



TRIBUNALE DI CATANIA
UFFICIO DEL GIUDICE PER LE INDAGINI PRELIMINARI

Il Giudice dott. Anna Maria Cristaldi,

nel procedimento n. 4336/2022 rgnr e n. 3357/2023 RGIP a carico di [REDACTED] nato a [REDACTED] il [REDACTED] con domicilio eletto presso lo studio del Difensore di fiducia;

difeso di fiducia dall'avv. Giuseppe Musumeci del Foro di Catania;

imputato del reato previsto e punito dall'art. 589 bis c.p., commesso in [REDACTED] l'8 febbraio 2023 (data del decesso);

letti gli atti e sciogliendo la riserva all'udienza del 13 settembre 2024

OSSERVA

Il PM, in data 19 aprile 2023, ha chiesto il rinvio a giudizio di [REDACTED] in relazione al delitto di cui all'art 589 bis cp.

In data 5 giugno 2024, il Difensore del [REDACTED] munito di procura speciale, ha chiesto la definizione del procedimento con applicazione di pena concordata, determinata nella misura definitiva di anni uno, mesi due, giorni sei di reclusione e subordinata alla concessione della sospensione condizionale della pena.

Il PM ha prestato il consenso con nota del 27 maggio 2024.

Dagli atti del procedimento risulta che il [REDACTED] con sentenza della Corte di Appello di Catania del 31 ottobre 1968, in riforma della sentenza emessa dal Tribunale di Catania in data 10 ottobre 1967, era stato condannato alla pena di anni due e mesi cinque di reclusione ed alla multa (convertita) di euro 30, 99 in relazione al delitto di furto aggravato; detta condanna è divenuta definitiva in data 4 novembre 1968.

Lo stesso [REDACTED] con sentenza del Tribunale di Catania del 30 novembre 1976, irrevocabile il 19 marzo 1977, era stato, altresì, condannato alla pena di giorni cinque di arresto e (convertito) euro 5,16 di ammenda, in relazione al reato di violazione delle norme sull'assicurazione obbligatoria degli autoveicoli e natanti.


In data 17 marzo 1988 la Corte di Appello di Catania ha concesso al Guarnera la riabilitazione, in relazione alle due condanne sopra indicate.

Osta, pertanto, all'applicazione della sospensione condizionale richiesta dall'imputato il disposto dell'art. 164, comma II, cp laddove si prevede che *“la sospensione condizionale della pena non può essere concessuta: 1) a chi ha riportato una precedente condanna a pena*

detentiva per delitto, anche se è intervenuta la riabilitazione”.

Nel caso di specie, la condanna ad anni due e mesi cinque di reclusione, superando il limite di cui all'art. 163 cp, è, quindi, preclusiva alla concessione della sospensione condizionale della pena, a cui è subordinata la sopra indicata richiesta di patteggiamento.

Pertanto, all'udienza del 21 giugno 2024, il giudice indicava alle Parti detta oggettiva preclusione.

All'udienza del 13 settembre 2024, il Difensore del  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 del merito possa formulare una qualsiasi valutazione in concreto di pericolosità attuale di adeguatezza o meritevolezza del beneficio da parte dell'imputato che risulta già condannato”.*

Lo stesso Difensore chiedeva, quindi, che valutata la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione venga sollevata questione di legittimità costituzionale della disposizione dell'art 164 comma II, n. 1), cp, nella parte in cui preclude la concessione della sospensione condizionale della pena a chi ha riportato una precedente condanna a pena detentiva per delitto, superiore ai limiti dell'art. 163 cp, anche se è intervenuta la riabilitazione, per contrasto con gli articoli 3 e 27, comma III, della Costituzione.

Il PM riteneva la questione irrilevante. Il giudice si riservava di decidere.

1. Rilevanza della questione di legittimità costituzionale


1.1. L'imputato, tramite il difensore procuratore speciale, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 164, secondo comma, n. 1, cp, nella parte in cui dispone che la sospensione condizionale della pena non può essere concessa a chi è stato condannato ad una pena detentiva per un delitto, malgrado sia intervenuta la riabilitazione. Secondo l'imputato tale divieto si risolve in un'occasione di contrasto con l'art. 27 Cost. e cioè con la funzione rieducatrice della pena, nonché con il principio di eguaglianza per l'irragionevolezza della previsione. Nell'applicazione del cd beneficio vale la considerazione dei limiti temporali delle pene siccome precisati dall'art. 163 cp, nel testo riformulato nel 1974.

Invero, 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.

1.2 Non sussistono i presupposti per un proscioglimento ex art. 129 cpp. Il reato contestato

all'imputato per i suoi limiti edittali rientra tra quelli per i quali è consentita l'irrogazione di una sanzione cui applicare la sospensione condizionale. Per lo stato degli atti la pena concordata ex art. 444 cpp rientra nei parametri di legge.

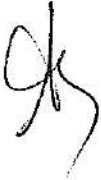
1.3 In base, però, al certificato penale in atti, l'imputato è stato condannato alla pena di anni due e mesi cinque di reclusione per il delitto di furto aggravato da Appello Catania 31 ottobre 1968 e – per quanto possa rilevare – alla pena di giorni cinque da Tribunale Catania 30 novembre 1976, per la violazione delle norme sull'assicurazione obbligatoria degli autoveicoli e natanti.

Con sentenza Appello Catania 17 marzo 1988 il  ha ottenuto la riabilitazione in ordine ai due reati.

1.4 In ragione dell'art. 164, comma secondo, n. 1), cp, questo giudice dovrebbe dichiarare inammissibile o comunque respingere l'istanza di sospensione condizionale della pena e, quindi, non accogliere l'istanza di patteggiamento o di pena concordata ex art. 444 cpp, alla luce del disposto ai sensi del quale la sospensione condizionale della pena non può essere concessa a chi è stato condannato per delitto ad una pena superiore ai limiti dell'art. 163 cp, "anche se è intervenuta la riabilitazione".

Questo rende rilevante ex art. 23 l. n. 87/1953 la questione di costituzionalità dell'inciso appena riportato, perché la disposizione in esso riportata rende inapplicabile alla vicenda di specie l'istituto del patteggiamento ex art. 444 cpp ed obbliga questo giudice a respingere in via preliminare l'istanza di pena concordata.

1.5 Laddove viceversa la norma qui censurata fosse dichiarata costituzionalmente illegittima non si profilerebbe la citata condizione ostativa all'ammissione alla sospensione condizionale della pena e la relativa istanza potrebbe essere esaminata nel merito. Sul punto può riferirsi che la stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 174/2022, relativa al diverso istituto della messa in prova, ma con argomentazioni di carattere generale riferibili anche alla sospensione condizionale della pena di cui all'art. 164 cp, ha considerato che *«l'accoglimento della questione avrebbe infatti, nella prospettiva del giudice a quo, l'effetto di rimuovere la preclusione oggi opposta a una possibile seconda concessione del beneficio previsto dalla disposizione censurata, consentendogli così di valutare nel merito [...] se sussistano gli ulteriori presupposti delineati dagli articoli 168-bis del codice penale e 464-bis e 464-quater del codice di procedura penale per l'accesso all'istituto in questione. [...] Ne', ai fini della motivazione sulla rilevanza della questione, sarebbe stato necessario per il giudice rimettente diffondersi sulla sussistenza dei requisiti del beneficio in capo a entrambi gli imputati, posto che tale valutazione è logicamente successiva alla rimozione della*



preclusione stabilita dalla disposizione censurata, che allo stato vieta in modo assoluto - secondo la lettura del rimettente - la concessione del beneficio a chi ne abbia già fruito».

Analogamente a quanto riportato, nel caso di specie l'accoglimento della questione, con la conseguente rimozione della preclusione ad oggi esistente, consentirebbe di valutare nel merito l'istanza e deciderla.

1.6 La rilevanza della questione non viene meno neanche a considerare che, per l'età raggiunta, l'imputato potrebbe non scontare la sanzione eventualmente inflittagli. E ciò per un duplice ordine di motivi. Per un verso, infatti, l'applicazione di una sanzione comporta, comunque, in assenza di sospensione l'esecuzione di una sanzione. Peraltro, la decisione circa le modalità di applicazione della sanzione è temporalmente e logicamente successiva a quella circa la sua comminazione e presuppone per l'istante la condanna che è qui in questione. Inoltre, poi, la stessa modalità di applicazione della sanzione può essere affidata alla valutazione di altro decisore, di modo che per l'istante a questo Tribunale si pone il problema di applicare l'art. 164, secondo comma, n. 1), cp.

Le prospettive di ammissione a benefici penitenziari o a misure alternative alla detenzione si pongono in ogni caso all'esterno del perimetro di decisione di questo giudice circa l'applicabilità dell'art. 164 cp.

2 Non manifesta infondatezza della questione sollevata in via incidentale

2.1 La questione qui sollevata attiene alla legittimità costituzionale dell'art. 164, secondo comma, n. 1), cp, nella parte in cui dispone che la sospensione condizionale della pena non può essere concessa *“a chi ha riportato una precedente condanna a pena detentiva per delitto, anche se è intervenuta la riabilitazione”*. Ciò inibisce di attribuire efficacia alla riabilitazione ed impedisce al giudice di valutare tempi, modalità e circostanze dei reati riconosciuti integrati dall'imputato.

2.2 La questione non appare manifestamente infondata sulla base delle *rationes* a presupposti della riabilitazione prevista dall'art. 178 cp e della sospensione condizionale disciplinata dall'art. 164 cp del 1930 e, soprattutto, dell'insegnamento della Corte costituzionale in più decisioni.

2.3 La riabilitazione è oggi prevista dall'art. 178 cp; essa *“estingue le pene accessorie ed ogni effetto penale della condanna, salvo che la legge disponga altrimenti”*. Può anticiparsi che tra tali deroghe e/o eccezione all'eliminazione di *“ogni effetto penale”* vi è appunto quella prevista dall'art. 164, comma secondo, cp.

In generale, e per come è noto, la riabilitazione è disciplinata dal codice penale del 1930 tra le

cause di estinzione della pena e, quindi, tra istituti come la morte del reo, il decorso del tempo, l'indulto e la grazia, la non menzione della condanna e la liberazione condizionale, cioè tra cause del tutto diverse che attengono sia a circostanze oggettive, come a vicende di carattere soggettivo.

Per quanto contenuta già nel codice Zanardelli del 1889, la riabilitazione risulta oggi uno degli strumenti di attuazione dell'art. 27 Cost. e della funzione rieducatrice della pena. In un certo senso può definirsi 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.

Ne discende che anche la limitazione contenuta nell'art. 178 cp deve essere intesa in maniera rigorosa e restrittiva e, soprattutto, che le ipotesi in cui dalla riabilitazione non cessano tutti gli effetti debbono trovare adeguata giustificazioni in ragione di particolari esigenze costituzionali.

La riabilitazione del condannato passa, del resto, attraverso il rigoroso accertamento svolto in sede giurisdizionale, "*acquisita la documentazione necessaria*", art. 583 cpp, e quindi anche con l'ausilio degli operatori specialisti in una visione integrata che guarda alla personalità del reo grazie anche agli apporti di vari esperti.

2.4 Nel testo originario del 1930, all'art. 164, u.c., il codice penale considerava la sospensione condizionale come una sorta di (ulteriore) beneficio che potesse utilizzarsi una sola volta nel corso dell'esistenza, legata com'era all'idea che il reato segnasse pressoché per sempre la vita del colpevole. È vero che l'art. 164 cp si apre con il richiamo dell'art. 133 e, quindi, con i criteri di commisurazione della sanzione in base alla gravità del reato ed alla capacità a delinquere del medesimo reo; esso, presuppone, cioè, che il reo sia tale sulla base di alcuni indici e che di fatto lo rimarrà, anche se già allora la sospensione condizionale era comunque legata alla valutazione del giudice "*che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati*".

L'ultimo comma dell'art. 164 cp è stato oggetto di una travagliata vicenda. La sentenza della Corte costituzionale n. 86/1970 "*ammise la possibilità della concessione quando il secondo reato si legasse con vincolo della continuazione a quello già precedentemente punito con pena sospesa*". La sentenza n. 73/1971 "*ritenne tale possibilità anche nel caso di nuova condanna per un delitto commesso anteriormente alla precedente e sempre che la pena da infliggere, cumulata con quella già sospesa, non sorpassasse i limiti stabiliti per l'applicabilità del beneficio*". È intervenuto il legislatore con il d.l. 11 aprile 1974, n. 99,

convertito, con modificazioni proprio sull'art. 12, nella legge 7 giugno 1974, n. 220. E, ciò nonostante, a causa del fatto che "4. ... che la dizione finale della norma present[er]a delle ambiguità tali da legittimare il dubbio che il suo significato originario, non ostante le modifiche apportate, sia rimasto immutato", è dovuta intervenire ancora la Corte costituzionale con la sentenza n. 95/1976, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'ultimo comma "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 con la condanna precedente non superi i limiti stabiliti dall'art. 163 del codice penale".

Della sentenza n. 95/1976 va qui riportato il paragrafo 5, in cui il giudice costituzionale osservò come non potersi comprendere "5. ... 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 giovarsi.

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".

Già allora, insomma, la Corte costituzionale notò che l'esclusione della sospensione condizionale per il fatto di essere stato condannato a pena detentiva per delitto risulta(va) piuttosto sospetta e che, al contrario, si richiede(va) un giudizio fondato sull'attualità.

Il problema di costituzionalità oggi all'attenzione – l'essere l'art. 164 cp illegittimo nella parte in cui fa derivare dalla precedente condanna l'inibizione alla sospensione condizionale –

sembra essere posto già da quella sentenza de 1976, che ha 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.

2.5 La restrittiva impostazione del codice del 1930 spiega che la sospensione condizionale non possa essere concessa nemmeno *“se è intervenuta la riabilitazione”*, come se lo stigma sociale perseguiti il reo per tutta la vita ed a prescindere da qualsiasi altra considerazione ovvero da svolgimenti in fatto che diano prova dell'allontanamento definitivo della persona dal reato e dalla *“cultura”* che si esprime a mezzo della sua commissione. Potrebbe dirsi che l'integrazione di un reato perseguita per sempre la persona del reo, senza considerare attività future che lo stesso possa aver posto in essere.

2.6 Questa visione della sospensione condizionale può risultare in contrasto con l'art. 27 Cost. e con i principi ivi contenuti.

La questione qui prospettata può essere riferita a mezzo dei richiami alla giurisprudenza della Corte costituzionale.

Così, nella sentenza n. 236/2016, il giudice costituzionale ha rilevato come sia costante *“4.2. ... la considerazione secondo cui l'art. 3 Cost. 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)”*.

Ha ricordato l'art. 49, numero 3), CDFUE, a tenore del quale *«le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato»*. Per la Corte *“il principio di proporzionalità esige un'articolazione legale del sistema sanzionatorio che renda possibile l'adeguamento della pena alle effettive responsabilità personali, svolgendo una funzione di giustizia, e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statale, in armonia con il “volto costituzionale” del sistema penale (sentenza n. 50 del 1980)”*.

Ed ha continuato affermando *“che, alla luce dell'art. 27 Cost., il principio della finalità rieducativa della pena costituisce «una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta*

previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue» (sentenza n. 313 del 1990; si vedano anche le sentenze n. 183 del 2011 e n. 129 del 2008). Esso, pertanto, non vale per la sola fase esecutiva, ma obbliga tanto il legislatore quanto i giudici della cognizione (sentenza n. 313 del 1990). Anche la finalità rieducativa della pena, nell'illuminare l'estratta previsione normativa, richiede «un costante principio di proporzione tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra» (sentenza n. 251 del 2012 e, ancora, sentenza n. 341 del 1994), mentre la palese sproporzione del sacrificio della libertà personale produce «una vanificazione del fine rieducativo della pena prescritto dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione, che di quella libertà costituisce una garanzia istituzionale in relazione allo stato di detenzione» (sentenza n. 343 del 1993).

Laddove la proporzione tra sanzione e offesa difetti manifestamente, perché alla carica offensiva insita nella condotta descritta dalla fattispecie normativa il legislatore abbia fatto corrispondere conseguenze punitive di entità spropositata, 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 (sentenze n. 251 e n. 68 del 2012), del tutto svincolata dalla gravità della propria condotta e dal disvalore da essa espressa”.

Ha concluso che “in tale contesto, una particolare asprezza della risposta sanzionatoria determina perciò una violazione congiunta degli artt. 3 e 27 Cost., essendo lesi sia il principio di proporzionalità della pena rispetto alla gravità del fatto commesso, sia quello della finalità rieducativa della pena (sentenza n. 68 del 2012, che richiama le sentenze n. 341 del 1994 e n. 343 del 1993)”.

Questa decisione è significativa perché fa pressoché il punto sul rapporto tra pena e istituti che attengono alla sua finalità rieducativa.

2.7 Come ricordato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 208/2024,

“3.1.– Lungi dall'esprimere generiche istanze indulgenziali o di immotivata “fuga dalla sanzione” nei confronti degli autori di reato, tanto la sospensione condizionale della pena quanto la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale sono istituti chiave nell'ottica della funzione oggi costituzionalmente assegnata alla pena dall'art. 27, terzo comma, Cost.

La sospensione condizionale – introdotta in Italia dalla legge 26 giugno 1904, n. 267 (Sospensione della esecuzione delle sentenze di condanna) per i condannati a pena detentiva di norma non superiore alla durata di sei mesi, poi progressivamente estesa sino a raggiungere i limiti attuali – 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).

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".

2.8 Insomma, la connotazione della sospensione condizionale della pena quale beneficio *octroye* 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 avviato alla dinamica del reato commesso, specie se a distanza di tempo e malgrado la riabilitazione ottenuta.

2.9 L'art. 27 Cost., insomma, pare aver abbandonato la concezione della riabilitazione e della sospensione condizionale come benefici ottriatamente concessi, ed al contrario ne ha fatti strumenti che mirano - assieme alla riparazione del danno provocato dal reato ed alla tutela della vittima di quest'ultimo - alla rieducazione del condannato e ad offrirgli opportuna occasione di risocializzazione.

2.10 Ciò passa di necessità attraverso l'intervento decisivo del giudice, cioè a dire quel potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena ex art. 132 cp che si esercita nei limiti della legge in base appunto al principio di legalità, ma che pure è presupposto necessario della personalità della pena. Lo stesso art. 133 cp, che per l'appunto è citato dall'art. 164 cp, è in questa chiave riletto attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata che fa dell'irrogazione della sanzione lo strumento di rieducazione del reo. Ed in questa concezione tutti gli istituti man mano configurati dal diritto positivo, compreso quindi

quello della sospensione condizionale della pena, contribuiscono a dare effettività al citato valore.

2.11 La giurisprudenza costituzionale ha fatto largo uso di questi concetti.

Ad esempio, nella sentenza n. 197/2023, che pure riguarda l'omicidio del codice, ha ricordato di aver *“più volte sottolineato che il principio di proporzionalità della pena, desunto dagli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. esige «che la pena sia adeguatamente calibrata non solo al concreto contenuto di offensività del fatto di reato per gli interessi protetti, ma anche al disvalore soggettivo espresso dal fatto medesimo», il quale a sua volta «dipende in maniera determinante non solo dal contenuto della volontà criminosa (dolosa o colposa) e dal grado del dolo o della colpa, ma anche dalla eventuale presenza di fattori che hanno influito sul processo motivazionale dell'autore, rendendolo più o meno rimproverabile» (sentenza n. 73 del 2020, punto 4.2. del Considerato in diritto; nello stesso senso, sentenza n. 94 del 2023, punto 10.3. del Considerato in diritto; sentenza n. 55 del 2021, punto 8 del Considerato in diritto). Il principio della “personalità” della responsabilità penale, sancito dal primo comma dell'art. 27 Cost., richiede d'altra parte che la pena applicata a ciascun autore di reato costituisca «una risposta – oltre che non sproporzionata – il più possibile “individualizzata”, e dunque calibrata sulla situazione del singolo condannato» (sentenza n. 222 del 2018, punto 7.1. del Considerato in diritto)”.*

2.12 Nella stessa sentenza, sempre riguardo l'omicidio, ma con argomentazioni relative a tutti i reati, ha notato che *“attraverso il flessibile strumento del bilanciamento tra le circostanze, il nostro ordinamento consente dunque al giudice di commisurare una pena maggiormente calibrata rispetto all'intensità del disvalore della singola condotta omicida, nel rispetto dei principi costituzionali appena menzionati, nonché di tener conto di ulteriori circostanze che – pur non incidendo sul minor grado di disvalore oggettivo o soggettivo del fatto di reato – esprimono tuttavia una minore necessità di applicare una pena nei confronti del suo autore, in considerazione ad esempio della sua condotta successiva al reato.*

5.2.3.– *Grazie al complesso delle circostanze attenuanti applicabili all'omicidio e alla loro possibile prevalenza nel giudizio di bilanciamento con eventuali aggravanti, le soluzioni sanzionatorie cui può pervenire il giudice italiano si avvicinano almeno in parte, negli esiti, a quelle cui è possibile giungere in numerosi altri ordinamenti contemporanei, nei quali l'articolazione delle diverse figure di omicidio volontario e delle relative circostanze attenuanti consente una significativa modulazione della risposta sanzionatoria, in ragione della diversa gravità di ciascuna condotta omicida”.*

2.13 La stessa sentenza si è spinta a considerare il *“bisogno di pena”* che si richiede al giudice

di valutare a carico del reo attraverso l'utilizzo delle circostanze attenuanti (o in diverse ipotesi: aggravanti).

2.14 Il precedente è stato riportato perché esso mostra la tendenza nella giurisprudenza della Corte costituzionale a commisurare la sanzione alle circostanze di fatto ed alla persona del reo, evitando ogni automatismo che sarebbe per definizione contrario ai valori costituzionali che si fondano sul rilievo della persona umana, compreso il reo, e sulla rieducazione di quest'ultimo.

2.15 Poiché, però, l'applicazione dell'art. 164, secondo comma, n. 1), c.p. finisce nei fatti per dare prevalenza alla recidiva rispetto ad ogni altro profilo – compreso quello dell'intervenuta riabilitazione – va ricordata Corte costituzionale n. 188/2023, che fa per così dire il punto sulla questione dell'art. 69, u.c., cp.

“In numerose precedenti occasioni questa Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 69, quarto comma, cod. pen., nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza di altrettante circostanze attenuanti sulla recidiva di cui all'art. 59, quarto comma, cod. pen. In particolare nella recente sentenza n. 94 del 2023 (punto 10 del Considerato in diritto) sono state rammentate e sinteticamente illustrate le varie rationes decidendi sottese alle sentenze anteriori, riconducibili peraltro all'esigenza di mantenere – con le parole della successiva sentenza n. 141 del 2023 (punto 3.1. del Considerato in diritto, – «un conveniente rapporto di equilibrio tra la gravità (oggettiva e soggettiva) del singolo fatto di reato e la severità della risposta sanzionatoria, evitando in particolare quella che la sentenza “capostipite” n. 251 del 2012 già aveva definito l’“abnorme enfaticizzazione delle componenti soggettive riconducibili alla recidiva reiterata, a detrimento delle componenti oggettive del reato” (punto 5 del Considerato in diritto) creata dall'art. 69, quarto comma, cod. pen.»”.

2.16 Ed infatti, a ripetere le parole di quest'ultima sentenza, la precedente commissione di un reato, e quindi il godimento della sospensione condizionale della pena in quell'occasione, si manifesta come una sorte di enfaticizzazione enorme della recidiva, a prescindere da qualsivoglia considerazione delle componenti oggettive del reato come anche di quelle soggettive, giacché non si tiene nemmeno conto delle attuali condizioni del reo e della riabilitazione intervenuta.

2.17 Insomma, il sistema degli artt. 178 e 164 cp risulta sbilanciato ed irrazionale in violazione del canone di ragionevolezza dell'art. 3 Cost.: per un verso la riabilitazione dovrebbe far venir meno “ogni altro effetto penale della condanna”; ma poi l'art. 164, comma secondo, vanifica l'esito medesimo della riabilitazione.

2.18 Allora, a ripetere le parole di Corte costituzionale n. 188/2023, anche per l'art. 164,

secondo comma, n. 1), cp, può dubitarsi che quest'ultimo *"ridonda anzitutto in una violazione del canone della proporzionalità della pena fondato sugli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., il quale si oppone a che siano comminate dal legislatore – e conseguentemente applicate dal giudice – pene manifestamente sproporzionate rispetto al disvalore oggettivo e soggettivo del reato (sentenza 141 del 2023, punto 3.2. del Considerato in diritto)"*. Per lo stesso motivo *"Dalla norma censurata scaturisce altresì un vulnus al principio di offensività di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., il quale esige che la pena sia sempre essenzialmente concepita come risposta a un singolo "fatto" di reato, e non sia invece utilizzata come misura primariamente volta al controllo della pericolosità sociale del suo autore, rivelata dalle sue qualità personali (sostanzialmente in questo senso sentenza n. 249 del 2010, punto 9 del Considerato in diritto, nonché – con riferimento specifico al divieto di cui all'art. 69, quarto comma, cod. pen. – sentenze n. 205 del 2017, punto 5 del Considerato in diritto; n. 105 del 2014, punto 4 del Considerato in diritto; n. 251 del 2012, punto 5 del Considerato in diritto)"*.

2.19 L'art. 164, secondo comma, cp nella parte qui indubbiata risulta contraddittoria perché esclude quel potere discrezionale del giudice che, invece, gli artt. 132 e 133 cp gli attribuiscono; ed in contrasto con il principio di proporzionalità della pena; ed appare sproporzionato 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, l'intervenuta rieducazione del reo a seguito del "primo" reato.

2.20 La stessa dottrina penalistica ha riconosciuto l'esistenza di un diritto fondamentale a non subire pene sproporzionate, ancorato al principio di eguaglianza declinato sia quale divieto di irragionevoli disparità di trattamento sanzionatorio, sia quale esigenza di non manifesta irragionevolezza intrinseca; e che per quanto diverso dal diritto (principio) alla rieducazione partecipa con quest'ultimo di una lettura che guarda al passato e quindi alla gravità del fatto commesso, ma anche non trascura la tensione verso gli obiettivi del recupero, della riparazione, della riconciliazione e del reinserimento sociale del condannato.

2.21 In altri termini non appaiono ragioni costituzionalmente significative perché l'intervenuta riabilitazione dell'imputato per reati pregressi non debba consentire – ricorrendone le altre condizioni – la sospensione condizionale della pena a fronte del giudizio *"che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati"*. L'inciso dell'art. 178 cp non *"salvo che la legge disponga altrimenti"* non può riguardare l'applicazione della sospensione condizionale.

La disciplina qui indubbiata riguarda la disposizione dell'art. 164, comma secondo, n. 1, cp, ma l'eventuale intervento di codesta Corte potrebbe riguardare anche l'art. 178, ultimo inciso,

cp. Per questo è sollevata questione di legittimità anche di tale disposizione, nella prospettiva già ricordata che le limitazioni e/o le eccezioni disposte dal legislatore per evitare che si estingua "ogni altro effetto penale della condanna" non possono considerarsi rimesse alla insindacabile scelta legislativa, ma debbono al contrario trovare fondamento in valori costituzionali cogenti, giacché le stesse alla fine non sono altro che deroghe alla funzione rieducatrice della pena.

2.22 In una prospettiva sistematica potrebbe opporsi che è onere del legislatore stabilire le condizioni e le modalità per riconoscere la riabilitazione e la sospensione condizionale della pena, così come rientra nella sua discrezionalità ex art. 28 l. n. 87/1953 definire i limiti di applicazione della sospensione condizionale, come ha fatto per l'appunto con gli artt. 163 e 164, u.c., cp, ad esempio Corte costituzionale nn. 377/1990, 85/1997, 475/2002.

Epperò, rimane costituzionalmente dubbio che, in ogni caso e prescindendo da ogni circostanza e considerazione, sia sempre di ostacolo alla sospensione condizionale l'aver riportato una precedenza condanna a pena detentiva per delitto.

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.

2.23 In questa prospettiva la questione di legittimità degli artt. 164, comma secondo n. 1, e 178, ultimo inciso, cp non risulta manifestamente infondata e va rimessa alla Corte costituzionale.

Tempo addietro Cass. n. 3019/1974 ha ritenuto inesistente a proposito dell'art. 164 il dubbio di costituzionalità per contrasto con il principio di eguaglianza e del divieto di discriminazioni sulla base della considerazione che la condotta antisociale di chi ha commesso "nuovi" reati anche dopo l'intervenuta riabilitazione dimostra che lo stesso soggetto persiste nel reato e, quindi, non consente un giudizio prognostico favorevole come quello che si richiede ai sensi dell'art. 164 cp. L'idea è stata che il trattamento sanzionatorio andasse operato soprattutto dal legislatore e che questi potesse indicare i parametri con maggiore o minore grado di dettaglio: nella stessa disciplina codicistica, a fianco di disposizioni molto generali, quale l'art. 133 cp, che stabilisce gli elementi da cui desumere la gravità del reato, sarebbe stato possibile designare altre maggiormente puntuali, quali quelle che precludono la concessione del beneficio in questione al delinquente o contravventore abituale o professionale ovvero a chi è

stato pur riabilitato (art. 164, secondo comma). Al legislatore non sarebbe, quindi, inibito prevedere che alla condanna, anche se seguita dalla riabilitazione, residuino «*effetti penali*», al cui novero andrebbe ascritto quello in esame. Stando a quella impostazione, pertanto, l'istituto della sospensione condizionale della pena troverebbe il suo presupposto fondante nella prognosi favorevole sulla futura condotta del condannato: prognosi che potrebbe essere formulata solo quando ricorrano i presupposti stabiliti dal legislatore.

Tale lettura risulta, però, in contrasto con la personalizzazione della pena, la quale invece respinge – come si è più volte anticipato – irragionevoli e sproporzionati automatismi e richiede che per ogni condannato si costruisca quasi un trattamento individualizzato che di necessità richiede la decisione da adottare in sede giurisdizionale e che consideri circostanze e modalità dei fatti come lo sviluppo della personalità del reo nel corso del tempo.

Soprattutto la sentenza della Cassazione del 1974 (sarebbe il legislatore che stabilisce le condizioni per concedere benefici e sarebbe di sua competenza operare la “prognosi” circa la condotta futura del condannato) sembra essere stata da subito ripudiata dalla di poco successiva sentenza della Corte costituzionale n. 95/1976, che invece ha dato risalto alla valutazione individualizzante del giudice ed, in particolare, del giudice del più recente procedimento per l'ovvia attualità di siffatto apprezzamento.

- 2.24 Insomma, il divieto posto al giudice dall'art. 164, secondo comma, n. 1), cp, nella parte in cui impedisce di concedere la sospensione condizionale a chi è stato condannato a pena detentiva per delitto oltre i limiti indicati dall'art. 163, e malgrado sia intervenuta riabilitazione, nonché dell'art. 178, ultimo comma, appare in contrasto
- con i principi di proporzionalità della pena sanciti dall'art. 27 e di uguaglianza-ragionevolezza, poiché impone che la pena per la commissione di un reato sia comunque irrogata senza considerare l'intervenuta riabilitazione, cioè l'accertamento operato in sede giurisdizionale dell'effettiva rieducazione del condannato e del suo fattivo inserimento nel contesto sociale, e, quindi, di tutti gli elementi idonei a mostrare una ridotta capacità a delinquere dell'imputato;
 - sempre con i principi di uguaglianza e rieducazione, poiché l'indiscriminata applicazione della sanzione per il “secondo” reato” comporta l'inflizione di una pena sproporzionata, e dunque percepita come ingiusta dal condannato;
 - con il principio di ragionevolezza e con quello di offensività del reato ex art. 25 Cost., poiché – a fronte della necessità di prevenire la recidiva – non considera l'evolversi della personalità del reo e finisce per comportare – *«una smisurata amplificazione, in chiave deterrente, della finalità general-preventiva della pena [...] avendo a che fare con la fase*

della punizione, [e] dispiega effetti di prevenzione pressoché nulli, implicando però un rilevantissimo sacrificio del principio di uguaglianza e del principio di proporzionalità della pena».

2.25 Pertanto, si rende necessario sospendere il giudizio in corso ed i relativi termini di prescrizione, fino alla definizione del giudizio incidentale di legittimità costituzionale.

P.Q.M.

DICHIARA rilevante e non manifestamente infondata, nei termini di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 164 comma II n. 1) cp e dell'art. 178, ultimo inciso, cp, in riferimento agli articoli 3, 25 e 27 della Costituzione.

SOSPENDE il presente giudizio sino alla decisione sulla proposta questione di legittimità costituzionale.

DISPONE l'immediata trasmissione alla Corte costituzionale della presente ordinanza e degli atti del procedimento, comprensivi della documentazione attestante il perfezionamento delle prescritte comunicazioni e notificazioni di cui al successivo capoverso.

MANDA alla Cancelleria per la notificazione della presente ordinanza al Presidente del Consiglio dei Ministri, nonché per la comunicazione ai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica e per la successiva trasmissione del fascicolo processuale alla Corte costituzionale.

Dà atto, anche ai fini di cui all'art. 23, comma 4, legge n. 87/1953, che la presente ordinanza è stata letta in udienza e che, pertanto, essa deve intendersi notificata a coloro che sono o devono considerarsi presenti, ex art. 148, comma 5, cpp.

Catania, 21 febbraio 2025


M.G.P.
Anna Maria Cristaldi