

ATTUALITÀ

MORENA GALLO

**Pena naturale *versus*
“risarcimento” della sofferenza.
Condizioni detentive degradanti e rimedi ex art. 35 *ter* o.p.:
un’ipotesi di pena naturale ‘mediata’***

Dopo un succinto e generale inquadramento delle questioni attinenti alla pena naturale, il lavoro si occupa specificamente del risarcimento del danno per la violazione delle legittime condizioni di detenzione ex art. 35 *ter* dell’Ordinamento penitenziario, arrivando a sostenere che si tratta di un’ipotesi, insieme a quella del presofferto da carcerazione preventiva, di pena naturale “mediata” dallo Stato. L’Autrice, inoltre, trova conferma di tale affermazione attraverso un’indagine comparata, in particolare dalla giurisprudenza e la legislazione di altri Paesi in cui alcune sofferenze illegittime inflitte dallo Stato sono trattate alla stregua della pena naturale, con l’esclusione o la riduzione della pena forense. Le conclusioni dello scritto sono volte a rimarcare che la *ratio* della pena naturale non è quella meramente “risarcitoria”, la quale, sebbene in taluni casi corrobora la necessità della riduzione o dell’esclusione della pena forense, non è di per sé esaustiva delle ragioni militanti in tal senso, le quali, invece, si poggiano su principi superiori (proporzione e legittime finalità della pena) che dovrebbero conferire valore giuridico anche alle ipotesi di pena naturale immediata, ossia quelle immanenti al reato senza mediazione dello Stato.

Natural punishment versus ‘compensation’ for suffering.

*After a brief and general framing of the issues concerning natural punishment, the work deals specifically with the compensation of damages for the violation of the legitimate conditions of detention pursuant to Art. 35 *ter* of the Prison Ordinance, going so far as to argue that this is a hypothesis, together with that of pre-trial detention, of natural punishment ‘mediated’ by the State. The author, moreover, finds confirmation of this assertion through a comparative investigation, in particular with the jurisprudence and legislation of other States in which certain illegitimate sufferings inflicted by the State are treated in the same way as natural punishment, with the exclusion or reduction of the forensic penalty. The conclusions of the paper are aimed at emphasising that the ratio of natural punishment is not the merely ‘compensatory’ one, which, although in some cases corroborates the need for the reduction or exclusion of forensic punishment, is not in itself exhaustive of the reasons militating in this sense which, on the other hand, are based on superior principles (proportion and legitimate aims of punishment) that should also confer legal value on the hypotheses of immediate natural punishment, i.e. those immanent to the crime without mediation by the State.*

SOMMARIO: 1. Inquadramento generale della questione. – 2. Il «risarcimento del danno» per la violazione delle legittime condizioni di detenzione. – 3. Le sofferenze illegittime inflitte dallo Stato: esempi di pena naturale in altri ordinamenti. – 4. Un succinto epilogo: la *ratio* della pena naturale non è quella

[¶] 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.

meramente “risarcitoria”.

1. *Inquadramento generale della questione.* Crediamo che per schiarirci le idee sulla c.d. pena naturale, ossia quel “male” cagionato dal reato e che ricade a pregiudizio dello stesso suo autore, potrebbe essere sufficiente rispondere agli interrogativi suscitati dalla nota affermazione di Liszt: «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»¹.

La questione che evoca la pena naturale, infatti, non è altra se non quella del senso – se ne ha uno – che avrebbe la pena forense nel caso in cui l’autore del fatto sia stato attinto certamente da una pena naturale². Dovremmo dunque interrogarci se la pena forense, in caso di pena naturale, sia necessaria; qualora non lo fosse, sarebbe ingiusta. Dovremmo, ancora, chiederci se residuerebbe uno scopo della pena forense nel caso di pena naturale e, nel caso ne avesse uno, se la stessa pena statutale dovrebbe adattarsi a questo scopo, anche nel caso in cui l’autore fosse stato già colpito dal ‘male’ naturale³. Limitandoci alle tradizionali funzioni di prevenzione generale e speciale, ovvia-

¹ VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale* (1883), trad. it. di Calvi, Milano, 1962, 46. Sulla necessità della pena, anche ID.; *La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. it. di Calvi, Milano, 1962, 46. Ancor prima, MONTESQUIEU, *Des l'esprit des lois* (1748), Parigi, 1874, XIX, 14, 281.

² In Italia, la cosiddetta pena naturale è stata poco discussa, a parte un recente interesse nel dibattito penalistico suscitato da una sentenza della Corte costituzionale, che pur non accogliendo la questione sollevata, ha suggerito che tali questioni riguardano il diritto sostanziale e non, invece, l'improcedibilità processuale. Tuttavia, questa sentenza non sarà l'argomento intorno al quale si svolgerà la nostra riflessione: 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 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». A commento della stessa, PADOVANI, *La ‘pena naturale’ al vaglio della Corte costituzionale*, in *www.sistemapenale.it*, 17 aprile 2024; MANTOVANI, *Precisazioni su poenae naturales e delitti colposi*, in *www.sistemapenale.it*, 10 giugno 2024; FLORIO, *La pena naturale*, Napoli, 2025, 260 ss. Sull’ordinanza di remissione 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*, 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.

³ Sul senso della pena statale in situazioni di *poena naturalis*, recentemente, FLORIO, *La pena naturale*, cit., 97 ss.

mente nella loro accezione positiva, bisognerebbe capire se veramente la pena forense conserverebbe l'ambizione di soddisfare tali funzioni in caso di concorrente pena naturale, non essendo, invece, le medesime già assolute dalla stessa pena naturale, per intero o almeno parzialmente⁴. In ogni caso, sempre secondo Liszt, la pena forense dovrebbe essere impiegata con la massima parsimonia e su quest'ultima sorgono quantomeno dubbi nel caso in cui la pena statuale dovesse concorrere con la pena naturale, perché aggiungerebbe sofferenza a sofferenza, così forse violando il principio di proporzione⁵. Infatti, delle due, l'una: o la pena forense deve essere proporzionata al disvalore complessivo del reato, senza tener conto della pena naturale, così incorrendo nel rischio, appunto, di usare la sanzione penale senza la necessaria "parsimonia", perché la sofferenza complessiva dell'autore sarebbe eccessiva e maggiore di quella che subirebbe un altro autore che per lo stesso fatto non ha un pregiudizio 'naturale', ciò apparendo anche in violazione del principio di uguaglianza; oppure, la pena forense, che subisce chi è destinatario anche di quella naturale, deve tener conto di quest'ultima escludendo o riducendo quella statuale, ma, così ragionando, non facciamo altro che riconoscere valenza giuridica al 'male' diverso dalla pena forense; trasformiamo, *ex post*, la pena naturale in equivalente pena forense.

L'obiettivo di questo lavoro, d'altronde, non è quello di dare delle risposte, *a fortiori* certe, agli impegnativi interrogativi che abbiamo ora posto. Sarebbe,

⁴ Non è possibile in questa sede richiamare la vasta letteratura sulle funzioni della pena. Tra gli altri, MOCCIA, *Le teorie penali pure nel pensiero tedesco. Tra illuminismo e idealismo*, Napoli, 2023; ID., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992; DOLCINI, *Pena e costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 3 ss.; MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Crit. dir.*, 2009, 173-228; FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di Vassalli, Napoli, 2006; EUSEBI, *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990. Riflessioni puntuali sulla funzione di prevenzione generale in DE FRANCESCO, *La prevenzione generale tra normatività ed empiria*, in *Scritti in onore di Stile*, a cura di Castaldo et al., Napoli, 2013; PAGLIARO, *Le indagini empiriche sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981.

⁵ Sul tema della proporzione, recentemente e tra gli altri, VIGANÒ, *La proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale: un primo bilancio*, in *Studi in memoria di Beniamino Caravita*, a cura di Cassetti-Fabrizzi-Morrone-Savastano-Sterpa, vol. I, Napoli, 2024, 1113-1140; ID., *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.

da parte nostra, incombenza ambiziosa e comunque sproporzionata rispetto al compito assegnato. Compito che è, invece, quello di verificare se nel nostro ordinamento non esistano già delle norme che, sebbene magari implicitamente, rispondano ad un certo modello di pena naturale e trarne le dovute conseguenze in termini sistematici. Prima di esporre, sul punto, alcune modeste nostre idee, segmento di una ricerca più articolata, dobbiamo chiarire che le stesse sono lo svolgimento di altre delle quali faremo ora sintesi come necessaria premessa, altrimenti sarebbe difficile, se non impossibile, comprendere quanto qui andremo scrivendo⁶. Ci lasceremo accompagnare da queste idee, a mo' di mentore, per poi svilupparne le potenzialità in riferimento ad altre possibili norme che nel nostro ordinamento potrebbero già corrispondere ad un certo paradigma di pena naturale.

Prenderemo a modello di pena naturale quello secondo cui lo stesso è composto da tre elementi. Il primo è quello della sofferenza, del patimento, del 'male' che dir si voglia, subiti dall'autore del fatto. Una pena, anche se naturale, non prescinde dalla sofferenza, che potrebbe essere di diverse qualità (fisica, psichica, patrimoniale, ecc.), ma ciò al momento non ci interessa⁷. Questo 'male' - e siamo al secondo elemento dello schema - deve essere stato causato dal fatto di reato, deve, cioè, essere una sua conseguenza⁸. Come la pena forense è una conseguenza del reato, quella naturale è pure una conseguenza del medesimo. Ma, se è così, al momento non si intravedono particolari differenze strutturali tra pena forense e naturale, perché, sempre al momento, sono entrambi un 'male' derivante dal reato. A distinguere le due categorie, invece, è il terzo elemento costituito dallo scopo impresso alla sofferenza: nella pena forense il patimento ha la funzione [anche] di punire, nella pena natu-

⁶ Il riferimento è in primo luogo alla definizione di pena naturale data da CATERINI, *La pena naturale de lege lata*, in *Arch. pen.*, 2025, § 2, 6 ss.

⁷ È noto, d'altronde, che secondo la stessa giurisprudenza della Corte EDU, la pena, a prescindere dalla qualificazione formale che ne dà lo Stato, è definita proprio dalla gravità delle conseguenze pregiudizievoli ricollegate alla commissione di un illecito. Cfr., *ex multis*, Corte EDU, Plenaria, 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, Engel e altri c. Paesi Bassi, §§ 81 e 82.

⁸ «*Se llama pena natural al mal que se autoinflige el autor con motivo del delito, o que sea impuesto por terceros por la misma razón*», cfr. ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *Manual de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Buenos Aires, 2014, 743.

rale non ha mai questo compito⁹.

Al fine di evitare fraintendimenti, è opportuno chiarire che con l'affermazione secondo cui nella pena forense la sofferenza insita nella stessa ha lo scopo di punire, non vogliamo avallare visioni puramente retributive della sanzione penale, che ne esauriscono il contenuto nella necessità di infliggere un patimento fine a sé stesso. Non foss'altro perché, dal punto di vista del dover essere della pena, ciò sarebbe precluso, almeno in Italia, dalla previsione dell'art. 27, co. 3 Cost., secondo cui, com'è noto, le pene devono tendere alla rieducazione del condannato. Dunque, non vogliamo assecondare, neppure implicitamente, teorie assolute della pena, essendo invece ben convinti della necessità che al patimento di fatto intrinseco alla pena si associno scopi ulteriori, in primo luogo quello imposto dalla nostra Carta fondamentale. Ciò, del resto, non ci esime dal considerare che la pena forense, non solo di fatto, ha congenitamente un ruolo, anche, punitivo, almeno nel senso che ora esplicheremo. La domanda alla quale bisogna rispondere è se sia concepibile una pena forense senza alcuna punizione, quesito che già evoca, almeno a livello linguistico, una sorta di ossimoro. Crediamo che la risposta debba essere negativa e ciò non solo sotto il profilo della constatazione che, in base alla realtà ontologica, la pena è afflizione, ma anche sotto un profilo deontologico. Infatti, pur volendo attribuire alla pena funzioni esclusivamente preventive (generalì o speciali che siano), eliminare del tutto la sua dimensione punitiva (intesa come afflittiva, coercitiva, stigmatizzante o semplicemente come effetto sgradito al condannato) si scontra con significative difficoltà teoriche e anche pratiche. In primo luogo, per definizione una pena è imposta, non scelta. La coercizione stessa è un elemento intrinsecamente punitivo. Inoltre, in riferimento alla prevenzione generale, una conseguenza totalmente priva di "costo" o afflizione, rischia di essere del tutto inefficace anche sotto il profilo dell'orientamento culturale. Ancora, sotto il profilo della prevenzione speciale positiva, la designazione formale come trasgressore e l'assoggettamento a procedure, anche se rieducative, comportano uno stigma e sono percepite come punitive. Se è teoricamente importante cercare di mi-

⁹ In tal senso ancora CATERINI, *La pena naturale*, cit., § 2; si veda anche DONELSON, *Natural Punishment*, in www.northcarolinawreview.org, 9 marzo 2022, 7 ss.

nimizzare la sofferenza e l'aspetto puramente retributivo della pena, orientandola verso fini come la rieducazione e l'orientamento culturale, tuttavia l'idea di una pena totalmente priva di qualsiasi elemento percepibile come punitivo (anche solo la coercizione o lo stigma), appare estremamente difficile da realizzare concettualmente e praticamente. Forse, più che eliminare del tutto la punizione dalla pena, si tratta di trasformarla, renderla proporzionata e orientata alla reintegrazione sociale, abbandonando definitivamente l'antica idea della retribuzione come suo fondamento principale se non addirittura unico. Ciò, del resto, è desumibile dalla stessa giurisprudenza costituzionale, secondo cui dalla pena è ineliminabile una componente afflittivo-retributiva, senza la quale la sanzione non potrebbe definirsi pena¹⁰. Ciò, però, non significa neppure suffragare l'idea di una punizione in sé retributiva, ma invocare il principio di proporzione – come più volte facciamo in questo lavoro – solo come limite alla potestà punitiva dello Stato¹¹. Infatti, a ben vedere, se si volesse, ad esempio, incentrare la funzione della pena esclusivamente sulla rieducazione – per fortuna, comunque, affermata dalla Costituzione – senza tenere però in considerazione la ineliminabile componente afflittivo-retributiva, si rischierebbero effetti paradossali e, lo anticipiamo, verosimilmente incostituzionali, come nel caso in cui si volesse sostenere – come pure avvenuto storicamente – la rinunciabilità della detrazione del presofferto ex art. 137 c.p. in quanto la custodia cautelare è incompatibile con un percorso rieducativo¹².

¹⁰ Cfr., tra le altre, Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313, in *Giur. it.*, 1992, I, c. 1872: «in verità, incidendo la pena sui diritti di chi vi è sottoposto, non può negarsi che, indipendentemente da una considerazione retributiva, essa abbia necessariamente anche caratteri in qualche misura afflittivi. Così come è vero che alla sua natura ineriscano caratteri di difesa sociale, e anche di prevenzione generale per quella certa intimidazione che esercita sul calcolo utilitaristico di colui che delinque. Ma, per una parte (afflittività, retributività), si tratta di profili che riflettono quelle condizioni minime, senza le quali la pena cesserebbe di essere tale».

¹¹ *Infra*, nota n. 34.

¹² Si potrebbe ipotizzare, infatti, che detto scomputo non sarebbe necessario e, anzi, sarebbe da vietare in quanto, per definizione, la custodia cautelare non può essere improntata e finalizzata alla rieducazione perché, se così fosse, violerebbe, tra l'altro, il principio di presunzione d'innocenza. L'effetto sarebbe quello di far scontare al condannato tutta la pena, senza detrazione del presofferto, perché solo così potrebbe aspirarsi al risultato rieducativo, altrimenti compromesso da una pena eseguita solo in parte oppure affatto qualora il periodo di custodia cautelare fosse stato pari o superiore alla pena detentiva applicata. Tale soluzione contrasterebbe con il principio di proporzione che non può non prendere in considerazione la menzionata ineliminabile componente afflittivo-retributiva della pena, a nostro avviso da considerare nella sua totalità, ossia come complessivo patimento del reo derivante dal reato. Sulla

Riprendendo il discorso sulla pena naturale come prima definita, in questa la sofferenza, oltre a non nascere con lo scopo di punire, o non assolve ad alcuna funzione (ciò quando è il puro frutto naturalistico intrinseco al fatto), oppure assolve ad altri compiti diversi da quello della punizione (ciò quando il patimento è estrinseco al fatto, pur essendo causato dal medesimo fatto, ed è il frutto della mediazione dello Stato che s'interpone e infligge una sofferenza senza scopo di punizione). Da questa definizione emergono due differenti tipologie di pena naturale: una che possiamo definire naturale-immediata (o pura), l'altra che possiamo chiamare naturale-mediata (o informale)¹³. Il confine passa proprio sull'asse della mediazione o meno da parte di un terzo, in particolare da parte dello Stato¹⁴. Se il male è intrinseco al fatto di reato, allora avremo la classica ipotesi di pena naturale immediata. L'esempio da manuale è quello del padre che dimentica in auto il figlio di tenera età provocandone la morte: la sofferenza morale che il reato produce nel genitore è connaturata al fatto, senza mediazione statale. È, però, una sofferenza che comunque non ha la funzione di punire, salvo a supporre l'esistenza di forze divine o sovranaturali che hanno agito con questo scopo. Bisognerà solo valutare se dare un peso anche giuridico a questa sofferenza puramente naturale. Quando, invece, il 'male' è sì pur sempre la conseguenza di un fatto costituente reato, ma la sofferenza è impressa dallo Stato, però senza lo scopo di punire, ricorre l'altra tipologia di pena naturale che abbiamo definito mediata (dallo Stato) o informale. È stato rilevato che quest'ultimo schema ricorre, per esempio, nella carcerazione preventiva, come la chiama la nostra Costituzione all'art. 13, ciò perché si tratta di una sofferenza (la limitazione della libertà personale), causata dal fatto di reato, che non ha lo scopo della punizione (la misura, infatti, tende a soddisfare le esigenze cautelari e non può avere funzione punitiva, compromettendo altrimenti la presunzione d'innocenza). A questa forma di pena naturale mediata il nostro ordinamento, però, conferisce valore giuri-

detrazione del presofferto come criterio irrinunciabile, pena l'illegittima costituzionale del sistema, ancora una volta si veda CATERINI, *La pena naturale*, cit., 20 ss.

¹³ Per approfondimenti, si veda CATERINI, *La pena naturale*, cit., §§ 2 e 5.

¹⁴ Tale distinzione si può ricavare implicitamente anche allorché ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *Manual de derecho penal*, cit., affermano che la pena naturale è quel male che, oltre ad essere autoinflitto, può essere causato anche da terzi, sempre come conseguenza del reato.

dico nel momento in cui gli artt. 137 c.p. e 657 c.p.p. sanciscono che il periodo di carcerazione sofferta prima della sentenza irrevocabile di condanna si detrae dalla durata complessiva della pena temporanea detentiva da applicare. Si tratta del c.d. presofferto, proprio ad enfatizzare la *liaison* lessicale con il patimento tipico della pena naturale. In tali casi, quella che è originariamente una sorta di pena naturale (sofferenza derivante da reato, senza scopo di punizione) si trasforma successivamente in equivalente pena forense, nel momento in cui le norme codicistiche impongono al giudice di detrarre il presofferto.

È stato ben evidenziato, inoltre, che la detrazione del presofferto dalla pena da applicare è un criterio costituzionalmente irrinunciabile perché, se non vigessero gli artt. 137 c.p. e 657 c.p.p., assisteremmo ad un *vulnus* di legittimità. Così ragionando, si afferma implicitamente anche che la commutazione da pena naturale in pena forense è costituzionalmente necessaria, e che non sembrano sussistere neppure adeguate ragioni utili a giustificare un diverso trattamento tra pena naturale mediata e immediata. È stato evidenziato, ancora, che nel caso del presofferto la detrazione è agevolata sia dalla perfetta omogeneità del tipo di sofferenza da comparare: in entrambi i casi (custodia cautelare ed esecuzione di pena) si tratta della limitazione della libertà personale; sia da una più manifesta doverosità dello scomputo in quanto è lo stesso Stato ad aver generato la pena naturale, cioè la carcerazione preventiva. Ma tali ragioni, se spiegano perché il legislatore non ha avuto problemi a riconoscere valore giuridico alla pena naturale, non permettono automaticamente di giustificare una completa obliterazione giuridica delle altre ipotesi di pena naturale, anche quelle immediate, nel momento in cui le ragioni più alte che ne impongono la considerazione provengono da principi superiori, come quelli di proporzione, di umanizzazione della pena, di non desocializzazione¹⁵.

Fatte queste succinte ma doverose premesse, lo scopo di questo lavoro è ora

¹⁵ Le definizioni e, più in generale, le idee qui sunteggiate sono tratte sempre da CATERINI, *La pena naturale*, cit., *passim*. Si rinvia allo stesso lavoro anche per le ragioni secondo le quali non sembrano sussistere legittime giustificazioni del diverso trattamento legislativo tra ipotesi di pena naturale mediata e immediata. L'Autore, inoltre, propone delle soluzioni *de lege lata* utili a valorizzare giuridicamente le altre ipotesi di pena naturale, immediata, che passano attraverso la derogabilità o la disapplicazione dei minimi edittali.

quello di verificare se nel nostro ordinamento non esistano anche altri istituti, diversi dalla detrazione del presofferto, che in qualche modo richiamano il descritto paradigma di pena naturale.

2. *Il «risarcimento del danno» per la violazione delle legittime condizioni di detenzione.* A ben vedere, sembra che anche altre norme già vigenti nel nostro ordinamento rispondano al paradigma di pena naturale mediata dallo Stato. Il riferimento è alla disciplina predisposta dal combinato disposto degli artt. 35 *ter*, co. 1, e 69, co. 6, lett. b) dell'Ordinamento penitenziario. Nel caso d'inosservanza, da parte dell'amministrazione, di disposizioni previste dalla legge o dal regolamento penitenziario, da cui al detenuto derivi, per un periodo non inferiore a quindici giorni, un pregiudizio consistente nel vivere in condizioni di detenzione tali da violare l'art. 3 C.E.D.U. – come interpretato dalla Corte EDU – il magistrato di sorveglianza, su istanza dell'interessato, a titolo di «risarcimento del danno» dispone una riduzione della pena detentiva ancora da espiare pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci durante il quale il detenuto ha subito il pregiudizio. Colpisce l'espressione usata dal legislatore: «risarcimento del danno», che, a parte un lessico evocante forse troppo apertamente quello civilistico, apparentemente restituisce bene la *ratio* della norma¹⁶. Ragione che sembra ispirata alla necessità di “compensare” il detenuto con quella che però è una particolare moneta, non quella corrente del denaro, ma quella della libertà personale; una sorta di risarcimento in forma specifica¹⁷. In realtà, a dispetto di quello che potrebbe sembrare a primo acchito, non si tratta di una specie di risarcimento in forma specifica in senso proprio, perché, a parte altri profili di natura civilistica, il magistrato di sorveglianza con il suo provvedimento non è

¹⁶ A nostro avviso, il concetto di risarcimento si attaglia meglio a quella parte dell'art. 35 *ter* dell'Ordinamento penitenziario che, in caso di mancanza di pena residua da scontare, prevede un indennizzo in danaro; si attaglia meno, invece, al primo comma dello stesso art. 35 *ter*, cioè a quella disposizione che prevede una riduzione del periodo di pena residua da scontare. Sul punto si rinvia al § 4.

¹⁷ 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.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 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.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 6 novembre 2014, 15-16; DE RUBEIS, *Quali rimedi per riparare alla detenzione in condizioni disumane e degradanti? Le indicazioni della giurisprudenza europea ed i più recenti interventi normativi*, in *Arch. pen.*, 2014, 433-458.

ovviamente in grado di ricostituire lo *status quo ante*, cioè le condizioni in cui versava la vittima dell'illecito prima della lesione del proprio diritto; al magistrato sarà possibile solo fare in modo che in futuro il periodo di detenzione sia più breve di quello previsto nella sentenza definitiva di condanna¹⁸. Anche in questo caso, dunque, si tratta di sofferenze eterogenee: da un lato quelle derivanti dalla violazione dell'art. 3 C.E.D.U. che possono consistere in una gamma amplissima di situazioni, dall'altro la sofferenza connaturata alla detenzione in condizioni non disumane e degradanti.

A prescindere da ciò, quando residua un periodo di detenzione da scontare, è in linea generale certamente condivisibile la scelta legislativa di detrarre una quota imputandola all'equivalente sofferenza per violazione dell'art. 3 C.E.D.U. Tale scelta legislativa, però, avrebbe potuto essere anche diversa, ad esempio prevedendo sempre e comunque un risarcimento per equivalente in danaro. L'art. 35 *ter*, co. 2 dell'Ordinamento penitenziario, infatti, nel caso in cui il residuo periodo di pena ancora da espiare, per la sua minor durata, non consenta la detrazione dell'intera misura percentuale di cui al co. 1 (un giorno su ogni dieci di detenzione in condizioni illegittime), stabilisce che il magistrato di sorveglianza deve 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 pregiudizio¹⁹. Così farà in ogni caso il magistrato qualora sia inferiore a quindici giorni il tempo di detenzione in condizioni difformi da quelli dell'art. 3 della C.E.D.U. La tutela risarcitoria per equivalente in danaro – questa volta da esercitare innanzi al tribunale civile – è prevista anche per coloro che hanno terminato di espiare la pena detentiva, oppure per chi ha subito il pregiudizio da illegittima detenzione in stato di custodia cautelare in carcere non computabile nella determinazione della pena da

¹⁸ MASIERI, *La natura dei rimedi di cui all'art. 35-ter ord. pen. Possibili interpretazioni nel dialogo con alcune recenti decisioni di merito*, in www.archiviodpc.dirittoopenaleuomo.org, 8 luglio 2015, 8-9; GIOSTRA, *Un pregiudizio 'grave e attuale'? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35-ter ord. penit.*, in www.archiviodpc.dirittoopenaleuomo.org, 24 gennaio 2015, 1-7.

¹⁹ Sul tema del risarcimento monetario si vedano SCIUTTERI, *Il lungo percorso della giurisprudenza sulla natura giuridica dei rimedi risarcitori ex art. 35 ter o.p.: punti fermi e recenti approdi alla luce delle sezioni unite 'Tuttolomondo' e 'Cellini'*, in *Ind. pen.*, 2019, 2, 221-252; MARCATAJO, *Il danno da inumana detenzione: rimedio nuovo o risarcimento?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, fasc. 1, 221-243; CECCARELLI, *Danno da inumana detenzione*, in *Jus civile*, 2018, 5.

espiare: in questi casi, infatti, non ci sarebbe proprio da spendere la ‘moneta’ di scambio in termini di libertà personale. Come ha fatto per i casi in cui la detrazione in termini di giorni di detenzione non è proprio possibile perché manca la pena [residua] da scontare, il legislatore avrebbe potuto disporre l’indennizzo monetario anche nei casi in cui, invece, esiste ancora un periodo di detenzione da eseguire. Non ha proceduto in questo senso, perché? Una prima spiegazione sarebbe quella per cui il meccanismo dello scomputo dal periodo residuo di detenzione è criterio più “economico” per lo Stato, perché, nel caso di violazione dell’art. 3 C.E.D.U., l’erario non dovrebbe sborsare neppure un euro. Del resto, considerando la modestia della cifra (otto euro per giorno di detenzione in condizioni illegittime), tutto sommato il pericolo che lo Stato subisca insostenibili esborsi a questo titolo dovrebbe essere abbastanza remoto. Possiamo dire, dunque, che se certamente la ‘parsimonia’ erariale (non quella di Liszt!) ha spinto il legislatore verso una stima monetaria irrisoria – per giunta fissa – della sofferenza giornaliera per condizioni illegittime di detenzione, probabilmente non è stata la stessa ‘parsimonia’ a muovere lo stesso legislatore verso la soluzione di ridurre la pena forense residua in ragione del surplus di sofferenza subita dal detenuto in carcere. Tale ragione, invece, è da rintracciare proprio nel paradigma della pena naturale.

Il meccanismo predisposto dal legislatore negli artt. 35 *ter*; co. 1, e 69, co. 6, lett. b) dell’Ordinamento penitenziario, invero, sembra rispecchiare fedelmente il richiamato modello di pena naturale mediata (o informale). Si tratta di una sofferenza (in questo caso un eccesso di patimento rispetto a quello legittimamente connaturato alla detenzione)²⁰ derivante da reato, che (almeno ufficialmente) non ha lo scopo della punizione. Volendo tracciare un distinguo con la mentovata ipotesi della pena naturale del presofferto da carcerazione preventiva, in quest’ultima la sofferenza è (tendenzialmente) legittima perché la limitazione della libertà personale è giustificata dalle esigenze cautelari²¹; nel caso di

²⁰ Secondo la Corte EDU (Neshkov e altri c. Bulgaria, 2015, § 227; Muršić c. Croazia, 2016, § 99; più recentemente Georgia v. Russia II, 2021, § 240 ss.), 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 connaturata alla detenzione.

²¹ Le esigenze cautelari, di natura squisitamente processuale, com’è noto giustificano la carcerazione

sofferenza per condizioni detentive inumane e degradanti, invece, il surplus di patimento è totalmente illegittimo e, a maggior ragione, deve essere “risarcito”. In tutti e due i casi, del resto, si tratta di una pena naturale perché la sofferenza o il surplus della stessa, sebbene conseguente ad un reato, non hanno [ufficialmente] lo scopo di punire: nel caso del presofferto da carcerazione preventiva, lo scopo coincide con le esigenze cautelari; nel caso della violazione delle condizioni detentive umane e non degradanti, la sofferenza è il frutto di un comportamento illegittimo dello Stato che, in quanto tale, non può avere formalmente una funzione, tantomeno punitiva. Si tratta di un’accidentalità illecita, perché vietata dalla legge. Accidentalità, nell’accezione in cui qui usiamo il termine, non significa necessariamente che le condizioni detentive inumane e degradanti siano il frutto di una sorta di “fatalità”, perché potrebbero essere anche il risultato di una sistemica e *lato sensu* [dis]organizzazione penitenziaria, di una perversa tolleranza, se non addirittura la precisa scelta vessatoria di alcuni operatori carcerari. Dunque, alle spalle vi potrebbe essere anche una generale scelta scellerata del potere politico di disinteressarsi delle condizioni carcerarie, oppure di creare più o meno direttamente delle condizioni di detenzione inumane e degradanti (come quelle scelte politiche che incidono sul sovraffollamento carcerario)²², oppure ancora precise volontà di singoli operatori aguzzini²³; scelte generali o specifiche intenzioni che potrebbero essere anche in un certo senso con più o meno occulte finalità punitive, ma queste non valgono a scardinare l’idea secondo la quale nel momento in cui queste scelte generali o volontà particolari infrangono la legge, le eventuali motivazioni “a monte” *lato sensu* punitive non riescono, a nostro parere, a sviare i casi di cui stiamo trattando dal paradigma della pena naturale mediata. Ciò perché l’ipotetica causa

preventiva pur in costanza della presunzione di non colpevolezza. Discorso diverso e decisamente più problematico sarebbe da farsi per l’esigenza cautelare derivante dal pericolo di reiterazione del reato, ma naturalmente non è questa la sede per svolgerlo. Recentemente, in tema si veda CATERINI, *Presumption of innocence*, in *Encyclopedia of Crime and Criminal Justice*, vol. III, Cheltenham, 2024, 119-131.

²² SANTORSO, *Gestire la popolazione detenuta: mutamenti e continuità nelle politiche di governo dei flussi carcerari*, in *Soc. dir.*, 2015, 2, 147-182; FIORIO, *Cronache dal terzo millennio: politiche legislative e libertà personale*, in *Arch. pen.*, 2014, 2, 500-529.

²³ A proposito dei fattori che contraddicono il principio di umanità della pena: sovraffollamento carcerario, tortura, suicidi e atti di autolesionismo negli istituti di pena, recentemente FORNASARI, *I principi di personalizzazione e umanizzazione della pena*, in *Criminalia*, 2024, 1-21.

[maggiormente] punitiva (eventualmente residente in scelte politiche generali o in particolari intenzioni dei singoli) è una inconfessabile causa illecita e, dunque, non rilevante ai fini del nostro discorso. È innegabile che nella realtà esistano pene non ufficiali, e non si può ignorare la differenza tra l'ideale e l'effettivo, il reale. Tali punizioni, pur non essendo legali, sono comunque afflittive e vanno considerate nel calcolo della pena applicata dal giudice, per evitare una duplicazione della punizione che risulterebbe crudele²⁴.

Il combinato disposto degli artt. 35 *ter* e 69 dell'Ordinamento penitenziario, dunque, sembra costituire un'altra ipotesi, che si aggiunge a quella del presofferto da misura cautelare, in cui il nostro legislatore trasforma *ex post* in forense quella che nasce come pena naturale. Tale commutazione, inoltre e a differenza del presofferto da carcerazione preventiva, avviene con un criterio di ragguaglio che non è di "uno a uno", cioè il legislatore ha convenzionalmente sancito che per ogni dieci giorni di detenzione in condizioni inumane e degradanti dovrà essere detratto un giorno di detenzione dal residuo di pena. Questa disciplina è un'ulteriore conferma della "commisurabilità dell'incommensurabile", cioè della considerazione secondo la quale quando il legislatore vuole sa come, convenzionalmente e approssimativamente, ragguagliare sofferenze eterogenee; la difficoltà di commisurazione, pertanto, non può essere una motivazione di per sé sufficiente a giustificare l'oblio normativo delle pene naturali immediate²⁵. Infatti, in questo caso il legislatore ha ragguagliato convenzionalmente (rapporto dieci a uno) il surplus di sofferenza detentiva a quella connaturata e ineliminabile dalla stessa detenzione.

3. *Le sofferenze illegittime inflitte dallo Stato: esempi di pena naturale in altri ordinamenti.* A dimostrazione dell'affermazione secondo cui rientra nel paradigma della pena naturale la disciplina italiana in tema di detrazione dalla pena residua di un periodo convenzionalmente stabilito equivalente alle sof-

²⁴ Autorevole dottrina, proprio a proposito di pena naturale, ha messo ben in evidenza che «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, 2002, 133.

²⁵ CATERINI, *La pena naturale*, cit., § 6.

ferenze per le condizioni carcerarie inumane e degradanti, si può portare, in primo luogo, l'esempio di quella giurisprudenza argentina che si è occupata di maltrattamenti in carcere, in particolare nella fase della detenzione preventiva²⁶. Uno dei casi ha riguardato un detenuto in custodia cautelare che ha subito feroci maltrattamenti da parte del personale penitenziario. Il Tribunale sudamericano, nella sentenza volta ad accertare la responsabilità dell'imputato/detenuto e a quantificare la pena, ha affermato a chiare lettere che il giudice, anche per casi del genere, deve tenere in considerazione il principio di proporzione della pena il quale implica che nel determinare la stessa si debba tenere conto pure del danno che il procedimento o il processo possono aver causato all'imputato, allorché questo pregiudizio trasmoda quanto sia lecito e ragionevole aspettarsi. La motivazione del Tribunale, nel riferirsi all'art. 41 c.p. argentino secondo cui bisogna tenere conto di tutte le circostanze che possono incidere sulla determinazione concreta della pena, va oltre la stessa ultima disposizione perché stabilisce che se, generalmente, questa norma serve ad applicare la pena verso il minimo edittale, in casi particolari ci sono delle circostanze che impongono di derogare allo stesso minimo, ciò quando questo violi chiaramente i principi costituzionali di proporzionalità e umanità della pena²⁷. La menzionata giurisprudenza, dunque, ai minimi edittali assegna un valore di indicazione generale, suscettibile di essere derogato allorché, nel caso concreto, lo stesso minimo risulti eccessivo secondo norme sovraordinate, di fonte costituzionale, che non possono non prevalere sulla "legalità" della singola norma incriminatrice²⁸. L'ordinamento argentino, infatti, prevede un controllo diffuso di costituzionalità, dando la possibilità ai singoli giudici, come rimedio eccezionale, di dichiarare l'illegittimità di una legge, sebbene ciò abbia efficacia solo in riferimento al caso oggetto del giudi-

²⁶ Tribunal oral federal de Tucuman, autos: expte. n° 472 /2018, Illan, C.L. s/ infraccion a la Ley 23737, sentenza del 1° marzo 2023. Ne discorre ampiamente CATERINI, *La pena naturale*, cit., § 7. Si veda pure Tribunal criminal de La Plata, Velayarse, n. 6075 del 17 dicembre 2021, in *www.pensamientopenal.com*, 22 dicembre 2021. Si veda, per una trattazione generale del tema con riferimento anche alla giurisprudenza argentina, SERRANO, *El concepto de pena natural en la doctrina y la jurisprudencia penal*, Buenos Aires, 2023.

²⁷ FLEMING, LOPEZ VIÑALS, *Las penas*, Buenos Aires, 2009, 337.

²⁸ Il Tribunale, anche sul punto, invoca ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *Derecho penal*, cit., 996.

zio²⁹.

Per questa via il Giudice argentino accede alla categoria della pena naturale che, proprio perché caratterizzata da un danno sproporzionato subito dall'autore di un reato, consente di detrarre dalla pena forense l'equivalente in sofferenza naturale, anche se ciò compromette il rispetto del minimo editale³⁰.

Il Tribunale si è posto anche l'interrogativo se le sofferenze patite dall'imputato durante la carcerazione preventiva dovessero compensarsi con un indennizzo in danaro anziché con l'attenuazione della pena, ma ha scelto la seconda opzione perché è lo stesso codice di procedura penale argentino (art. 31) che in caso di pena naturale ammette persino la possibilità da parte della pubblica accusa di rinunciare all'azione penale.

Nonostante, nell'esempio ora trattato, sia il giudice della cognizione quello che ha tenuto conto della pena naturale, il parallelo con la richiamata disciplina italiana è molto evidente, anche se nel nostro ordinamento sarà il giudice di sorveglianza a decurtare la pena carceraria residua tenendo conto del surplus di sofferenza. In entrambi i casi si tratta, appunto, di una detrazione dalla pena forense di una misura equivalente al surplus di sofferenza subita dal detenuto in carcere, solo che in un caso tale sofferenza è avvenuta in misura cautelare, nell'altro in esecuzione di pena, ma, dal nostro punto di vista, cambia poco, se non la possibilità di suggerire, *de lege ferenda*, che anche nel nostro Paese dovrebbe essere prevista la possibilità da parte del giudice della cognizione, in sede di commisurazione della pena, di tenere conto delle sofferenze subite dall'imputato durante la carcerazione preventiva.

Proprio quest'ultima osservazione dà la stura per richiamare la codificazione spagnola che contiene una disposizione che faculta il giudice della cognizione a

²⁹ DALLA VIA, *La justicia constitucional en Argentina*, in *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 1997, 42 ss.

³⁰ 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 *www.pensamientopenal.com*, 2022, 425, 1 ss.

modulare al ribasso la pena in ragione di una particolare sofferenza subita dall'imputato a causa e durante il processo. Si tratta dell'art. 21 c.p., che al n. 6 (aggiunto nel 1995) prevede come circostanza attenuante «*la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa*». Per la legislazione spagnola, dunque, un ritardo straordinario e ingiustificato nello svolgimento del processo penale, non ascrivibile all'imputato stesso e non spiegabile con la complessità del caso, comporta una diminuzione della pena, come una sorta di ristoro non in danaro, ma nella stessa "moneta" della pena, sotto forma di decurtazione di un certo periodo di quella forense³¹. Il fondamento di quest'attenuante risiede nella necessità di "risarcire" la sofferenza causata dall'essere stato sottoposto a un procedimento penale e dall'incertezza del suo esito, quando il procedimento si è prolungato irragionevolmente³².

Così come la nostra Costituzione, all'art. 111, co. 2, garantisce la ragionevole

³¹ Su questa particolare attenuante introdotta nel codice spagnolo, si vedano DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, *La "nueva" atenuante de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento*, in *Cuadernos de política criminal*, 102, 2010, 45-90; CÓRDOBA RODA, *Las dilaciones indebidas*, in *Diario La Ley*, n. 7534, 2010; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *La circunstancia atenuante de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento*, in *Revista de derecho penal y criminología*, 6, 2011, 79-108; PORTAL MANRUBIA, *La atenuante de la dilación extraordinaria e indebida de acuerdo con el código penal*, in *Revista de derecho y proceso penal*, 26, 2011, 93-106; RODRÍGUEZ MOLINA, *Algunos problemas aparentes de aplicación de la atenuante de dilaciones extraordinarias e indebidas la comunicabilidad y la analogía*, in *Revista general de derecho penal*, 40, 2023.

³² Tribunal supremo, Sala de lo penal, 27 febbraio 2024, n. 173/2024, in www.poderjudicial.es. La circostanza attenuante si trasforma in «*muy cualificada*» (art. 66.1.2° c.p.), quando il ritardo «*supere el concepto de "extraordinaria", [y] sea manifiestamente "desmesurada"*, esto es que esté fuera de toda normalidad. También cuando la dilación materialmente extraordinaria, pero sin llegar a esa desmesura intolerable, venga acompañada de un plus de perjuicio para el acusado, superior al propio que irroga la intranquilidad por la incertidumbre de la espera, como puede ser que la ansiedad que ocasiona esa demora genere en el interesado una conmoción anímica de relevancia debidamente contrastada; o que durante ese extraordinario período de paralización el acusado lo haya sufrido en situación de prisión provisional con el natural impedimento para hacer vida familiar, social y profesional, u otras similares que produzcan un perjuicio añadido al propio de la mera demora y que deba ser compensado por los órganos jurisdiccionales», cfr. Tribunal supremo, Sala de lo penal, 21 marzo 2023, n. 199/2023, in www.poderjudicial.es. In dottrina sul tema anche SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcelona, 2018, 162. In senso contrario, 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 et al., Uruguay, 2017, 1008.

durata dei processi, così l'art. 24, co. 2 della Costituzione spagnola assicura che tutti abbiano diritto ad «*un proceso público sin dilaciones indebidas*». Mentre in Italia, però, il rimedio contro le violazioni del diritto alla durata ragionevole del processo consiste in un'equa riparazione o indennizzo in danaro affidato alla competenza della corte d'appello civile una volta che il processo si è concluso (legge n. 89 del 24 marzo 2001), in Spagna, un po' mutuando dal paradigma della pena naturale, per i processi penali il rimedio è affidato allo stesso giudice penale della cognizione che, nel caso di accertata durata irragionevole del processo, dovrà diminuire la pena forense³³. Si tratta di una circostanza che attenua la pena, anche se non la può escludere integralmente, ma la *ratio* che la ispira sembra essere quella della pena naturale mediata dallo Stato³⁴.

4. *Un succinto epilogo: la ratio della pena naturale non è quella meramente "risarcitoria"* Gli esempi che abbiamo tratto dalla giurisprudenza e dalla legislazione di altri Paesi servono a confermare che la nostra legislazione in materia di «risarcimento del danno» per la violazione delle legittime condizioni di detenzione – quella che prevede la decurtazione di un periodo dalla pena residua – sembra collocarsi nella sfera della pena naturale. Si tratta di un surplus di sofferenza, riconducibile pur sempre al reato, che viene compensato con una riduzione di pena forense. Pur con le differenze del caso, dunque, abbiamo un altro istituto, accanto a quello del presofferto da carcerazione

³³ In Spagna, in riferimento a processi non penali, recentemente la Corte costituzionale ha riconosciuto il diritto ad un indennizzo. Cfr. Tribunal constitucional, Sala primera, 10 ottobre 2022, n. 125, reperibile al seguente indirizzo: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-19080. Per una rassegna della giurisprudenza spagnola sul tema si veda RUIZ MIGUEL, *Gracia y justicia: el lugar de la clemencia (En torno a la pena natural)*, in www.indret.com, 2018, 2, 1 ss.

³⁴ È opportuno rammentare che sempre in Spagna, benché non esista un'attenuante specifica che tenga conto più in generale dei casi di pena naturale, la giurisprudenza prevalente 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. Si vedano, tra le tante decisioni, Tribunal supremo, Sala de lo penal, 5 giugno 2008, n. 307, consultabile su www.poderjudicial.es. Sulla c.d. "tenuante analogica" in Spagna recentemente SÁNCHEZ BENÍTEZ, *La pena natural o poena naturalis en el derecho penal español*, in *Estudios penales y criminológicos*, 2025, 46, 20 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, *Individualización judicial de la pena: función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, Madrid, 1997, 192. Sulle circostanze attenuanti quale correttivo della previsione sanzionatoria della fattispecie astratta, in Italia, tra gli altri, 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 di Paliero-Viganò-Basile-Gatta, vol. I, Milano, 2018, 257.

preventiva, che nel nostro ordinamento attribuisce valore giuridico alla pena naturale e lo fa non in termini meramente monetari, ma, appunto, di riduzione della pena statuale. Ci potremmo chiedere se sarebbe costituzionalmente legittima una diversa normativa che in questi casi, anziché decurtare un periodo dalla pena forense, prevedesse solamente un indennizzo monetario. Non aspiriamo a dare una risposta a questo impegnativo interrogativo, ma riteniamo che vi potrebbero essere fondati dubbi sulla legittimità costituzionale di questa ipotetica diversa normativa per contrasto, quantomeno, col principio di proporzione³⁵. Se così fosse, ciò potrebbe ridondare a vantaggio più ampio degli argomenti a favore della necessità di prevedere dei meccanismi che valorizzino giuridicamente la categoria generale della pena naturale, anche quella immediata (o pura), cioè senza mediazione dello Stato.

Nella pena naturale mediata dallo Stato (o informale), quello che sembra emergere, almeno in prima battuta, è una logica risarcitoria: lo Stato “indennizza” con la riduzione della pena forense la violazione di alcuni diritti dell’imputato/detenuto. Ciò, però, a ben vedere presupporrebbe sempre un comportamento illecito dello Stato, che genera questo obbligo “risarcitorio”, diciamo, per equivalente. D’altronde, non è sempre così. Tornando alla disciplina del presofferto da carcerazione preventiva, in tal caso il comportamento dello Stato [tendenzialmente e formalmente] non è illecito allorché applica la misura in carcere, proprio perché legittimato dalle esigenze cautelari. Quantunque la necessità del “rimborso” sia più eclatante quando alle spalle vi sia un comportamento illecito dello Stato, riteniamo però che tale logica risarcitoria non possa pervadere e caratterizzare tutto l’ampio campo della pena naturale. Anche perché, se la *ratio* della pena naturale mediata dallo Stato fosse quella meramente “risarcitoria”, dovremmo arrivare alla conclusione che non ci sarebbero problemi di costituzionalità nel momento in cui il legislatore, anziché una riduzione della pena detentiva, prevedesse un indennizzo in danaro, ma tale ipotetica soluzione lascerebbe invece aperti quantomeno fondati dubbi di legittimità³⁶. Non a caso, almeno ci sembra, il nostro

³⁵ Sulla possibilità di estendere l’operatività del principio di proporzionalità alla fase dell’esecuzione, NICOLÒ, *La proporzionalità della pena in executivis*, in *Cass. pen.*, 2024, 4116 ss.

³⁶ CATERINI, *La pena naturale*, cit., § 4.

legislatore – sia nel caso di presofferto da carcerazione preventiva, sia nel caso di “risarcimento” per violazione dell’art. 3 C.E.D.U. – come “indennizzo” prioritario ha previsto la diminuzione della pena forense e non quello in denaro, quest’ultimo lasciato solo come rimedio residuale quando il condannato non ha un periodo di detenzione ancora da scontare.

La sfera di operatività della pena naturale, a ben vedere, dovrebbe rispondere a logiche diverse e superiori, non riconducibili ad una *ratio* squisitamente [quasi] civilistica. Logiche che non possono prescindere dalle legittime funzioni assegnabili alla pena forense e dal principio di proporzione, come finalmente è stato posto in luce dalla richiamata dottrina argentina a fondamento argomentativo della giurisprudenza di quel Paese per risolvere casi, pure qui descritti, di pena naturale mediata dallo Stato. Anche in queste ipotesi, ma ovviamente in quelle di pena naturale pura o immediata, la ragione di fondo che legittima una diminuzione o l’esclusione della pena forense nei casi di pena naturale è la necessità di evitare conseguenze pregiudizievoli sproporzionate che comprometterebbero pure le stesse funzioni di prevenzione generale e speciale positive della pena forense. In altre parole: il valore giuridico della pena naturale non dovrebbe essere circoscritto alle sole ipotesi in cui l’imputato abbia un “credito” verso lo Stato; ciò svaluterebbe la *ratio* sottesa alla pena naturale e i principi sovraordinati sui quali si fonda. Farebbe prevalere una logica quasi privatistica della pena, non solo di quella naturale, una *ratio* vendicativa o meglio meramente od ottusamente retributiva, nel senso che la sofferenza assurgerebbe a fattore diminuyente o escludente la pena forense solamente quando lo Stato è in “debito” retributivo verso l’imputato/condannato, in ragione di un rapporto che potremmo definire puramente sinallagmatico. A nostro modesto avviso, però, il “rapporto punitivo” tra Stato e individuo non può essere ridotto a mero sinallagma quasi d’indole privatistica, e in ciò dovrebbe risiedere anche la distinzione tra mera retribuzione e principio di proporzione come limite alla potestà punitiva dello Stato³⁷. Il “rapporto punitivo” tra individuo e Stato è invece chiaramente di matrice

³⁷ Su questa natura del principio di proporzione, tra i tanti MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 88, 92; PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 443 ss.

pubblicistica e, ai fini del rispetto del principio di proporzione e delle altre legittime finalità della pena, deve prendere in considerazione anche fattori che prescindano da quanto l'individuo "deve" allo Stato e da quanto lo Stato "deve" all'individuo. Fattori che potrebbero essere anche le sofferenze direttamente derivanti dal reato, senza scopo punitivo e non causate dallo Stato, cioè le ipotesi classiche di pena naturale immediata (o pura).