

Principio di proporzione e individualizzazione del trattamento sanzionatorio: il GUP del Tribunale di Catania solleva questione di legittimità costituzionale degli artt. 164 c. 2 n. 1 e 178 c.p.

di **Sandro Del Popolo**

Sommario. 1. Premessa. – 2. La vicenda processuale. – 3. Le valutazioni del G.u.p. di Catania. – 4. Sulla violazione del principio di proporzione. – 4.1. Il sindacato “prospettico”. – 4.2. Il sindacato retrospettivo. – 5. Conclusioni

1. Premessa

Nell’ambito di un procedimento per omicidio stradale, il G.u.p. presso il Tribunale di Catania ha sollevato la questione di legittimità costituzionale degli artt. 164, comma 2 n. 1, e 178 c.p. per contrasto con gli artt. 3, 25 e 27 della Costituzione nella parte in cui impediscono la concessione della sospensione condizionale della pena ad un soggetto che abbia riportato condanne a pena detentiva nonostante l’intervenuta riabilitazione.

L’ordinanza in commento, assai pregevole nella ricostruzione tanto della vicenda processuale quanto dei principi costituzionali che vengono in rilievo e che rendono dubbia la compatibilità alla Costituzione del superiore divieto, costituisce una buona occasione per una nuova riflessione della Corte Costituzionale sul principio di proporzionalità della pena e su quello della c.d. individualizzazione del trattamento sanzionatorio.

2. La vicenda processuale

L’ordinanza in commento è stata emessa nell’ambito della celebrazione di un’udienza preliminare in cui si procede per il delitto di cui all’art. 589 *bis* c.p.

In questa sede processuale, il difensore dell’imputato, previo accordo con il Pubblico Ministero, avanzava istanza di applicazione pena su richiesta delle parti, subordinandola alla concessione della sospensione condizionale della pena.

Tuttavia, il G.u.p. rilevava correttamente che all’accoglimento dell’istanza di patteggiamento così formulata ostava la circostanza per la quale, tra il 1967 e il 1977, l’imputato ha riportato due condanne ancorché il Tribunale di Sorveglianza avesse concesso la riabilitazione nel lontano 1988; sul punto – rileva il G.u.p. – alla concessione della sospensione condizionale della pena osta «*il disposto dell’art. 164, comma II, c.p. laddove si prevede che “la sospensione condizionale della pena non può*

essere concessa: 1) a chi ha riportato una precedente condanna a pena detentiva per delitto, anche se è intervenuta riabilitazione»¹.

A questo punto, il difensore dell'imputato «*eccepiva l'illegittimità costituzionale dell'art. 164, comma II n. 1) cp per contrasto con gli artt. 3 e 27 della Costituzione "esprimendo essa [preclusione] una presunzione assoluta incompatibile con i principi di uguaglianza e con la funzione rieducativa della pena, impedendo che il Giudice possa formulare qualsiasi valutazione in concreto di pericolosità attuale di adeguatezza o meritevolezza del beneficio da parte dell'imputato che risulta già condannato»².*

In particolare, riportando la deduzione difensiva, il Giudice remittente sottolinea che il profilo di contrarietà alla Costituzione dell'art. 164, comma 2 n. 1, c.p. si deve in ragione del fatto che, nel caso concreto, il Tribunale di Sorveglianza di Catania ha concesso la riabilitazione al condannato sicché «*la preclusione contenuta nella disposizione dell'art. 164 non risulta tener conto in maniera compiuta e razionale del principio di personalizzazione della sanzione oltre che con quello che assegna al giudice di determinare di volta in volta la pena (in senso lato) da applicare sulla base delle circostanze in fatto e delle modalità di integrazione dei reati oltre che in base per l'appunto alla personalità del reo»³.*

3. Le valutazioni del G.u.p. di Catania.

Dopo aver a lungo motivato sulla rilevanza della questione, il G.u.p. ritiene che l'eccezione di incostituzionalità non sia manifestamente infondata.

L'analisi del possibile contrasto delle norme sopra richiamate con la Costituzione prende le mosse dalla funzione della riabilitazione, nota causa di estinzione della pena, che è «*un istituto costituzionalmente necessario, perché sancisce l'intervenuta "rieducazione" del condannato, e ciò fa attenuare la natura di beneficio a favore del condannato per farle assumere quella di una vera e propria aspettativa giuridicamente tutelata a fronte delle "prove effettive e costanti di buona condotta", cioè dell'accertamento che, dopo aver scontato la sanzione, il reo si è integrato nella comunità»⁴.*

Passando ad analizzare l'art. 164 cit. e le norme dedicate alla sospensione condizionale, dopo averne ricordato le varie declaratorie di illegittimità costituzionale, il G.u.p. rileva una similitudine tra la questione in esame e quella già affrontata dalla Consulta nel 1976⁵, in cui la Corte ha sottolineato che al Giudice di

¹ Ordinanza di remissione alla Corte Costituzionale in commento, pp. 1-2

² *ibidem*, p. 2.

³ *ibidem*.

⁴ *ibidem*, p. 5.

⁵ cfr. Corte Cost, 21 aprile 1976, n. 95, in cui la Consulta, chiamata a vagliare la compatibilità alla Costituzione dell'art. 164 c.p. nella parte in cui «*non consente la concessione della sospensione condizionale della pena a chi ha già riportato una precedente condanna a pena detentiva per delitto non sospesa, qualora la pena da infliggere cumulata con quella irrogata*

merito è «*sempre richiesto un giudizio prognostico di esclusiva competenza del giudice sulla possibilità che il reo "si asterrà dal commettere ulteriori reati", basata sul criterio di attualità e sulla considerazione piena delle circostanze e della personalità del colpevole*»⁶.

Guardando, specificamente, al divieto imposto dall'art. 164 cit. anche nelle ipotesi in cui sia intervenuta riabilitazione – definito come il frutto della logica per cui una volta commesso il reato «*lo stigma sociale perseguit[a] il reo per tutta la vita ed a prescindere da qualsivoglia altra considerazione ovvero da svolgimento in fatto che diano prova dell'allontanamento definitivo della persona dal reato e dalla "cultura" che si esprime a mezzo della sua commissione*»⁷ – il G.u.p. si interroga della compatibilità dello stesso anzitutto con l'art. 3 Cost. che, come la stessa Corte Costituzionale ha rilevato, «*esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia nel contempo alla funzione di difesa sociale ed a quella di tutela delle posizioni individuali. E la tutela del principio di proporzionalità, nel campo del diritto penale, conduce a "negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni"* (sentenze n. 341 del 1994 e n. 409 del 1989)»⁸; in proposito,

con la condanna precedente non superi i limiti stabiliti dall'art. 163 del codice penale» ha ritenuto che «*non si comprende infatti come possa essere giustificata la mancata previsione della possibilità di concedere la sospensione condizionale a chi ha riportato una precedente condanna per delitto a pena detentiva, la cui esecuzione non sia stata sospesa, quando tale possibilità è invece prevista nell'ipotesi in cui la precedente condanna alla reclusione sia stata sospesa.*

A giustificarla non è certo idonea l'affermazione che nel secondo caso già esiste una valutazione prognostica positiva che spetta al nuovo giudice verificare, alla luce del nuovo fatto intervenuto, mentre nel primo caso esiste, al contrario, un giudizio negativo che potrebbe ritenersi convalidato e confermato dai fatti successivamente intervenuti.

La commissione di un nuovo reato da parte di chi ha riportato una precedente condanna, potrebbe semmai dimostrare, coi fatti, l'erroneità della valutazione, compiuta dal primo giudice, di non recidività del reo e che quest'ultimo non merita un trattamento più favorevole di quello riservato a chi di tale valutazione non abbia a giovare.

D'altra parte, e ciò sembra decisivo, poiché la personalità umana è soggetta ad evoluzione e cambiamenti, non appare ragionevole condizionare l'apprezzamento sulla proclività al delitto del colpevole da formularsi in occasione della seconda condanna, alla valutazione effettuata in tempo precedente o addirittura remoto da altro giudice. E non è da escludersi che l'esecuzione di una precedente condanna possa avere determinato l'evoluzione in senso positivo della personalità del condannato».

⁶ Ordinanza di remissione alla Corte Costituzionale in commento, p. 7.

⁷ *ibidem*.

⁸ Corte Cost., 10 novembre 2016, n. 236. Come autorevolmente sottolineato da F. Viganò, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Riv. Trim. Dir. Pen.*

esattamente come aveva già fatto la Corte Costituzionale nel 2016, anche il G.u.p. di Catania invoca la previsione dell'art. 49, n. 3, CDFUE⁹.

Accanto al principio di proporzione di cui all'art. 3 Cost., il Giudicante rileva anche un contrasto con l'art. 27 Cost. perché, come posto in luce dalla recente pronuncia della Consulta 208/2024¹⁰, «la connotazione della sospensione condizionale della

Cont., 2017, 2, p. 65, con la sentenza *de qua* «Si delinea così un modello di sindacato che muove dal riconoscimento, in linea di principio, della discrezionalità del legislatore nella determinazione delle sanzioni applicabili a ciascuna fattispecie, ma che consente alla Corte di intervenire – secondo modelli ben conosciuti nel diritto costituzionale comparato – di fronte a situazioni, appunto, di manifesta sproporzione della pena rispetto alla gravità del fatto. Il limite, dunque, è di carattere negativo: la Corte non può assicurare essa stessa, in positivo, l'ideale di una pena "proporzionata" rispetto al fatto: a ciò dovranno pensare il legislatore prima, nella definizione del quadro edittale, e il giudice poi, nella determinazione concreta della qualità e quantità della pena all'interno dei limiti fissati dal legislatore, e tenendo conto delle eventuali circostanze aggravanti e attenuanti. Ciò che la Corte può e deve fare è, piuttosto, assicurarsi che le cogenti indicazioni del legislatore non impongano al giudice di infliggere concretamente pene (manifestamente) "sproporzionate" rispetto alla gravità del fatto: esattamente quanto richiede, oggi, l'art. 49 (3) CDFUE, anch'esso significativamente formulato nei termini negativi di divieto di pene sproporzionate, in coerenza con la logica del diritto dei diritti umani – che non pretende mai di imporre al legislatore democraticamente legittimato l'unico bilanciamento corretto tra più interessi in gioco, ma piuttosto di porre una cornice (invalicabile) all'interno della quale il legislatore possa individuare, nell'esercizio della propria discrezionalità politica, la soluzione più appropriata.

⁹ Rispetto al quale, nella sentenza 236/2016, la Corte Costituzionale evidenzia che «Deve essere ricordato, in questa prospettiva, anche l'art. 49, numero 3), della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, e che ha ora lo stesso valore giuridico dei trattati, in forza dell'art. 6, comma 1, del Trattato sull'Unione europea (TUE), come modificato dal Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007, ratificato e reso esecutivo con legge 2 agosto 2008 n. 130, ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009 – a tenore del quale "le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato"».

¹⁰ Corte Cost., 25 novembre 2024, n. 208, che ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 442, comma 2-bis, del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede che il giudice dell'esecuzione può concedere altresì la sospensione della pena e la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale, quando il giudice della cognizione non abbia potuto provvedervi perché la pena allora determinata era superiore ai limiti di legge che consentono la concessione di tali benefici. Nella pronuncia in esame, la Consulta ha ricordato che «La sospensione condizionale (...) fu sin dalla sua origine pensata come funzionale ad assicurare nel condannato per reati di non particolare gravità un effetto di monito associato alla sentenza di condanna pronunciata nei suoi confronti, risparmiandogli tuttavia, in particolare nel caso di prima condanna, l'esperienza del carcere. Da tempo la dottrina aveva, in effetti, mostrato come le pene detentive brevi – troppo brevi per provocare un cammino di rieducazione, ma già idonee a esporre il condannato all'influenza di subculture criminali e, comunque, a interrompere le sue relazioni affettive, familiari, sociali, lavorative con la comunità – producessero importanti effetti criminogeni e desocializzanti (sul punto, sentenza n. 28 del 2022, punto 5.1. del Considerato in diritto).

*pena quale beneficio octoype risulta superata dal principio di personalità della sanzione introdotto dall'art. 27 Cost. ed ancor di più dal **principio di rieducazione del condannato**, il cui esito, una volta accertato positivamente, **non può comportare più che il reo sia avvinto alla dinamica del reato commesso, specie se a distanza di tempo e malgrado la riabilitazione ottenuta**»¹¹; proprio per perseguire questi fini, il legislatore pone nelle mani del Giudice un ampio ventaglio di strumenti come quelli delle circostanze attenuanti, quelli della commisurazione previsti all'art. 133 c.p.¹² e la stessa sospensione condizionale della pena.*

Sulla scorta di questi parametri costituzionali, il Giudice ritiene illegittimo, per la violazione dei principi di proporzione e di rieducazione del condannato, l'art. 164 cit. *«perché non permette di considerare le vicende successive alla consumazione del "primo" reato, il tempo trascorso tra l'uno e l'altro reato, il nesso tra gli stessi e l'intervenuta rieducazione del reo a seguito del "primo" reato»*¹³ e l'intervenuta riabilitazione.

Sotto quest'aspetto, molto accuratamente, il Giudice remittente osserva che al sospetto di incostituzionalità *«potrebbe opporsi che è onere del legislatore stabilire le modalità per riconoscere la riabilitazione e la sospensione condizionale della pena(...) Epperò, rimane costituzionalmente dubbio che, in ogni caso e prescindendo da ogni circostanza e considerazione, sia sempre di ostacolo alla sospensione condizionale della pena l'aver riportato una precedente condanna a pena detentiva per delitto»* perché *«Se, infatti, è vero che nello Stato di diritto l'applicazione delle sanzioni e, di converso, anche degli strumenti alternativi (in senso lato) come la sospensione condizionale della pena, non è rimessa alla totale discrezionalità del giudice ma ad una valutazione da esercitare nel rispetto di parametri prefissati dal legislatore secondo una graduazione che potrebbe essere anche dettagliata; è anche vero che l'ordinamento penale ispirato dall'art. 27 Cost. respinge ogni automatismo meccanicistico»*¹⁴.

Così riassunti, assai brevemente ma non esaurientemente, i profili di contrasto alla Costituzione della disciplina di cui all'art. 164, comma 2 n. 1, c.p., appare utile

Tale ratio essenziale è ancor oggi alla base dell'istituto. E ciò in piena armonia con il principio costituzionale della finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27, terzo comma, Cost.: finalità che la sospensione condizionale persegue, peraltro, non solo in forma negativa – evitando i menzionati effetti criminogeni e desocializzanti della pena detentiva breve –, ma anche attraverso la minaccia di revoca del beneficio, che stimola l'astensione da ulteriori reati da parte del condannato durante il periodo di sospensione, nonché attraverso gli obblighi riparatori, ripristinatori o di recupero che, secondo i casi, possono o debbono essere imposti al condannato ai sensi dell'art. 165 cod. pen., conferendo così un contenuto risocializzativo anche "positivo" al beneficio».

¹¹ Ordinanza di remissione alla Corte Costituzionale in commento, p. 9.

¹² Si ricordano, sul punto, le indicazioni della Corte Costituzionale nella sentenza 197/2023.

¹³ Ordinanza di remissione alla Corte Costituzionale in commento, p. 12.

¹⁴ Ordinanza di remissione alla Corte Costituzionale in commento, p.13.

soffermarsi brevemente sul principio di proporzione e sulla sua violazione nel caso di specie.

4. Sulla violazione del principio di proporzione.

L'ordinanza in esame, assai condivisibile per la pregevole lettura ed interpretazione che fornisce delle sentenze della Corte Costituzionale che, nei vari decenni, si sono succedute, consente di riflettere sull'applicazione del principio di proporzione e sui risvolti che lo stesso ha sul processo penale.

Non è certamente questa la sede per un'ampia ed esaustiva ricostruzione del principio di offensività¹⁵ che, in questa sede, verrà trattato solo ed esclusivamente in relazione alla finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27 Cost.; si tralasceranno, dunque, anche gli aspetti legati ai poteri dei giudici di merito per rimediare alla "sproporzione" di talune misure¹⁶.

Al solo fine di inquadrare le questioni giuridiche sottese all'ordinanza di remissione in commento, appare utile rammentare che, sul piano penalistico, **«Il criterio di proporzione nasce, nella sentenza n. 50 del 1980, nell'orizzonte dell'art. 3 Cost.; ma già la sentenza n. 313 del 1990 istituisce un primo collegamento tra proporzione e finalità rieducativa della pena, di cui all'art. 27, terzo comma, Cost.** Il collegamento è poi ripreso dalle successive sentenze n. 343 del 1993, n. 341 del 1994; e infine è chiarito in termini espliciti dalle sentenze n. 68 del 2012 ("una pena palesemente sproporzionata – e, dunque, inevitabilmente avvertita come ingiusta dal condannato – vanifica, già a livello di comminatoria legislativa astratta, la finalità rieducativa") nonché, soprattutto, dalla sentenza n. 236 del 2016 ("laddove la proporzione tra sanzione e offesa difetti manifestamente [...] non ne potrà che discendere una compromissione ab initio del processo rieducativo, processo al quale il reo tenderà a non prestare adesione, già solo per la percezione di subire una condanna profondamente ingiusta [...], del tutto svincolata dalla gravità della propria condotta e dal disvalore da essa espressa")¹⁷; per completezza, si deve aggiungere che «Varie sentenze recenti ancorano il criterio di proporzionalità della pena anche al principio di offensività del reato – sub specie di responsabilità "per il fatto", anziché per la pericolosità soggettiva o per la (mera) volontà criminosa – fondato sull'art. 25, secondo comma, Cost»¹⁸; tuttavia, questo profilo non verrà illustrato in questa sede.

Sintetizzando, si può affermare che «

¹⁵ Sul punto, non si può far altro che rinviare a F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2021.

¹⁶ Per un approfondimento sul tema si rimanda a F. 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 *Sistema Penale*, 26 aprile 2022.

¹⁷ F. Viganò, *La Proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte Costituzionale: un primo bilancio*, in *Sistema Penale*, 8 gennaio 2025, p. 13.

¹⁸ *ibidem*.

Guardando alla giurisprudenza degli ultimi decenni, però, l'attuale elaborazione del principio di proporzione nella giurisprudenza della Corte Costituzionale è da rintracciare in tre diverse sentenze, il cui estensore è stato Giuseppe Tesaurò¹⁹, intervenute tra il 2010 ed il 2015²⁰.

Per la soluzione della questione sollevata dal G.u.p. di Catania, particolarmente rilevante è la seconda di queste pronunce – la n. 1/2014 intervenuta in materia elettorale – in cui la Corte Costituzionale ha avuto modo di enucleare una sorta di *vademecum* per l'interprete che si avventuri nella verifica della proporzionalità di una certa norma: **«Il test di proporzionalità utilizzato da questa Corte come da molte delle giurisdizioni costituzionali europee, spesso insieme con quello di ragionevolezza, ed essenziale strumento della Corte di giustizia dell'Unione europea per il controllo giurisdizionale di legittimità degli atti dell'Unione e degli Stati membri, richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi»**²¹.

Questa elaborazione è stata sviluppata in dottrina che, riprendendo le osservazioni sul punto della prof.ssa Marta Cartabia, ha ricordato che per valutare la proporzionalità di una certa norma – ma lo stesso vale per la sanzione – devono essere condotte quattro verifiche con riguardo *«(a) alla sussistenza di una finalità legittima della misura, (b) all'idoneità della misura stessa a conseguire quella finalità, (c) alla sua necessità, intesa come inesistenza di misure egualmente idonee ma meno incidenti sui diritti fondamentali dell'interessato, (d) alla sua proporzionalità in senso stretto, ossia al carattere non eccessivo della compressione del diritto fondamentale rispetto all'importanza dello scopo perseguito»*²².

Sebbene la citata struttura del test di proporzionalità non sia stata sempre seguita dalla giurisprudenza costituzionale²³, essa dovrebbe essere impiegata specie quando

¹⁹ Osserva F. Viganò, *La Proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte Costituzionale: un primo bilancio*, cit., p. 3 che **«il criterio di proporzionalità – sviluppatosi nella giurisprudenza costituzionale (e prima ancora amministrativa) tedesca, e da lì irradiatosi in numerose giurisdizioni contemporanee – fa ingresso nella nostra constitutional adjudication soprattutto grazie all'influsso culturale di un giudice ex avvocato generale della Corte di giustizia»**

²⁰ Si tratta della sentenza 270/2010, della sentenza 1/2014 e della sentenza 162/2015.

²¹ Corte Cost., 13 gennaio 2014, n. 1.

²² cfr. F. Viganò, *op. ult. cit.*, p. 4.

²³ Ad esempio, la citata struttura del test di proporzionalità non è stata seguita da Corte Cost., 10 novembre 2016, cit.

ad essere scrutinata è una sanzione a carattere “punitivo”, secondo i criteri elaborati dalla Corte Edu nella sentenza *Engel*²⁴.

Tuttavia, un tale schema andrebbe bene solo per la prima fase del giudizio di proporzionalità, ovvero quella tesa ad accertare la compatibilità astratta della norma scrutinata con i parametri costituzionali; infatti, qualora l’esito di questa prima fase fosse nel senso della proporzionalità della norma, si dovrebbe passare ad una fase successiva, volta ad accertare, in concreto, se la norma, non viola il principio di proporzione.

Questo giudizio “in concreto” evoca la c.d. *proporzionalità individualizzante*, ovvero quella tipologia «**che trae ispirazione dal principio di personalità della responsabilità penale di cui all’art. 27, primo comma, Cost.** (tanto laddove tale parametro sia espressamente evocato dal rimettente, quanto laddove sia la stessa Corte a richiamare la norma in chiave sistematica per dare contenuto alla stessa proporzionalità fondata sugli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.)»²⁵.

In proposito, «**La considerazione, accanto all’art. 3 Cost., del principio di personalità della responsabilità penale sancito dal primo comma dell’art. 27 Cost. – da leggersi anch’esso alla luce della necessaria funzione rieducativa della pena di cui al terzo comma dello stesso art. 27 Cost. – è inoltre alla base dell’ulteriore canone della necessaria individualizzazione della pena, pure enucleato da una risalente giurisprudenza di questa Corte, che si oppone in linea di principio alla previsione di pene fisse nel loro ammontare** (sentenza n. 222 del 2018, che richiama in senso conforme le sentenze n. 50 del 1980, n. 104 del 1968 e n. 67 del 1963).

Tale canone esige che – nel passaggio dalla comminatoria astratta operata dal legislatore alla sua concreta inflizione da parte del giudice – la pena si atteggi come risposta proporzionata anche alla concreta gravità, oggettiva e soggettiva, del singolo fatto di reato; il che comporta, almeno di regola, la necessità dell’attribuzione al giudice di un potere discrezionale nella determinazione della pena nel caso concreto, entro un minimo e un massimo predeterminati dal legislatore»²⁶.

Tuttavia, rispetto alle pronunce sin qui registratesi e che sono state esaminate dall’ordinanza di remissione in commento, la soluzione della questione posta dal Tribunale etneo richiede, probabilmente, uno step ulteriore.

In effetti, nel caso che ci occupa, il sindacato costituzionale sollecitato dal Tribunale di Catania si dovrebbe comporre di due diverse anime che finiscono per essere due facce della stessa medaglia: da un lato, un sindacato *prospettico*, svolto in astratto, per accertarne la compatibilità alla Costituzione delle finalità perseguite da una certa

²⁴ Corte eur. dir. uomo, Plenaria, 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, *Engel and Others v. the Netherlands*

²⁵ F. Viganò, *op. ult. cit.*, p. 20.

²⁶ Corte Cost., 6 marzo 2019, n. 112.

norma e, dall'altro, un sindacato *retrospettivo*²⁷, svolto in concreto, come quello che si adopera per le sanzioni, per verificarne la congruità rispetto al fatto sanzionato, anche alla luce della "storia" del reo, per ciò che rileva ai fini della valutazione della sua rieducazione; si propone un'analisi combinata dei due sindacati per apprezzare, compiutamente, i risvolti pratici che la preclusione di cui all'art. 164 cit. opera tanto sul piano delle finalità generali perseguite dal legislatore quanto sulle conseguenze pratiche che i singoli imputati subiscono nel processo penale relativamente alla funzione rieducativa della pena.

4.1. Il sindacato "prospettico"

Partendo dall'indagine prospettica, essa è chiamata a valutare la compatibilità del divieto di cui all'art. 164, comma 2 n. 1, c.p., con la logica sottostante al beneficio della sospensione condizionale della pena ai fini della rieducazione del condannato; in particolare, sotto osservazione dovrà essere l'effetto che l'intervenuta riabilitazione riverbera, da un lato, sulla precedente condanna a pena detentiva e, dall'altro, sulla (im)possibilità di concedere il beneficio *de quo* in futuro.

Nel far ciò, è necessario rammentare che *«Discrezionalità non equivale ad arbitrio. Qualsiasi legge dalla quale discendano compressioni dei diritti fondamentali della persona deve potersi razionalmente giustificare in relazione a una o più finalità legittime perseguite dal legislatore; e i mezzi prescelti dal legislatore non devono risultare manifestamente sproporzionati rispetto a quelle pur legittime finalità»*; in simili accertamenti, *«Il controllo sul rispetto di tali limiti spetta a questa Corte, che è tenuta a esercitarlo con tanta maggiore attenzione, quanto più la legge incida sui diritti fondamentali della persona. Il che paradigmaticamente accade rispetto alle leggi penali, che sono sempre suscettibili di incidere, oltre che su vari altri diritti fondamentali, sulla libertà personale dei loro destinatari»*²⁸.

Ad avviso di chi scrive, la risposta a questo primo interrogativo deve essere negativa. Recentemente, lo stesso Giudice delle Leggi ha ricordato che *«La sospensione condizionale (...) fu sin dalla sua origine pensata come funzionale ad assicurare nel condannato per reati di non particolare gravità un effetto di monito associato alla sentenza di condanna pronunciata nei suoi confronti,*

²⁷ Come ricostruisce F. Viganò, *op. ult. cit.*, p. 3, *«Il giudizio di proporzionalità della pena (e in generale delle sanzioni punitive) ha una struttura logica ormai ben stagliata nelle decisioni della Corte, che è però nettamente diversa da quella propria del giudizio di proporzionalità adottato al di fuori della materia sanzionatoria. Il primo giudizio è, infatti, caratterizzato da uno sguardo retrospettivo, e cioè orientato al fatto commesso, nel passato, dall'autore; il secondo, da uno sguardo prospettico, orientato cioè alle finalità che la disciplina scrutinata si ripromette, nel futuro, di conseguire»*

²⁸ Corte Cost., 22 marzo 2024, n. 46; v. altresì, F. Viganò, *Discrezionalità giudiziaria e principi Costituzionali*, in *Sistema Penale*, 7 marzo 2025, pp. 8-13.

risparmiandogli tuttavia, in particolare nel caso di prima condanna, l'esperienza del carcere. Da tempo la dottrina aveva, in effetti, mostrato come le pene detentive brevi – troppo brevi per provocare un cammino di rieducazione, ma già idonee a esporre il condannato all'influenza di subculture criminali e, comunque, a interrompere le sue relazioni affettive, familiari, sociali, lavorative con la comunità – producessero importanti effetti criminogeni e desocializzanti (sul punto, sentenza n. 28 del 2022, punto 5.1. del Considerato in diritto). Tale ratio essenziale è ancor oggi alla base dell'istituto. E ciò in piena armonia con il principio costituzionale della finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27, terzo comma, Cost.: finalità che la sospensione condizionale persegue, peraltro, non solo in forma negativa – evitando i menzionati effetti criminogeni e desocializzanti della pena detentiva breve –, ma anche attraverso la minaccia di revoca del beneficio, che stimola l'astensione da ulteriori reati da parte del condannato durante il periodo di sospensione, nonché attraverso gli obblighi riparatori, ripristinatori o di recupero che, secondo i casi, possono o debbono essere imposti al condannato ai sensi dell'art. 165 cod. pen., conferendo così un contenuto risocializzativo anche "positivo" al beneficio»²⁹.

Naturalmente, «**il giudice di merito, una volta accertato che non vi sono ostacoli alla concessione della sospensione condizionale della pena, deve passare a formulare una prognosi sulla probabilità che in futuro "il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati", e solamente nel caso in cui tale prognosi (da effettuarsi "avuto riguardo alle circostanze indicate nell'art. 133") sia favorevole, può concretamente concedere il beneficio di cui si tratta" (Sez. 1, n. 8865 del 18/06/1992, B., Rv. 191628 - 01; conf. Sez. 1, 18 giugno 1992, n. 529, P.M. in proc. N., non massimata)**»³⁰.

In effetti, è proprio la finalità di rieducazione del condannato cui la pena deve essere orientata a rendere incostituzionale il divieto previsto all'art. 164 cit.

In particolare, guardando al contenuto del giudizio del Tribunale di Sorveglianza, la concessione della riabilitazione postula che il condannato abbia "recuperato" dal reato, ovvero abbia condotto con profitto quel percorso di reinserimento in società che deve ispirare il trattamento sanzionatorio³¹.

²⁹ Corte Cost., 25 novembre 2025, n. 208.

³⁰ Cass., sez. VI, 10 ottobre 2024, 44358.

³¹ cfr. Cass. sez. I, 14 settembre 2016, n. 52493, in cui è stato osservato che «**nella riflessione teorica condotta dalla giurisprudenza di legittimità e nelle applicazioni pratiche è costante il rilievo, per il quale, ai fini dell'accertamento della buona condotta, non è sufficiente il mancato accertamento di elementi negativi attinenti al comportamento del condannato, ma è richiesta l'emergenza positiva di "prove effettive e costanti" di fatti sintomatici dell'avvenuto recupero del soggetto ad un corretto modello di vita**; in altri termini, non assume rilievo la mera astensione dal compimento di fatti costituenti reato, quanto "l'instaurazione e il mantenimento di uno stile di vita improntato al rispetto delle norme di comportamento comunemente osservate dalla generalità dei consociati, pur quando le stesse non siano

E' proprio qui che si annida il profilo di illegittimità costituzionale sollevato dalla difesa nel caso che ci occupa e che è stato condiviso dal Giudicante: nonostante l'avvenuta "rieducazione" del condannato che ha scontato la sua pena e che è stato riabilitato, la precedente condanna a pena detentiva riportata continuerà a riverberare effetti negativi, impedendo, senza alcuna valutazione prognostica effettuata nell'attualità, la concessione della sospensione condizionale della pena; in altre parole, l'art. 164 cit. contiene una presunzione *iuris et de jure* di pericolosità del reo – legato cioè alla futura commissione di reati – nonostante gli accertamenti del Tribunale di Sorveglianza in sede di riabilitazione.

Invero, questa sorta di presunzione finisce per tradire, compromettendola definitivamente, la finalità rieducativa della pena perché, come correttamente rileva il G.u.p. nell'ordinanza qui in commento, «*lo stigma sociale perseguit[a] il reo per tutta la vita ed a prescindere da qualsivoglia altra considerazione ovvero da svolgimento in fatto che diano prova dell'allontanamento definitivo della persona dal reato e dalla "cultura" che si esprime a mezzo della sua commissione*»³².

Infatti, se neppure la riabilitazione è in grado di eliminare questo effetto stigmatizzante della condanna – il quale poi avrà le sue declinazioni nel procedimento penale – ciò significa che nessun condannato, a prescindere dal suo percorso rieducativo e di reinserimento in società, potrà mai affrancarsi dalla condanna.

Già sotto il profilo generale, si rinviene un serio *vulnus* ai principi dettati dall'art. 27 Cost.

4.2. Il sindacato retrospettivo.

Se anche si ritenesse, all'esito del superiore giudizio prospettico, che il divieto di cui all'art. 164, comma 2 n. 1), c.p., in relazione all'art. 178 c.p., non contrasta con l'art. 27 Cost., occorrerebbe comunque effettuare un giudizio in concreto, per accertare se tale divieto sia proporzionato rispetto al fatto commesso anche alla luce del *background* dell'imputato; quest'ultimo aspetto costituisce quell'aspetto *individualizzante* del principio di proporzione che, in relazione all'art. 27 Cost., impone la «**necessaria individualizzazione della pena**»³³.

Sebbene nei confronti del tema della individualizzazione del trattamento sanzionatorio «*si è così nutrito per decenni nella dottrina nostrana un disinteresse e financo una vera e propria diffidenza alimentata dai retaggi del tecnicismo giuridico,*

penalmente sanzionate o siano, addirittura, imposte soltanto da quelle elementari e generalmente condivise esigenze di reciproca affidabilità che sono alla base di ogni ordinata e proficua convivenza sociale" (Cass., sez. 1, n. 196 del 3/12/2002, Rega, rv. 223027; sez. 2 n. 35545 del 25/6/2008 P.G. in proc. Gucciardi, rv. 240660; sez. 1, n. 39809 del 2/10/2008, Lombardo, rv. 241652; sez. 6, n. 5164 del 16/01/2014, Marigliano, rv. 258572)».

³² Ordinanza di remissione in commento, p. 7.

³³ F. Viganò, *La proporzionalità nella giurisprudenza recente della corte costituzionale*, cit., p. 17.

che hanno favorito letture semplificatorie e riduttive della stessa, quale mero precipitato di una legittimazione specialpreventiva della sanzione penale, nonché l'identificazione del concetto in parola con gli spazi, più o meno ampi, di discrezionalità giudiziaria ammessi dalla legge»³⁴, è fuor di dubbio che essa costituisce «il precipitato di alcuni canoni a carattere generale e di altri a carattere specificamente penale, ovverosia, in particolare, il principio di eguaglianza e di solidarietà sociale per i primi, nonché il carattere personale della responsabilità penale e il finalismo rieducativo assegnato alla pena per i secondi»³⁵ tanto da aver trovato una definitiva consacrazione anche in alcune recenti sentenze della stessa Corte Costituzionale.

Ecco allora che, venendo alla questione sollevata dal Tribunale di Catania, il sindacato sulla proporzionalità dell'art. 164 cit., nella sua prospettiva individualizzante, consente di cogliere un ulteriore profilo di illegittimità costituzionale del divieto in esame.

In verità, introducendo una vera e propria presunzione assoluta, l'art. 164 cit. impedisce al giudice di merito di operare "l'individualizzazione del trattamento sanzionatorio", precludendogli la possibilità valutare l'intervenuta riabilitazione e, dunque, la conclusione con profitto del percorso rieducativo; conseguentemente, in maniera pressoché automatica viene compromessa qualunque possibilità di individualizzare la risposta sanzionatoria nei confronti del reo che, come detto, può e deve essere attuata anche con lo strumento della sospensione condizionale della pena, la quale mira ad evitare «importanti effetti criminogeni e desocializzanti»³⁶.

In questo modo, un soggetto che ha già pagato per i suoi reati e che ha portato a compimento un percorso di risocializzazione si troverebbe a non poter beneficiare della sospensione condizionale non già perché il giudice di merito ha accertato un pericolo di recidiva ma in virtù, esclusivamente, della precedente condanna riportata, senza nessuna valutazione concreta e attuale circa la meritevolezza o meno del beneficio in commento.

Ebbene, negando la possibilità di valutare simili elementi dimostrativi dell'avvenuto "affrancamento" dal reato commesso in passato, viene ad essere tradito il principio ribadito dalla stesso Consulta secondo cui **«l'obiettivo della rieducazione del condannato, posto da questa norma costituzionale, non può essere efficacemente perseguito negando valore a quei comportamenti che manifestano una riconsiderazione critica del proprio operato e l'accettazione di quei valori di ordinata e pacifica convivenza, nella quale si esprime l'oggetto della rieducazione critica del proprio operato e l'accettazione di quei valori di**

³⁴ M. Venturoli, *Verso un nuovo paradigma di individualizzazione della pena? osservazioni a margine del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150*, in *Sistema Penale*, 10 ottobre 2022, pp. 1-2.

³⁵ *ibidem*, p. 3

³⁶ Corte Cost., 12 gennaio 2022, n. 28.

ordinata e pacifica convivenza, nella quale si esprime l'oggetto della rieducazione»³⁷.

Come autorevolmente osservato, la sentenza appena citata «*afferma a chiare lettere che il comportamento "virtuoso" successivo al reato – non necessariamente coincidente con una condotta riparatoria nei confronti della vittima – deve poter essere considerato quale fattore rilevante da parte del giudice nella fase di determinazione della pena, ancorché evidentemente esso non incida sulla valutazione della gravità del reato commesso, quanto piuttosto sulla valutazione della "capacità a delinquere" del reo*»³⁸.

Alla luce degli stessi principi fissati dalla Consulta, non sembra possa definirsi conforme ai principi desumibili dall'art. 27 Cost. una presunzione assoluta che vieta al giudice di merito qualunque valutazione in ordine all'intervenuta riabilitazione.

Se quanto sopra esposto non bastasse, c'è un altro fattore da considerare e che, probabilmente, consente di apprezzare meglio il profilo di incostituzionalità appena rilevato: il considerevole arco temporale trascorso tra la precedente condanna a pena detentiva per la quale è intervenuta riabilitazione e il "nuovo" reato per cui si nega la sospensione condizionale.

Una domanda, volutamente provocatoria, si pone al riguardo: è davvero ispirata alla finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27 Cost. e comunque "proporzionata" una norma che vieta la concessione della sospensione condizionale a fronte di una condanna risalente nel tempo, come nel caso dell'ordinanza di remissione in cui il "precedente prossimo" risale ad oltre 45 anni e per cui è intervenuta riabilitazione da oltre 36 anni?

Ancora una volta, la risposta a questo interrogativo dovrebbe essere negativa perché, com'è stato magistralmente sottolineato dal prof. Viganò, la «*Finalità rieducativa e proporzionalità della pena si contemperano dunque in un rapporto di natura dialettica in cui la prima è invocata dalla giurisprudenza costituzionale quale fondamento della seconda, ma in cui in definitiva entrambe finiscono per limitare la portata espansiva dell'altra: la proporzionalità limita la rieducazione, ponendo un limite massimo alla pena; **ma la rieducazione limita la proporzionalità, imponendo l'inflizione di pene inferiori a quella idealmente "proporzionata"** – in omaggio alche al principio del minimo sacrificio necessaria della libertà personale, ora richiamato *expressis verbis* dalla sentenza n. 179 del 2017 – **ogniqualevolta ciò***

³⁷ Corte Cost., 10 giugno 2011, n. 183, con cui è stata dichiarata «*l'illegittimità costituzionale dell'art. 62-bis, secondo comma, del codice penale, come sostituito dall'art. 1, comma 1, della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione), nella parte in cui stabilisce che, ai fini dell'applicazione del primo comma dello stesso articolo, non si possa tenere conto della condotta del reo susseguente al reato*».

³⁸ F. Viganò, *La proporzionalità della pena*, cit., p. 219.

sia necessario per accompagnare un percorso di riavvicinamento ai valori della convivenza civile del reo, già in atto prima della sentenza di condanna»³⁹.

Ebbene, è proprio questo principio che dovrebbe aprire la strada alla declaratoria di incostituzionalità della norma in esame in quanto se, a fronte di precedenti condanne assai risalenti nel tempo, si impedisse al giudice di operare un giudizio prognostico attuale sulla possibilità che il reo torni a delinquere, ciò significherebbe infliggere un sacrificio alla libertà personale ben al di sopra di quello necessario.

In definitiva sul punto, anche il giudizio retrospettivo dovrebbe concludersi nel senso della non proporzionalità del divieto.

5. Conclusioni

L'ordinanza di remissione in commento costituirà una nuova occasione per la Corte Costituzionale di effettuare il c.d. test di proporzionalità.

Le questioni proposte dal G.u.p. di Catania, almeno sul piano della c.d. proporzionalità individualizzante, evincibile dal combinato disposto degli artt. 3 e 27 Cost., appaiono particolarmente fondate: non sembra né proporzionata né conforme alla finalità rieducativa della pena una presunzione, come quella di cui all'art. 164, comma 2 n. 1), c.p., che vieta *tout court* la possibilità di concedere la sospensione condizionale della pena ad un soggetto che abbia precedentemente riportato condanne a pena detentiva, nonostante in relazione a queste ultime sia stata concessa la riabilitazione.

D'altro canto, vista l'elaborazione della Corte Costituzionale in ordine al rapporto tra il principio di proporzione e la necessità di individualizzare il trattamento sanzionatorio alla luce dell'art. 27 Cost.⁴⁰, non sembra possibile affermare la legittimità costituzionale di una presunzione assoluta come quella dell'art. 164, comma 2 n. 1, c.p. che finisce per impedire una valutazione concreta ed attuale della meritevolezza o meno della sospensione condizionale da parte del soggetto condannato e riabilitato.

Il profilo di illegittimità costituzionale in commento si apprezza maggiormente considerando la peculiarità del caso concreto da cui promana l'ordinanza di remissione qui in commento: i precedenti per cui l'imputato ha riportato condanne risalgono a circa 50 anni prima i fatti per cui oggi si procede e l'intervenuta

³⁹ F. Viganò, *La proporzionalità della pena*, cit., p. 219.

⁴⁰ In tema di necessaria individualizzazione della trattamento sanzionatorio e del percorso rieducativo, v. **Corte Cost., 7 marzo 2025, n. 24** in cui, riprendendo principi di diritto espressi in precedenza, la Corte Costituzionale ha ribadito che «il «criterio "costituzionalmente vincolante"» che «esclude "rigidi automatismi e richiede sia resa possibile invece **una valutazione individualizzata e caso per caso**" nella materia dei benefici penitenziari (sentenza n. 436 del 1999), [...] giacché ove non fosse consentito il ricorso a criteri individualizzanti "l'opzione repressiva fini[rebbe] per relegare nell'ombra il profilo rieducativo" (sentenza n. 257 del 2006)» (sentenza n. 149 del 2018, punto 7 del Considerato in diritto; nonché, nello stesso senso, sentenze n. 56 del 2021, punto 2.4. del Considerato in diritto, e n. 253 del 2019, punto 8.2. del Considerato in diritto)».

riabilitazione – che dimostra il fruttuoso completamento del percorso di rieducazione e risocializzazione – risulta concessa ben 34 anni prima il “nuovo” reato. Le medesime ragioni già esposte con riguardo al contrasto con l’art. 27 Cost. depongono, altresì, per la violazione dell’art. 49, par. 3, CDFUE che, secondo l’interpretazione offerta in una recente sentenza della CGUE, consentirebbe al giudice nazionale di «*disapplicare la parte della normativa nazionale da cui deriva il carattere sproporzionato delle sanzioni, in modo da giungere all’irrogazione di sanzioni proporzionate, che permangono, nel contempo, effettive e dissuasive*»⁴¹, trattandosi di un principio dotato di «*effetto diretto*».

Non resta, allora, che attendere il pronunciamento della Consulta, per una nuova analisi ed elaborazione del principio di proporzionalità in materia penale che, nell’auspicio di chi scrive, dovrebbe comportare la riaffermazione della prevalenza della finalità rieducativa della pena sulle anacronistiche politiche di prevenzione del reato, sganciate da esigenze attuali e concrete.

⁴¹ CGUE, 8 marzo 2022, Ne, Causa C- 205-20.