato «ragguaglio fra pene pecuniarie e pene detentive», sancisce che «quando, per qualsiasi effetto giuridico, si deve eseguire un ragguaglio fra pene pecuniarie e pene detentive, il computo ha luogo calcolando euro 250, o frazione di euro 250, di pena pecuniaria per un giorno di pena detentiva»<sup>52</sup>. È vero che si tratta di un criterio che mette in relazione pena detentiva e pecuniaria, non è quindi riferibile precipuamente alla relazione tra la detenzione e un danno di tipo economico, ma ciononostante la norma dimostra che, se vuole, il legislatore sa come commisurare l'incommensurabile, mediante approssimazioni convenzionali<sup>53</sup>. In ogni caso, già questa norma potrebbe essere posta a base di una commutazione tra un danno di tipo patrimoniale, stimato in termini

<sup>52</sup> Si veda anche l'art. 58 del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 (Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace), secondo cui «un giorno di pena detentiva equivale a lire settantacinquemila di pena pecuniaria irrogata in luogo della pena detentiva a norma dell'articolo 52». Nonché, come altro criterio di ragguaglio in merito alle pene pecuniarie sostitutive, l'art. 56-*quater* della Legge 24 novembre 1981, n. 689, che recita: «Per determinare l'ammontare della pena pecuniaria sostitutiva il giudice individua il valore giornaliero al quale può essere assoggettato l'imputato e lo moltiplica per i giorni di pena detentiva. Il valore giornaliero non può essere inferiore a 5 euro e superiore a 2.500 euro e corrisponde alla quota di reddito giornaliero che può essere impiegata per il pagamento della pena pecuniaria, tenendo conto delle complessive condizioni economiche, patrimoniali e di vita dell'imputato e del suo nucleo familiare».

<sup>53</sup> Si pensi, ancora, all'art. 35 *ter*, co. 2, Ordinamento penitenziario, che, in caso di detenzione illegittima perché in violazione dell'art. 3 Cedu, allorché non vi sia un periodo di detenzione ancora da scontare, oppure nel caso in cui il periodo di pena ancora da espiare è tale da non consentire la detrazione dell'intera misura percentuale prevista dal co. 1 (un giorno per ogni dieci di pena da espiare), prevede che il magistrato di sorveglianza debba liquidare al richiedente, in relazione al residuo periodo e a titolo di risarcimento del danno, una somma di denaro pari a otto euro per ciascuna giornata nella quale questi ha subito il pregiudizio. In tali casi, il legislatore ha [sotto]stimato convenzionalmente una somma di danaro per il *surplus* di sofferenza rispetto a quella ineliminabile perché connaturata allo stato di detenzione.

monetari, e l'equipollente misura di pena detentiva da detrarre, eventualmente, dalla pena forense<sup>54</sup>.

<sup>54</sup> Ragionamento simile, sebbene riferito ad una pregressa sanzione amministrativa derivante dallo stesso fatto di reato, ha seguito Trib. Milano, 15 novembre 2018, in *Giur. comm.*, 2020, II, 934 ss., con nota di F. MAZZACUVA, *Il ne bis in idem dimezzato: tra valorizzazione delle istanze di proporzione della sanzione e dissolvimento della dimensione processuale*, ivi, 940 ss. Gli imputati erano stati condannati al pagamento di una sanzione amministrativa di 100.000 euro; si trattava di sanzione pecuniaria superiore a quella che il Tribunale avrebbe applicato agli imputati e che si sarebbe attestata nel minimo edittale (40.000 euro). La sanzione amministrativa pecuniaria applicata dalla Consob superava dunque di 60.000 euro la pena pecuniaria che il Tribunale avrebbe irrogato agli imputati, il quale «facendo applicazione – quale criterio parametrico ai fini di una valutazione in termini attuali della reale afflittività della sanzione – della disposizione di cui all'art. 135 c.p.», ha rilevato che la pena di 60.000 euro di multa corrispondeva alla pena detentiva di otto mesi di reclusione. Per queste ragioni, il Tribunale ha ritenuto di condannare gli imputati alla pena detentiva di un anno e quattro mesi di reclusione, «disapplicando – *in mitius* – il minimo edittale di anni due di reclusione, e sottraendo al minimo edittale di anni due di reclusione, la pena di mesi otto di reclusione (corrispondente alla sanzione amministrativa pecuniaria irrogata da Consob eccedente la multa che [il] Tribunale avrebbe irrogato)». Su questa decisione si veda anche il commento di MUCCIARELLI, *“Doppio binario” sanzionatorio degli abusi di mercato e ne bis in idem: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 marzo 2019. Di avviso diverso Corte app. Milano, sez. II, 15 gennaio 2019, n. 284, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 giugno 2019, la quale ha affermato che il meccanismo previsto dall'art. 187 *terdecies* Tuf non potrebbe operare con riferimento al cumulo di sanzioni pecuniarie e detentive, ma unicamente di quelle entrambe pecuniarie. In merito, si veda il commento di PAGELLA, *Riflessi applicativi del principio di proporzione del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato per fatti di market abuse e punibilità dell’“insider di sé stesso”: la Corte d’Appello di Milano sul caso Cremonini*, ivi. La giurisprudenza di legittimità, invece, ha affermato che in caso di sanzione formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale ai sensi della Cedu, irrevocabilmente applicata all'imputato successivamente condannato in sede penale per il medesimo fatto storico, il giudice deve commisurare la pena tenendo conto di quella già irrogata, utilizzando, a tal fine, il criterio di ragguaglio previsto dall'art. 135 c.p., applicando, se del caso, le circostanze attenuanti generiche e valutando le condizioni economiche del reo; cfr. Cass., Sez. III, 20 gennaio 2022, n. 2245, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 3, 1214, con nota di PEZZI, *Brevi appunti sull'applicazione “caso per caso” e non “di sistema” della garanzia convenzionale del ne bis in idem*, ivi, 1215 ss. La Corte ha affermato che, «Quanto alla proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio applicato per il medesimo fatto storico, [...] un utile criterio può essere fornito, in primo luogo, [...] dall'art. 135 c.p., che fornisce l'unità di misura della sanzione (sostanzialmente e formalmente) penale applicabile per il medesimo fatto storico. [...] Naturalmente, il giudice penale non può modificare la sanzione amministrativa irrevocabilmente e separatamente già irrogata, ma può e deve tenerne conto ai fini della applicazione della sanzione penale». A commento di questa decisione si vedano anche COLAIANNI-COLOMBO, *Doppio binario sanzionatorio e proporzionalità della sanzione complessivamente irrogata. La Cassazione detta i criteri per la commisurazione della pena*, in *Giur. pen.*, 2022, 28 gennaio 2022. In termini simili anche Cass., Sez. III, 13 febbraio 2023, n. 5899, in *Dejure*, ove, a proposito di un illecito penale tributario, si invoca l'art. 135 c.p. e si afferma che la «sanzione amministrativa minacciata e concretamente applicata al contribuente ha un'evidente componente dissuasiva (in sede di previsione astratta) e afflittiva (in sede concretamente applicativa), non essendo finalizzata al solo risarcimento/indennizzo del danno cagionato dal contribuente. La sanzione prevista dal d.lgs. n. 471 del 1997 art. 1, co. 1, infatti, va dal centoventi al duecentoquaranta per cento dell'imposta dovuta; quella concretamente applicata è pari ad Euro 467.562,70, di gran lunga superiore al 30% dell'imposta evasa nell'anno

È significativa anche l'ubicazione topografica dell'art. 135 c.p.: capo I, titolo V, libro I, dedicato alla non punibilità e alla modificazione e applicazione della pena. Norma collocata proprio tra quell'art. 137 c.p. che prima abbiamo ripetutamente richiamato in tema di detrazione del presofferto, e l'art. 131-*bis* che oggi prevede la non punibilità per la particolare tenuità del fatto. Quest'ultima norma, infatti, ancorché in base ad una *ratio* profondamente diversa da quella della pena informale e legata soprattutto al principio di offensività<sup>55</sup>, rivela che anche un'eventuale disciplina della pena naturale potrebbe forse rientrare pur sempre nella categoria dogmatica della non punibilità<sup>56</sup>.

---

2012 (Euro 99.353,64) e nell'anno 2013 (Euro 67.129,65). Si tratta di sanzione che, alla luce dei criteri indicati dalla Corte EDU (cd. Engels *criteria*), ha natura sostanzialmente penale ai sensi degli artt. 6 e 7, Convenzione EDU, e 4, Protocollo n. 7 alla Convenzione EDU». A proposito di illeciti tributari dobbiamo segnalare che il d.lgs. 14 giugno 2024, n. 87, ha introdotto nel d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, l'art. 21 *ter*, rubricato «Applicazione ed esecuzione delle sanzioni penali e amministrative», che resterà in vigore sino al 31 dicembre 2025 quando verrà sostituito dall'art. 124 del d.lgs. 14 novembre 2024, n. 175 (Testo unico della giustizia tributaria), di identico contenuto. Tale norma recita: «Quando, per lo stesso fatto è stata applicata, a carico del soggetto, una sanzione penale ovvero una sanzione amministrativa o una sanzione amministrativa dipendente da reato, il giudice o l'autorità amministrativa, al momento della determinazione delle sanzioni di propria competenza e al fine di ridurne la relativa misura, tiene conto di quelle già irrogate con provvedimento o con sentenza assunti in via definitiva». La norma non richiama, quale strumento per attuare la compensazione, il criterio di conversione di cui all'art. 135 c.p. Ciò nonostante, anche alla luce della richiamata giurisprudenza di legittimità, lo stesso criterio di cui all'art. 135 c.p. sembra quello che potrà guidare il giudice nell'attuazione di questa nuova norma che, in linea generale, conferma la necessità, oggi ribadita anche dal legislatore, di evitare pene, nel complesso, sproporzionate. Su tale riforma si veda TRIPODI, *Prime osservazioni sulla riforma fiscale nella prospettiva del ne bis in idem europeo*, in [www.discrimen.it](http://www.discrimen.it), 2 ottobre 2024.

<sup>55</sup> Sia permesso il rinvio a CATERINI, *Effettività e tecniche di tutela nel diritto penale dell'ambiente*, Napoli-Roma, 2017, 119 ss.

<sup>56</sup> Mentre la *ratio* della non punibilità per particolare tenuità del fatto è legata soprattutto all'inopportunità della punizione per la modestia dell'offesa al bene giuridico, per la pena naturale la *ratio* dell'eventuale non punibilità (o della parziale punibilità) dovrebbe essere legata ad un'inopportunità della punizione per un'afflizione, derivante dallo stesso fatto, già subita dall'autore. Due fondamenti logici che, quantunque profondamente diversi, sembrano uniti almeno sotto il profilo del principio di proporzione e della categoria della punibilità. Invero, volgendo lo sguardo ad altri ordinamenti, ad esempio in Argentina (v. *infra* § 7) si trovano riscontri anche a livello normativo delle commessioni esistenti (mediante il criterio dell'opportunità della punizione) tra la categoria della scarsa significanza dell'offesa e quella della pena naturale. Da un lato, l'art. 59 del Codice penale recita che «*La acción penal se extinguirá: [...] 5. Por aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes*»; dall'altro lato, l'art. 31 del codice di procedura penale (rubricato «*criterios de oportunidad*») sancisce che: «*Los representantes del Ministerio Público Fiscal podrán prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho en los casos siguientes: a. Si se tratara de un hecho que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público; [...] c. Si el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que tornara*

Anche il danno o patimento fisico a sé stessi, come possibile pena naturale, può trovare delle norme che ne suggeriscono l'eventuale ragguglio alla sofferenza da detenzione. Se questa commisurazione è pressoché impossibile da determinare in natura, è però convenzionalmente favorita dalle stesse norme incriminatrici del nostro Codice penale che prendono in considerazione danni o sofferenze similari. A titolo esemplificativo, ben sappiamo che esistono le norme in tema di lesioni personali che "misurano" approssimativamente e, ovviamente, convenzionalmente, la sofferenza da "pagare" in termini di pena detentiva per essersi resi responsabili di uno di questi delitti. Si tratta in questo caso, chiaramente, di una "misura" di pena forense determinata dal legislatore tenendo in considerazione [anche] il danno fatto agli altri, ma forse tale "misura" potrebbe essere presa in considerazione, almeno come parametro di massima, pure per il danno provocato a sé stessi, come nella pena naturale. Si potrebbe obiettare che nella fissazione della forbice edittale il legislatore prende in considerazione, com'è necessario che sia, non solo l'offesa (il disvalore d'evento) ma anche le modalità della condotta e il contegno interiore (il disvalore di azione, nella sua componente oggettiva e soggettiva) e ciò renderebbe inutilizzabile la pena edittale prevista per lo stesso fatto (quando il danno è prodotto [solo] a terzi) come adeguato parametro per detrarre, da quella forense, la pena naturale (quando il danno è prodotto [anche] a sé stessi).

---

*innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena». In Argentina, dunque, al momento sembra essere stata trovata una soluzione processuale a livello di opportunità dell'esercizio dell'azione penale rimessa alla valutazione della pubblica accusa, anche se nell'Anteproyecto de reforma del código penal de la nación presentato nel 2006, l'art. 9 (rubricato «Exención o reducción de la pena») recita: «El juez podrá determinar la pena por debajo de los mínimos previstos e inclusive eximir de pena, cuando el peligro o daño causados sea de escasa significación. Del mismo modo se podrá eximir de pena, o reducirla, cuando las consecuencias del hecho hayan afectado gravemente al autor o partícipe». In ogni caso, inoltre, come strumento normativo utile alla riduzione della pena nei casi di pena naturale, in Argentina viene invocato pure l'art. 41 del Codice penale che ai fini della determinazione della pena in concreto sancisce che «el juez deberá tomar conocimiento directo [...] de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso». Su questi temi si vedano HEIM-TOLEDO, *El principio de insignificancia y la pena natural como causales de eximición o reducción del castigo penal*, in AA.VV., *Crisis y futuro de la legislación penal: VII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal*, Buenos Aires, 2008, 405-426; CARBONE, *La pena natural y la insignificancia, regulados en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, in Zeus. *Colección jurisprudencial*, 2015, 128, 573-576; REY, *Pena natural y sistema de justicia. Un análisis jurisprudencial inspirado en el Código Procesal Penal Federal*, Buenos Aires, 2021.*

L'obiezione ha un fondamento nel momento in cui evidenzia la molteplicità dei fattori che determinano la previsione astratta della pena edittale, ciononostante la stessa pena edittale sembra conservare un senso indicativo, ancorché non esaustivo, per ragguagliare, in termini di pena forense, il nocumento fisico a sé stessi, ciò naturalmente nel caso in cui si dovesse riconoscere valore giuridico alla pena naturale. Facciamo l'esempio di Tizio che ha provocato colposamente un incidente stradale con lesioni personali non solo a Caio, conducente di un'altra autovettura, ma anche a sé stesso. Qualora si volesse riconoscere una valenza giuridica alla sofferenza fisica di Tizio, questa potrebbe quantificarsi utilizzando proprio le pene edittali previste per le lesioni colpose (art. 590 c.p.). Così, se Caio ha subito una lesione non grave (reclusione fino a tre mesi) e Tizio una lesione gravissima (reclusione da tre mesi a due anni), si potrebbe ipotizzare addirittura che Tizio non meriti alcuna sanzione penale, ferma restando la sua responsabilità civile per il risarcimento dei danni provocati a Caio.

Queste, ovviamente, sono osservazioni del tutto orientative per cercare di spiegare come, tutto sommato, non sarebbe operazione più complicata di altre quella in cui si potrebbe cimentare il legislatore qualora volesse o dovesse attribuire un "peso" giuridico alla sofferenza subita dalla vittima di sé stessa.

Sembra più difficile il ragguaglio tra la sofferenza morale e quella da pena detentiva, come nel classico caso della madre che provoca per negligenza la morte del figlioletto. A ben vedere, però, pure per questi casi abbiamo dei suggerimenti che provengono dal nostro ordinamento, anche se magari attraverso un percorso più tortuoso.

È noto che il nostro Codice penale all'art. 185, co. 2, obbliga l'autore di ogni reato al risarcimento non solo del danno patrimoniale, ma anche di quello non patrimoniale. Quest'ultimo tradizionalmente coincide col danno morale subiettivo, il c.d. *pretium doloris*, cioè quel patema d'animo o quella sofferenza cagionata alla vittima del reato. Non interessa, in questa sede, ampliare il discorso al c.d. danno biologico, ovvero quel danno provocato alla salute del soggetto intesa come complessiva integrità psico-fisica, ma è sufficiente contenerlo al danno morale da reato. È impossibile richiamare la vasta produzione

dottrinale e giurisprudenziale sulla prova e la quantificazione del danno morale come sofferenza umana, basta però rammentare che pacificamente ciò è previsto e praticato nel nostro ordinamento<sup>57</sup>. Il danno morale da sofferenza, dunque, se provato potrà essere quantificato seguendo i criteri elaborati non solo a livello giurisprudenziale, ma per taluni versi oggi anche sanciti in disposizioni normative<sup>58</sup>. Tornando all'esempio della morte del figlio, il sistema civile è capace di quantificare non solo il danno patrimoniale e quello biologico *iure proprio* dei congiunti, ma anche quello morale, definito oggi più specificamente «danno da sofferenza soggettiva interiore»<sup>59</sup>, sempre *iure proprio*, derivante ai congiunti dalla recisione grave e irreparabile del legame familiare<sup>60</sup>. Tale ultimo tipo di danno va realmente accertato tenendo conto del concreto legame affettivo intercorrente con la vittima<sup>61</sup>.

Questi criteri potrebbero essere usati non solo per quantificare il danno nel caso in cui il responsabile sia un terzo, ma anche quando sia uno dei congiunti,

---

<sup>57</sup> Tra i tanti, si vedano D'APOLLO, *Danno morale e reato*, Torino, 2010; MONATERI, *Il "quantum" del danno morale, e il futuro del danno non patrimoniale a persona*, in *Danno e responsabilità*, 2021, 621-631; *Il "nuovo" danno non patrimoniale*, a cura di Ponzanelli, Padova, 2004; SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale mezzo secolo dopo*, in *Rivista di diritto civile*, 2010, 609-634; ZIVIZ, *La tutela risarcitoria della persona. Danno morale e danno esistenziale*, Milano, 1999.

<sup>58</sup> Artt. 138 e 139 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, Codice delle assicurazioni private. Per approfondimenti tecnici si vedano CUCCI-RONCHI, *Contributo medico legale alla valutazione del danno morale: la quantificazione tecnica del grado di sofferenza*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2007, 504-512.

<sup>59</sup> Da ultimo, Cass. civ., Sez. III, 5 febbraio 2025, n. 2856, in *Dejure*.

<sup>60</sup> BALDINI, *La sofferenza morale quale presupposto del risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2022, pp. 421-438.

<sup>61</sup> Secondo Cass., Sez. IV, 9 febbraio 2017, n. 11428, in *Dejure*, ai congiunti della persona che ha subito lesioni spetta anche il risarcimento del danno morale concretamente accertato, in relazione ad una particolare situazione affettiva intercorrente con la vittima: ciò che rileva non è tanto la convivenza, ma uno «stabile legame tra due persone», connotato da durata e significativa comunanza di vita e di affetti. La prova del danno da perdita parentale, del resto, può avvenire anche secondo l'*id quod plerumque accidit*: Cass. civ., Sez. III, 30 agosto 2022, n. 25541; Cass. civ., Sez. III, 24 aprile 2019, n. 11212; Cass. civ., Sez. III, 11 dicembre 2018, n. 31950; Cass. civ., Sez. III, 14 giugno 2016, n. 12146. Si può, dunque, fare ricorso a presunzioni, massime di comune esperienza, al fatto notorio con riferimento alla realtà e alla intensità dei rapporti affettivi e alla gravità delle ricadute della lesione. Sull'accertamento del nesso eziologico si veda MANCINI, *La causalità nel danno da lesione del rapporto parentale*, in *Assicurazioni. Rivista di diritto, economia e finanza delle assicurazioni private*, 2019, 567-610. Al fine di garantire non solo un'adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, ma anche l'uniformità di giudizio in casi analoghi, il danno da perdita del rapporto parentale viene liquidato seguendo una tabella basata sul sistema a punti, illustrato in Cass. civ., Sez. III, 21 aprile 2021, n. 10579, anche Cass. civ., Sez. III, 18 aprile 2023, n. 10335.

come la madre. Ciò, ovviamente, non ai fini risarcitori, ma per avere una “cifra” del danno da sofferenza provocato a sé stessi. Infine, qualora si volesse dare valore giuridico a questo tipo di pena naturale da patimento psicologico, la cifra in denaro dovrebbe essere raggugiata in equivalente pena detentiva ai sensi del richiamato art. 135 c.p. Si otterrebbe, così, una quantità equipollente di pena detentiva (imputabile a pena naturale) che potrebbe essere sottratta alla pena forense.

Al di là della reale o apparente astrusità dei possibili criteri di ragguglio ora succintamente esposti e al di là che detti criteri necessiterebbero di implementazioni, precisazioni e adattamenti attraverso l’opera legislativa, gli stessi allo stato possono però essere utili per mostrare che esistono strumenti logici e normativi per conferire, volendo, una valenza giuridica, come pena naturale, anche a quelle categorie di sofferenze diverse dalla carcerazione preventiva.

*7. Derogabilità dei minimi edittali: spunti comparativi per conferire valore giuridico alla pena naturale.* In molti casi di pena naturale sono i minimi edittali che impediscono l’operatività di una corrispondente diminuzione di pena se non, proprio, l’esclusione della stessa. Se gli argomenti che abbiamo esposto in precedenza hanno un fondamento costituzionale (relativo al principio di proporzione, alla funzione attribuibile alla pena e alla necessità che la stessa non consista in trattamenti contrari al senso di umanità) allora si potrebbe ipotizzare che nei casi di pena naturale siano da reputarsi illegittimi proprio i minimi edittali.

Anche tale soluzione trova riscontri nel panorama della comparazione. Prendendo a modello sempre il sistema penale argentino<sup>62</sup>, sollecitato dall’autorevole dottrina che da tempo si interessa della tematica<sup>63</sup>, in quel Paese non solo la legislazione, ma anche la giurisprudenza ha sviluppato interessanti prospettive utili, nella pratica, a valorizzare i casi di pena naturale. Mentre, da un lato, l’art. 31 del *código procesal penal*, richiamato dall’art. 59 del *código penal*,

---

<sup>62</sup> Si veda la nota n. 53.

<sup>63</sup> ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Manual de derecho penal*, cit.; BACIGALUPO, *Principio de culpabilidad, carácter del autor y poena naturalis en el derecho penal actual*, cit.



prevede il criterio di opportunità che consente alla pubblica accusa di evitare, totalmente o parzialmente, l'esercizio dell'azione penale pure quando «*el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena*», dall'altro lato la giurisprudenza argentina ha saputo pure come intervenire sui minimi edittali, ciò a prescindere dalla scelta discrezionale della pubblica accusa di non esercitare l'azione penale in casi di pena naturale. In ciò i tribunali argentini sono stati favoriti dal sistema costituzionale che ammette un controllo diffuso di legittimità, appunto, costituzionale, ragion per cui ciascun giudice può, nel corso di un giudizio e ove ne ravvisi l'incostituzionalità, disapplicare una norma rispetto al caso di specie<sup>64</sup>. Ad ogni tribunale, dunque, spetta il compito di garantire il valore della Carta fondamentale, sebbene gli effetti di tale controllo diffuso siano limitati al caso concreto, senza quell'efficacia *erga omnes* che invece hanno le decisioni d'incostituzionalità della Corte suprema. Attraverso questo strumento in taluni casi i tribunali argentini hanno dato rilevanza alla pena naturale, a prescindere dalla rinuncia all'azione del pubblico ministero, intervenendo invece proprio sul minimo edittale della fattispecie oggetto dell'imputazione.

Faremo riferimento nel prosieguo, a titolo esemplificativo, a una pronuncia abbastanza recente che è intervenuta sul minimo edittale<sup>65</sup>. L'imputazione

---

<sup>64</sup> DALLA VIA, *La justicia constitucional en Argentina*, in *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 1997, 42 ss. Alla Corte suprema spetta invece il compito, in qualità di interprete ultima e di custode della Costituzione, di decidere in via definitiva sulle questioni di legittimità costituzionale delle leggi: la sentenza dichiarativa di incostituzionalità, una volta intervenuta, è inappellabile e produce l'immediata abolizione della norma.

<sup>65</sup> Tribunal oral federal de Tucumán, autos: expte. n° 472 /2018, Illan, C.L. s/ infracción a la Ley 23737, sentenza del 1° marzo 2023, reperibile all'indirizzo: <https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/bitstream/123456789/4403/1/4-%20Illan%20-%20Testado.pdf>. Considerazioni simili in: Tribunal oral federal de Paraná, 4 novembre 2022, n. 22, in *Revista pensamiento penal*, on line 20 dicembre 2022; Tribunal oral de la Capital Federal, 1° ottobre 2018, n. 40124, in *Revista pensamiento penal*, on line 11 ottobre 2018; Tribunal criminal de La Plata, 17 dicembre 2021, n. 6075, in *Revista pensamiento penal*, on line 22 dicembre 2021, avente ad oggetto il caso di una donna affetta da HIV, sifilide e tubercolosi, detenuta in custodia cautelare. Durante la detenzione, le sue condizioni di salute erano peggiorate notevolmente e, nonostante le ripetute richieste di ricovero in un ospedale esterno al carcere, la detenzione era proseguita. Il disinteresse mostrato dallo Stato verso l'aggravamento delle condizioni di salute della detenuta è stato reputato contrario alla dignità umana, tanto da considerarsi alla stregua di una doppia condanna per lo stesso fatto, perciò sproporzionata andando oltre le sofferenze necessarie per il caso specifico. Il Tribunale, considerando questo un caso di pena naturale, ha disposto l'archiviazione del caso. In tema si veda anche Corte suprema de

riguardava il reato di detenzione di stupefacenti a fini di spaccio (art. 5, co. c, legge 23737). Dopo l'arresto e prima della decisione l'imputato era stato detenuto preventivamente in un istituto penitenziario dove aveva subito maltrattamenti da parte del personale addetto: percosse e sodomizzazione mediante un bastone di legno. Il Tribunale federale, nel motivare la sua decisione, ha rilevato che il principio di proporzione della pena comporta che nel determinare la stessa si debba tenere conto anche del danno che il medesimo procedimento può aver causato all'imputato – al di là di quanto sia lecito e ragionevole aspettarsi – come conseguenza della sua responsabilità per aver violato la legge<sup>66</sup>. Il

---

justicia de Tucumán, sentenza n. 1474 del 29 ottobre 2024, consultabile all'indirizzo [www.justucuman.gov.ar/storage/adjuntos/documents/jurisprudencia/sentencias/1730304013.pdf](http://www.justucuman.gov.ar/storage/adjuntos/documents/jurisprudencia/sentencias/1730304013.pdf), che affronta un caso in cui l'imputato, condannato per il tentato omicidio della compagna, subito dopo il fatto si era autoinflitto gravi ferite nel tentativo di suicidarsi. La Corte, in questo caso, non ha ritenuto ricorrere un caso di pena naturale proprio perché le lesioni erano autoinflitte. In queste situazioni, secondo la Corte, sarebbe errato parlare di pena naturale perché la sofferenza era stata deliberatamente voluta dall'autore del reato, mentre la pena naturale si riferisce a circostanze che si verificano in modo fortuito e imprevisto da parte dell'autore, indipendentemente dal fatto che il reato sia doloso o colposo. Recentemente, per una trattazione del tema anche in riferimento all'elaborazione giurisprudenziale argentina, si veda SERRANO, *El concepto de pena natural en la doctrina y la jurisprudencia penal*, Buenos Aires, 2023.

<sup>66</sup> Principio simile è affermato dalla Corte Edu (Neshkov e altri c. Bulgaria, 2015, § 227; Mursić c. Croazia, 2016, § 99), secondo cui è violato l'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo allorché la sofferenza e l'umiliazione inflitte vadano oltre quelle che sono inscindibili dalla privazione della libertà in quanto tale, sottoponendo il detenuto a uno stress o a una prova la cui intensità superi l'inevitabile livello di sofferenza connessa alla detenzione. Per taluni versi, un'altra forma particolare di pena naturale considerata dall'ordinamento italiano potrebbe essere quella di cui al combinato disposto degli artt. 35 *ter*, co. 1, e 69, co. 6, lett. b) dell'Ordinamento penitenziario. Infatti, in base a queste norme, nel caso d'inservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla legge o dal regolamento penitenziario, dalla quale derivi al detenuto – per un periodo non inferiore a quindici giorni – un pregiudizio consistente nel vivere in condizioni di detenzione tali da violare l'art. 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo – come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – il magistrato di sorveglianza su istanza dell'interessato dispone, a titolo di "risarcimento del danno", una riduzione della pena detentiva ancora da espriare pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci durante il quale il detenuto ha subito il pregiudizio. In tali casi, a ben vedere, lo Stato predispone un meccanismo normativo per ridurre la pena forense in ragione del *surplus* illegittimo di sofferenza provocata dallo Stato per le inumane o degradanti condizioni detentive. In tema si vedano DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 13 ottobre 2014, § 15; FIORENTIN, *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 CEDU: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 6 novembre 2014, 15-16. Sembrano ben adattarsi a questi casi le parole che autorevole dottrina argentina ha scritto sempre a proposito di pena naturale: «no puede sostener que lo prohibido no existe ni confundir lo que debió ser con lo que realmente fue [...] no por prohibidas dejan de ser penas. Se trata de un efectivo dolo punitivo que debe descontarse del que se autoriza jurisdiccionalmente, so pena de incurrir en doble punición y consiguiente crueldad», cfr. ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires,

ragionamento prosegue facendo riferimento all'art. 41 del *código penal* che impone al giudice di tenere conto anche delle altre circostanze che possono incidere sulla determinazione concreta della pena (una specie del nostro art. 62 *bis* c.p.). Se, però, normalmente questa norma serve ad applicare la pena verso il minimo edittale, secondo la Corte ci sono pochi dubbi sul fatto che quando ci si imbatte in una circostanza che fa sì che lo stesso minimo violi i principi costituzionali di proporzionalità e umanità della pena, il giudice deve astenersi dall'imporre una sanzione eccessiva, sebbene corrispondente al minimo edittale. In sostanza, il principio di proporzione richiede un giudizio di ragionevolezza non solo in astratto, ma anche in concreto. A proposito dei minimi edittali il Giudice argentino ricorda che questi hanno valore di regola generale, ma questo non significa che i tribunali debbano rispettarli quando fonti di gerarchia superiore evidenziano che il minimo è irragionevole nel caso concreto. Pertanto, agli stessi minimi bisogna assegnare un valore indicativo, che opera quando questi non si scontrano nel caso concreto con altri principi di rango superiore, nel qual caso i minimi vanno ridotti fino a quando la pena è compatibile con tali principi<sup>67</sup>. La pena naturale, sempre seguendo il ragionamento dei giudici sudamericani, è caratterizzata da un danno sproporzionato subito dall'autore di un reato, che dunque deve essere detratto dalla pena forense, anche se ciò comporta la "rottura" del minimo edittale<sup>68</sup>.

---

2002, 133.

<sup>67</sup> Il Tribunale fa espresso riferimento a ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho penal*, cit., 996, che a proposito del valore vincolante dei minimi edittali scrivono «...que existen y que tienen el valor de regla general, pero esto no significa que los tribunales deban respetarlos cuando fuentes de superior jerarquía del mismo derecho argentino señalen que el mínimo es irracional en el caso concreto. Por ello, lo correcto es asignarles valor indicativo, que opera cuando el mínimo de la escala legal no se topa en el caso concreto con los otros parámetros legales de mayor jerarquía, en cuyo supuesto corresponde reducirlos hasta compatibilizar la pena con éstos. Sin perjuicio de otros, son casos bien claros de inconstitucionalidad de los mínimos en supuestos concretos, aquellos en los que (a) se hubiesen operado las llamadas penas naturales, y (b) en los que se hubiesen ejecutado sobre la persona penas ilícitas».

<sup>68</sup> JULIANO, *La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales*, in *Revista pensamiento penal del Sur*, 2004, 23 ss.; DEVOTO, *De los mínimos de las escalas penales y la irracionalidad de las respuestas punitivas: un camino con retorno posible*, in *Jurisprudencia Argentina*, 2007, 5 ss.; URIBURU, *La perforación de los topes mínimos de las escalas penales. Análisis a partir de los casos Gullanti y Ríos*, in *Forum. Revista del Centro de derecho constitucional de la Facultad de derecho de la Pontificia universidad católica argentina*, 2019, 7, 29 ss.; PEDRON, *La perforación de los mínimos de las escalas penales*, in *Revista pensamiento penal*, 2022, 425, 1 ss.

Nel caso affrontato dal Tribunale argentino, poiché la sofferenza patita dall'imputato era una conseguenza del reato oggetto di quel processo, la sanzione applicata in concreto ha tenuto conto delle circostanze crudeli e inumane sofferte durante il periodo di carcerazione preventiva, da tradursi in una riduzione della pena minima statutale come "palliativo" per il pregiudizio subito durante la custodia cautelare<sup>69</sup>. La soluzione adottata per poter scendere sotto il minimo editale è stata quella del rimedio eccezionale di dichiarare incostituzionale la pena minima prevista dalla fattispecie di detenzione di stupefacenti a fini di spaccio, in quanto in contrasto, nel caso concreto, con gli articoli 18, 19 e 75, co. 22, della Costituzione nazionale argentina. Sembra una soluzione, questa, assimilabile nei fatti alla nostra disapplicazione della legge interna per contrasto, nel caso concreto, con il diritto dell'Unione europea<sup>70</sup>.

In molte altre legislazioni dell'America Latina esistono norme specifiche sulla pena naturale<sup>71</sup>, ma anche in quelle che ne sono prive la giurisprudenza, sebbene in casi rari, ha trovato il modo per dare rilievo giuridico alle sofferenze conseguenti al fatto di reato diverse dalla pena forense. È il caso del Cile ove, pur in mancanza di una disposizione che si occupi di pena naturale, la giurisprudenza ha fatto applicazione analogica dell'art. 93, n. 2, del Codice penale che recita: «*La responsabilidad penal se extingue: [...] por el cumplimiento de la condena*». Le situazioni di pena naturale, seguendo questo ragionamento, sarebbero assimilabili a quelle di *cumplimiento de la condena* (forense), nel senso di esecuzione della pena o, meglio, di adempimento o raggiungimento degli scopi della pena. Il ragionamento si fonda sempre sul principio di proporzione, sull'inutilità della pena statutale ovvero sulla considerazione che nei casi di pena naturale quella forense non avrebbe senso in quanto tutte le possibili sue finalità sarebbero già assolte dalla sofferenza tipica, appunto, della pena naturale. I giudici cileni, inoltre, affrontano la questione del divieto di

---

<sup>69</sup> Il tribunale si è posta anche la questione se le sofferenze patite dall'imputato dovevano essere compensate con un'attenuazione della pena o con un indennizzo, optando per la prima soluzione tenendo conto che le norme del codice di procedura penale argentino in caso di pena naturale prevedono la disponibilità dell'azione penale da parte della pubblica accusa.

<sup>70</sup> V. *infra*, par. 9.

<sup>71</sup> V. *infra*, nota n. 78.

analogia nella materia penale, limitandolo a quella *in malam partem*. Quella *in bonam partem*, invece, è considerata ammissibile in ragione del principio di legalità sancito dall'art. 19, co. 3, della Costituzione di quel Paese, secondo cui, con una formulazione in negativo simile a quella dell'art. 25, co. 2, della nostra Costituzione, «ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley». Tale disposizione costituzionale, secondo la richiamata giurisprudenza cilena, vieta solamente di applicare una pena al di fuori dei casi previsti dalla legge, ma questo divieto non impedirebbe il criterio analogico ai fini dell'assoluzione o di un trattamento più favorevole<sup>72</sup>.

Anche in Europa vigono norme che attribuiscono rilevanza ai casi di pena naturale. Non è possibile in questa sede analizzarle compiutamente, ma solo richiamarle al fine di corroborare la possibilità, l'opportunità se non proprio la

---

<sup>72</sup>Tribunal de Juicio Oral de Arica, sentenza del 19 giugno 2019 (Rit. n. 170/2018), in [www.legaltransito.cl](http://www.legaltransito.cl). Il caso riguardava una madre che alla guida di un'auto e in stato di ubriachezza con un incidente aveva provocato la morte della figlia. Il Tribunale, in merito all'analogia in *bonam partem*, aggiunge: «Asimismo, en apoyo de esta posición, podría argumentarse que el verdadero sentido del postulado de legalidad (concebido como garantía política en favor del ciudadano, más que como instrumento de certeza jurídica), es restringir al máximo la intervención punitiva del Estado, y que es, precisamente, a este objetivo al que tiende la analogía in bonam partem y el que han tenido en consideración estos sentenciadores para resolver conforme a derecho la presente controversia al no encontrarse tal circunstancia expresamente recogida en nuestro código punitivo». La decisione di assoluzione del Tribunale è stata annullata dalla Corte de apelaciones de Arica che, con la sentenza del 14 agosto 2019 (Rit. n. 170/2018), in [www.legaltransito.cl](http://www.legaltransito.cl), ha disposto altro processo tenendo conto, tra l'altro, che «el señor Fiscal Judicial don Juan Manuel Escobar, estuvo por acoger el presente arbitrio, conforme a las siguientes consideraciones: 1) Que efectivamente la "poena naturalis" no se encuentra prevista en nuestro ordenamiento jurídico, sea como causal de eximente o de minorante, como sí lo hacen algunas (las menos) legislaciones de otros países, pero no obsta a ser una creación doctrinaria aplicable en nuestro derecho con el objeto de humanizar el Derecho Penal, cuando la "poena forensis" no cumple su finalidad, al tenor de las distintas teorías de la pena que tienen cabida dentro del derecho punitivo. 2) Que esta creación doctrinaria debe ser aplicada en forma restringida, en casos muy excepcionales y sólo tratándose de delitos cometidos con culpa, esto es, donde el actor actúa con imprudencia o negligencia, más no delitos dolosos, donde el hechor sabe y quiere la comisión del delito y sus efectos dañosos, debiendo para tener cabida penal atacar el elemento culpabilidad y el menor desvalor del mismo». In precedenza, per un delitto doloso in cui l'autore aveva subito lesioni fisiche in ragione dello scoppio anticipato di un ordigno, il Cuarto Tribunal de Juicio Oral de Santiago, con la decisione del 15 agosto 2012 (Rit. n. 150-2012), in [www.u-cursos.cl](http://www.u-cursos.cl), sul principio di legalità si era espresso diversamente: «En cuanto a la segunda alegación, esto es, la concurrencia de lo que se ha denominado la pena natural, pide tener presente que nuestro sistema punitivo se rige por el principio de la legalidad, conforme al cual nadie puede ser castigado con una pena distinta a la señalada en la ley nuestro catálogo de sanciones, no contempla la posibilidad de considerar la pena natural como la sanción aplicable, o como un criterio de rebaja de la misma. Las perniciosas consecuencias de su conducta pudieron radicarse en un tercero distinto al acusado, y ello debe ser tenido en cuenta».

necessità che anche in Italia siano introdotte delle norme volte a disciplinare detti casi<sup>73</sup>. In Germania il § 60 StGB, introdotto nel 1969, prevede che il giudice deve astenersi dall'applicare la pena se le conseguenze del reato che hanno colpito lo stesso autore sono talmente gravi da rendere l'irrogazione di una pena evidentemente errata (*offensichtlich verfehlt*), mentre il secondo periodo aggiunge che tale disposizione non vale quando sia stato commesso un reato punito con una pena superiore a un anno di reclusione. Il § 153b, co. 1, StPO, rubricato "rinuncia all'azione penale in caso di possibile rinuncia alla pena", prevede inoltre che la pubblica accusa, nei casi in cui risulti applicabile il § 60 StGB, possa chiedere al giudice direttamente l'archiviazione, senza bisogno del processo.

L'istituto tedesco, almeno quello di cui alla norma del Codice penale, non ha avuto un'ampia applicazione, anzi è stata modesta, ciò, da un lato, proprio perché è possibile la diretta archiviazione, ma soprattutto perché l'ambito edittale delle fattispecie a cui è applicabile è molto ristretto (reati puniti con una pena detentiva non superiore a un anno) e, ancora, perché la stessa formulazione della norma, nel momento in cui pretende che l'erroneità della pena nel caso concreto deve essere evidente, manifesta, tende a limitare al massimo la possibilità da parte del giudice di escludere la pena<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> Invero, lo schema di legge delega per l'emanazione di un nuovo Codice penale, elaborato nel 1991 dalla Commissione presieduta da Antonio Pagliaro, prevedeva anche la rinuncia alla condanna per un reato colposo quando il reo abbia già subito conseguenze dannose dalla sua condotta illecita. All'art. 40 di questo progetto, infatti, veniva indicato, come criterio della delega, proprio l'astensione dall'infissione della pena quando il reo abbia subito effetti pregiudizievoli dal reato in misura e forma tale che l'applicazione della pena risulterebbe ingiustificata, sia in rapporto alla colpevolezza che alle esigenze di prevenzione speciale. Sempre il progetto Pagliaro, inoltre, estendeva tale possibilità anche al reato doloso, quando gli effetti pregiudizievoli si siano verificati esclusivamente a carico del soggetto agente. Favorevole all'introduzione di una disposizione del genere era VASSALLI, *La vittima del reato, questa dimenticata*, in *Ultime scritti*, Milano, 2007, 289: «Certamente si tratta di una proposta estremamente interessante ed io sarei perfettamente d'accordo perché in una futura legislazione fosse accolta. Si tratta di casi in cui l'autore del reato si identifica (sia pur parzialmente) con la vittima».

<sup>74</sup> Sulla natura eccezionale del "rimedio" di cui al § 60 StGB, si veda la giurisprudenza tedesca: Bundesgerichtshof, sentenza n. 6 StR 12/20 del 4 novembre 2021, p. 21, ed ivi altre sentenze richiamate, cit.: «*Die Vorschrift des § 60 StGB hat Ausnahmecharakter. Sie kommt nur zur Anwendung, wenn die Verhängung einer Strafe unter jedem denkbaren Strafzweck verfehlt wäre; das Verfehltsein von Strafe muss dabei so ins Auge springen, dass dieses Ergebnis der Abwägung ernsthaftem Zweifel entrückt ist*». Si veda anche Bundesgerichtshof, sentenza n. 3 StR 40/20 del 20 agosto 2020, pp. 6-7, cit.: «*Die Vorschrift des § 60 StGB hat Ausnahmecharakter (...). Sie zielt auf Fälle, bei denen Tat und Schuld durch die Folgen, die*

In Austria, invece, per le ipotesi di pena naturale è prevista solo un'attenuazione della pena. Il § 34, co. 1, n. 19, StGB, prevede infatti che è motivo di diminuzione della pena la circostanza che l'autore del reato, o una persona a lui strettamente legata, come effetto del reato stesso o delle sue conseguenze ha subito gravi lesioni fisiche o danni alla salute o altri gravi danni reali o di natura giuridica.

Anche il Codice penale svedese contiene disposizioni direttamente riconducibile alla pena naturale. In particolare, il capo 29, sezione 5, concede al giudice la possibilità di una riduzione della pena tenendo conto, secondo parametri di ragionevolezza, tra l'altro, delle gravi lesioni personali eventualmente subite dal reo a causa del reato, oppure del danno che il reo subirebbe in seguito alla condanna, qualora a questa conseguisse il suo licenziamento o altri impedimenti o difficoltà eccezionali nelle sue attività professionali o imprenditoriali<sup>75</sup>. La sezione 6, invece, al ricorrere delle stesse circostanze, ammette anche la totale rinuncia alla pena qualora la stessa risulti manifestamente irragionevole<sup>76</sup>. Similmente avviene in Finlandia dove specifiche norme del Codice penale

---

*den Täter mit seiner Tat getroffen haben, als hinreichend kompensiert erscheinen, so dass das Strafbedürfnis entfällt. § 60 Satz 1 StGB setzt voraus, dass die Funktion der Strafe allein durch den Schuldspruch erfüllt wird, weil der Täter sich selbst derart schwer geschädigt hat, dass es zum einen einer weitergehenden Einwirkung auf ihn nicht bedarf und zum anderen der Allgemeinheit das Absehen von Strafe als Ausdruck humaner Strafrechtspflege so verständlich erscheint, dass sie diese Rechtsfolge nicht als Infragestellung notwendigen und sinnvollen Rechtsgüterschutzes empfindet. Verfehlt wäre die Strafe, wenn ihr unter keinem ihrer Leitz Gesichtspunkte eine sinnvolle Funktion zukäme. Die Annahme, dass diese Voraussetzungen gegeben sind, muss sich, wie das Merkmal "offensichtlich" zeigt, unmittelbar aufdrängen (...). Ein Vorgehen nach § 60 StGB macht dabei eine Gesamtabwägung aller strafzumessungsrelevanten Umstände erforderlich (...). Anwendbar ist die Vorschrift nur dann, wenn das Verfehltsein von Strafe so ins Auge springt, dass dieses Ergebnis der Abwägung jedem ernsthaften Zweifel entrückt ist». Per approfondimenti in dottrina si vedano HASSEMER, *Das „Absehen von Strafe“ als kriminalpolitisches Instrument*, in *Festschrift für Werner Sarstedt zum 70. Geburtstag*, a cura di Hamm, Berlino, 1981, 65 ss.; SPOTTE, *Die poena naturalis*, cit.; GROß, *§ 60 StGB*, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, vol. 2, München, § 2; ALBRECHT, *§ 60 StGB*, in *Strafgesetzbuch*, a cura di Kindhäuser-Neumann-Paefffgen, Baden-Baden, 2013, vol. I, 2182, § 2.*

<sup>75</sup> Nella legislazione italiana, a proposito dell'estinzione del rapporto di lavoro o di impegno come pena informale, emerge lo scenario descritto nel precedente § 3.

<sup>76</sup> PERKLEV-LAGERCRANTZ, *Skärpta straff för ferdälig brottslighet*, Stoccolma, 2023, reperibile all'indirizzo [www.regeringen.se/contentassets/c3577faba7894a7da9d5bcaf94750f7d/skarpta-straff-for-flerfaldig-brottslighet-sou-2023-1.pdf](http://www.regeringen.se/contentassets/c3577faba7894a7da9d5bcaf94750f7d/skarpta-straff-for-flerfaldig-brottslighet-sou-2023-1.pdf), 38-39, 56 ss.; HINKKANEN-LAPPI-SEPPÄLÄ, *Sentencing Theory, Policy, and Research in the Nordic Countries*, in TORN, *Crime and Justice in Scandinavia*, a cura di Lappi-Seppälä, Chicago, 2011, 349 ss.

concedono la possibilità di diminuire o escludere la pena. Tale seconda opzione, ai sensi della sezione 12 del capo 6 del codice, ricorre allorché, tra le altre ipotesi, la pena appare irragionevole o inutile, da considerarsi tale alla stregua delle circostanze attenuanti indicate nella sezione 7 dello stesso capo, che a sua volta prevede, sempre tra le altre ipotesi, le conseguenze che il reato o la condanna producono per l'autore del reato. In sintesi, quando la pena astrattamente applicabile risulta irragionevole o sproporzionata in considerazione di tali conseguenze, il giudice, nel caso concreto, può ridurla o escluderla del tutto<sup>77</sup>.

Questa rapida panoramica relative ad alcune normative di altri ordinamenti non è certo esaustiva, tanto che non abbiamo dato conto neppure di altre disposizioni vigenti in altri Paesi<sup>78</sup>, ma serve solo ad avvalorare la tesi secondo cui l'introduzione in Italia di un'eventuale specifica normativa sulla pena naturale non costituirebbe di certo una sorta di stravaganza.

8. *Chi è causa del suo mal naturale pianga sé stesso, non più di quanto pianga chi è causa del suo mal solo forense.* Con versi molto raffinati Dante ha scritto, riferendosi allo zio Geri del Bello, «credo ch'un spirito del mio sangue pianga la colpa che là giù cotanto costa»<sup>79</sup>: un'esortazione all'autoresponsabilità e ad assumersi le proprie colpe e non riversarle sugli altri, in buona sostanza un monito a non trovare scuse. Detto in termini meno eleganti: chi è causa del suo mal, pianga sé stesso. Il tema che stiamo affrontando, però, induce a interrogarci se taluni che sono causa del loro mal debbano “piangere” più di altri. Ritorniamo all'esempio classico dal quale siamo partiti: è legittimo che la madre che abbia cagionato con colpa lieve la morte del figlio, venga sanzionata, magari con la pena minima, ma allo stesso modo di chi, col medesimo grado

<sup>77</sup> HINKKANEN, LAPPI-SEPPÄLÄ, *Sentencing Theory*, cit.

<sup>78</sup> A titolo esemplificativo, in Colombia (artt. 323 e 324 *Ley* n. 906/2004), in Ecuador (art. 372 *Código organico integral penal*), in Perù (art. 2 *Código procesal penal*), a Cuba (art. 17.1.3 lett b, *Ley del Proceso penal*). Su quest'ultima norma, introdotta recentemente, si veda M. GALLO, *La poena naturalis: una comparacion entre Italia y Cuba*, in *Revista general de derecho penal*, n. 42, 2024, 1 ss.

<sup>79</sup> DANTE, *La divina commedia*, canto XXIX, 21. Geri del Bello, cugino del padre di Dante, fu ucciso e la sua morte, all'epoca del viaggio ultraterreno di Dante, non era stata ancora vendicata privatamente dalla famiglia, motivo per cui, riconosciuto Dante, lo aveva additato minacciosamente.



di colpa, abbia provocato la morte di un estraneo? Oppure, in casi di questo genere, “piangendo” la madre più degli altri, subisce ella una sofferenza complessivamente indebita perché sproporzionata? Si crea una disparità di sofferenze, a parità di responsabilità, sostenibile costituzionalmente?

Non siamo in grado di dare una risposta proprio ferma a queste domande, che coinvolgono le stesse questioni fondanti il perché della punizione, ma dai vari argomenti che abbiamo portato sembra emergere che non è assolutamente insensata l’idea secondo la quale a quella sofferenza conseguente ad un fatto di reato e diversa dalla pena forense, il nostro ordinamento dovrebbe accordare un valore spendibile in termini di riduzione o esclusione della stessa pena statale. Volendo riassumere le ragioni che sembrano militare in tal senso possiamo dire che il *surplus* di sofferenza naturale: 1) non pare svolgere alcuna utile funzione nell’ottica della prevenzione generale positiva e neppure in quella della prevenzione speciale positiva; 2) sembra porsi in attrito con il principio di ragionevolezza e proporzione; 3) se così è, non solo non persegue finalità di prevenzione, ma ne ostacola il potenziale raggiungimento, sia in termini di rieducazione del reo, sia di orientamento culturale dei consociati. A ciò bisogna aggiungere che: 4) una particolare forma di pena naturale è già contemplata, implicitamente, nella disciplina della detrazione del presofferto da carcerazione preventiva; 5) tale disciplina appare costituzionalmente imposta perché, se mancasse, si creerebbe un *vulnus* di legittimità; 6) non sembrano sussistere decisive ragioni logiche di distinzione tra il presofferto cautelare e le altre ipotesi di pena naturale, capaci di giustificare un così netto differente trattamento normativo; 7) non appaiono esistenti neppure insuperabili ostacoli alla predisposizione di meccanismi normativi adatti a vagliare l’equivalenza tra la sofferenza propria della pena forense e quella - fisica, morale o patrimoniale - insita nella pena naturale.

Questa puntuazione, del resto, indica solamente una direzione di principio, avvalorata da autorevoli posizioni<sup>80</sup>, senza eludere la necessità dell’intervento

---

<sup>80</sup> ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Manual de derecho penal*, cit., 113; BACIGALUPO, *Principio de culpabilidad, carácter del autor y poena naturalis en el derecho penal actual*, in *Teorías actuales en el derecho penal, 75° Aniversario del código penal*, a cura Ouviaña et al., Buenos Aires, 131-152, spec. 145-146. Secondo quest’ultimo, la responsabilità penale può essere “compensata” in due modi: uno

legislativo per precisare una serie di questioni lasciate aperte dall'affermazione generica secondo cui la sofferenza "naturale" del reo non può essere trascurata nella determinazione della pena statuale. Posta questa esigenza di principio, dovrebbe essere il legislatore a stabilire se il valore giuridico alla pena naturale dovrebbe essere conferito, tra l'altro: 1) per i soli reati colposi o anche per quelli dolosi e, nel primo caso, se per tutte le forme di colpa o solo per quelle più lievi; 2) per tutti i reati o solo per quelli che rientrano in una certa soglia edittale; 3) per le sole sofferenze di natura fisica, ovvero anche per quelle di natura morale oppure anche per quelle di natura patrimoniale. Dovrebbe il legislatore, ancora, stabilire i criteri con i quali accertare l'equivalenza, parziale o totale, tra la pena forense e le altre forme di sofferenza e se tutto ciò, più in generale, dovrebbe avvenire attraverso strumenti di diritto processuale (improcedibilità) oppure sostanziale (non punibilità).

Questi, insieme ad altri, sono nodi che non possono che essere sciolti *de lege ferenda*, senza che vi siano incontestabili operazioni ermeneutiche che *de lege lata* consentano al giudice di valorizzare le situazioni di pena naturale se non le classiche attenuanti generiche *ex art. 62 bis c.p.*<sup>81</sup>. Si tratta, del resto, di una soluzione relativa, sia perché sostanzialmente rimessa all'ampio potere discrezionale del giudice, sia perché, in ogni caso, non permette di scendere oltre un

---

*constructivo* e l'altro *destructivo*. Il primo avrà luogo soprattutto in caso di un comportamento successivo del reo con il quale lo stesso riconosce la validità della norma violata, per esempio riparando il danno causato. Nel secondo, quello *destructivo*, la "compensazione" ha luogo quando l'autore riceve come conseguenza della commissione del reato un grave male (pena naturale) che deve essere scomputato dalla pena statuale.

<sup>81</sup> In Spagna, la giurisprudenza prevalente, benché non esista un'attenuante specifica che tenga conto dei casi di pena naturale, considera a questi applicabile l'art. 21, n. 7, c.p., che estende la capacità attenuante a qualsiasi altra circostanza di analoga rilevanza ad una delle altre specificamente indicate nella stessa norma del codice. «*El mal naturalmente sufrido por la comisión del delito ya implica una compensación (parcial) de la culpabilidad por el hecho que se debe descontar para que la pena no sea un mal superior al causado por el autor. Como lo destaca la doctrina, esta concepción de la proporcionalidad no impide contemplar en la individualización de la pena otras finalidades de carácter preventivo*», cfr. Tribunal supremo, Sala de lo penal, 5 giugno 2008, n. 307, consultabile su [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es). Per una recente rassegna sulla possibile rilevanza, sia a livello legislativo che giurisprudenziale, della pena naturale in Spagna, si veda SÁNCHEZ BENÍTEZ, *La pena natural*, cit., 19 ss. Sul potere delle circostanze attenuanti, in Italia, di corregge la previsione sanzionatoria prevista per la tipologia astratta della fattispecie, si vedano MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959, 216 ss.; BRUNELLI, *Dall'equità commisurativa all'equità nella esenzione da pena per fatto tenue*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, Studi in onore di Emilio Dolcini, a cura Paliero-Viganò-Basile-Gatta, Milano, 2018, vol. I, 257.

certo limite nella quantificazione della pena.

9. *Una proposta ermeneutica de lege lata per rendere “giustiziabile” la pena naturale.* La giurisprudenza argentina richiamata in precedenza mette bene in evidenza un profilo che potrebbe essere utile anche nel nostro sistema – sebbene in Italia non sia possibile un formale controllo diffuso di costituzionalità – cioè il rilievo secondo cui il principio di proporzione richiede un giudizio di ragionevolezza non solo in astratto, ma anche in concreto. La contrapposizione tra astratto e concreto ricorda agevolmente la nota giurisprudenza costituzionale, ad esempio in tema di offensività, che rigettando le questioni di legittimità sollevate sotto il profilo astratto della fattispecie denunciata, rimette però al giudice ordinario l'accertamento di quei fatti che nel caso concreto potrebbero comportare una decisione più favorevole all'imputato conformandosi a taluni principi costituzionali, ciò anche quando la lettera della singola fattispecie sembrerebbe impedirlo<sup>82</sup>. Uno schema del genere, a ben vedere, potrebbe essere adottato anche per i casi di pena naturale, senza bisogno del c.d. controllo diffuso di costituzionalità nei termini formali visti per l'Argentina.

Sappiamo che la possibilità di censurare una pena perché sproporzionata è stata, in primo luogo, legata a una valutazione comparativa con un'altra fattispecie omogenea, quanto a struttura e bene protetto, ma punita meno

---

<sup>82</sup> Cfr., *ex multis*, Corte cost., 24 luglio 1995, n. 360, in *Cass. pen.* 1995, 2820 ss.; ma anche Corte cost., 27 marzo 1992, n. 133, in *Cass. pen.*, 1992, 2612; Corte cost., 26 marzo 1986, n. 62, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, 112 ss.; Corte cost., 6 ottobre 1988, n. 957, in *Foro. it.*, 1989, I, 1388 ss.; Corte cost., 11 luglio 1991, n. 333 in *Cass. pen.*, 1992, 576 ss.; Corte cost., 18 luglio 1997, n. 247, in *Giust. pen.*, 1998, I, 65 ss.; Corte cost., ord. 17 marzo 1998, n. 68, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, 257 ss.; Corte cost., 21 novembre 2000, n. 519, in *Cass. pen.*, 2001, 819 ss.; Corte cost., 11 giugno 2014, n. 172, in *Cass. pen.*, 2014, 3270 ss. In tema sia consentito il rinvio a CATERINI, *Reato impossibile e offensività*, Napoli, 2004, 246 ss.; ID., *Effettività e tecniche di tutela nel diritto penale*, cit., p. 105 ss. Per un'ampia disamina del tema si vedano FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di Vassalli, Napoli, 2006, 91 ss.; NEPPI MODONA, *Il lungo cammino del principio di offensività*, in AA.VV., *Studi in onore di Marcello Gallo*, Torino, 2004, 89 ss.; PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, relazione svolta al Convegno su *Costituzione, diritto e processo penale: i quarant'anni della Corte Costituzionale*, Macerata, 28-29 gennaio 1997, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 373 ss., 350 ss.; MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 99 ss.

severamente<sup>83</sup>. Sappiamo, ancora, che successivamente la Corte costituzionale in talune occasioni ha temperato il dogma delle c.d. “rime obbligate” e si è emancipata dal tradizionale schema triadico del giudizio di ragionevolezza, così ammettendo la possibilità di censurare la pena comminata per un reato anche perché troppo severa in termini assoluti in quanto capace di compromettere i diritti fondamentali del condannato in maniera eccessiva rispetto alle finalità perseguibili mediante la fattispecie penale<sup>84</sup>. Tali orientamenti della giurisprudenza costituzionale, del resto, considerano la pena edittale nel suo profilo astratto, la quale, allorché sproporzionata perché in violazione del principio di ragionevolezza, legittima il Giudice delle leggi a una sentenza di accoglimento con effetti manipolativi della forbice edittale valevoli *erga omnes*. Il modello che stiamo proponendo a proposito della pena naturale, invece, è quello di una sentenza della Corte costituzionale di rigetto o d’infondatezza della sollevata questione di legittimità perché, in astratto, il minimo edittale non è reputato sproporzionato e irragionevole, sentenza che però faccia salva non solo la facoltà, ma anche il dovere del giudice ordinario di compiere una valutazione di merito, in riferimento al caso concreto, sulla proporzione e ragionevolezza del minimo edittale in considerazione delle sofferenze subite dall’autore del fatto e in conseguenza dello stesso. Il giudice di merito, così ragionando, potrebbe essere legittimato a derogare al minimo edittale tenendo conto della pena naturale. In attesa di un improbabile intervento legislativo, questa potrebbe essere una soluzione per rendere “giustiziabile” la pena informale.

La nostra proposta in qualche modo rimanda a un concetto di equità correttiva nel passaggio dal generale al particolare<sup>85</sup>. Con Aristotele potremmo dire che «l’equo è pur giusto ma non secondo la legge, bensì è come un correttivo del giusto legale. La causa è che ogni legge è universale, mentre non è possibile in universale prescrivere rettamente intorno ad alcune cose particolari. In quei casi dunque in cui è necessario parlare in universale, ma non è possibile far ciò

---

<sup>83</sup> Per i relativi riferimenti bibliografici, si veda la nota n. 50.

<sup>84</sup> Per i relativi riferimenti giurisprudenziali e bibliografici, si veda sempre la nota n. 50.

<sup>85</sup> Sul carattere equitativo della valutazione del giudice quando si deve esprimere sulla misura della pena e sull’eventuale sua esclusione, si vedano FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 135 ss.; BRUNELLI, *Dall’equità commisurativa*, cit., 251 ss.; TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., 39 ss.

con retta precisione, la legge allora si preoccupa di ciò che è generalmente, non ignorando la sua insufficienza»<sup>86</sup>. Proprio in ragione del principio di equità, l'idea di rendere derogabili i minimi edittali, almeno delle pene detentive, in riferimento alle caratteristiche dei casi concreti, non è una novità ed è stata autorevolmente teorizzata anche in Italia<sup>87</sup>. È stata proposta, perciò, una riforma strutturale che abolisca i minimi di pena delle singole fattispecie o «comunque non preveda limiti agli abbattimenti equitativi della pena in concreto»<sup>88</sup>. In attesa di tale riforma, del resto, forse lo stesso ultimo risultato potrebbe essere raggiunto attraverso una presa di posizione della Corte costituzionale, nei termini prima visti, cioè che rimette al giudice del merito la possibilità di derogare ai minimi nei casi di accertata pena naturale.

Alla soluzione qui prospettata – che rimette al giudice di merito il compito di derogare ai limiti edittali in ragione di particolari circostanze del caso concreto – potrebbe opporsi che si porrebbe in attrito col principio di legalità delle pene. Tale possibile obiezione, però, non sembra cogliere nel segno nel momento in cui consideriamo che si tratterebbe pur sempre di una diminuzione se non addirittura di un'esclusione della pena, dunque un trattamento più favorevole che, in quanto tale, non è assoggettato ai limiti più stringenti della legalità. Non è possibile in questa sede approfondire l'argomento potendo solo rinviare ad altri lavori dove lo stesso è trattato *funditus*<sup>89</sup>, se non evidenziare che in ipotesi

---

<sup>86</sup> ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, Bari, 1957, 155, il quale aggiunge: «quando la legge parli in generale, ma in concreto avvenga qualcosa che non rientri nell'universale, allora è cosa equa il correggere la lacuna là dove il legislatore ha ommesso ed errato, parlando in generale». Aristotele ha trattato dell'equità anche nella *Retorica*, Bari, 1961, 67. Sotto il profilo storico si veda BUCCI, *Il principio di equità nella storia del diritto*, Napoli, 2000, *passim*. Sul principio di equità si vedano FROSINI, *Equità (nozione)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1966, vol. XV, 70 ss.; S. ROMANO, *Principio di equità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1966, vol. XV, 83 ss.; GIANNINI, *Equità*, in *Enc. filos.*, Firenze, 1967, vol II, 902 ss.

<sup>87</sup> Secondo FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 147, l'inderogabilità dei minimi edittali «mortifica la funzione del giudice, non consentendogli di valutare pienamente la possibile mancanza di qualunque gravità del caso concreto». Inoltre (p. 397): «almeno per le pene detentive non si giustifica la stipulazione di un minimo legale: sarebbe opportuno, in altre parole, affidare al potere equitativo del giudice la scelta della pena al di sotto del limite massimo stabilito dalla legge, senza vincolarlo ad un limite minimo o vincolandolo a un limite minimi assai basso». TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., 226, riprende tale idea del mantenimento legislativo dei minimi, però con delle soglie molto basse.

<sup>88</sup> BRUNELLI, *Dall'equità commisurativa*, cit., 284.

<sup>89</sup> Sia consentito il rinvio a CATERINI, *Effettività e tecniche di tutela*, cit., p. 277 ss., 289 ss., e ai relativi riferimenti bibliografici.

del genere il criterio-guida deve essere quello immanente del *favor rei*<sup>90</sup>. Ciò quando opzioni interpretative metatestuali più favorevoli all'incolpato sono volute da principi e norme superiori che militano verso un'esegesi ragionevole, anche se più duttile se confrontata con una pedissequa e rigida applicazione della singola norma incriminatrice avulsa dal contesto costituzionale di riferimento. In sintesi: l'interpretazione dovrebbe essere rigida quando una sua maggiore elasticità tende a esiti sfavorevoli al reo, viceversa dovrebbe essere più duttile, ma comunque ragionevolmente fondata su principi superiori, quando tende a esiti favorevoli all'incolpato<sup>91</sup>.

Quanto ora abbiamo affermato – legato com'è a norme di rango sovraordinato – consente di sviluppare il discorso non solo con riferimento alla Costituzione, ma anche alle norme europee. Com'è ben noto, infatti, l'art. 49 (rubricato «Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene»), co. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, afferma che «Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato». Si tratta di un imperativo principio generale del diritto dell'Unione che, per le materia di sua competenza, mentre prima la giurisprudenza europea non riconosceva come *self-executing*<sup>92</sup>, oggi invece dalla Corte di giustizia è affermato come tale, così

---

<sup>90</sup> Con l'espressione *favor rei* intendiamo un principio generale informatore, con funzione interpretativa o direttiva, espressione di un valore ispiratore del sistema penale, ricavabile dalla Costituzione e anche da vari istituti, sia nel diritto penale sostanziale, sia in quello processuale. Per quanto concerne i primi, pensiamo al divieto di analogia delle norme incriminatrici e all'ammissibilità della stessa in relazione alle norme scriminanti, alla retroattività delle norme favorevoli, al reato continuato, al concorso apparente di norme. Ma pensiamo pure alle stesse circostanze generiche e al fatto che il nostro sistema non prevede delle circostanze aggravanti altrettanto generiche. Per i secondi – gli istituti processuali – pensiamo alla regola di giudizio ove manca o sia insufficiente la prova, all'immediata declaratoria di non punibilità in ogni stato e grado del procedimento, alla gerarchia delle formule di proscioglimento, al divieto della *reformatio in peius*. Sul tema LOZZI, *Favor rei*, in *Enc. dir.*, Milano, 1968, vol. XVII, 10 ss., al quale si rinvia anche per le connessioni, ma non coincidenze, con il *favor libertatis* e il *favor innocentiae*. PAGLIARO, *La legge penale tra irretroattività e retroattività*, in *Giust. pen.*, 1991, c. 1 ss.; ID., *Principi di diritto penale*, Milano, 2003, 116 ss., considera il *favor libertatis*, e non il principio di irretroattività e di certezza del diritto, il principio-base che regola la successione di leggi penali nel tempo. VASSALLI, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 707, ritiene che se al *favor libertatis* è possibile riconoscere la posizione di principio superiore in relazione alla successione di leggi penali nel tempo, lo stesso non può avvenire in relazione all'intero ordinamento penale, in quanto, secondo l'eminente Autore, sullo stesso piano delle garanzie individuali è posto anche il *favor societatis*.

<sup>91</sup> Sia ancora permesso il rinvio a CATERINI, *Il giudice penale come Janus bifrons: un auspicabile "strabismo" interpretativo*, in *Pol. dir.*, 2017, 163 ss.

<sup>92</sup> Corte giust. UE, V Sez., 4 ottobre 2018, Link Logistic, C-384/17.

inibendo l'applicazione della legge interna quando, nel caso concreto, il principio europeo di proporzione porta a una diminuzione della pena considerata esagerata<sup>93</sup>, senza che ciò comprometta il principio di legalità interna sempre perché l'esito è favorevole al reo<sup>94</sup>.

Recentemente, la nostra Corte costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi sull'effetto diretto dell'art. 49 della richiamata Carta europea, con una decisione attesa proprio per capire l'orientamento della Consulta in merito alla possibilità di disapplicare una norma penale – rientrante nelle materie di competenza unionale – contrastante con il principio europeo di proporzione, considerato che ciò potrebbe compromettere i principi costituzionali di legalità, di separazione dei poteri e di uguaglianza<sup>95</sup>. La Corte si è espressa sull'obbligo di confisca di tutti i beni utilizzati per commettere un reato societario, anche nella forma che aggredisce beni di valore equivalente (art. 2641, co. 1 e 2, c.c.), arrivando alla conclusione che ciò può condurre a risultati sanzionatori manifestamente sproporzionati, dunque incompatibili con la Costituzione. Mentre in primo grado era stata disposta la confisca dell'importo di 963 milioni di euro

---

<sup>93</sup> Corte giust. UE, Grande Sez., 8 marzo 2022, NE, C-205/20. La Corte ha evidenziato (§ 48) anche che il *favor rei* consente deroghe alla legalità della pena: «se il principio di irretroattività della legge penale, che è inerente al principio di legalità dei reati e delle pene, osta in particolare a che un giudice possa, nel corso di un procedimento penale, aggravare il regime di responsabilità penale di coloro che sono oggetto di un procedimento siffatto [...], esso non osta, per contro, all'applicazione a questi ultimi di pene più lievi». È stato ben sottolineato che il diritto penale costituzionale continentale non può tollerare altro che un «giudice di scopo» che diminuisce la sofferenza derivante dalla pena; si vedano DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 78-80; VALENTINI, *Legalità penale convenzionale e obbligo d'interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 171. A commento della decisione della Corte di giustizia dell'UE si vedano VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in *www.sistemapenale.it*, 26 aprile 2022; BRANCATI, *La pena proporzionata: viaggio tra legalità ed equità a partire della sentenza C-205/20*, in *Arch. pen. web*, 2022, 2; PELISSERO, *Il principio di proporzionalità (non sproporzionalità) delle pene: recenti sviluppi e impatto anomalo delle fonti eurounitarie sul principio di legalità delle pene*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 1372 ss.; LANOTTE, *La proporzionalità della sanzione: un principio ritrovato? Note a margine della sentenza NE*, in *Quaderni Aisdue*, 2023, 388 ss.; ID., *La disapplicazione della sanzione nell'ordinamento italiano dopo la sentenza NE: una nuova questione di doppia pregiudiziale?*, in *Riv. cont. eur.*, 7 gennaio 2025.

<sup>94</sup> In tale senso MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen.*, 2012, 37; SOTIS, *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia. Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017 (caso Taricco)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3 aprile 2017, 9.

<sup>95</sup> Corte cost., 4 febbraio 2025, n. 7, in *www.cortecostituzionale.it*.

(ritenuto corrispondente alle somme di denaro utilizzate per la commissione dei reati), in secondo grado, sebbene fosse stata confermata in parte la responsabilità penale degli imputati, era stata però revocata la confisca, giudicata in contrasto con il principio di proporzionalità delle pene sancito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La Corte di cassazione, condividendo i dubbi circa la possibile sproporzione, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale sull'art. 2641 c.c., sollecitando così la Corte costituzionale a statuire definitivamente sulla compatibilità della norma con i principi costituzionali e della Carta dell'Unione europea. La Consulta ha, in primo luogo, compiuto un'affermazione rilevante anche ai fini del nostro discorso, cioè quella secondo cui la confisca dei beni utilizzati per commettere il reato ha natura di vera e propria pena di carattere patrimoniale e così deve rispettare il principio di proporzione. La Corte, inoltre, pur riconoscendo che la disapplicazione della legge interna può entrare in tensione con i principi costituzionali di legalità, di separazione dei poteri e di uguaglianza, ha affermato che anche per la materia penale vale il suo orientamento generale in base al quale, in caso di doppia pregiudizialità con «tono costituzionale»<sup>96</sup>, il giudice italiano, in ragione del primato del diritto dell'Unione, ha sia la possibilità di disapplicare, nel caso concreto, la legge nazionale, sia quella di sollecitare l'intervento della stessa Corte costituzionale, spettando al giudice comune il compito di individuare il rimedio di volta in volta più appropriato<sup>97</sup>.

Ricapitolando: non solo secondo la Corte di giustizia dell'Unione europea, ma anche secondo la nostra Corte costituzionale, il principio di proporzione di cui all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nelle materie di competenza della stessa Unione, è applicabile direttamente dal giudice interno e consente di disapplicare, nel caso concreto, quella legge interna che preveda una sanzione penale sproporzionata, dunque escludendola o

<sup>96</sup> Tono costituzionale per il nesso con interessi o principi di rilievo, appunto, costituzionale; cfr. Corte cost., n. 181 del 19 novembre 2024, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), punto 6.3. del Considerato in diritto.

<sup>97</sup> Per un primo commento si veda BRESCIANI, *Doppia pregiudizialità in materia penale: il giudice resta libero di disapplicare le pene sproporzionate (ma la Corte preferirebbe di no)*, in *Riv. cont. eur.*, 25 febbraio 2025; Osservatorio nazionale misure patrimoniali e di prevenzione dell'Unione della Camere penali, *La confisca di beni superiori al profitto è una pena pecuniaria che deve rispettare il principio di proporzionalità*, in [www.camerepenali.it](http://www.camerepenali.it), 26 febbraio 2025.



riducendola, senza che ciò comporti una violazione del principio costituzionale di legalità<sup>98</sup>.

Con ciò non vogliamo sostenere che il giudice italiano è chiamato senza alcun dubbio a disapplicare, ad esempio, i minimi edittali nel caso di pena naturale. A questo potrebbe ostare la stessa disposizione dell'art. 49 della Carta dell'UE se interpretata strettamente. Sappiamo, infatti, che questa norma mette in relazione il reato con le «pene inflitte», sancendo che queste non devono essere sproporzionate. Il dubbio da sciogliere è legato proprio alla locuzione «pene inflitte». Sappiamo che per il concetto di “pena” lo stesso diritto europeo, quello della c.d. grande Europa, ci dà indicazioni che prescindono dalla qualificazione formale data dal diritto interno, mentre ne lega il contenuto, tra l'altro, alla natura afflittiva e alla relativa gravità<sup>99</sup>. È ovvio, infatti, che anche qualora uno Stato membro prevedesse una sanzione, volendo estremizzare, di natura corporale con sofferenze fisiche, però escludendone formalmente la sua natura penale, detta qualificazione formale non sarebbe affatto sufficiente a eliminare le garanzie proprie del diritto europeo, almeno nelle materie di sua pertinenza. Dunque, nell'economia del nostro discorso, è il carattere concretamente afflittivo a definire la natura della pena. Pena, così ragionando, potrebbe essere qualsiasi afflizione derivante da un fatto di reato, forse anche se non inflitta dallo Stato.

Allora il discorso si sposta sull'aggettivazione “inflitte” di cui all'art. 49 della Carta europea, perché si potrebbe pensare che questa restringe il campo in cui opera il principio di proporzione alle sole pene inflitte dallo Stato. Abbiamo già affrontato il tema delle pene o sofferenze immediate (intrinseche al fatto) oppure mediate dallo Stato (in cui il potere pubblico s'interpone tra fatto e sofferenza), e siamo arrivati alla conclusione che questa differenza non è

---

<sup>98</sup> NACAR, *Il principio di proporzionalità sanzionatoria quale criterio per la disapplicazione parziale della sanzione penale, fra diritto unionale, principi costituzionali e disciplina codicistica*, in *Judicium*, 10 giugno 2024.

<sup>99</sup> Corte EDU, Plenaria, 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, Engel e altri c. Paesi Bassi, cit.; Corte EDU, Sez. II, 4 marzo 2014, casi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, cit. Da questa giurisprudenza si ricava che ai fini della qualificazione di una misura come “pena” è sufficiente, di per sé, l'elemento della gravità delle conseguenze pregiudizievoli ricollegate alla commissione di un illecito. In tema si veda DE VERO, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, cit., 11 ss.

decisiva per non attribuire valenza giuridica alla pena naturale<sup>100</sup>. Potremmo dire che una sofferenza, sebbene formalmente non costituente una pena anche perché [ufficialmente] non ha funzione punitiva, si potrebbe commutare *ex post* in un'afflizione da considerare ai fini della determinazione della pena forense, riducendola o escludendola, ciò anche quando la stessa sofferenza non è causata dallo Stato. L'aggettivazione "inflitte", invero, non sembra rifiutare di per sé questa possibilità giacché, da un punto di vista letterale, non esclude che l'inflizione stessa possa provenire immediatamente dalla "natura". D'altronde, restando ancora sul piano meramente semantico e facendo riferimento alle versioni in lingua inglese e francese della Carta dell'UE, in questi casi la formulazione è ancor più ampia parlando genericamente di «*severity of penalties*» oppure di «*intensité des peines*», senza alcun riferimento all'inflizione [da parte dello Stato] delle stesse che potrebbe ingenerare i descritti dubbi sulla possibilità, ai fini del rispetto del principio di proporzione, che l'afflizione possa derivare direttamente dalla "natura".

Tale considerazione potrebbe essere corroborata anche dal confronto tra le previsioni di cui all'art. 49, co. 3, e all'art. 50 della Carta dell'UE. Il divieto del *ne bis in idem* di cui alla seconda norma, infatti, affermando il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato, presuppone e fa riferimento a due punizioni che necessitano di una mediazione statale, di un processo o procedimento del potere pubblico con il quale si applicano le sanzioni. Il principio di proporzione di cui all'art. 49, co. 3, della stessa Carta, invece, con il suo carattere sostanziale, sembra non presupporre necessariamente due processi e, dunque, una mediazione statale mediante due diversi procedimenti pubblici, ma si limita ad affermare il principio di portata più generale secondo cui le pene devono essere proporzionate al reato. Intese le pene come sofferenze, la lettera dell'art. 49 non sembra precludere la possibilità che una di queste sofferenze possa essere di matrice "naturale" e immediata, imponendo, se così fosse, che l'altra afflizione, di natura statale, debba tener conto della prima se non si vuole violare il principio di proporzione.

Dunque, anche qualora si volesse limitare la portata dell'art. 49, co. 3, della

---

<sup>100</sup> V. *supra*, par. 5.

Carta dell'UE alle sole pene inflitte dallo Stato, non crediamo che ciò precluda di per sé la possibilità di tenere in considerazione l'eventuale pena naturale. Infatti, la norma potrebbe essere interpretata nel senso che il giudice nell'infliggere la pena forense, per evitare una reazione statale sproporzionata, deve tener conto anche delle sofferenze naturali subite dal reo in conseguenza dello stesso suo fatto. È l'inflizione statale che non deve essere sproporzionata e questa potrebbe essere un segmento, non l'unico, delle possibili sofferenze causate dal reato allo stesso suo autore<sup>101</sup>.

Del resto, la necessità di tenere conto nella determinazione della sanzione statale delle sofferenze naturali conseguenti al reato, sembra coerente, se non proprio imposta, dall'esigenza d'individualizzazione della pena<sup>102</sup>. Ciò potrebbe comportare la deroga ai minimi edittali, attuando una sorta di diseguaglianza "giusta", perché, con detta deroga, non si farebbe altro che ripristinare un'uguaglianza in termini di sofferenza complessiva. È la stessa giurisprudenza di legittimità, inoltre, che ha riconosciuto al giudice penale, sebbene intervenuto dopo l'applicazione di una sanzione amministrativa, il compito di applicare una sanzione sotto il minimo edittale della fattispecie (anche se non sotto quello assoluto *ex art. 23 c.p.*) e, addirittura, di disapplicarla totalmente qualora ritenga che la prima sanzione abbia sufficientemente adempiuto alle esigenze di proporzionalità della complessiva reazione sanzionatoria<sup>103</sup>.

<sup>101</sup> Sebbene con riferimento a un cumulo di sanzioni di natura giuridica (penale e amministrativa), la Corte EDU (Grande camera, 15 novembre 2016, A. e B. c/ Norvegia, ricorsi nn. 24130/11 e 29758/11), ha affermato che bisogna assicurare risposte sanzionatorie nel complesso proporzionate, favorendo quei meccanismi normativi in base ai quali l'una sanzione venga considerata nella commisurazione dell'altra, proprio per evitare risposte sanzionatorie eccessive. Per un commento si veda FIMIANI, *Market abuse e doppio binario sanzionatorio dopo la sentenza della Corte E.D.U., Grande Camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 8 febbraio 2017; BINDI, *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 12 settembre 2018.

<sup>102</sup> Sull'individualizzazione della pena si vedano VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Torino, 2020; TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit.

<sup>103</sup> In merito alla possibilità di derogare *in mitius* al minimo edittale della fattispecie, ma comunque non oltre quello considerato insuperabile *ex art. 23 c.p.*, si rinvia, tra le altre sentenze, a Cass., Sez. V, 21 settembre 2018, n. 49869, in *Dejure*, con nota di PICOTTI, *Il perimetro giurisprudenziale del ne bis in idem in materia di abusi di mercato ed il dialogo multilivello fra le Corti*, in *Ius societario*, fasc. 8 ottobre 2019; Cass., Sez. VII, 15 marzo 2016, n. 27674, in *Dejure*; Cass., Sez. III, 3 giugno 2014, n. 29985 in *Dejure*. Sulla possibilità di una completa disapplicazione della pena detentiva, anche in deroga al limite *ex art. 23 c.p.*, si veda Cass., Sez. V, 15 aprile 2019, n. 39999, in *Dejure*, con nota di SANTORIELLO, *Dal*

Pur non essendo risolutivo l'argomento puramente lessicale ricavabile dalla lettera dell'art. 49 della Carta dell'UE, questo è però corroborato dai già visti argomenti logico-sistematici derivanti dai sovraordinati principi prima richiamati. Argomenti che, sebbene in altro contesto ordinamentale, hanno già consentito alla dottrina e alla giurisprudenza, sempre come abbiamo già scritto<sup>104</sup>, di dare rilievo giuridico alla pena naturale in riferimento al caso concreto, derogando ai minimi edittali e ciò pur sempre con riferimento ai principi di proporzione e umanizzazione della pena. Ciò potrebbe essere sufficiente per consentire anche al giudice italiano, in riferimento a materie di competenza unionale, la disapplicazione della legge interna (intesa come deroga ai minimi edittali) non solo in riferimento a "sofferenze" inflitte mediamente dallo Stato, ma anche a quelle "naturali". Qualora il giudice comune avesse dubbi sulla portata dell'art. 49, co. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, potrebbe anche chiedere alla Corte di giustizia dell'Unione, mediante lo strumento del rinvio pregiudiziale nelle materie di sua competenza, se l'interpretazione della stessa norma possa estendersi anche alla pena naturale. La Corte, infatti, potrebbe chiarire se il giudice interno deve tener conto, in riferimento al caso concreto e al momento di determinare la pena forense, della pregressa sofferenza subita anche senza mediazione statale, ma pur sempre in conseguenza dello stesso reato.

Non siamo in quella mitica "età dell'oro" senza leggi e timori di pene<sup>105</sup>, crediamo perciò che per dare più efficace valore giuridico alla pena naturale sarebbe necessaria una puntuale legge che ne sancisca tassativamente natura,

---

*principio del ne bis in idem l'attribuzione di un potere discrezionale senza limiti ai giudici nazionali, Ius societario*, 30 ottobre 2019; PAGELLA, *L'inafferrabile concetto di "connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta": la Cassazione ancora su ne bis in idem e insider trading*, in *www.sistemapenale.it*, 9 gennaio 2020; BARON, *Ne bis in idem e giudizio di proporzione: la certezza dell'incertezza applicativa*, in *Giur. comm.*, 2020, 743 ss.

<sup>104</sup> V. *supra*, par. 7.

<sup>105</sup> OVIDIO, *Le metamorfosi*, I, 89-93: «Aurea prima sata est aetas, quae vindice nullo, / sponte sua, sine lege fidem rectumque colebat. / Poena metusque aberant, nec verba minantia fixo / aere legebantur, nec supplex turba timebat / iudicis ora sui, sed erant sine vindice tuti». «Per prima fiorì l'età dell'oro, che senza giustizieri / o leggi, spontaneamente onorava lealtà e rettitudine. / Non v'era timore di pene, né incise nel bronzo / si leggevano minacce, o in ginocchio la gente temeva / i verdeti di un giudice, sicura e libera com'era».

ambito e limiti. D'altronde, abbiamo già visto che più legislazioni europee e americane prevedono specifiche disposizioni in tema di pena naturale<sup>106</sup>.

In mancanza di un legislatore "illuminato", tuttavia, non è da escludere l'intervento suppletivo di un saggio ed equo giudice che, nei casi di pena naturale particolarmente chiari, in maniera ragionevole tenga conto delle sofferenze subite dall'autore del fatto in conseguenza dello stesso. Ciò, volendo riassumere, come abbiamo visto potrebbe avvenire o attraverso la deroga ai minimi edittali da parte del giudice ordinario, corroborata da una possibile giurisprudenza costituzionale che, come fatto in altre occasioni, legittimi ciò nel caso concreto e con specifico riferimento ai casi di pena naturale; oppure, nelle materie di competenza dell'Unione europea, mediante il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per chiarire se il rispetto del principio di proporzione implica il dovere del giudice di tenere conto, nel caso concreto e al momento della determinazione della pena, delle sofferenze naturali causate dal reato; ovvero ancora, qualora il giudice ritenga insussistenti tali dubbi, attraverso la diretta disapplicazione della legge interna che fissa i minimi edittali.

Qui, in maniera rapsodica, abbiamo tentato di indicare le possibili vie *de lege lata* che consentano di tener conto delle sofferenze subite dall'autore del fatto in conseguenza dello stesso, con la consapevolezza che sono strade faticose e percorribili solo da quel giudice disposto a "piegare" la legge nel senso voluto da principi sovraordinati orientati al *favor rei*.

---

<sup>106</sup> Si veda *supra*, par. 7.