UNIVERSITÀ
DI TRENTO
Facoltà di Giurisprudenza
Corso di Dottorato in
Studi Giuridici Comparati ed Europei

**Corso di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei**

XXXVIII ciclo

Tesi di Dottorato

# La discrezionalità sanzionatoria del giudice penale: fondamento costituzionale, paradigmi commisurativi e prospettive di riforma

***Relatrice***
***Prof.ssa Antonia Menghini***
***Correlatrice***
***Prof.ssa Antonella Massaro***

***Dottoranda***
***Francesca Moro***

anno accademico 2024/2025

UNIVERSITÀ
DI TRENTO
Facoltà di Giurisprudenza
Corso di Dottorato in
Studi Giuridici Comparati ed Europei

**candidata: Francesca Moro**

# LA DISCREZIONALITA' SANZIONATORIA DEL GIUDICE PENALE: FONDAMENTO COSTITUZIONALE, PARADIGMI COMMISURATIVI E PROSPETTIVE DI RIFORMA

**Relatrice Prof.ssa Antonia Menghini**

**Correlatrice Prof.ssa Antonella Massaro**

Anno Accademico 2024-2025

**Indirizzo specialistico in Diritto e procedura penale e filosofia del diritto**

**XXXVIII ciclo**

**Esame finale: 17/04/2026**

**Commissione esaminatrice:**

**Prof.ssa Angela Della Bella, Università degli Studi di Milano Statale**
**Prof. Andrea Perin, Università degli Studi di Trento**
**Prof. Marco Venturoli, Università degli Studi di Ferrara**

INDICE

CAPITOLO I

LA DISCREZIONALITA' NEL DIRITTO: PROFILI STORICI, SISTEMATICI E DOGMATICI ..... 9

1. Premesse storico-sistematiche: discrezionalità e poteri dello Stato ..... 9

2. Discrezionalità giudiziale come concetto proteiforme: discrezionalità-interpretazione, discrezionalità-qualificazione e discrezionalità sanzionatoria ..... 22

3. Precisazioni sull'oggetto d'indagine: la discrezionalità sanzionatoria e la commisurazione della pena in senso stretto e in senso lato..... 26

4. La riflessione dottrinale sul concetto di discrezionalità: un punto di partenza……..... 29

CAPITOLO II

I PRINCIPI COSTITUZIONALI TRA ORIENTAMENTO E CONTROLLO DELLA DISCREZIONALITA' SANZIONATORIA DEL GIUDICE PENALE..... 35

1. Premessa ..... 36

2. Il "duplice volto costituzionale" della discrezionalità sanzionatoria: i principi costituzionali che presiedono all'esercizio del potere discrezionale del giudice penale nel momento sanzionatorio inteso in senso ampio..... 37

3. I principi che "militano" a difesa della discrezionalità penale ..... 39

3.1. Il principio di uguaglianza-ragionevolezza ..... 40

3.2. Il principio di individualizzazione della pena..... 46

3.3. Il principio rieducativo ..... 52

3.3.1. Rieducazione e discrezionalità in fase cognitiva ..... 59

3.3.2. Rieducazione e discrezionalità in fase esecutiva ..... 63

3.4. Il principio di proporzionalità..... 66

3.4.1. Il principio di proporzionalità in fase esecutiva ..... 77

4. I principi e le garanzie che comportano un contenimento della discrezionalità del giudice ..... 84

4.1. I principi di matrice sostanziale ..... 86

4.1.1. Il principio di legalità della pena ..... 87

4.1.2. Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale (in merito alle conseguenze sanzionatorie) ..... 92

4.2. Le garanzie di matrice processuale ..... 100

4.2.1. Il diritto di difesa e il principio del contraddittorio nel giudizio . 102

4.2.2. L'obbligo di motivazione ..... 106

4.2.3. Il giudizio in appello: un parziale (ma insufficiente) recupero delle garanzie processuali eluse nel giudizio di primo grado ..... 113

4.2.4. Il controllo di legittimità da parte della Suprema Corte di Cassazione…… ..... 115

5. I principi costituzionali come parametri di legittimità: tra "discrezionalità negata" e "discrezionalità restituita" ..... 121

5.1. Il sospetto di incostituzionalità nei confronti di tutte le pene fisse……..... 125

5.1.1. L'ergastolo come pena fissa ..... 130

5.2. Le pronunce di illegittimità costituzionale degli automatismi sanzionatori previsti al momento della commisurazione extraedittale: le blindature al giudizio di bilanciamento ..... 134

5.3. Le pronunce di illegittimità costituzionale degli automatismi sanzionatori previsti in fase esecutiva ..... 141

5.3.1. L'art. 4-bis o.p, norma emblema degli automatismi penitenziari: dalle origini alla riforma del 2022 ..... 145

5.4. Verso una illegittimità tout court delle "rigidità legislative"? ..... 156

5.5. Una recente battuta d'arresto nello smantellamento dei meccanismi preclusivi: Corte costituzionale n. 139 del 2025 ..... 158

CAPITOLO III

PLURALITA' DI PARADIGMI COMMISURATIVI: UNA ANALISI CRITICA TRA SISTEMA PENALE STATICO E DINAMICO ..... 163

1. Crisi del modello unitario di commisurazione e consolidamento di una pluralità di paradigmi commisurativi tra essere e dover essere ..... 164

2. La commisurazione in senso stretto (c.d. infraedittale): gli artt. 132 e 133 c.p…… ..... 167

2.1. I criteri fattuali ex art. 133 c.p. ..... 168

2.1.1. La gravità del reato ..... 170

2.1.2. La capacità a delinquere ..... 172

2.2. Il problema della doppia valutazione degli indici di commisurazione della pena……..... 176

2.3. Ambiguità e insufficienze della disciplina positiva..... 177

2.3.1. L'interpretazione costituzionalmente orientata..... 179

2.4. Dalla teoria alla prassi: incontrollabilità della decisione e politica penale giudiziaria..... 182

2.4.1. Un ulteriore critica alla commisurazione in senso stretto: la discrezionalità ridotta a dimensione quantitativa ..... 185

3. La commisurazione della pena pecuniaria principale: l'art. 133-bis c.p. e il sistema a somma complessiva..... 186

3.1. L'art. 133-ter c.p.: il pagamento rateale come strumento di individualizzazione della pena pecuniaria..... 192

3.2. La commisurazione della pena pecuniaria sostitutiva: il sistema dei tassi giornalieri ..... 194

4. La commisurazione in senso ampio ..... 197

4.1. La commisurazione extraedittale: «terra delle contraddizioni» ... 198

4.2. Momenti di potenziale diversificazione sanzionatoria e discrezionalità qualitativa: tra rieducazione, prognosi di non pericolosità ed esigenze deflattive…… ..... 203

4.2.1. In fase pre-decisoria: la sospensione del procedimento con messa alla prova…….. .....211

4.2.2. In fase decisoria: la sospensione condizionale della pena ..... 215

4.2.3. In fase decisoria: le pene sostitutive ..... 219

4.2.3.1. La discrezionalità sostitutiva nell'an e nel quomodo ..... 223

4.2.3.2. L'udienza di sentencing ex art. 545-bis c.p.p..... 236

4.2.3.3. La revoca discrezionale delle pene sostitutive secondo una logica gradualistica……..... 242

4.2.4. In fase esecutiva: le misure alternative alla detenzione..... 243

4.2.4.1. I criteri di giudizio per la concessione delle misure alternative e l'enorme discrezionalità della Magistratura di Sorveglianza ..... 248

4.2.4.2. La discrezionalità della Magistratura di Sorveglianza in ipotesi di cessazione patologica e fisiologica delle misure alternative alla detenzione ..... 253

4.2.4.3. Un bilancio sull'attività di sorveglianza ..... 256

5. La commisurazione in senso negativo..... 262

6. La "commisurazione rito-dipendente": cursorie riflessioni sulle interferenze tra procedimenti speciali e commisurazione della pena ..... 265

7. Giustizia riparativa: coordinate generali del sistema..... 270

7.1. L'accesso ai percorsi di giustizia riparativa prima, durante e dopo il procedimento penale..... 274

7.1.1. La controversa questione dell'impugnabilità del diniego di accesso ai programmi di giustizia riparativa..... 283

7.2. Lo svolgimento del programma e l'approdo all'eventuale esito riparativo: la «discrezionalità umanistica» esercitata dai mediatori..... 286

7.3. La valutazione dell'esito riparativo da parte dell'autorità giudiziaria e le ricadute sulla commisurazione della pena: quali spazi per la discrezionalità?..... ..... 290

7.4. Qualche riflessione finale su giustizia riparativa, ricadute penalistiche e discrezionalità ..... 298

8. La commisurazione algoritmica: una prospettiva futuribile? ..... 300

8.1. L'algoritmo Ex-Aequo: un valido aiuto per il giudice nella commisurazione della pena in senso stretto?.....311

CONCLUSIONI

RIFLESSIONI D'INSIEME: LA RAZIONALIZZAZIONE DELLA DISCREZIONALITA' COMMISURATIVA TRA RIFORME DI SISTEMA E SOLUZIONI ENDOGENE ..... 315

1. Sintesi della ricerca svolta ..... 315

2. Esiste davvero un eccesso di discrezionalità commisurativa nel sistema penale italiano oggi? ..... 326

3. Razionalizzazione della discrezionalità commisurativa tra riforme di sistema e soluzioni endogene ..... 332

4. La "sempreverde" ma "sempre-irrealizzata" riforma delle pene principali……..... 333

5. Le *sentencing guidelines*: cenni al modello inglese ..... 337

5.1. Potenzialità e limiti dell'introduzione di "linee guida commisurative" nel sistema nazionale ..... 343

6. Sull'opportunità di un processo bifasico: il nuovo "seme" piantato dall'udienza *ex* art. 545-*bis* c.p.p. ..... 348

7. Il rigoroso adempimento dell'onere motivazionale funzionale ad un rafforzamento del controllo di legittimità sull'esercizio del potere discrezionale ... 356

8. La necessità di uno sforzo corale da parte di tutti gli attori coinvolti nella commisurazione della pena ..... 361

BIBLIOGRAFIA ..... 365

# ABSTRACT

La tesi si propone di indagare il tema della discrezionalità sanzionatoria del giudice penale, il cui terreno d'elezione è senz'altro la commisurazione della pena.

L'analisi prende le mosse dal dettato costituzionale, esplorando il legame che avvince la discrezionalità ai principi costituzionali sotto una duplice prospettiva: da un lato, infatti, i principi e le garanzie costituzionali possono venire in gioco come criteri che presiedono all'esercizio del potere discrezionale, direttamente applicabili dal giudice, e dunque in grado di orientare o limitare le sue scelte commisurative; dall'altro lato, possono essere valorizzati come parametri di legittimità costituzionale della legislazione penale che incide sulla disciplina del potere discrezionale del giudice.

Tuttavia, come si può evincere dalla disamina *de iure condito* dei paradigmi commisurativi che chiamano in causa il potere discrezionale del giudice penale, le maggiori criticità si rinvengono, non tanto sul piano assiologico, da cui, anzi, possono ricavarsi alcuni punti fermi, quanto a livello di normativa di fonte primaria: la disciplina legislativa che oggi regola il potere commisurativo si rivela, invero, farraginosa, confusa, a tratti contraddittoria e, non di rado, in tensione con i medesimi principi costituzionali che dovrebbe attuare. Ne deriva uno scarto significativo tra modello costituzionale – garantistico e improntato alla personalizzazione – e modello legale di commisurazione, ma anche, più vistosamente, tra quest'ultimo e la prassi delle aule di giustizia.

Pertanto, nel tentativo di procedere ad una razionalizzazione della discrezionalità commisurativa, nella parte conclusiva della ricerca, si ragionerà, per un verso, su riforme di sistema ma, più pragmaticamente, anche sull'implementazione di soluzioni endogene al sistema, in grado di operare nell'immediato e di assicurare una più corretta funzionalità a un momento cruciale e delicato come quello della determinazione della pena.

# CAPITOLO PRIMO

# LA DISCREZIONALITA' NEL DIRITTO: PROFILI STORICI, SISTEMATICI E DOGMATICI

SOMMARIO: 1. Premesse storico-sistematiche: discrezionalità e poteri dello Stato. 2. Discrezionalità giudiziale come concetto proteiforme: discrezionalità-interpretazione, discrezionalità-qualificazione e discrezionalità sanzionatoria. 3. Precisazioni sull'oggetto d'indagine: la discrezionalità sanzionatoria e la commisurazione della pena in senso stretto e in senso lato. 4. La riflessione dottrinale sul concetto di discrezionalità: un punto di partenza.

## 1. Premesse storico-sistematiche: discrezionalità e poteri dello Stato

La discrezionalità può apparire come un concetto enigmatico, in quanto suscettibile di assumere accezioni differenti a seconda del contesto in cui viene impiegata e del ramo del diritto in cui si esplica[1]. Per questo, pare utile sistematizzare l'ampia varietà di fenomeni tradizionalmente riconducibili a tale categoria, cogliendone peculiarità e differenze, ma anche facendone emergere l'essenza sostanzialmente unitaria[2].

In senso molto ampio e generico, in uno sforzo descrittivo capace di inglobarne le molteplici manifestazioni, la discrezionalità può essere definita come un potere di scelta tra più alternative – ciascuna legittima – demandato dall'ordinamento giuridico ad un soggetto dotato di autorità[3]. La discrezionalità, dunque, presuppone un ventaglio di possibilità, un certo numero di alternative egualmente legittime tra cui scegliere[4].

[1] Taluni autori arrivano addirittura a revocare in dubbio l'uso del termine "discrezionalità", a causa della sua fisiologica imprecisione. Così, ad esempio, N. ISAACS, *The limits of judicial discretion*, in *Yale Law Journal*, 1923, 340.

[2] C. MORTATI, voce *Discrezionalità,* in *Noviss. Dig. it*., V, Torino, 1960, 1099, sostiene la possibilità di elevare la discrezionalità a categoria della teoria generale del diritto e, più precisamente della teoria delle fonti e dell'interpretazione, essendo possibile individuare una serie di elementi capaci di accomunare fra loro le diverse manifestazioni della predetta figura.

[3] Questa la definizione di A. BARAK, *La discrezionalità del giudice* (1989), trad. (a cura di) I. MATTEI, Milano, 1995, 16.

[4] Così M. ROSENBERG, *Judicial discretion of the trial court viewed from aboved*, in *Syracuse L. Rev*., vol. 22, n. 3, 1971, 635-636, il quale evidenzia come l'idea forte che il termine discrezionalità evoca è proprio la possibilità di scelta. Per contro, non si può parlare di discrezionalità ogniqualvolta vi sia l'obbligo di adottare una particolare opzione tra le altre, che, dunque, si impone come unica alternativa legittima.

Tale "zona di possibilità" – c.d. zona di legittimità formale – qualifica, *mutatis mutandis*, l'esercizio dei tre poteri fondamentali dello Stato: legislativo, esecutivo e giudiziario[5]. In altre parole, l'ordinamento giuridico può essere considerato la risultante di una pluralità di spazi discrezionali in un rapporto di continua interazione[6]. Naturalmente, il perimetro di operatività riservato a ciascuna di queste dimensioni discrezionali ha seguito geometrie variabili, caratterizzate, a seconda del momento storico-culturale, da profonde asimmetrie. A ben vedere, infatti, la discrezionalità era prerogativa propria ed esclusiva dell'amministrazione, mentre il potere del legislatore era considerato *absolutus* – e dunque libero nel fine – e quello del giudice strettamente vincolato alla legge[7]. Nondimeno, l'avvento dello Stato costituzionale ha profondamente modificato la fisionomia del predetto assetto.

La discrezionalità legislativa "libera nel fine", proiezione del potere assoluto e onnipotente del sovrano-legislatore, non è logicamente più compatibile con il sistema costituzionale rigido e programmatico attualmente vigente[8]. Il potere legislativo, infatti, trova, al contempo, fondamento e limite nella Carta costituzionale: sono proprio i principi costituzionali a orientare – in positivo – e a circoscrivere – in negativo – l'*arbitrium* del legislatore ordinario. È innegabile, d'altronde, che esistano numerosi casi esplicitamente richiamati dalla Carta costituzionale in cui il legislatore, nell'esercizio delle funzioni a lui attribuite, si trova a confrontarsi con limiti di diversa portata e intensità: insomma, «la discrezionalità può, per determinazione della stessa legge fondamentale della Repubblica, contrarsi ovvero espandersi a fisarmonica in ragione di taluni beni della vita o interessi giudicati ora più ed ora meno meritevoli di tutela»[9]. Ovviamente, nel momento in cui un

[5] A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, cit., 20. Parla di «zone di possibilità interpretativa» delegate dalla legge anche L. TUMMINELLO, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010, 47.

[6] G. SILVESTRI, *La discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, in *www.sistemapenale.it*, 17 maggio 2024, 5.

[7] *Ivi*, 1.

[8] Si veda, per tutti, C. MORTATI, voce *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. dir*., vol. XI, Milano, 1962, 139 ss., il quale considera la Costituzione come una tavola di valori in sé compiuta, animata da un immanente finalismo, capace di vincolare l'attività del potere legislativo. Di diverso avviso V. CRISAFULLI, *Le norme "programmatiche" della Costituzione*, in AA. VV., *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, 1952, 59 ss., che considera la funzione legislativa discrezionale solo in relazione alle norme costituzionali programmatiche, ovverosia quelle che prescrivono il raggiungimento di specifici obiettivi; tuttavia, la discrezionalità legislativa non opererebbe come vincolo teleologico, bensì come limite estremo dell'attività legislativa che, in linea di principio, rimane pur sempre libera e incondizionata.

[9] A. RUGGERI, *Note minime in tema di limiti alla discrezionalità del legislatore*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3/2024, 136.

potere soggiace a vincoli giuridici non può essere insindacabile. Il vaglio di legittimità della norma ordinaria diventa possibile qualora l'ordinamento ponga dei limiti cogenti all'esercizio della discrezionalità legislativa. Senza voler entrare nella complessa dinamica dei rapporti tra Corte costituzionale e Parlamento, i cui equilibri hanno conosciuto fasi alterne nel corso degli anni, fortemente influenzati anche dalle vicende storiche contingenti[10], basti notare che il controllo di legalità costituzionale del Giudice delle leggi può cadere «sia sulla violazione che sulla non attuazione di princìpi costituzionali, specie quando le omissioni del legislatore compromettono diritti fondamentali, impedendo il loro pratico esercizio da parte dei titolari»[11]. In definitiva, il giudizio di legittimità costituzionale tende a conformare la discrezionalità legislativa all'ordinamento costituzionale[12], soprattutto per sopperire all'inerzia del legislatore in tema di attuazione dei diritti fondamentali. Tuttavia, tale potere conformativo non priva il Parlamento della possibilità «di disporre diversamente in futuro quanto alle modalità concrete di disciplina giuridica beninteso nell'ambito dei princìpi enucleati dalla Corte. L'intervento organico del potere legislativo è anzi fortemente auspicato»[13].

La dialettica tra discrezionalità legislativa e vincoli costituzionali assume tratti peculiari se osservata dalla prospettiva del diritto penale. Da un lato, infatti, la riserva assoluta di legge in materia penale sembra concentrare sul legislatore il baricentro delle scelte di criminalizzazione. Dall'altro lato, proprio in questo ambito, i principi costituzionali acquistano una forza precettiva particolarmente intensa, tale da ammettere deroghe solo in casi eccezionali. Non è un caso, del resto, che, attraverso la valorizzazione della categoria degli obblighi di criminalizzazione, si sia giunti ad ammettere la possibilità di sindacare non soltanto l'eccesso punitivo, ma anche l'inerzia del legislatore, fino a configurare un controllo su quello che è stato ribattezzato come «l'arbitrio del non

[10] Rinviamo, sul punto, a A. GIUBILEI, *Discrezionalità legislativa e garanzia della Costituzione. Omissioni e inerzia del legislatore dinanzi alla Corte costituzionale*, Napoli, 2023; G. VASINO, *Sindacato di costituzionalità e discrezionalità del legislatore. Tutela sostanziale dei diritti e tecniche decisorie*, Torino, 2024. Per quanto concerne specificamente la materia penale si veda invece O. PINI, *Norma penale e Corte costituzionale. Processi normativi e itinerari interpretativi tra legislatore e giudice delle leggi*, Milano, 2021, 52 ss., la quale distingue fasi storiche della giurisprudenza costituzionale caratterizzate da un maggior o minor interventismo in ambito penale, mettendo in luce le ragioni che stanno alla base del diverso atteggiamento della Consulta, essenzialmente ricollegabili al clima storico e alle scelte di politica legislativa.

[11] G. SILVESTRI, *La discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, cit., 6.

[12] In tal senso F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1988, 19.

[13] Ancora G. SILVESTRI, *La discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, cit., 6.

punire»[14]. In tal modo, viene in parte sovvertita la logica tradizionale del diritto penale, storicamente orientata a contenere il potere punitivo, arrivando a riconoscere che anche l'omessa previsione di tutela penale può risultare costituzionalmente illegittima quando compromette in modo significativo la protezione di beni giuridici fondamentali[15].

Si può allora certamente parlare di una discrezionalità del legislatore, consapevoli, però, dei suoi tratti caratteristici. Prima di tutto, lo spazio di manovra affidato all'organo legislativo rimane comunque molto ampio, essendo vincolato solo alle norme costituzionali e ai principi elaborati dalla Consulta. In secondo luogo, il processo discrezionale di formazione della legge è sottratto – a differenza dell'amministrazione e del giudice – all'obbligo motivazionale. Questo non comporta però l'assenza di razionalità nella statuizione legislativa, poiché la mancanza della motivazione è compensata dalla legittimazione democratica del Parlamento[16]. Quest'ultima considerazione è tanto più pregnante se calata in ambito penale, dove la riserva di legge ha il precipuo scopo di garantire il cittadino dagli abusi del potere esecutivo, assicurare il coinvolgimento delle minoranze nell'elaborazione dei precetti penali e soddisfare le esigenze di ponderazione sottese alle scelte incriminatrici. Almeno così dovrebbe essere. Non si può, infatti, ignorare il sempre più diffuso utilizzo della decretazione d'urgenza *in criminalibus* – eccezione di dubbia ammissibilità che, negli ultimi anni, sembra essere diventata regola – che finisce per sconfessare l'assetto garantista e gli equilibri interni al sistema pensati dai Costituenti[17].

---

[14] L'espressione è di F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire: sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 2645 ss.

[15] Per approfondire il tema si rimanda a: F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 243 ss.; S. MANACORDA, "*Dovere di punire"? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, 2014, 346 ss.; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009; A. MASSARO, *Appunti di diritto penale europeo*, Torino, 2023, 81 ss.; E. MAZZANTI, *Il problema degli obblighi convenzionali di tutela penale. Gli effetti espansivi della penalità derivanti dalla protezione dei diritti umani*, Torino, 2025.

[16] G. SILVESTRI, *La discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, cit., 7. Più precisamente, l'autore sostiene che i vari tipi di discrezionalità (legislativa, amministrativa, giurisdizionale) possono distinguersi «sulla base delle proporzioni reciproche di *imperium* e *ratio*»: nel momento di predisposizione del precetto predomina l'*imperium*, ma sempre integrato dalla *ratio* che lo precede e rimane esterna alla legge; «[n]elle funzioni amministrativa e giudiziaria la *ratio* precede pur sempre l'esercizio dell'*imperium*, ma fa tutt'uno con l'atto, che deve essere motivato giacché la potestà di comando degli organi amministrativi e giudiziari non è sorretta da una legittimazione democratica».

[17] Sostiene l'illegittimità costituzionale del ricorso ai decreti legislativi e ai decreti-legge in materia penale G. CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, Milano, 1970; ID., *Profili e strutture del reato valutario*, Milano, 1979, 9 ss. Critici anche E. DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale*

Un'ulteriore manifestazione della discrezionalità, come si diceva, può cogliersi in relazione al potere esecutivo, ossia il potere di dare attuazione alle norme legislative, attribuito agli organi che compongono il governo e, alle dipendenze di questo, alla pubblica amministrazione. D'altronde, la nozione classica di discrezionalità, come anticipato, si sviluppa all'interno delle categorie concettuali del diritto amministrativo[18]. Alle origini, per "atto discrezionale" si intendeva un atto di un'autorità amministrativa insindacabile per tramite del potere giudiziario, in ossequio ad una concezione molto rigida della separazione dei poteri[19]. Col tempo, però, la discrezionalità viene a indentificare e connotare non solo l'atto, cioè il momento finale, ma anche il procedimento in sé e per sé che sfocia poi nel provvedimento[20]. Oggigiorno, quindi, per discrezionalità amministrativa si intende un'attività di rilevanza pubblicistica, orientata al raggiungimento di obiettivi specifici e rigorosamente predeterminati[21]. Più nello specifico, come emerge dalla manualistica in materia, la discrezionalità amministrativa consiste nel potere della pubblica amministrazione di adottare una decisione in grado di soddisfare l'interesse pubblico individuato da una o più norme giuridiche, a valle di un'attività di ponderazione o valutazione comparativa tra una pluralità di interessi relativi ad un determinato settore, siano essi pubblici, privati o anche collettivi, tutti meritevoli di essere presi in considerazione[22]. Pertanto, se, da un lato, il potere amministrativo è sempre vincolato al perseguimento di un interesse pubblico predeterminato dalla legge, dall'altro, rimane tendenzialmente libero in ordine alle modalità di attuazione di quella finalità

*alle soglie del nuovo millennio*, *Riv. it. dir. proc. pen*., 1999, 12 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2024, 55-56; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2025, 51 ss.; A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2023, 77. Il tema, peraltro, è di fervente attualità, considerato il sostenuto susseguirsi dei c.d. decreti-sicurezza emanati dall'esecutivo negli ultimi anni, secondo una prassi legislativa che ricalca quanto già avvenuto in passato con i decreti anticriminalità e antiterrorismo e che comporta indubbiamente un abuso del decreto-legge in ambito penale. In argomento, cfr., di recente, *ex multis*, E. DOLCINI, *Sicurezza per decreto-legge*, in *www.sistemapenale.it*, 30 giugno 2025; L. RISICATO, *Dalla Costituzione al Leviatano. La torsione illiberale del decreto "sicurezza" n. 48/2025*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2/2025, 471 ss.; S. LONATI, C. MELZI D'ERIL, *Il decreto-legge sicurezza (n. 48/2025): autoritratto involontario di una politica di oppressione*, in *www.sistemapenale.it*, 11 giugno 2025; C. DOMENICALI, *Il decreto-legge "sicurezza" n. 48 del 2025: questioni di metodo*, in *www.osservatorioaic.it*, 6 maggio 2025.

[18] A tal proposito, cfr., per tutti, A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir*., vol XIII, Varese, 1964, 65 ss.

[19] M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, 3° ed., Milano, 1993, 45-46.

[20] Cfr. C. MORTATI, voce *Discrezionalità*, cit., 1099.

[21] In tema cfr., per tutti, la monografia di M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1939.

[22] Cfr. A. M SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 349 ss.; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 1009 ss.

(tempi, mezzi, contenuti di dettaglio). Certamente, anche con riferimento all'esercizio della discrezionalità amministrativa si può notare una significativa evoluzione, frutto di una diversa impostazione dei rapporti Stato (costituzionale)-cittadino, non più verticistica e gerarchica ma, al contrario, orizzontale e improntata ad un principio di leale collaborazione. Tale discrezionalità si è via via spogliata dei suoi caratteri autoritativi e unilaterali, per aprirsi a «forme di interlocuzione con cittadini singoli o associati, con gruppi sociali variamente articolati e con intere comunità locali»[23].

Possiamo a questo punto individuare le peculiarità della discrezionalità amministrativa rispetto a quella legislativa e giudiziale. Per quanto riguarda i vincoli cui il potere discrezionale affidato agli organi amministrativi soggiace, possiamo rilevare che alle norme costituzionali si aggiungono anche quelle ordinarie e che si mantiene comunque intatto un collegamento diretto con il potere politico; anzi, la discrezionalità amministrativa ha proprio il compito di integrare e concretizzare l'indirizzo politico, pur dovendo dare dimostrazione della razionalità delle proprie scelte attraverso la motivazione, che è componente imprescindibile del provvedimento amministrativo. La discrezionalità del giudice si distingue da quella amministrativa proprio perché, pur essendo chiamata a dare attuazione alle norme legislative e pur essendo assistita dall'obbligo di motivazione, non si inserisce «nel flusso attuativo dell'indirizzo politico, del quale fanno parte anche le norme legislative, ma segue criteri autonomi di ragionevolezza […] sempre alla luce dei princìpi costituzionali»[24].

Non ci resta, ora, che volgere lo sguardo proprio al potere giudiziario e alla discrezionalità che ad esso inevitabilmente si accompagna. Si tratta, forse, della tipologia di discrezionalità più controversa tra quelle menzionate, che continua a destare interrogativi, perplessità e – non di rado – critiche all'interno della comunità dei giuristi[25]. La delicatezza della materia, del resto, si comprende se solo si considera la trama di equilibri che essa involge: è proprio il potere giudiziario, infatti, ultimo tassello del

[23] Così, G. SILVESTRI, *La discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, cit., 11. Di tale mutamento può certamente trovarsi la prova più evidente nella legge sul procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990, n. 241) che valorizza al massimo la partecipazione dei privati nel procedimento, il contraddittorio, nonché i meccanismi di co-decisione tra le diverse amministrazioni coinvolte.

[24] *Ivi*, 9-10.

[25] Il potere discrezionale del giudice sembra inevitabilmente avvolto da un alone di mistero, relegato nel regno dell'ignoto; in questi termini si esprime A.T. MASON, *Myth and reality in Supreme Court decisions*, in *Virginia L. Rev*., vol. 48, n. 8, 1962, 1385. I quesiti che l'esercizio della discrezionalità giudiziale solleva riguardano il suo fondamento, le sue caratteristiche, i suoi limiti, la sua compatibilità con lo Stato di diritto che esige il rispetto del principio di legalità.

sistema, ad essere investito dell'onere di verificare la legittimità dell'attività degli altri due poteri[26].

Il problema della discrezionalità, in termini di attribuzione ed esercizio di un potere di valutazione rimessa intenzionalmente al giudice, si afferma contestualmente alla nascita dello Stato di diritto[27]. La ragione politica che sta alla base del conferimento di un potere discrezionale consiste nel bisogno di adeguare la disciplina di determinati rapporti alle situazioni concrete nelle quali essi sorgono: situazioni complesse, caratterizzate da una grande varietà di elementi, suscettibili di manifestarsi in modo multiforme[28]. Nonostante il tema della discrezionalità investa trasversalmente ogni settore dell'ordinamento giuridico[29], non c'è dubbio che le maggiori criticità si riscontrino nell'ambito penale, considerata l'importanza degli interessi che vengono in gioco[30]. Invero, i rischi di sopraffazione e strumentalizzazione insiti nel potere punitivo rendono ancor più cogente e indispensabile il soddisfacimento di esigenze di legalità a garanzia dell'individuo che, non a caso, trovano oggi puntuale riconoscimento nell'art. 25 della Carta costituzionale.

Il rapporto tra legalità e certezza del diritto, da una parte, e discrezionalità giudiziale dall'altra, si inserisce nella più ampia riflessione attorno ai limiti all'esercizio del potere punitivo statuale. Da questo punto di vista, in effetti, il consolidamento dello Stato di diritto e il formalismo ad esso annesso, nel pretendere una regolamentazione quanto più possibile puntuale dell'esercizio del potere punitivo, hanno determinato una radicale rottura rispetto al passato[31]. L'Illuminismo segna un vero e proprio spartiacque nel modo di concepire il ruolo e la funzione del giudice.

In generale, possiamo dire che, in epoca precedente, l'organo giudicante esercitasse il suo potere punitivo in maniera essenzialmente arbitraria, tanto da poter essere considerato esso stesso una vera e propria fonte del diritto. Basti pensare ai caratteri della repressione straordinaria del diritto romano: essa ricomprendeva al suo interno anche fatti non contemplati dalle leggi ordinarie; era caratterizzata dalla massima libertà

[26] Cfr. A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, cit., 20.
[27] R. SATURNINO, voce *Discrezionalità (Diritto penale)*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, 1.
[28] C. MORTATI, voce *Discrezionalità,* cit., 1100.
[29] In tal senso S. MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, 1947, 13, sostiene che «il concetto di discrezionalità è un concetto unitario comune a qualunque branca del diritto».
[30] M. SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 1976, 50.
[31] Ancora R. SATURNINO, voce *Discrezionalità*, cit., 1.

delle forme processuali; e, soprattutto, si concludeva con l'inflizione di pene elastiche e variabili, graduate – con ampi margini di discrezionalità – in base alla gravità del fatto, alle circostanze obiettive e subiettive e alla qualità del reo[32].

Dopo la caduta dell'Impero Romano, sotto l'egemonia dei Re barbari che durerà dal VI al XI secolo, il diritto penale assume un'impostazione rigidamente materialistica: è considerato meritevole di sanzione penale l'evento dannoso per il solo fatto di essere accaduto, a prescindere da qualsiasi considerazione sulla colpevolezza dell'autore intesa come rimproverabilità soggettiva[33]. Pur dovendo riconoscere che durante il periodo barbarico la potestà statale nell'ambito della repressione penale fosse alquanto salda, nella prassi lo spazio di discrezionalità lasciato al giudice era comunque particolarmente ampio. Lo stesso accadeva nel diritto penale canonico[34], che ebbe però, dal canto suo, il merito di riportare al centro l'elemento soggettivo del reato[35].

Sul finire dell'Alto medioevo, man mano che il predominio barbarico viene a scemare, la repressione pubblica dei reati cede il passo a forme di giustizia privata. È solo a partire dall'età comunale che l'amministrazione della giustizia penale torna ad essere appannaggio del potere pubblico[36]. Durante il Basso medioevo si assiste, però, ad un imponente fenomeno di stratificazione di una pluralità di fonti normative (c.d. pluralismo giuridico): statuti, leggi particolari, *opinio doctorum*, *usus fori*, *consuetudo*, e così via[37]. Ed è proprio l'abbondanza di riferimenti normativi cui rifarsi che alimenta l'arbitrio sostanzialmente incontrollato del giudice medievale: quest'ultimo era di fatto in grado di giustificare qualsiasi sua decisione richiamando l'una o l'altra fonte, così esercitando il suo strapotere[38]. L'ampissima discrezionalità dei giudici era, per così dire, un male necessario, era «l'unica forza idonea ad evitare la paralisi di sistemi normativi divenuti così ingombranti e fitti di particolarismi» […]. Il prezzo del funzionamento del sistema veniva pagato col sacrificio della certezza, perché il giudice, imbarazzato e talvolta paralizzato dal difficile problema di coordinare le fonti […] sceglieva infine fra più

[32] U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937, 189-190.

[33] F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano, vol. I, Introduzione e parte prima. Le norme penali sinteticamente considerate*, Milano, 1952, 60-61.

[34] D. SCHIAPPOLI, voce *Diritto penale canonico. Raccolta di monografie*, in E. PESSINA (a cura di), *Enc. dir. pen. it*., Milano, 1905, 613 ss.

[35] F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano, cit.*, 63.

[36] *Ibidem*.

[37] A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, 2, Milano, 2005, 164-166.

[38] R. SATURNINO, voce *Discrezionalità*, cit., 1.

soluzioni interpretative già date al caso quella che gli pareva la più probabile o la più *rationabilis* fra le *communes opiniones*, o addirittura dettava lui stesso, autorevolmente, una nuova *decisio* che doveva comunque ricondursi a un coerente rispetto della legalità impersonata dal principe ed espressa attraverso la sua preminente legislazione»[39]. Va da sé come i vincoli posti all'esercizio del potere giudiziario fossero più teorici che reali.

A partire dal XVIII secolo, in un rinnovato clima culturale e filosofico, cominciano a porsi le basi per il superamento di un diritto penale caotico e irrazionale. Il potere "creativo" della giurisprudenza inizia ad essere visto con sospetto dall'opinione pubblica e all'interno degli ambienti governativi[40]. In un tentativo di sistematizzazione generale del diritto, taluni sovrani c.d. illuminati cominciano a redigere compilazioni normative che comportano l'abrogazione di tutte le fonti precedenti che non siano *ivi* richiamate[41], anche se bisognerà attendere gli inizi del XXI secolo affinché l'idea di codificazione trovi completa realizzazione.

L'avvento dell'Illuminismo comporta due fondamentali conseguenze in campo giuridico: sul fronte specificamente penalistico, l'avvio di un processo di umanizzazione della pena; più in generale, per tutti i settori del diritto, una profonda trasformazione del rapporto legge-giudice[42].

Proprio per contrastare l'arbitrio della classe giudicante consolidatosi in epoca precedente e in nome della tutela della libertà del singolo si afferma la totale soggezione del giudice alla legge, unico argine garantistico per l'individuo. Addirittura, si arriva a

---

[39] S. SARTARELLI, *Sulle "tracce" del* favor rei *nella discrezionalità penale*, Bologna, 2012, 34-35. Sul ruolo dell'*arbitrium iudicis* nel sistema sanzionatorio del diritto comune si rimanda a M. MECCARELLI, *Arbitrium: un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, 1998, 195 ss. L'autore, peraltro, ci ricorda che, in passato, il concetto di *arbitrium* non possedeva quella connotazione radicalmente negativa di potere dispotico e tirannico che avrebbe assunto in seguito a partire dall'Illuminismo: nel mondo del diritto comune, l'*arbitrium* si poneva «in termini di funzionalità strutturale rispetto all'ordinamento, proprio perché [era] ad esso omogeneo, [era] parte di esso, [era] espressione della sua fisiologia e dei meccanismi invisibili che ne regola[vano] la vita» (p. 53). Sul tema cfr. anche A. CADOPPI, *Storia del diritto penale*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale. Il diritto e la legge penale*, Torino, 2012, 11 ss.

[40] S. SARTARELLI, *Sulle "tracce" del* favor rei *nella discrezionalità penale*, cit., 41.

[41] Si pensi alle grandi *Ordonnances* di Luigi XIV (1667-1681), alle Costituzioni piemontesi del 1723 o alle Costituzioni modenesi del 1771. In tema v. *amplius* A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, cit., 43 ss.

[42] Per un approfondimento sull'illuminismo giuridico cfr. U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, Firenze, 1974; M. A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano, 1966; ID., *Illuminismo e legislazione penale*, Milano, 1993; ID., *La filosofia della pena nei secoli XVII e XVIII*, Ferrara, 1974; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, spec. Cap. VIII; ID., *Il «problema penale» nel secolo XVIII*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, V, 1975; A. CADOPPI, *Storia del diritto penale*, cit., 30 ss.

negare radicalmente qualsiasi tentativo del giudice di interpretare la norma positiva, contribuendo alla nascita del mito del giudice *bouche de la loi*[43]: «in ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza»[44]. In aderenza a tale concezione meccanicistica dell'attività giudiziaria, si afferma il sistema della c.d. pena-tariffa, che escludeva qualsiasi margine per l'individualizzazione giudiziale[45]. L'attività esegetica del giudice era vista come un pericolo per la certezza del diritto[46]. Ebbene, nonostante l'apparente assolutezza della norma penale, è possibile rilevare alcune «parziali e fisiologiche incrinature» all'interno del sistema giuridico settecentesco, a testimonianza del fatto che l'istanza di tassatività della fattispecie deve spesso arrestarsi di fronte ad esigenze pratiche che impongono una valutazione delle circostanze concrete[47].

Come è stato brillantemente osservato: «per quanti sforzi siano stati compiuti negli ultimi due secoli, almeno per ciò che si riferisce alla maggior parte dei paesi dell'Europa occidentale, al fine di dare piena applicazione al principio di stretta legalità inteso nel senso di rigorosa tipicizzazione delle regole che presiedono alla configurazione dei reati e delle pene, non si è potuto evitare che il legislatore venisse ad esercitare solo in parte il potere discrezionale nell'àmbito della normazione e che una parte notevole, anche se residuale, di tale potere passasse per il suo esercizio al giudice»[48]. Ma al di là dell'impraticabilità di tale impostazione, «[l]a verità è che il potere legislativo, anche quando fosse tecnicamente in grado e disposto ad affrontare i sacrifici delle lunghe

[43] C.L. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, in *Oeuvers completès*, Parigi, 1951, II, XI, 6, 404: «*Le juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi*».

[44] C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, (a cura di) R. FABIETTI, Milano, 1973, 12. Va però anche detto che, al di là delle posizioni più estreme propugnate da Beccaria e Verri, una parte degli autori dell'illuminismo giuridico italiano si faceva portavoce di posizioni più moderate, disposte a riconoscere un margine di manovra al giudice nella dialettica tra norma di legge e fatto concreto, cfr. ad esempio: L. A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza (1742)*, Roma, 1933; G. B. DE LUCA, *Dello stile legale*, Cap. XVII, in *Il dottor volgare, ovvero il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale e municipale, nelle cose più ricevute in pratica*, Colonia, 1755; A. GENOVESI, *Della Diocesana o sia della Filosofia del giusto e dell'onesto*, Milano, 1835, libro I, Cap. 20, n. XIV, 395 ss.

[45] F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2023, 687. Sarà il codice napoleonico del 1810 a ripristinare il sistema oggi generalmente adottato della pena elastica, predeterminata tra un minimo e un massimo edittale.

[46] S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, vol. I, *Concetto, Fonti, Validità, Interpretazione*, Padova, 1999, 238 ss.

[47] S. SARTARELLI, *Sulle "tracce" del* favor rei *nella discrezionalità penale*, cit., 13-14.

[48] M. SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, cit., 50.

meditazioni, degli accorti e onesti bilanciamenti di interessi e delle calibrate formulazioni, non potrebbe dar fondo alla discrezionalità di cui è intimamente intrisa in misura ricchissima la materia della giustizia e quindi della valutazione legislativa dei comportamenti umani, e in particolare della punibilità di quelli criminosi»[49].

Passando ad analizzare il momento storico attuale e il passato più recente, si può notare una netta inversione di tendenza rispetto al ruolo subalterno che un tempo era riservato alla magistratura. Si assiste oggigiorno ad un fenomeno di espansione del potere giudiziale che viene a dipendere da una pluralità di fattori concomitanti, endogeni ed esogeni[50].

Le spinte endogene germogliano, a partire dal Novecento, da un vero e proprio «risveglio della coscienza ermeneutica», inaugurato con le suggestioni hassemeriane, e che poi ha tratto nuova linfa dall'elaborazione della teoria costituzionalmente orientata del reato[51].

Più eterogeneo, invece, il fronte delle cause esogene.

La prima è rappresentata da una eccepibile produzione legislativa, tanto sul piano quantitativo, quanto su quello qualitativo. Sotto il primo profilo è nota l'ipertrofia legislativa che affligge l'ordinamento italiano: l'aumento a dismisura delle regole giuridiche e la loro allocazione disorganica in leggi speciali, spesso redatte in maniera farraginosa a causa di una miriade di rinvii ad altre leggi, danno luogo «a interminabili labirinti normativi e a intricati sistemi di scatole cinesi nei quali si smarri[rebbe] qualunque interprete»[52]. Sotto il profilo qualitativo, invece, i testi legislativi appaiono non

[49] *Ivi*, 51, che prosegue così: «e ciò sia per l'imperfezione degli strumenti linguistici, non sempre e non del tutto idonei a racchiudere in formule univoche il pensiero del legislatore sia, e forse più ancora, per le contraddizioni non risolte e le ambiguità delle spesso divergenti volontà politiche, sia infine per l'impossibilità di rinserrare in formule concettuali, quali quelle legislative, il vario e ricco e continuo fluire della storia, e quindi dei comportamenti sociali e dei valori che vi presiedono. A ben guardare, se tutto ciò fosse possibile, e abbiamo visto che non lo è, le norme giuridiche nascerebbero ancor più vecchie di quanto lo siano oggi che presentano delle strutture più o meno aperte, e avrebbero bisogno di subire un incessante processo di profonda trasformazione per restare al passo con i tempi e per non tradursi in cause di ritardo e di danno ancor più grave per l'ordinato svolgimento e il progresso civile della vita sociale».

[50] Così V. MANES, *Il ruolo "poliedrico" del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, in *Cassazione penale*, 5/2014, 1924 ss. In tema cfr. anche: A. CADOPPI, *Giurisprudenza e diritto penale*, in E.M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 33 ss.; F. PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2020, 1249 ss.; F. GIUNTA, Jus legibus solutum. *Ovvero, la legge del giudice penale*, in *disCrimen*, 12 novembre 2020.

[51] V. MANES, *Il ruolo "poliedrico" del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, cit., 1925 ss.

[52] L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. Giust*., 4/2016, 14.

di rado oscuri, tortuosi, talvolta contraddittori[53]. Nasce il sospetto che tale vaghezza riscontrabile nel linguaggio legale non sia solo il risultato della imperizia del compilatore, ma una tecnica deliberatamente usata per scaricare sui giudici la risoluzione di problemi interpretativi di particolare difficoltà, di cui il legislatore non vuole prendersi la responsabilità. Quale che sia il motivo, «[i]l risultato è una crisi della capacità regolativa della legislazione – per eccesso o per difetto di regole»[54].

Il secondo fattore esogeno che ha contribuito all'espansione del potere giurisdizionale va ricercato nella crisi dello stato sociale e della sfera pubblica in generale: la difficoltà da parte delle istituzioni pubbliche di garantire i diritti e prevenire i conflitti ha comportato lo spostamento delle domande di giustizia dalla politica alla magistratura[55]. Un "fallimento della politica", dunque, dinnanzi alla crescente complessità sociale, la quale sembra mettere in crisi qualsiasi progetto egualitarista, ponendone in discussione i fondamenti stessi. Emblematici, in tal senso, sono gli insuccessi della "dogmatica dell'uguaglianza" e il crescente riconoscimento dell'esigenza di una "dogmatica della differenza" nel fronteggiare le sfide poste dal multiculturalismo, che interpellano, prioritariamente, l'attività interpretativa e decisionale del giudice[56].

Infine, la terza variabile estrinseca va ricondotta ad una progressiva erosione della riserva di legge come conseguenza della struttura multilivello degli ordinamenti odierni[57].

---

[53] *Ibidem*. Analogamente, secondo F. FIORENTIN, *Discrezionalità giudiziale (e suoi limiti) nella "giurisdizione rieducativa"*, in *Dir. pen. uomo*, 10/2019, 2, il «sempre più scadente *drafting* legislativo, che rende i testi normativi oscuri nella loro *ratio*, lessicalmente ambigui e contenutisticamente carenti», lascia «ampio spazio a variegate soluzioni interpretative nel momento applicativo, così che la *voluntas legis* come enunciata ed applicata nelle decisioni dei giudici finisce, spesso, per risultare diversa dalla *voluntas legislatoris*». In tal senso, cfr. anche G. GRASSO, *Politiche penali e ruolo della giurisprudenza: la sfida della legalità*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, 61 ss.

[54] Ancora, L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, cit., 14

[55] Cfr. S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1992, 169 ss.

[56] V. MANES, *Il ruolo "poliedrico" del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, cit., 1929.

[57] Parla di «frantumazione stellare delle fonti» V. MANES, *Il ruolo "poliedrico" del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, cit., 1934. In tema, la bibliografia è sterminata. Cfr., tra gli altri, G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-istituzionale*, in *Foro it*., 5/2000, 137 ss.; ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, 3 ss.; ID., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 79 ss.; F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale",* in *Quad. fiorentini*, 2007, 1279 ss.; P. COSTA, *Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quad. fiorentini*, n. 36, 2007, 1 ss.; A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO, *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, 2008; C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen*., 3/2010, 326 ss.; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano 2011; V. MANES, *Il giudice nel labirinto.*

Il diritto dell'UE e la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) hanno progressivamente contribuito alla nascita di uno «*ius commune* europeo dei diritti fondamentali»[58], intensificatosi con il Trattato di Lisbona, che ha incorporato la Carta di Nizza, e con l'adesione dell'UE alla CEDU, e ad un avvicinamento tra sistemi giuridici di *civil law* e *common law*[59]. In questo scenario, la riserva di legge, ha perso «la sua esclusività legalistica, per inglobare il portato dell'interpretazione giurisprudenziale […] e dare un peso diverso che per il passato agli spazi di discrezionalità lasciati ai giudici»[60].

Per concludere, dunque, tra i tre poteri dello Stato, quello giudiziale ha seguito la parabola evolutiva più accidentata, navigando tra eccessi ed illegittime compressioni. Dall'arbitrio sostanzialmente incontrastato del periodo preilluministico al mito del "giudice bocca della legge" settecentesco, si è approdati, nell'era costituzionale, ad una soluzione intermedia, che considera imprescindibile un certo margine di manovra del giudice, pur sempre contenuto all'interno dei confini dettati dal principio di legalità. La precisa identificazione del nuovo punto di equilibrio raggiunto pare, tuttavia, più agevole

---

*Profili delle intersezioni fra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012; O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont*., 1/2013, 159 ss.; C. E. PALIERO, S. MOCCIA, G. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISSERO, R. RAMPIONI, L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali, Atti del Convegno dell'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale*, Napoli, 7-8 novembre 2014, 2016; F. GIUNTA, *Il giudice e la legge penale*, in *Quest. Giust*., 2/2017, 149 ss.; A. MASSARO, *Appunti di diritto penale europeo*, cit., 1 ss.

[58] In tal senso cfr. G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. Cost*., 1/2006, 7 ss. Parla di una "rivoluzione dei diritti" M. DE S.-O.-L'E. LASSER, *Judicial transformations. The Rights Revolution in the Courts of Europe*, Oxford, 2009, 57 ss.

[59] Cfr. V. MANES, *"Common law-isation del diritto penale"?. Trasformazioni del* nullum crimen *e sfide prossime future*, in *Cass. pen*., 2017, 955 ss.; AA. VV., Civil law *e* Common law*: quale «grammatica» per il diritto penale?*, (a cura di) A. M. STILE, S. MANACORDA, V. MONGILLO, Napoli, 2018, e, in particolar modo i contributi *ivi* contenuti di: F. PALAZZO, *Introduzione alla sessione «*Common law*,* civil law *e oltre»*, 89 ss.; M. DONINI, *An impossible exchange? Prove di dialogo tra* civil *e* common lawyers *su legalità, morale e teoria del reato*, 115 ss.; A. CADOPPI, *Il precedente giudiziale penale fra* common law *e* civil law, 163 ss.; A. FIORELLA, *Note alla Sessione «*Common law *e* civil law*: intersezioni, tensioni e contaminazioni nella dimensione penale sovranazionale»*, 205 ss. Sul tema del precedente v. spec. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione* in action *del diritto penale*, Torino, 1999; AA. VV., *L'ufficio del Massimario e la forza dei precedenti*, A. MANNA, F. ALONZI (a cura di), Milano, 2020; A. SANTANGELO, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino, 2022, 135 ss.

[60] G. SILVESTRI, *La discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, cit., 14 e *ivi* richiamato R. BARTOLI, *Le garanzie della "nuova legalità"*, in *Sistema penale*, 3/2020, 143 ss., che, preso atto di un nuovo modello di legalità penale che riconosce un ruolo significativo all'attività interpretativa del giudice, si concentra sugli strumenti istituzionali e i principi che possono fungere da garanzie per il cittadino in questo mutato quadro di rapporti tra potere legislativo e giudiziario. In tema cfr. anche A. LANZI, *Fra il legislatore apparente e il giudice sovrano*, in E.M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 139 ss.; G. FIDELBO, *Il diritto penale giurisprudenziale. La sua formazione, le sue caratteristiche*, in *www.sistemapenale.it*, 5 dicembre 2022; G. CANZIO, *Legalità penale, processi decisionali e nomofilachia*, in *www.sistemapenale.it*, 29 giugno 2022; R. ORLANDI, *Nuova legalità penale, diritto giurisprudenziale e funzioni attuali della Corte di cassazione*, in *www.sistemapenale.it,* 5 dicembre 2022.

in astratto che in concreto. Nel prosieguo del lavoro ci accingeremo ad analizzare lo iato esistente tra esercizio della discrezionalità giudiziale sul piano teorico e sul piano pratico-applicativo, per poi tentare di proporre alcuni correttivi funzionali a ridurre tale distanza.

Prima di procedere in tal senso, è tuttavia necessario circoscrivere ulteriormente l'oggetto dell'indagine poiché il concetto di discrezionalità giudiziale risulta ancora troppo ampio e ambiguo ai fini della presente trattazione.

## 2. Discrezionalità giudiziale come concetto proteiforme: discrezionalità-interpretazione, discrezionalità-qualificazione e discrezionalità sanzionatoria

La discrezionalità giudiziale è, invero, un concetto proteiforme, suscettibile di manifestazioni ontologicamente unitarie ma che è bene tenere distinte da un punto di vista concettuale e teleologico[61]. La dottrina di *common law*, che ha condotto sul tema studi approfonditi[62], individua tre diverse declinazioni della discrezionalità giudiziale: la discrezionalità-interpretazione, la discrezionalità-qualificazione e la discrezionalità sanzionatoria[63].

La prima categoria si riferisce evidentemente alla discrezionalità del giudice nell'interpretazione della legge[64], la quale viene in rilievo ogniqualvolta egli sia chiamato ad individuare il corretto significato della disposizione, limitatamente alle opzioni che il significato letterale del testo consente[65]. Si tratta, in altri termini, di effettuare quel passaggio dalla disposizione (significante) alla norma (significato) che spesso implica una scelta discrezionale tra due o più interpretazioni, tutte coerenti con il significante e,

---

[61] Cfr. C. IAGNEMMA, *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale. Un rapporto da rivisitare nella teoria del reato e nel sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 3/2019, 1432-1433.

[62] La particolare attenzione rivolta dalla dottrina anglosassone al tema della *judicial discretion* si spiega considerando le direttrici fondamentali di un sistema come quello di *common law*, che eleva le decisioni giudiziarie a fonte del diritto. Vera pietra miliare in materia è la trilogia del giudice B. CARDOZO: *The nature of judicial Process*, Yale, 1921; *Growth of the Law*, Yale, 1924; *Paradoxes of Legal Science, New York*, 1928. Come avremo modo di vedere, tuttavia, altrettanto abbondante e prolifica è la produzione scientifica in materia degli studiosi di *civil law*.

[63] Propongono tale ricostruzione, tra gli altri, J. WROBLESKI, *Theoretical and Ideological Problems of Controlling Judicial Decisions*, in A. GIULIANI, N. PICARDI (a cura di), *L'educazione giuridica*, III, Perugia, 1981, 85 ss.; R. PATTENDEN, *Judicial Discretion and Criminal Litigation*, Oxford, 1990, 2 ss.; K. HAWKINS, *The Use of Legal Discretion: Perspectives from Law and Social Science*, in ID. (a cura di), *The Uses of Discretion*, Oxford, 1992, 11 ss.

[64] Sull'interpretazione della legge in generale v., per tutti, M. ROTONDI, voce *Interpretazione della legge*, in *Noviss. Dig. it*., VIII, Torino, 1962, 893 ss.

[65] C. MORTATI, *Norme sul potere discrezionale*, in ID. (a cura di), *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, 1001 ss., il quale parla a tal proposito di una «discrezionalità suppletiva o complementare».

dunque, ugualmente legittime. Riteniamo che possa rientrare nella categoria "discrezionalità-interpretazione" anche quel potere di carattere integrativo della norma legislativa con elementi di contesto[66], servente «all'adattamento e alla specificazione della norma alla variabilità della fattispecie, in funzione dell'accertamento e apprezzamento della fattispecie concreta»[67]. Ciò che è importante sottolineare, però, è che la discrezionalità-interpretazione non è frutto di una volontà esplicita del legislatore, ma è imposta dall'attività interpretativa[68] e dall'ineliminabile equivocità semantica delle disposizioni legislative[69]. In più, l'attività esegetica ha sempre un «carattere meramente recettivo […], tale da escludere giudizi teleologici o di valore; e ciò senza riguardo all'estensione attribuita al potere di accertamento del fatto posto a base della deliberazione conferita all'interprete, e perciò anche quando tale accertamento esiga la ricerca dei caratteri del fatto indicato dalla legge con concetti indeterminati (diligenza, buona fede, ecc.)»[70]. Possiamo certamente dire allora che l'interpretazione della legge è l'antecedente logico del giudizio discrezionale vero e proprio: quando «[l]'esplicitazione cede il passo alla concretizzazione […] finisce l'interpretazione e comincia la discrezionalità. […] A partire dalla norma generata dall'esercizio della discrezionalità del giudice, si apre un nuovo ciclo funzionale, che si sviluppa nella fase di esecuzione del processo e trova il suo controllo in altre istanze giurisdizionali indipendenti da quella che ha creato la norma concretizzante»[71].

La seconda forma di discrezionalità fa invece riferimento al procedimento di sussunzione, ovverosia a quel giudizio di qualificazione giuridica dei fatti oggetto di

---

[66] R. GUASTINI, voce *Interpretazione (Interpretazione dei documenti normativi)*, in *Enc. giur. it*., Roma, 1989, 2, distingue nettamente tra: interpretazione in senso stretto; interpretazione in senso lato o integrazione, riconducibile alla categoria che abbiamo denominato "discrezionalità-interpretazione"; interpretazione in senso latissimo o applicazione, assimilabile alla "discrezionalità-qualificazione".

[67] E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1971, 149.

[68] F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2023, 560-561, distinguono nettamente tra interpretazione e discrezionalità, ritenendo improprio l'uso della locuzione "discrezionalità interpretativa".

[69] G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 140, parlano di «struttura aperta» del linguaggio per fare riferimento a un certo grado di indeterminatezza e ambiguità che accompagna qualsiasi espressione linguistica.

[70] C. MORTATI, voce *Discrezionalità*, cit., 1102.

[71] G. SILVESTRI, *La discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, cit., 14-15. Cfr. anche, *ivi* citato, N. PICARDI, *La natura del potere del giudice*, in G. BERTI (a cura di), *Ritorno al diritto: i valori della convivenza. Legalità e illegalità le due facce del pluralismo*, 2/2005, 64, il quale sottolinea come la discrezionalità strettamente intesa si collochi sostanzialmente fuori dalla giurisdizione.

accertamento, necessario ai fini dell'applicazione delle norme generali al caso concreto[72]. La discrezionalità viene qui esercitata per accertare se le condizioni fissate in astratto dalla norma generale siano presenti in concreto[73]. Questo tipo di valutazione trova spazio con riferimento a «casi nuovi o complessi[74], dinanzi ai quali la struttura [della fattispecie] si rivela inadeguata a una loro implicita ed automatica valutazione»[75]. I casi pratici che emergono nella realtà presentano spesso caratteristiche diverse o inedite rispetto a quelli già affrontati dai giudici in passato. Questo richiede al giurista-interprete un costante processo di (re)interpretazione delle norme vigenti, al fine di verificare se la portata della norma applicabile sia tale da poter includere anche i nuovi casi che si presentano[76]. D'altronde, il termine fattispecie deriva dal latino *facti species*, ossia "apparenza", "immagine" del fatto e fa riferimento alla rappresentazione o riproduzione artificiale di un accadimento. Pertanto, la fattispecie non corrisponde al fatto nella sua realtà oggettiva, ma piuttosto all'immagine o all'idea che di esso viene fornita, spesso mediata da un'attività interpretativa. Anche la discrezionalità-qualificazione, dunque, costituisce un'operazione esegetica necessaria e funzionale all'applicazione della norma giuridica che, però, non trova esplicito riconoscimento da parte del potere legislativo.

---

[72] In tema, cfr. C. NITSCH, *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento*, Milano, 2012, 163 ss.; F. VIOLA , G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica del diritto*, Lecce, 1999, 124 ss. Più specificamente riferito all'ambito penale v. G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2001, 354 ss.

Sulla distinzione fra "interpretazione" e "applicazione" v. la fondamentale opera di H.G. GADAMER, *Verità e metodo* (1972), trad. it., Milano, 1983. R. GUASTINI, voce *Interpretazione*, cit., 2, sottolinea la differenza tra "interpretazione" e "applicazione", ponendone però in risalto anche il rapporto di presupposizione logica: l'interpretazione è l'attività intellettuale volta a chiarire il significato di una disposizione e può essere compiuta da qualsiasi soggetto (giurista, giudice, privato cittadino, legislatore), mentre l'applicazione compete a specifici organi, tipicamente giudici e funzionari amministrativi, ed ha ad oggetto le norme, ossia le disposizioni interpretate; «dunque, l'applicazione (di norme) presuppone l'interpretazione (di disposizioni)». Tuttavia, M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 161, ritiene che la «linea di demarcazione tra interpretazione e applicazione […] non [sia] [così] netta, perché ogni applicazione è anche interpretazione, e ogni interpretazione, se compiuta dal giudice, avviene in funzione applicativa, per "decidere" un caso, anziché per "conoscere" il diritto».

[73] H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato* (1945), trad. it. Milano, 1980, 137.

[74] Parla di *hard cases* in uno dei suoi scritti più celebri R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Harvard, 1978, *passim*.

[75] F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale: la fattispecie*, Padova, 1979, 378. Come osserva l'autore, infatti, «almeno in relazione agli oggetti la cui sussunzione è semplice, di esperienza comune, il soggetto non utilizza direttamente il criterio valutativo, ma trova già forgiato lo strumento di un'indiretta e implicita valutazione nella definizione».

[76] G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 131-132.

È chiaro che il rischio che si annida dietro l'esercizio della discrezionalità-interpretazione e della discrezionalità-qualificazione è quello di travalicare i confini fisiologici di questo processo di individuazione del significato delle norme da applicare per sfociare in quella che viene definita "giurisprudenza creativa"[77]. Una giurisprudenza che si sente investita di un potere di supplenza nei confronti di una politica criminale ritenuta inefficiente, che può risolversi in fenomeni di analogia in *malam partem* o nell'introduzione di nuove fattispecie di reato. Certamente «sarebbe illusorio disconoscere il momento creativo necessariamente insito nell'attività intesa a svelare il contenuto della legge», specie alla luce dei più recenti approdi della teoria ermeneutica[78], tuttavia occorre circoscrivere le scelte valutative del giudice entro limiti corrispondenti al significato letterale, sia pure teso all'estremo, del testo di legge[79]. Per la definizione dei precetti sanzionatori vale, quindi, il principio di stretta legalità e, soprattutto, il corollario della determinatezza della fattispecie[80]. Nondimeno, al fine di evitare il pericolo dell'obsolescenza e dell'anacronismo della norma legislativa posta, si rende necessaria l'azione convergente e sinergica dell'interpretazione e della discrezionalità, capace di restituire dinamicità al diritto scritto[81]. In fin dei conti, «una certa creatività è ascrivibile anche all'intento non certo riprovevole dei giudici di dare una risposta alle domande che nascono da casi della vita trascurati o infelicemente trattati da un improvvido legislatore»[82].

Da ultima, viene in rilievo la discrezionalità sanzionatoria che sarà specifico oggetto di analisi in questo lavoro. A differenza delle ipotesi precedenti, si tratta di una forma di discrezionalità "autorizzata" o "esplicita", dal momento che è «la stessa fonte giuridica a prevedere l'attribuzione di poteri discrezionali al decisore»[83]. Se ciò è vero,

---

[77] Sul ruolo "creativo" della giurisprudenza in materia penale, si vedano G. CONTENTO, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Foro it.*, 1988, 484 ss.; G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato*, in ID. (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997; ID., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, cit., 353 ss.; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 145-188; M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quad. fiorentini*, n. 44, 2015, 131 ss.; L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, cit.

[78] G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 132.

[79] *Ivi*, 141.

[80] Per tutti, cfr. F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit.

[81] G. SILVESTRI, *La discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, cit., 16.

[82] S. BARTOLE, *Ragionando di giudici e legislatori*, in *Diritto Pubblico*, 1/2018, 14.

[83] M.A. QUIROZ VITALE, *Il diritto liquido. Decisioni giuridiche tra regole e discrezionalità*, Milano, 2012, 82 ss., il quale sottolinea che tale tipo di discrezionalità «è caratterizzata dal più elevato grado di integrazione tra il sistema normativo e la società […]. Ciò che contraddistingue tale modello è la presenza,

sembra possibile affermare che nel diritto penale «il potere discrezionale [in senso stretto] si articola in tutte quelle possibilità di scelta che la legge consente al giudice penale relativamente alla pena»[84]. Al momento di decidere l'*an*, il *quantum* e il *quomodo* della punibilità, la legge non attribuisce al giudice un criterio rigido di decisione, lasciando a lui di determinarlo in relazione alle caratteristiche del caso concreto, al fine di meglio soddisfare lo scopo del processo, ossia la composizione della lite, secondo un criterio di giustizia[85]. Il legislatore non potrebbe in alcun modo individuare precisamente la pena riconducibile al caso concreto e dunque si serve di una serie di strumenti "aperti" (cornice edittale, circostanze del reato, alternative sanzionatorie disponibili in fase di cognizione e in *executivis*, cause di esclusione della punibilità o di estinzione del reato) «che delegano ad un secondo livello, quello giudiziale, appunto, il recepimento delle istanze e delle peculiarità del caso concreto»[86]. La discrezionalità sanzionatoria, così tratteggiata, «non è un atteggiamento né mentale né emozionale, bensì piuttosto una condizione di diritto» […]; «è come se il diritto dicesse: "ho determinato il contenuto di una norma giuridica fino a questo punto. Da qui innanzi, spetta a te, giudice, stabilirlo, perché io, ordinamento giuridico, non sono in grado di dirti quale soluzione scegliere. È come se il cammino del diritto arrivasse ad un crocevia ed il giudice dovesse decidere […] quale strada prendere»[87]. Ovviamente, tale potere non è attribuito al giudice in modo illimitato, ma deve essere esercitato entro i confini stabiliti dalla legge. In tutte le sue forme, infatti, la discrezionalità rappresenta comunque una «facoltà vincolata da limiti normativi predeterminati»[88].

### 3. Precisazioni sull'oggetto d'indagine: la discrezionalità sanzionatoria e la commisurazione della pena in senso stretto e in senso lato

A partire dal secondo dopoguerra, sono aumentati sempre più i momenti in cui il potere affidato al giudice presenta forti componenti discrezionali[89], e le ragioni possono

in forma lineare, di un contesto istituzionale idoneo alla assunzione ed all'esercizio dei poteri discrezionali. […] [L]a *discrezionalità autorizzata* è quindi l'archetipo della discrezionalità nel diritto e della discrezionalità amministrativa, in particolare».

[84] T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1976, 371.

[85] C. MORTATI, voce *Discrezionalità*, cit., 1109.

[86] L. TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., 47.

[87] A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, cit., 16-17.

[88] F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, 352.

[89] Dalla reintroduzione delle c.d. attenuanti generiche nel 1944 alla riforma del 1974 in tema di bilanciamento delle circostanze; dalla legge sull'ordinamento penitenziario del 1975 (e sue modifiche) alla legge del 1981 che ha introdotto le pene sostitutive; fino alla più recente "Riforma Cartabia" del 2022 che

essere «individuate principalmente nel passaggio da un sistema punitivo orientato alla prevenzione generale, intesa in senso repressivo-deterrente, dove si privilegia l'aspetto negativo dell'intimidazione, ad un altro che, nel porre in primo piano la personalità del reo, affida alla pena una prevalente finalità di recupero sociale»[90].

Naturalmente, quando si parla di discrezionalità sanzionatoria del giudice penale non si può fare a meno di richiamare alla mente quella complessa e delicata operazione valutativa che va sotto il nome di commisurazione della pena, che, per l'appunto, è «da sempre regno della discrezionalità giudiziale»[91]. Tradizionalmente, si suole distinguere tra «commisurazione della pena in senso stretto» e «in senso lato» per indicare, con la prima espressione, l'attività di determinazione del *quantum* della pena sulla base dei criteri di cui all'art. 133 c.p., nell'ambito della cornice edittale, nonché la scelta del tipo di pena da applicare nei casi, non poi così frequenti, di comminatoria alternativa; con la seconda locuzione, tutte le ulteriori e diverse ipotesi di discrezionalità relative alla sfera sanzionatoria[92]. Quest'ultimo ambito presenta una casistica di notevole estensione e articolazione, disciplinata nella normativa sostanziale, processuale e penitenziaria, suscettibile, in linea di massima, di essere suddivisa in quattro macro-aree: valutazioni discrezionali che riguardano la meritevolezza o non meritevolezza nell'applicazione di un dato istituto, *in bonam partem* (sospensione condizionale della pena, perdono giudiziale, non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale, riabilitazione, oblazione speciale, sostituzione della pena, applicazione di misure alternative alla detenzione, ecc.) o *in malam partem* (recidiva, valutazione della pericolosità sociale funzionale all'applicazione delle misure di sicurezza e delle misure di prevenzione, giudizio sulla dichiarazione di abitualità, professionalità o tendenza a delinquere, ecc.); attività di quantificazione diverse da quelle aventi ad oggetto la pena-base (determinazione dell'aumento o della diminuzione di pena derivante

si propone di impattare notevolmente sulla dinamica sanzionatoria tentando di rivitalizzare le pene sostitutive.

[90] R. SATURNINO, voce *Discrezionalità*, cit., 3.

[91] Così F. PALAZZO, *Commisurazione della pena e discrezionalità giudiziale: un terreno di tensioni e incertezze*, in *Dir. pen. proc*., 11/2022, 1345-1346. Analogamente, A. ABBAGNANO TRIONE, *I confini mobili della discrezionalità penale*, Napoli, 2008, 20, secondo il quale «la discrezionalità del giudice penale soprassiede istituzionalmente alla fase della determinazione della misura sanzionatoria e trova il proprio compimento nella proiezione teleologica della risposta penale alla qualificazione formale del fatto e della responsabilità dell'autore».

[92] Cfr. la più accreditata manualistica: G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 801; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., 823; F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Corso di diritto penale*, cit., 559 e 568 ss.

dall'applicazione delle circostanze, aumento della pena quantificata per la violazione più grave in caso di reato continuato o di concorso formale di reati); ricerca giudiziale di elementi di valore o di disvalore non tipizzati dalle norme (individuazione delle circostanze attenuanti generiche); scelta tra una o più soluzioni alternative (giudizio di comparazione nel concorso eterogeneo di circostanze, scelta della misura cautelare)[93].

Già a partire da questo preliminare inventario dei momenti che chiamano in causa il potere discrezionale del giudice penale, è facilmente intuibile la varietà e diversità di siffatti giudizi discrezionali. Non è più sostenibile l'esistenza di un unico modello di commisurazione[94]; semmai occorre prendere atto della coesistenza di una pluralità di modelli commisurativi, ciascuno soggetto ad un autonomo regime e orientato a perseguire obiettivi diversi, a volte anche tra loro confliggenti[95]. *Rebus sic stantibus*, la pluralità di paradigmi commisurativi e la conseguente pluralità di agenti della commisurazione – se non armonizzati in maniera organica e coerente – rischia di frustrare le esigenze di razionalità e legalità del sistema sanzionatorio[96].

Nel prosieguo dell'indagine passeremo in rassegna i paradigmi commisurativi più significativi tra quelli menzionati, e di ciascun delineeremo: i tratti caratterizzanti; gli sviluppi sul piano interpretativo e/o giurisprudenziale e/o delle riforme (o mancate riforme) legislative; il modo in cui la legalità "si flessibilizza" per convivere con la discrezionalità del giudice; la o le finalità perseguite. Ciò che più ci interessa evidenziare è lo iato, più o meno accentuato, che sussiste in questo ambito tra il sistema penale statico, ossia la commisurazione come dovrebbe essere, ed il sistema penale dinamico, ossia come la commisurazione si realizza effettivamente nella prassi[97].

---

[93] La classificazione qui riportata è proposta da A. GARGANI, *Commisurazione della pena*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *Le conseguenze sanzionatorie del reato*, Torino, 2011, 6.

[94] Sottolineano la crisi del modello di commisurazione unitario: C.E. PALIERO, *Metodologie* de lege ferenda*: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1992, 545 ss.; T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforme. Il problema delle comminatorie edittali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 1992, 419; L. MONACO, C. E. PALIERO, *Variazioni in tema di «crisi della sanzione»: la diaspora dei sistemi commisurativi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 1994, 422 ss.

[95] L. MONACO, C. E. PALIERO, *Variazioni in tema di «crisi della sanzione»*, cit., 429-430.

[96] *Ivi*, 429.

[97] V. *infra* Cap. 3.

## 4. La riflessione dottrinale sul concetto di discrezionalità: un punto di partenza

Il tema della discrezionalità, per i riflessi che può avere sull'intero sistema penale, è stato oggetto di un'ampia elaborazione dottrinale[98]. Imprescindibile punto di partenza della nostra analisi sono, pertanto, le riflessioni sviluppatesi intorno ai profili dogmatici della discrezionalità, di cui cercheremo di dar conto, senza pretese di esaustività. Ci limiteremo, in questa sede, a fornire una sintetica ricostruzione del dibattito, nella speranza di non incorrere in eccessive semplificazioni.

Gli studiosi si sono innanzitutto concentrati sull'aspetto definitorio, dal momento che il dato positivo non offriva (e non offre tutt'ora) indicazioni da questo punto di vista. La discrezionalità del giudice trova, infatti, esplicito riconoscimento all'art. 132 c.p., da

[98] Di seguito si riportano i principali contributi in tema di discrezionalità del giudice penale. Riflettono sull'essenza giuridico-concettuale della discrezionalità i fondamentali lavori di: S. MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit.; F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale,* cit.; A. R. LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Napoli, 1967; ID., *Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, in *Il Tommaso Natale*, 1975, 337; A. M. STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1971; M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959.

Affrontano il tema della discrezionalità penale con specifico riferimento al momento commisurativo della pena: A. ABBAGNANO TRIONE, *I confini mobili della discrezionalità penale*, cit., 145 ss.; G. BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Milano, 1939, ristampa in *Il Tommaso Natale*, 1975; G. BETTIOL, *Pena retributiva e poteri discrezionali del giudice*, in *Riv. it. dir. pen*., 13, 2-3/1941, ora in *Scritti giuridici*, vol. 1, Padova, 1966, 524-530; G. CARUSO, *La discrezionalità penale nella commisurazione della pena: dovere conoscitivo o potere dispositivo del giudice?*, in *Ind. pen*., 2006, 564; G. CONTENTO, *Note sulla discrezionalità del giudice penale, con particolare riguardo al giudizio di comparazione fra le circostanze*, in *Il Tommaso Natale*, 1978, 657; T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice e certezza del diritto*, cit.; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979; ID., *La disciplina della commisurazione della pena: spunti per una riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 1981, 34; ID., voce *Potere discrezionale del giudice*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 744; ID., *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in *Diritto penale in trasformazione*, in (a cura di) G. MARINUCCI - E. DOLCINI, Milano, 1985, 261; ID., *Razionalità della commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 1990, 812; ID., *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1991, 61; S. LARIZZA, *La commisurazione della pena. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1982, 596; V. MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982; L. MONACO, C.E. PALIERO, *Variazioni in tema di «crisi della sanzione»: la diaspora dei sistemi commisurativi*, cit.; P. NUVOLONE, *Il potere discrezionale del giudice in materia di sanzioni nel diritto penale italiano*, in *Riv. pen. svizzera*, 1959, 220; ID., *Il ruolo del giudice nell'applicazione della pena*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, II, Padova, 1969, 1558; T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma*, cit.; A. PAGLIARO, *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 1981, 25; D. SIRACUSANO, *In tema di discrezionalità nell'applicazione della pena*, in *Foro pen*., 1957, 382; M. SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, cit.; A.M. STILE, *La commisurazione della pena nel contesto attuale del sistema sanzionatorio. Aspetti problematici*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Vassalli*, I, Milano, 1991, 287; ID., *Prospettive di riforma della commisurazione della pena*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale*, Milano, 1993, 317; M. G. TASCONE, *Applicazione della pena*, in Enc. Giur., II, Roma, 1988, 1 s; G. VASSALLI, *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, in ID., *Scritti*, II, Milano, 1997, 1307 ss.

leggersi chiaramente in connessione con il successivo art. 133 c.p., tuttavia manca una disposizione che ne fornisca una definizione espressa.

Un orientamento abbastanza risalente finiva con l'identificare la discrezionalità penale con gli elementi indeterminati della fattispecie: «se dove la fattispecie è composta da elementi tassativi è lo stesso legislatore che esprime la descrizione di ciò che valuta illecito, altre volte il passaggio dal piano della valutazione (da parte del legislatore) al piano della descrizione è fatto da parte del giudice, per il singolo caso. […] Si può dire allora che in tali casi la fattispecie contiene elementi di discrezionalità»[99]. Questa concezione «presuppone una nozione ampia di fattispecie nella quale sono ricompresi tutti gli elementi che determinano l'applicazione della sanzione penale»[100]. In altre parole, «tutto ciò che influisce sulla misura della sanzione fa parte del precetto e quindi si inquadra nella fattispecie legale. Tutto ciò quindi che è rimesso alla discrezionalità del giudice nella determinazione della sanzione, rappresenta sempre un momento della fattispecie legale che per ciò stesso non è tassativamente fissata, dando luogo pertanto a discrezionalità nella fissazione degli elementi della fattispecie»[101].

In una prospettiva simile si colloca chi identifica la discrezionalità non con qualsiasi indeterminatezza ma solo con una "indeterminatezza intenzionale" della fattispecie: si avrebbe pertanto discrezionalità non nei casi in cui «l'astratta possibilità di contenuti diversi dipend[a] dalla circostanza che in essa è contenuta una descrizione in termini ambigui, e quindi plurivoci», ma solo laddove «la presenza di elementi in bianco non [sia] accidentale, ma inerisc[a] alla struttura della proposizione normativa, che è preformata in modo tale da non esaurire, con la descrizione in essa contenuta, tutte le modalità giuridicamente rilevanti del comportamento»[102]. In quest'ottica, la discrezionalità costituisce una delle possibili tecniche di normazione di cui può servirsi il legislatore[103].

Tali ricostruzioni si sforzano di elaborare un concetto unitario di discrezionalità che possa valere non soltanto all'interno dei confini del diritto penale ma per

[99] S. MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 182-183.
[100] R. SATURNINO, voce *Discrezionalità (Diritto penale)*, cit., 2.
[101] S. MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 113.
[102] Così, F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., 161.
[103] *Ivi*, 169.

l'ordinamento giuridico nel suo complesso, dilatando così la nozione di discrezionalità al massimo grado[104].

La principale critica rivolta a tale impostazione muove dalla necessità di tenere distinti due fenomeni dogmaticamente e praticamente diversi, ovverosia, da una parte il «difetto di tassatività che attiene alla tecnica di strutturazione normativa» e, dall'altra la «discrezionalità che, per contro, significa […] rinuncia legislativa alla fissazione di un valore, cioè di una significazione astratta, e autorizzazione del giudice a cogliere, nella multiforme varietà del caso concreto, quella significatività che può giustificare un certo trattamento giuridico-penale»[105].

Tenendo fede a tale distinzione, la dottrina successiva non ha però rinunciato a individuare un concetto di discrezionalità unitario, che si manifesterebbe in una vasta gamma di ipotesi riconducibili alla determinazione del trattamento sanzionatorio, inteso in senso lato[106]. Si tratta, sostanzialmente, dello stesso ambito che la dottrina, soprattutto tedesca, riconduce alla "commisurazione della pena in senso lato"[107].

La discrezionalità viene allora concepita come equità, intesa come giudizio del caso concreto[108]. Così, secondo Bricola, la discrezionalità mira a soddisfare un bisogno da sempre avvertito come fondamentale per l'uomo, e cioè il bisogno di uguaglianza, inteso nella sua accezione sostanziale, come «diversa valutazione dei distinti»[109]. Proprio la consapevolezza da parte del legislatore di poter cogliere *ex ante* solo alcuni dei «possibili frammenti della variabile significatività che il caso concreto può esprimere», costituisce l'essenza stessa della discrezionalità[110]. Il tratto distintivo della discrezionalità penale è «il rinvio esplicito da parte del legislatore al caso concreto, che deve esprimere la significatività di valore più idonea e conforme allo scopo» della pena[111]. Ogniqualvolta un particolare significato sia inesprimibile in termini astratti o insuscettibile di essere tipizzato, si rende necessario un rinvio al caso concreto[112].

---

[104] E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice*, cit., 746.
[105] F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 41-42.
[106] E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice*, cit., 746.
[107] Per la dottrina tedesca si veda, per tutti, H.-J. BRUNS, *Strafzumessungsrecht. Gesamtdarstellung*, Köln-Bonn-Berlin-München, 1974; per la dottrina italiana cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit.
[108] In tal senso, M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., 221 ss. e F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 102.
[109] F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto* penale, cit., VIII.
[110] *Ivi*, 99-100.
[111] *Ivi*, 102.
[112] *Ivi*, 117.

Anche questa ricostruzione non si sottrae, però, alle critiche di concettualismo, in quanto assumerebbe aprioristicamente il carattere unitario della discrezionalità penale, ricavandone i caratteri essenziali dalla disciplina di un singolo istituto (la commisurazione della pena in senso stretto, art. 133 c.p.), invertendo in tal modo il metodo d'indagine: non più dal generale al particolare ma «dalla specie (determinazione della pena da infliggere in concreto) […] [al] genere (concetto generale della discrezionalità)»[113]. Se ne deduce pertanto che «il ragionamento interpretativo deve svolgersi in maniera autonoma, senza condizionamenti di ordine concettualistico quale l'appartenenza del singolo istituto alla generale categoria dommatica della discrezionalità: l'unico criterio valido per l'interprete è costituito dalla individuazione della funzione specifica assegnata dall'ordinamento all'istituto particolare preso in esame»[114].

Completato il quadro di sintesi sulla riflessione della dottrina italiana intorno al concetto di discrezionalità, alla luce della nozione di "commisurazione in senso lato" che intendiamo adottare, pare opportuno accogliere, ai fini della presente trattazione, una definizione di discrezionalità giudiziale altrettanto lata, più ampia di quella elaborata nella classica monografia di Bricola e forse più vicina alla nozione proposta da Cordero. Il sistema penale si è, infatti, progressivamente arricchito non solo di nuove ipotesi espressamente qualificate di potere discrezionale (come, ad esempio, l'art. 58 della l. n. 689 del 1981[115]), ma anche di istituti la cui applicazione implica valutazioni di così elevata concretizzazione e personalizzazione da aprire margini di "indeterminatezza strutturale" che solo il giudice può colmare[116] (il riferimento corre, ad esempio, alle alternative sanzionatorie attivabili in fase pre-processuale, processuale ed esecutiva, i cui requisiti di merito sono descritti in termini volutamente generici, attraverso formule normative piuttosto elastiche). Riteniamo, pertanto, che debba parlarsi di discrezionalità tanto ove la legge operi un rinvio *esplicito* al caso concreto, quanto nei casi in cui tale

[113] A. R. LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, cit., 346. In adesione alle tesi di Latagliata, cfr. A. M. STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, cit., 182 ss.

[114] A. R. LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, cit., 347. A tal proposito E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice*, cit., 747, parla di «svalutazione del dogma della discrezionalità».

[115] La rubrica dell'originario art. 58 l. 689/1981 recitava «potere discrezionale del giudice nella sostituzione della pena»; oggi, a seguito della modifica apportata per mezzo del d.lgs. 150/2022, tale norma disciplina il «potere discrezionale del giudice nell'applicazione e nella scelta delle pene sostitutive».

[116] Cfr. le riflessioni di R. BARTOLI, *La discrezionalità giudiziale tra legge e Costituzione*, Relazione tenuta nell'ambito del Convegno "*Il controllo della Corte di cassazione sul trattamento sanzionatorio*", organizzato da *Struttura di formazione decentrata della Corte di Cassazione*, Roma, 3 marzo 2025, reperibile in *www.youtube.com/watch?v=XtNwRj4QupE*.

rinvio sia *implicito* e consegua ad una indeterminatezza *strutturale* e *fisiologica* dell'istituto, funzionale comunque ad assicurare l'equità, la giustizia del caso concreto, l'uguaglianza sostanziale.

Invero, al di là delle differenze che si possono certamente scorgere nelle molteplici definizioni proposte, sembra unanimemente condivisa la *ratio* della discrezionalità, individuabile «nell'impossibilità di tipicizzare l'infinita varietà di significati che possono verificarsi nella realtà»[117]. Messina afferma che «[l]a discrezionalità sorge […] tipicamente da questa varietà infinita di possibili situazioni che meritano specifico apprezzamento, perché è impossibile che il legislatore le preveda singolarmente onde si deve lasciare all'organo giurisdizionale il compito di determinare nel caso concreto il pensiero del diritto»[118]. Stile definisce la discrezionalità come «quel potere concesso al giudice di cogliere il significato di valore, cui sono collegate conseguenze giuridiche, senza la mediazione di una fattispecie per attuare la volontà legislativa». Bricola – come già osservato – identifica la caratteristica essenziale «della discrezionalità penale nella rinunzia da parte del legislatore ad esprimere un significato astratto, data la peculiarità dell'oggetto della valutazione, e nel conseguente rinvio al caso concreto, perché esso esprima, nella sua multiforme varietà, la significazione di valore più idonea a produrre un certo trattamento penale»[119]. Anche uno degli autori più critici nei confronti delle ricostruzioni unitarie del concetto di discrezionalità come Latagliata, riconosce che l'esame dell'art. 133 c.p., unica ipotesi di regolamentazione espressa della discrezionalità, «rivela […] l'esigenza di non trascurare […] [il] contenuto peculiare del singolo episodio criminoso e la conseguente necessità di affidarsi alla valutazione del giudice perché realizzi una 'giustizia individualizzante'»[120]. Infine, anche Massa sottolinea l'«impotenza della legge a rilevare e a descrivere astrattamente tutti gli infiniti modi nei quali l'azione si presenta nella realtà»[121], che si traduce nella rinuncia alla tipizzazione e nel ricorso al potere discrezionale del giudice.

In definitiva, la discrezionalità non rappresenta solo «la conseguenza di una tecnica di normazione imposta dalla difficoltà di descrivere tutte le possibili manifestazioni del caso concreto, ma principalmente il frutto di una precisa scelta di

[117] R. SATURNINO, voce *Discrezionalità*, cit., 3.
[118] S. MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 83.
[119] F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 100.
[120] A. R. LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, cit., 56.
[121] M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., 80.

politica criminale. Il nostro ordinamento, infatti, […] deve affidarsi necessariamente al giudice, affinché attraverso il "finalistico" apprezzamento del fatto e della personalità del reo, adotti quella decisione che sia coerente con le finalità dello stato sociale di diritto»[122].

[122] *Ibidem*.

# CAPITOLO SECONDO

# I PRINCIPI COSTITUZIONALI TRA ORIENTAMENTO E CONTROLLO DELLA DISCREZIONALITA' SANZIONATORIA DEL GIUDICE PENALE

SOMMARIO: 1. Premessa 2. Il "duplice volto costituzionale" della discrezionalità sanzionatoria: i principi costituzionali che presiedono all'esercizio del potere discrezionale del giudice penale nel momento sanzionatorio inteso in senso ampio. 3. I principi che "militano" a difesa della discrezionalità penale. 3.1. Il principio di uguaglianza-ragionevolezza. 3.2. Il principio di individualizzazione della pena. 3.3. Il principio rieducativo. 3.3.1. Rieducazione e discrezionalità in fase cognitiva. 3.3.2. Rieducazione e discrezionalità in fase esecutiva. 3.4. Il principio di proporzionalità. 3.4.1. Il principio di proporzionalità in fase esecutiva. 4. I principi e le garanzie che comportano un contenimento della discrezionalità del giudice. 4.1. I principi di matrice sostanziale. 4.1.1. Il principio di legalità della pena. 4.1.2. Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale (in merito alle conseguenze sanzionatorie). 4.2. Le garanzie di matrice processuale. 4.2.1. Il diritto di difesa e il principio del contraddittorio. 4.2.2. L'obbligo di motivazione. 4.2.3. Il giudizio in appello: un parziale (ma insufficiente) recupero delle garanzie processuali eluse nel giudizio di primo grado. 4.2.4. Il controllo di legittimità da parte della Suprema Corte di Cassazione. 5. I principi costituzionali come parametri di legittimità: tra "discrezionalità negata" e "discrezionalità restituita". 5.1. Il sospetto di incostituzionalità nei confronti di tutte le pene fisse. 5.1.1. L'ergastolo come pena fissa. 5.2. Le pronunce di illegittimità costituzionale degli automatismi sanzionatori previsti al momento della commisurazione extraedittale: le blindature al giudizio di bilanciamento. 5.3. Le pronunce di illegittimità costituzionale degli automatismi sanzionatori previsti in fase esecutiva. 5.3.1. L'art. 4-*bis* o.p., norma emblema degli automatismi penitenziari: dalle origini alla riforma del 2022. 5.4. Verso una illegittimità *tout court* delle "rigidità legislative"?.

## 1. Premessa

Dalle riflessioni della dottrina testé richiamate emerge in maniera piuttosto netta la connessione del potere discrezionale del giudice penale con alcuni principi dell'ordinamento costituzionale.

Secondo una prospettiva più tradizionale e maggiormente esplorata nella teoria e nella prassi penalistica, il nesso tra principi costituzionali e discrezionalità sanzionatoria risiederebbe nella possibilità di adoperare i primi come parametri di legittimità costituzionale della legislazione penale che incide sulla disciplina del potere discrezionale del giudice; più raramente, invece, essi vengono considerati come criteri in grado di orientare l'esercizio della discrezionalità giudiziale in relazione al delicato momento della commisurazione della pena in senso stretto e in senso lato[123]. Eppure, l'applicazione diretta dei principi da parte del giudice senza la mediazione della regola legale è un fenomeno di sempre più larga estensione e di grande rilevanza, che ha cause profonde e strutturali nel sistema, riassumibili, da un lato, nella proliferazione dei principi sul fronte sovranazionale, dall'altro lato, nelle difficoltà e nei ritardi cui va incontro il legislatore nazionale nella traduzionale legale in regole dei suddetti principi. Poiché la discrezionalità è una "norma senza fattispecie", è assolutamente fisiologico che il giudice, nell'esercizio della discrezionalità commisurativa della pena, ispiri questo suo potere ai principi che governano la pena[124].

Muovendo da tale premessa, il presente capitolo si propone, in primo luogo, di esaminare i principi costituzionali rilevanti in materia penale che presiedono all'esercizio del potere discrezionale al fine di indagare la loro potenziale funzione di orientamento delle scelte discrezionali del giudice nella determinazione della pena.

Successivamente, l'analisi si sposterà sul versante complementare e ormai consolidato che vede i medesimi principi costituzionali operare come parametri di scrutinio della legittimità di quelle norme che, in un modo o nell'altro, hanno l'effetto di comprimere la discrezionalità giudiziale nella fase sanzionatoria. Si approfondiranno quindi i più significativi approdi della giurisprudenza costituzionale, ormai piuttosto

[123] F. VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria e principi costituzionali,* in *www.sistemapenale.it*, 6 marzo 2025, 1.

[124] In questi termini si esprime F. PALAZZO, *Legalità, flessibilità e proporzionalità della pena*, Relazione tenuta nell'ambito del corso di formazione organizzato da *Scuola Superiore della Magistratura* dal titolo "*Applicazione ed esecuzione della pena: giudice della cognizione e della sorveglianza*", Napoli-Castel Capuano, 12-14 novembre 2025.

copiosa, che ha progressivamente tracciato i confini di legittimità delle scelte legislative in materia di pene fisse, automatismi sanzionatori e preclusioni legali.

L'obiettivo finale è dunque quello di valorizzare la dimensione costituzionale della discrezionalità giudiziale in ambito penale, considerando i principi contenuti nella Legge fondamentale tanto come canoni orientativi delle decisioni del giudice quanto come criteri alla stregua dei quali vagliare la legittimità dei vincoli imposti dal legislatore in questo contesto, nel tentativo di impostare le coordinate di un modello di commisurazione della pena pienamente coerente e conforme al disegno costituzionale.

## 2. Il "duplice volto costituzionale" della discrezionalità sanzionatoria: i principi costituzionali che presiedono all'esercizio del potere discrezionale del giudice penale nel momento sanzionatorio inteso in senso ampio

Prendendo le mosse dalla prima delle due direttrici di indigine indicate, cominceremo con l'analisi dei principi costituzionali che disciplinano, orientano e limitano il potere discrezionale del giudice penale.

A nostro modo di vedere, è possibile individuare un novero di principi che si ergono a difesa della discrezionalità penale e, talvolta, spingono verso un'espansione della stessa (principio di uguaglianza-ragionevolezza, principio di individualizzazione della pena, principio rieducativo e principio di proporzionalità) e una serie di principi o garanzie che, al contrario, si muovono nella direzione di un contenimento della discrezionalità, sia di matrice sostanziale (primo tra tutti il principio di legalità della pena, ma anche il principio di prevedibilità delle decisioni giudiziarie), sia di matrice più spiccatamente processuale (il diritto di difesa, l'obbligo di motivazione e il controllo di legittimità da parte della Corte di Cassazione). Per questo pare opportuno parlare di un duplice "volto" o "statuto" della discrezionalità sanzionatoria del giudice penale, per cristallizzare quella apparente contraddizione che interessa tutte le riflessioni sulla giustizia – definita da autorevole dottrina «l'antitesi coessenziale all'idea stessa di diritto»[125] –, ovverosia, la tensione tra l'esigenza di certezza, prevedibilità e controllabilità della decisione giudiziaria, da una parte, e le esigenze di equità, individualizzazione e rieducazione, dall'altra. Ovviamente, nessuno di questi interessi è idoneo a imporsi in maniera assoluta sugli altri, essendo tutti

[125] F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., IX. Una tensione che «assume toni di più intensa drammaticità sul terreno del diritto penale», considerata la rilevanza degli interessi che vengono in gioco.

parimenti di rango costituzionale; perciò si rende necessario un bilanciamento in concreto, che non può essere affidato *ex ante* al legislatore, ma dovrà necessariamente essere delegato ad un secondo livello, quello giudiziale.

Più che considerare il binomio legalità-discrezionalità in termini antitetici, occorrerebbe prendere atto del fatto che siamo di fronte a due dimensioni del diritto che, seppur distinte, sono logicamente ed ontologicamente indissolubili. Come già osservava Aristotele, la legalità attiene al carattere universale delle leggi, mentre la discrezionalità – intesa come equità – è legata al carattere singolare dei giudizi[126], nel senso che la legge definisce le caratteristiche essenziali o gli elementi costitutivi del reato, mentre il giudice connota le caratteristiche accidentali e le circostanze specifiche, non individuabili legalmente per la complessità del mondo sensibile[127]. Pertanto, il giudizio discrezionale è a pieno titolo e a tutti gli effetti un giudizio giuridico che consiste «nell'enunciazione di una decisione *adatta* al caso concreto»[128].

In questa prospettiva, la discrezionalità non ha il compito eccezionale – come talora si è detto[129] – di integrare la fattispecie legale astratta o addirittura oltrepassarla; l'esercizio della discrezionalità, cioè, non è un'operazione straordinaria o sussidiaria, ma al contrario, è un fatto ordinario[130]. L'apertura al fatto singolo da parte del giudice è del tutto immanente alla struttura del ragionamento giudiziario.

Evocativa l'immagine utilizzata da Tumminello per descrivere il rapporto tra legalità e discrezionalità: «gli occhi della legge non possono mettere a fuoco l'individualità del singolo caso concreto: il legislatore non è munito delle "lenti da vicino"; solo il giudice […] con la sua sensibilità ed esperienza possiede le "lenti da vicino"»[131]. Anche le lenti del giudice – si potrà obiettare – sono uno strumento imperfetto

[126] ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, trad. (a cura di) C. NATALI, Bari, 1999, I, 1137b, 215.

[127] L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, VIII ed., Roma-Bari, 2011, 139.

[128] G. CARUSO, *La discrezionalità penale*. *Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Padova, 2009, 184.

[129] Sull'equivoco, tutt'ora presente nell'ambito della filosofia giuridica, che contrappone legalità ed equità v. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 135 ss., al quale si rimanda anche per i riferimenti bibliografici.

[130] Cfr. ancora G. CARUSO, *La discrezionalità penale, cit.*, 186 e 192. In termini simili anche L. TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., 48 e A. ABBAGNANO TRIONE, *I confini mobili della discrezionalità penale*, cit., 17, per il quale «la discrezionalità si rivela come un'esigenza del sistema penale, posto che il principio di legalità, pur rappresentando il miglior argine contro ogni forma di abuso o di arbitrio, rischia di degenerare, ove inteso alla lettera, in un sistema casistico esasperato con tutti i disagi ad esso connessi».

[131] L. TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., 50.

per cogliere le molteplici sfumature della realtà, ma ad ogni modo sono le migliori lenti che abbiamo, le più adeguate per attuare un giudizio individualizzato[132].

Ciò premesso, si procederà, ora, ad analizzare i principi menzionati, ancorché limitatamente alla loro rilevanza ai fini della presente ricerca. Nonostante la trattazione in paragrafi separati per ragioni espositive, preme sottolineare fin da subito che tutti i principi su cui si incentrerà la nostra indagine concorrono in realtà sinergicamente a plasmare il "volto costituzionale" della discrezionalità penale, tanto da rendere pressoché inevitabili reciproci richiami tra gli stessi.

### 3. I principi che "militano" a difesa della discrezionalità penale

Il potere discrezionale del giudice penale è da tempo riconosciuto quale strumento privilegiato per l'attuazione di irrinunciabili valori costituzionali, alcuni esplicitamente menzionati in Costituzione (come il principio di uguaglianza-ragionevolezza e il principio rieducativo), altri solo implicitamente desumibili dalla Carta fondamentale, sviluppati in via interpretativa dalla giurisprudenza costituzionale e, tuttavia, non meno significativi (il riferimento corre ai principi di individualizzazione della pena e di proporzionalità).

Dunque, la progressiva valorizzazione del potere discrezionale del giudice nel momento commisurativo in senso lato si è rivelata una conseguenza naturale delle nuove coordinate del sistema penale scolpite nella Costituzione del 1948. Non si può fare a meno di individuare nelle pronunce costituzionali il catalizzatore di una riflessione approfondita sulla personalizzazione della pena, orientata al rispetto dei princìpi di uguaglianza, proporzionalità e rieducazione. Le linee evolutive della nostra tematica traggono tuttora la loro linfa vitale dall'interpretazione delle norme costituzionali operata dalla Consulta, che non si limita a precisare i limiti esterni della discrezionalità ma fornisce indicazioni di scopo e criteri finalistici idonei a legittimare e conferire sostanza al potere discrezionale del giudice.

L'esercizio dell'attività di connotazione di cui il giudice è investito non rappresenta dunque una mera facoltà ma un vero e proprio dovere: il giudice ha l'obbligo,

[132] *Ivi*, 50. Certo, si tratta di un compito estremamente difficoltoso, dal momento che si richiede al giudice di «farsi da un lato impersonale, ma dall'altro personalissimo; dovrebbe applicare norme generali e astratte, ma comprendere in fondo la particolarità, la singolarità, la peculiarità di ciascuno di noi allo scopo di rendere giustizia. Il giudice dovrebbe cioè risolvere l'ossimoro insito nella norma, l'essere insieme generale e considerare ciò che è più particolare»; così, A. VERDE, *Come si giustifica chi rende giustizia?*, in *Criminalia*, 2011, 377-378.

a prescindere da istanze di parte, di valutare il disvalore penale della condotta in relazione al fatto specifico e al suo autore[133]. Solo attraverso l'inflizione di sanzioni che siano il più possibile corrispondenti alle caratteristiche del caso specifico e dell'autore si può pervenire ad una pena equa. Del resto, la concreta esperienza dell'amministrazione della giustizia dimostra che la concretizzazione giudiziaria dei precetti legislativi «non è meccanica traduzione al singolare della norma generale dettata in astratto per tutti i consociati, ma ricerca della soluzione più adatta al problema specifico che il giudice deve risolvere»[134]. Se così è, diventa fondamentale, specialmente nella prassi, il recupero della categoria regolativa dell'equità, in quanto funzionale a instaurare «un giudizio relazionale, inteso a riconoscere o stabilire armonia, equilibrio, congruenza, compatibilità o compensazioni tra interessi moralmente e/o utilitaristicamente rilevanti»[135]. Non resta dunque che esaminare i principi costituzionali che alimentano siffatta dinamica relazionale, che viene a costituire, in ultima analisi, il fulcro dell'attività di commisurazione della pena.

### *3.1. Il principio di uguaglianza-ragionevolezza*

Il primo principio attraverso cui indagheremo il paradigma costituzionale della discrezionalità penale è quello di uguaglianza[136]. Come altri valori cardine dell'ordinamento, ha una portata trasversale che si estende anche ad ambiti diversi dal diritto penale. Esso assume, quindi, le sembianze di un «*meta-principio* o *meta-criterio* suscettibile di specificarsi e concretizzarsi in rapporto a principi o parametri di più stretta marca penalistica», tra i quali il principio di personalità-colpevolezza e la proporzione della risposta sanzionatoria rispetto alla gravità del reato, da intendere altresì quale precondizione per il finalismo rieducativo[137]. In questo contesto peculiare, il principio in questione si arricchisce dunque di aspetti autonomi, determinati dalla specificità della materia[138].

---

[133] F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale*, cit., 732.

[134] G. SILVESTRI, *La discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, cit., 15.

[135] G. M. CHIODI, *Equità. La regola costitutiva del diritto*, Torino 2000, 49-50.

[136] In generale, sul principio di uguaglianza v. per tutti A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur. Treccani XIV*, Roma 2006 (aggiornamento). Con specifico riferimento al diritto penale cfr. G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012.

[137] G. FIANDACA, *Uguaglianza e diritto penale*, in M. CARTABIA, T. VETTOR (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza*, Milano, 2009, 115-116.

[138] In tal senso, A. DE LIA, *Il principio di uguaglianza ed il diritto penale sostanziale: una sintetica analisi del rapporto*, in *www.federalismi.it*, 6 dicembre 2017, par. 1.

È ormai ampiamente consolidata l'interpretazione che distingue due diverse accezioni del principio di uguaglianza: quella di uguaglianza in senso stretto e quella di ragionevolezza[139].

La prima – c.d. "nucleo forte" del principio[140] – si sostanzia nel divieto di discriminazioni *ratione subiecti*. Si tratta della più classica interpretazione dell'art. 3 Cost. che impone l'universalità del precetto legislativo, carattere che viene violato ogniqualvolta la norma contenga differenziazioni basate su profili soggettivi (sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali). Le questioni di costituzionalità per violazione del principio di uguaglianza, inteso in questa accezione più ristretta, risultano meno frequenti in ambito penale rispetto ad altri settori del diritto[141]. Ciò si deve al fatto che le norme penali di ispirazione liberale, comprese quelle del codice Rocco, sono state concepite fin dall'origine come leggi di carattere "universale". Inoltre, il d.l.lgt. 25/1944 ha abolito tutta la legislazione di matrice razzista, eliminando così il più evidente residuo delle norme *ad personam* introdotte durante il periodo fascista[142].

In base alla seconda accezione indicata, il principio di uguaglianza può anche essere declinato come generale canone di ragionevolezza, suscettibile di tradursi nel noto «imperativo di trattamento eguale degli eguali e di trattamento differenziato dei diversi»[143]. Certamente questa interpretazione estende di molto le potenzialità applicative del principio costituzionale in oggetto, tanto da renderlo «garanzia di fronte all'irrazionalità dell'ordinamento»[144]: l'uguaglianza viene a svolgere «una più ampia

[139] Sul punto è imprescindibile il rimando a G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, IV ed., Torino, 2012, 394 ss.

[140] A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, cit., 32.

[141] Si rimanda alla rassegna della giurisprudenza costituzionale contenuta in G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, cit., 399 ss., ove vengono citate le sentenze nn. 131/1979; 126/1968 e 147/1969; 440/1995; 508/2000.

[142] Ancora G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, cit., 398.

[143] Così, E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1974, 345, ma anche F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 352, secondo cui tale principio «vincolerebbe il legislatore non solo ad un pari trattamento degli eguali ma, altresì, ad una diversificazione dei distinti». Sul principio di ragionevolezza in generale v. A. M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc*., 1975, 561; L. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir*., Agg. I, Milano, 1997, 899. Con specifico riferimento al diritto penale, v. G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, cit., 313; V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2007, 739.

[144] A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, cit., 62. Per G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, cit., 397, «irragionevolezza è anzitutto

funzione di difesa avverso vizi logici non idonei a ripercuotersi su sfere giuridiche strettamente subiettive più o meno fondamentali del cittadino o del singolo, ovvero verso incongruenze non dovute a fini discriminatori, sibbene frutto di errori o di scarso esame del farraginoso e complesso sistema legislativo vigente»[145]. Seguendo questa linea ermeneutica, «il principio di ragionevolezza viene oggi largamente inteso come un generale strumento di verifica della razionalità della norma penale e dell'effettivo coordinamento tra mezzo e scopo nella scelta legislativa»[146].

Ciò premesso in via generale, è indubbio che il principio di uguaglianza-ragionevolezza si rivolga in primo luogo al legislatore, imponendogli, per quanto concerne la materia penale, di costruire un sistema di risposte al reato ordinato secondo un criterio di razionalità, individuabile nella gravità del *crimen*, cogliendo analogie e differenze tra le fattispecie da disciplinare e diversificando conseguentemente anche il trattamento sanzionatorio[147]. In buona sostanza, l'art. 3 Cost. esige un assetto legale che consenta di adeguare la pena alle reali responsabilità personali, obiettivo che viene generalmente raggiunto mediante la previsione di pene di diversa natura e/o tramite la determinazione di un intervallo tra il minimo e il massimo della pena prevista (c.d. cornice edittale)[148]. Va da sé che, pur nel rispetto della discrezionalità di cui gode il legislatore in punto di determinazione del tipo e dell'ammontare della pena, qualora tali scelte si rivelino irragionevoli, sarà percorribile la via del sindacato di legittimità costituzionale[149].

Ora, la condizione di coerenza infrasistematica tra reati cui si accennava è il presupposto affinché il principio di uguaglianza possa trovare valida e conveniente applicazione anche in sede giurisdizionale. Il nostro ordinamento costituzionale, infatti, «[n]on si limita a enunciare l'eguaglianza in termini formali, ma afferma, all'art. 3 cpv., che "è compito della Repubblica" (quindi di tutte le sue articolazioni istituzionali, ivi

sinonimo di arbitraria incoerenza, di mancanza di giustificazione, di lesione di un principio di non contraddizione immanente ad ogni sistema normativo».

[145] Ancora A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, cit., 63.

[146] A. DE LIA, *Il principio di uguaglianza ed il diritto penale sostanziale: una sintetica analisi del rapporto*, cit., par. 3.

[147] D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont*., 2/2017, 49-50.

[148] Corte cost., 14 aprile 1980, n. 50, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1981, 733 ss., con nota di C.E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*. Emblematicamente in questa pronuncia la Consulta sostiene che, nelle risposte al reato, il riconoscimento di spazi di discrezionalità al potere decisionale del giudice deve costituire la regola; di conseguenza, il sistema di previsione delle cornici edittali adottato dall'ordinamento italiano è funzionale ad assicurare l'«uguaglianza di fronte alla pena».

[149] Del sindacato di costituzionalità sulla misura della pena parleremo quando tratteremo del principio di proporzionalità (v., *infra*, par. 3.4).

compresa la giurisdizione) rimuovere gli ostacoli che limitano "di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini"»[150]. Il principio di uguaglianza, quindi, inteso nell'accezione di divieto di irragionevoli disparità di trattamento, ha come destinatario anche il giudice, il quale, a bene vedere, è ordinariamente chiamato a comparare o differenziare i singoli casi riconducibili alla medesima fattispecie di reato. Non a caso, autorevole dottrina ha scorto nell'art. 3 Cost. «una proiezione di tutto l'art. 133 c.p.»[151], nel senso che il sistema stesso della commisurazione è configurato in modo tale da consentire al giudice di integrare le astratte previsioni normative con valutazioni sul caso concreto, soppesando elementi di differenziazione fra episodi riconducibili ad uno stesso modello di reato[152]. Un celebre esempio offerto dalla manualistica penale potrà chiarire meglio il concetto. Si tratta del caso riportato dal giurista tedesco Reinhard Frank a proposito del reato di appropriazione indebita. Frank descrive due ipotesi: nella prima, l'illecito viene commesso da un cassiere di negozio, ben pagato, scapolo e abituato a uno stile di vita lussuoso; nella seconda, lo stesso reato è compiuto da un fattorino con uno stipendio basso, una moglie malata e numerosi figli da mantenere. Pur essendo i due episodi senza dubbio riconducibili alla medesima fattispecie criminosa, emergono, altrettanto palesemente, differenze obiettivamente innegabili sotto il profilo della rimproverabilità soggettiva; diversità che possono – e devono – essere valorizzate dal giudice proprio in punto di dosimetria sanzionatoria[153]. In questa prospettiva il collegamento tra uguaglianza e discrezionalità è autoevidente, la prima costituendo la "spina dorsale" della seconda, dal momento che è proprio l'esigenza di uguaglianza in senso sostanziale a legittimare il dischiudersi di spazi discrezionali in capo al giudice. La discrezionalità non si configura, dunque, come una deroga al principio di uguaglianza, ma come lo strumento necessario per garantirne la più piena attuazione. Da questo punto di vista, più lucido e attuale che mai, appare, allora, l'insegnamento di Bricola secondo cui la discrezionalità mira a soddisfare proprio l'uguaglianza nella sua accezione sostanziale[154].

Il principio di uguaglianza svolge un ruolo primario anche rispetto alla pena pecuniaria, che, sebbene sia spesso trascurata, «è una sanzione criminale a tutti gli

[150] N. LIPARI, *Principio di uguaglianza ed esercizio della giurisdizione*, in *Quest. giust.*, 1/2020, 16.
[151] E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, cit., 347.
[152] *Ivi*, 348.
[153] L'esempio è riportato da G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 336.
[154] F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto* penale, cit., VIII.

effetti»[155]. Il fatto che non intacchi la libertà personale bensì il patrimonio, che, a differenza della prima, non è un bene uniforme che inerisce naturalmente alla persona umana ma un'entità eterogenea, rende estremamente diseguale l'impatto della pena pecuniaria per ciascun condannato: «una multa del medesimo importo può risultare più o meno afflittiva secondo le disponibilità reddituali e patrimoniali del singolo»[156]. Di qui, la necessità, da parte dei legislatori moderni, di ricercare «rimedi, atti a salvaguardare l'efficacia e la concreta uguaglianza dell'effetto della pena pecuniaria, mediante meccanismi d'adeguamento alle diverse condizioni economiche dei condannati»[157]; un adeguamento che, per l'appunto, deve ritenersi imposto dal principio di uguaglianza sostanziale. In quest'ottica, il vaglio che la Corte costituzionale «è chiamata a compiere sulla manifesta sproporzione della pena pecuniaria non potrà che confrontarsi con il dato di realtà del diverso impatto del medesimo *quantum* di una tale pena rispetto a ciascun destinatario. Tale diverso impatto esige di essere "compensato" attraverso uno [dei] rimedi» citati, «in modo che il giudice sia posto nella condizione di tenere debito conto – nella commisurazione della pena pecuniaria – delle condizioni economiche del reo, oltre che della gravità oggettiva e soggettiva del reato»[158]. Anticipiamo fin da subito, che l'art. 133-*bis* c.p., pur ispirato a questa logica compensativa, si è rivelato fallimentare all'atto pratico. Come si evince anche dagli studi di diritto comparato, il meccanismo più indicato per assicurare l'uguaglianza sostanziale sarebbe il c.d. sistema dei tassi giornalieri, solo parzialmente adottato nel nostro ordinamento, ma non per le pene pecuniarie principali. Un grave *vulnus* del sistema che avremo modo di indagare più nel dettaglio nel prossimo capitolo[159].

In ogni caso, che si tratti della pena privativa della libertà o della pena pecuniaria, il tema della misura della sanzione penale irrogata in concreto dal giudice della cognizione (ma, *mutatis mutandis*, potremmo dire anche dell'evoluzione della pena detentiva *in executivis* ad opera della Magistratura di Sorveglianza) è «fra i problemi cruciali del diritto penale»[160], proprio perché ci si aspetta – com'è ragionevole che sia – che la commisurazione in senso ampio sia la proiezione di un risultato di giustizia che

[155] Corte cost., 1 febbraio 2022, n. 28, in *www.cortecostituzionale.it*.
[156] *Ivi*.
[157] Corte cost., 21 novembre 1979, n. 131, in *www.cortecostituzionale.it*.
[158] Corte cost., 1 febbraio 2022, n. 28, cit.
[159] V., *infra*, Cap. 3, par. 3.
[160] D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, cit., 49.

nell'immaginario collettivo si intreccia inscindibilmente con l'idea stessa di diritto[161]. Capovolgendo tale prospettiva, non si può allora ignorare il tema – a un tempo complementare e speculare – della «disparità nella pronuncia delle condanne», «fattore surrettizio di delegittimazione» che «mina alla radice il significato della sanzione»[162]. A prescindere dalla circostanza che nel nostro ordinamento non sia riconosciuta natura vincolante al precedente[163], l'organo decidente non può sottrarsi ad un serio confronto con la giurisprudenza precedente – sia di merito che di legittimità –, pena la sedimentazione di un diritto inconferente e di decisioni percepite come ingiuste[164]. È proprio questa disuguaglianza, involontariamente causata dai giudici di merito nell'applicazione dei propri personali parametri di commisurazione, in assenza di linee guida o criteri uniformi di commisurazione, che genera nel condannato dolore, sofferenza, senso di ingiustizia: infatti, «le prassi commisurative sono spesso notevolmente divergenti non solo tra le diverse sedi giudiziarie, […] ma anche tra giudice e giudice dello stesso ufficio giudiziario»[165]. Ne consegue il forte rischio di una «*diseguaglianza di trattamento tra casi simili*», che si scontra frontalmente con l'art. 3 Cost., «e che è diretta conseguenza della – o comunque è strettamente correlato alla – imprevedibilità della decisione giudiziale in materia penale»[166], su cui si tornerà ampiamente nel prosieguo di questo capitolo[167], ma anche con l'art. 27 co. 3 Cost., posto che, la percezione di essere vittima di un trattamento ingiusto, più sfavorevole rispetto ai propri compagni,

[161] N. LIPARI, *Principio di uguaglianza ed esercizio della giurisdizione*, cit., 15.

[162] T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforme*, cit., 428.

[163] In tema v. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione* in action *del diritto penale*, cit., e più recentemente A. SANTANGELO, *Precedente e prevedibilità,* cit.

[164] F. VIGANÒ, *Discrezionalità interpretativa del giudice e valore dei precedenti*, in *www.sistemapenale.it*, 1 luglio 2025, 6, parla di un vero e proprio dovere tendenziale del giudice di rispettare i precedenti, poiché la «soggezione del giudice soltanto alla legge non significa che ciascun singolo giudice si possa sentire solo dinanzi alla legge. Piuttosto […] che il giudice debba sempre sentirsi parte di un sistema, rispetto al quale egli abbia la responsabilità di essere coerente. Un sistema, in particolare, espressivo di un potere […] corale, in cui ciascuna voce è importante, ma in cui ciò che davvero conta è il risultato finale, che deve essere armonico, e non caotico». È bene precisare che l'autore si riferisce alla discrezionalità interpretativa ma riteniamo che lo stesso discorso possa valere anche per la discrezionalità sanzionatoria.

[165] F. VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria e principi costituzionali,* cit., 20; sia pur, aggiunge l'autore, «[f]atta la dovuta tara a queste doglianze, nella consapevolezza che la tentazione di ritenersi vittime di trattamenti discriminatori fa parte della natura umana».

[166] F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in C.E. PALIERO, S. MOCCIA, G. A. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISSERO, R. RAMPIONI, L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente delle fonti penali"*, Atti del Convegno dell'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale, Napoli 7-8 novembre 2014, Napoli, 2016, 234.

[167] V., *infra*, par. 4.1.2.

difficilmente farà maturare nel condannato quel preliminare consenso necessario per intraprendere un qualsiasi percorso rieducativo.

Naturalmente, le maggiori difficoltà concernono l'individuazione e soprattutto la concreta applicazione dei criteri di differenziazione (di determinazione di uguaglianze e disuguaglianze rilevanti[168]) che poi si riverberano sul tipo o sul *quantum* di pena. Infatti, se la massima "casi uguali devono essere trattati ugualmente" è idonea a costituire una vera e propria regola di decisione (tanto per il legislatore quanto per il giudice); la massima "casi diversi devono essere trattati diversamente" nulla dice, invece, sul contenuto della disciplina da applicare. Ciò che è diverso non può semplicemente essere trattato diversamente, ma deve essere disciplinato in accordo alla sua specificità[169]. Al fine di differenziare correttamente e razionalmente il giudice non può che servirsi dei «principi "materiali" del sistema dei reati e delle pene»: offensività, proporzionalità, colpevolezza e finalismo rieducativo. Sono questi i principi in grado di dare sostanza alla discrezionalità del giudice quale strumento funzionale a realizzare l'uguaglianza, intesa come giustizia sostanziale[170].

### *3.2. Il principio di individualizzazione della pena*

L'attività di comparazione e differenziazione dei casi concreti cui si è appena fatto cenno, diretta a perseguire l'«uguaglianza di fronte alla pena»[171], soddisfa, in fin dei conti, l'esigenza di individualizzazione della sanzione penale[172], ossia quel processo di

[168] F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1998, 350 ss.; G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza delle norme penali*, cit., 313 ss.

[169] G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 44.

[170] Sul ruolo che la giurisdizione, non solo penale, può giocare nell'attuazione del principio di uguaglianza v. *amplius* N. LIPARI, *Principio di uguaglianza ed esercizio della giurisdizione*, cit., 15 ss. In particolare, l'autore sostiene che, secondo la prospettiva dei Costituenti, «l'eguaglianza non è solo un principio da affermare, ma un risultato da conseguire» (p. 16) e che «il disegno tratteggiato nel cpv. dell'art. 3 non appartiene soltanto a un astratto futuribile, ma qualifica il ruolo inderogabile del nostro complessivo assetto costituzionale e quindi anche la funzione istituzionale della giurisdizione»; pertanto «è da escludere, per quanto analitiche possano essere le previsioni del legislatore, che la legge possa esaurire tutte le potenziali situazioni di disuguaglianza» (p. 17). È a questo punto che si disvela il ruolo cruciale del giudice, «punto di equilibrio del sistema» (p. 21), che, attraverso l'esercizio del potere discrezionale che gli compete, può adeguare la sua decisione «alle peculiarità del soggetto cui si indirizza, solo così realizzando un'eguaglianza che altrimenti l'applicazione (formale) della legge finirebbe per frustrare» (p. 18).

[171] Corte cost., 14 aprile 1980, n. 50, cit.

[172] Sull'origine storica e le ricadute che il principio di individualizzazione ha avuto sui sistemi criminali, soprattutto in ambito europeo e nordamericano, cfr. M. PIFFERI, *L'individualizzazione della pena. Difesa sociale e crisi della legalità penale tra otto e novecento*, Milano, 2013. In aggiunta, sul tema è d'obbligo il rimando a M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Torino, 2020.

concretizzazione della risposta sanzionatoria in modo adeguato alle specificità della vicenda storica e dell'autore del reato. Non è superfluo ricordare che il principio di individualizzazione permea ogni fase della vita della pena, secondo un *climax* ascendente: dal momento di predisposizione del precetto, passando per la fase di commisurazione della pena, fino ad arrivare all'esecuzione[173]. Sarebbe, quindi, riduttivo limitare il tema in oggetto esclusivamente alla dimensione giudiziaria; tuttavia, è altrettanto incontestabile che «il cuore pulsante» dell'individualizzazione delle conseguenze punitive del reato «riposi nell'atto di *commisurazione in senso stretto* e *in senso lato* della pena da parte del giudice e nella sua successiva modulazione in sede esecutiva»[174]. Non c'è dubbio, infatti, che il fine primo perseguito dal legislatore nel momento in cui rinuncia a predeterminare rigidamente le conseguenze del reato sia proprio la personalizzazione della pena[175]. Ai nostri scopi, pare opportuno mettere in evidenza che l'individualizzazione implica necessariamente una valutazione discrezionale da parte del giudice, orientata a raggiungere una «capillare comprensione del fatto-in-relazione-al-suo-autore»[176]. Addirittura, è stato autorevolmente affermato che «la finalità di

[173] Già nel 1898 R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine,* in *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, a cura di R. OTTENHOF, Ramonville Saint-Agne, 2001, 141, coglie l'ampio raggio applicativo del principio in parola, intravedendone l'operatività in una triplice dimensione: legale, giudiziaria e amministrativa. Cfr., altresì, F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Appunti generali sulla riforma del sistema sanzionatorio con riferimento alla tipologia sanzionatoria e alla sospensione condizionale della pena*, in F. PALAZZO, R. BARTOLI (a cura di), *Certezza o flessibilità della pena? Verso la riforma della sospensione condizionale della pena*, Torino, 2007, 137, secondo i quali «occorre assumere l'individualizzazione della risposta sanzionatoria come criterio generale nel diversificare il sistema, tanto sul piano delle previsioni legislative, quanto su quello della discrezionalità giudiziaria nella c.d. commisurazione in senso ampio, rivelandosi siffatto strumento come la vera e unica chiave di volta che consente di armonizzare le diverse funzioni svolte dalle differenti tipologie sanzionatorie».

[174] M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena*, cit., 65.

[175] In tal senso, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 34. Sulla differenza semantica tra "individualizzazione" e "personalizzazione" cfr. M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena*, cit., 2 ss. L'autore rileva una differente caratura dei termini, sebbene vengano sovente utilizzati in modo del tutto fungibile l'uno rispetto all'altro. L'individualizzazione presenta un campo di operatività più ristretto, «circoscritto alla relazione specifica (ovverosia "*interna*") tra il reato e il suo autore», mentre il concetto di personalizzazione, più ampio, comprende anche «il contesto *storico-ambientale* in cui il delinquente vive (relazione "*esterna*")» (p. 6). In altri termini, «entrambe le idee impongono una *soggettivizzazione* dell'opera di scelta della sanzione, ma con intensità e indirizzi tra loro differenti […]. Una soggettivizzazione che nell'individualizzazione interesserà tendenzialmente il delinquente *uti singulus*, in rapporto alla sua responsabilità per il reato commesso, coessenziale ad una idea di pena in senso *statico-corrispettivo*; mentre nella personalizzazione essa coinvolgerà l'autore certamente come singolo ma inserito *dans la communauté*, e dunque, in una prospettiva più prossima a concezioni *dinamico-progettuali* della pena». Nonostante, dunque, sembrerebbe più opportuno fare uso della locuzione "personalizzazione", considerato il largo impiego nel linguaggio tecnico-giuridico corrente del concetto di "individualizzazione", nel prosieguo della trattazione continueremo ad avvalerci di quest'ultima espressione.

[176] G. CARUSO, *La discrezionalità penale,* cit., 229.

individualizzazione riflette […] l'essenza della discrezionalità penale in genere»[177]. Quindi, se, certo, la discrezionalità non è l'unico strumento attraverso il quale si realizza l'individualizzazione della pena, ne «è da sempre la *pietra angolare*»[178].

Ebbene, se la discrezionalità giudiziale è inscindibilmente legata all'esigenza di individualizzazione della risposta sanzionatoria, appare necessario rinvenire il fondamento costituzionale di quest'ultimo principio, di modo che possa emergere, in via mediata, anche la rilevanza costituzionale del potere discrezionale.

Nonostante l'iniziale scarsa attenzione prestata nell'esperienza italiana al tema dell'individualizzazione della pena, per ragioni di ordine tanto culturale quanto politico-legislativo[179], può, invero, ormai riconoscersi, nelle trame del dettato costituzionale, l'idea di una sanzione penale personalizzata. Volendo essere più precisi, il principio di individualizzazione della pena può farsi discendere dalla combinazione tra canoni attinenti specificamente alla materia penale – segnatamente, il principio di personalità della responsabilità penale e quello rieducativo – e il più generale canone di uguaglianza.

Siffatta ricostruzione trova conferma nella stessa giurisprudenza costituzionale, laddove si dice che «[l]'adeguamento delle risposte punitive ai casi concreti - in termini di uguaglianza e/o differenziazione di trattamento - contribuisce da un lato, a rendere quanto più possibile "personale" la responsabilità penale, nella prospettiva segnata dall'art. 27, primo comma; e nello stesso tempo è strumento per una determinazione della pena quanto più possibile "finalizzata", nella prospettiva dell'art. 27, terzo comma, Cost. Il principio d'uguaglianza trova in tal modo dei concreti punti di riferimento, in materia penale, nei presupposti e nei fini (e nel collegamento fra gli uni e gli altri) espressamente assegnati alla pena nello stesso sistema costituzionale»[180]. In altre parole, attraverso quell'operazione giudiziaria discrezionale ed equitativa che va sotto il nome di individualizzazione, si realizza quel delicato passaggio dal precetto, dalla fattispecie

[177] E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 35.

[178] M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena*, cit., 431.

[179] In argomento v. M. VENTUROLI, *Verso un nuovo paradigma di individualizzazione della pena? Osservazioni a margine del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150*, in *www.sistemapenale.it*, 31 maggio 2023, 1, il quale però osserva che la sensibilità verso il tema è via via cresciuta nel corso degli anni. M. PIFFERI, *L'individualizzazione della pena*, cit., 1, parla di un principio ormai considerato fondamentale dalla scienza giuridica contemporanea, come peraltro si evince nel *Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo*, approvato dall'Unione delle Camere Penali Italiane nel 2019, ove l'individualizzazione della pena è inserita tra i principi fondanti il diritto penale di matrice garantistico-personalistica (v. in particolare l'art. 8 del *Manifesto*, in *www.camerepenale.it*).

[180] Corte cost., 14 aprile 1980, n. 50, cit.

generale e astratta, alla particolare realtà dell'individuo-persona, concretizzando quel bisogno fortemente avvertito di uguaglianza sostanziale, di uguaglianza del caso concreto.

Ora, è chiaro che il presupposto logico indefettibile affinché si possa parlare di individualizzazione della pena è la personalità della responsabilità penale[181], intesa non solo come divieto di responsabilità per fatto altrui ma, in un'accezione più lata, come responsabilità penale personale colpevole[182]. Questa lettura ha trovato avallo nella celebre sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale[183], la quale, ponendo fine al lungo dibattito che aveva agitato la dottrina italiana all'indomani dell'entrata in vigore del testo costituzionale circa il significato da attribuire alla disposizione in oggetto[184], ha solennemente affermato la costituzionalizzazione del principio di colpevolezza.

Come si è osservato in dottrina, solo attraverso l'individualizzazione della risposta sanzionatoria, quale corollario del principio di colpevolezza, «è possibile che la responsabilità penale sia davvero personale, anziché meramente ideologica, esemplare, espressiva o generalpreventiva, e quindi che si orienti ad uno scopo percepito, da parte del condannato, come dialogico e non strumentalizzante, e che si differenzi in modo adeguato (trattando in modo diverso situazioni diverse) rispetto alle molteplici responsabilità e condizioni degli autori»[185]. In questo modo, la colpevolezza, che è al contempo fondamento e limite della responsabilità penale, riesce a illuminare degli snodi chiave come la commisurazione della pena. Ancora, l'individualizzazione della pena, che si realizza (anche) attraverso la discrezionalità del giudice, consente alla sanzione penale di adeguarsi al fatto-reato e alla persona dell'autore, «perché solo grazie all'intervento

[181] V. L. TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., 67, secondo il quale «la personalità della responsabilità penale garantisce la connotazione individuale e individualizzata dell'imputazione penale, accogliendo in sé il principio dell'individualità del rimprovero e della pena».

[182] M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena*, cit., 73.

[183] Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *www.cortecostituzionale.it*.

[184] Per una disamina esaustiva e puntuale degli orientamenti interpretativi maturati nel tempo in seno alla dottrina e alla giurisprudenza, a partire dai lavori preparatori del testo costituzionale, nonché sui riflessi che l'affermazione del principio di colpevolezza ha avuto sul sistema penale nel suo complesso, si rinvia a A. ALESSANDRI, *Commento all'art. 27 comma 1 Cost*., in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1991, 1 ss.

Ma la produzione scientifica in argomento è vastissima: senza pretese di esaustività, cfr. G. VASSALLI, voce *Colpevolezza*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, Roma, 1988, 1 ss.; L. RAMPONI, *Il principio di colpevolezza*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Torino, 2012, 283 ss.; F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it*., vol. XIX, Torino, 1973, 51 ss.; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 252 ss.; R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, 119 ss.

[185] M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito* penale, cit., 226.

del giudice la pena si rivolge ad una persona nella sua *fisicità* e *umanità*»[186]. La «specificazione della pena in relazione alle condizioni soggettive dell'agente rappresenta il modo più completo di attuare il principio di personalità e di realizzare il valore della dignità umana nel singolo caso vitale»[187].

Si fa largo, per questa via, quel personalismo di cui dovrebbe essere impregnato tutto il diritto penale e che esprime la corrente più profonda del costituzionalismo[188]. La personalità dell'autore «è il momento illuminante e umanizzante del diritto penale moderno»[189] ed essa non può non proiettarsi sulle conseguenze penali dell'illecito[190]. Queste ultime «non potranno conseguire alcuna finalità razionale, né retributiva né preventivo-rieducativa, se non [siano] rapportate ed adeguate anche alla personalità del destinatario»[191]. Ed è proprio la considerazione del soggetto inteso, non come uomo generale e astratto, ma come persona in carne ed ossa, unica ed irripetibile, con la sua storia e il suo vissuto, che distingue e allontana la scienza penale dalle altre branche del diritto, concentrate più che sull'autore del fatto, sul fatto in sé spersonalizzato[192]. Il personalismo penalistico, così inteso, affonda le sue radici in una concezione altissima dell'uomo, cioè nella concezione dell'uomo-valore, dell'uomo-persona, dell'uomo-fine, non strumentalizzabile per fini extrapersonali, neppure per ragioni di politica criminale[193].

---

[186] M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena*, cit., 431.

[187] L. TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., 69.

[188] Cfr. A. ALESSANDRI, *Commento all'art. 27 comma 1 Cost*., cit., 6, secondo cui «fin dalla prima stesura [del testo costituzionale] i limiti sostanziali e modali dello strumento punitivo furono colti nel rispetto della "personalità", quale evidente specificazione del primordiale valore della dignità umana, anteposto ad ogni pretesa di intervento coercitivo dello Stato».

[189] F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale*, cit., XXIII.

[190] G. BETTIOL nella *Presentazione* della raccolta dei suoi *Scritti giuridici*, Padova, 1966, osserva, più in generale, che la personalità dell'autore si proietta su tutti e quattro i fondamentali pilastri del diritto penale: la teoria del reato, la teoria del reo, la teoria della pena, la teoria dell'esecuzione.

[191] F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale*, cit., XXIV.

[192] *Ivi*, XXIV.

[193] Il personalismo così concepito può essere individuato quale idea forte del pensiero penalistico bettioliano, come emerge chiaramente dalle Prefazioni che introducono le varie edizioni di *Diritto penale*, in particolare la prima, la seconda e la sesta, Padova, rispettivamente 1945, 1950, 1965. Per una *summa* del pensiero bettioliano in argomento v. F. MANTOVANI, *Il personalismo e la personalità del reo nel pensiero di Giuseppe Bettiol*, in *Criminalia*, 2007, 135 ss. Ma, chiaramente, la concezione dell'uomo-fine, contrapposto all'uomo-mezzo, è forse il dogma centrale del pensiero kantiano, teorizzato per la prima volta nella *Fondazione della metafisica dei costumi,* (a cura di) A. TETTAMANTI, Roma, 2020, e sviluppato successivamente ne *La critica della ragion pratica*, (a cura di) A.M. MARIETTI, Milano, 2019. L'imperativo categorico, però, nella filosofia kantiana, porta a legittimare la retribuzione morale quale fine della pena. Si punisce, secondo tale impostazione, per il semplice fatto che è giusto punire, ripagare il male con il male è una legge di natura; pertanto, la pena finisce per avere un fondamento etico assoluto: attraverso la sua irrogazione si realizza un'idea di giustizia astratta. Naturalmente, però, dall'idea dell'uomo fine a stesso non deve necessariamente derivare una concezione retributiva della pena, ben potendo tale assunto costituire il presupposto di una pena che abbia finalità rieducative e risocializzanti.

L'indagine sul reato non può prescindere dal fatto ma deve andare oltre, «va rapportata con la dimensione completa dell'uomo, con il suo essere mente e corpo, col suo esistere nel tempo e nello spazio, in un contesto interiore ed esteriore irripetibile»[194].

Un esempio concreto dell'inveramento del personalismo penale appena descritto, ci viene fornito, ancora una volta, dalla Corte costituzionale, che ha invocato proprio il principio di individualizzazione della pena quale criterio-guida della discrezionalità dell'organo giudiziale nella commisurazione in senso lato della pena[195]. Nello specifico, la Consulta individua nelle circostanze attenuanti «il luogo privilegiato in cui possono trovare spazio, nella fase di determinazione giudiziale della pena, considerazioni di equità e di umana "compassione" nei confronti dell'autore del reato, in ragione delle circostanze individuali nelle quali si è trovato ad agire all'epoca del fatto, o versa al momento della condanna: dall'immaturità connessa alla giovane età dell'autore o alla sua età particolarmente avanzata, alla presenza di disturbi della personalità che non attingano la soglia del vizio parziale di mente, a traumi subiti nella propria storia personale, a condizioni economiche o sociali particolarmente disagiate, ovvero a condotte successive come l'immediata e spontanea autodenuncia, la piena collaborazione processuale, le attività di studio o lavoro intraprese nell'attesa del processo»[196].

Le considerazioni finora svolte, ci consentono di affermare che, già a livello costituzionale, emerge «la necessità che la pena (e il percorso esecutivo della stessa) si "soggettivizzi", ovverosia presenti un contenuto rispettoso delle caratteristiche personologiche dell'autore del reato»[197]. Da qui l'esigenza di riconoscere un potere

[194] L. TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., 68. Al proposito, ci preme fare una precisazione scontata quanto doverosa riguardo al rapporto fatto-autore, un terreno su cui si sono registrati in passato contrasti di fondo nettissimi tra la concezione propugnata dalla Scuola classica e quella sostenuta dalla Scuola positiva: esaltando il personalismo che irradia la materia penale non si vuole certo sostenere un diritto penale d'autore; al contrario, si vuole strenuamente difendere un diritto penale che è sempre e prima di tutto ancorato al fatto, come base imprescindibile di ogni conseguenza penale, il quale però tiene conto della personalità del reo, in *bonam partem*, nel momento in cui è chiamato a determinare *an*, *quantum* e *quomodo* delle conseguenze penali.

[195] F. VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria e principi costituzionali*, cit., 15.

[196] Corte cost., 30 ottobre 2023, n. 197, in *www.cortecostituzionale.it*. Con questa pronuncia il Giudice delle leggi ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto, introdotto nel 2019 dal c.d. "codice rosso", di prevalenza delle circostanze attenuanti generiche e della provocazione rispetto alle ipotesi aggravate di omicidio volontario commesso in ambito familiare o para-familiare. La disciplina censurata comportava, secondo la Corte, una indebita equiparazione «per tutti i fatti di omicidio commessi all'interno di contesti familiari e affettivi, indipendentemente dal grado di colpevolezza dei loro autori, oltre che dal grado di pericolosità degli autori medesimi; con ciò impedendo che le differenze di disvalore soggettivo tra più fatti di omicidio, e tra i diversi livelli di pericolosità di più autori, possano concretamente riflettersi nella misura della pena a ciascuno applicabile».

[197] M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena*, cit., 2.

discrezionale al giudice penale. Nondimeno, il concetto di individualizzazione ha carattere "relativo": «non dice ancora nulla circa i criteri secondo i quali deve essere esercitato il particolare potere discrezionale relativo alla scelta della pena all'interno dello spazio edittale», sicché la direzione finalistica del principio viene a dipendere dalla teoria della pena che si predilige[198].

*3.3. Il principio rieducativo*

Come osservato da attenta dottrina, è innegabile che il modo di concepire la discrezionalità del giudice sia strettamente connesso alla filosofia della pena cui si fa riferimento[199]. Lo dimostra il pensiero di due illustri penalisti – Karl Grolman e Anselm Feuerbach – i quali, pur condividendo un retroterra culturale di matrice liberal-illuministica, sostenendo finalità della pena diverse, giungono a conclusioni opposte in merito alla discrezionalità del giudice.

In breve, se si parte da una concezione generalpreventiva della pena, come Feuerbach, la discrezionalità del giudice è estremamente ridotta perché si privilegia il momento della predisposizione del precetto penale, affidando alla fase commisurativa ed esecutiva la mera funzione di riaffermare in concreto quanto astrattamente minacciato, senza grandi margini di manovra per il giudice[200]; al contrario, una concezione specialpreventiva, come quella di Grolman, presuppone un'ampia discrezionalità, in quanto, ponendo al centro l'individuo e il momento dell'inflizione e dell'esecuzione della pena, ammette la possibilità di applicare una sanzione modellata sul caso singolo, ad opera del giudice[201].

Se, quindi, è vero che la soluzione al problema della discrezionalità risulta condizionata dalla funzione che attribuiamo alla pena, occorre comprendere quali siano i fini verso cui la sanzione penale è orientata nel nostro ordinamento poiché questo influenza l'esercizio del potere discrezionale in due modi: incide, in primo luogo,

---

[198] E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 35. L'autore aggiunge che si può parlare di individualizzazione «in una prospettiva di prevenzione speciale, come di prevenzione generale, come di retribuzione; e le conseguenze che il giudice dovrà trarre da ciascun aspetto del reato e della personalità del reo in ordine alla misura della pena saranno diverse, a seconda che l'ordinamento gli imponga di perseguire l'una piuttosto che l'altra finalità».

[199] R. SATURNINO, voce *Discrezionalità (Diritto penale)*, cit., 1.

[200] Cfr. G. BETTIOL, *Pena retributiva e poteri discrezionali del giudice*, in *Riv. it. dir. pen*., 13, 2-3/1941, ora in *Scritti giuridici*, vol. 1, Padova, 1966, 524-530.

[201] K. GROLMAN, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, III ed. Giessen, 1818. Su Grolman, v. anche M. A. CATTANEO, *La dottrina penale di Karl Grolman nella filosofia giuridica del criticismo,* in G. TARELLO (a cura di), *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, 1973, 263 ss.

sull'ampiezza del potere e, in secondo luogo, sulle modalità con cui viene esercitato, dovendo il giudice orientare le proprie determinazioni in quella direzione. Non solo, la chiara definizione dei profili teleologici della sanzione penale contribuisce altresì a rendere il controllo sull'esercizio del potere discrezionale più efficace e rigoroso.

Nessuna delle tre teorie fondamentali in materia – retributiva, general-preventiva e special-preventiva[202] –, presa singolarmente, è in grado di spiegare la composita fisionomia della pena moderna[203]. Negli ordinamenti contemporanei, la pena assolve ad una pluralità di funzioni: l'istanza retributiva e deterrente si combina e si contempera – in misura variabile a seconda dei Paesi – con l'idea di prevenzione speciale, per cercare di far fronte alle mutevoli e complesse esigenze della lotta alla criminalità, via via avvertite dalla società.

Per quanto concerne il nostro ordinamento, volgendo lo sguardo al testo costituzionale, è possibile cogliere alcune direttrici: da una parte, i principi di legalità e di personalità della pena sono il precipitato dell'idea retributiva e general-preventiva; dall'altra, il principio di umanità della pena e l'ideale rieducativo sono chiaramente ispirati a finalità di prevenzione speciale. Tuttavia, va messo in evidenza come l'unica disposizione costituzionale espressamente afferente ai fini della pena menzioni in maniera esplicita soltanto la finalità rieducativa. Così stando le cose, punto nevralgico della nostra indagine non può che essere l'art. 27 co. 3 Cost., in base al quale «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato»[204].

Nonostante il riconoscimento espresso in Costituzione, l'*iter* di piena valorizzazione dell'ideale rieducativo è stato lungo e graduale[205].

---

[202] Per una ricostruzione puntuale di tali teorie nella loro versione "pura" si rinvia, per tutti, a S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 39 ss.

[203] F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale*, cit., 684, parlano della pena in relazione alle finalità dalla medesima perseguite come di un «*mixtum compositum*». Cfr., altresì, G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 131 ss.; G. FRIGO, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *www.cortecostituzionale.it*; C.E. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 147 ss.

[204] Per un commento sull'art. 27 co. 3 Cost., si rimanda a G. FIANDACA, *Commento all'art. 27 comma 3 Cost*., in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1991, 222 ss., e dottrina *ivi* richiamata.

[205] Secondo F. PALAZZO, *Relazione introduttiva. La rieducazione: un bilancio sommario,* in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*. *Atti del Convegno, Trento, 21-22 gennaio 2022*, Napoli, 2022, 5, proprio il principio della

All'indomani dell'entrata in vigore del testo costituzionale, invero, l'accoglienza riservata dai penalisti al principio rieducativo fu di diffidenza, se non, in alcuni casi, di vera e propria ostilità[206]. E ciò si può comprendere anche alla luce delle travagliate vicende che stanno dietro alla formulazione del comma 3 dell'art. 27 Cost.[207].

La pervasività del principio rieducativo ha seguito un andamento sinusoidale: nei periodi di maggior allarme sociale, la rieducazione è stata surclassata dalle prevalenti esigenze generalpreventive; al contrario, nei momenti caratterizzati da maggior quiete sociale, in un clima riformistico attento ai bisogni collettivi, accompagnato anche da una crescita economica che incentivava gli investimenti pubblici, si è registrato un rinvigorimento del finalismo rieducativo.

Nei primi anni Cinquanta, immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione, prevalgono interpretazioni volte a ridimensionare la portata innovativa dell'art. 27 co. 3 Cost. Si attribuiva alla pena ancora una funzione pressoché esclusivamente retribuzionistica, e ciò sulla base di due principali argomenti: l'ordine delle due preposizioni del comma 3 dell'art. 27 Cost. e l'uso del verbo «tendere». Riguardo all'ordine dei due enunciati, si diceva che, «se le pene avessero dovuto avere un contenuto essenzialmente […] rieducativo; se, insomma, […] non avessero dovuto avere carattere […] punitivo, il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità non avrebbe avuto ragion d'essere, perché una funzione che sia essenzialmente rieducativa esclude, […] per sua stessa natura, i trattamenti contrari al senso di umanità, senza bisogno di alcuna dichiarazione esplicita»[208]. Dalla scelta di utilizzare il verbo «tendere», invece, si argomentava che la rieducazione, lungi dal rappresentare un fine essenziale della pena, costituiva uno scopo meramente eventuale, da valorizzarsi soprattutto nella

rieducazione della pena «potrebbe costituire l'oggetto emblematico di un piccolo saggio di teoria dell'interpretazione costituzionale. Esso, infatti, mostra chiaramente quali siano le potenzialità di sviluppo del testo costituzionale, al di là della sua lettera e al di là anche dell'*humus* culturale della sua origine».

[206] *Ibidem*.

[207] Sui lavori preparatori dell'art. 27 Cost. cfr. V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTI (a cura di), *La costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, 1948, 62 ss., in *www.archivio.quirinale.it*.

[208] In tal senso, B. PETROCELLI, *Retribuzione e difesa nel progetto di codice del 1949,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1950, 449; ID., *Principi di diritto penale*, Napoli, 1955, 44.

fase esecutiva[209]. Inoltre, la disposizione in parola avrebbe avuto valore meramente programmatico e non strettamente vincolante per il legislatore[210].

Solo alla fine degli anni Sessanta, il discorso sulla rieducazione diviene centrale e inizia a farsi strada la teoria polifunzionale della pena in base alla quale la sanzione penale possiede immancabilmente natura retributiva, ciononostante non le è precluso il perseguimento di ulteriori finalità, segnatamente generalpreventive e specialpreventive. Tale impostazione offriva l'abbrivio per l'emersione del principio rieducativo, seppur limitato alla fase di esecuzione della pena[211].

All'inizio degli anni Settanta, in un nuovo clima politico-culturale, l'ideale rieducativo sembra vivere il suo momento di massimo fulgore: esso, infatti, diventa il principale criterio ispiratore delle riforme del sistema sanzionatorio[212], salvo poi subire una nuova battuta d'arresto nella seconda metà degli anni Settanta, a fronte del dilagare della criminalità politica e comune, e della contemporanea crisi del *Welfare State*[213].

A partire dagli anni Ottanta, la Corte costituzionale fa suo l'approccio dialettico, elaborato da Roxin[214], secondo cui non è dato delineare una gerarchia tra le molteplici finalità della pena ma, a seconda della fase che si prende in considerazione (legislativa, commisurativa, esecutiva), è opportuno stabilire di volta in volta una prevalenza[215].

Il punto di svolta, che segna il definitivo riconoscimento della centralità della finalità rieducativa, è la sentenza n. 313/1990, nella quale si riconosce che la rieducazione

---

[209] V. ancora B. PETROCELLI, citato alla nota precedente e nella dottrina successiva M. SPASARI, *Diritto penale e costituzione*, Milano, 1966, 120 ss.

[210] C. ESPOSITO, *Le pene fisse e i principi costituzionali di uguaglianza, personalità e rieducatività della pena* (Commento alla sent. Corte Cost. n. 79 dell'8 giugno 1963), in *Giur. cost.*, 2/1963, 664.

[211] In dottrina si veda G. VASSALLI, *Funzioni e inefficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1961, 296 ss.; ID., *Il dibattito sulla rieducazione (in margine ad alcuni convegni)*, in *Rass. penit. crim*., 3-4/1982, 437 ss. Per quanto riguarda invece la giurisprudenza costituzionale, la teoria polifunzionale trova espresso riconoscimento nelle seguenti pronunce: Corte cost., 12 febbraio 1966, n. 12, in *www.cortecostituzionale.it*, in tema di pena pecuniaria, e Corte cost., 22 novembre 1974, n. 264, in *www.cortecostituzionale.it*, relativa all'ergastolo; riferiscono espressamente la finalità rieducativa al momento esecutivo della pena: Corte cost., 19 dicembre 1963, n. 167 e Corte cost., 30 luglio 1984, n. 237, entrambe in *www.cortecostituzionale.it*.

[212] Si fa ovviamente riferimento alla L. 26 luglio 1975, n. 354 «Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà», che la più accreditata dottrina ha indicato come l'«unica vera grande riforma di attuazione costituzionale», così F. PALAZZO, *Relazione introduttiva. La rieducazione: un bilancio sommario*, cit., 6.

[213] G. FIANDACA, *Commento all'art. 27 comma 3 Cost*., cit., 243 e 258-259.

[214] C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Juristische Schulung*, 1966, 377 ss.

[215] In tal senso, Corte cost., 17 maggio 1989, n. 282, in *www.cortecostituzionale.it*, ove si afferma che è «necessario, indispensabile, di volta in volta, per le varie fasi (incriminazione astratta, commisurazione, esecuzione) o per i diversi istituti di volta in volta considerati, individuare a quale delle finalità della pena, ed in che limiti, debba essere data la prevalenza, ma non è consentito stabilire a priori, una volta per tutte (neppure a favore della finalità rieducativa) la precitata gerarchia».

«lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio 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. […] Se la finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero state calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto»[216]. Ciò significa che il principio rieducativo non opera solo *in executivis*, ma funge da criterio finalistico anche per il giudice di cognizione nella fase commisurativa e, prima ancora, per il legislatore nella predisposizione delle linee della sua politica penale. Il verbo "tendere" non esprime altro che la constatazione di una frattura che, nella realtà applicativa, può manifestarsi tra l'obiettivo rieducativo e l'effettiva adesione del destinatario al percorso di rieducazione, la quale deve sempre essere libera e non può, al contrario, mai essere imposta[217].

Inoltre, il Giudice delle leggi si è anche prodigato per precisare il contenuto della "rieducazione", concetto di per sé equivoco, suscettibile di essere manipolato fino a essere ridotto a contenitore vuoto, pronto per essere riempito del significato all'uopo più consono per soddisfare le contingenti preferenze soggettive[218]. La Consulta ha infatti legato la rieducazione a quattro obiettivi chiave, segnatamente: recupero, riparazione, riconciliazione e reinserimento sociale[219]; «[t]ali obiettivi alludono […] a un complessivo progetto mirante a stimolare nel condannato (e non mai a coartare!) una revisione critica del proprio passato, una sua concreta attivazione per riparare il danno provocato alle vittime e alla collettività, al fine di sanare le ferite nel tessuto sociale provocate dal reato

[216] Cfr. Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313, in *www.cortecostituzionale.it*.

[217] Così, ancora, Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313, cit. Parimenti, in dottrina, cfr. G. FIANDACA, *Commento all'art. 27 comma 3 Cost*., cit., 280: «affinchè il processo rieducativo possa avere corso senza risolversi in una imposizione coercitiva, e possa aspirare a un minimo di successo sul piano effettuale, è necessario prima accertare una plausibile disponibilità psicologica del destinatario».

[218] Cfr. in tal senso, G. FIANDACA, *Relazione di sintesi sulla rieducazione in fase esecutiva. Aspetti problematici vecchi e nuovi*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale. Atti del Convegno, Trento, 21-22 gennaio 2022*, Napoli, 216-217, il quale aggiunge, però, che le «persistenti ambivalenze […] sul senso […] della rieducazione» dovrebbero, forse, «sorprendere soltanto fino a un certo punto», dal momento che «'rieducazione' è un termine polisemico, che riflette un concetto di contenuto indeterminato posto ai confini tra il diritto e le scienze empirico-sociali, come tale inevitabilmente condizionato nelle sue possibili valenze da pregiudiziali di varia matrice (filosofica, etica, antropologica, pedagogica, sociologica, giuridicocostituzionale, ecc.) che ne rendono difficile, anche in sede giudiziaria e penitenziaria, una definizione precisa e univoca oggetto di esplicito e diffuso consenso».

[219] Corte cost., 13 luglio 2017, n. 179, in *www.cortecostituzionale.it*.

e reinserirsi, infine, nella trama delle relazioni sociali (affettive, familiari, sociali, educative, lavorative, ricreative), nel rispetto dei valori fondamentali della convivenza civile e senza ricadere nuovamente nella commissione di reati»[220].

Da ultimo, la Corte costituzionale ha affermato la non sacrificabilità del principio rieducativo sull'altare di ogni altra funzione della pena[221], sancendo il carattere immancabile della rieducazione, nei termini sopra descritti.

Rimane salda, allora, l'idea di una pena polifunzionale, nel senso che è pacificamente riconosciuta la coesistenza di una pluralità di funzioni della pena – «da un lato, quella di prevenzione generale e difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retributività, e, dall'altro, quelle di prevenzione speciale e di rieducazione, che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo – [tra le quali, tuttavia,] non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione»[222]. In altre parole, non è individuabile, «*ex ante*, un punto di equilibrio dogmaticamente "cristallizzato" tra le diverse funzioni che il sistema penale, nel suo complesso, è chiamato a soddisfare»[223], pertanto, è inevitabilmente rimesso al legislatore, «nei limiti della ragionevolezza, far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena»[224]; indicazione, quest'ultima, di portata estremamente generale, che lascia inevitabilmente irrisolta la questione della disciplina concreta del bilanciamento. Detto questo, non va dimenticato che la nozione di polifunzionalità accolta oggi non può essere intesa come «"equipollenza" tra le varie funzioni della pena», dovendosi riconoscere «una certa qual primazia della rieducazione»[225], come affermato dalla Corte costituzionale nella già citata sentenza n. 149 del 2018.

L'operatività diacronica della funzione rieducativa – visto il suo irradiarsi in tutti i momenti della pena, dalla comminazione all'esecuzione – svela anche la natura dinamica di questo principio, capace di esercitare un'influenza costante, ma variabile, in tutte le fasi della pena. Va da sé, infatti, che l'incidenza del *telos* rieducativo si declina in

[220] F. VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria e principi costituzionali*, cit., 17.
[221] Cfr. Corte cost., 11 luglio 2018, n. 149, in *www.cortecostituzionale.it*.
[222] Corte cost., 7 agosto 1993, n. 306 e Corte cost., 4 luglio 2006, n. 257, in *www.cortecostituzionale.it*.
[223] Ancora, Corte cost., 4 luglio 2006, n. 257, cit.
[224] Corte cost., 7 agosto 1993, n. 306, cit.
[225] F. PALAZZO, *Relazione introduttiva. La rieducazione: un bilancio sommario*, cit., 9.

modi diversi a seconda della fase della pena che si prende in considerazione, secondo un'evoluzione ascendente.

In sede legislativa, la valorizzazione di questo principio può condurre a percorre due sentieri distinti seppur tra loro non incompatibili. Da una parte, l'implementazione della rieducazione all'interno dell'architettura carceraria, cioè attraverso strumenti *intra* ed *extra*-murari orientati al reinserimento sociale del condannato. Dall'altra, la previsione di nuove tipologie sanzionatorie a livello edittale diverse dal carcere e a vocazione risocializzante[226]. É agevole rilevare come la strada di gran lunga privilegiata dal legislatore sino ad ora sia stata la prima, visto e considerato l'incontrastato primato della pena carceraria nel nostro ordinamento, tiepidamente scalfito solo dalla novella delle pene sostitutive, purtuttavia incapace – per come congegnata – di scuotere le fondamenta del sistema[227]. Inoltre, una più attenta riflessione sulle implicazioni del principio rieducativo a livello di comminatoria edittale potrebbe forse portare a dubitare della legittimità di quelle *species* sanzionatorie, di cui l'ergastolo è capofila, che acquisiscono connotati rieducativi solo nel momento esecutivo[228]. Proprio per le ragioni brevemente esposte si ritiene che il principio rieducativo conservi, con riferimento alla prima fase di vita della pena, forti potenzialità ancora inespresse.

Nella fase di determinazione giudiziale della pena, rispetto alle scelte relative al *quantum* di pena, c'è oggi margine per la valorizzazione di eventuali percorsi rieducativi intrapresi *medio tempore* dal reo sia in sede di commisurazione in senso stretto, sia extraedittale. Ma non solo, l'inveramento del principio rieducativo è anche affidato ad una serie di istituti, di cui si dirà a breve, la cui operatività viene a dipendere da una decisione discrezionale dell'autorità giudiziaria e che, in un'ottica riabilitativa, deroga, sia pur con modalità diversificate, alla pena edittale.

---

[226] *Ivi*, 10. Come osserva M. PELISSERO, *Oltre la riforma Cartabia. le prospettive della rieducazione nello sviluppo del sistema sanzionatorio*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*. *Atti del Convegno, Trento, 21-22 gennaio 2022*, Napoli, 2022, 18, «[i]n fase di comminatoria edittale, il legislatore è stato condizionato dalla deterrenza, che ha sempre un contenuto altamente simbolico, e non ha avuto il coraggio di valorizzare le sollecitazioni della Corte costituzionale a una pena improntata alla rieducazione "sin dal suo nascere" che avrebbe imposto di ripensare al catalogo delle pene principali: rompere la comminatoria carcero-centrica; valorizzare la pena pecuniaria anche attraverso il sistema di commisurazione per quote; considerare l'ingresso di pene principali interdittive o prescrittive, trasformando le pene accessorie in pene principali; prevedere pene principali domiciliari o a contenuto lavorativo».

[227] Si tornerà ampiamente sulla riforma delle pene sostitutive *infra*, Cap. 3, par. 4.2.3. e ss.

[228] V., *infra*, par. 5.1.1.

Infine, è in fase esecutiva che la specialprevenzione positiva ha forse raggiunto la più piena attuazione: da un lato, legittimando a tutto campo i sotto-principi di flessibilità della pena e di graduale reinserimento del condannato che trovano concretizzazione nel sistema dei benefici penitenziari e delle misure alternative, il cui accesso è subordinato ad una valutazione discrezionale della Magistratura di Sorveglianza; dall'altro lato, fungendo invece da limite alle derive generalpreventive o neoretribuzionistiche della politica criminale.

Vediamo, allora, come il principio rieducativo, tanto nel segmento processuale, quanto nel momento esecutivo, venga irrimediabilmente ad intrecciarsi con il tema della discrezionalità sanzionatoria del giudice: il nostro ordinamento, «in vista della funzione di integrazione sociale, deve affidarsi necessariamente al giudice»[229]. Se così è, «[i]n quanto necessariamente collegata alla finalità rieducativa, la discrezionalità presuppone criteri di esercizio ispirati alle scienze dell'uomo e implicanti complessi giudizi prognostici che presuppongono speciali capacità professionali nel giudicante»[230]. Simili valutazioni costituiscono il fulcro del giudizio della Magistratura di Sorveglianza in fase esecutiva; diversamente, in sede processuale, protagonista è ovviamente il fatto, sebbene non si possa ignorare la progressiva permeabilità di questa fase con valutazioni di carattere prognostico, proprio attraverso la valorizzazione dell'ideale rieducativo[231].

### *3.3.1. Rieducazione e discrezionalità in fase cognitiva*

La struttura monofasica del nostro attuale modello processuale, ove il momento di accertamento della responsabilità e quello di commisurazione della pena non sono distinti ma contestuali, non sembra effettivamente la più indicata per accogliere valutazioni di carattere personologico: in primo luogo, a causa del rischio di cadere in un diritto penale interiore o dell'autore contrario ai principi di materialità, offensività e personalità della responsabilità penale[232]; in secondo luogo, poiché la ricostruzione dei fatti e delle responsabilità può rivelarsi già di per sé estremamente complessa e delicata,

[229] R. SATURNINO, voce *Discrezionalità (Diritto penale)*, cit., 3.
[230] F. PALAZZO, *Relazione introduttiva. La rieducazione: un bilancio sommario*, cit., 12.
[231] V., diffusamente *infra,* Cap. 3, par. 4.2.
[232] Emblematico, in tal senso, il divieto di perizia criminologica di cui all'art. 220 co. 2 c.p.p.: «Salvo quanto previsto ai fini dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, non sono ammesse perizie per stabilire l'abitualità o la professionalità nel reato, la tendenza a delinquere, il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche».

rendendo l'indagine personologica richiesta al giudice di cognizione uno sforzo eccessivo.

Nonostante questo, non mancano momenti e strumenti predisposti a livello legislativo – soprattutto sul terreno sostanziale – che danno rilievo alla personalità dell'imputato, aprendo a considerazioni di stampo specialpreventivo positivo.

Il primo esempio, tanto scontato quanto doveroso, può individuarsi nei criteri fattuali indicativi della capacità a delinquere del reo di cui all'art. 133 co. 2 c.p., i quali altro non sono che indici sintomatici della personalità dell'autore del fatto, che il giudice ha l'onere di prendere in considerazione per commisurare la pena. Malgrado l'assenza di indicazioni teleologiche circa l'esercizio della discrezionalità commisurativa di cui all'art. 133 c.p., la più attenta dottrina già aveva notato come «sarebbe illusorio confidare nell'efficacia rieducativa della pena nella fase della stessa esecuzione […] se già prima, cioè a livello di irrogazione, il giudice non si preoccupasse di scegliere una sanzione idonea sia nel tipo che nella misura a favorire la risocializzazione del reo»[233]. La necessità di realizzare il finalismo rieducativo nella fase di irrogazione della pena «sollecita una ricostruzione della categoria della capacità a delinquere in chiave di prevenzione speciale: il giudizio sull'attitudine del reo a commettere reati dovrà essere cioè proiettato nel futuro, e fungerà da criterio di scelta e/o dosaggio di una pena da determinare, sia nel tipo che nella misura, in vista del reinserimento sociale dell'agente»[234]. Il limite massimo alla discrezionalità del giudice, segnato dal principio di colpevolezza[235], non sarà di ostacolo, quindi, «alla possibilità per il giudice di infliggere pene di entità anche significativamente inferiore rispetto a quelle che potrebbero risultare appropriate rispetto alla gravità del reato commesso, grazie alla valorizzazione di tutti i criteri indicati dal secondo comma dell'art. 133 c.p. (come la condotta susseguente al reato, o la stessa condotta antecedente al reato), in quanto espressivi di una bassa pericolosità sociale, e comunque di una sua "necessità di pena" – intesa come bisogno di un trattamento rieducativo – particolarmente ridotti»[236]. Pertanto, gli stessi criteri fattuali di commisurazione edittale della pena

[233] Così, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 813.
[234] *Ivi*, 814.
[235] Cfr., per tutti, E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, cit., 360 ss.
[236] F. VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria e principi costituzionali*, cit., 10.

consentono di apprezzare (anche) la rieducazione quale criterio finalistico verso cui orientare la discrezionalità[237].

Un secondo ambito in cui la rieducazione rivendica un ruolo importante è la materia delle circostanze del reato, e dunque della commisurazione extraedittale. Da una parte, poiché la funzione rieducativa è stato uno dei parametri costantemente evocati dalla Corte costituzionale per contenere gli effetti della disciplina della recidiva introdotta con la riforma del 2005, garantendo la facoltatività di tutte le ipotesi di recidiva[238]; e, inoltre, perché la stessa rieducazione è stata richiamata al fine di abbattere alcuni meccanismi di blindatura parziale del giudizio di bilanciamento[239]. Dall'altra parte, poiché sono numerose le circostanze attenuanti codificate che consentono di ridurre la misura della sanzione in presenza di condotte dell'autore, successive al fatto, manifestanti un ravvedimento già in atto del reo: si pensi alla circostanza comune di cui all'art. 62, n. 6, c.p. o al recesso attivo di cui all'art. 56, ult. co., c.p. o, ancora, alle attenuanti generiche di cui all'art. 62-*bis* c.p. Per esemplificare, la Consulta ha indicato proprio queste ultime quale istituto attraverso cui dare rilevanza a «una condotta, successiva al reato, indicativa di una positiva evoluzione in atto della personalità del condannato […]. Infatti l'obiettivo della rieducazione del condannato […] 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»[240].

Gli ultimi tre "luoghi" in cui la rieducazione viene fortemente valorizzata in sede processuale (o addirittura procedimentale) sono la sospensione del procedimento con messa alla prova, la sospensione condizionale della pena e, da ultimo, le sanzioni sostitutive. Si tratta di istituti la cui applicazione non è affidata ad automatismi, ma richiede un vaglio preliminare sulla meritevolezza del reo che implica un giudizio

[237] Approfondiremo nel dettaglio il tema della commisurazione infraedittale *infra*, Cap. 3, par. 2.

[238] Cfr. Corte cost., 23 luglio 2015, 185, in *www.cortecostituzionale.it*, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'unica ipotesi di recidiva introdotta dalla legge *ex* Cirielli che non consentiva alcuna interpretazione costituzionalmente conforme nel senso della facoltatività (art. 99 co. 5 c.p.).

[239] Cfr. Corte cost. 15 novembre 2012, n. 251, in *www.cortecostituzionale.it*; Corte cost. 18 aprile 2014, n. 105, in *www.cortecostituzionale.it*; Corte cost. 18 aprile 2014, n. 106, in *www.cortecostituzionale.it*; Corte cost. 7 aprile 2016, n. 74, in *www.cortecostituzionale.it*; Corte cost. 17 luglio 2017, n. 205, in *www.cortecostituzionale.it*. V., *infra*, par. 5.2.

[240] Corte cost., 10 giugno 2011, n. 183, in *www.cortecostituzionale.it.*

prognostico circa il futuro comportamento del soggetto[241]. Naturalmente, il grado di incidenza di ciascuna delle misure menzionate sulla libertà personale dell'interessato varia considerevolmente, così come mutevole può essere il concreto contenuto rieducativo. Potremmo dire, quindi, che quando si tratta di applicare eventuali alternative sanzionatorie, la discrezionalità del giudice investe due diversi momenti: quello dell'*an* – se fare ricorso ad una alternativa sanzionatoria e quale alternativa scegliere nel caso di una pluralità di opzioni – e quello eventuale del *quomodo*, ossia l'articolazione concreta dei contenuti dell'alternativa sanzionatoria in funzione degli scopi della misura[242].

La sospensione del procedimento con messa alla prova presenta un elevato potenziale rieducativo, dal momento che comporta l'affidamento del soggetto al servizio sociale ed è sempre subordinata al lavoro di pubblica utilità, salve ulteriori prescrizioni imposte facoltativamente dal giudice. In più, a differenza degli altri istituti presi in considerazione, consente addirittura di evitare la celebrazione di un processo, vantaggio che può giustificare l'ampia diffusione dell'istituto nelle aule di giustizia.

La sospensione condizionale della pena, che presuppone invece una sentenza di condanna, può essere subordinata ad una pluralità di adempimenti, anche dal contenuto risocializzante, a discrezione del giudice, sebbene debba riconoscersi una certa prassi indulgenzialista nella concessione del beneficio da parte della giurisprudenza che, di fatto, svuota la *ratio* rieducativa dell'istituto in questione.

Infine, rispetto alle sanzioni sostitutive – significativamente diverse tra loro quanto a compressione della libertà personale, ulteriormente modulabili per mezzo delle prescrizioni comuni di cui all'art. 56-*ter* della l. 689/1981 – non si può non mettere in risalto che l'art. 58 della l. 689/1981 riformato, nel disciplinare il potere discrezionale del giudice nell'applicazione e nella scelta delle pene sostitutive, fa riferimento all'idoneità della misura alla rieducazione del condannato e al pericolo di commissione di ulteriori reati. La rieducazione, quindi, non assume rilevanza solo in ordine alla scelta del tipo di sanzione sostitutiva da applicare, ma anche nella scelta sull'*an* stesso della sostituzione: laddove il giudice ritenga che le sanzioni sostitutive non siano in grado di contribuire alla

[241] Anche questi istituti verranno analizzati *amplius* nel corso della trattazione, in particolare v. *infra*, Cap. 3, par. 4.2.1., 4.2.1. e 4.2.3.

[242] Così F. PALAZZO, *Legalità, flessibilità e proporzionalità della pena*, cit.

rieducazione del soggetto, dovrà astenersi dall'applicarle[243]. Con la riforma, dunque, «il principio costituzionale del finalismo rieducativo dovrà presidiare a tutto tondo l'applicazione, la scelta e la declinazione individualizzata delle nuove sanzioni sostitutive»[244]. Come avremo modo di vedere nel corso della trattazione, nonostante i buoni propositi della riforma, non si possono tacere alcuni punti critici e talune scelte poco convincenti effettuate dal legislatore che *de facto* hanno finito per ridimensionare la portata innovativa della novella.

### *3.3.2. Rieducazione e discrezionalità in fase esecutiva*

In fase esecutiva la discrezionalità del giudice è esercitata al fine di adeguare la sanzione ai progressi compiuti dal condannato e all'evolversi della sua personalità nel corso del trattamento. L'affermazione del principio rieducativo porta, infatti, con sé alcuni corollari, segnatamente: la flessibilità della pena e il graduale reinserimento del soggetto *in vinculis*. La traduzione in essere di tali sotto-principi postula una pena «"dinamica", suscettibile di essere attivata, bloccata o modificata nel suo svolgersi, di volta in volta in funzione delle specifiche esigenze del trattamento»[245]. Ed è proprio attraverso la discrezionalità del giudice che la componente dinamica penetra nella staticità del diritto. Diventa, così, inevitabile e necessario il riconoscimento di un margine di discrezionalità in capo alla Magistratura di Sorveglianza, quale organo giudiziario istituzionalmente deputato a sovrintendere all'esecuzione della pena. A conferma di ciò, la Consulta ha riconosciuto l'esistenza di un vero e proprio diritto del condannato «a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo»[246]. In altri termini, si tratta di un diritto ad ottenere un riesame della sanzione penale inflitta, alla luce dei progressi maturati durante l'esecuzione, nell'ottica di un graduale reinserimento in

[243] L. GOISIS, *Rieducazione e sanzioni sostitutive nella riforma della giustizia penale*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*. *Atti del Convegno, Trento, 21-22 gennaio 2022*, Napoli, 2022, 39.

[244] R. DE VITO, *Fuori dal carcere? La "riforma Cartabia", le sanzioni sostitutive e il ripensamento del sistema sanzionatorio*, in *Quest. giust.*, 4/2021, 29-30.

[245] A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, 125.

[246] Così affermato per la prima volta nella celebre sentenza Corte cost., 4 luglio 1974, n. 204, in *www.cortecostituzionale.it*, e poi costantemente ribadito nella giurisprudenza costituzionale: *ex multis*, Corte cost., 14 dicembre 1995, n. 95; Corte cost., 4 luglio 2006, n. 255; Corte cost., 11 luglio 2018, n. 149, tutte in *www.cortecostituzionale.it*.

società. Di conseguenza, la previsione di una pena flessibile è un sistema imposto e voluto dalla Costituzione, sottratto alla disponibilità del legislatore, al quale soltanto spetta il compito di elaborare il quadro di condizioni in cui tale sistema deve operare[247].

A questo punto dobbiamo interrogarci sugli strumenti predisposti a livello normativo per dare concreta attuazione alla finalità rieducativa e ai suoi corollari.

Non c'è dubbio che tali obiettivi, in fase esecutiva, siano affidati principalmente alle misure alternative alla detenzione. Grazie alle pronunce della Consulta si può parlare di una vera e propria costituzionalizzazione delle misure alternative alla detenzione e di tutto il sistema organizzativo che permette il buon funzionamento delle stesse. Nella sentenza n. 343 del 1987, dopo aver constatato la crisi e l'inadeguatezza della pena e delle misure clemenziali, la Corte costituzionale rileva «la tendenza a creare misure [alternative] che, attraverso la imposizione di misure limitative – ma non privative – della libertà personale e l'apprestamento di forme di assistenza, siano idonee a funzionare ad un tempo come strumenti di controllo sociale e di promozione della risocializzazione». Ma la Corte si spinge anche oltre, ricordando che incombe «sul legislatore […] l'obbligo di tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle»[248]. Questa giurisprudenza, dunque, non si accontenta di costituzionalizzare la funzione rieducativa della pena, fornendo copertura costituzionale anche al suo specifico funzionamento e al sistema operativo che si occupa della sua gestione[249].

Come ben ha evidenziato la Consulta, l'attuazione della funzione rieducativa – per non rimanere mera enunciazione di principio – necessita di un apparato esecutivo adeguato in termini di risorse, di personale, di controlli, di dotazioni. Purtroppo, le ben note e croniche carenze strutturali e finanziarie che interessano il sistema organizzativo dell'esecuzione alternativa delle pene sono all'origine di un profondo scollamento tra lettura costituzionale e concreta realtà della pena eseguita[250]. A ciò si aggiunga che

---

[247] A. MARGARA, *Il problema della discrezionalità nelle decisioni della magistratura di sorveglianza*, in *Quaderni del C.S.M.*, n. 46, *La magistratura di sorveglianza e il nuovo codice di procedura penale*, Roma, 1991, 212.

[248] Cfr. Corte cost., 29 ottobre 1987, n. 343, ma ugualmente, Corte cost., 25 maggio 1989, n. 282; Corte cost., 7 agosto 1993, n. 306; Corte cost., 23 maggio 1995, n. 186; Corte cost., 30 dicembre 1997, n. 445; Corte cost., 22 aprile 1999, n. 137, tutte in *www.cortecostituzionale.it.*

[249] A. MARGARA, *Quale giustizia? Repetita non iuvant: ancora sulla pena e sul carcere*, in *Quest. giust.*, 4-6/2002, 1041-1042.

[250] Sul divario tra norme scritte e realtà del carcere cfr., per tutti, A. MENGHINI, *Carcere e costituzione*, cit., 411 ss.

l'estensione dell'area di operatività delle misure alternative – ad opera della giurisprudenza costituzionale e di legittimità[251], ma anche del legislatore[252] – in nome del vessillo rieducativo, si è dimostrata funzionale, piuttosto, al perseguimento di obiettivi deflattivi della popolazione detenuta, scaricando interamente sulla Magistratura di Sorveglianza la gestione del pianeta-carcere[253].

L'espletamento dei compiti affidati alla giurisdizione di sorveglianza, nel suo ruolo di giudice della rieducazione, ha richiesto una sempre maggiore espansione dei suoi poteri discrezionali, soprattutto in tema di concessione delle misure alternative e dei benefici penitenziari. A tal proposito, la dottrina non ha mancato di «rilevare gli effetti negativi che il potenziamento della flessibilità della pena in fase esecutiva ha avuto sul piano complessivo della tenuta del sistema sanzionatorio: quanto più sul piano dell'esecuzione si ampliano i poteri della magistratura di sorveglianza, a fronte di pene principali che continuano ad essere modulate sulla pena detentiva e con limiti edittali elevati, tanto più si accentua il divario tra pena minacciata in astratto e pena in concreto eseguita […], con ciò che ne consegue sul piano della prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie e della tenuta della funzione deterrente della sanzione penale»[254].

---

[251] Si è affermato, infatti, un orientamento interpretativo secondo cui le soglie di pena previste per l'accesso alle misure alternative devono riferirsi non soltanto alla pena inflitta con la sentenza, ma anche al residuo di una pena di maggiore entità ancora da espiare. Cfr., per tutte, Cass. pen., Sez. Un., 18 giugno 1993, n. 7247, in *Cass. pen*., 1994, 94 ss.

[252] In un primo momento, la c.d. legge Gozzini (l. n. 663/1986) introdusse la possibilità per il condannato di richiedere al Pubblico Ministero o al Pretore l'ammissione a una misura alternativa anche prima dell'emissione o dell'esecuzione dell'ordine di carcerazione, dunque direttamente dallo stato di libertà, purché la pena rientrasse nei limiti previsti. Successivamente, la legge Simeone-Saraceni (l. n. 165/1998) completò tale percorso riformatore, prevedendo la sospensione automatica dell'ordine di esecuzione per le pene non superiori a tre anni – soglia poi elevata a quattro anni, e fino a sei anni per i soggetti tossicodipendenti – da parte del Pubblico Ministero, al fine di consentire agli aventi diritto di presentare, entro trenta giorni, istanza al Tribunale di Sorveglianza per l'ammissione a una misura alternativa alla detenzione.

[253] Cfr. C. RENOLDI, *La magistratura di sorveglianza tra crisi di legittimazione e funzione rieducativa della pena*, in *Quest. Giust*., 1/2007, 26 ss. In tal senso anche F. PALAZZO, *Crisi del carcere e culture di riforma*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo*, 2018, par. 4, il quale osserva che, dopo oltre quarant'anni di politica legislativa di decarcerazione realizzata attraverso le misure alternative, non si sono registrati grandi risultati sul piano del contenimento della criminalità, dal momento che i tassi di criminalità sono rimasti sostanzialmente invariati. Le misure alternative hanno permesso al legislatore di portare avanti una politica di crescente carcerazione, senza incorrere nell'implosione del sistema, lasciando al Magistrato di Sorveglianza «il compito di gestire complessivamente l'universo carcerario assicurandone la compatibilità con l'ininterrotto abuso che del carcere ha fatto il legislatore». Analogamente cfr. anche M. BORTOLATO, *Le misure alternative tra prassi applicative ed esigenze di riforma,* in *Giur. it.*, 6/2016, 1524-1525.

[254] M. PELISSERO, *Le metamorfosi della pena in fase esecutiva tra funzione rieducativa e legalità della pena*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, 344.

Sulla base delle osservazioni proposte, appare evidente la frizione che si viene a creare tra la flessibilità della risposta sanzionatoria, corollario del principio rieducativo, che implica la formulazione di valutazioni discrezionali prognostiche basate su parametri di giudizio "fluidi" e dagli esiti ontologicamente incerti e la garanzia di legalità della sanzione, *rectius* di determinatezza e prevedibilità del trattamento sanzionatorio, tema sul quale si tornerà nel prosieguo della trattazione[255].

*3.4. Il principio di proporzionalità*

Abbiamo volutamente lasciato per ultimo il canone della proporzionalità a causa del suo *status* ibrido, che ben si presta a traghettarci "da un volto all'altro" della discrezionalità penale nella dimensione costituzionale. Invero, sebbene sia sembrato più opportuno inscriverlo formalmente tra i principi costituzionali che alimentano e orientano la discrezionalità, esso riveste al contempo una fondamentale funzione limitativa, di contenimento della discrezionalità, prestandosi come *trait d'union* tra i due diversi insiemi di principi enucleati.

Il principio di proporzione o di proporzionalità della pena non trova nel nostro ordinamento copertura costituzionale espressa[256]. A partire dagli anni '80, la Corte costituzionale ha evocato l'esigenza di proporzione della pena rispetto al reato in stretta connessione con l'art. 3 Cost.[257]. Spesso, infatti, la proporzionalità è stata impiegata unitamente al principio di uguaglianza-ragionevolezza o, talvolta, come suo sinonimo[258]; numerose sono, del resto, le occasioni in cui la Corte ha espressamente qualificato il principio di proporzionalità come «diretta espressione del generale canone di

[255] V., *infra*, in questo Capitolo, par. 4.1.2. e in Cap. 3, par. 4.2.4.1 e 4.2.4.3.

[256] Sul principio di proporzionalità della pena, v. il fondamentale lavoro di F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021. Sul ruolo del principio di proporzionalità in tema di scelte di criminalizzazione, cfr. N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020; V. MANES, *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Il libro dell'anno del diritto*, in *www.treccani.it*, 2016; F. PALAZZO, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in G. CONTE, S. LANDINI (a cura di), *Principi, regole, interpretazioni, contratti e obbligazioni, famiglia e successioni*, in *Scritti in onore di Giovanni Furgiele*, vol. I, Mantova, 2017, 311 ss.

[257] In dottrina, G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale,* cit., 44, parla di uguaglianza e proporzionalità come di «criteri differenti ma strettamente connessi». Per un approfondimento sulla genesi e progressiva evoluzione del principio di proporzionalità della pena cfr. E. ADDANTE, *Il principio di proporzionalità sanzionatoria in materia penale*, Pisa, 2020, 49 ss.

[258] M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, *Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, in *www.cortecostituzionale.it*, 6.

ragionevolezza»[259]. Non manca, tuttavia, in dottrina chi ritenga che il giudizio di proporzionalità della pena abbia ormai raggiunto una propria autonomia concettuale che induce ad affrancarlo dalla categoria della ragionevolezza[260].

Nondimeno, l'esigenza di proporzione non è insita soltanto nell'idea di uguaglianza-ragionevolezza[261]; è riconducibile anche alla funzione rieducativa (art. 27 co. 3 Cost.): una pena sproporzionata in eccesso verrà percepita come ingiusta dal condannato, che difficilmente presterà il proprio consenso ad intraprendere un percorso rieducativo[262].

Per di più, la Corte costituzionale ha ulteriormente messo in relazione la proporzionalità con il principio di offensività, inteso come responsabilità *per il fatto* (art. 25 co. 2 Cost.) e con il principio di colpevolezza (art. 27 co. 1 Cost.).

Cominciando dal primo, è vero che quando si parla di offensività l'accento cade sull'*an* della punibilità, sull'alternativa tra punire e non punire, proprio perché il principio di offensività esprime l'idea secondo cui non può esservi pena senza offesa al bene giuridico, sia essa sotto forma di danno o di esposizione a pericolo; ma è altrettanto vero

---

[259] Corte cost., 1 giugno 1995, n. 220, in *www.cortecostituzionale.it*. In alcune pronunce, la Consulta descrive il rapporto tra ragionevolezza e proporzionalità come una relazione di genere a specie (cfr. esemplificativamente Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27; Corte cost., 13 gennaio 2014, n. 1, entrambe in *www.cortecostituzionale.it*). Sempre a rimarcare lo stretto rapporto tra i due principi, altrove si afferma anche che «il "principio di proporzione" […] è alla base della razionalità che domina il "principio di uguaglianza"», così, Corte cost., 2 febbraio 1990, n. 40, e successivamente ribadito in Corte cost., 4 aprile 1990, n. 158; Corte cost., 18 gennaio 1991, n. 16; Corte cost., 27 aprile 1993, n. 197; Corte cost., 1 luglio 1993, n. 297; Corte cost., 21 gennaio 1999, n. 2; Corte cost., 27 luglio 2007, n. 329, tutte in *www.cortecostituzionale.it*.

[260] Così F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena,* cit., 238.

[261] In dottrina, tale legame era emerso già in F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., 18. Cfr. altresì C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen*., IV, 1990, 71; A.M. MAUGERI, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, proporzione e di tassati*vità, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2/1999, 448 ss.

[262] Così è stato espressamente affermato dalla giurisprudenza costituzionale: cfr., ad esempio, Corte cost., 23 marzo 2012, n. 68, in *www.cortecostituzionale.it*, laddove si legge che «una pena palesemente sproporzionata – e, dunque, inevitabilmente avvertita come ingiusta dal condannato – vanifica, già a livello di comminatoria legislativa astratta, la finalità rieducativa» e Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236, in *www.cortecostituzionale.it*, ove si dice che «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». Per un commento su quest'ultima sentenza v. F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont*., 2/2017, 61 ss.

In dottrina, sottolineano tale legame di implicazione necessaria tra rieducazione e proporzionalità: F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 165; S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1997, 152 ss; A. FIORELLA, voce *Reato in generale*, in *Enc. dir*., 1987, 793; F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 246-247; A. MENGHINI, *Carcere e costituzione*. *Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, Napoli, 2022, 460.

che il principio di offensività non sarebbe rispettato se la misura della pena, più che riflettere l'entità della lesione arrecata al bene, fosse parametrata sulle qualità soggettive dell'autore[263]. Tale argomentazione è stata sviluppata dalla Consulta, in particolare, in materia di deroghe al giudizio di bilanciamento tra circostanze[264].

Il legame tra proporzionalità e colpevolezza, invece, si coglie sotto un duplice angolo visuale, ovverosia, nella necessità di consentire al giudice di commisurare la pena al concreto disvalore del singolo fatto di reato, da un lato[265], e al grado di colpevolezza, intesa come personale rimproverabilità dell'autore[266], dall'altro[267]. Negli ordinamenti penali moderni, cioè, è accolta una nozione di proporzionalità sia in senso oggettivo che soggettivo. La proporzione in senso rigorosamente oggettivo impone la corrispondenza tra la pena e il disvalore della violazione come risulta dal pregiudizio subìto dal bene giuridico offeso a causa del fatto illecito; la proporzione in senso soggettivo, invece, implica che la pena sia commisurata anche «all'intensità soggettiva della colpevolezza, al grado di riprovevolezza della volontà come si è manifestato certo nella gravità oggettiva dell'illecito ma anche – e soprattutto – nella più o meno intensa partecipazione ed adesione soggettiva della volontà, e quindi della personalità, al fatto illecito»[268].

Insomma, le basi giuridiche costituzionali della proporzionalità sanzionatoria sono state oggetto di un processo di progressivo arricchimento[269], che ha potuto giovarsi anche della solidarietà delle fonti europee e – seppur in misura inferiore – di quelle sovranazionali.

Se, infatti, nel nostro ordinamento l'ancoraggio costituzionale del principio di proporzionalità appare cangiante, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, invece, lo sancisce espressamente all'art. 49 par. 3: «le pene inflitte non devono essere

---

[263] F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 250-251.

[264] Il riferimento corre alle numerose pronunce dichiarative della illegittimità del comma 4 dell'art. 69 c.p., inaugurate con Corte cost., 5 novembre 2012, n. 251, cit.

[265] Cfr. Corte cost., 5 dicembre 2018, n. 222, in *www.cortecostituzionale.it.*

[266] Cfr. Corte cost., 24 aprile 2020, n. 73, in *www.cortecostituzionale.it.*

[267] Così F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 250, per il quale il «diritto a non subire pene sproporzionate e [il] principio della "personalità" della responsabilità penale appaiono, in definitiva, alludere a una medesima esigenza: quella, cioè, che la pena costituisca una risposta *individuale* al fatto "proprio", "personale" del suo autore, nel suo specifico – e irrepetibile – contenuto di disvalore oggettivo e soggettivo, che determina l'*an* e il *quantum* del rimprovero sotteso alla pena medesima».

[268] F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Corso di diritto penale*, cit., 26-27.

[269] F. VIGANÒ, *La proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale: un primo bilancio*, in L. CASSETTI, F. FABRIZZI, A. MORRONE, F. SAVASTANO, A. STERPA (a cura di), *Studi in memoria di Beniamino Caravita*, Vol. 1, Napoli, 2024, 1113 ss., pubblicato anche in *www.sistemapenale.it*, 8 gennaio 2025, 13.

sproporzionate rispetto al reato»[270]. Per lungo tempo, tuttavia, il potenziale innovativo di questa disposizione è rimasto inespresso, fino alla recente sentenza della Grande Sezione, 8 marzo 2022, NE (C-2005/20) che ne ha riconosciuto l'effetto diretto, innovando rispetto al precedente e opposto orientamento[271]. Ne consegue che, in virtù del principio del primato del diritto dell'Unione europea, il giudice nazionale è tenuto a disapplicare la norma interna «da cui deriva il carattere sproporzionato delle sanzioni, in modo da giungere all'irrogazione di sanzioni proporzionate, che permangano, nel contempo, effettive e dissuasive»[272]. Se così è, l'organo giudicante dello Stato membro, «è legittimato a scendere al di sotto del limite minimo legale, disapplicandolo»[273], qualora lo ritenesse necessario per evitare l'inflizione di una pena sproporzionata rispetto al reato[274]. Anche se, forse, come messo in luce dalla più attenta dottrina, la soluzione preferibile per garantire un trattamento rispettoso del principio di uguaglianza, sarebbe sollevare la questione di costituzionalità dinnanzi alla Consulta, di modo che si possa giungere ad una soluzione valida e vincolante per tutto l'ordinamento, salva naturalmente la possibilità per la stessa Corte costituzionale di adottare la propria decisione a valle di un rinvio pregiudiziale indirizzato alla Corte di Giustizia[275].

Non è superfluo ricordare, comunque, che l'ambito di applicazione della Carta di Nizza è definito all'art. 51 par. 1 della medesima, ai sensi del quale le disposizioni della Carta si applicano «agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione»: come afferma la Corte di giustizia, «i diritti fondamentali garantiti

---

[270] Sul principio di proporzionalità in ambito europeo v. C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. cont*., 1/2012, 111 ss. Più recentemente, R. PALLADINO, *Il principio di proporzionalità nel diritto dell'Unione europea. Natura, funzioni e controllo*, Bari, 2024.

[271] Quest'ultima decisione è Corte di giustizia, Quinta Sezione, 4 ottobre 2018, *Link Logistic*, C-384/17. Per un commento sulle due sentenze citate v. 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 *www.sistemapenale.it*, 26 aprile 2022; A. PERIN, *Il diritto eurounitario a non incorrere in sanzioni sproporzionate e la discrezionalità correttiva del giudice nazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 3/2022, 1382 ss.

[272] Di nuovo Corte di giustizia, Grande Sezione, 8 marzo 2022, *NE,* C-2005/20.

[273] *Ivi*.

[274] Si tratta di una pronuncia che presenta una portata certamente dirompente, e che non ha mancato di sollevare dubbi in merito alla compatibilità con il nostro sistema costituzionale. In particolare, cfr. M. PELISSERO, *Il principio di proporzionalità (non sproporzionalità) delle pene: recenti sviluppi e impatto anomalo delle fonti eurounitarie sul principio di legalità delle pene*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 1370, il quale avanza la possibilità che all'operatività della recente sentenza della Corte di giustizia si possa opporre il controlimite del principio di legalità delle pene.

[275] Di questo avviso, F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea*, cit., 16 ss.

nell'ordinamento giuridico dell'Unione si applicano in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, ma non al di fuori di esse»[276]. Si deve pertanto concludere che il principio di proporzionalità scolpito nella Carta europea vale «soltanto all'interno dell'ambito di applicazione del diritto dell'UE: e dunque rispetto alle materie interessate da regolamenti o direttive che espressamente fissano obblighi di prevedere sanzioni "proporzionate", nonché alle materie comunque oggetto di normazione secondaria dell'Unione»[277].

Al contrario di quanto accade a livello di "piccola Europa", non può rintracciarsi, invece, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo una disposizione che cristallizzi il principio di proporzionalità della pena. Ciononostante, il concetto di proporzionalità non è estraneo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. In tempi recenti, i giudici alsaziani sembrano aver individuato nel divieto di pene e trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 CEDU una base giuridica per il riconoscimento di un diritto a non subire pene "grossolanamente", "nettamente", e dunque "evidentemente" sproporzionate per eccesso. Tale principio è emerso – seppur sotto forma di mero *obiter dictum* – nel celebre caso *Vinter v. UK*: sulla base del quadro comparatistico esaminato, la Corte ha riconosciuto che, nonostante «le questioni relativ[e] alla pena appropriata ricad[a]no largamente al di fuori dell'ambito di applicazione della Convenzione […], l'impostazione di una *grossly disproportionate sentence* può costituire un *ill-treatment* vietato dall'art. 3»[278]. Finora, tuttavia, non si sono presentati, davanti alla Corte EDU, casi tali da consentire un'applicazione concreta di quanto paventato a livello teorico. In dottrina, tuttavia, si ritiene che il principio in parola possa essere impiegato «in futuro come criterio generale di valutazione della legittimità convenzionale delle comminatorie edittali o delle pene concretamente inflitte dal giudice»[279].

Una questione delicata, sulla quale può valere la pena soffermarsi, seppur brevemente, è l'uso della proporzionalità da parte della Corte di Strasburgo – non quale

[276] Così, Corte di giustizia, Grande Sezione, 26 febbraio 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10.

[277] F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea*, cit., 15. Secondo un orientamento più estensivo, tuttavia, il perimetro applicativo della Carta europea dei diritti può inglobare altresì quei settori aventi un collegamento anche solo indiretto con il diritto europeo, quale, ad esempio, l'esecuzione penale (cfr. A. MENGHINI, *Carcere e costituzione*, cit., 461, nota 117).

[278] Corte EDU, 9 luglio 2013, *Vinter v. United Kingdom*, ric. n. 66069/09, 130/10 e 3896/10, in *www.hudoc.echr.coe.int*.

[279] F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 94.

divieto di pene manifestamente sproporzionate in eccesso – bensì come «limite minimo della pena in relazione a violazioni gravi dei diritti umani della vittima»[280], che affiora chiaramente nel noto caso *Gäfgen v. Germany*. Anche questa volta, pur premettendo che non rientra tra le competenze della Corte «valutare le responsabilità individuali» né «determinare la pena appropriata per un reo, trattandosi di questioni riservate alla competenza esclusiva dei tribunali penali nazionali», «la Corte […] deve mantenere la sua funzione di supervisione e intervenire in casi di manifesta sproporzione [per difetto] tra la gravità della condotta e la pena inflitta»[281]. Sulla scorta di ciò, la Corte ha concluso, nel caso specifico, che «la condanna al pagamento rispettivamente di 60 e 90 quote giornaliere di 60 e 120 euro [per i due responsabili], accompagnate per di più dalla sospensione condizionale di tale pena, non può essere considerata come una risposta adeguata ad una violazione dell'art. 3 […]. Una simile pena, che è manifestamente sproporzionata rispetto ad una violazione di uno dei diritti più fondamentali della Convezione, non possiede il necessario effetto deterrente per prevenire future violazioni del divieto di maltrattamenti in future situazioni critiche»[282]. Siffatto utilizzo della proporzionalità da parte degli organi giudiziali sovranazionali solleva non pochi dubbi circa la possibilità di un suo eventuale recepimento nell'ordinamento nazionale. *Nulla questio*, infatti, finché le norme sovranazionali operano in *bonam partem*, come limite alla potestà punitiva; ben più problematico, invece, è ammettere l'impiego del principio di proporzionalità per sindacare pene sproporzionate per difetto, con conseguenze *contra reum*.

In ogni caso, appurata la piena cittadinanza del principio di proporzionalità della sanzione nell'ordinamento costituzionale e sovranazionale, bisogna ora puntualizzare in quale maniera tale principio si intrecci con la discrezionalità del giudice. A tal proposito due sono le prospettive che meritano di essere esplorate.

In primo luogo, un collegamento *mediato* tra proporzionalità e discrezionalità si coglie a partire dall'analisi della giurisprudenza costituzionale in materia di comminatorie

---

[280] *Ivi*, 96.

[281] Corte EDU, Grande Camera, 1 giugno 2010, *Gäfgen v. Germany*, ric. n. 22978/05, in *www.hudoc.echr.coe.int*. La vicenda è assai conosciuta: un'ufficiale di polizia tedesco e il suo subordinato avevano minacciato il soggetto arrestato di torturarlo affinché egli rivelasse il luogo dove si trovava il minore da lui suppostamente sequestrato, erroneamente creduto ancora in vita.

[282] *Ivi*. Similmente cfr. anche Corte EDU, Seconda Sezione, 17 ottobre 2006, *Okkali v. Turkey*, ric. n. 52067/99 e Corte EDU, Quinta Sezione, 18 luglio 2019, *Vazagashvili and Shanava v. Georgia***,** ric. n. 50375/07, in *www.hudoc.echr.coe.int*.

edittali. Sappiamo che, rispetto al sindacato sul merito delle disposizioni sanzionatorie, la Corte costituzionale aveva in passato assunto una posizione di tendenziale *self-restraint*, ritenendo che tali scelte, risolvendosi in valutazioni di carattere eminentemente politico, fossero appannaggio esclusivo del potere legislativo. Un deciso cambio di atteggiamento si registra, invece, tra gli anni Ottanta e Novanta proprio grazie alla valorizzazione del parametro offerto dal principio di proporzionalità che, integrandosi con il canone della ragionevolezza e con il principio rieducativo, fornisce al Giudice delle leggi strumenti più incisivi per sindacare le scelte legislative in punto di sanzioni[283]. Senza entrare nel merito di questa ormai abbondante giurisprudenza costituzionale, onde evitare di allontanarci dallo specifico tema oggetto di indagine, pare sufficiente in questa sede limitarci a rilevare, da una parte, che le sentenze riconducibili a questo filone hanno, a volte, avuto l'effetto di ampliare la discrezionalità commisurativa del giudice, e dall'altra, che, in fin dei conti, la *ratio* ultima della dichiarazione di illegittimità di una cornice edittale eccessivamente rigida è evitare che, nel caso concreto, il giudice si trovi nella condizione di dover irrogare una pena manifestamente sproporzionata rispetto al disvalore oggettivo e soggettivo del fatto[284]. In altre parole, la proporzionalità "in astratto" del limite minimo e massimo delle pene comminate dal legislatore è la precondizione affinché la pena

[283] Pare utile ricordare che la struttura dei giudizi costituzionali aventi ad oggetto la legittimità di norme incriminatrici per ragioni legate al trattamento sanzionatorio ha progressivamente mutato fisionomia. Inizialmente, infatti, la Consulta adoperava sempre lo schema argomentativo triadico tipico dei giudizi di uguaglianza, basato sul raffronto tra la norma impugnata, l'art. 3 Cost. e il cosiddetto *tertium comparationis,* individuato dal giudice *a quo*. In tema cfr. O. DI GIOVINE, *Sul c.d. principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia penale. «A proposito del rifiuto totale di prestare il servizio militare»*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1/1995, 159 ss.; A. M. MAUGERI, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte Costituzionale n. 370 del 1996*, cit., 457. Col tempo, però, si è consolidato un filone interpretativo che ha abbandonato la tradizionale impostazione triadica, ancorandosi a criteri di ragionevolezza "irrelati", cioè privi di un confronto con un *tertium comparationis*. Inoltre, il superamento del vincolo delle c.d. rime obbligate ha permesso di sostituire le cornici edittali dichiarate illegittime perché sproporzionate anche in mancanza di una soluzione costituzionalmente obbligata, ammettendo così l'operare del diverso paradigma delle c.d. rime adeguate. In argomento, v., *ex multis*, S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, cit., 134 ss.; G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit.; D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali,* cit.; più recentemente, O. SPATARO, *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale. Il delicato equilibrio tra ruolo della Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore negli itinerari giurisprudenziali più recenti*, Palermo, 2022, 173-174; O. PINI, *Norma penale e Corte costituzionale*, cit., 194 ss.

[284] E. LUPO, *I controlli giurisdizionali sui giudizi discrezionali*, in *www.sistemapenale.it*, 23 settembre 2024, 10-11, che richiama, *ad adiuvandum*, Corte cost., 11 luglio 2023, n. 141, e Corte cost., 12 ottobre 2023, n. 188, entrambe in *www.cortecostituzionale.it*. In quest'ultima pronuncia si legge infatti che il «canone della proporzionalità della pena […] si oppone a che siano comminate dal legislatore – e conseguentemente applicate dal giudice – pene manifestamente sproporzionate rispetto al disvalore oggettivo e soggettivo del reato».

irrogata discrezionalmente dal giudice possa essere proporzionata "in concreto". Non pare superfluo notare, inoltre, che la declaratoria di illegittimità costituzionale di una cornice edittale non investe soltanto la pena concretamente irrogata, ma travolge altresì il procedimento di commisurazione: «la valutazione di responsabilità del reo non risulta più misurata "legalmente", perché la risposta punitiva è stata elaborata sulla base di un compasso sanzionatorio incostituzionale, così da risultare alterato lo stesso giudizio di gravità del reato ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 132 e 133 cod. pen.»[285]. La giurisprudenza di legittimità è giunta a tale conclusione valorizzando proprio la stretta connessione tra il principio *nulla poena sine lege* e quello di proporzionalità[286].

In secondo luogo, la proporzionalità è in grado di condizionare anche *direttamente* l'esercizio del potere discrezionale del giudice in sede di commisurazione della pena, sia in positivo – nei termini che specificheremo – che in negativo[287].

È noto come il primo comma dell'art. 133 c.p., che contempla gli indici fattuali relativi alla gravità del reato, storicamente abbia condotto a declinare la commisurazione in un'ottica retributivo-proporzionalistica di compensazione del male commesso con il male inflitto dalla sanzione[288]. Impostazione, quest'ultima, da cui discende la versione c.d. "forte" o "positiva" della proporzionalità[289] tradizionalmente intesa – in base alla

[285] Cass. pen., Sez. Un., 28 luglio 2015, n. 33040, in *www.dejure.it*.

[286] Ancora, Cass. pen., Sez. Un., 28 luglio 2015, n. 33040, cit.: «con la forbice edittale il legislatore esprime la sua valutazione sulla gravità del fatto di reato che decide di incriminare, della gravità in astratto, ovviamente, che è uguale per tutta la classe di fatti concreti riconducibili al precetto. Il giudice vi riconosce una presa di posizione su tale elemento e nell'esercitare il suo potere discrezionale di commisurazione prosegue il "lavoro" affinandolo sui dati della realtà del singolo caso concreto. Pertanto, la valutazione del giudice nella commisurazione della pena ha come imprescindibile presupposto la valutazione del legislatore che, a sua volta, deve essere espressione di un corretto esercizio del principio di colpevolezza e di proporzionalità. Con riferimento a questi principi deve escludersi che possa essere conservata, in quanto legittima, sotto il profilo del principio costituzionale di proporzione tra offesa e pena, la pena determinata in relazione ad una cornice edittale prevista da una norma dichiarata incostituzionale e, quindi, inesistente sin dalla sua origine».

[287] F. PALAZZO, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, cit., 318, ritiene che il principio di proporzionalità risponda tanto ad una «esigenza di giustizia», quanto ad un'«istanza di garanzia», profili che – a nostro parere – possono cogliersi nella duplice dimensione "positiva" e "negativa" del principio in questione.

[288] A. MARTINI, sub *art. 133 c.p.*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, Tomo I, VII ed., Milano, 2019, 969. Sulle funzioni della pena, v. *supra*, par. 3.3.

[289] Dà conto della contrapposizione tra una versione "forte" o "positiva" della proporzionalità e di una versione "debole" o "negativa" della stessa (di cui si dirà a breve) F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 213 ss. Più nello specifico, l'autore rimanda a Y. LEE, *The Constitutional Right against Excessive Punishment*, 91 *Va. L. Rev*., 2005, 704 ss., per la dicotomia "proporzionalità forte-debole", e per l'alternativa "proporzionalità positiva-negativa" a: G. J. BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2019, 97 ss.; J. KASPAR, *Verhältinismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, Baden-Baden, 2014, 331 ss.; R. FRASE, C. MOMSEN, T. O'MALLEY, S. WASHINGTON, *Proportionality of Punishment in Common Law*

quale la "pena proporzionata" rappresenterebbe la sanzione ideale da infliggere all'autore del reato e di conseguenza, in sede di commisurazione, i giudici dovrebbero essere orientati esclusivamente da questa prospettiva, tralasciando qualsiasi considerazione di natura specialpreventiva[290], visione da lungo tempo abbandonata negli ordinamenti penali moderni[291]. Nondimeno, nell'attuale assetto costituzionale, il principio di legalità configura inequivocabilmente la pena come effetto giuridico di un *fatto* criminoso, sicché non viene meno l'esigenza di una proporzione tra fatto e sanzione[292], sia pur consci della irrimediabile eterogeneità tra queste due entità e dunque della difficoltà per il giudice di stabilire una correlazione tra le stesse. La proporzionalità come criterio di commisurazione della pena – in grado di assolvere ad una funzione orientativa del potere discrezionale del giudice – non può essere del tutto abbandonata, ma deve piuttosto essere declinata nel senso di una proporzionalità "individualizzante", in stretto collegamento con il principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27 co. 1 Cost.[293]. Sicché, «non si tratterà più di concepire un livello di pena astrattamente conforme al disvalore dell'illecito, bensì […] di determinarne *concretamente* la misura in relazione ad uno specifico soggetto, in modo tale ch'essa venga a risultare corrispondete alla gravità del *suo* fatto»[294]; gravità che va intesa, quindi, non solo in rapporto alle componenti oggettive del fatto (disvalore delle modalità aggressive […] e disvalore del risultato offensivo […]), ma anche in rapporto all'elemento soggettivo ("intensità del dolo e grado della colpa")»[295].

---

*Jurisdictions and in Germany*, in K. AMBOS, A. DUFF, J. ROBERTS, T. WEIGEND, A. HEINZE (a cura di), Cambridge, 2020, 216 ss.

[290] Come riporta G. J. BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, cit., 302 ss., questa tesi può essere ricondotta a A. VON HIRSCH, *Doing Justice*, New York, 1976, 73 ss.

[291] Per tutti, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 131 ss.

[292] F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 164 ss., ritiene il principio di proporzione un parametro essenziale di qualsiasi teoria razionale e moderna sulla funzione della pena. D. PULITANÒ, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it dir. e proc. pen*, 2/2016, 650, individua nella proporzionalità l'«idea guida che attraversa fin dall'antichità la storia [del diritto penale]».

[293] L'espressione è ripresa da F. VIGANÒ, *La proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale*, cit., 16-17, che, nell'individuare le tre tipologie di sindacato costituzionale afferenti al principio di proporzionalità in materia sanzionatoria, distingue: la proporzionalità "ordinale", che risponde ad una logica comparativa o intra-sistemica; la proporzionalità "cardinale" che invece prescinde dal *tertium comparationis* e si ricollega direttamente alla gravità delle condotte ricomprese nella fattispecie astratta; infine, la proporzionalità "individualizzante" che 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».

[294] G. DE FRANCESCO, *Diritto penale, I Fondamenti*, II, Torino 2011, 19.

[295] F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Corso di diritto penale*, cit., 563; F. GIUNTA, *Diritto penale. Una introduzione*, Pisa, 2024, 112: l'irrogazione di pena risponde «a un'istanza di proporzione rispetto alla

Ci pare quindi che la proporzionalità "individualizzante" così ricostruita (dunque "positiva" nei termini sopra descritti e non nell'accezione tradizionale) possa legittimamente configurarsi come una delle possibili direttrici sostanziali nel processo di commisurazione della pena e sia, al contempo, perfettamente compatibile con la lettura c.d. "debole" o "negativa" della proporzionalità, che ha trovato ampia condivisione nella penalistica anglosassone e continentale attuale, in grado di far emergere un'altra fondamentale funzione di tale principio, ossia la funzione di limite alla discrezionalità del giudice nelle decisioni concernenti le pene[296].

Giova precisare che la versione "negativa" della proporzionalità conosce due possibili varianti.

La prima considera la proporzionalità quale "criterio-limite" capace di individuare sia il massimo che il minimo della pena applicabile nel caso concreto. Il giudice, pertanto, nella determinazione della sanzione, ben potrà tenere in considerazione esigenze di prevenzione speciale, purché la pena si attesti tra i due estremi stabiliti, i quali, in ultima analisi, consentono di evitare che la pena sia sproporzionata tanto per eccesso quanto per difetto[297].

La seconda variante – indubitabilmente oggi più diffusa – riconosce nella proporzionalità un «*limite massimo* della pena irrogabile dal giudice, limite dal quale però sarebbe possibile discostarsi *senza alcun limite minimo* sulla base di considerazioni preventive»[298]. Questo modo di concepire la proporzionalità è, in realtà, assimilabile al concetto di "pena adeguata alla colpevolezza" sviluppato da Roxin[299] e recepito nella dottrina italiana da Dolcini[300]. La tesi roxiniana vede nel principio di colpevolezza un limite invalicabile al perseguimento di obiettivi di natura preventiva: il tipo e la misura della pena non possono oltrepassare la soglia massima segnata dalla colpevolezza, intesa come rimproverabilità per il fatto commesso; e ciò anche qualora considerazioni preventive rendessero desiderabile, nel caso concreto, una pena più severa. Come

gravità oggettiva e soggettiva del fatto storico costituente reato. L'applicazione della pena presuppone infatti il suo adattamento al caso concreto, attraverso la sua corretta quantificazione ad opera del giudice».

[296] F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 214-215.

[297] In tema cfr. ancora G. J. BASSO, *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, cit., 83 ss.

[298] F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 215.

[299] Cfr. C. ROXIN, *Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, in K. MADLENER, D. PAPENFUSS, W. SCHÖNE (a cura di), *Strafrecht und Strafrechtsreform* 1974, 285 ss.

[300] Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 176 ss.

anticipato, si tratta però soltanto di un limite massimo. Il giudice potrà pertanto certamente irrogare una sanzione in misura inferiore a quella adeguata alla colpevolezza, laddove ciò sia suggerito da esigenze specialpreventive da valutarsi nel singolo caso[301], salva però la necessità di non scendere al di sotto di determinati limiti allorché i beni giuridici offesi coincidano con diritti fondamentali, onde evitare di esporre questi ultimi a un *vulnus* di tutela. Se così è, come ammesso dallo stesso Roxin, si intravede una certa somiglianza tra "pena adeguata alla colpevolezza" e "pena proporzionata al reato", sempreché quest'ultima sia intesa come pena proporzionata al grado di riprovevolezza evidenziato dalla commissione del fatto delittuoso[302]. Secondo tale prospettiva, la proporzionalità della pena «non pretende affatto di imporre a legislatori e giudici l'obiettivo di pervenire nel singolo caso *alla* pena proporzionata, ma ha l'assai meno impegnativo compito di evitare l'inflizione di pene (chiaramente) *sproporzionate per eccesso* rispetto alla gravità del fatto, consentendo però – entro questo limite – di valorizzare considerazioni del tutto eterogenee […] rispetto alla retribuzione per la "colpa" commessa»[303]. E ciò è tanto più vero in un ordinamento, come quello italiano, che dichiaratamente assegna alla pena una funzione rieducativa[304].

In definitiva, il principio di proporzionalità è un criterio capace di condizionare sia il legislatore nella definizione del quadro edittale delle pene (c.d. proporzionalità in astratto), sia il giudice nella concreta applicazione delle sanzioni (c.d. proporzionalità in concreto). Un condizionamento che – a questo secondo livello – opera in un duplice modo: da un lato, quale uno dei possibili contenuti della determinazione della pena ai sensi dell'art. 133 co. 1 c.p.; dall'altro, come limite massimo invalicabile all'irrogazione di pene sproporzionate per eccesso, senza però impedire una modulazione in senso più mite qualora lo richiedano esigenze di prevenzione speciale. In tal senso, la proporzionalità si salda in un tutt'uno con il principio di colpevolezza.

Beninteso, il concetto di proporzionalità, soprattutto quando riferito alle sanzioni penali, «non può profilarsi come un "dogma" cristallizzato nel tempo e nello spazio, dal momento che […] esso vive e si realizza proprio in quanto termine dinamico, plasmabile in ragione delle varie evenienze che diacronicamente vengono a sovrapporsi, tanto nel

[301] Cfr. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, VII ed., Torino, 2018, 577 ss.

[302] C. ROXIN, *Prevention, Censure and Responsibility: The Recent Debate on the Purposes of Punishment, in Liberal Criminal Theory. Essay for Andreas von Hirsch*, Londra, 2014, 33.

[303] F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 216-217.

[304] *Ivi*, 217.

sistema normativo, che nella stessa coscienza collettiva. Se muta il sistema, mutano con esso tutti gli equilibri che si intersecano, bilanciandosi, al suo interno. Se muta il disvalore del fatto, la proporzionalità della sanzione vi si deve adeguare»[305]. In tale prospettiva, la proporzionalità si configura non solo come criterio di giustizia sostanziale, ma anche come strumento attraverso cui l'ordinamento misura la propria capacità di adattarsi ai mutamenti storici, culturali e valoriali. Un principio, dunque, dalle molteplici potenzialità – forse non ancora pienamente valorizzate – capace di offrire una chiave di lettura duttile e razionale dell'intervento punitivo statale.

### *3.4.1. Il principio di proporzionalità in fase esecutiva*

Alla luce di quanto esposto, è evidente l'operatività del principio di proporzionalità (in concreto) in sede di cognizione; non sembra unanimemente condiviso, invece, l'assunto per cui il parametro della proporzionalità troverebbe uno spazio applicativo anche in fase esecutiva.

Autorevole dottrina, infatti, sostiene che il principio di proporzionalità non possa estendersi all'intera durata della pena, trovando il suo limite invalicabile nel giudicato. In base a questa impostazione, solo la pena inflitta dal giudice della cognizione dovrebbe rispettare il principio di proporzione, mentre le modalità della sua esecuzione, inclusa la possibilità di commutazione in misure alternative alla detenzione, dovrebbero essere valutate dalla Magistratura di Sorveglianza esclusivamente in conformità al principio di umanità della pena e/o della finalità rieducativa[306]. Secondo questo orientamento, inoltre, il concetto stesso di proporzionalità varierebbe strutturalmente a seconda della sua proiezione verso il passato o verso il futuro[307]. La proporzionalità della pena, di cui si è parlato finora, è inevitabilmente declinata al passato perché guarda al reato commesso e, anzi, è proprio il fatto che costituisce la ragion d'essere della pena (c.d. proporzionalità

[305] A. MACCHIA, *La proporzionalità della pena nella prospettiva costituzionale e convenzionale. Relazione del Convegno "Il controllo della Corte di cassazione sul trattamento sanzionatorio"*, in *www.cortedicassazione.it*, 3 marzo 2025, 13.

[306] F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 195 ss.

[307] Nell'ordinamento tedesco, la distinzione tra queste due diverse accezioni di proporzione emerge chiaramente. Per indicare il limite invalicabile dell'azione statale che incide sui diritti soggettivi garantiti dalla Costituzione viene impiegato il termine *Verhältnismäßigkeit*. Invece, per riferirsi alla proporzionalità della sanzione, ossia alla verifica dell'adeguatezza della risposta punitiva rispetto al reato commesso, si utilizzano due espressioni distinte: *Tatproportionalität*, che si appunta su considerazioni strettamente oggettive, e *Schuldausgleich*, che enfatizza la valutazione della gravità del fatto in relazione alla colpevolezza dell'autore dell'illecito. Cfr. N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., 116 e 233 ss.

retrospettiva). Diversamente, quando il giudizio di proporzionalità concerne misure di carattere preventivo – come, per esempio, le misure di sicurezza o le misure di prevenzione – non conta tanto il fatto commesso ma la condotta che il soggetto potrebbe tenere in futuro. In questo caso, la valutazione non sarà incentrata su quanto accaduto nel passato, bensì vedrà contrapporsi, da una parte, l'incidenza della misura sui diritti fondamentali del soggetto e, dall'altra, l'efficacia attesa della medesima, in prospettiva futura, nel tutelare i controinteressi dei terzi coinvolti o dell'intera collettività (c.d. proporzionalità prospettica)[308]. Ebbene, anche sulla scorta di questo secondo argomento, il concetto di proporzionalità della pena valevole in fase di predisposizione del precetto e di cognizione risulterebbe completamente estraneo ai giudizi orientati al futuro, come sono le valutazioni prognostiche sulla pericolosità penitenziaria che la Magistratura di Sorveglianza è ordinariamente chiamata a formulare.

Non mancano, però, ricostruzioni alternative che riconoscono la configurabilità di una proporzionalità *in executivis*.

Un *iter* argomentativo votato a sostenere la suddetta tesi può prendere l'abbrivio dall'oramai acclarata natura dinamica della pena, «suscettibile di essere attivata, bloccata o modificata nel suo svolgersi»[309]. La flessibilità della pena, infatti, è un diretto corollario del principio rieducativo. Il superamento di un'ottica puramente retributiva, sancito dalla costituzionalizzazione dell'ideale rieducativo, ha inequivocabilmente segnato il tramonto del carattere dell'immutabilità della sanzione penale[310]. Non per questo, tuttavia, la pena cessa di essere "certa", a patto che si sia disposti a riconoscere che la certezza concerne l'*an* della risposta sanzionatoria ma non anche le sue modalità esecutive[311], suscettibili di

[308] F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 124-125.

[309] A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., 125.

[310] *Ex multis*., cfr. L. EUSEBI, *La pena in crisi. Il recente dibattito sulle funzioni della pena*, Brescia, 1980, *passim*; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore,* cit., 85; M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2013, 1174 ss.

[311] I. G. GIUSTINIANI, *Esecuzione penale ed effettività della pena, in Rass. giust. mil.*, 4-6/2008, 21, definisce la certezza della pena come «la prevedibilità della sua irrogazione a seguito della violazione del precetto penale». E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *Dir. pen. cont*., 17 dicembre 2018, 37, osserva che «la formula 'certezza della pena' è stata snaturata nel linguaggio della politica. Nell'elaborazione penalistica, da Beccaria alla dottrina contemporanea, certezza della pena esprime l'esigenza che l'autore di un reato sia scoperto e punito: in questo senso la certezza della pena, e soprattutto la certezza percepita dal destinatario, è condizione primaria per assicurare un effetto di prevenzione generale, accanto alla prontezza e – solo ultima, relativa a specifiche tipologie di reati – alla severità della punizione». Secondo D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont*., 26 marzo 2019, 235, «il principio di legalità implica *certezza del precetto*, e la *certezza delle conseguenze legali del reato*, la predeterminazione legale dei modelli di risposta al reato». M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena*, cit., 118, parla di un «travisamento semantico cui è sottoposto il

adeguarsi, e dunque mutare, in conformità all'evoluzione personologica del condannato, ai progressi maturati nel corso del trattamento rieducativo e alle esigenze e vicende manifestatesi durante l'espiazione. Il suddetto processo di rideterminazione *in fieri* della pena indubitabilmente trova la causa prima di giustificazione nel principio rieducativo[312], ma questo non esclude la simultanea operatività del principio di proporzionalità in questa fase. Ciò in ossequio alla considerazione secondo cui «la giustizia della iniziale commisurazione non può accampare una pretesa di univocità, assolutezza»[313]; pertanto, una pena pur meritata in origine, poiché proporzionata alla gravità del fatto, con il trascorrere del tempo, potrebbe non costituire più una sanzione "giusta", rendendo indispensabile l'intervento di rimodulazione ad opera dell'autorità giudiziaria affinché la pena sia concretamente in grado di tendere al fine rieducativo[314]. Proporzionalità e rieducazione finiscono così per essere strettamente interconnesse[315], pur senza confondersi e dunque mantenendo una propria autonomia concettuale: la proporzionalità della pena è *condicio sine qua non* per la rieducazione; non incarna il fine ultimo della pena, ma ne rappresenta un modo di essere imprescindibile affinché la sanzione possa concorrere al perseguimento del reinserimento sociale[316]. Come visto, non si hanno troppe difficoltà a riconoscere l'operatività di questo rapporto di interdipendenza con riferimento alla fase edittale e di commisurazione[317], ma altrettanto, a nostro modo di vedere, dovrebbe valere anche in fase esecutiva, al netto di alcune precisazioni.

---

concetto di certezza della pena […], impropriamente inteso quale sinonimo di "fissità", "immodificabilità", della sanzione una volta inflitta: di talché la pena è vieppiù allontanata dalla dimensione esistenziale del condannato, la quale viene cristallizzata al *tempus commissi delicti*, nella più totale indifferenza verso le trasformazioni cui è potenzialmente esposta la personalità umana con il trascorrere del tempo».

[312] Cfr., *supra*, par. 3.3.2.

[313] D. PULITANÒ, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, cit., 661.

[314] G. NICOLÒ, *La proporzionalità della pena* in executivis, in *Cass. pen*., 12/2024, 4131.

[315] Come dimostra il fatto stesso che uno dei parametri invocati dalla giurisprudenza costituzionale per fornire una base normativa al principio di proporzionalità è proprio l'art. 27 co. 3 Cost.

[316] G. NICOLÒ, *La proporzionalità della pena* in executivis, cit., 4128 ss. Scettico sul punto però F. PALAZZO, *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, cit., 316, secondo il quale «l'idea che il 'sentimento di ingiustizia' indotto ([…] a livello individuale) da una pena sproporzionata per eccesso impedisca o ostacoli l'obiettivo risocializzativo, contrasta storicamente con tutte le teorizzazioni scientifiche e le attuazioni pratiche di esperienze di pene indeterminate e, in fondo, anche col nostro originario sistema delle misure di sicurezza (posto che il formarsi di quel 'sentimento di ingiustizia' non può certo essere condizionato dal nominalismo sanzionatorio che distingue tra pena [rieducativa] e misura di sicurezza). In secondo luogo, se è vero che il sentimento di giustizia, con cui viene vissuta l'esecuzione della sanzione, è in qualche modo una condizione dell'efficacia specialpreventiva e rieducativa, allora anche una pena sproporzionata *per difetto* – e *a fortiori* la rinuncia alla pena – dovrebbe essere almeno tendenzialmente inidonea a produrre l'auspicato effetto risocializzante».

[317] V., *supra*, par. 3.4.

Il momento esecutivo, infatti, non incarna una fase disgiunta e accessoria rispetto alle precedenti, ma l'ultimo segmento di una dinamica punitiva unitaria che si snoda nel contesto di un sistema di giustizia orientato al perseguimento dell'ideale rieducativo. La continuità tra cognizione ed esecuzione è avvalorata dall'ormai pieno riconoscimento del carattere giurisdizionale della seconda, anch'esso conseguenza della costituzionalizzazione del principio rieducativo[318]. Come chiarito dalla Corte costituzionale, la fase esecutiva, come quella *stricto sensu* processuale, ha pur sempre ad oggetto la libertà personale[319]: dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna, le garanzie fino a quel momento riconosciute non cadono ma si conformano al nuovo *status* del soggetto, non più imputato ma condannato[320]. Per questo motivo le eventuali modificazioni del contenuto sanzionatorio del provvedimento penale competono ad un giudice specializzato – la Magistratura di Sorveglianza –, nella cornice di un procedimento giurisdizionalizzato. Allora, se l'esecuzione costituisce il naturale proseguimento della fase precedente, appare fondato ritenere che il principio di proporzionalità possa permeare anche questo momento, tanto più in virtù di quel nesso, cui si accennava prima, che lo lega al principio rieducativo[321].

A questo punto, però, pare doveroso puntualizzare che non si vuole qui negare la tesi – più che condivisibile – del carattere retrospettivo della proporzionalità; quanto piuttosto mettere in evidenza «la natura elastica del principio in esame, da intendersi nel senso che esso, nella fase iniziale, conosce uno stringente legame con il passato, ovvero

---

[318] In tal senso, P. COMUCCI, *L'art. 111 della Costituzione nel procedimento di sorveglianza, in Foro ambr.*, 4/2002, 572, rileva che «[n]el sistema delineato nel codice di procedura penale del 1988 […] il giudicato assume un significato meramente interlocutorio; il processo penale non può più considerarsi esaurito nel momento in cui il giudice di cognizione, accertati fatti e responsabilità, stabilisce l'entità della pena da irrogare, ma si estende alla fase dell'esecuzione che si pone in rapporto strettamente consequenziale a quella di cognizione». F. CORBI, voce *Esecuzione penale*, in A. GAITO (a cura di), *Dig. disc. pen.*, vol. IV, ed. IV, Torino, 1990, 293, osserva inoltre che la funzione rieducativa non sarebbe stata realizzabile in alcun modo attraverso una struttura esecutiva posta al di fuori del processo penale e priva dei requisiti di dinamicità ed evoluzione, tipici del sistema processuale. Sulla giurisdizionalizzazione della fase esecutiva v. anche A. MENGHINI, *Carcere e costituzione*, cit., 73 ss.

[319] Cfr. in tal senso, Corte cost., 29 maggio 1968, n. 53, in *www.cortecostituzionale.it,* che, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale degli artt. 636 e 637 del codice di procedura penale del 1930, limitatamente alla parte in cui comportano che i provvedimenti del giudice di sorveglianza siano adottati senza la tutela del diritto di difesa, affermava solennemente che amministrativo o giurisdizionale che sia il procedimento nel quale «l'interesse umano oggetto del procedimento, vale a dire quello supremo della libertà personale […] viene in questione davanti a un giudice, [spetta] sempre al soggetto il diritto allo svolgimento di una integrale difesa».

[320] P. CORSO, *Principi costituzionali e normativa penitenziaria*, in ID. (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, VII ed., Milano, 2019, 1.

[321] G. NICOLÒ, *La proporzionalità della pena* in executivis, cit., 4128.

con il disvalore del fatto commesso; di poi, durante l'esecuzione della pena medesima, la suddetta relazione sarà connotata da una intensità meno spiccata, potendosi, per converso, ravvisare una maggiore declinazione al presente e al futuro»[322]. In altre parole, la fisionomia dinamica della medesima sanzione penale può indurre a intendere in senso dinamico anche gli stessi principi che soprintendono alla vita della pena. Esattamente come il principio rieducativo accompagna la pena «da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»[323], seppur con intensità e modalità differenziate in ciascuna fase[324], altrettanto potrebbe sostenersi con riguardo al principio di proporzionalità.

E se ciò non bastasse, un ulteriore argomento spendibile per fondare la suddetta tesi proviene dalle trame della c.d. Riforma Cartabia che, nel novellare le sanzioni sostitutive (ora pene sostitutive), ha attinto dal catalogo delle misure alternative: salvo alcune differenze, infatti, per la detenzione domiciliare sostitutiva e la semilibertà sostitutiva è espressamente richiamata la disciplina delle omologhe misure alternative contenuta nell'ordinamento penitenziario. Tale rilievo, unito anche alla indiretta contaminazione del giudizio di merito con elementi tipici del procedimento di sorveglianza, dal momento che i criteri che devono orientare il giudice nella scelta circa la sostituibilità della pena sono ispirati all'ideale rieducativo e implicano la formulazione di un giudizio prognostico circa la pericolosità del condannato, accorcia ulteriormente le distanze tra il modo di essere della giurisdizione di cognizione e di quella di sorveglianza[325]. Alla luce di tale ravvicinamento, si potrebbe allora sostenere, invertendo il senso di marcia del ragionamento, che, se è indubbio che il giudice di cognizione, nel verificare la sostituibilità di una pena detentiva breve con le nuove pene sostitutive, applichi il canone della proporzionalità, allora altrettanto dovrebbe valere quando la Magistratura di Sorveglianza è chiamata a vagliare la concedibilità delle misure alternative alla detenzione, che non differiscono sostanzialmente dalle prime[326].

---

[322] *Ivi*, 4118.

[323] Cfr. Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1990, 1588 ss., con nota di G. FIANDACA, *Pena "patteggiata" e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro it*., 1990, pt. I, 2385 ss.

[324] V., *supra,* par. 3.3.

[325] Analizzeremo *funditus* la categoria delle pene sostitutive e la loro disciplina *infra*, Cap. 3, par. 4.2.3. e 4.2.3.1.

[326] G. NICOLÒ, *La proporzionalità della pena* in executivis, cit., 4133.

In particolare, sembra agevole riconoscere un margine applicativo per il principio in questione almeno in tre contesti interni alla fase esecutiva, nei quali il rapporto con il fatto di reato e, dunque, con quella prospettiva che guarda al passato, non viene meno.

Innanzitutto, sebbene trovi un solido ancoraggio nel principio di umanità della pena (art. 27 co. 3, prima parte), il rimedio di cui all'art. 35-*ter* o.p., introdotto successivamente alla sentenza Torreggiani[327], che prevede una riduzione di pena pari a un giorno per ogni dieci scontati in condizioni di violazione dell'art. 3 CEDU, potrebbe essere spiegato anche in un'ottica di «recupero *ex post* della proporzionalità della pena», così come determinata dal giudice della cognizione[328]. Qui «il collegamento con il fatto sembra effettivamente tornare allorché il sistema riconosce una decurtazione di pena – che nulla ha a che vedere con lo sconto di pena per la partecipazione all'opera rieducativa *ex* art. 54 o.p. (liberazione anticipata) – corrispondente all'afflittività suppletiva sofferta, considerando che la durata dell'originaria pena inflitta risulti sproporzionata per eccesso rispetto alla gravità del fatto commesso»[329].

In secondo luogo, una questione di proporzionalità potrebbe porsi in relazione ai meccanismi sospensivi e preclusivi/limitativi di accesso alle misure alternative. In questi casi siamo «ancora a monte rispetto all'applicazione del canone rieducativo relativo al caso concreto rispetto alla concessione di una certa misura alternativa. A venire in oggetto è qui ancora il fatto di reato che funziona da riferimento unico per l'operatività degli istituti citati»[330]. Quanto ai meccanismi sospensivi il richiamo corre naturalmente alla sospensione dell'ordine di esecuzione prevista all'art. 656 co. 5 del codice di rito, laddove il comma 9 della medesima disposizione esclude automaticamente dalla possibilità di attendere in libertà la decisione del Tribunale di Sorveglianza sull'istanza di accesso a una misura alternativa i condannati per una serie di titoli di reato *ivi* elencati. Quanto ai meccanismi preclusivi/limitativi, molteplici sarebbero gli esempi disseminati tra le norme dell'ordinamento penitenziario[331], ma certamente emblematico è l'art. 4-*bis* o.p. Anche

[327] Corte EDU, Seconda Sezione, 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, ric. nn. 4357/09, 46882/09, 55400/09; 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10, in *www.giustizia.it*.

[328] In questi termini si esprime lo stesso F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 197, n. 295.

[329] A. MENGHINI, *Carcere e costituzione*, cit., 483-484.

[330] *Ivi*, 484-485.

[331] Si pensi, ad esempio, alle plurime preclusioni contemplate dall'art. 58-*quater* o.p., solo in parte censurate dalla Consulta, o alla preclusione speciale e rafforzata che chiude il comma 1-*bis* dell'art. 47-*ter* o.p., che impedisce l'accesso alla detenzione domiciliare generica agli autori di reati che siano ricompresi nell'elenco di cui all'art. 4-*bis* o.p. e, sempre a proposito della detenzione domiciliare biennale, il comma 9-*bis* dello stesso art. 47-*ter* o.p., stabilisce, senza eccezioni, che in caso di revoca della misura, la pena

in questi casi la possibilità *tout court* di accedere ai benefici o di accedervi nei tempi normalmente previsti per altre fattispecie viene a dipendere esclusivamente dal titolo di reato.

Siccome la Corte costituzionale, nella sentenza 32 del 2020, ha riconosciuto la natura sostanziale degli istituti dell'affidamento in prova al servizio sociale, della detenzione domiciliare, della semilibertà e della sospensione dell'ordine esecutivo, specificando che le norme in questione comportano «una trasformazione della natura della pena e della sua incidenza sulla libertà personale», poiché tra l'eseguire la pena "dentro" il carcere o "fuori" «la differenza è radicale: qualitativa, prima ancora che quantitativa»[332], è evidente il *favor* per l'accoglimento di una nozione ampia di pena, comprensiva anche della possibilità astratta di accedere a modalità alternative di esecuzione. Se, dunque, la proporzionalità deve essere garantita tra il fatto di reato e la pena *lato sensu* intesa, i meccanismi menzionati, concorrendo a delineare l'astratta possibilità di una rimodulazione della sanzione *in executivis*, dovrebbero essere considerati nel complessivo giudizio sulla proporzionalità della risposta sanzionatoria[333].

In terzo luogo, vi sono istituti che, pur essendo impropriamente considerati mere modalità esecutive della pena e la cui applicazione, ancora una volta, viene a dipendere dal titolo di reato ascritto, sono in grado di incidere in maniera significativa sulla natura della pena e, quindi, sulla libertà personale dell'individuo, comportando un'afflittività aggiuntiva rispetto a quella già insita nell'esecuzione "ordinaria" della pena. Per fare un esempio, si pensi alla classificazione nel circuito di Alta Sicurezza, primariamente determinata sulla base del reato commesso, che certamente implica modalità esecutive più gravose[334].

---

residua ancora da scontare debba essere espiata necessariamente in carcere, senza poter beneficiare di altre misure alternative alla detenzione.

[332] Corte cost., 26 febbraio 2020, n. 32, in *www.cortecostituzionale.it*. Per un commento v. V. MANES, F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale. Nota a Corte cost., sent. 12 febbraio 2020, n. 32*, in *www.sistemapenale.it*, 23 marzo 2020; R. DE VITO, *Corte costituzionale e "Spazzacorrotti": cronaca di una rivoluzione (non) annunciata*, in *www.questionegiustizia.it*, 13 febbraio 2020; D. NOTARO, *Un passo deciso (e atteso) sulla via dell'affermazione delle garanzie costituzionali nella fase dell'esecuzione della pena*, in *Dir. pen. proc*., 7/2020, 985 ss.; A. GARGANI, *L'estensione "selettiva" del principio di irretroattività alle modifiche in pejus in materia di esecuzione della pena: profili problematici di una decisione "storica"*, in *Giur. cost*., 1/2020, 263 ss.

[333] A. MENGHINI, *Carcere e costituzione*, cit., 485.

[334] *Ivi*, 485-486.

In conclusione, il dibattito sulla possibilità di estendere l'operatività del principio di proporzionalità anche alla fase esecutiva della pena resta aperto e articolato. Se, da un lato, la tradizionale concezione retrospettiva del principio ne limiterebbe l'operatività alla fase di commisurazione della sanzione in senso stretto; dall'altro, una visione più dinamica della pena e dei suoi fini consente di riconoscere uno spazio applicativo di tale canone anche *in executivis*. Siffatta prospettiva trova fondamento nel legame inscindibile tra proporzionalità e rieducazione e nella giurisdizionalizzazione della fase esecutiva.

## 4. I principi e le garanzie che comportano un contenimento della discrezionalità del giudice

Conclusa la trattazione dei principi che offrono un positivo fondamento costituzionale al potere discrezionale del giudice, è giunto il momento di addentrarci nell'analisi dei principi e delle garanzie costituzionali che compongono "l'altro volto" della discrezionalità penale in materia sanzionatoria, ossia quell'insieme di precetti contenuti nella Carta fondamentale che comportano un contenimento del potere discrezionale affidato al giudice.

Invero, appurato che la discrezionalità costituisce una componente irrinunciabile della giustizia penale, che, anzi, tende ad espandersi nel sistema accreditandosi in nome di solidi principi costituzionali, non si può fare a meno di rilevare che il potere che l'esercizio della discrezionalità attribuisce al giudice non può non richiamare anche il concetto di limite, connaturato all'idea stessa di diritto[335]. Per questa via, la discrezionalità viene a configurarsi come «potere regolamentato di scelta»[336], tanto che si è soliti parlare di "discrezionalità vincolata"[337]. Ciò significa che il giudice penale, nell'esercizio del potere discrezionale a lui affidato, non è *solutus*, ma è chiamato a rispettare una serie di limiti e a seguire una serie di regole e criteri posti dal legislatore proprio nel tentativo di contemperare esigenze di certezza e di individualizzazione della pena, perché, se è vero

[335] T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice e certezza del diritto*, cit., 372, il quale aggiunge che «ogni potere od ogni diritto finisce fatalmente per cozzare con altri poteri o con altri diritti, e per la necessaria armonia del tutto è, dunque, necessario segnare i confini delle rispettive competenze». In questa prospettiva, pare utile richiamare la rifondazione garantista della separazione dei poteri proposta da L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Bari, 2024, 46 ss., che distingue tra funzioni di governo – ossia tutte le funzioni di innovazione o creazione di nuovo diritto – e funzioni di garanzia – ossia tutte le funzioni di attuazione del diritto vigente – affidate in ultima istanza alle giurisdizioni. È quindi proprio in questa loro natura di "funzione di garanzia" che si radica l'idea di una discrezionalità giudiziale vincolata, esercitabile entro i limiti imposti dalla Costituzione e dalla legge.

[336] F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 4.

[337] Per tutti, cfr. E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice*, cit., 749.

che legalità e discrezionalità possono ed, anzi, devono necessariamente convivere senza contraddizione alcuna, è altrettanto pacifico che tra le due menzionate istanze si instauri un rapporto di interferenza.

Autorevole dottrina ha individuato essenzialmente due tipologie di limiti al potere discrezionale del giudice[338]: i limiti istituzionali, che sono imposti dagli scopi sottesi all'ordinamento giuridico inteso come istituzione e cioè dall'esigenza di certezza, giustizia, bene comune o interesse generale; i limiti normativi, che possono essere considerati una specificazione normativa dei primi od operare ad un livello diverso, e che si distinguono ulteriormente in limiti interni, inerenti alla ragione stessa di essere del potere discrezionale e condizionati dalle funzioni attribuite alla pena, e limiti esterni, imposti da una normativa *ad hoc* e che variano da istituto ad istituto[339].

Ora, volendo rimanere fedeli a questa classificazione che guarda alla fonte e alla *ratio* cui si ispirano i vincoli che delimitano il potere discrezionale del giudice, possiamo certamente inserire tra i limiti del primo tipo, c.d. istituzionali, tutti quelli che discendono dai principi costituzionali che ci accingiamo ad analizzare, i quali indubbiamente si rivelano strumentali al perseguimento degli obiettivi sottesi all'ordinamento giuridico-istituzione.

L'esigenza di certezza cui anela il nostro sistema legale, infatti, è assicurata, sul piano sostanziale, attraverso la legalità della pena e la prevedibilità della decisione giudiziaria e, sul piano processuale, attraverso l'obbligo di motivazione, «guardiano logico della certezza»[340].

L'istanza di giustizia sostanziale si realizza attraverso il rispetto del principio di uguaglianza che, come già detto, esige che il giudice tratti in egual maniera situazioni simili e in maniera diversa casi differenti, nonché impiegando la proporzionalità come limite massimo alla sanzione penale irrogabile dal giudice. Ma la realizzazione di questo valore supremo non è affidata soltanto al giudice: anche le parti facendo valere le proprie

[338] T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice e certezza del diritto*, cit., 374 ss.

[339] Tra i limiti esterni spicca la disciplina di cui all'art. 132 c.p. in materia di commisurazione infraedittale, ma innumerevoli sono i limiti apposti nei vari ambiti di esercizio del potere discrezionale dalla normativa vigente: si pensi al bilanciamento delle circostanze, ai limiti alla sospensione condizionale della pena, ai limiti alla sostituzione della pena detentiva in fase di cognizione e all'accesso alle misure alternative in fase esecutiva.

[340] T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice e certezza del diritto*, cit., 374.

ragioni nel contraddittorio in condizioni di parità contribuiscono (o dovrebbero contribuire) a garantirne l'attuazione, orientando il giudizio verso una decisione più equa.

Infine, i limiti imposti dal bene comune o dall'interesse generale derivano da quella delicata operazione di bilanciamento tra confliggenti interessi giuridici che costituisce, a un tempo, l'essenza e lo scopo del diritto penale che, per l'appunto, si propone di tutelare i beni giuridici attraverso il sacrificio di altri beni giuridici[341].

Come abbiamo anticipato al principio del capitolo, per una esposizione più lineare e sistematica possibile, tratteremo dei principi costituzionali che hanno effetti limitativi della discrezionalità distinguendoli in due sottogruppi: i principi di natura sostanziale (principio di legalità della pena e principio di prevedibilità delle decisioni giudiziarie) e le garanzie di carattere processuale (diritto di difesa, obbligo di motivazione e controllo di legittimità da parte della Corte di Cassazione).

Naturalmente, nonostante questo tentativo di sistematizzazione, è chiaro che «di nessuno dei numerosi limiti elencati il giudice può tener conto per così dire allo "stato puro"; essi vengono di solito simultaneamente alla ribalta, in un complicato giuoco di complementarietà, di condizionamento o addirittura di conflitto. È rimesso alla sensibilità del giudice di districarsi in questo caleidoscopio, trovando il punto di giusto equilibrio»[342]; un compito certo non facile, forse in certa qual misura utopistico, cui tuttavia il giudice non può abdicare.

### *4.1. I principi di matrice sostanziale*

Da un punto di vista sostanziale, il principio fondamentale da cui prendere le mosse per affrontare il tema dei limiti alla discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena non può che essere la legalità della sanzione penale, da considerarsi necessariamente secondo una prospettiva integrata che tenga conto dell'interazione tra l'ordinamento nazionale e i sistemi convenzionale ed eurounitario. Il principio del *nulla poena sine lege* rappresenta il vincolo ordinamentale per eccellenza, la più solida garanzia della funzione generalpreventiva, dell'uguaglianza di trattamento e della libertà di autodeterminazione del singolo. Tuttavia, nel passaggio dal piano dei principi a quello della legislazione ordinaria e, poi, da quest'ultimo alla prassi, la cogenza di tale principio tende progressivamente ad attenuarsi. Ciò non significa, beninteso, che

[341] Così, fondamentalmente, F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., 15-16.
[342] Ancora, T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice e certezza del diritto*, cit., 378.

il giudice nell'attività di commisurazione sia privo di punti di riferimento, però tali coordinate risultano spesso generiche, frammentarie, talvolta addirittura contraddittorie, gettando un velo di arbitrarietà sulle decisioni degli organi giudicanti.

In aggiunta, sebbene rappresenti una tra le molteplici declinazioni del principio di legalità, è sembrato opportuno dedicare una trattazione autonoma al principio di prevedibilità della decisione giudiziale (*rectius*, principio di prevedibilità della decisione giudiziale sulle conseguenze sanzionatorie). Tale corollario, infatti, esprime una sfumatura della legalità che risponde ad una *ratio* più specifica e pregnante rispetto al tema oggetto di studio e presenta un fondamento costituzionale più articolato e composito, che non si esaurisce nell'art. 25 co. 2 Cost. e nelle corrispondenti norme contenute nelle carte sovranazionali (art. 7 CEDU e art. 49 CDFUE), come accade per il principio di legalità *tout court*, ma trova solidi riferimenti anche nell'art. 27 co. 1 e 3 e nell'art. 3 Cost. Inoltre, a differenza del principio di legalità, la prevedibilità della decisione giudiziale, benché si presti ad essere inquadrata in una prospettiva di tutela di interessi di sistema, può altresì essere interpretata in un'ottica di tutela di diritti soggettivi. Per i motivi brevemente elencati si procederà pertanto ad una trattazione separata, pur riconoscendo la stretta correlazione tra i due principi.

#### *4.1.1. Il principio di legalità della pena*

In estrema sintesi, si può definire la legalità penale come «una tecnica (o un insieme di tecniche) finalizzata alla *limitazione dell'arbitrio* nella gestione dello strumento penale: ciò, sia nel caso che l'uso arbitrario sia causato dalla mala fede, per così dire, di chi ha il potere di esercitare lo strumento penale (l'esecutivo, il giudiziario, lo stesso legislatore) e potrebbe usarlo per scopi discriminatori, o persecutori, o comunque in maniera non equa, non imparziale; sia nel caso che l'uso arbitrario dello strumento penale sia determinato da fattori per così dire "oggettivi", che rendono di fatto imprevedibili i modi in cui le sanzioni penali saranno applicate ai casi concreti»[343].

In un sistema veramente rispettoso del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, i due poli del principio di legalità – la legalità del precetto e la legalità della sanzione

[343] G. PINO, *Legalità penale e* Rule of Law, in G. PINO, V. VILLA (a cura di), Rule of Law. *L'ideale della legalità*, Bologna, 2016, 190-191.

penale – risultano logicamente interdipendenti e inscindibili[344]: «[l]a norma, così come l'illecito penale, appaiono caratterizzabili soltanto sulla scorta della sanzione. Né può dirsi, a tal fine, sufficiente un semplice richiamo alla punibilità dell'agente, se non si accompagna al precetto una potenziale determinazione almeno del tipo di pena applicabile alla trasgressione»[345]. In passato, erano stati sollevati dubbi in merito alla costituzionalizzazione del principio di legalità della sanzione penale, dal momento che l'art. 25 della Carta fondamentale non fa espresso riferimento alla sanzione penale, a differenza invece dell'art. 1 c.p. Tuttavia, è pacifico che tale principio si estenda anche alle pene, almeno per due ordini di ragioni: *in primis*, perché una norma penale che si limitasse a prevedere il fatto, demandando al giudice la scelta del tipo e/o la durata della sanzione, comprometterebbe le garanzie sottese al principio di legalità proprio nel momento cruciale in cui viene in rilievo un effettivo sacrificio al bene della libertà personale; *in secundis*, poiché, a fronte dell'esplicita estensione del principio di legalità alle misure di sicurezza in base all'all'art. 25 co. 3 Cost., risulterebbe difficile spiegare l'assenza di una simile previsione per le pene in senso stretto, che rappresentano la sanzione penale per eccellenza[346]. Quanto detto trova conferma nella stessa giurisprudenza costituzionale, la quale, già in tempi risalenti, ha rinvenuto nell'art. 25 co. 2 Cost. il «fondamento legale» della «potestà punitiva del giudice»[347], precisando però che tale riconoscimento non frappone alcun ostacolo all'attribuzione al giudice di un adeguato margine di discrezionalità: «è nel carattere della sanzione penale che essa sia prefissata dalla legge in maniera da consentirne l'adeguazione alle circostanze

[344] Sul punto cfr. B. PETROCELLI, *Appunti sul principio di legalità nel diritto penale*, in AA.VV., *Saggi di diritto penale*, Napoli, 1965, 188, secondo il quale i due momenti del principio di legalità «sono così strettamente collegati tra loro da fondersi in un principio unico, essendo la qualità e la misura della pena non già un dato esterno ma un elemento in un certo senso intrinseco alla previsione dell'illecito penale, e dal quale il fatto incriminato ripete, di fronte alla coscienza del cittadino, non soltanto la sua gravità, ma la sua stessa natura».

[345] Cfr. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 330.

[346] Sul punto, ancora, F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 331 ss. Concordemente anche la più accreditata manualistica penale: cfr., in particolare, F. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 85; F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale*, cit., 724.

[347] Corte cost., 12 marzo 1962, n. 15, in *www.cortecostituzionale.it*. A tal riguardo, prosegue la Corte: «[n]on ha valore opporre […] che nella formulazione definitiva del citato art. 25, secondo comma, della Costituzione, è rimasta soppressa la frase "e con le pene da essa (legge) stabilite". Si desume dai lavori preparatori della Costituzione che tale soppressione fu proposta ed approvata per evitare che, nel caso di successione di norme penali, rimanesse pregiudicato il principio dell'applicazione della norma più favorevole al reo; onde non può farsene scaturire un effetto che influisca sulla estensione sostanziale del principio di legalità».

concrete»[348]. Ciò non significa, come acutamente osservato in dottrina, che la Consulta abbia altresì individuato proprio nell'art. 25 co. 2 Cost. il «positivo fondamento costituzionale della discrezionalità»[349]. Sono altre, come abbiamo visto, le norme della Carta fondamentale in grado di fornire una salda legittimazione al potere discrezionale del giudice. Semmai, il principio di legalità della pena costituisce la condizione senza la quale gli ulteriori principi costituzionali che, a vario titolo, vengono in rilievo nella fase sanzionatoria in senso lato non potrebbero correttamente operare.

A questo punto, è lecito interrogarsi sulla concreta capacità del *nulla poena sine lege* di fungere da limite effettivo al potere discrezionale del giudice nella fase di commisurazione sanzionatoria, tenuto conto che il tema è complicato dall'attuale configurazione multilivello del sistema delle fonti[350]. Il giudice è chiamato a fare i conti con un concetto di legalità che trascende i confini nazionali: la "legge" che lo vincola non è soltanto quella statale – sia essa di rango costituzionale o ordinario – ma anche quella che scaturisce dagli obblighi internazionali e dal diritto dell'Unione europea[351]. Questo indubbiamente introduce un fattore di complessità per il giudice, al quale viene richiesto uno sforzo ulteriore in termini di puntuale ricostruzione dell'assetto legale di riferimento, di continuo aggiornamento non solo rispetto al materiale normativo ma anche giurisprudenziale e, più importante per quanto qui rileva, di interpretazione conforme della legge statale alle fonti internazionali e sovranazionali[352]. Come noto, infatti, gli

[348] Ancora, Corte cost., 12 marzo 1962, n. 15, cit.

[349] E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, cit., 344.

[350] I contributi sul tema sono ovviamente numerosissimi. Per alcuni riferimenti bibliografici v., *supra*, Cap. 1, par. 1, nota 57.

[351] F. VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria e principi costituzionali*, cit., 4.

[352] G. CAMPANELLI, *Interpretazione conforme alla CEDU e al diritto comunitario: proporzionalità e adeguatezza in materia penale*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, *Quaderni del "Gruppo di Pisa"*, Torino, 2009, 155, rileva che il settore processual-penalistico «risente in maniera particolarmente incisiva del ruolo attribuito all'interpretazione conforme rispetto alle fonti sovranazionali»: e ciò sia perché in tale àmbito, più che in altri, «emerge la necessità di tutelare i diritti dei soggetti»; sia perché nel processo, più che altrove, emerge una particolare esigenza di certezza «al fine di tenere sotto controllo l'andamento dell'orientamento interpretativo sui singoli istituti penalistici, stante la delicata rilevanza sociale degli stessi». Sul tema dell'interpretazione conforme cfr., *ex multis*, anche V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen.*, 1/2010, 29 ss.; F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali*, in P. CORSO, E. ZANETTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani. 2, Diritto processuale penale e profili internazionali: diritto straniero e diritto comparato*, Piacenza, 2010, 617 ss.; A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni, nella prospettiva di un'Europa unita*, in *Dir. Un. Eur*., 2010, 869 ss.; T. EPIDENDIO, *Riflessioni teorico-pratiche sull'interpretazione conforme*, in *Dir. pen. cont.*, 3-4/2012, 26 ss.; AA. VV., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, (a cura di) A. BERNARDI, Napoli, 2015; Più di recente, A. BERNARDI, *Sull'interpretazione conforme al diritto UE con effetti penali* in malam partem, in *www.sistemapenale.it*, 3 febbraio 2023.

strumenti internazionali in senso lato – compresa la categoria della *soft law* – non hanno la capacità di imporre obblighi di criminalizzazione in capo allo Stato membro, né tantomeno di determinare le sanzioni applicabili a carico di colui che sia stato riconosciuto come responsabile della commissione di un illecito penale. Pertanto, l'incidenza delle suddette fonti sull'attività di commisurazione della pena si esplica proprio attraverso l'obbligo di interpretazione conforme, che si estende senza dubbio altresì all'ambito della discrezionalità giudiziale. Tale obbligo impone al giudice di esercitare *anche* il proprio potere discrezionale conformemente ai principi e alle indicazioni provenienti dagli ordinamenti sovranazionali[353].

Premesso questo, anche all'interno dell'attuale scenario caratterizzato dalla compresenza di fonti normative appartenenti a diversi livelli – nazionale, sovranazionale, internazionale – rimane comunque saldo l'ancoraggio a un modello di "discrezionalità vincolata" che assegna alla legge il compito di delimitare il perimetro della potestà sanzionatoria. Tuttavia, siffatta impostazione – ineccepibile dal punto di vista assiologico – comincia a vacillare non appena si volga lo sguardo alla disciplina legislativa attualmente preposta a regolare il potere discrezionale di commisurazione del giudice. Le riforme che hanno interessato il sistema sanzionatorio a partire dagli anni Settanta hanno progressivamente dilatato l'area di intervento discrezionale rimessa al giudice, senza al contempo introdurre dei vincoli sostanziali in grado di disciplinare più puntualmente il suo potere, aprendo di fatto le porte ad una «politica giudiziaria» della pena, troppo spesso distratta e sbrigativa in punto di determinazione e motivazione delle conseguenze sanzionatorie[354]. Allo stato, la discrezionalità in ambito sanzionatorio di cui il giudice

[353] F. VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria e principi costituzionali*, cit., 4-5. L'autore, in chiave pragmatica, riporta anche un significativo esempio emerso di recente nella giurisprudenza costituzionale in tema di diffamazione realizzata dal giornalista. In Corte cost., 12 luglio 2021, n. 150, in *www.cortecostituzionale.it*, si legge che: «[i]l potere discrezionale che [l'art. 595, terzo comma, c.p.] attribuisce al giudice nella scelta tra reclusione (da sei mesi a tre anni) e multa (non inferiore a 516 euro) deve certo essere esercitato tenendo conto dei criteri di commisurazione della pena indicati nell'art. 133 cod. pen., ma anche – e ancor prima – delle indicazioni derivanti dalla Costituzione e dalla CEDU secondo le coordinate interpretative fornite da questa Corte e dalla Corte EDU; e ciò anche al fine di evitare la pronuncia di condanne penali, che potrebbero successivamente dar luogo a una responsabilità internazionale dello Stato italiano per violazioni della Convenzione […]. Ne consegue che il giudice penale dovrà optare per l'ipotesi della reclusione soltanto nei casi di eccezionale gravità del fatto, dal punto di vista oggettivo e soggettivo, rispetto ai quali la pena detentiva risulti proporzionata, secondo i principi poc'anzi declinati; mentre dovrà limitarsi all'applicazione della multa, opportunamente graduata secondo la concreta gravità del fatto, in tutte le altre ipotesi».

[354] Sullo sviamento della funzione "costitutiva" della discrezionalità degli ultimi decenni cfr., per tutti, F. BRICOLA, *Commento all'art. 25 co. 2 Cost*., in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1981, 268 ss.

dispone si estende ben oltre la fisiologica determinazione della pena base tra minimo e massimo edittale, arrivando a comprendere valutazioni fortemente discrezionali rispetto all'*an* della punibilità – attraverso le cause di non punibilità o di estinzione del reato – al giudizio di bilanciamento delle circostanze del reato, al potere di aumentare "fino al triplo" la pena base nel caso di concorso formale o reato continuato, all'applicazione di misure sospensivo-probatorie o alternative sanzionatorie sia in sede di cognizione (sospensione del processo con messa alla prova, sospensione condizionale della pena, pene sostitutive) sia *in executivis* (misure alternative alla detenzione)[355]. Tanto che la più accreditata dottrina non esita a definire le «terre della discrezionalità» come «terre dell'arbitrio», ove risulta particolarmente «difficile muoversi con rigore e secondo itinerari argomentativi e valutativi suscettibili di essere chiaramente esplicitati e controllati»[356].

In definitiva, sembra che, in questo specifico contesto, il principio di legalità, pur senza abdicare al suo ruolo di presidio garantistico, finisca per assumere una portata attenuata, trasformandosi da vincolo sostanziale a perimetro esterno di legittimità del giudizio sanzionatorio[357]. In altre parole, la legalità in questa accezione debole si preoccupa unicamente che il risultato finale della scelta discrezionale del giudice si mantenga entro determinati confini di legalità, disinteressandosi però della discrezionalità come attività, come processo deliberativo logico-razionale[358]. Non si vuole negare che la

[355] Si rinvia al Cap. 3 per l'analisi dettagliata dei momenti commisurativi menzionati.

[356] F. PALAZZO, *Commisurazione della pena e discrezionalità giudiziale*, cit., 1349.

[357] F. VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria e principi costituzionali*, cit., 4, parla di legalità della pena come «cornice esterna entro la quale può legittimamente dispiegarsi la discrezionalità del giudice».

[358] Con riferimento al trattamento sanzionatorio, le Sezioni Unite hanno impiegato il principio di legalità della pena per tracciare il confine tra "pena illegale" e "pena illegittima". Il principio di legalità della pena «comporta che pena legale sia soltanto quella prevista dall'ordinamento giuridico e non eccedente, per genere, specie o quantità, il limite legale; esso opera sia in fase di cognizione che di esecuzione, e vieta l'esecuzione di una pena (anche se inflitta con sentenza non più soggetta ad impugnazione ordinaria) che non trovi fondamento in una norma di legge, perché avulsa da una pretesa punitiva dello Stato» (così Cass. pen., Sez. Un., 12 gennaio 2023, n. 877, in *www.dejure.it*). Per converso, è pena illegale "*ab origine*" quella che non corrisponde, per specie, ovvero per quantità a quella astrattamente prevista per la fattispecie incriminatrice ed è pena illegale "sopravvenuta", quella che sia stata determinata dal giudice attraverso un procedimento di commisurazione basato su una norma successivamente dichiarata illegittima, con conseguente reviviscenza, o comunque con conseguente applicabilità, di una cornice edittale più favorevole (Cass. pen., Sez. Un., 6 febbraio 2024, n. 5352, in *www.dejure.it*). Alla luce di quanto illustrato, conseguentemente, sarà (meramente) illegittima e non illegale la sanzione che sia stata determinata seguendo un percorso argomentativo viziato (Cass. pen., Sez. Un., 17 luglio 2020, n. 21368, in *www.dejure.it*). La nozione di pena illegale non può estendersi «sino al punto da includere profili incidenti sul regime applicativo della sanzione, a meno che ciò non comporti la determinazione di una pena estranea all'ordinamento per specie, genere o quantità. In altri termini, la pena è illegale [...] non quando consegua ad una mera erronea applicazione dei criteri di determinazione del trattamento sanzionatorio, alla quale l'ordinamento reagisce approntando i rimedi processuali delle impugnazioni, ma solo quando non sia

legalità che presiede il momento commisurativo non sia in tutto e per tutto assimilabile alla «legalità "ordinaria", fatta di rigida predeterminazione legale di gabbie normative entro le quali comprimere più o meno meccanicamente l'attività giudiziale»[359], sia cioè quasi una «legalità di scopo», se non addirittura, di vero e proprio «risultato» che lascia al giudice ampi margini nell'individuazione degli stessi mezzi, se non, a volte, degli stessi fini[360], ma ciò non vale a giustificare persistenti vuoti legislativi o consolidate prassi giurisprudenziali stereotipate.

Sulla base di quanto è emerso, in un'ottica *de iure condendo*, un punto va certamente precisato: non è rinunciando alla discrezionalità – bensì disciplinandola più puntualmente – che si possono superare le critiche circa il suo disinvolto esercizio da parte dei giudici[361]. Invero, così come un eccesso di discrezionalità non è funzionale a garantire l'individualizzazione e l'uguaglianza di trattamento, allo stesso modo «non si comprende davvero come possa ottenere ciò la semplice riduzione di quella discrezionalità»[362]. A tale fine, un eventuale tentativo di sistematizzazione di questa complessa materia dovrebbe attingere a piene mani dai principi costituzionali già analizzati che, non solo forniscono una base legale per la discrezionalità del giudice, ma sono anche in grado di orientare questo potere.

### *4.1.2. Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale (in merito alle conseguenze sanzionatorie)*

Come anticipato in precedenza, il principio di prevedibilità della decisione giudiziale[363] costituisce indubbiamente una proiezione del principio di legalità, di cui

---

prevista dall'ordinamento giuridico ovvero sia superiore ai limiti previsti dalla legge o sia più grave per genere e specie di quella individuata dal legislatore»: la pena non prevista, nel genere, nella specie o nella quantità, dall'ordinamento, «è una pena che attesta un abuso del potere discrezionale attribuito al giudice, con usurpazione dei poteri esclusivi del legislatore» (in tal senso, ancora, Cass. Sez. Un., 12 gennaio 2023, n. 877, cit.).

[359] F. PALAZZO, *Commisurazione della pena e discrezionalità giudiziale,* cit., 1345.

[360] R. BARTOLI, *La discrezionalità giudiziale tra legge e Costituzione*, cit.

[361] In tal senso, C. IAGNEMMA, *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale*, cit., 1457.

[362] M. DONINI, *La sintassi del rapporto fatto-autore*, cit., 270.

[363] G. CARUSO, *Appunti sul mutamento giurisprudenziale sfavorevole. tra esigenze di garanzia, prevedibilità e certezza nel diritto penale*, in *www.sistemapenale.it*, 20 aprile 2021, 10 ss., distingue tra prevedibilità in senso lato e in senso stretto: la prima, intesa come «prevedibilità del diritto, della legge penale, del divieto, del precetto, *et similia*» assume «un significato oggettivo-sistematico e non già soggettivo, più affine quindi a quello di *certezza* del diritto»; la seconda, invece, «ha ad oggetto la futura decisione giudiziale di condanna». Proprio quest'ultima nozione sarebbe preferibile dovendo il principio «costituire una garanzia del singolo contro una decisione punitiva 'imprevedibile' o, meglio ancora, non 'ragionevolmente prevedibile'».

condivide la finalità garantistica[364]. La sua elaborazione concettuale deve essere fatta risalire alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo: notoriamente, infatti, i due corollari dell'art. 7 CEDU sono da tempo individuati nella conoscibilità (*accessibility*) e prevedibilità (*foreseeability*) del precetto e delle conseguenze sanzionatorie[365]. Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale penetra, pertanto, nel nostro ordinamento come precipitato del *nullum crimen* convenzionale, assumendo progressivamente uno specifico inquadramento dogmatico e sistematico[366].

In via preliminare, è necessario precisare l'esatto contenuto del principio *de quo* in ambito penale. Idealmente, il soggetto dovrebbe essere posto nella condizione di prevedere, prima di porre in essere una determinata condotta: a) se tale comportamento sarà qualificato come illecito; b) se, oltre ad essere genericamente illecito, assumerà anche rilevanza penale; c) quale sanzione penale potrebbe essergli inflitta nell'eventualità in cui venga sottoposto a processo[367]. Normalmente, quando si parla di prevedibilità della

---

[364] F. CONSULICH, *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in *Dir. pen. cont*., 1/2020, 72, sostiene che la prevedibilità non debba essere opposta alla legalità, ma debba essere intesa «quale sua componente o forse, meglio, come sua conseguenza».

[365] Il *leading case* in materia è Corte EDU, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, ric. n. 6538/74, in *www.hudoc.echr.coe.int*, in cui sono stati delineati i criteri generali attraverso cui valutare l'accessibilità e la prevedibilità della base legale. *Ex multis*, cfr. anche Corte EDU, 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, ric. n. 14307/88; Corte EDU, 11 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, ric. n. 17862/91; Corte EDU, 22 giugno 2000, *Coëme e altri c. Belgio*, ric. nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96, 33210/96; Corte EDU, 7 febbraio 2002, *E.K. c. Turchia*, ric. n. 28496/95; Corte EDU, Quarta sezione, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, ric. n. 66655/13, tutte in *www.hudoc.echr.coe.int*. In dottrina, cfr. V. MANES, *art. 7*, in F. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 279 ss.; V. ZAGRABELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il principio di legalità nella materia penale* in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 69 ss.; A. GUIDI, *Art. 7 CEDU e interpretazione ragionevole nella giurisprudenza di Strasburgo,* in *Cass. pen.*, 12/2013, 4720 ss.; C. SOTIS, "*Ragionevoli prevedibilità" e giurisprudenza della Corte edu*, in *Quest. giust*., 4/2018, 68 ss.

[366] Per una vasta rassegna bibliografica dei contributi in argomento si rimanda a G. CARUSO, voce *Prevedibilità e legalità (nel diritto penale)*, in *Dig. disc. pen*., IX agg., 2021, Torino, 534 ss. Solo per citarne alcuni *ex multis*, cfr. F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 213 ss.; S. DE BLASIS, *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in *Dir. pen. cont*., 4/2017, 128 ss.; E. ADDANTE, *Il principio di prevedibilità al tempo della precarietà*, in *Arch. pen*., 2/2019, 1 ss.; G. CARUSO, *Appunti sul mutamento giurisprudenziale sfavorevole*, cit.; F. CONSULICH, *Così è (se vi pare)*, cit., 46 ss.; F. PALAZZO, *Considerazioni minime sulla prevedibilità della decisione giudiziale (tra miti, illusioni, pragmatismi)*, *Cass. pen*., 3/2022, 941 ss.; A. SANTANGELO, *Precedente e prevedibilità,* cit., 95 ss.; G. DE AMICIS, *Principi di diritto, massime e prevedibilità delle decisioni: la corte di cassazione tra stabilità e mutamento*, in *www.sistemapenale.it*, 16 ottobre 2024.

[367] Così, F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 214. L'autore propone una riformulazione del principio, secondo un'accezione molto ampia, come «prevedibilità delle decisioni delle agenzie di *law enforcement* rispetto all'applicazione della legge penale, coprendosi con questo concetto l'intero spettro di eventi che vanno *dal primo atto d'indagine* (o dall'eventuale *applicazione di misure precautelari* ad opera della polizia) *sino all'effettiva esecuzione della pena* inflitta dal giudice

decisione giudiziale l'attenzione si focalizza principalmente sui primi due corollari che riguardano l'*an* della punibilità, mentre resta sullo sfondo il profilo che concerne le conseguenze sanzionatorie[368]. Siccome è proprio quest'ultimo l'aspetto che più rileva in questa sede, nell'esposizione dedicheremo solo alcuni cenni alle questioni – pur importantissime – che gravitano attorno alla prevedibilità del precetto della norma penale, per concentrarci, invece, massimamente sulla prevedibilità degli effetti sanzionatori. Per capire *se* e *fino a che punto* tale principio possa costituire un limite al potere discrezionale del giudice, sarà utile, innanzitutto approfondire il suo fondamento costituzionale e convenzionale.

Le norme sovraordinate che vengono in rilievo quando si tratta in generale della prevedibilità della decisione giudiziale, comprensiva pertanto di tutti e tre i corollari sopra indicati, sono l'art. 25 co. 2 e 27 co. 1 e 3 Cost., l'art. 7 CEDU e l'art. 3 Cost.

Le prime due disposizioni citate, nella ricostruzione della dottrina e della giurisprudenza costituzionale, sembrano assolvere una funzione di garanzia, in misura maggiore, con riferimento alla prevedibilità della decisione giudiziale rispetto all'*an* della punibilità e, solo di riflesso, rispetto al tipo e alla quantità di pena inflitta[369]. Il principio di legalità – soprattutto attraverso i corollari della tassatività, del divieto di analogia e dell'irretroattività[370] – e il principio di colpevolezza così come enucleato nella sentenza n. 364/1988, rispondono essenzialmente alla medesima *ratio* di tutela delle libere scelte d'azione del soggetto, che sarebbe frustrata qualora la persona non fosse posta nella condizione di sapere *ex ante* se la condotta che ha intenzione di tenere avrà rilevanza penale e costituirà dunque il presupposto per l'inflizione di una sanzione nei suoi confronti[371]; di conseguenza, in presenza di una ignoranza inevitabile sul contenuto della legge penale, nessun rimprovero personale potrà essere mosso e quindi il soggetto non

della cognizione. Un arco temporale, dunque, che inizia molto prima del processo, e che può concludersi anche molti anni dopo».

[368] Degno di nota il lavoro monografico di A. NAPPI, *La prevedibilità nel diritto penale. Contributo ad un'indagine sistemica*, Napoli, 2020, 533 ss., che dedica al tema l'intera parte VII del volume.

[369] Cfr., ancora, il prezioso contributo di F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 217 ss. e 221 ss.

[370] Come osserva F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 218-219, se nel pensiero illuministico classico la garanzia della prevedibilità della decisione giudiziale era delegata essenzialmente alla riserva di legge, nella prospettiva contemporanea la fiducia che la particolare qualità della fonte – *lex parlamentaria* – sia sufficiente a garantire la prevedibilità è venuta meno e tale esigenza è piuttosto affidata agli altri corollari del principio di legalità.

[371] Cfr., *ex multis*, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit. 97; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., 126-127.

potrà andare incontro ad alcuna conseguenza punitiva[372]. La prevedibilità della sanzione, in quest'ottica, appare indissolubilmente legata alla prevedibilità del precetto, semplicemente in quanto la pena consegue alla violazione del comando penale e dunque la conoscenza di quest'ultimo implicherebbe automaticamente anche la conoscenza della sanzione ad esso associata al momento della commissione del fatto, escludendo la possibilità di modifiche sanzionatorie retroattive in senso sfavorevole.

Intendere la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie *sic et simpliciter*, però, appare riduttivo. La questione è molto più complessa. La calcolabilità della decisione giudiziale in merito alle conseguenze sanzionatorie presuppone, infatti, la possibilità «di prevedere (i) in quale fattispecie astratta di reato sarà sussunta la propria condotta concreta, (ii) quali circostanze aggravanti o attenuanti saranno ritenute applicabili, (iii) quale sia conseguentemente il quadro edittale entro il quale dovrà muoversi la discrezionalità giudiziale nella commisurazione della pena, (iv) come verrà concretamente esercitata questa discrezionalità al momento dell'inflizione della pena, e infine (v) quali saranno le condizioni alle quali il condannato potrà eventualmente accedere a meccanismi di sospensione del processo o della pena, nonché a sanzioni o misure alternative applicate dallo stesso giudice di cognizione ovvero dai giudici preposti all'esecuzione della pena»[373]. Ecco che, sotto tale angolo visuale, certamente più illuminanti appaiono l'art. 7 CEDU e l'art. 3 Cost., quali imprescindibili parametri integrativi della tutela già offerta dagli art. 25 co. 2 e 27 co. 1 e 3 Cost.

In base all'art. 7 CEDU, la giurisprudenza alsaziana ha riconosciuto, senza grosse difficoltà, che la prevedibilità non deve investire solo il carattere illecito della condotta e la sua rilevanza penale, ma altresì il *tipo* di pena, il *quantum* (a grandi linee), e la sua *concreta esecuzione*, con particolare riferimento alla possibilità di accedere a benefici

[372] Questo, fondamentalmente, l'insegnamento contenuto in Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, cit.
[373] F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 214.

penitenziari *lato sensu* intesi. Da questo punto di vista, estremamente significative sono le pronunce *Scoppola n. 2 c. Italia*[374], *Kafkaris c. Cipro*[375] e *Del Rio Prada c. Spagna*[376].

Nel primo caso, il ricorrente, dopo aver optato per il giudizio abbreviato che gli avrebbe permesso di evitare la pena dell'ergastolo scontando invece trent'anni di reclusione, si era visto *ex post* precludere tale possibilità a causa di una norma di interpretazione autentica entrata in vigore durante lo svolgimento del processo. In questa occasione, la Corte europea ha ricondotto l'art. 442 co. 2 c.p.p., che disciplina gli sconti di pena in caso di scelta del rito abbreviato, alla sfera di operatività dell'art. 7 CEDU, riconoscendo, nel caso concreto, la violazione del principio di irretroattività della legge penale e tutelando l'affidamento maturato dall'imputato nelle more del processo. La pronuncia, in tal modo, ha garantito che all'imputato non potesse essere inflitta una pena diversa – e più grave – rispetto a quella ragionevolmente prevedibile al momento della sua scelta processuale.

In *Kafkaris c. Cipro*, la violazione dell'art. 7 CEDU viene riconosciuta poiché la pena irrogabile, inizialmente suscettibile di divenire temporanea in forza della possibilità di accedere alla liberazione condizionale dopo vent'anni di detenzione – secondo la normativa vigente al momento del fatto – era stata trasformata in una sanzione *de facto* perpetua, salvo provvedimenti di natura clemenziale. Anche in questo secondo caso si assiste ad un imprevedibile mutamento *in peius* del trattamento sanzionatorio.

Infine, in *Del Río Prada c. Spagna*, la tutela di cui all'art. 7 CEDU viene estesa anche alle norme sull'esecuzione nella misura in cui le stesse comportino una ridefinizione o una modifica del trattamento sanzionatorio. Nel caso di specie la Corte EDU ha ravvisato una violazione dell'art. 7 CEDU sotto il profilo del legittimo

---

[374] Corte EDU, Grande Camera, 17 Settembre 2009, *Scoppola n. 2 c. Italia*, ric. n. 10249/03, in *www.hudoc.echr.coe.int*. Per un commento, cfr. M. GAMBARDELLA, *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 Cedu garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. pen*., 5/2010, 2020 ss; C. PECORELLA, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1/2010, 397 ss.

[375] Corte EDU, Grande Camera, 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*, ric. n. 21906/04, in *www.hudoc.echr.coe.int*.

[376] Corte EDU, Grande Camera, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna, ric. n. 42750/09*, in *www.hudoc.echr.coe.int*. Per un commento v. F. MAZZACUVA, *La grande Camera della Corte Edu su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali* sfavorevoli, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 30 ottobre 2013; E. MACULAN, *Il volto garantista di un principio di legalità flessibile. Considerazioni sulla sentenza "Del Río Prada c. Spagna" della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. XXI sec*., 2013, 98 ss.; E. PROFITI, *La sentenza Del Río Pra da e il principio di legalità convenzionale: la rilevanza del l'overruling giurisprudenziale sfavorevole in materia di benefici penitenziari*, in *Cass. pen*., 2/2014, 684 ss.

affidamento del detenuto, compromesso da un sopravvenuto mutamento interpretativo giurisprudenziale *in malam partem*, in forza del quale la ricorrente avrebbe beneficiato di uno sconto di pena sensibilmente inferiore rispetto a quanto previsto secondo l'interpretazione anteriormente consolidata.

In definitiva, «la *prevedibilità della condanna, dell'inflizione e poi dell'esecuzione concreta della pena*, sulla base dei dati normativi e della giurisprudenza pertinente, costituisce il contenuto chiave del *diritto* al *nullum crimen*, *nulla poena sine lege* riconosciuto dall'art. 7 CEDU e conseguentemente – limitatamente all'ambito di applicazione del diritto UE – dall'art. 49 CDFUE»[377]. Non è superfluo rilevare che, in base all'art. 7 CEDU, così come interpretato dalla giurisprudenza alsaziana, in perfetto accordo rispetto alla logica convenzionale, la prevedibilità è considerata un diritto umano più che un principio di sistema: il fulcro della protezione offerta dal principio di legalità convenzione risiede proprio nell'interesse dell'individuo a essere garantito contro un esercizio del potere punitivo che non risulti per lui prevedibile e calcolabile nell'*an*, nel *quomodo* e nel *quantum*[378].

Volendo però andare oltre la prospettiva – pur fondamentale – di tutela di diritti soggettivi e recuperare una visione di sistema e dunque di garanzia di interessi di rilevanza ordinamentale – prospettiva maggiormente confacente agli obiettivi del presente lavoro –, occorre saldare il principio di prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie con il principio di uguaglianza. È proprio in virtù di tale combinato disposto che la prevedibilità può espletare una funzione di contenimento del potere discrezionale del giudice. Invero, la certezza cui anela il nostro ordinamento si risolve essenzialmente nell'esigenza di calcolabilità della decisione giudiziaria: ciò significa che il giudice non potrà affidarsi al proprio intuito, né farsi guidare da componenti emozionali o ideologiche, ma dovrà fondare la sua decisione su basi obiettive, sì da consentirne una certa qual prevedibilità, poiché una decisione imprevedibile, almeno nei suoi tratti fondamentali, altro non è che una decisione arbitraria[379]. Insomma, un sistema «in cui davvero *habent sua sidera lites*, e in cui a ogni giudice corrisponde una diversa sentenza, secondo quanto affermato dall'altro buon vecchio brocardo *tot capita, tot sententiae* – costituisce l'*esatta*

[377] F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 231.
[378] *Ivi*, 226. Cfr. anche G. CARUSO, *Appunti sul mutamento giurisprudenziale sfavorevole. tra esigenze di garanzia, prevedibilità e certezza nel diritto penale*, cit., 16.
[379] T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice e certezza del diritto*, cit., 374.

*negazione del principio di eguaglianza*, consacrando il luogo comune secondo cui la decisione del caso concreto dipenderà – nella migliore delle ipotesi – dal personale senso di giustizia del giudice nel quale si avrà la ventura di imbattersi»[380]. Ed è proprio in materia di commisurazione della pena che tale rischio risulta tanto più evidente: la delega – quasi in bianco – conferita dal legislatore repubblicano al potere giudiziario di adeguare il trattamento sanzionatorio al mutato assetto istituzionale e alla mutata sensibilità *in criminalibus* «ha generato esiti di imprevedibilità delle conseguenze sanzionatorie, frutto della smisurata ed incontrollabile discrezionalità giudiziale, ma anche della proteiforme aleatorietà implicata dal complesso intrecciarsi di istituti di diritto penale sostanziale, penitenziario e processuale»[381]. Invero, nel sistema attuale diventa difficile prevedere: «a) se ci sarà un processo; b) se il processo condurrà a una sentenza eseguibile; c) quale sarà la pena decisa in sentenza, e in ogni caso se sarà eseguita (e quando), e comunque se rimarrà ferma dopo il giudicato»[382]. Da più parti si denuncia il divario che viene così a crearsi tra pena minacciata in astratto dal legislatore, pena irrogata dal giudice di cognizione e pena concretamente eseguita e le sue negative ripercussioni sul piano delle garanzie penali, prima fra tutte la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie[383].

A tale proposito va, tuttavia, precisato che, se la prevedibilità costituisce un imprescindibile presidio di garanzia rispetto a ogni conseguenza sanzionatoria *in malam partem*; *in bonam partem*, invece, non rappresenta un dogma assoluto e immutabile, bensì un principio dotato di flessibilità, da interpretarsi alla luce delle funzioni costituzionalmente assegnate alla pena[384]. Ne consegue allora che lo scollamento tra pena astrattamente minacciata, pena irrogata e pena eseguita sembra giustificato qualora trovi la sua ragion d'essere nel soddisfacimento di obiettivi di rango costituzionale che – nel caso concreto, in base ad un giudizio discrezionale e individualizzato – sono ritenuti dal

[380] Così, F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 232-233.

[381] A. NAPPI, *La prevedibilità nel diritto penale*, cit., 536-537.

[382] M. DONINI, *La riforma del codice penale fra politica e cultura giuridica*, in *Quest. giust.*, 2004, 529.

[383] Cfr., tra gli altri, G. NEPPI MODONA, *Crisi della certezza della pena e riforma del sistema sanzionatorio*, in (a cura di) G. BORRÈ, P. PALOMBARINI, *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, Milano, 1988, 51 ss.; F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2/1998, 423 ss.; V. MAIELLO, *Diritto penale e processo: la necessità di un approccio integrato*, *Crit. dir*., 3-4/1998, 286 ss.; T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma. Il problema delle comminatorie edittali*, cit., 419 ss. Più recentemente, M. PELISSERO, *Le metamorfosi della pena in fase esecutiva tra funzione rieducativa e legalità della pena*, cit., 339 ss.

[384] A. NAPPI, *La prevedibilità nel diritto penale*, cit., 580.

giudice prevalenti rispetto alle esigenze generalpreventive e di calcolabilità della decisione giudiziaria. Essenzialmente, ci sembra che le finalità potenzialmente idonee ad imporsi sulla certezza della pena, modificando o addirittura impedendo l'applicazione della sanzione, siano riconducibili al principio rieducativo e al principio di *extrema ratio* del diritto penale[385]; sicché dovrebbero trovare piena cittadinanza nel nostro ordinamento gli istituti funzionali a realizzare tali scopi, segnatamente, le sanzioni sostitutive alle pene detentive brevi in fase di cognizione e le misure alternative in fase esecutiva orientate al soddisfacimento dell'ideale rieducativo e istituti come l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto e l'estinzione del reato per condotte riparatorie, rispondenti al principio di *extrema ratio*[386].

In definitiva, se la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie, declinata come non irretroattività di pene divenute più severe qualitativamente, quantitativamente o esecutivamente per effetto di modifiche legislative o mutamenti giurisprudenziali costituisce un limite inderogabile per il giudice, la concreta capacità contenitiva della discrezionalità commisurativa del giudice da parte del principio in questione non sembra così cogente. Nella maggior parte dei casi, l'interessato sarà in grado di prevedere unicamente un ventaglio di decisioni alternative, tutte legittime e astrattamente applicabili nel caso concreto. Come si è detto, una certa qual relativizzazione del principio di prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie è consustanziale al soddisfacimento delle finalità costituzionali della pena e delle esigenze di individualizzazione del trattamento sanzionatorio, tuttavia è indubbio che, a causa della rimarchevole latitudine dei poteri discrezionali di cui il giudice oggi dispone, permane il rischio di una disparità di trattamento, sia pur all'interno di quel più ristretto novero di decisioni non imprevedibili. A mitigare parzialmente questa incertezza, in assenza di vincoli sostanziali realmente efficaci, potrebbe d'altronde venire in soccorso l'adempimento – serio e rigoroso – dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali (art. 111 co. 6 Cost.), non a caso definito in dottrina come «guardiano logico della certezza», intesa come

[385] In generale, sulla possibilità di 'infrangere' il principio della regolare corrispondenza tra precetto e sanzione in considerazione di esigenze di meritevolezza/necessarietà della pena, v. per tutti, A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit.; in particolare, sul necessario scollamento, funzionale all'istanza rieducativa, tra pena minacciata, irrogata ed eseguita cfr. F. BRICOLA, *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisprudenziali e profili ammnistrativi*, in *Ind. pen*., 1969, 269; A. MENGHINI, *Carcere e costituzione*, cit., 79 ss. e 90 ss.

[386] Si ritornerà sul tema *infra*, Cap. 3, par. 5.

prevedibilità delle decisioni giudiziarie[387]. Proprio lo strumento dell'argomentazione è in grado di eliminare l'arbitrio poiché impone a chi decide di fondare la propria scelta su motivazioni esplicite, giustificate e, non da ultimo, controllabili[388]. Leggendo la prevedibilità in connessione con l'obbligo di motivazione, possiamo concludere che la prima non implica la possibilità di conoscere in anticipo il contenuto specifico della decisione del giudice riguardo alle conseguenze sanzionatorie, bensì la garanzia che esse siano il risultato di un processo decisionale condotto entro un sistema giuridico strutturato su procedure argomentative logiche e razionalmente fondate. La prevedibilità così intesa, inoltre, si intreccia inscindibilmente con il principio di controllabilità delle decisioni, il quale consente di verificare la coerenza dell'operato giudiziale non solo rispetto ai parametri normativi, ma anche alla luce delle peculiarità del caso concreto[389].

Si impone, pertanto, un approfondito scrutinio dei principi costituzionali di matrice processuale, al fine di verificare se e in che misura essi possano assolvere la funzione di limiti all'esercizio della discrezionalità giudiziale in maniera più pregnante rispetto ai principi sostanziali fino ad ora considerati.

### *4.2. Le garanzie di matrice processuale*

Nella rassegna dei limiti cui il potere discrezionale del giudice è sottoposto nel momento sanzionatorio, il versante processuale non può in alcun modo essere considerato secondario[390]. La norma penale, infatti, prende vita nel processo, e la struttura e fisionomia di quest'ultimo dovrebbero contribuire a rendere effettivi i principi di diritto sostanziale[391].

---

[387] T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice e certezza del diritto*, cit., 374.

[388] C. PERELMAN, *Logica giuridica. Nuova retorica*, Milano, 1979, 231.

[389] C. CARIA, *Certezza del diritto e prevedibilità. Una riflessione sul tema*, in *Riv. Int. Sci. Giur. Trad. Rom*., 14/2016, 12.

[390] Come icasticamente scritto da T. PADOVANI, *Fuga dal carcere e ritorno alla sanzione. La questione delle pene sostitutive tra efficacia della sanzione ed efficienza dei meccanismi processuali*, in AA. VV. *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, 73 ss., «lo studioso della pena che, nelle sue riflessioni, dimentichi il processo penale, è come un chimico che, nel descrivere una reazione, trascuri le eventuali impurità delle sostanze che concorrono a determinarla, o come un fisico che, nel descrivere il movimento di una sfera su un piano, ometta di considerare l'attrito provocato dalle imperfezioni della superficie di scorrimento».

[391] T. PADOVANI, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 3/1989, 917, parla di «strumentalità ad un tempo reciproca e complessa» tra diritto penale e processuale: reciproca in quanto «se è vero che il processo penale è destinato all'accertamento e alla repressione dei reati è altrettanto vero che il processo penale […] prende le mosse da una "notizia di reato" (anzi: da un fatto preveduto dalla legge come reato) e su questa si dipana e si sviluppa» di modo che «nella loro dinamica, è il diritto penale a presentarsi come "strumento" del processo penale, nel cui ambito individua l'oggetto e determina le conseguenze sanzionatorie»; è complessa perché diritto penale e

Il moderno procedimento penale si fonda sul canone del *nulla poena sine iudicio*, e dunque sul riconoscimento di un diritto soggettivo ad un equo processo, sancito tanto a livello costituzionale dall'art. 111 Cost.[392], quanto a livello sovranazionale (art. 6 CEDU e art. 14 Patto internazionale sui diritti civili e politici)[393]. In questa prospettiva il processo – inteso come *iudicium* – costituisce *condicio sine qua non* per l'irrogazione della pena e, anzi, ancor meglio, il "giusto processo" rappresenta la premessa necessaria per una "pena giusta"[394].

Per quanto concerne il tema della pena e, più specificamente, della sua commisurazione giudiziale, in un'ottica processuale, va subito segnalato che la riforma del 1988 non ha innovato in maniera significativa l'impostazione precedente[395]: il processo è tutt'ora concepito e disciplinato in via principale come *luogo di accertamento della responsabilità penale* e solo secondariamente come *luogo di determinazione delle conseguenze sanzionatorie*[396]. L'accertamento dell'*an* della responsabilità penale assorbe la maggior parte del tempo, delle risorse messe a disposizione dall'ordinamento e delle energie degli attori del sistema processuale – giudice, accusa e difesa –, con la conseguenza che le operazioni valutative, pur estremamente delicate e complesse, relative al *quomodo* e al *quantum* della pena, nonché all'opportunità di non infliggerla, vengono non di rado condotte in maniera frettolosa, sommaria e opaca. Eppure, proprio la sanzione, quale possibile esito dell'*iter* processuale, incide massimamente sui diritti

processuale «concorrono a delineare i termini essenziali di un unico progetto politico-criminale […], servono in pari grado alla funzione di prevenzione generale, che è appunto del sistema, nel suo complesso […]». In tema cfr. anche M. CHIAVARIO, voce *Diritto processuale penale*, in *Enc. dir*., Annali IX, Milano, 2016, 259, il quale evidenzia la «simbiosi» tra diritto penale sostanziale e diritto processuale penale.

[392] Si rimanda, per tutti, a P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2012.

[393] In tema, M. GIALUZ, *L'apertura al sistema costituzionale muta gli equilibri e i connotati del giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, *Speciale CEDU e ordinamento italiano*, 12/2014, 8 ss.; B. M. GRANA, sub *art. 6*, in A. ALLEGRIA, D. DI LEO, F. FEDERICI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2019.

[394] Cfr. A. PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, Milano, 2008.

[395] Cfr. L. D'AMBROSIO, P. L. VIGNA (a cura di), *Il nuovo codice di procedura penale illustrato: con i lavori preparatori*, Roma, 1989; G. LATTANZI, E. LUPO, G. AMATO, *Il nuovo codice di procedura penale: annotato con le relazioni e con i lavori preparatori*, Milano, 1991.

[396] Il codice di procedura penale dedica alle vicende sanzionatorie solo poche e disorganiche disposizioni, quasi a voler relegare la decisione sulla pena esclusivamente nell'ambito sostanziale. I principali riferimenti alla pena compaiono nell'art. 187 (dove tra i fatti oggetto di prova sono annoverati anche quelli che si riferiscono alla determinazione della pena), nell'art. 194 co. 1 (dichiarazioni sulla moralità dell'imputato per qualificare la personalità e la pericolosità sociale), nell'art. 236 (prova documentale sulla personalità dell'imputato), nell'art. 220 (divieto di perizia criminologica), nell'art. 527 co. 3, (regole peculiari che interessano la deliberazione collegiale e la formazione della maggioranza sulla determinazione della pena, sancendo il principio del *favor rei*) e, infine, nell'art. 533 co. 1 (condanna dell'imputato e applicazione della pena).

individuali dell'interessato, attesa la sua idoneità a conculcare il bene giuridico fondamentale della libertà personale, sicché la decisione sulla stessa esige il rispetto e l'attuazione di garanzie processuali almeno equivalenti a quelle che governano la decisione in merito alla colpevolezza. Nonostante cristalline enunciazioni di principio a livello costituzionale, l'ordinamento italiano appare ancora oggi scarsamente attrezzato, proprio sul piano processuale, per garantire una commisurazione razionale e, in ultima analisi, una pena equa. Le garanzie di matrice processuale che dovrebbero essere più valorizzate per raggiungere questo obiettivo sono spesso disattese o svuotate di efficacia, il che lascia spazio a margini di indeterminatezza e opacità decisionale che compromettono la coerenza e l'uguaglianza del trattamento sanzionatorio. Senza voler anticipare conclusioni affrettate, sembra dunque che anche sul versante dei vincoli di natura processuale all'esercizio del potere discrezionale del giudice si registri una vistosa divergenza tra *law in books* e *law in action*.

In particolare, l'analisi si soffermerà sul diritto alla difesa e il principio del contraddittorio, sull'obbligo di motivazione e sul controllo di legittimità esercitato dalla Suprema Corte di Cassazione. Ciascuna di queste garanzie è idonea a svolgere una funzione di contenimento e indirizzo della discrezionalità giudiziale nella fase di commisurazione della pena e a garantire – in modo diverso ma complementare – che la decisione sanzionatoria non sia frutto di un potere arbitrario, ma il risultato di un percorso decisionale partecipato, trasparente e giuridicamente verificabile.

### *4.2.1. Il diritto di difesa e il principio del contraddittorio nel giudizio*

Emblema del nuovo rito accusatorio, il diritto alla prova nel processo penale rappresenta un corollario essenziale del diritto inviolabile di difesa sancito dall'art. 24 co. 2 Cost.[397], che tuttavia ha ricevuto riconoscimento espresso solo con la riforma costituzionale del 1999 che ha interessato l'art. 111 Cost., e che ha inteso adeguare formalmente il testo costituzionale ai principi del giusto processo già implicitamente presenti nell'impianto originario della Carta e chiaramente affermati a livello sovranazionale, in strumenti internazionali ratificati dall'Italia, quali la Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 (artt. 8, 10 e 11), la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 6), il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 (art. 14),

[397] Per un commento si veda L. P. COMOGLIO, *Commento all'art. 24 co. 1 e 2 Cost*., in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1981, spec. 82 ss.

nonché, più recentemente, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea agli artt. 47 e 48[398].

Sotto il profilo oggettivo, non vi è dubbio che il diritto alla prova si estenda a tutti i *facta probanda* riconosciuti come tali dal Codice di rito. Come previsto dall'art. 187 c.p.p., pertanto, sono oggetto di prova tutte le circostanze rilevanti ai fini dell'imputazione, della punibilità dell'imputato, nonché della determinazione della pena o dell'eventuale misura di sicurezza[399]. Nel processo penale di matrice accusatoria, la formazione della prova avviene nel rispetto del principio del contraddittorio, secondo cui gli elementi probatori devono essere acquisiti dinnanzi al giudice chiamato a pronunciarsi sulla responsabilità dell'imputato, con la piena partecipazione delle parti al procedimento di assunzione[400].

Sebbene, sul piano teorico-normativo, il procedimento probatorio relativo ai fatti rilevanti per la determinazione della pena sia soggetto alle regole ordinarie, nella prassi giudiziaria esso assume tratti peculiari che lo distinguono rispetto alla generalità del *thema probandum*. Per le ragioni di cui si dirà a breve, le valutazioni in punto di dosimetria sanzionatoria sono relegate in secondo piano dalle parti, spesso affrontate solo attraverso sintetiche osservazioni conclusive, quando non del tutto omesse, così annullando completamente il potenziale effetto di orientamento dell'esercizio del potere discrezionale del giudice sulla pena e, quindi, indirettamente, di limite della discrezionalità del giudice che viene indirizzata da apporti conoscitivi, per così dire, "esterni" rispetto al giudice. Con il risultato che il giudice si trova di fatto a determinare la pena nella solitudine della camera di consiglio, in assenza di un apprezzabile contributo delle parti[401]. Non sorprende, pertanto, che il giudizio sulla pena sia stato definito come il «prodotto emotivo di un procedimento decisionale acognitivo e privo di contenuti»[402]. In concreto, infatti, gli elementi sui quali il giudice fonda il proprio convincimento ai fini

[398] Sulla riforma del "giusto processo" si rimanda nuovamente a P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit.

[399] Per un commento cfr. F. M. GRIFANTINI, sub *art. 187 c.p.p.*, in G. ILLUMINATI, L. GIULIANI (a cura di), *Commentario breve al Codice di procedura penale*, Vicenza, 2020, 187 ss.

[400] Sull'argomento cfr., *ex multis*, G. ILLUMINATI, *Modello processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario*, *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, 2/2018, 542. E.M. MANCUSO, *Il regime probatorio dibattimentale*, in *Trattato di Procedura Penale*, diretto da G. UBERTIS, G. P. VOENA, XXXIII.1, Milano, 2017; A. DE FRANCESCO, *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova*, Milano, 2005.

[401] A. MARTINI, sub *art. 132 c.p.*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, Tomo I, VII ed., Milano, 2019, 949, osserva che «[i]l *quomodo* ed il *quantum* della pena giusta per il caso concreto sono […] espressi come frutti di una valutazione custodita gelosamente dal giudice nel proprio intimo […]».

[402] A. PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., 313.

della quantificazione della pena non derivano, nella maggior parte dei casi, da mezzi di prova introdotti specificamente in giudizio su iniziativa delle parti (testimonianze, documenti o consulenze tecniche), bensì emergono incidentalmente nel corso del dibattimento, in quanto connessi all'accertamento del fatto di reato e della responsabilità dell'imputato[403]. Di conseguenza, nonostante quanto previsto dall'art. 187 c.p.p., il ruolo attivo delle parti nella formazione della prova rilevante ai fini sanzionatori risulta fortemente ridimensionato, se non addirittura marginale[404]. Tale situazione è dovuta, se non in via esclusiva, quantomeno in larga misura, alla struttura monofasica del processo penale, la quale rende particolarmente complesso – e, sotto il profilo strategico-difensivo, spesso poco conveniente – sollecitare un'attività istruttoria specificamente volta a fornire al giudice gli elementi necessari per la commisurazione della pena[405]. L'imputato che volesse effettivamente esercitare il proprio diritto alla prova in relazione ai "fatti che si riferiscono alla determinazione della pena" (art. 187 c.p.p.), si troverebbe nella posizione, delicata e potenzialmente controproducente, di concorrere all'accertamento di circostanze oggettive o soggettive (come quelle indicate all'art. 133 c.p.) che, nel migliore dei casi, servono a delineare con maggiore precisione i contorni della fattispecie oggetto di imputazione (si pensi, ad esempio, agli elementi strutturali del reato, quali condotta, evento o modalità dell'azione), e, nel peggiore, rischiano di fornire essi stessi prova a sostegno dell'accusa, contribuendo indirettamente alla dimostrazione della responsabilità. Si pensi, ad esempio, al caso in cui un testimone, noto esclusivamente all'imputato, sia in grado di riferire elementi rilevanti in merito alle modalità di commissione del fatto, al ruolo effettivamente svolto dall'imputato nell'azione criminosa, ovvero alle motivazioni soggettive che lo hanno indotto a delinquere. In simili circostanze, è agevole comprendere come l'imputato possa avere un interesse concreto a non anticipare la conoscenza di tali informazioni – pur potenzialmente decisive ai fini della valutazione della gravità del fatto e, dunque, della determinazione della pena – se non in un momento successivo all'eventuale accertamento, da parte del giudice, della sua responsabilità penale sulla base di elementi diversi e autonomi. In altri termini, la logica difensiva induce spesso a una compressione, se non a una rinuncia, dell'esercizio del

[403] F. CAPRIOLI, *Processo penale e commisurazione della pena*, in M. PAVARINI (a cura di), *Silète poenologi in munere alieno. Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Bologna, 2006, 137.
[404] A. PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., 95-96.
[405] F. VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria e principi costituzionali*, cit., 22.

diritto alla prova in materia sanzionatoria, proprio per evitare che la produzione di tali elementi possa indirettamente rafforzare l'impianto accusatorio[406].

D'altronde, i temi di prova riferibili alla "determinazione della pena" che l'imputato dovrebbe indicare con il deposito della lista testimoniale *ex* art. 468 c.p.p. e attraverso le richieste di prova di cui all'art. 493 c.p.p. presuppongono logicamente l'esistenza del reato contestato, ponendo l'imputato di fronte alla drammatica alternativa tra esercitare il diritto alla prova per influenzare favorevolmente il giudizio sanzionatorio e rinunciare a introdurre elementi che, pur potenzialmente attenuanti, potrebbero compromettere la linea difensiva sul piano della responsabilità. Si coglie, da questo punto di vista, la frizione con i principi del giusto processo e, in particolare, con la presunzione di innocenza e il correlato principio del *nemo tenetur se ipsum accusare* e, ovviamente, con il diritto alla difesa e il suo corollario del principio del contraddittorio[407].

Con riguardo al profilo della commisurazione della pena, il rito ordinario – che, in astratto, dovrebbe offrire le massime garanzie difensive – si rivela paradossalmente penalizzante proprio sotto il profilo della tutela sanzionatoria. L'imputato, infatti, tenderà a non attivare strumenti probatori finalizzati a mitigare la pena, qualora ciò implichi un pregiudizio per la difesa in ordine alla sua responsabilità[408]. Tale distorsione evidenzia un limite strutturale del modello processuale vigente, la cui natura unitaria ostacola una reale attuazione del principio del contraddittorio in relazione alla commisurazione della pena[409]. Solo un processo articolato in fasi distinte – con una separazione tra l'accertamento del fatto e la commisurazione della sanzione – consentirebbe una gestione pienamente coerente del diritto alla prova, permettendo alla difesa di introdurre elementi attenuanti nella fase successiva all'accertamento della responsabilità, senza pregiudicare la strategia difensiva iniziale eventualmente diretta a sostenere l'innocenza dell'imputato[410]. In proposito, è solo il caso di accennare – poiché torneremo sul tema in maniera approfondita nel prosieguo di questo lavoro – alla c.d. udienza di *sentencing* di

---

[406] M. PERALDO GIANOLINO, *Determinazione della pena e garanzie nel processo penale di cognizione*, in *https://tesidottorato.depositolegale.it/handle/20.500.14242/63668?mode=complete*, 2022, 132.

[407] *Ivi*, 133.

[408] Al contrario, nel contesto dei procedimenti alternativi, e in particolare dell'applicazione della pena su richiesta *ex* art. 444 c.p.p. e ss., ove si verifica un affievolimento delle garanzie ordinariamente riconosciute all'imputato, le questioni concernenti la dosimetria sanzionatoria costituiscono il punto focale dell'accordo siglato da accusa e difesa da sottoporre all'approvazione del giudice.

[409] L. TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., 295.

[410] G. MANNOZZI, *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione della pena. Il* Just Desert Model *e la riforma del* Sentencing *nordamericano*, Padova, 1996, 81, nota 17.

cui all'art. 545-*bis* c.p.p. introdotta di recente dalla Riforma Cartabia in materia di applicazione delle pene sostitutive[411]. Per la prima volta nel nostro ordinamento, viene a crearsi un momento processuale *ad hoc*, finalizzato a decidere la pena da irrogare nel caso concreto, tenuto conto delle informazioni presentate dall'UEPE, dalla polizia giudiziaria e dalle parti. Rinviando ogni considerazione definitiva al capitolo conclusivo, è lecito domandarsi se l'impostazione bifasica ad oggi vigente esclusivamente per le pene sostitutive (comunque soltanto eventuale[412]) possa riaprire il dibattito circa l'opportunità di adottare tale modello in via generale. Una simile innovazione consentirebbe di attribuire finalmente autonomia e dignità sistematica alla fase – di fondamentale rilievo – della commisurazione della pena, distinguendola nettamente da quella, logicamente e giuridicamente anteriore, dell'accertamento della responsabilità penale. Una distinzione che, del resto, rappresenta da tempo un tratto caratteristico degli ordinamenti di *common law*[413].

### *4.2.2. L'obbligo di motivazione*

L'obbligo di motivare i provvedimenti giurisdizionali trova espressa consacrazione a livello costituzionale nell'art. 111 co. 6, per cui «tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati»[414]. Siffatto onere posto in capo al giudice assolve sia a funzioni endoprocessuali che extraprocessuali[415]. Quanto alle prime, si allude essenzialmente alle esigenze di controllo del provvedimento ad opera delle parti e del

[411] V., *infra*, Cap. 3, par. 4.2.3.2.

[412] Il d.lgs. 31/2024 (cosiddetto "correttivo Cartabia"), infatti, è intervenuto modificando il primo comma dell'art. 545-*bis* c.p.p., ridimensionando sensibilmente l'impianto bifasico originariamente delineato. La nuova formulazione stabilisce, infatti, come "regola generale" l'immediata sostituzione della pena, laddove ne ricorrano i presupposti, relegando così l'udienza di *sentencing* a momento meramente eventuale, attivabile solo nel caso in cui non sia possibile decidere immediatamente.

[413] V., *infra*, Cap. 4, par. 6.

[414] Sul tema, *ex multis*, v. E. AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir*. XXVII, Milano, 1977, 181 ss.; F. M. IACOVIELLO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir*. Agg. IV, 2000, 750 ss.; M. MENNA, *La motivazione del giudizio penale*, Napoli, 2000; A. PELLEGRINO, *I provvedimenti del giudice penale: obblighi di motivazione tra fattispecie tipiche e principi giurisprudenziali consolidati*, Milano, 2006; M. SCAPARONE, *La motivazione della sentenza penale*, in *Dir. pen. proc*., 4/2010, 473; S. LORUSSO, *Il diritto alla motivazione*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 8 novembre 2018.

M. MENNA, *La motivazione del giudizio penale*, cit., 15 ss., non solo rileva «il ruolo sistematico centrale» dell'obbligo di motivazione «ai fini della ricostruzione del modello processuale voluto dal Costituente», considerato l'inscindibile collegamento tra questa garanzia e i principi sanciti negli artt. 24 co. 1 e 2, 27 co. 2 e 111 co. 2 e 4 Cost., ma riconosce anche nello stesso «la cartina al tornasole del funzionamento del sistema penale in riferimento al rapporto tra diritto e processo regolato dai commi 1 e 2 dell'art. 25 Cost.».

[415] E. AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale* cit., 185 ss.

giudice competente per l'impugnazione. Con riferimento alle seconde, invece, la motivazione costituirebbe uno strumento di controllo democratico sull'esercizio dell'amministrazione della giustizia, per mezzo del quale «i soggetti investiti del potere giurisdizionale […] rendono conto del proprio operato alla fonte da cui deriva la loro investitura», ossia il popolo[416]. Senza contare poi, che sul piano strettamente processuale, ai sensi dell'art. 546 c.p.p., la motivazione della sentenza rappresenta un requisito formale di validità del provvedimento, la cui assenza o insufficienza determina un vizio che può condurre alla sua riforma o annullamento in sede di impugnazione[417].

Secondo la formula più comunemente utilizzata, la motivazione può essere definita come «l'*iter* logico-giuridico attraverso il quale il giudice è pervenuto alla decisione»[418] o, ancora, la «spiegazione argomentata della corretta applicazione, nel caso concreto, dei criteri di legge»[419]. In altre parole, si richiede all'organo giurisdizionale di esplicitare gli elementi giustificativi alla base della sua decisione, c.d. *ratio decidendi*. In netta contrapposizione rispetto al modello dell'*intime conviction* in cui le argomentazioni restano confinate nella sfera soggettiva del giudice, il nostro ordinamento fa del principio di razionalità l'architrave della decisione giudiziaria: «[l]a razionalità della sentenza è […] la manifestazione di un principio di conoscenza, che impone a chi giudica di

[416] *Ivi*, 188. L'autore sostiene convintamente la funzione extraprocessuale della motivazione sia a partire da una lettura politico-istituzionale delle disposizioni costituzionali – «[s]e la sovranità spetta interamente per titolarità ed esercizio al popolo, come chiaramente sancisce l'art. 1 Cost., l'attuarsi della *iurisdictio* non può essere manifestazione di uno Stato-persona cui la società civile si mantiene estranea, ma diventa espressione di un potere che lo stesso popolo sovrano ha delegato per il suo esercizio al magistrato il quale amministra la giustizia in suo nome (art. 101 comma 1 Cost.)» – sia in virtù di un'interpretazione sistematica delle stesse – «[p]oichè il dovere di motivare i provvedimenti giurisdizionali è inserito tra le norme sulla giurisdizione, e non tra i rapporti civili dove figurano altri principi processuali come il diritto di difesa (art. 24), la presunzione di non colpevolezza (art. 27) e la tutela della libertà personale (art. 13), appare chiara la sua natura di garanzia posta in funzione di un interesse che fa capo all'intera collettività e non al singolo individuo nei confronti del quale è emanato il provvedimento. Analogamente anche M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, 406, e P. CARETTI, voce *Motivazione (diritto costituzionale)*, in *Enc. giur*. XX, Roma, 1990, 2. Criticamente, invece, V. DENTI, *Commento all'art. 111 Cost.,* in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Tomo IV, Bologna, 1987, secondo cui siffatte ricostruzioni peccherebbero di eccessiva astrattezza e confonderebbero il piano politico e quello istituzionale del problema, dal momento che «[p]oliticamente è fuori di ogni possibile dubbio che in una democrazia il potere giudiziario non [possa] sottrarsi a forme di controllo da parte della pubblica opinione […]. Ciò comporta essenzialmente la pubblicità e la «trasparenza» dei processi ed il diritto di critica (che non significa censura) sull'operato dei giudici. Ma questo controllo non ha alcun rapporto di connessione diretta con l'obbligo di motivazione delle sentenze, come dimostra l'assenza di un obbligo di motivazione delle decisioni nelle democrazie anglosassoni, e addirittura la secolare vitalità di un organo giudiziario come la giuria popolare, che istituzionalmente esercita la sua funzione con verdetti non motivati».

[417] Per un commento v. F. CANANZI, sub *art. 546 c.p.p*., in G. LATTANZI, E. LUPO (diretto da), *Codice di procedura penale*, vol. IV, Milano, 2020, 882 ss.

[418] V. DENTI, *Commento all'art. 111 Cost.,* cit., 12.

[419] F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale*, cit., 740.

procedere per argomenti e di scegliere la soluzione sorretta da quelli migliori»[420]. Il giudice ha dunque un potere-dovere di decidere che incontra però un limite fondamentale nell'obbligo di motivare, *rectius* nell'obbligo di motivare razionalmente (v. art. 527 co. 2 c.p.p.: «[t]utti i giudici enunciano *le ragioni* della loro opinione»)[421].

Tuttavia, non è mancato in dottrina chi ha manifestato un certo scetticismo rispetto alla effettiva realizzazione della funzione garantistica assolta dall'onere motivazionale, rilevando il rischio – non poi così remoto – che la decisione sia in realtà presa sulla base di un'intuizione aprioristica che viene poi semplicemente giustificata *ex post*[422]; pericolo che si fa ancora più concreto – a causa del ridotto, se non inesistente contraddittorio – in tema di statuizioni sul trattamento sanzionatorio. Una simile obiezione – per quanto non priva di un certo grado di fondatezza – non sembra però intaccare la *ratio* di tutela sottesa all'obbligo motivazionale, essenzialmente per due ordini di ragioni. Da un lato, infatti, a causa dell'insondabilità del foro interno del giudice, se è vero che non è empiricamente dimostrabile che la motivazione sia il riflesso del ragionamento maturato dal giudice, è del pari indimostrabile la tesi contraria che sostiene la difformità tra procedimento decisorio e motivazione[423]. Dall'altro lato, è, anzi, "più probabile che non" che vi sia corrispondenza tra l'*iter* logico effettivamente seguito dal giudice e quanto riportato in sentenza poiché l'obbligo di motivare condiziona a monte il processo decisionale. Invero, «[i]l dovere di giustificare la propria deliberazione pone […] l'organo decidente di fronte ad una radicale alternativa: o egli decide disinteressandosi della possibilità di dimostrare la correttezza della sua scelta, sapendo così di emettere una pronuncia che con tutta probabilità verrà riformata nel prosieguo del procedimento, ovvero, se vuole emettere un

[420] F. M. IACOVIELLO, voce *Motivazione della sentenza penale*, cit., 753. In tal senso cfr. anche F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale*, Bologna, 2004, 147, che enfatizza la razionalità del giudizio commisurativo, al fine di evitare che il giudice ceda «agli impulsi di simpatia o di pietà in un senso o al fascino della prevenzione in un altro senso» e la penalità non subisca «la influenza di un vero arbitrio».

[421] Ancora, F. M. IACOVIELLO, voce *Motivazione della sentenza penale*, cit., 751.

[422] In questo senso F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 212, sostiene che il giudice prima decide e poi razionalizza, con la conseguenza che le ragioni della decisione potrebbero non coincidere con quelle espresse in motivazione. Concordemente v. anche F. CORDERO, Stilus curiae *(analisi della sentenza penale)*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1986, 19 ss. Una simile impostazione potrebbe essere avvalorata dal c.d. «paradosso dei sistemi a verdetto motivato», nei quali, sul piano logico, il giudizio precede la decisione; sul piano giuridico-formale, al contrario, è la decisione (il dispositivo) ad anticipare il giudizio (la motivazione), che viene generalmente redatta in un momento successivo, così ancora F. M. IACOVIELLO, voce *Motivazione della sentenza penale*, cit., 751.

[423] Così G. UBERTIS, *Conoscenza fattuale e razionalità della decisione giudiziale*, in ID., *Argomenti di procedura penale*, Milano, 2002, 93.

deliberato dotato di tendenziale stabilità, deve prediligere la soluzione della controversia che sa di poter giustificare razionalmente e rendere accettabile per la collettività»[424]. In fondo, ciò che conta è che la motivazione offra un'esposizione coerente e logicamente strutturata dei motivi, idonea a rendere sindacabile la decisione e a garantire il controllo esterno sul suo fondamento razionale.

Tanto premesso, è intuibile come l'obbligo di motivazione assuma particolare importanza con riferimento a quelle componenti della decisione che, come la determinazione della pena, sono il risultato di una valutazione discrezionale, giacché, quanto più ampio è il margine di apprezzamento riconosciuto al giudice, tanto più è avvertita l'esigenza di una motivazione puntuale, completa e dettagliata, per scongiurare il rischio che la decisione degeneri in arbitrio[425]. Come noto, è l'art. 132 c.p. a stabilire specificamente che il giudice «deve indicare i motivi che giustificano l'esercizio di tale potere discrezionale»[426], ovverosia «gli indici di valutazione e [i] giudizi di valore tramite i quali è stato ricavato il dato *significativo* per l'adozione di una certa specie o misura di pena»[427].

Ci si potrebbe domandare come mai il legislatore abbia sentito l'esigenza di ribadire nel codice penale l'obbligo di motivazione, nonostante siffatto onere fosse già ricavabile – anche prima della sua costituzionalizzazione – dal codice di rito (v. art. 474 c.p.p. abr.). Tale scelta manifesta probabilmente la consapevolezza della peculiarità del giudizio di commisurazione rispetto a quello sull'*an* della punibilità e sul fatto[428], ma anche la volontà di «ribadire come, anche in tema di discrezionalità, sia possibile una verificabilità dei giudizi di valore in cui essa si snoda», esprimendo «piena fiducia nel

[424] C. SANTORIELLO, *Il vizio di motivazione. Tra esame di legittimità e giudizio di fatto*, Milano, 2008, 49. Analogamente, F. M. IACOVIELLO, voce *Motivazione della sentenza penale*, cit., 760, osserva che l'obbligo motivazionale «"costringe" il giudice a decidere razionalmente, cioè a decidere in base ad un giudizio in grado di affrontare i controlli processuali e sociali».

[425] G. GIOSTRA, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, Milano, 1983, 240 ss.

[426] Si noti che, nonostante la formulazione letterale della norma, il combinato disposto degli artt. 132 e 133 c.p. fornisce già la base normativa che legittima la discrezionalità nell'applicazione della pena; pertanto, al giudice non è richiesto di "giustificare" l'esercizio del potere discrezionale – attribuito *ex lege* – bensì di rendere esplicito il modo in cui tale potere è stato concretamente esercitato. Per un commento sulla disposizione cfr. E. DOLCINI, A. DELLA BELLA, sub *art. 132 c.p.*, in *Commentario breve al Codice penale*, Padova, 2017, 582 ss.; L. GOISIS, sub *art. 132 c.p.*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, V ed., Vicenza, 2021, 1992 ss.; A. MARTINI, sub *art. 132 c.p.*, cit., 947 ss.

[427] F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 105.

[428] A. MARTINI, sub *art. 132 c.p.*, cit., 955.

carattere *obiettivo* dei parametri che connotano l'individuazione della particolare significatività del caso concreto»[429].

Affinché il dovere di motivazione in punto di pena possa dirsi correttamente assolto, dalla motivazione dovrebbe emergere il «progressivo sviluppo dell'indagine, in forma schematica, dal fatto alla personalità dell'agente, alla luce di tutti gli elementi disponibili», riconducibili essenzialmente ai criteri fattuali enucleati dall'art. 133 c.p.[430]. Un giudice obbligato a motivare la scelta sanzionatoria nel caso concreto, difficilmente potrà lasciarsi guidare da «impulsi emotivi» o «folgorazioni intuitive»[431].

Tuttavia, come acutamente osservato in dottrina, la motivazione dei provvedimenti giurisdizionali costituisce una «lenta, faticosa e malsicura conquista»[432]: storicamente, infatti, l'obbligo di motivazione è stato assolto con riluttanza, e ancora oggi si assiste diffusamente a prassi elusive, incuranti dei canoni della legalità formale, a loro volta condizionate, e in certa qual misura alimentate, dalla ritrosia con la quale la Corte di Cassazione si adopera per censurarle, specialmente per quanto concerne le determinazioni relative al trattamento sanzionatorio[433].

Le pratiche di sviamento dell'obbligo motivazionale *quoad poenam*, ben note alla dottrina penalistica fin da tempi remoti, sembrano suggerire che la sanzione della nullità prevista dall'art. 546 c.p.p., rilevabile anche nel giudizio dinnanzi alla Suprema Corte, sia trattata quasi come una mera formalità priva di reali conseguenze. D'altronde, la giurisprudenza di legittimità ha progressivamente consolidato uno *standard* motivazionale in tema di trattamento sanzionatorio estremamente modesto, ritenendolo, nella maggior parte dei casi, adeguatamente soddisfatto[434]. In accordo a questo orientamento l'onere motivazionale del giudice si farebbe più o meno rigoroso, a seconda della collocazione all'interno della cornice edittale della pena irrogata in concreto dal giudice: «quanto più il giudice intenda discostarsi dal minimo edittale, tanto più ha il

[429] F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 108.

[430] *Ivi*, 109. Analogamente, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, cit., 57, individua il contenuto dell'obbligo di motivazione *ex* art. 132 c.p. nell'indicazione dei «criteri fattuali che hanno contribuito ad orientare le scelte del giudice e le finalità conferite alla pena».

[431] F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 111.

[432] Cfr. F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986, 361.

[433] M. NOBILI, *Crisi della motivazione e controllo democratico della giurisdizione*, in *Critica del diritto*, 2-3/1997, 123, definisce la motivazione come «prodotto in crisi, sul piano della professionalità, ma anche nel profondo del suo ruolo».

[434] E. DOLCINI, *L'art. 133 c.p. al vaglio del movimento internazionale di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1990, 402, parla di «lettura minimale dell'obbligo di motivazione sulla misura della pena».

dovere di dare ragione del corretto esercizio del potere discrezionale»[435]. Quando la pena inflitta è prossima al minimo o comunque al di sotto del minimo edittale, la giurisprudenza di legittimità si accontenta delle tradizionali «formulette pigre»[436], quali «appare congruo o equo o adeguato»[437]. Solo quando la pena applicata superi il medio edittale si riconosce all'imputato l'interesse a ricevere «una specifica e dettagliata spiegazione del ragionamento seguito»[438].

Tutto ciò avviene, com'è evidente, nel più totale spregio dell'art. 132 c.p., che prescrive il dovere di motivazione del giudice senza prevedere alcun alleggerimento di tale onere. Un adempimento "sbrigativo" o meramente formale di questo obbligo finisce infatti per svuotare la norma della sua funzione garantistica, oscurando le esigenze di controllo esterno e il rispetto del principio di legalità, e aprendo potenzialmente il varco a criteri extralegali di commisurazione, personalismi, ideologie[439].

---

[435] Cass. pen., sez. I, 13 marzo 2013, n. 24213, Pacchiarotti; Cass. pen., sez. VI, 12 giugno 2008, n. 35346, Bonarrigo, entrambe in *www.dejure.it*.

[436] L'espressione è di G. BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, cit., 99.

[437] Tale orientamento ha origini piuttosto risalenti: già Cass. pen., sez. II, 1 febbraio 1966, n. 163, Fulcone, Rv. 101843-01, aveva affermato che «la motivazione della sentenza in ordine alla determinazione della pena base, ed alle diminuzioni o agli aumenti operati per le eventuali circostanze attenuanti o aggravanti, è necessaria solo quando la pena inflitta sia di gran lunga superiore al minimo, o quanto meno superiore alla misura media edittale; fuori di questo caso; attesa l'assoluta discrezionalità attribuita in materia al giudice di merito, non è necessario che nella motivazione della sentenza siano richiamati tutti gli elementi indicati nell'art. 133 cod. pen., poichè anche l'uso di espressioni come 'pena congrua', 'congrua riduzione' e simili, è sufficiente a far ritenere che lo stesso giudice abbia valutato la fattispecie secondo i comuni criteri e non a proprio arbitrio». Più recentemente, cfr.: Cass. pen., sez. IV, 5 novembre 2015, n. 46412, in *www.dejure.it*; Cass. pen., sez. II, 21 luglio 2017, n. 36104, in *www.foroplus.it*; Cass. pen., sez. IV, 18 aprile 2018, n. 17402, in *www.foroplus.it*, ove si legge: «il principio in base al quale la graduazione della pena, anche in relazione agli aumenti ed alle diminuzioni previsti per le circostanze aggravanti ed attenuanti, rientra nella discrezionalità del giudice di merito, il quale, per assolvere al relativo obbligo di motivazione, è sufficiente che dia conto dell'impiego dei criteri di cui all'art. 133 c.p. con espressioni del tipo: "pena congrua", "pena equa" o "congruo aumento", come pure il richiamo alla gravità del reato o alla capacità a delinquere […].». V., ancora, Cass. pen., sez. IV, 6 ottobre 2020, n.18062, in *www.dejure.it*, nella quale si precisa che «mentre la pena inflitta al di sotto il medio edittale non richiede alcuna specifica motivazione, qualora il giudice intenda applicare una pena superiore a detto riferimento occorrerà una motivazione maggiormente dettagliata» e Cass. pen., sez. V, 03 novembre 2020, n.1947, in CED, *Cass. pen*., 2021.

In dottrina, cfr. D. ARCELLASCHI, *Rassegna delle più recenti pronunce di legittimità in tema di criteri di commisurazione della pena ex art. 133 c.p. (ed obbligo motivazionale): un'occasione per riflettere sulla deriva dall'originario dettato normativo*, in *Ind. pen*., 3/2015, 370 ss.

[438] Cass. pen., sez. IV, 18 giugno 2013, n. 27959, Pasquali, in *www.dejure.it*. Conformemente: Cass. pen., sez. VI, 12 giugno 2008, n. 35346, Bonarrigo, Rv. 241189-01; Cass. pen., Sez. Un., 27 febbraio 2020, n. 12778, Rv. 278869; Cass. pen., sez. III, 10 gennaio 2013, n. 10095, Monterosso, Rv. 255153-01; Cass. pen., sez. V, 27 giugno 2019, n. 35100, Torre, Rv. 276932-01.

[439] T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, cit., 382. Tra i criteri occulti di commisurazione della pena si annoverano: il ricorso agli usi giudiziari e alle consuetudini sanzionatorie che caratterizzano una certa circoscrizione, la cristallizzazione di tariffari di pena, il condizionamento delle

Ora, se, da un lato, è certamente innegabile il disfattismo che pervade molte pronunce della giurisprudenza di merito quando si tratta di motivare la scelta della pena e il *laissez faire* dei giudici di legittimità, e quindi una indiscutibile responsabilità della classe giudicante; dall'altro lato, è altrettanto evidente che «per motivare adeguatamente l'esercizio della discrezionalità occorre poter contare sull'esistenza di criteri sufficientemente chiari capaci di guidare l'esercizio di quel potere»[440]. In quest'ottica l'art. 133 c.p. si rivela senza dubbio insoddisfacente e insufficiente, limitandosi ad elencare una vasta gamma di criteri fattuali, senza stabilire alcuna relazione gerarchica tra gli stessi e, soprattutto, senza prendere posizione sulle finalità della pena[441]. Di contro, si potrebbe obiettare che l'ambiguità o la scarsa chiarezza del testo normativo non precludono, in linea di principio, la sua efficace applicazione, a condizione che l'attività interpretativa degli operatori del diritto riesca a rendere inequivoca la regola rilevante per la risoluzione del caso concreto. Da questo punto di vista, come suggerito da attenta dottrina, per espletare al meglio l'adempimento motivazionale *quoad poenam*, può venire in soccorso del giudice il noto imperativo categorico kantiano: "agisci secondo principi che potresti volere diventino legge universale", la cui applicazione nel giudizio penale consentirebbe di individualizzare la sanzione, valorizzando tutte le circostanze rilevanti del caso concreto secondo criteri che non siano impalpabili, meramente intuitivi o emozionali, bensì generalizzabili, ossia suscettibili di valere anche per casi futuri con caratteristiche analoghe[442]. Tale criterio impone che la pena sia determinata in base a regole esplicitamente enunciate, le quali possano fungere da parametro stabile per successive decisioni, consentendo al contempo un controllo effettivo sulla loro razionalità, coerenza e correttezza da parte delle giurisdizioni superiori.

A tal fine, i principi costituzionali sostanziali, più sopra analizzati, forniscono al giudice indicazioni preziose. Tra questi, un ruolo centrale spetta al principio di colpevolezza, come concetto graduabile in relazione alla forza condizionante dei fattori, interni ed esterni, che hanno influito sulla condotta dell'agente, fattori che includono, ad esempio, le circostanze concomitanti che perturbano l'agente, la pressione psicologica determinata dal superiore, la condizione di minorità psicologica di una persona rispetto a

spinte emotive provenienti dall'opinione pubblica; sul punto v. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, cit., 70; ID., *La disciplina della commisurazione della pena*, cit., 42.

[440] F. PALAZZO, *Commisurazione della pena e discrezionalità giudiziale*, cit., 1349.

[441] Approfonditamente, sui nodi problematici dell'art. 133 c.p. v., *infra*, Cap. 3, par. 2.

[442] Cfr. F. VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria e principi costituzionali*, cit., 24.

un'altra, condotte successive alla commissione del fatto, sofferenze direttamente conseguenti al reato[443]. Ma accanto alla colpevolezza, possono essere valorizzati principi ulteriori quali la proporzionalità della pena, il minimo sacrificio della libertà personale, la finalità rieducativa e l'uguaglianza in senso sostanziale.

L'esplicitazione di criteri di giudizio generalizzabili rappresenterebbe, così, un punto di equilibrio virtuoso tra le esigenze di individualizzazione della pena, che impongono attenzione alle specificità del fatto e del reo e quelle di uguaglianza di trattamento, che esigono soluzioni coerenti e uniformi per casi simili[444].

### *4.2.3. Il giudizio in appello: un parziale (ma insufficiente) recupero delle garanzie processuali eluse nel giudizio di primo grado*

Se, come si è cercato di dimostrare fino a qui, le statuizioni sul trattamento sanzionatorio nel processo di cognizione di primo grado rappresentano l'esito di un giudizio svolto, di fatto, in assenza di contraddittorio e di motivazione, è opportuno volgere lo sguardo al giudizio d'appello, per verificare se, quantomeno a posteriori, è possibile un recupero di tali garanzie. Nonostante non goda di una diretta copertura costituzionale nell'ordinamento interno, a differenza di quanto accade per il sindacato di legittimità, il diritto di riesame nel merito della vicenda processuale trova riconoscimento, a livello sovranazionale, nell'art. 2 del VII Prot. CEDU e nell'art. 14 co. 5 del Patto internazionale sui diritti civili e politici.

Come noto, in virtù dell'operatività del principio *tantum devolutum quantum appellatum*, la cognizione del giudice d'appello è limitata ai capi e ai punti della sentenza impugnata che sono stati effettivamente contestati dall'appellante nei suoi motivi (art. 597 co. 1 c.p.p.)[445]. Le decisioni relative alla pena costituiscono, a tutti gli effetti, "punti" della sentenza e, in quanto tali, possono essere oggetto di cognizione da parte del giudice d'appello, purché espressamente devoluti mediante l'atto di impugnazione.

[443] Così, già, R. FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs (Sonderdruck)*, Giessen, 1907.

[444] Ancora, F. VIGANÒ, *Discrezionalità giudiziaria e principi costituzionali*, cit., 24.

[445] Si dovrebbe, a rigore, parlare di effetto parzialmente devolutivo, visto che il co. 5 dell'art. 597 c.p.p. attribuisce al giudice d'appello il potere discrezionale di concedere *ex officio*, quindi anche in assenza di esplicita richiesta dell'imputato, i benefici della sospensione condizionale della pena, della non menzione nella condanna nel casellario giudiziale e di una o più circostanze attenuanti. Sul punto, A. PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., 118 ss.

Nella prassi, l'appello sul trattamento sanzionatorio è tutt'altro che infrequente e ciò si deve ad una serie di ragioni riconducibili, in parte, alle menzionate "storture" che prendono forma nel giudizio di prime cure e, in parte, alla stessa disciplina processuale.

È abbastanza comprensibile, infatti, che l'assenza di un autentico contraddittorio sulla pena, la carenza di un'istruttoria mirata all'accertamento dei fattori rilevanti per la sua commisurazione e, non di rado, l'adozione di motivazioni estremamente sintetiche, spingano l'imputato condannato a tentare un recupero delle garanzie processuali "soffocate" in primo grado, promuovendo un nuovo giudizio di merito attraverso l'appello.

D'altronde, per come configurato nel codice di rito, l'appello in punto di pena, quando proposto dall'imputato, si traduce in un riesame di merito privo di reali rischi, che offre, anzi, molteplici vantaggi sotto il profilo processuale. Si pensi all'effetto sospensivo dell'impugnazione e all'annesso principio di presunzione di non colpevolezza sino alla condanna definitiva[446], al divieto di appello incidentale da parte del pubblico ministero[447] e, soprattutto, al divieto di *reformatio in pejus*[448]. A tale ultimo proposito, infatti, il co. 3 dell'art. 597 c.p.p. stabilisce che «[q]uando appellante è il solo imputato, il giudice non può irrogare una pena più grave per specie o quantità, applicare una misura di sicurezza nuova o più grave, prosciogliere l'imputato per una causa meno favorevole di quella enunciata nella sentenza appellata né revocare benefici, salva la facoltà, entro i limiti indicati nel comma 1, di dare al fatto una definizione giuridica più grave, purché non venga superata la competenza del giudice di primo grado». In più, il co. 4 dello stesso articolo rafforza in modo significativo la portata del divieto, stabilendo che «in ogni caso, se è accolto l'appello dell'imputato relativo a circostanze o a reati concorrenti, anche se unificati per la continuazione, la pena complessiva irrogata è corrispondentemente diminuita»[449]. Senza contare, inoltre che, sono previste forme semplificate per il processo in appello – rito camerale con la partecipazione delle parti anziché le forme ordinarie –

[446] Sul tema cfr. S. ROMANO, *Secondo grado di merito e presunzione di innocenza*, in *www.dirittodidifesa.eu*, 7 aprile 2020.

[447] Per una ricostruzione delle travagliate vicende che hanno interessato questo istituto si rimanda a S. CIAMPI, *Sull'appello incidentale quale prerogativa dell'imputato*, *in www.archioviopenale.it*, 3 maggio 2021.

[448] In argomento, recentemente, F. LAZZARINI, *Il divieto di* reformatio in peius *tra incertezze dogmatiche e letture restrittive*, in *www.sistemapenale.it*, 27 gennaio 2023.

[449] Per un commento sulla disposizione cfr. H. BELLUTA, sub *art. 597 c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, Milano, 2020, 2920 ss.

nel caso in cui quest'ultimo abbia «esclusivamente per oggetto la specie o la misura della pena, anche con riferimento al giudizio di comparazione fra circostanze, o l'applicabilità delle circostanze attenuanti generiche, di pene sostitutive, della sospensione della pena o della non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale» (art. 599 co. 1 c.p.p.)[450].

Stando così le cose, possiamo affermare che le garanzie disattese nel primo grado di giudizio trovano un inveramento postumo in appello. In questa seconda sede, infatti, avvantaggiato dalla piena conoscenza dei profili che riguardano l'*an* della sua responsabilità, l'appellante è nella condizione di poter argomentare con cognizione di causa l'adeguatezza del trattamento sanzionatorio, senza il rischio di conseguenze pregiudizievoli. In più, poiché l'atto di appello è redatto in forma scritta, le argomentazioni relative alla pena possono essere sviluppate in modo più articolato e ricevere una maggiore considerazione.

Ci si domanda, però, se tutto questo sia sufficiente e la risposta non può che essere negativa. Invero, «il processo d'appello non può costituire un surrogato di una fase di *sentencing* dedicata alla commisurazione della pena. E ciò, per molteplici ragioni: si tratta di un giudizio che ha luogo soltanto su iniziativa di parte; l'imputato "perde" un grado di merito e affronta il "nuovo" giudizio con il "peso" della condanna di primo grado; l'attività istruttoria ha carattere eccezionale; in quanto giudizio di merito diretto ad accertare (anche e preliminarmente) la colpevolezza, il processo d'appello è affetto dalle stesse criticità del modello monofasico in rapporto alla presunzione di innocenza e al contraddittorio dialettico»[451].

### *4.2.4. Il controllo di legittimità da parte della Suprema Corte di Cassazione*

Per completare il quadro delle garanzie costituzionali che presiedono all'esercizio del potere discrezionale del giudice nella determinazione della pena non resta che affrontare il tema del controllo della Corte di Cassazione sul trattamento sanzionatorio, questione nodale anche sotto il profilo dell'uniformità e parità di trattamento.

[450] Come è stato scritto, il legislatore ritiene che in questi casi «l'esame possa essere più sommario» o comunque «non meriti il dispendio di un dibattimento pubblico», così A. GARAVELLI, sub *art. 599*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, Torino, 1991, 179.

[451] M. PERALDO GIANOLINO, *Determinazione della pena e garanzie nel processo penale di cognizione*, cit., 176.

Invero, dal settimo comma dell'art. 111 Cost. – «[c]ontro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge»[452] – discende non solo una garanzia individuale di terzo grado[453], ma la "costituzionalizzazione" della funzione nomofilattica affidata ai giudici di legittimità[454].

Il ricorso in Cassazione, per sua natura e in quanto strumento votato al solo sindacato di diritto, non rappresenta il mezzo più adeguato a garantire alle parti un'effettiva tutela contro le decisioni a loro sfavorevoli, essendo certamente più confacente a tale scopo il giudizio di appello[455]. Il suddetto rimedio sconta, infatti, un duplice limite: «il primo, di ordine generale, deriva dalla natura stessa della sua giurisdizione, la quale, essendo di legittimità, può vertere esclusivamente sui casi di ricorso tassativamente indicati dall'art. 606 c.p.p.; il secondo promana dal singolo ricorso, giacché, questo attribuisce alla Corte di cassazione la cognizione del procedimento limitatamente ai motivi proposti (e non anche, come accade per l'appello, sui punti della decisione cui i motivi si riferiscono)»[456]. Sicché, accanto al ruolo di vertice nel sistema delle impugnazioni, spesso considerato attribuzione prevalente della Corte, e che ha condotto a una notevolissima espansione del rimedio nella prassi e all'attuale stato di

[452] Come lucidamente osservato da V. DENTI, *Commento all'art. 111 Cost*., cit., 13, nell'analisi dell'art. 111 co. 7 Cost. è opportuno distinguere chiaramente tra la parte che disciplina il ricorso in Cassazione contro le "sentenze" e quella che concerne il ricorso contro i *"provvedimenti sulla libertà personale"*. Si tratta, invero, di due garanzie profondamente differenti, come confermano gli stessi lavori preparatori della Costituzione. La prima – che viene in rilievo ai nostri fini – mira ad assicurare l'«unità del diritto nazionale attraverso la uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale» (cfr. art. 12 del Progetto Calamandrei), mentre la seconda si configura come una garanzia individuale, assimilabile – nella tradizione continentale – all'*habeas corpus*.

[453] A. PIZZORUSSO, *Doppio grado di giurisdizione e principi costituzionali*, in *Riv. dir. proc.,* 1978, 33 ss., osserva che, se l'intento del legislatore costituente fosse stato realmente quello di assicurare una piena protezione delle situazioni soggettive sostanziali, avrebbe sancito il principio del doppio grado di giurisdizione, come peraltro era stato proposto in sede di Assemblea costituente.

[454] Nel corso del dibattito che ha accompagnato l'approvazione delle disposizioni costituzionali relative alla Corte di Cassazione, è stata più volte rimarcata l'esigenza di attribuire a tale organo il compito di presidiare la legalità, assicurando l'uniformità dell'interpretazione giuridica e l'esercizio del sindacato sulla giurisdizione. Cfr. ancora V. DENTI, *Commento all'art. 111 Cost*., cit., 25 ss. e, *ivi* citato, A. CERINO-CANOVA, *La garanzia costituzionale del giudicato civile*, in *Studi in onore di E. T. Liebman*, Milano, 1980, 1892.

[455] Con ciò non si vuole certo dire che il ricorso per Cassazione rappresenti un istituto completamente sganciato dall'interesse delle parti, né che la Cassazione debba curarsi, più che di risolvere secondo giustizia il caso concreto, di suggerire per il futuro l'interpretazione teorica corrispondente in astratto alla volontà del legislatore

[456] A. PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, cit., 136, nota 229.

congestionamento[457], la Cassazione è primariamente e costituzionalmente chiamata ad espletare la funzione nomofilattica. La legittimazione costituzionale della Corte di Cassazione quale garante dell'uniforme applicazione della legge e del principio di uguaglianza che tale funzione implica, ha ottenuto l'avallo della stessa giurisprudenza del Giudice delle leggi in sede di interpretazione degli artt. 111, 3 e 24 Cost.[458]. Di conseguenza, «[l]a prevalenza della funzione nomofilattica deriva dal disegno costituzionale e non determina una compressione della tutela individuale dei diritti, essendo finalizzata a creare un sistema circolare virtuoso, che attraversa tutti i gradi di giudizio, all'interno del quale i sopraindicati diritti costituzionali, previsti negli art[t]. 3 e 24 della Costituzione, possono essere attuati pienamente»[459]. L'uniformità applicativa costituisce l'obiettivo dell'attività di interpretazione normativa ma attraverso il confronto con la diversità intesa come momento fisiologico del percorso da compiere[460]. Essa, quindi assume essenzialmente «un valore metodologico»: pone una "regola del gioco" che non preclude le innovazioni ma le "costringe" a porsi in forma argomentata e persuasiva[461].

L'ancoraggio costituzionale della funzione nomofilattica, postula, dunque, la piena doverosità dell'attuazione di questo compito che, se adeguatamente implementato, determinerebbe notevoli effetti virtuosi: non solo in un'ottica di «inveramento dell'art. 3 della Costituzione e di effettivo ottenimento degli obiettivi di tutela dei diritti delle persone, fissati nell'art. 24 Cost., ma anche effetti di natura deflattiva e dissuasiva, connaturati ad una giurisprudenza fondata su decisioni prevedibili»[462].

---

[457] Nonostante un calo di 8,6 punti percentuali rispetto al 2023, il numero dei procedimenti sopravvenuti in cancelleria centrale penale nel 2024 rimane piuttosto alto, pari a 43.109. (Fonte: *Annuario statistico 2024*, a cura dell'Ufficio di statistica della Corte Suprema di Cassazione, in *www.cortedicassazione.it*).

[458] Cfr.: Corte cost., 19 giugno 1974, n. 184; Corte cost., 10 maggio 1982, n. 86; Corte cost., 12 giugno 1991, n. 271; Corte cost., 1 aprile 1993, n. 130; Corte cost., 28 novembre 1994, 140; Corte cost., 9 luglio 2009, n. 207; Corte cost., 24 marzo 2011, 97, tutte in *www.cortecostituzionale.it*.

[459] Così si legge nella Relazione *Il ruolo della Cassazione: tradizione e mutamenti*, a cura dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo presso la Corte Suprema di Cassazione, n. 87, 2011, in *www.cortedicassazione.it*, 9.

[460] G. BORRÈ, *La Cassazione oggi problemi e prospettive*, in *La Magistratura*, 1996, 27. L'autore riflette sull'evoluzione del concetto di nomofiliachia, evidenziando il passaggio da un modello antico, «consistente nell'elaborazione di un'interpretazione in sede centrale, subìta alla periferia un po' per la forza dell'ideologia (largamente condivisa) dell'unica interpretazione possibile, e un po' per l'esistenza di pesanti strumenti conformativi» a un modello «diverso e più complesso […] una nomofiliachia che è un "farsi", un procedimento, che tende all'unità ma attraverso il confronto con le diversità, non più avvertite come negatività da rimuovere ma come momenti fisiologici del percorso da compiere».

[461] *Ivi*, 28.

[462] Così, ancora, si osserva nella Relazione *Il ruolo della Cassazione: tradizione e mutamenti*, cit., 11.

In maniera del tutto coerente – e, anzi, con ancora maggior forza – l'attività di controllo della Cassazione dovrebbe investire le decisioni sulla pena, che sono quelle che, in ultima analisi, hanno il maggior impatto sull'esistenza dell'imputato-condannato e sui suoi diritti fondamentali e rispetto alle quali l'esigenza di uniformità e parità di trattamento è avvertita con particolare intensità.

Finora, però, gli spazi dedicati alla commisurazione della pena in sede di giudizio di legittimità sono stati particolarmente ridotti. Lo scarso approfondimento del tema poggia probabilmente sull'equivoco per cui l'esercizio della discrezionalità, comportando per sua natura valutazioni di merito, sarebbe sottratto al sindacato di legittimità che compete alla Corte.

In realtà, entro i confini tracciati dall'art. 606 c.p.p., può validamente realizzarsi un controllo sulla discrezionalità del giudice.

Innanzitutto, è sempre ammissibile un sindacato sui limiti esterni al potere discrezionale, vale a dire quei limiti derivanti dalle norme che definiscono il perimetro entro cui può essere esercitato il potere discrezionale, tra i quali rientrano i limiti edittali stabiliti per la commisurazione della pena, nonché i vincoli procedimentali che disciplinano la formazione dell'atto attraverso cui il potere viene esercitato. La violazione di un limite esterno al potere discrezionale integra, senza dubbio, una violazione della legge penale, sostanziale o processuale, rilevante ai sensi dell'art. 606, lett. b) e c), c.p.p.[463].

Quanto, invece, ai limiti interni, riguardanti la funzione stessa della discrezionalità e le finalità cui essa è orientata, e che si ricavano dai criteri-guida che regolano il giudizio discrezionale, i quali possono essere espressamente previsti dalla legge oppure da essa desunti in via interpretativa[464], integra pur sempre un giudizio di diritto, pertanto sindacabile in sede di legittimità, la scelta e l'applicazione dei criteri di commisurazione, mentre rimane ovviamente precluso l'accertamento dei presupposti fattuali cui tali criteri si riferiscono, in quanto giudizio di fatto[465]. I criteri di commisurazione vanno però effettivamente esplicitati e non semplicemente richiamati attraverso motivazioni sintetiche e tautologiche.

[463] E. LUPO, *I controlli giurisdizionali sui giudizi discrezionali*, cit., 4-5.
[464] *Ivi*, 4.
[465] A. NAPPI, *La rideterminazione della pena nel giudizio di cassazione tra legittimità e merito*, in *www.sistemapenale.it*, 15 aprile 2024, 6. Sul tema, v. anche F. M. IACOVIELLO, voce *Motivazione della sentenza penale*, cit., 784 ss.

Si comprende, quindi, come il sindacato sui limiti interni attenga sostanzialmente al controllo sulla motivazione adottata dal giudice in merito alla definizione del trattamento sanzionatorio[466]. Occorre, tuttavia, distinguere tra tre diverse tipologie di violazione.

Un giudizio discrezionale totalmente privo di motivazione viola la norma che prescrive di motivare le decisioni e, pertanto, è censurabile come violazione di legge.

Qualora, invece, la motivazione sia presente e dunque siano state esplicitate le ragioni poste a fondamento della decisione, ma da esse emerga che il giudice ha adottato un criterio guida non conforme a quello – esplicitamente o implicitamente – previsto dalla legge, si configura un'erronea individuazione del parametro normativo, che integra anch'essa una violazione di legge, sostanziale o processuale a seconda della norma attributiva del potere discrezionale.

Infine, nell'ipotesi in cui il giudice abbia correttamente individuato il criterio guida, ma lo abbia applicato in modo errato al caso concreto, fondando la valutazione su motivazioni manifestamente illogiche o in contrasto oggettivo con le risultanze probatorie, si configura un vizio della motivazione ai sensi dell'art. 606, lett. e), c.p.p.[467].

Come anticipato, però, finora il controllo sulla motivazione della commisurazione della pena da parte dei giudici di legittimità è stato piuttosto blando[468], salvo alcune eccezioni[469]. L'eccessiva genericità dei criteri di cui all'art. 133 c.p., inidonei a vincolare

---

[466] Cfr. la *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2024*, presentata dalla Presidente M. Cassano il 24 gennaio 2025, 150, ove si aggiunge che «la motivazione è lo strumento, fondamentale, attraverso il quale la pena, comminata dal legislatore, viene applicata all'autore del fatto-reato e così come la motivazione "spiega" il ragionamento seguito dal giudice di merito, dando conto degli elementi da questi valutati come determinanti nel trattamento sanzionatorio, allo stesso modo essa consente al giudice di legittimità lo scrutinio di quel ragionamento alla stregua del parametro delineato dall'art. 606, comma 1, lett. e), cod. proc. pen. Attraverso la motivazione, i due poli rappresentati dalla comminatoria legislativa e dalla irrogazione attraverso l'*iter* commisurativo trovano la necessaria convergenza, così che graduazione della pena e forbice edittale possano essere ricondotti ad unità e a coerenza».

[467] In tal senso, E. LUPO, *I controlli giurisdizionali sui giudizi discrezionali*, cit., 5, il quale sottolinea altresì come la configurabilità di un vizio di legittimità o di un vizio di motivazione assuma particolare rilievo in tutte quelle ipotesi in cui l'ordinamento ammette il ricorso per cassazione solo per violazione di legge e non anche per vizio motivazionale. Sul vizio di motivazione in generale, cfr. E. AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, cit., 234 ss.; F. M. IACOVIELLO, voce *Motivazione della sentenza penale*, cit., 781 ss.; A. CENTONZE, *Il controllo di legittimità sulla motivazione dei provvedimenti penali*, in *www.rivistaildirittovivente.it*, 11 marzo 2020, par. 4 e ss.

[468] V., *supra*, par. 4.2.2.

[469] Di recente, cfr. Cass. pen., sez. V, 10 maggio 2022, n. 18444, in *www.foroplus.it*. Il caso riguardava la mancata applicazione della sentenza manipolativa della Consulta (Corte cost., 5 dicembre 2018, n. 222, cit.) con la quale è stata dichiarata illegittima la misura fissa stabilita in dieci anni delle pene accessorie della inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e della incapacità di esercitare gli uffici direttivi presso qualsiasi impresa, conseguenti alla condanna per delitti previsti dalla legge fallimentare (si tornerà ampiamente sul tema delle pene fisse *infra*, par. 5.1.). Gli imputati lamentavano l'applicazione delle

in concreto la discrezionalità del giudice, da una parte, e le "semplificazioni" argomentative accolte *de plano* dalla Suprema Corte quando l'esito commisurativo si attesta su fasce di gravità medio-basse, dall'altra, hanno di fatto condotto alla «pratica rinuncia […] all'esercizio di un serio sindacato sulla discrezionalità del giudice»[470]. E ciò vale non solo con riferimento alla determinazione della pena in senso stretto, ma anche rispetto alla commisurazione in senso lato.

In un contesto caratterizzato da significative carenze nei meccanismi di controllo, merita tuttavia di essere segnalata l'attenzione che la Corte di Cassazione sta invece riservando alla tematica dell'esercizio della discrezionalità nell'ambito dell'applicazione delle pene sostitutive. Senza anticipare questioni che saranno affrontate in maniera più puntuale e ampia nel prossimo capitolo[471], basti qui rilevare che la giurisprudenza di legittimità, con riferimento a questo specifico settore del sistema sanzionatorio, sta effettivamente esercitando un controllo più stringente sull'*iter* motivazionale seguito dal giudice di merito, censurando ragionamenti contraddittori, illogici o lacunosi. In tal modo la Corte contribuisce attivamente alla costruzione di una cornice applicativa più articolata, razionale, e uniforme, ispirata ai principi costituzionali, idonea ad assicurare una maggior controllabilità a posteriori del potere discrezionale c.d. sostitutivo. Va dato atto, però, che tale sviluppo giurisprudenziale si accompagna – ed è senza dubbio agevolato – da un impianto normativo maggiormente strutturato sul versante dell'esercizio della discrezionalità, come dimostrano gli artt. 58 e ss. della l. 689/1981. Tali disposizioni, infatti, non si limitano a un mero rinvio ai criteri generali di cui all'art. 133 c.p., ma

pene accessorie determinate dal giudice di merito in dieci anni, adducendo una violazione dell'obbligo di motivazione. La Cassazione afferma che «non vi è dubbio che sia insindacabile, in sede di legittimità, il provvedimento del giudice del merito che, avvalendosi del proprio potere discrezionale, determini, in base ai criteri di cui agli artt. 132 e 133 cod. pen., con specifica e adeguata motivazione, le pene accessorie fallimentari nella misura massima prevista dalla legge". Tuttavia, "la motivazione che ha confermato la misura decennale delle pene accessorie già inflitte in primo grado con il meccanismo automatico, vigente prima della dichiarazione di incostituzionalità pronunciata nel 2018, risulta svilire eccessivamente l'onere di commisurazione specifica della durata non più fissa delle pene stesse, peraltro collocate nel massimo limite previsto (...). Di talché è stato eluso l'obbligo motivazionale di individualizzazione delle predette pene accessorie fallimentari, ai sensi degli artt. 132 e 133 cod. pen.». Nell'annullare la sentenza di condanna, rinviando il processo, la Corte chiarisce che «la motivazione utile a sorreggere la valutazione della misura 'costituzionale' delle pene accessorie fallimentari non può essere solo 'formale', elusiva dell'obbligo di determinazione in concreto imposto al giudice sulla base dei criteri previsti dagli artt. 132 e 133 cod. pen., ma deve parametrarsi alla funzione preventiva ed interdittiva delle stesse, tenuto conto della gravità della condotta, nonché di tutti gli elementi fattuali indicativi della capacità a delinquere dell'agente, non potendo essere agganciata al mero richiamo aspecifico all'esistenza di precedenti penali».

[470] F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 235.

[471] Cfr. la giurisprudenza richiamata *infra* in Cap. 3, par. 4.2.3.1.

esprimono una precisa opzione del legislatore circa le finalità che devono guidare l'interprete sia nella scelta di procedere alla sostituzione (*an*), sia nella determinazione delle modalità attuative della stessa (*quomodo*). La maggior determinatezza dei limiti interni al potere discrezionale consente conseguentemente un controllo *ex post* più rigoroso e strutturato.

Pare, quindi, in corso un cambio di paradigma nel modo in cui è concepita la discrezionalità giudiziale in ambito sanzionatorio, e la disciplina delle pene sostitutive potrebbe costituire il punto di partenza per una riflessione di più ampio respiro. È infatti oggi difficilmente eludibile l'esigenza di ripensare le modalità e i contenuti del controllo esercitato da parte della Corte di Cassazione sulle determinazioni sanzionatorie; necessità che, tuttavia, implica la previa risoluzione di ulteriori questioni ad essa strettamente connesse: dalla persistente indeterminatezza delle norme che dovrebbero orientare l'esercizio della discrezionalità giudiziale, alla necessità di una revisione dell'onere motivazionale in capo al giudice, fino alla verifica dell'idoneità del modello processuale vigente a gestire la complessità insita nelle scelte sanzionatorie. Questi profili verranno affrontati in maniera organica e approfondita nella parte conclusiva del presente lavoro, alla quale pertanto si rimanda, nella consapevolezza che un'indagine sulla discrezionalità sanzionatoria che aspiri ad essere esaustiva non possa prescindere da una riflessione che involga anche una revisione critica delle categorie teoriche che ne costituiscono il fondamento, dell'assetto processuale e dei meccanismi di controllo giurisdizionale[472].

## 5. I principi costituzionali come parametri di legittimità: tra "discrezionalità negata" e "discrezionalità restituita"

L'analisi può ora proseguire lungo la seconda direttrice d'indagine, che assume i principi costituzionali come parametro di legittimità degli interventi del legislatore in materia di discrezionalità sanzionatoria. Le considerazioni fin qui svolte consentono di affermare senza ombra di dubbio che la discrezionalità del giudice in questo ambito trova un solido fondamento nel dettato costituzionale, assunto che comporta due importanti ripercussioni.

In primo luogo, lo *status* costituzionale della discrezionalità implica che, pur potendo essere oggetto di bilanciamento insieme ad altri principi, interessi e valori,

[472] V., *infra*, Cap. 4.

anch'essi di rango costituzionale[473], è tendenzialmente da escludere una sua totale compressione[474]. Tale bilanciamento spetta *in primis* al legislatore, il quale, anzi, ha il dovere istituzionale di impostare le coordinate del sistema penale e compiere le necessarie determinazioni in tema di scelte di criminalizzazione e sistema sanzionatorio, nel rispetto delle previsioni costituzionali. Tuttavia, una simile operazione di bilanciamento non è sottratta al controllo del Giudice delle leggi, ed è proprio qui che si innesta la seconda implicazione di un ancoraggio costituzionale del potere discrezionale: la Consulta sarà autorizzata a valutare la legittimità costituzionale delle norme introdotte per limitare – in vario modo – il potere discrezionale del giudice.

È chiaro, comunque, come il controllo di costituzionalità non possa spingersi fino ad arrogarsi il potere di compiere valutazioni di merito per loro natura riservate al legislatore ma, d'altra parte, non possano neanche tollerarsi «zone franche»[475], del tutto sottratte al vaglio di costituzionalità. Ne discende che il sindacato della Corte è ammissibile, in tale ambito, una volta accertato che la discrezionalità del legislatore è stata esercitata in maniera palesemente arbitraria. In tale ipotesi lo scrutinio di costituzionalità sarà effettuato soprattutto alla stregua dell'art. 3 Cost., ma, come avremo modo di mostrare nel corso della trattazione, questo non è l'unico parametro su cui la Consulta ha fondato le sue pronunce in tema di discrezionalità illegittimamente "negata" al giudice penale. Accanto al principio di uguaglianza-ragionevolezza, la Corte costituzionale ha infatti valorizzato anche i principi di individualizzazione, di proporzionalità e di rieducazione.

I ripetuti interventi del Giudice delle leggi in difesa della discrezionalità giudiziale si sono resi necessari al fine di contrastare una netta tendenza del legislatore degli ultimi

[473] Come solennemente affermato in Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, in *www.cortecostituzionale.it*, infatti, «non esistono diritti tiranni»: nessun diritto ha carattere assoluto; tutti possono e debbono essere contemperati con gli altri diritti e interessi costituzionalmente rilevanti. In tema v. L. BUTTI, *Non esistono diritti tiranni. Come orientarsi tra diritti in conflitto*, Milano, 2023, ma anche M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., 8 ss., che rimanda a R. BIN, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

[474] Così M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., 11, ove si afferma che «l'esito del bilanciamento non può mai essere il sacrificio totale di uno dei valori in gioco, perché di ciascuno deve essere preservato il nucleo essenziale».

[475] Con tale espressione si allude tradizionalmente ad una serie di chiusure che escludono dal controllo giurisdizionale (anche di costituzionalità) quelle attività qualificate da un alto tasso di "politicità" che le renderebbe insindacabili in sede giudiziaria. La stessa Corte costituzionale aveva parlato di "zone franche" nella nota sent. n. 148 del 1983 con riferimento al sindacato di costituzionalità sulle norme penali c.d. di favore. Sul tema v. A. PIZZORUSSO, *"Zone d'ombra" e "zone franche" della giustizia costituzionale italiana*, in *ConsultaOnline*, 2008.

decenni a restringere gli spazi di discrezionalità assegnati al giudice, soprattutto nei momenti (suppostamente) caratterizzati da maggior allarme sociale[476]. La discrezionalità, quindi, «è stata assunta […] in prospettiva di riforma, quale mero inconveniente dell'*arbitrium iudicis*, da arginare o rimuovere nel dispiegamento applicativo della commisurazione sanzionatoria in senso lato»[477]. In altre parole, nell'ambito di una politica criminale marcatamente orientata alla repressione, che fronteggia contingenti situazioni emergenziali esclusivamente mediante l'inasprimento della risposta sanzionatoria, il legislatore ha progressivamente introdotto nell'ordinamento "elementi di rigidità" che ingessano la commisurazione della pena, impedendo un apprezzamento del caso concreto da parte del giudice[478]. Queste "rigidità legislative" sono riconducibili alla macrocategoria degli automatismi, meccanismi che, «al verificarsi d'una fattispecie concreta descritta con precisione dalla norma, fanno seguire la conseguenza doverosa, altrettanto precisamente definita dalla norma»[479]. L'automatismo sarebbe, cioè, una «regola sprovvista di flessibilità»[480], che deroga ad una disciplina originariamente e ordinariamente aperta alla valutazione del giudice e poggia su presunzioni assolute, suscettibili di essere smentite nella realtà[481].

Questo approccio completamente reattivo, oltre a mostrare una sostanziale sfiducia del potere legislativo nei suoi giudici, si rivela, all'atto pratico, fallimentare e pericoloso allo stesso tempo.

---

[476] Si pensi alla legislazione antiterrorismo degli anni '80, alla legislazione antimafia degli anni '90; più recentemente, alla legge *ex* Cirielli e ai c.d. Pacchetti sicurezza del 2008-2009; e, da ultimo, al cd. d.l. sicurezza, decreto-legge 11 aprile 2025, n. 48, convertito in legge 9 giugno 2025, n. 80, recante "Disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario".

[477] G. CARUSO, *La discrezionalità penale*, cit., 5. In termini analoghi si esprime A. MARTINI, sub *art. 133 c.p.*, cit., 949: la discrezionalità viene alle volte «osteggiata dal legislatore che ambisce ad imbrigliarne gli sbocchi, come se ambisse a rivendicare a sé un grado prioritario di responsabilità nelle individualizzazione della risposta sanzionatoria».

[478] R. BARTOLI, *Tipologia e misura delle pene nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. cost.*, 2/2025, 108, parla a tal proposito di «"rigidità" di disciplina».

[479] G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 210.

[480] S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in *www.gruppodipisa.it*, 29 novembre 2017, 3.

[481] S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, cit., 21, individua un rapporto di sostanziale identità tra automatismi legislativi e presunzioni assolute che ne motivano l'adozione: «l'automatismo legislativo è quella disposizione che, in via derogatoria, prescrive il meccanico prodursi di un rigido effetto al verificarsi di un rigido presupposto, quest'ultimo ritenuto presuntivamente sintomatico dell'elemento fondante la sua stessa *ratio legis*»; elemento che, sovente, coincide con la pericolosità sociale o maggior pericolosità sociale del soggetto.

Fallimentare perché questa tipologia di legislazione penale – diretta principalmente a offrire all'opinione pubblica una rappresentazione rassicurante dell'intervento statale – non incide realmente sulla riduzione dei fenomeni criminali che dichiara di voler combattere (terrorismo, criminalità organizzata, immigrazione illegale, ecc.). Al contrario, essa contribuisce a costruire un sistema punitivo incoerente e frammentato, in cui la proliferazione di norme rigide e simboliche finisce per minare la legittimità stessa della risposta penale[482].

Pericoloso perché, attraverso questa strategia legislativa, vengono a crearsi «statuti differenziali» per talune categorie di rei, facendo prepotentemente riemerge l'idea di un «diritto penale del nemico» e di un «diritto penale d'autore»[483]. Il rigore sanzionatorio viene ad abbattersi solo su determinate "fasce di devianza" (stranieri, recidivi, autori di reati che suscitano particolare allarme sociale, ecc.), le quali finiscono per essere sottratte, in misura maggiore o minore, alla discrezionalità del giudice[484].

La trattazione si soffermerà su tre ambiti tematici rispetto ai quali la Corte costituzionale è intervenuta – e, a dire il vero, continua a intervenire – per riaffermare la centralità della discrezionalità del giudice quale elemento imprescindibile di un sistema

[482] Non vi è spazio qui per esaminare in maniera esaustiva quel fenomeno che prende il nome di populismo penale, *leitmotiv* dell'agenda politica degli ultimi vent'anni. Si rimanda, pertanto, ad alcuni dei numerosi contributi sul tema: D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2009, 547 ss.; AA.VV., *La società punitiva*, in *Dir. pen. cont*., 21 dicembre 2016; R. BIANCHETTI, *La paura del crimine. Un'indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell'insicurezza*, Milano, 2018; M. PELISSERO, *Sicurezza e diritti fondamentali. Aspetti sostanziali*, in *Dir. pen. proc*., 11/2019, 1479 ss.; M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica*, Modena, 2019; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?,* Torino, 2019. E. AMATI, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2020; G. MARTINICO, voce *Populismo*, in *Enc. dir., I tematici, Potere e Costituzione*, Milano, 2023, 391 ss.; R. BARTOLI, *Sulle recenti riforme in ambito penale tra populismo, garantismo e costituzionalismo*, in *Jus - Rivista di Scienze giuridiche*, 1/2024, 57 ss.

[483] Come noto, il "*diritto penale del nemico*" (*Feindstrafrecht*) è una teoria elaborata dallo studioso tedesco Günther Jakobs: cfr. G. JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung (Referat auf der Strafrechtslehrertagung in Frankfurt a.M. im Mai 1985),* in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtwissenschaft*, 97, 1985, 753 ss.; G. JAKOBS, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)*, in A. ESER, W. HASSEMER, B. BURKHARDT (a cura di), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, Monaco, 2000, 51 ss. Il tema ha alimentato in dottrina un vivace dibattito come dimostrano i molti contributi in argomento. Solo per citarne alcuni: A.A. V.V., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, (a cura di) M. DONINI, M. PAPA, Milano, 2007; L. FERRAJOLI, *Il «diritto penale del nemico» e la dissoluzione del diritto penale*, in *www.panoptica.org*; A.A. V.V., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, (a cura di) A. GAMBERINI, R. ORLANDI, Bologna, 2007; E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale del nemico*, in E. D'ORLANDO, L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, 110 ss.; AA.VV., *I diritti dei nemici*, in *Quad. fiorentini* XXXVIII, II vol., 2009. Sul diritto penale d'autore cfr., in generale, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 551 ss.

[484] G. LEO, *Sul riconoscimento di attenuanti generiche a recidivo reiterato (nota a Corte cost., 10 giugno 2011, n. 183)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 giugno 2011.

sanzionatorio conforme ai principi costituzionali, a dispetto di scelte legislative che hanno invece seguito una direzione di segno opposto. In primo luogo, verrà ricostruita la giurisprudenza costituzionale in tema di pene fisse, assunte come paradigma emblematico degli automatismi legislativi; seguirà la disamina degli arresti costituzionali in cui è stata censurata la legittimità di automatismi sanzionatori nella fase della commisurazione extraedittale, con particolare riguardo ai meccanismi di blindatura del bilanciamento tra circostanze eterogenee; da ultimo, si prenderanno in considerazione le pronunce di illegittimità costituzionale relative alla fase esecutiva, laddove il legislatore ha previsto preclusioni automatiche all'accesso ai benefici penitenziari o alle misure alternative.

Il *fil rouge* che accomuna questa giurisprudenza costituzionale risiede nei suoi effetti sistemici: l'eliminazione dell'automatismo legislativo ha come principale conseguenza il ripristino della discrezionalità propria del giudice sul caso concreto. Questo risultato viene raggiunto attraverso la tecnica della «delega di bilanciamento in concreto»[485], che si sostanzia in «una "regola sulla competenza", [in] uno strumento di riparto del potere decisionale»[486] che passa dal legislatore ai giudici comuni, per mezzo dell'intervento della Corte costituzionale, la quale delega agli organi giudiziari, appunto, il recepimento delle istanze e delle peculiarità del caso concreto, mediante «la riespansione della disciplina ordinariamente applicabile nel settore, caratterizzata da elasticità o dalla previsione di meccanismi in grado di assicurarla» o ancora «attraverso il subentro, disposto dalla Corte, di una nuova regola capace di operare alla stregua di una presunzione relativa»[487].

### *5.1. Il sospetto di incostituzionalità nei confronti di tutte le pene fisse*

Come abbiamo già potuto constatare *supra*, l'art. 25 co. 2 Cost., fondamento costituzionale del principio di legalità della pena, non veicola un'esigenza di assoluta tassatività della parte sanzionatoria della norma incriminatrice. A conferma di ciò, la Consulta, già in tempi risalenti, affermava che «il principio di legalità della pena non può prescindere dalla individualizzazione di questa, ossia dal suo adeguamento alle singole

[485] R. BIN, *Giudizio in astratto e delega di bilanciamento «in concreto»*, in *Giur. cost*., 1991, 3574 ss; ID., *Diritti e argomenti*, cit., 88 ss. In tema cfr. anche G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 342-347; A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: "giocando con le regole" a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost*., 6/2012, 4909 ss.

[486] A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto*, cit., 4914.

[487] S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, cit., 18-19.

fattispecie. È, così, perfettamente conforme al disposto costituzionale che la norma penale sia prefissata dalla legge in modo da consentire che la sanzione corrisponda alla specifica violazione concreta (sentenza n. 15 del 1962); e che la legge rimetta, con una certa ampiezza, al giudice la valutazione di situazioni e circostanze, lasciandogli un congruo ambito di discrezionalità per l'applicazione della pena (sentenza n. 26 del 1966)»[488]. In altri termini, non solo è tollerabile, ma è addirittura costituzionalmente imposto, un certo margine di flessibilità quando si tratta di determinare la pena da irrogare nel caso concreto[489].

La soluzione più idonea per coniugare l'esigenza di legalità e di individualizzazione della pena è stata individuata nel sistema delle cornici edittali, attraverso il quale il legislatore predetermina un limite minimo e massimo della sanzione[490], attribuendo al giudice il potere di stabilire, entro il suddetto *range*, la pena più adeguata al caso concreto[491].

Sulla base di tali considerazioni, sembrerebbe potersi affermare in maniera piuttosto decisa che la previsione in via legislativa di un ammontare fisso di pena contrasta con le coordinate del sistema costituzionale poc'anzi illustrate, impedendo al giudice di apprezzare gli elementi correlati alla gravità del fatto e alla capacità a delinquere del reo. Trascurando rilevanti elementi di differenziazione tra episodi riconducibili alla medesima fattispecie incriminatrice, l'irrogazione di una pena fissa può

[488] Corte cost., 13 luglio 1970, n. 131, in *www.cortecostituzionale.it*.

[489] Cfr. F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, comma 2 e 3, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. giust*., 1980, 222.

[490] Poco esplorata in dottrina è la diversa funzione del minimo e del massimo della comminatoria edittale (cfr. F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, cit., 414). Il massimo rappresenterebbe la garanzia del principio di colpevolezza, ossia il limite massimo del sacrificio che può essere legittimamente imposto all'autore del reato al fine di dissuadere la collettività dal reiterare comportamenti analoghi. Più controversa, invece, è la determinazione teleologica del minimo edittale: secondo un primo orientamento, esso avrebbe una funzione specialpreventiva e sarebbe quindi determinato avendo riguardo alla persona, al reo, e non già al fatto (così per T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma*, cit., 445-446); secondo una diversa opinione, invece, sarebbe anch'esso funzionale al soddisfacimento di esigenze generalpreventive (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 147, il quale, peraltro, si dichiara favorevole alla soppressione dei limiti edittali minimi).

[491] Ovviamente una "pena congrua" presuppone una "cornice edittale congrua", requisito non sempre soddisfatto nell'attuale sistema punitivo. Non di rado, infatti, è possibile imbattersi in disposizioni che presentano spazi edittali di pena oscillanti tra limiti eccessivamente dilatati, non proporzionati rispetto al rango del bene protetto e alla gravità dell'offesa arrecata. Per effetto di simili "storture", la sanzione penale diviene, *de facto*, indeterminata, con conseguente violazione del principio di legalità delle pene. Infatti, quando la cornice edittale è eccessivamente dilatata, la predeterminazione legislativa della misura pena assolve una funzione meramente simbolica, e il potere discrezionale attribuito al giudice rischia di trasformarsi in un potere arbitrario. In dottrina v. S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, cit., 134 ss.

legittimamente far sorgere il sospetto di un epilogo sanzionatorio arbitrario, in contrasto con il principio di uguaglianza *ex* art. 3 Cost., nonché con la finalità rieducativa, difficilmente realizzabile qualora la sanzione irrogata venga percepita come ingiusta[492].

È facilmente comprensibile, allora, che, in quanto sanzioni non modulabili per quantità in relazione alla gravità del fatto e alla personalità dell'autore, le pene fisse rappresentino l'archetipo dell'automatismo sanzionatorio che azzera la discrezionalità del giudice[493]. I dubbi di legittimità costituzionale si sono posti soprattutto con riferimento alle pene pecuniarie fisse e alle pene accessorie fisse, anche se, come si dirà, la riflessione sotto questo profilo non può non coinvolgere anche la pena detentiva fissa per eccellenza, ovvero l'ergastolo.

Per lungo tempo la Corte costituzionale ha ritenuto non fondate le questioni di costituzionalità sollevate con riferimento all'art. 27 co. 1 e 3 Cost. aventi ad oggetto la fissità della pena (pecuniaria), pur riconoscendo in motivazione che «lo strumento meglio idoneo al conseguimento» delle finalità della sanzione e più rispettoso del principio di uguaglianza fosse «la mobilità della pena, cioè la predeterminazione della medesima da parte del legislatore in modo da contenerla fra un massimo ed un minimo»[494]. La dichiarazione di incostituzionalità era tuttavia preclusa, da un lato, a causa del tralaticio convincimento, allora incontestato, secondo cui le scelte sulla misura della pena, espressione della discrezionalità politico-criminale del legislatore, non potevano in alcun modo essere sindacate; dall'altro, per la pretesa idoneità degli *accidentalia delicti*, in particolare delle attenuanti generiche, a graduare la pena supplendo ai meccanismi di cui all'art. 133 c.p. e surrogando l'assenza di discrezionalità giudiziale. In tal guisa, si giungeva a escludere che le "pene fisse" potessero essere considerate effettivamente tali nel nostro ordinamento.

---

[492] Cfr., tra gli altri, F. BRICOLA, *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa,* in *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, 193 ss.; E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, cit., 338 ss.; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., 41.

[493] G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in R. GAROFOLI, T. TREU (diretto da), *Il libro dell'anno del diritto 2014 Treccani*, Roma, 2014, in *www.treccani.it*.

[494] Corte cost., 15 maggio 1963, n. 67, in *www.cortecostituzionale.it*, con commento di C. ESPOSITO, *Le pene fisse e i principi costituzionali di eguaglianza, personalità e rieducatività della pena*, cit., 661 ss. La pronuncia in questione ha ritenuto infondata la questione di legittimità dell'allora vigente art. 54 r.d.l. 15 ottobre 1925, n. 2033, che sanzionava con ammenda fissa un'ipotesi di frode nella fabbricazione e nel commercio di olii minerali combustibili. Ricordiamo che all'epoca vigeva un'interpretazione riduttiva tanto del principio di personalità della responsabilità penale, inteso meramente come "divieto di responsabilità per fatto altrui", quanto del principio rieducativo, funzione meramente eventuale della pena e comunque relegata alla sola fase esecutiva.

Un passaggio decisivo in tale evoluzione è rappresentato dalla sentenza n. 26 del 1979, con cui, per la prima volta, la Corte ha ritenuto «irragionevole» una pena fissa, affrontando dunque la questione con prevalente riferimento al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.[495].

La vera svolta si registra però con la sentenza n. 50 del 1980[496]. La questione sottoposta al vaglio di costituzionalità riguardava una contravvenzione in materia di circolazione stradale – l'utilizzo di veicoli industriali con carico eccedente rispetto al limite consentito – punita con una pena fissa (ammenda di 800.000 lire e 15 giorni di arresto). Per la prima volta, con argomentazioni che saranno costantemente richiamate nel dibattito sulla determinazione della pena, la Consulta afferma a chiare lettere che «in linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono in armonia con il volto costituzionale del sistema penale». Il combinato disposto degli artt. 3 e 27 Cost., infatti, esige – tanto per le pene detentive quanto per quelle pecuniarie – un'adeguata articolazione legale del sistema sanzionatorio e la necessità di riconoscere al giudice «appropriati ambiti e criteri» di discrezionalità[497]. Se la regola è la discrezionalità, ogni fattispecie sanzionata con pena fissa è per ciò solo indiziata di illegittimità[498]. Una volta impostata la questione in questi termini, spetta alla Corte il compito di accertare se, nel caso concreto, la pena prevista possa ritenersi congrua, pur in assenza di margini di flessibilità. Il dubbio di incostituzionalità potrà essere «superato a condizione che, per la

[495] Corte cost., 24 maggio 1979, n. 26, in *www.cortecostituzionale.it*, con commento di S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, cit., 134 ss. A differenza dei casi fino a quel momento trattati dalla Corte – che avevano riguardato solo ipotesi contravvenzionali – veniva qui in rilievo un delitto: la versione allora vigente dell'art. 186 cod. pen. mil. di pace, rubricato «insubordinazione con violenza», sanzionava con l'ergastolo il militare che, usando violenza contro il superiore, cagionava un'offesa alla vita o all'integrità fisica di quest'ultimo. La norma finiva così per ricomprendere un insieme eterogeneo di condotte tipiche – pur differenti sotto il profilo oggettivo e soggettivo (quali omicidio volontario, tentato omicidio, omicidio preterintenzionale, lesioni gravi o gravissime) – accomunate, tuttavia, da un identico trattamento sanzionatorio. Ciò in virtù del presupposto secondo cui ogni atto di violenza nei confronti del superiore militare integrerebbe, in egual misura, una lesione al rapporto di subordinazione gerarchica, a prescindere dall'offesa concretamente arrecata, sia essa alla vita o all'integrità fisica. La disposizione rappresentava pertanto «una deroga così ingiustificata rispetto ai princìpi del diritto penale vigente, da ledere l'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge». Avendo già accolto la questione sotto il profilo dell'art. 3 Cost., la Consulta ha ritenuto assorbita l'ulteriore censura sollevata *sub* art. 27 co. 3 Cost.

[496] Corte cost., 14 aprile 1980, n. 50, cit., con nota di C.E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, cit., 725 ss.

[497] Corte cost., 14 aprile 1980, n. 50, cit. Si realizzerebbe quindi una vera e propria costituzionalizzazione dell'art. 133 c.p., sostenuta in dottrina da F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 365 ss. e E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, cit., 345 ss.

[498] C.E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, cit., 738.

natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, questa appaia ragionevolmente proporzionata rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato»[499].

Il marcato sfavore con cui la Corte ha sempre guardato alla categoria delle pene fisse si è tuttavia scontrato con un ostacolo rilevante: la difficoltà di individuare adeguati *tertia comparationis* e l'assenza delle cc.dd. "rime obbligate", che hanno spesso impedito la possibilità di un intervento correttivo.

Da questo punto di vista, appare risolutiva la sentenza n. 222 del 2018, che ha dichiarato l'incostituzionalità della durata fissa di dieci anni delle pene accessorie dell'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e dell'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa, conseguenti alla condanna per delitti previsti dalla legge fallimentare[500]. L'accoglimento della questione è avvenuto a valle di due precedenti decisioni di inammissibilità proprio per mancanza di "rime obbligate"[501]. Tenendo conto però del mutamento della stessa giurisprudenza costituzionale in materia di sindacato sulla misura delle pene – inaugurato con la celebre sentenza n. 236 del 2016[502] – la Corte ha colto l'occasione per confermare e precisare ulteriormente che, «di fronte a un riscontrato *vulnus* ai principi di proporzionalità e individualizzazione del trattamento sanzionatorio, non è necessario che esista, nel sistema, un'unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima […] idonea a essere assunta come *tertium comparationis*. Essenziale, e sufficiente, a consentire il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata ipotesi di reato è che il sistema nel

[499] Corte cost., 14 aprile 1980, n. 50, cit. Si badi che, nel caso di specie, la Corte ha ritenuto la «misura della sanzione […], nel quadro delle scelte complessive operate dal legislatore penale, ragionevolmente rapportabile al tipo di illecito», dal momento che «le differenze, che pure si [ravvisavano] fra i casi rientranti nella previsione normativa, non [apparivano] nella specie di tale rilievo da imporre formali diversificazioni nella sanzione». Inoltre, sia pur come argomento *ad abundantiam*, trova ancora spazio nella sentenza in esame la vecchia tesi che considera le circostanze del reato come utili correttivi al problema della fissità della pena.

[500] Corte cost., 5 dicembre 2018, n. 222, cit. A commento della sentenza v. A. GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse e "rime obbligate": costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in *Dir. pen. cont*., 10 dicembre 2018; C. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a "rime possibili"*, in *Quad. cost*., 1/2019, 183; P. PISA, *Pene accessorie di durata fissa e ruolo "riformatore" della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc*., 2019, 216.

[501] Corte cost., 31 maggio 2012, n. 134 e Corte cost., 24 luglio 2012, n. 208, in *www.cortecostituzionale.it*.

[502] Corte cost., 11 novembre 2016, n. 236, in *www.cortecostituzionale.it*. Per un commento v. F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, cit.

suo complesso offra alla Corte "precisi punti di riferimento" e soluzioni "già esistenti"». Il rimedio, in concreto, è consistito nel trasformare l'originaria previsione secca di dieci anni in una pena accessoria "*fino a* dieci anni", demandando alla determinazione del giudice, «con valutazione caso per caso e disgiunta da quella che presiede alla commisurazione della pena detentiva, la durata delle pene accessorie previste dalla disposizione censurata, sulla base dei criteri indicati dall'art. 133 c.p.; durata che potrebbe dunque risultare, in concreto, maggiore di quella della pena detentiva contestualmente inflitta, purché entro il limite massimo di dieci anni. Ciò tenendo conto sia del diverso carico di afflittività, sia della diversa finalità, che caratterizzano le pene accessorie in parola rispetto alla pena detentiva»[503]. Come è stato messo in evidenza, tale arresto mostra altresì che il principio di individualizzazione della pena «non è più solo un indispensabile strumento (commisurativo) per la realizzazione della funzione rieducativa» ma «si espande anche oltre l'esigenza rieducativa, arrivando a coinvolgere anche pene sostanzialmente prive di valenza rieducativa»[504], come le pene accessorie o le sanzioni amministrative[505].

### *5.1.1. L'ergastolo come pena fissa*

Alla luce delle direttrici tracciate in seno alla giurisprudenza costituzionale, è lecito interrogarsi sulla legittimità della *species* di pena fissa più afflittiva, nonché massima sanzione contemplata dal nostro ordinamento: l'ergastolo[506].

---

[503] Corte cost., 5 dicembre 2018, n. 222, cit. Critico rispetto alla soluzione adottata dalla Corte A. MACCHIA, *La proporzionalità della pena nella prospettiva costituzionale e convenzionale*, cit., 9-10, che ravvisa il trasferimento in capo al giudice di «un compito che pare difficilmente compatibile con il principio di stretta legalità».

[504] Così F. PALAZZO, *Commisurazione della pena e discrezionalità giudiziale*, cit., 1345.

[505] Corte cost., 10 marzo 2023, n. 40, in *www.cortecostituzionale.it*, ha, infatti, chiarito che i principi elaborati in tema di pene fisse valgono anche per le sanzioni amministrative; pertanto, anche rispetto a queste ultime spetterà alla Corte appurare il carattere ragionevole e non sproporzionato della pena rispetto alle condotte meno gravi astrattamente sussumibili sotto la fattispecie in questione.

[506] L'ergastolo ha fatto la sua comparsa nel nostro ordinamento con il codice Zanardelli del 1889 quale «surrogato della pena capitale» (G. CRIVELLARI, sub *art. 12 c.p.*, in *Il Codice penale per il Regno d'Italia*, vol. II, Torino, 1890, 279): i condannati all'ergastolo erano assegnati ad uno stabilimento speciale e, per i primi sette anni dovevano eseguire la pena in segregazione cellulare continua, con obbligo di lavoro, mentre negli anni successivi, ferma la segregazione cellulare notturna, erano ammessi al lavoro con altri condannati con l'obbligo del silenzio. Il codice Rocco, nella sua versione originaria, contemplava invece l'ergastolo insieme alla pena di morte, tra le pene principali. Dopo l'abolizione della pena capitale (per i delitti del codice penale, nel 1944) l'ergastolo è diventato la massima pena irrogabile. Cfr. A. DELLA BELLA, sub *art. 22 c.p.*, in E. DOLCINI, G.L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, 2021, 371 ss.

Eppure, nell'ampio e talvolta accorato dibattito sulla compatibilità costituzionale dell'ergastolo, il *focus* si è sempre posto sul carattere perpetuo della pena[507], lasciando in ombra il profilo – non meno problematico – della sua fissità[508]. Come osservato in dottrina, probabilmente, «[i]l riferimento al carattere "fisso" dell'ergastolo è potuto […] apparire argomento troppo "tecnico" e "neutrale" di fronte ad una pena "eliminatrice", che con la sua perpetuità coinvolge così drammaticamente il destino sociale e l'essenza stessa della persona umana. Indiretta conferma di tale supposizione si può trarre dal fatto che il dibattito sembra essersi placato dopo che l'istituto della liberazione condizionale è stato reso applicabile, con procedimento giurisdizionale, anche agli ergastolani»[509].

Nondimeno, nell'ergastolo, la durata massima e minima della reclusione coincidono, dando luogo ad una pena fissa[510]. Inoltre, anche a voler ritenere superato il

[507] P. FIORELLI, voce *Ergastolo (storia)*, in *Enc. dir*., vol. XV, 1966, 223, individua nella perpetuità «il primo», «esclusivo, e insieme necessario» carattere della pena dell'ergastolo, connotato che però è stato eroso nel tempo. La prima tappa di questa evoluzione risale alla l. n. 1634 del 1962 che ha consentito all'ergastolano l'accesso alla liberazione condizionale dopo aver espiato almeno ventotto anni di pena. La storica sentenza costituzionale n. 204 del 1974, nel sottrarre al Ministro della giustizia la competenza a concedere tale misura, decretando dunque la giurisdizionalizzazione dell'istituto, ha altresì riconosciuto al condannato – anche ergastolano – un vero e proprio diritto «a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo». D'altra parte, lo stesso anno, la Corte rigettava le censure di incostituzionalità dell'ergastolo comune invocando la teoria polifunzionale della pena e la possibilità di accesso alla liberazione condizionale che inciderebbe sulla natura stessa della pena, che non è più quella concepita dal codice del 1930 (Corte cost., 22 novembre 1974, n. 264, cit.). Successivamente, la legge Gozzini (l. n. 663 del 1986) – oltre a ridurre il *quantum* di pena da scontare per essere ammesso alla liberazione condizionale da ventotto a ventisei anni, traslando la competenza in capo alla Magistratura di Sorveglianza – ha permesso al condannato all'ergastolo l'accesso al lavoro all'esterno e ai permessi premio dopo dieci anni e alla semilibertà dopo venti anni, nonché l'applicabilità della liberazione anticipata al fine di raggiungere anticipatamente le soglie di pena utili per accedere ai benefici e alle misure menzionate. Da ultimo, Corte cost., 4 giugno 1997, n. 161, in *www.cortecostituzionale.it*, ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto di riammettere alla liberazione condizionale il condannato all'ergastolo a cui sia stato revocato tale beneficio, pena la sua permanente esclusione dal circuito rieducativo. In sintesi, la Corte costituzionale non ha mai contrastato frontalmente l'ergastolo, ma ha progressivamente ampliato l'operatività degli istituti penitenziari che possono consentire all'ergastolano un percorso di reinserimento sociale.

Per approfondire il tema dell'ergastolo comune e della sua conformità all'assetto costituzionale si rimanda a: AA. VV., *Contro l'ergastolo. Il carcere a vita, la rieducazione e la dignità della persona*, (a cura di) S. ANASTASIA, F. CORLEONE, Roma, 2009; M. BIANCHI, *Poena sine fine. Sulla legittimità etica e costituzionale dell'ergastolo*, in *Cass. pen*., 10/2015, 3822 ss.; L. RISICATO, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 3/2015, 1238 ss.; M. PISANI, *La pena dell'ergastolo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2/2016, 575 ss.; E. DOLCINI, *Fine pena: 31/12/9999. Il punto sulla questione ergastolo*, in *www.sistemapenale.it*, 15 novembre 2021.

[508] Così, F. BRICOLA, *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa*, cit., 202, secondo il quale può «sembrare singolare» che il problema della costituzionalità dell'ergastolo «si sia posto solamente con riguardo al rapporto tra la perpetuità della sua durata e l'impossibilità di un teleologismo rieducativo dello stesso in sede esecutiva, senza fare riferimento alla sua fissità astratta».

[509] C.E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, cit., 730.

[510] A. PUGIOTTO, *Una* quaestio *sulla pena dell'ergastolo. Sulla incostituzionalità del carcere a vita*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 5 marzo 2013, 13.

connotato della perpetuità per via dell'applicabilità della liberazione condizionale, rimane pur sempre il carattere fisso dei ventisei anni di pena che devono necessariamente trascorrere per poter presentare istanza di concessione della misura[511], soglia che, di fatto, si fonda su una presunzione assoluta di pericolosità sociale. A destare ulteriori perplessità è poi l'automaticità nell'applicazione dell'ergastolo: la sua irrogazione, infatti, è rigidamente imposta dalle relative comminatorie autonome o circostanziate[512].

Non varrebbe a superare le obiezioni formulate neppure «la possibilità per il giudice di calibrare la risposta punitiva attraverso il gioco incrociato delle circostanze del reato: trattasi, infatti, di situazioni […] meramente eventuali, talvolta addirittura paralizzate per legge»[513]. Invocare il ricorso al giudizio di bilanciamento si rivela un palliativo insoddisfacente, che scarica impropriamente sul giudice il compito di rimediare alla rigidità della pena astratta dell'ergastolo, che continua ad essere *ab origine* fissa e per ciò solo indiziata di illegittimità[514].

Secondo l'attuale insegnamento della Consulta, tuttavia, per addivenire ad una declaratoria di incostituzionalità, occorre verificare se le attuali previsioni normative dell'ergastolo appaiano sproporzionate rispetto all'intera gamma dei fatti tipizzati nelle fattispecie sanzionate con la massima pena. Da questo punto di vista, pare difficile sostenere che, nel sistema vigente – ove l'ergastolo è comminato per tipologie delittuose particolarmente gravi, in relazione a fattispecie fortemente selettive, che selezionano fatti equiparabili al massimo livello di disvalore – la pena a vita costituisca, in linea di principio, una risposta sproporzionata[515]. Sicché, allo stato attuale, non sembra plausibile che la Corte costituzionale possa giungere a dichiarare l'illegittimità dell'ergastolo, salvo che non adotti un orientamento radicalmente più incisivo di quello sinora seguito,

[511] A seguito del d.l. 162/2022, conv., con modifiche, dalla l. 199/2022, gli anni di pena da espiare per accedere alla liberazione condizionale sono invece trenta per gli ergastolani c.d. ostativi. La riforma prende le mosse dall'ord. n. 97 del 2021, con la quale la Corte costituzionale ha accertato – senza però dichiararla – l'illegittimità del c.d. ergastolo ostativo, statuendo la necessità di superare l'equazione "mancata collaborazione-pericolosità sociale-divieto assoluto di accesso ai benefici". La nuova disciplina dell'art. 4-*bis* o.p., tuttavia, travalica il monito della Consulta, restituendoci un quadro normativo per molti versi deteriore rispetto al precedente. Sull'ergastolo ostativo post-novella del 2022, v., *infra*, par. 5.3.1.

[512] Le disposizioni di parte speciale che contemplano la pena dell'ergastolo riguardano delitti contro la personalità dello Stato, contro l'incolumità pubblica, contro la vita e contro la libertà morale.

[513] A. PUGIOTTO, *Una* quaestio *sulla pena dell'ergastolo*, cit., 13.

[514] Di diverso avviso D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, cit., 54, per il quale «l'applicabilità di eventuali attenuanti» renderebbe la pena dell'ergastolo «non del tutto fissa» e quindi in linea con il dettato costituzionale.

[515] Ancora D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, cit., 54.

qualificando come incompatibile con la Costituzione – in ogni caso – la pena fissa, in quanto strutturalmente in contrasto con i principi di individualizzazione della pena, uguaglianza e rieducazione. Una conclusione, quest'ultima, che ha trovato numerosi sostenitori in dottrina[516] e che ha costituto l'architrave di talune proposte di riforma volte ad abolire la pena perpetua[517].

Una soluzione intermedia, che pur senza cancellare definitivamente dal sistema sanzionatorio l'ergastolo, permetterebbe di introdurre un coefficiente di flessibilità,

[516] In proposito E. GALLO, *Significato della pena dell'ergastolo. Aspetti costituzionali*, in *Dei delitti e delle pene*, 2/1992, 71, osserva che non può tendere alla rieducazione «una pena che, essendo fissa, e non potendo, come tale, essere adeguata sia al fatto che alla personalità del reo, induce nel condannato sentimenti reattivi di rancore nei confronti dell'ordinamento e sentimenti di ribellione alla sanzione, che paralizzano ogni possibilità di risocializzazione». Secondo L. FERRAJOLI, *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Dei delitti e delle pene*, 2/1992, 84, «[l]a pena dell'ergastolo contraddice il principio di *giurisdizionalità* delle pene, il quale esclude pene fisse, non graduabili sulla base della valutazione del caso concreto. Essa è una pena per sua natura *iniqua* perché non graduabile equitativamente dal giudice, non attenuabile sulla base dei concreti, singolari e irripetibili connotati del fatto, la cui valutazione forma uno dei momenti essenziali della giurisdizione. L'astratta predeterminazione legale del tipo di reato punito con l'ergastolo non toglie infatti che ogni reato è diverso dall'altro e che è precisamente nell'individuazione e nella comprensione dei suoi specifici connotati che risiede l'*equità penale*, che forma una dimensione essenziale del giudizio penale». Per A. PUGIOTTO, *Una* quaestio *sulla pena dell'ergastolo*, cit., 13-14, «[a]utomatismo e fissità, entrambi caratteri dell'ergastolo, entrano in tensione innanzitutto con le esigenze d'individualizzazione (nella specie e nella durata) della pena, condizione essenziale per soddisfare la sua necessaria finalizzazione rieducativa […]. La scelta legislativa più coerente con il paradigma costituzionale della pena è quella a favore della sua mobilità compresa tra un minimo ed un massimo edittale, al fine di consentire al giudice di adeguare la risposta punitiva alla specificità del caso. Qui ad entrare in gioco è il principio di eguaglianza, che impone trattamenti punitivi ragionevolmente differenziati in base all'entità del fatto e alle condizioni personali del reo: esigenza soddisfatta attraverso gli artt. 132 e 133 c.p. che guidano l'esercizio della discrezionalità sanzionatoria del giudice. L'ergastolo quale pena fissa, tanto più quando la sua applicazione risponde a un automatismo normativo, appare dunque fortemente indiziato di illegittimità costituzionale (anche) per violazione dell'art. 3 Cost.». E. DOLCINI, *Fine pena: 31/12/9999*, cit., 17, solleva forti dubbi in merito alla compatibilità dell'ergastolo con il volto complessivo dell'ordinamento statale e in particolare con il principio rieducativo: «se rieducazione deve intendersi come offerta di aiuto al condannato perché possa aumentare le sue *chances* di vivere nella società rispettandone le regole, questa idea cozza frontalmente con una pena la cui idea di fondo è la definitiva espulsione del condannato dal consorzio civile». R. BARTOLI, *Tipologia e misura delle pene nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 97, sostiene che «il ragionamento per cui l'ergastolo come pena astratta è legittimo in quanto in concreto si può applicare la liberazione condizionale, può essere rovesciato e ritenersi che l'ergastolo come pena astratta è illegittimo nel momento in cui nella sua astrazione contiene la possibilità che si possa concretizzare come pena perpetua connessa alla mancata rieducazione o alla permanenza di pericolosità».

[517] In particolare, il Progetto Riz (1995) prevedeva come unica tipologia di pena detentiva la reclusione da un minimo di tre mesi a un massimo di trenta anni; il progetto Grosso (2001) proponeva la sostituzione dell'ergastolo con la c.d. reclusione speciale che andava da un minimo di venticinque ad un massimo di trenta anni; infine, il Progetto Pisapia (2007) contemplava, accanto alla c.d. detenzione ordinaria (da tre mesi a venti anni), la c.d. detenzione di massima durata (fra ventotto e trentadue anni). E. DOLCINI, *Fine pena: 31/12/9999*, cit., 13, osserva che la previsione di una pena detentiva diversa dalla reclusione e riservata ai soli gravissimi reati attualmente repressi con l'ergastolo consentirebbe «di differenziare i tempi per l'accesso ai 'benefici penitenziari' e alla liberazione condizionale, prevedendo tempi più lunghi per i condannati alla pena che prenda il posto dell'ergastolo. In questo modo sarebbe possibile sterilizzare gli effetti 'a cascata' dell'abolizione dell'ergastolo, derivanti, tra l'altro, dalle circostanze attenuanti e dalle misure previste dall'ordinamento penitenziario».

idoneo a consentire un adeguamento della pena al caso concreto, potrebbe consistere nel prevedere un intervallo temporale, compreso tra un minimo e un massimo edittale, entro il quale determinare il periodo necessario per accedere alla liberazione condizionale, superando così la rigidità dell'attuale soglia di ventisei anni[518].

### *5.2. Le pronunce di illegittimità costituzionale degli automatismi sanzionatori previsti al momento della commisurazione extraedittale: le blindature al giudizio di bilanciamento*

La stessa predisposizione di un sistema di circostanze rappresenta il tentativo del legislatore di garantire contemporaneamente le esigenze di legalità e il miglior adeguamento della pena alla multiforme varietà delle ipotesi criminose che possono realizzarsi nella realtà[519], tanto che in dottrina si è parlato di un istituto «al bivio» tra «legalità», intesa come «tipicità della comminatoria edittale» che pone in primo piano l'operato del legislatore, e «discrezionalità» intesa come «commisurazione o concretizzazione/applicazione» della pena, che vede come protagonista il giudice[520].

L'alternativa tra legalità e discrezionalità investe tanto il piano della concreta individuazione del dato aggravante o attenuante (si pensi alle circostanze attuanti generiche)[521], quanto quello degli effetti modificativi della sanzione in concreto

---

[518] Così, M. BIANCHI, *Poena sine fine. Sulla legittimità etica e costituzionale dell'ergastolo*, cit., 3834.

[519] In argomento, *ex multis*, cfr. in ordine cronologico A. MALINVERNI, voce *Circostanze del reato*, in *Enc. dir*., VII, Milano, 1961, 66 ss.; G. CONTENTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, 1963; A.M. STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1971; G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983; S. PROSDOCIMI, *Note su alcuni criteri di classificazione delle circostanze del reato*, in *Ind. pen*., 1983, 269; T. PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen*., II, Torino, 1988, 188; R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, I, Milano, 1989; A. MANNA, voce *Circostanze del reato*, in *Enc. giur*., VI, Roma, 1994; A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze aggravanti*, Milano, 1993; ID., *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000; L. PELLEGRINI, *Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma*, Firenze, 2014; I. MERENDA, *Le circostanze del reato tra prevenzione generale e speciale*, Torino, 2022. Si rimanda a Cap. 3, par. 4.1., per una più ampia riflessione sulla commisurazione extraedittale.

[520] R. BARTOLI, *Le circostanze 'al bivio' tra legalità e discrezionalità*, in R. BARTOLI, M. PIFFERI (a cura di), *Attualità e storia delle circostanze del reato. Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità*, Milano, 2016, 21.

[521] A proposito delle circostanze attenuanti di cui all'art. 62-*bis* c.p., A.M. STILE, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, cit., 83, osserva che «[n]ella ricerca del 'valore attenuante' [...] l'attività discrezionale del giudice non ha limiti normativi, nel senso che il magistrato deve ricercare tra gli elementi che il caso concreto gli prospetta tutti gli eventuali significati di valore positivo». In termini analoghi, M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., 16. In argomento cfr. anche A. MALINVERNI, voce *Circostanze del reato*, cit., 93 ss.; F. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite. (Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato)*, in *Riv. it dir. e proc. pen*., 1964, 1019 ss. e ora in, *Scritti di diritto penale*, vol I, 1997, 301 ss., il quale rileva come le attenuanti generiche siano caratterizzate da una discrezionalità

applicabile[522], nonché, per quanto qui maggiormente interessa, la disciplina del concorso eterogeneo di circostanze.

Il giudizio di bilanciamento *ex* art. 69 c.p. è infatti considerato «uno strumento di commisurazione della pena al caso concreto»[523], che, ampliando la discrezionalità del giudice, contribuisce a determinare una flessibilizzazione della risposta sanzionatoria, sovente nel senso di una mitigazione della severità del codice Rocco. La tecnica del bilanciamento consente al giudice di realizzare una valutazione complessiva e sintetica sulla gravità del reato e sulla pericolosità del reo, che trascende la dimensione meramente aritmetico-quantitativa, tenendo conto di tutti gli elementi che emergono nel corso del processo[524].

Come noto, nel dichiarato intento di stemperare il rigoroso trattamento sanzionatorio del codice del Trenta e di perseguire la massima individualizzazione della risposta punitiva[525], il d.l. 11 aprile 1974, n. 99, conv. in l. 220/1974 ha, *inter alia*, esteso il giudizio di comparazione a tutte le circostanze aggravanti e attenuanti, anche ad efficacia speciale[526]. Nondimeno, questo ampio intervento riformatore ha fin da subito suscitato riserve, sia in quanto difficilmente conciliabile con l'originario impianto

bifasica, che contraddistingue sia l'individuazione che l'applicazione di questa tipologia di circostanze. Più recentemente, L. PELLEGRINI, *Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma*, cit.

[522] Per tutti, cfr. F. BASILE, *L'enorme potere delle circostanze sul reato; l'enorme potere dei giudici sulle circostanze*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 4/2015, 1743 ss.

[523] Per tutti, G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 194 ss.

[524] Cfr. *Relazione al progetto definitivo*, in *Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale*, V, Roma, 1930, 123, ove si dice che «il giudice (deve avere) una visione completa ed organica del colpevole e del reato da questo commesso, in modo che la pena da applicare in concreto sia, per quanto è possibile, il risultato di un giudizio complessivo e sintetico sulla personalità del reo e sulla gravità del reato, anziché l'arido risultato di successive operazioni aritmetiche». In tal senso anche Corte cost., 13 febbraio 1985, n. 38, in *www.cortecostituzionale.it*, ove si afferma che il giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee consente al giudice di «valutare il fatto in tutta la sua ampiezza circostanziale, sia eliminando dagli effetti sanzionatori tutte le circostanze (equivalenza), sia tenendo conto di quelle che aggravano la *quantitas delicti*, oppure soltanto di quelle che la diminuiscono».

[525] Cfr. *Relazione della IV Commissione sul disegno di legge n. 2969 sulla conversione in legge del d.l. 11 aprile 1974, n 99*.

[526] La novella del '74 rappresenta il primo intervento di ampio respiro della parte generale del codice che ha altresì introdotto il cumulo giuridico per le pene in caso di concorso formale di reati; esteso la disciplina del reato continuato fino a ricomprendervi anche violazioni di disposizioni di legge eterogenee; trasformato l'aggravante della recidiva da obbligatoria a facoltativa; esteso i limiti della sospensione condizionale anche per il caso di seconda concessione. Molte le voci autorevoli in dottrina che hanno evidenziato fin da subito gli effetti dirompenti della riforma del 1974: R. BERTONI, *La riforma penale dell'aprile 1974*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1976, 1393 ss.; F. BRICOLA, *Il sistema sanzionatorio penale nel codice Rocco e nel progetto di riforma*, in F. BRICOLA, V. CAVALLARI, F. LUGNANO, G. NEPPI MODONA, U. SPAGNOLI, U. TERRACINI (a cura di), *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, Roma, 1974, 70 ss.; G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, 469 ss.; F. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, 1985, 23 ss.; A.M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi Urbinati*, 1976-1977, 280 ss.; G. VASSALLI, *La riforma penale del 1974*, Milano, 1975.

codicistico[527], sia in quanto ha finito per demandare al giudice – dilatandone di molto il potere discrezionale, per l'appunto – la soluzione di problemi di politica criminale che avrebbero invece dovuto trovare più opportuna soluzione in sede legislativa[528], con rilevanti conseguenze sul piano della certezza e della parità di trattamento[529].

A questo «trionfo della discrezionalità commisurativa» si è però opposto «il legislatore delle varie "emergenze" criminali»[530] attraverso la previsione di circostanze aggravanti c.d. privilegiate o blindate, la cui applicazione è sempre garantita, nel senso che la variazione di pena connessa al loro riconoscimento non può essere neutralizzata in sede di concorso con circostanze di segno opposto, dovendo le aggravanti necessariamente prevalere (c.d. blindatura a base totale) o, tutt'al più, essere considerate equivalenti alle attenuanti (c.d. blindatura a base parziale)[531]. Comparso per la prima volta nell'ambito della legislazione antiterrorismo con il d.l. n. 625/1979, l'espediente della blindatura è divenuto negli anni un ricorrente tratto distintivo della produzione normativa

[527] F. BRICOLA, *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, 158, osserva che «in un codice armonico e compatto qual è il codice del '30 non è possibile operare iniezioni di tipo novellistico, se non correndo il rischio che il loro effetto sia neutralizzato dall'insieme non ritoccato ovvero che, spezzando la razionalità dell'insieme, si ottengano risultati irrazionali o devianti dalle stesse premesse dalle quali muove il riformatore».

[528] Così, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 40. Dello stesso avviso, F. BRICOLA, *Commento all'art. 25 co. 2 Cost*., cit., 268 ss.; F. GIUNTA, *Diritto penale. Una introduzione*, cit., 114 per il quale «[s]i è, in tal modo affermata un'inedita forma di supplenza giudiziaria – paradossalmente avallata dallo stesso legislatore – che può spingersi fino all'individuazione della cornice di pena in concreto applicabile».

[529] V., *amplius*, D. PULITANÒ, *Circostanze del reato. Problemi e prospettive*, in F. DASSANO, S. VINCIGUERRA (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Torino, 2010, 701 ss.

[530] F. PALAZZO, *Commisurazione della pena e discrezionalità giudiziale*, cit., 1347.

[531] In argomento cfr. il lavoro monografico di A. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010. Più recentemente, inoltre, F. CAMPLANI, *Le circostanze privilegiate e il relativo bilanciamento nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite*, 20 maggio 2022, in *www.camminodiritto.it*.

emergenziale: dalla legge *ex* Cirielli del 2005[532] ai pacchetti sicurezza del 2008-2009[533], fino a interventi più recenti[534].

La logica che sorregge il meccanismo della blindatura «è antitetica rispetto all'inclusione generalizzata di tutte le circostanze nel giudizio di bilanciamento ed è volta a riaffermare la preminenza delle scelte politico-incriminatrici del legislatore con riferimento a circostanze ritenute già sul piano astratto più rilevanti delle altre»[535]. Attraverso tale strumento il legislatore ritorna quindi sui suoi passi, sconfessando gli indirizzi sottesi alla novella del 1974 e finendo nuovamente per inasprire il regime sanzionatorio. La circostanza blindata, infatti, vuole veicolare l'idea di una "pena effettiva", al riparo da oscillazioni giurisprudenziali. In tal senso, si configura un automatismo che limita l'esercizio della discrezionalità giudiziale: «[s]i intende assicurare […] quale esito sanzionatorio certo, che la pena in concreto inflitta, al ricorrere

[532] Come noto, è stata la l. n. 251/2005 a introdurre un meccanismo di blindatura parziale, per la prima volta, all'interno dell'art. 69 c.p., connettendo l'esclusione non ad una specifica fattispecie di reato, bensì ad una particolare tipologia soggettiva, ossia la figura del recidivo reiterato. Ci limitiamo a citare alcuni dei numerosi contributi a commento della riforma in oggetto: AA. VV., *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva: analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex Cirielli")*, (a cura di) A. BARAZZETTA, A. SCALFATI, Padova, 2006; T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir., Dossier*, 1/2016, 32 ss.; E. DOLCINI, *Le due anime della legge ex Cirielli*, in *Corr. Merito*, 2006, 55 ss.; A. MELCHIONDA, *Commento agli artt. 2 e 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251: circostanze, recidiva, prescrizione*, in *Dir. pen. proc*., 2006, 175 ss.; D. POTETTI, *Osservazioni in tema di recidiva alla luce della legge n. 251/2005 (c.d. "ex Cirielli")*, in *Cass. pen*., 2006, 2467 ss.;

[533] La l. n. 92/2008 ha introdotto la prima ipotesi di esclusione del bilanciamento prevista per reati colposi all'art. 590-*bis* c.p., il quale nella formulazione all'epoca vigente statuiva che le eventuali circostanze attenuanti concorrenti con le aggravanti di cui agli artt. 598 co. 3 o 590 co. 3 c.p. non potessero essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operassero sulla quantità di pena determinata ai sensi delle predette circostanze aggravanti (il meccanismo di blindatura è oggi contenuto all'art. 590-*quater* c.p.). Per un commento: F. COZZI, *Le modifiche al codice della strada*, in M. PELISSERO, E. ANTONINI, F. COZZI (a cura di), *Le novità del pacchetto sicurezza (prima parte)*, in *Dir. pen. proc*., 2008, 1373 ss.; V. LUCIANETTI, *Il nuovo volto dei reati di omicidio e lesioni colpose nel quadro della legislazione dell'emergenza*, in *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, in S. LO RUSSO (a cura di), Padova, 2008, 390 ss.; G.L. GATTA, *Modifiche in tema di omicidio colposo e di lesioni personali colpose*, in *Decreto sicurezza: tutte le novità*, Milano, 2009, 67 ss.

Con la legge n. 94/2009 sono state inoltre blindate le circostanze aggravanti speciali ad efficacia speciale della rapina (e dell'estorsione, in forza del richiamo contenuto nell'art. 629 co. 2 c.p.) contenute ai commi 3, 3-*bis*, e 3-*quater* dell'art. 628 c.p. Per un commento: A. PECCIOLI, *La riforma delle circostanze e le ipotesi escluse dal bilanciamento*, in A. PECCIOLI, M.E. SCALIA, D. D'AURIA (a cura di), *Le modifiche al codice penale (I)*, in *Dir. proc. pen*., 2009, 1197 ss.; S. TURCHETTI, *Furto: nuove aggravanti*, in S. CORBETTA, A. DELLA BELLA, G.L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e sicurezza pubblica: le riforme del 2009*, Milano, 2009, 199 ss.; C. RUGA RIVA, *Una nuova parola d'ordine: lotta senza quartiere contro l'illegalità diffusa*, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di), *Il pacchetto sicurezza*, Torino, 2009, 131 ss.

[534] Per fare un esempio, si pensi all'introduzione dell'art. 69-*bis* c.p. ad opera del d.lgs. n. 21/2018 che ha avuto l'effetto di sottrarre sia al giudizio di soccombenza che a quello di equivalenza le circostanze aggravanti applicabili ai reati contemplati nell'art. 407 co. 2 lett. a) c.p.p.

[535] Così, I. MERENDA, *Recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale. Verso un definitivo superamento del meccanismo della blindatura previsto dall'art. 69, comma 4, c.p.?*, in *Dir. pen. proc*., 11/2023, 1489.

degli elementi della fattispecie aggravata, non sia inferiore a quel minimo reputato "simbolicamente" insuperabile, a fronte della (astratta) gravità delle condotte incriminate, per la loro offensività in termini oggettivi o per il grado di colpevolezza che le contraddistinguerebbe – sempre in tesi – sul piano soggettivo»[536]. È evidente come, alla base delle deroghe al bilanciamento, vi siano presunzioni assolute che, predeterminando un valore-disvalore per il singolo elemento caratterizzante il fatto storico di reato e inibendo l'apprezzamento del giudice, riaffermano in via aprioristica l'imperio del legislatore. Per questa via, la "commisurazione giudiziale" cede il posto alla "commisurazione legale"[537].

La Consulta, più volte sollecitata a vagliare la compatibilità dei meccanismi di blindatura con il dettato costituzionale, ha sostenuto che, pur integrando «una grave limitazione», essi non siano di per sé illegittimi[538], potendo però essere oggetto di un sindacato di costituzionalità qualora «trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio, come avviene a fronte di sperequazioni sanzionatorie tra fattispecie omogenee non sorrette da alcuna ragionevole giustificazione»[539], nonché quando determinino «un'alterazione degli equilibri costituzionalmente imposti nella strutturazione della responsabilità penale»[540].

Ripercorrendo l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale formatasi soprattutto, anche se non esclusivamente, con riferimento al divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata, previsto dall'art. 69, comma 4, c.p.[541], è possibile individuare, pur nella varietà delle situazioni esaminate, due diverse linee

---

[536] R. RUDONI, *Eguaglianza, proporzionalità e individualizzazione della pena nel sindacato di costituzionalità sulle aggravanti 'privilegiate' (nota a Corte cost., sentenza n. 197 del 2023 in tema di omicidio aggravato dal contesto familiare o affettivo)*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2024, 232-233.

[537] Sul punto v. L. PELLEGRINI, *Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma*, cit., 191 ss.

[538] Corte cost., 13 febbraio 1985, n. 38, cit.

[539] Corte cost., 23 marzo 2012, n. 68, cit.

[540] Corte cost., 15 novembre 2012, n. 251, cit.

[541] Sul divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata, previsto dall'art. 69 co. 4 c.p. cfr.: Corte cost., 15 novembre 2012, n. 251; Corte cost., 18 aprile 2014, n. 105; Corte cost., 18 aprile 2014, n. 106; Corte cost., 7 aprile 2016, n. 74; Corte cost., 17 luglio 2017, n. 205; Corte cost., 24 aprile 2020, n. 73; Corte cost., 25 febbraio 2021, n. 55; Corte cost., 8 luglio 2021, n. 143; Corte cost., 12 maggio 2023, n. 94; Corte cost., 11 luglio 2023, n. 141; Corte cost., 12 ottobre 2023, n. 188; Corte cost., 9 novembre 2023, n. 201, tutte in *www.cortecostituzionale.it*. Su circostanze privilegiate diverse dalla recidiva reiterata cfr.: Corte cost., 17 aprile 2019, n. 88, relativa ad alcune aggravanti blindate in materia di circolazione stradale; Corte cost., 7 giugno 2021, n. 117, relativa all'aggravante della violenza sulle cose nella rapina; Corte cost., 30 ottobre 2023, n. 197, relativa all'aggravante dell'omicidio commesso in contesti familiari o para-familiari, tutte in *www.cortecostituzionale.it*.

argomentative, tra loro assolutamente compatibili, adottate dalla Corte costituzionale per censurare i meccanismi di blindatura: l'una ruota attorno al principio di proporzionalità, l'altra valorizza massimamente il principio di individualizzazione della pena.

In una prima fase della giurisprudenza costituzionale in materia, in cui ad essere censurato era il divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata di circostanze attenuanti ad effetto speciale, la Corte ha fondato le sue declaratorie di illegittimità principalmente sul canone della proporzionalità della pena, stigmatizzando la «particolare ampiezza della divaricazione tra la pena base prevista per il reato non circostanziato e quella risultante dall'applicazione dell'attenuante; divaricazione che, per essere compatibile con i principi di eguaglianza (art. 3, primo comma, Cost.), di offensività della condotta penale (art. 25, secondo comma, Cost.) e di proporzionalità della pena tendente alla rieducazione del condannato (art. 27, terzo comma, Cost.), richiede necessariamente che il giudice possa operare l'ordinario giudizio di bilanciamento delle circostanze (art. 69 cod. pen.), senza che sia preclusa la valutazione di prevalenza dell'attenuante sulla recidiva reiterata»[542].

È solo a partire dalla sentenza n. 73 del 2020 che la Consulta inizia a sindacare il meccanismo di blindatura della recidiva reiterata anche in relazione a circostanze ad effetto comune[543]. Tale apertura è stata determinata, in sostanza, da uno spostamento concettuale verso il canone dell'individualizzazione della pena, anche se l'argomento che fa leva sulla proporzionalità non viene abbandonato, ma piuttosto cambia fisionomia: «se in relazione alle attenuanti ad effetto speciale il *focus* era sulla divaricazione tra cornice edittale base e attenuata, in relazione alle circostanze ad effetto comune ad essere considerata sproporzionata è l'inibizione applicativa - in forza del divieto di prevalenza - di un'attenuante che svolge una "necessaria funzione di riequilibrio" rispetto a fattispecie con minimi edittali molto severi»[544]. Come si diceva, però, la *ratio* più profonda della

[542] Ragionamento ben sintetizzato nel passaggio citato tratto da Corte cost., 12 maggio 2023, n. 94, cit. In dottrina cfr. C. BERNASCONI, *Giudizio di bilanciamento, circostanze c.d. privilegiate e principio di proporzione*, in *Giur. cost.*, 2012, 4057 ss., nota a Corte cost., 15 novembre 2012, n. 251, cit.

[543] Corte cost., 24 aprile 2020, n. 73, cit., che ha censurato il meccanismo di blindatura della recidiva con riferimento all'attenuante del vizio parziale di mente (art. 89 c.p.). Per un commento: G. LEO, *La Consulta ristabilisce la piena discrezionalità del giudice per la comparazione tra recidiva e diminuente della seminfermità mentale*, in *www.sistemapenale.it*, 24 aprile 2020.

[544] B. FRAGASSO, *Il sindacato di costituzionalità sulle circostanze aggravanti privilegiate, tra proporzionalità e individualizzazione della pena*, in *Dir. pen. proc*., 5/2024, 670. L'autrice mette infatti in evidenza come nel caso in esame non siano effettivamente replicabili «le *rationes* tipiche del giudizio di (s)proporzionalità intrinseca della pena in materia di blindatura […]: non è riscontrabile né un'ampia divaricazione tra la pena prevista per il reato non circostanziato e quella per la fattispecie attenuata (come era invece accaduto per il divieto di prevalenza delle attenuanti ad effetto speciale), né – trattandosi di circostanza comune, applicabile in relazione a qualsiasi fattispecie incriminatrice – un minimo edittale

dichiarazione di incostituzionalità nel citato arresto, e anche in successive pronunce[545], parrebbe consistere nella illegittima limitazione del potere discrezionale del giudice nell'individualizzazione del trattamento sanzionatorio[546]. Il Giudice delle leggi infatti enfatizza «l'esigenza, di rango costituzionale, di determinazione di una pena proporzionata e calibrata sull'effettiva personalità del reo in conformità con una concezione della colpevolezza come avente una funzione "graduante" nella commisurazione della pena»[547]. Ad ulteriore conferma di quanto sostenuto, si noti che – per la prima volta nella giurisprudenza sul meccanismo di blindatura *ex* art. 69 co. 4 c.p. – viene richiamato un passaggio chiave della sentenza n. 222 del 2018 in tema di pene fisse, ove si afferma che la pena deve essere «una risposta – oltre che non sproporzionata – il più possibile 'individualizzata', e dunque calibrata sulla situazione del singolo condannato, in attuazione del mandato costituzionale di 'personalità' della responsabilità penale di cui all'art. 27, primo comma, Cost.».

In tale prospettiva, appare evidente come i due filoni giurisprudenziali richiamati – quello sulle pene fisse e quello relativo al meccanismo di blindatura del bilanciamento – tendano a convergere, ponendosi entrambi a presidio di una medesima esigenza: garantire al giudice uno spazio di effettiva discrezionalità nella determinazione della pena. In entrambe le ipotesi, infatti, il comune denominatore è rappresentato dalla necessità di scongiurare l'operatività di automatismi normativi che, impedendo ogni possibilità di adeguamento della sanzione alle peculiarità del caso concreto e alla personalità del reo, attraverso un'indebita equiparazione *quoad poenam* di situazioni eterogenee, finirebbero per violare il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

Per concludere sul punto, è significativo osservare che, sebbene la Consulta abbia sempre negato l'illegittimità *tout court* della blindatura del bilanciamento, la stragrande maggioranza delle questioni sollevate in merito è stata accolta: il meccanismo viene dunque salvato (solo) in astratto ma dichiarato (quasi) sempre incostituzionale in

particolarmente severo, nei confronti dei quali l'attenuante debba svolgere una "necessaria funzione di riequilibrio" costituzionalmente necessaria».

[545] Cfr., ad esempio, Corte cost., 11 luglio 2023, n. 141, cit., che ha dichiarato illegittimo il divieto di prevalenza della circostanza attenuante comune del danno patrimoniale di speciale tenuità (art. 62 n. 4 c.p.) sulla recidiva reiterata, in relazione a tutti i delitti che offendono il patrimonio.

[546] Così, E. PENCO, *Offensività e colpevolezza nel controllo di costituzionalità in materia di recidiva e giudizio di bilanciamento*, in *Dir. pen. proc*., 2/2021, 268.

[547] Corte cost., 24 aprile 2020, n. 73, cit.

concreto[548]. I tempi potrebbero allora, forse, essere maturi per superare l'approccio casistico finora seguito dalla Consulta, affermando l'incompatibilità strutturale del meccanismo di blindatura con il dettato costituzionale[549], quantomeno con riferimento al divieto di subvalenza della recidiva reiterata che appare certamente il caso più problematico e controverso[550].

### *5.3. Le pronunce di illegittimità costituzionale degli automatismi sanzionatori previsti in fase esecutiva*

L'art. 1 della legge sull'ordinamento penitenziario (legge n. 354 del 1975) bene compendia i principi direttivi che informano il trattamento penitenziario, il cui obiettivo finale coincide con il reinserimento sociale del condannato, «attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni degli interessati»[551].

Il trattamento individualizzato, formulato attraverso l'osservazione scientifica della personalità per rispondere ai particolari bisogni della personalità di ciascun soggetto (art. 13 o.p.), diventa lo strumento attraverso il quale ricondurre il reo nel consesso sociale dal quale la condanna lo ha forzatamente espulso e, in quest'ottica, la possibilità di accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative può essere considerata la più ampia estrinsecazione del trattamento risocializzante[552].

---

[548] R. BARTOLI, *Tipologia e misura delle pene nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 110.

[549] Molte voci in dottrina si sono sbilanciate in questo senso. G. CARUSO, *Su recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento: parola 'fine' della Corte costituzionale?*, in *Arch. pen*., 1/2013, 11, la ritiene una conseguenza obbligata del carattere autenticamente commisurativo del giudizio di bilanciamento. R. BARTOLI, *La recidiva davanti allo specchio della Costituzione*, in *Dir. pen. proc*., 12/2012, *Speciale recidiva*, 22, osserva che «se si accoglie l'idea avallata dalla stessa Corte costituzionale, secondo cui il giudizio comparativo tra le circostanze sarebbe uno strumento di individualizzazione della pena e quindi un "giudizio di valore globale del fatto", la non prevalenza delle circostanze attenuanti costituirebbe una rigida presunzione che non solo impedisce una valutazione di possibili indici concretamente preminenti rispetto alla maggiore colpevolezza o capacità a delinquere, ma che addirittura ne cancella la rilevanza, visto che nella prospettiva di un giudizio di comparazione globale l'indice soccombente è destinato a non assumere rilevanza in sede di commisurazione in senso stretto della pena».

[550] Se, invero, come affermato dalla Corte costituzione in un *obiter dictum* nella sentenza n. 141 del 2023, «la recidiva non ha nulla ha a che vedere con la gravità oggettiva e soggettiva del singolo fatto di reato», essendo piuttosto fondata sulla colpa d'autore e sulla mera neutralizzazione della pericolosità individuale, è giocoforza ritenere che essa non possa impedire la prevalenza delle attenuanti, che, per loro natura, attribuiscono rilievo ad elementi del fatto espressivi di un ridotto disvalore, oggettivo o soggettivo. Sul punto, B. FRAGASSO, *Il sindacato di costituzionalità sulle circostanze aggravanti privilegiate*, cit., 673; I. MERENDA, *Recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 1495.

[551] V., per tutti, V. GREVI, F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, sub *art. 1 o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2019, 3 ss.

[552] Va, tuttavia, precisato che, negli anni, le misure alternative alla detenzione sono andate incontro ad una «mutazione genetica» (l'espressione è di C. RENOLDI, *La magistratura di sorveglianza tra crisi di legittimazione e funzione rieducativa della pena*, cit., 26). Invero, rispetto alle origini è emersa la chiara

L'idea portante alla base della legge del 1975 e, successivamente, della legge Gozzini (legge n. 663 del 1986) è che il carcere non debba più conservare la centralità di un tempo, ma piuttosto segnare l'avvio di un percorso rieducativo che si compone di aperture verso l'esterno e tende a sfociare in spazi di libertà via via sempre più ampi, secondo il criterio della progressività trattamentale[553].

La previsione dei benefici penitenziari e delle misure alternative postula, pertanto, un *iter* esecutivo modulabile, qualitativamente e quantitativamente, in funzione del grado di adesione del singolo condannato al trattamento penitenziario[554]. Il processo di modificazione degli atteggiamenti antisociali è rimesso alla «partecipazione attiva e consapevole» del condannato[555]. Sicché, la decisione circa l'ammissione o meno ai benefici penitenziari *lato sensu* intesi non può che essere rimessa ad un vaglio discrezionale del giudice che deve poter apprezzare tutte le peculiarità del caso concreto: il percorso trattamentale, il comportamento tenuto dal condannato, i progressi rieducativi eventualmente raggiunti, l'evoluzione della personalità del soggetto nel prisma del tempo[556].

Si dovrebbe concludere che valutazioni tanto delicate e complesse non possano essere compiute a priori e in via astratta dal legislatore mediante criteri presuntivi, i quali inevitabilmente tradiscono il principio di individualizzazione del trattamento, corollario del principio rieducativo[557].

---

tendenza ad un utilizzo delle misure alternative in chiave di contenimento della popolazione detenuta e in un'ottica premiale, lasciando in secondo piano la loro funzione trattamentale e risocializzante (v., *supra*, par. 3.3.2.).

[553] Come costantemente affermato dalla Consulta, trattasi di un principio sotteso all'intera disciplina dell'ordinamento penitenziario, diretta attuazione del canone costituzionale della finalità rieducativa. Cfr., *ex multis*, Corte cost., 4 luglio 2006, n. 257, cit.; Corte cost., 30 dicembre 1997, n. 445, cit.; Corte cost., 11 luglio 2018, n. 149, cit.

[554] In tal senso, Corte cost., 30 dicembre 1997, n. 445, cit.: «[o]gni misura si caratterizza, infatti, per essere parte di un percorso nel quale i diversi interventi si sviluppano secondo un ordito unitario e finalisticamente orientato, al fondo del quale sta il necessario plasmarsi in funzione dello specifico comportamento serbato dal condannato. Qualsiasi regresso giustifica, pertanto, un riadeguamento del percorso rieducativo, così come, all'inverso, il maturarsi di positive esperienze non potrà non generare un ulteriore passaggio nella "scala" degli istituti di risocializzazione».

[555] V. A. PRESUTTI, *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 1986, 29.

[556] Come lucidamente osservato in Cass. pen., sez. I, 11 settembre 2020, n. 30033, in *www.dejure.it*., «la Magistratura di Sorveglianza è stata delineata, sul piano ordinamentale, come una giurisdizione di prossimità, che intende, dunque, favorire la effettiva conoscenza della biografia giudiziaria e del percorso penitenziario del detenuto, al fine di valutare in maniera ancor più consapevole e approfondita, i progressi realizzati sul piano rieducativo, suscettibili di determinare, se del caso attraverso successivi momenti valutativi, un accesso a misure extramurarie secondo caratteri di progressività».

[557] F. DELVECCHIO, *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, Torino, 2020, 62; A. MENGHINI, *Carcere e costituzione*, cit., 110.

Eppure, l'ordinamento penitenziario pullula di automatismi, autorevolmente definiti come «tutti quei meccanismi legali che, pur in presenza dei requisiti soggettivi (meritevolezza) e oggettivi (entità della pena da scontare) che consentirebbero ad un condannato di lasciare il carcere o di non entrarvi, vietano al giudice di disporre misure diverse dalla detenzione intramuraria in ragione del titolo del reato commesso o dello *status* (es. recidivo) del condannato»[558]. Tali meccanismi «riposano su una presunzione di persistente pericolosità del condannato che si pone in ottica retrospettiva e alternativa rispetto ad una valutazione concreta della sua personalità e del suo percorso trattamentale: il giudice viene sollevato dall'accertamento concreto cui è chiamato nella normalità dei casi poiché il fatto da provare (la pericolosità sociale del condannato) è stato accertato con antecedenza dal legislatore rispetto a tutti i casi futuri e prescinde da una verifica empirica»[559].

Gli automatismi presenti *in executivis* sono – ancora una volta – il risultato di novelle settoriali, spesso emergenziali e di matrice securitaria, stratificatesi soprattutto a partire dagli anni '90 del secolo scorso, in un quadro di diffusa sfiducia nei confronti della Magistratura di Sorveglianza quale giurisdizione rieducativa[560]. In questo contesto, i benefici e le misure alternative sono stati piegati verso finalità di prevenzione generale e speciale di tipo negativo, determinando la nascita di un "doppio binario penitenziario" per i delinquenti pericolosi[561], rispetto ai quali «si presume persistente una pericolosità sociale refrattaria a qualsiasi percorso rieducativo e contenibile solo attraverso la detenzione in carcere»[562].

---

[558] G. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo*, in *www.questionegiustizia.it*, 2014, par. 5.

[559] F. DELVECCHIO, *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, cit., 62.

[560] L. SCOMPARIN, *Istanze rieducative e nuovi modelli di giurisdizione penale: l'identità perduta della magistratura di sorveglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2012, 1423, sostiene che la proliferazione di presunzioni normative, oltretutto assolute, è il segnale implicito «di una sfiducia nel concreto operare della magistratura, che porta il legislatore a privare il giudice delle funzioni valutative soprattutto quando la posta in gioco è alta (come nel caso dei condannati per i reati più gravi) o quando le istanze securitarie sono avvertite come molto pressanti (come nel caso dei recidivi)».

[561] Cfr. V. GREVI, *Premessa. Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale e incentivi alla collaborazione con la giustizia,* in ID. (a cura di), *L'ordinamento penitenzio tra riforma ed emergenza*, Padova, 1994, 1 ss.; P. COMUCCI, *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in A. PRESUTTI (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, 33 ss.; C. FIORIO, *Il "doppio binario" penitenziario*, in *Arch. pen*., 1/2018, 1 ss.; ID., *Il trattamento penitenziario nei confronti degli appartenenti alla criminalità organizzata: artt. 4 bis e 41 bis ord. penit*., in A. BARGI (a cura di), *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia,* Torino, 2013, 1138 ss.

[562] Così, A. MENGHINI, *Carcere e costituzione*, cit., 110.

Ne è derivato un assetto normativo disorganico ove, accanto ad un nucleo di disposizioni comuni, ciascuna misura alternativa o beneficio penitenziario risulta disciplinato da previsioni specifiche e particolari che faticano a coordinarsi in termini sistematici. Invero, anche a voler ammettere che il trattamento penitenziario possa subire delle limitazioni in ragione di esigenze di sicurezza e di difesa sociale, le preclusioni disseminate nell'ordinamento penitenziario non appaiono ordinate secondo un criterio di razionalità, individuabile nella gravità della causa dalla quale scaturiscono, né la loro efficacia preclusiva risulta adeguatamente calibrata in relazione all'istituto di riferimento[563]. Sicché, l'irrazionalità che colpisce le preclusioni che affollano il sistema penitenziario è duplice: da una parte, una "irragionevolezza relazionale", risultante cioè da una valutazione globale e comparata del complesso di norme che regolano l'accesso ai benefici penitenziari in senso lato; dall'altra, una "irragionevolezza intrinseca", che emerge dall'irrimediabile contrasto tra il carattere rigido delle preclusioni e la finalità rieducativa della pena.

Tra le numerose preclusioni legali operanti rispetto all'accesso alle misure alternative e ai benefici penitenziari (preclusioni *tout court* di accesso ai benefici, preclusioni condizionate, aggravi dei termini per accedere ai benefici o preclusioni di carattere meramente processuale)[564], quella contenuta nell'art. 4-*bis* o.p. rappresenta

---

[563] G. COLAIACOVO, *Alla Corte costituzionale una questione sull'art. 30-ter dell'ordinamento penitenziario*, in *www.penaledp.it*, 27 dicembre 2024, 5.

[564] Si pensi, ad esempio, alle plurime preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari contemplate dall'art. 58-*quater* o.p. I primi tre commi dell'articolo impongono un divieto di concessione dell'affidamento in prova, nonché della semilibertà, della detenzione domiciliare (esclusa quella speciale e quella c.d. "umanitaria"), dei permessi premio e del lavoro all'esterno, di durata triennale che colpisce il condannato evaso o a cui sia stata revocata una misura alternativa per inosservanza della legge o delle prescrizioni. I commi 5, 6 e 7 dello stesso articolo, invece, precludono la concessione di tutte le misure di cui al VI Capo dell'ordinamento penitenziario, dei permessi premio e del lavoro all'esterno nei confronti del condannato per uno dei delitti indicati dall'art. 4-*bis* o.p. che abbia commesso un delitto doloso, astrattamente punibile con la reclusione non inferiore a tre anni, dopo essere stato condannato per il reato di evasione o nel periodo in cui stava beneficiando di una misura di esecuzione esterna. Infine, l'ultimo comma dell'art. 58-*quater* o.p. preclude in modo assoluto una seconda concessione dell'affidamento in prova, della semilibertà e della detenzione domiciliare al recidivo c.d. reiterato. È stato invece dichiarato incostituzionale per contrasto con l'art. 27 co. 3 Cost. il comma 4 del medesimo articolo che finiva col prevedere il c.d. ergastolo di terzo tipo, ancora più penalizzante dell'ergastolo ostativo, valevole nell'ipotesi di reati di cui agli artt. 630 e 289-*bis* c.p. (v. Corte cost., 11 luglio 2018, n. 149, cit.). Per un commento, cfr. L. CARACENI, sub *art. 58-quater o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2019, 851 ss.

Ancora, una preclusione speciale e rafforzata chiude il comma 1-*bis* dell'art. 47-*ter* o.p., impedendo l'accesso alla detenzione domiciliare generica agli autori di reati che siano ricompresi nell'elenco di cui all'art. 4-*bis* o,p. e, sempre a proposito della detenzione domiciliare biennale, il comma 9-*bis* dello stesso art. 47-*ter* o,p., stabilisce, senza eccezioni, che in caso di revoca della misura, la pena residua ancora da

l'esemplificazione più eclatante degli automatismi in fase esecutiva, anche dopo l'ultima riforma del 2022, che, come si dirà, ha superato *solo sulla carta* la preclusione assoluta di accesso ai benefici in mancanza di collaborazione con la giustizia.

Vale la pena, allora, ripercorrere brevemente la parabola evolutiva di questa disposizione[565]: in primo luogo, perché – come già osservato – essa può a buon diritto essere considerata la norma-simbolo degli automatismi in materia penitenziaria; in secondo luogo, poiché è finita più volte nel mirino della Consulta, il che fornisce l'abbrivio per ricostruire, più in generale, le linee argomentative di quella giurisprudenza costituzionale che ha progressivamente eroso gli automatismi in questo settore; infine, perché le vicende successive alla declaratoria di incostituzionalità (differita) che l'ha colpita (ord. n. 97/2021) rivelano la persistente refrattarietà del legislatore ad accogliere pienamente le indicazioni della Corte e abbandonare un impianto normativo fondato su rigidi meccanismi presuntivi.

### *5.3.1. L'art. 4-bis o.p, norma emblema degli automatismi penitenziari: dalle origini alla riforma del 2022*

All'epoca della sua introduzione, ad opera del d.l. n. 152/1991, conv. in l. n. 203/1991, i delitti ricompresi nell'art. 4-*bis* o.p. erano suddivisi in due fasce: nella prima rientravano i delitti di certa riferibilità al crimine organizzato; nella seconda, invece, fattispecie gravi ma non direttamente riferibili a tale genere di criminalità. Per i delitti di c.d. prima fascia, l'accesso alle misure alternative era subordinato all'acquisizione di «elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata» con onere della prova in capo al condannato; per i delitti di seconda fascia, invece, si chiedeva che non vi fossero elementi tali da far ritenere sussistenti i collegamenti con

scontare debba essere espiata necessariamente in carcere, senza poter beneficiare di altre misure alternative alla detenzione.

In ambito processuale, poi, il co. 9 dell'art. 656 c.p.p. contiene un catalogo di reati (tra cui tutti i delitti ricompresi nell'art. 4-*bis* o.p.) per i quali non opera l'ordinario meccanismo di sospensione dell'ordine di esecuzione, così determinando la carcerazione immediata del condannato.

[565] Per una ricostruzione dettagliata (*ante* riforma del 2022) si rimanda a: L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in *www.costituzionalismo.it*, 2015; L. CARACENI, *sub art. 4-bis* o.p., in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2019, 38 ss.; A. MARANDOLA, sub *art. 4 bis o.p.*, in F. FIORENTIN, F. SIRACUSANO (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019, 39 ss.; V. MANCA, *Regime ostativo ai benefici penitenziari. Evoluzione del "doppio binario" e prassi applicative*, Milano, 2020.

l'associazione criminale, elementi che spettava però all'accusa provare. In questa prima formulazione, dunque, non vi era alcun riferimento alla collaborazione *ex* art. 58-*ter* o.p., che, laddove fosse stata eventualmente prestata, avrebbe prodotto soltanto effetti *in bonam partem*. Se, infatti, il soggetto, condannato per gravi reati connessi alla criminalità organizzata, terroristica o eversiva, fosse riuscito a provare l'assenza di immanenza del collegamento con il consesso criminale, avrebbe potuto senz'altro accedere ai benefici: nei termini ordinari, se collaborante; nei termini maggiorati, disseminati nelle disposizioni dell'ordinamento penitenziario, se non collaborante.

L'anno successivo, dopo le efferate stragi di Capaci e di Via d'Amelio, il d.l. n. 306/1992, conv. in l. n. 356/1992, cambia radicalmente la *ratio* della norma, subordinando alla collaborazione con la giustizia *ex* art. 58-*ter* o.p. l'accesso ai benefici penitenziari per i condannati per i delitti di prima fascia. Per usare le parole della Corte costituzionale si passa «da un sistema fondato su di un regime di prova rafforzata per accertare l'inesistenza di una condizione negativa (assenza dei collegamenti con la criminalità organizzata), ad un modello che introduce una preclusione per certi condannati, rimuovibile soltanto attraverso una condotta qualificata (la collaborazione)»[566]. Viene così introdotta una rigida presunzione di pericolosità degli autori di reati di cui all'art. 4-*bis* o.p., la quale, a sua volta, si basa sull'ulteriore presunzione di permanenza dei legami con le associazioni criminali di provenienza, e il pentitismo diventa *condicio sine qua non* per l'accesso ai benefici.

Seguono ulteriori molteplici interventi legislativi di modifica della norma in esame, che vanno tutti nel senso di ampliarne la sfera di applicazione, inglobando fattispecie del tutto avulse rispetto alla *ratio* ispiratrice dell'art. 4-*bis* o.p., al solo fine di placare le inquietudini dell'opinione pubblica davanti a fenomeni che vengono di volta in volta percepiti come socialmente pericolosi[567].

Attualmente la disposizione contempla tre fasce di reati, ordinati secondo un criterio di pericolosità decrescente: nel primo comma i reati più gravi[568]; al comma 1-*ter*

[566] Corte cost., 1 marzo 1995, n. 68, in *www.cortecostituzionale.it*.

[567] Per una puntuale ricostruzione di tutte le modifiche legislative dell'art. 4-*bis* o.p. cfr. F. DELVECCHIO, *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, cit., 66 ss.; V. MANCA, *Regime ostativo ai benefici penitenziari*, cit., 11 ss.

[568] Si tratta di reati commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitti di mafia (artt. 416-*bis* e 416-*ter* c.p., delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste), delitti in materia di sfruttamento sessuale minorile, pedopornografia e

quelli di gravità intermedia[569]; nei commi 1-*quater* e 1-*quinquies*, invece, i delitti a carattere sessuale[570].

Volendoci concentrare sui delitti di prima fascia, l'ipotesi certamente più problematica rispetto al tema che qui ci occupa, va detto che, fino alla novella del 2022, l'accesso ai benefici penitenziari era indefettibilmente subordinato alla collaborazione con la giustizia *ex* art. 58-*ter* o.p.[571]. Per il legislatore, dunque, la collaborazione era il solo comportamento in grado di dimostrare la rescissione dei legami col sodalizio criminale[572]. Viceversa, la mancata collaborazione fondava una presunzione assoluta di

---

pornografia, prostituzione (artt. 600, 600-*bi*s, co. 1, 600-*ter*, co. 1 e 2, 601, 602, 609-*octies* e 630 c.p., artt. 12 co. 1 e 3 del t.u. immigrazione**,** art. 291-*quater* del t.u. delle disposizioni legislative in materia doganale e l'art. 74 del t.u. delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti). La riforma del 2022 ha invece espunto i delitti più gravi commessi a danno della Pubblica Amministrazione (artt. 314 co. 1, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater* co. 1, 320, 321, 322, 322-*bis* c.p.) che erano stati inseriti con la c.d. legge spazzacorrotti (l. n. 3 del 2019).

[569] Si tratta dei delitti di cui agli artt. 575, 600-*bis* co. 2 e 3, 600-*ter* co. 3, 600-*quinquies*, 628 co. 3, e 629 co. 2 c.p., art. 291-*ter* t.u. stupefacenti, art. 73 del citato testo unico, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'art. 80 co. 2, del medesimo testo unico, art. 416 co. 1 e 3 c.p., realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti dagli articoli 473 e 474 del medesimo codice, art. 416, artt. 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies* c.p., art. 12 co. 3, 3-*bis* e 3-*ter* del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione.

[570] Si tratta dei delitti di cui agli artt. 583-*quinquies*, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quinquies*, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, *609-octies* e 609-*undecies*.

[571] Tecnicamente i condannati sono considerati collaboratori di giustizia qualora si siano adoperati, anche dopo la condanna, «per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero abbiano aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati» (art. 58-*ter* comma 1 o.p.). Per una puntuale descrizione delle condotte collaborative si rimanda a C. CESARI, sub *art. 58-ter ord. penit*., in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2019, 842 ss. In ogni caso, la collaborazione paralizza l'effetto preclusivo dell'art. 4-*bis* o.p. e permette al condannato "ostativo" di accedere ai benefici penitenziari alle medesime condizioni previste per i condannati "comuni".

[572] A dire il vero, recependo il *dictum* di Corte cost., 27 luglio 1994, n. 357 e Corte cost., 1 marzo 1995, n. 68, in *www.cortecostituzionale.it*, il legislatore aveva equiparato la collaborazione in senso proprio ai casi di collaborazione impossibile ed inesigibile o irrilevante, «purché [fossero] stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva» (art. 4-*bis* comma 1-*bis* o.p. previgente). La collaborazione fittizia, a differenza di quella effettiva, permetteva di vincere la preclusione assoluta di accesso ai benefici, ma non anche le più alte soglie di pena previste per le singole misure a carico dei condannati "ostativi". Questa opzione, però, è stata integralmente soppressa dal d.l. 162/2022, salvi gli effetti della disciplina transitoria (art. 3 del medesimo d.l.) in virtù della quale l'istituto continua ad operare nei confronti del condannato non collaborante che abbia commesso il fatto "ostativo" prima dell'entrata in vigore della novella (1° novembre 2022). Le ragioni della mancata collaborazione potranno eventualmente essere fatte valere solo quale elemento cui parametrare l'onere di allegazione di «elementi specifici» che consentano di escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e con il contesto nel quale il reato è stato commesso, nonché il pericolo di un loro futuro ripristino, ferma la necessità di soddisfare gli ulteriori criteri stabiliti dalla legge (adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria, revisione critica, iniziative risarcitorie e riparative). In questo modo, il silente suo malgrado, se prima disponeva di una procedura *ad hoc* attraverso cui far accertare alla Sorveglianza se versasse in una condizione di collaborazione impossibile, inesigibile o irrilevante, ora, per godere dei benefici, deve soddisfare gli stessi identici requisiti cuciti sul non collaborante per scelta, trattamento che appare fortemente discriminatorio,

immanenza dei collegamenti con l'associazione, che a sua volta fondava un'ulteriore presunzione di pericolosità sociale, dalla quale derivava lo sbarramento all'accesso ai benefici. Dunque, un automatismo in piena regola: a fronte di una condanna per i reati *ivi* indicati e in assenza di collaborazione, la Magistratura di Sorveglianza era costretta a dichiarare inammissibile l'eventuale istanza di concessione di un beneficio, senza poter entrare nel merito e senza poter valutare il percorso trattamentale del condannato[573]. Assolutamente irrilevanti erano le ragioni sottostanti alla scelta di non collaborare, ragioni che certamente avrebbero potuto essere riconducibili alla volontà del soggetto di continuare a far parte dell'associazione, ma sarebbero potute anche dipendere da considerazioni ben diverse come il timore di ritorsioni o il rifiuto morale di denunciare un prossimo congiunto[574]. Lungi dal dimostrare l'effettiva rieducazione o il venire meno dell'attitudine a delinquere, la scelta di collaborare si risolveva così in un'opzione pratica, legata a valutazioni di convenienza processuale[575], tendente a privilegiare esigenze preventive di lotta alla criminalità organizzata[576].

A fronte di questa disciplina, la Consulta, già in tempi risalenti, aveva espresso forte preoccupazione per una disposizione legislativa che configurava dei «"tipi d'autore" per i quali la rieducazione non sarebbe stata possibile o potrebbe non essere perseguita», sottolineando che tale «tipizzazione per titoli di reato non appar[iva] consona ai principi di proporzione e individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario»[577]. Ciononostante, chiamata ad esprimersi sulla legittimità costituzionale del meccanismo presuntivo di cui all'art. 4-*bis* comma 1 o.p. aveva dichiarato la questione

---

vista la diversa posizione in cui queste due figure si vengono a trovare (su questa fondamentale distinzione cfr. Corte cost., 25 gennaio 2022, n. 20, in *www.cortecostituzionale.it*).

[573] Cfr. A. MENGHINI, *Carcere e costituzione*, cit., 116-117.

[574] In tal senso, già in Corte cost., 8 luglio 1993, n. 306, in *www.cortecostituzionale.it,* si riconosceva che la mancata collaborazione non potesse «essere assunta come indice di pericolosità specifica, ben potendo essere frutto […] di incolpevole impossibilità di prestarla, ovvero essere conseguenza di valutazioni che non sarebbero ragionevolmente rimproverabili, quale, ad esempio, l'esposizione a gravi pericoli per sé o per i propri familiari che la collaborazione del condannato possa eventualmente comportare».

[575] L. CARACENI, sub *art. 4-bis ord. penit.*, cit., 66.

[576] Così A. BERNASCONI, *La collaborazione processuale. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense*, Milano, 1995, 205, secondo cui «rieducazione e collaborazione sono chiaramente disomogenei, inaccostabili sotto il profilo tecnico: generalmente la seconda non è mai stata considerata sintomo della prima». In tal senso anche F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario*: *dagli ideali smarriti della «scommessa» anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del «doppio binario»*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, 124.

[577] Corte cost., 8 luglio 1993, n. 306, cit.

infondata in ben due occasioni: nel 1993 ricorrendo alla teoria polifunzionale della pena allora dominante[578]; nel 2003 in base al rilievo per cui la disposizione citata non avrebbe rappresentato un vero e proprio automatismo, poiché era lo stesso detenuto che, scegliendo di collaborare, avrebbe potuto vincere la presunzione di pericolosità[579].

Col tempo, tuttavia, la giurisprudenza costituzionale si è mostrata sempre più sensibile rispetto al tema dei meccanismi preclusivi di accesso ai benefici penitenziari, come dimostra il susseguirsi di declaratorie di illegittimità costituzionale che, sia pur circoscritte a specifiche ipotesi, hanno tratteggiato un orientamento univoco, diretto a superare i rigidi automatismi disseminati dal legislatore nell'ordinamento penitenziario[580].

---

[578] Ancora, Corte cost., 8 luglio 1993, n. 306, cit. Per un commento v. A. ACCONCI, *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Cass. pen.*, 4/1994, 861 ss.

[579] Corte cost., 24 aprile 2003, n. 135, in *www.cortecostituzionale.it*. Per un commento della sentenza in questione si rimanda a L. CREMONESI, *La Consulta "stoppa" la rieducazione. Impedito all'ergastolano qualsiasi percorso riabilitativo*, in *Dir. e giust.*, 19/2003 14 ss.; A. MORRONE, *Liberazione condizionale e limiti posti dall'art. 4-bis ord. penit*., in *Dir. pen. proc.*, 11/2014, 1351 ss.

[580] Di seguito si riportano alcune delle pronunce più significative. Corte cost., 16 marzo 2007, n. 78, in *www.cortecostituzionale.it*, ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 47, 48 e 50 o.p. «ove interpretati nel senso che allo straniero extracomunitario, entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno, sia in ogni caso precluso l'accesso alle misure alternative da essi previste». La preclusione in esame risultava «collegata in modo automatico ad una condizione soggettiva – il mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato – che, di per sé, non è univocamente sintomatica né di una particolare pericolosità sociale […], né della sicura assenza di un collegamento col territorio, che impedisca la proficua applicazione della misura medesima». La Corte precisa che «il legislatore ben può, ovviamente – tenuto conto della particolare situazione del detenuto cittadino extracomunitario entrato illegalmente in Italia o privo del permesso di soggiorno – diversificare […] le condizioni di accesso, le modalità esecutive e le categorie di istituto trattamentali fruibili dal condannato o, addirittura, crearne di specifici, senza però potersi spingere fino al punto di sancire un divieto assoluto e generalizzato di accesso alle misure alternative […]. Un simile divieto contrasta con gli stessi principi ispiratori dell'ordinamento penitenziario, che […] non opera alcuna discriminazione in merito al trattamento sulla base della liceità della presenza del soggetto nel territorio nazionale». Per un commento, E. LANZA, *Stranieri e misure alternative alla detenzione carceraria. Considerazioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 78 del 2007*, in *www.rassegnapenitenziaria.it*, 2007, 27 ss.

Vi è poi un filone piuttosto nutrito di sentenze sul c.d. *best interest* del minore. Nello specifico, Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 239, in *www.cortecostituzionale.it*. (con commenti di: L. PACE, *La scure della flessibilità colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Giur. cost.*, 5/2014, 3948 ss.; F. SIRACUSANO, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, *ivi*, 5/2014, 5, 3940 ss.; F. FIORENTIN, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4-bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in *www.archiviodpc.diritttopenaleuomo.org*, 2014) e Corte cost., 8 marzo 2017, n. 76, in *www.cortecostituzionale.it* (con commenti di: A. MENGHINI, *Cade anche la preclusione di cui al comma 1 bis dell'art. 47 quinquies ord. penit*., in *Dir. pen. proc*. 8/2017, 1047 ss.; G. LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 5/2017, 321 ss.) hanno restituito alla Magistratura di Sorveglianza la possibilità di concedere la detenzione domiciliare ordinaria e speciale alle madri con prole di età inferiore ai dieci anni condannate per un reato ostativo, concessione che invece l'art. 4-*bis* comma 1

A questo proposito, è significativo osservare che il tendenziale divieto degli automatismi viene generalmente fatto discendere dal principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e, più nello specifico, dalla violazione del canone della ragionevolezza, sotto il duplice profilo dell'incompatibilità con il principio di proporzionalità e/o con il principio di ragionevolezza empirica[581]. In particolare, una presunzione assoluta è sproporzionata quando la norma, proprio a causa della sua inderogabilità, non sia in grado di far fronte alle mutevoli esigenze del caso concreto; è, invece, irragionevole ove non risponda a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*[582]. Tuttavia, nello specifico campo dell'esecuzione della pena l'incostituzionalità degli automatismi viene dichiarata – anche o solo – ai sensi dell'art. 27 co. 3 Cost.[583].

---

o.p. precludeva assolutamente in modo automatico. Ancora, Corte cost., 23 luglio 2018, n. 174, in *www.cortecostituzionale.it* (per un commento: A. CAPITTA, *Benefici penitenziari/Assistenza all'esterno dei figli minori – Corte cost., n. 174 del 2018*, in *www.archiviopenale.it*, 2018) ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 21-*bis* o.p. nella parte in cui non consentiva alle madri detenute condannate per uno dei reati di cui all'art. 4-*bis* commi 1, 1-*ter*, 1-*quater* o.p. di fruire dell'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore ad anni dieci, o comunque ne subordinava l'accesso all'espiazione di una consistente quota parte di pena. Con queste declaratorie di incostituzionalità, la Consulta ha voluto restituire alla Magistratura di Sorveglianza il corretto bilanciamento tra gli interessi contrapposti: quello di difesa sociale, sotteso al perseguimento del contrasto alla criminalità organizzata, e quello inerente alla tutela del minore. Ciò che è considerato inaccettabile è che questo bilanciamento sia compiuto in via astratta, sulla base di presunzioni cristallizzate nel dettato normativo, privando del tutto il giudice della possibilità di valutare il caso concreto.

Altro arresto fondamentale in materia è Corte cost., 11 luglio 2018, n. 149, cit. Per un commento: E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 18 luglio 2018. Si tratta della sentenza con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità del c.d. ergastolo di terzo tipo riconducibile al comma 4 dell'art. 58-*quater* o.p. Tale disposizione prevedeva che i condannati alla pena dell'ergastolo per il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.), o a scopo di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico (art. 289-*bis* c.p.), aggravato dalla morte del sequestrato, dovessero espiare effettivamente – ossia senza riduzioni di pena a titolo di liberazione anticipata – almeno ventisei anni di pena prima di poter essere ammessi a qualsiasi beneficio penitenziario, e ciò anche in caso di collaborazione con la giustizia. Tra i vari motivi che sorreggono la declaratoria di incostituzionalità in oggetto, per quanto più ci interessa in questa sede, la Consulta stigmatizza il carattere automatico della preclusione temporale all'accesso ai benefici penitenziari che impedisce al giudice qualsiasi valutazione in concreto sul percorso rieducativo intrapreso dal condannato durante l'esecuzione della pena, e ciò soltanto in ragione del titolo di reato che supporta la condanna. Alla base di tale previsione la Corte individua «l'esigenza di lanciare un robusto segnale di deterrenza nei confronti della generalità dei consociati», un'esigenza che non può però, «nella fase di esecuzione della pena, operare in chiave distonica rispetto all'imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena medesima, da intendersi come fondamentale orientamento di essa all'obiettivo ultimo del reinserimento del condannato nella società».

[581] In tema, cfr. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., 1 ss.

[582] Così F. DELVECCHIO, *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, cit., 84.

[583] L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in *www.gruppodipisa.it*, 18 settembre 2014, 30, osserva che, «[s]e nelle prime decisioni in materia la violazione dell'articolo 27 seguiva al controllo condotto alla stregua dell'art. 3 Cost., da un certo momento in poi – il quale, salvo errore, può essere individuato nella sentenza n. 137 del 1999, alla violazione dell'art. 27 Cost. non si arriva più passando attraverso l'art. 3 Cost.; il giudizio, infatti, comincia ad essere condotto interamente alla stregua dell'art. 27 Cost.».

Invero, l'automatismo relega «nell'ombra proprio quella funzione di impulso e di stimolo ad un'efficace collaborazione nel trattamento rieducativo»[584] ed esclude «dal processo rieducativo e di reinserimento sociale» alcune categorie di condannati[585]. Inoltre, un'altra peculiarità delle sentenze costituzionali in tema di preclusioni ai benefici penitenziari e alle misure alternative è che «[l]a finalità rieducativa non è solo uno dei parametri violati dal rigido sistema legale, ma rappresenta anche uno degli indici che, caduto il rigido automatismo, deve guidare il potere discrezionale del giudice nel momento della concessione del beneficio»[586]. Non si passa, quindi, da una preclusione assoluta ad un accesso indiscriminato ai benefici, ma si attribuisce al condannato una mera *chance* di accedervi. La concretizzazione di questa *chance* dipenderà dal grado di rieducazione raggiunto, dalla prognosi di pericolosità sociale e dalla presenza di tutti gli ulteriori requisiti richiesti *ex lege* per l'applicazione dei benefici penitenziari. La Corte non fa altro che restituire la valutazione di questi fattori al suo legittimo proprietario, la Magistratura di Sorveglianza.

Alla luce dell'*iter* argomentativo così delineato, riprodotto pressoché costantemente in tutte le pronunce che hanno smantellato gli automatismi in materia penitenziaria, era solo questione di tempo prima che anche il comma 1 dell'art. 4-*bis* o.p. fosse investito da una declaratoria di illegittimità costituzionale.

Dapprima con la sentenza n. 253 del 2019, che ha fatto cadere la preclusione assoluta di accesso ai soli permessi premio per i detenuti "ostativi" non collaboranti[587] e poi con l'ordinanza n. 97 del 2021 che ha accertato (senza tuttavia dichiararla) l'illegittimità dell'ergastolo ostativo[588], la Consulta ha colpito il cuore dell'art. 4-*bis* o.p.,

---

[584] Corte cost., 23 maggio 1995, n. 186, cit.

[585] Corte cost., 4 giugno, 1997, n. 161, in *www.cortecostituzionale.it*.

[586] L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 30.

[587] Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, in *www.cortecostituzionale.it*. Per un commento vedi: A. PUGIOTTO, *La sent. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1/2020, 160 ss.; M. PELISSERO, *Permessi premio e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. 253/2019 della Corte costituzionale,* in *Leg. pen*., 30 marzo 2020; M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *www.sistemapenale.it,* 12 dicembre 2019; A. MENGHINI, *La Consulta apre una breccia nell'art. 4 bis o.p. Nota a Corte cost. n. 253/2019,* in *www.osservatorioaic.it*, 2020, 307 ss.; S. BERNARDI, *Per la Consulta la presunzione di pericolosità sociale dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia è legittima solo se relativa: cade la preclusione assoluta all'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis comma 1 ord. pen.*, in *www.sistemapenale.it*, 28 gennaio 2020.

[588] Corte cost., 11 maggio 2021, ordinanza n. 97, in *www.cortecostituzionale.it*. Per un commento v. E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *www.sistemapenale.it*, 25 maggio 2021; F. GIANFILIPPI, *Ergastolo ostativo: incostituzionalità esibita e ritardi del legislatore. Prime note all'ordinanza 97/2021*, in *Quest. giust.*, 27 maggio 2021.

sconfessando la tesi in passato sostenuta dalla stessa Corte (sent. n. 135/2003), secondo cui la scelta di collaborare possa dirsi sempre libera e la sua mancanza sia necessariamente sintomatica della volontà di continuare a far parte del sodalizio criminale, esattamente come la condotta collaborativa non è necessariamente indice di credibile ravvedimento, ben potendo essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche.

Sulla scia di tale premessa, nel primo dei due arresti citati, la Consulta è giunta a dichiarare incostituzionale non la presunzione in sé di immanenza del collegamento con la criminalità organizzata in assenza di collaborazione, ma piuttosto il suo carattere assoluto. E ciò sotto tre distinti profili: essa strumentalizza il detenuto per finalità investigative e ne aggrava il regime detentivo solo a causa della sua riluttanza a collaborare; impedisce alla Magistratura di Sorveglianza di valutare in concreto l'evoluzione della personalità del condannato ed il suo percorso rieducativo; si basa su una generalizzazione che potrebbe benissimo essere confutata nel caso concreto. Il secondo argomento è quello che più ci interessa in questa sede perché stigmatizza l'illegittimità di una disciplina che preclude al Magistrato di Sorveglianza di apprezzare in concreto la pericolosità sociale del detenuto «determinando *in limine* l'inammissibilità di ogni richiesta di quest'ultimo di accedere ai benefici penitenziari»[589]. Si impedisce al giudice di valutare i progressi nel trattamento del condannato e l'evoluzione della sua personalità che proprio durante il trascorrere del tempo dell'esecuzione della pena può mutare per effetto del percorso trattamentale. La Corte valorizza così l'importanza del fattore tempo, non solo quale prisma entro cui apprezzare i progressi compiuti dal detenuto nell'*iter* rieducativo, ma anche rispetto alla valutazione del contesto esterno al carcere, perché a distanza di anni il sodalizio criminale potrebbe essersi sciolto[590]. Per rimediare all'incompatibilità della disciplina con il dettato costituzionale, la Consulta trasforma la presunzione da assoluta a relativa: per accedere al permesso premio il condannato ostativo non collaborante ha l'onere di allegare elementi tali da escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata e il pericolo di un loro futuro ripristino[591].

[589] Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253, cit.

[590] A. MENGHINI, *La Consulta apre una breccia nell'art. 4 bis o.p.,* cit., 319.

[591] In dottrina si è però parlato di una «presunzione semi-assoluta piuttosto che relativa», visti i criteri di particolare rigore imposti dalla stessa Corte costituzionale per vincerla, così M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, cit., par. 3.

Come già specificato, la questione di costituzionalità che ha dato origine alla sentenza n. 253 del 2019 era stata sollevata esclusivamente in relazione al permesso premio e non anche in relazione all'accesso alla liberazione condizionale (art. 2 comma 2 del d.l. n. 152/1991, conv. in legge n. 203/1991), pertanto essa non ha intaccato l'ergastolo ostativo. Come rilevato da alcuni commentatori, tuttavia, gli argomenti sviluppati dalla Corte costituzionale in tale occasione avrebbero potuto essere spesi anche in relazione agli altri benefici penitenziari richiamati dall'art. 4-*bis* o.p., soprattutto la liberazione condizionale[592]. Vieppiù, un decisivo stimolo alla rimeditazione della disciplina dell'ergastolo ostativo è pervenuto dalla sentenza *Viola c. Italia* della Corte EDU, che ha censurato la preclusione assoluta all'accesso alla liberazione condizionale – derivante dalla mancata condotta collaborativa del condannato – nella misura in cui si traduce in una pena perpetua *de iure* e *de facto* irriducibile, incompatibile con l'art. 3 CEDU[593].

E, in effetti, gli sviluppi auspicati non si sono fatti attendere. Con l'ordinanza n. 97 del 2021, la Consulta ha nuovamente accertato il contrasto della presunzione assoluta di cui all'art. 4-*bis* co. 1 o.p. con gli artt. 3, 27 co. 3 e 117 co. 1 Cost., quest'ultimo in combinato disposto con l'art. 3 CEDU. Tuttavia, poiché un intervento meramente demolitorio avrebbe creato un vuoto di disciplina, mettendo a rischio le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva, la Corte è ricorsa alla tecnica della pronuncia di incostituzionalità differita[594], rinviando la trattazione una prima volta al 22

[592] La *ratio decidendi* della sentenza, infatti, non è plasmata sulle peculiarità del permesso-premio, ma può estendersi a tutte le misure alternative, perché tutte sono assimilate nella logica della preclusione assoluta di cui all'art. 4-*bis* o.p.: caduta questa per i permessi premio, era solo questione di tempo affinché cadesse anche per gli altri benefici. Cfr. A. PUGIOTTO, *La sent. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, cit., 174; M. PELISSERO, *Permessi premio e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. 253/2019 della Corte costituzionale,* cit., par. 7; A. MENGHINI, *La Consulta apre una breccia nell'art. 4 bis o.p.,* cit., 323.

[593] Corte EDU, 16 giugno 2019, *Viola c. Italia*, ric. n. 77633/16, in *www.hudoc.echr.coe.int*. In particolare, la Corte di Strasburgo ha messo in dubbio l'autentica libertà della scelta collaborativa, così come l'opportunità di stabilire un'equivalenza tra mancata collaborazione e pericolosità sociale del condannato. Per un commento v. D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, in *Osservatorio costituzionale*, 4/2019, 191 ss.; V. MANCA, *Le declinazioni della tutela dei diritti fondamentali dei detenuti nel dialogo tra Corti: da Viola c. Italia al l'attesa della Corte costituzionale*, in *Arch. pen. web*, 2/2019, 1 ss.

[594] La Corte ha fatto uso di tale tecnica decisoria per la prima volta in Corte cost., 16 novembre 2018, n. 207, in *www.cortecostituzionale.it* (Caso Cappato). Criticamente, sulla scelta di differire la pronuncia di incostituzionalità, cfr. D. GALLIANI, *Il chiaro e lo scuro. Primo commento all'ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull'ergastolo ostativo*, in *www.giustiziainsieme.it*, 20 maggio 2021.

maggio 2022, e poi, al novembre 2022, concedendo al legislatore un congruo lasso di tempo per intervenire.

La disciplina scaturita dal d.l. n. 162/2022, conv. in l. n. 199/2022, sembra però travalicare le indicazioni fornite in materia dalla Corte costituzionale, restituendoci un quadro normativo per molti versi deteriore rispetto al precedente[595].

La ridefinizione dei requisiti di accesso ai benefici penitenziari in senso lato, che costituisce il cuore della riforma, riguarda solo la categoria dei condannati "ostativi" non collaboranti che la novella ha suddiviso in due gruppi, a seconda che abbiano commesso reati riconducibili al crimine organizzato (co. 1.*bis* e 1-*bis*.2)[596] o meno (co. 1.*bis*.1)[597]. A questa distinzione corrispondono condizioni di accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative parzialmente diverse.

---

[595] Brevemente: la presunzione di pericolosità del condannato ostativo non collaborante è stata trasformata da assoluta a relativa (*rectius* semi-assoluta), subordinando l'ammissibilità dell'istanza a una serie di condizioni alquanto severe, alcune delle quali richiederanno un'attività concretizzatrice della giurisprudenza visto il loro carattere vago e indeterminato; è stato cancellato l'istituto della collaborazione impossibile, irrilevante e inesigibile; è stata prevista una deroga al principio dello "scioglimento del cumulo"; è stato elevato a trent'anni di pena espiata il limite per accedere alla liberazione condizionale (per l'ergastolano "ostativo" non collaborante); è stata sconfessata la progressione trattamentale uniformando senza distinzioni le condizioni di accesso a tutti benefici penitenziari; sono stati aumentati considerevolmente gli adempimenti istruttori a carico della Sorveglianza; è stato imposto un obbligo di motivazione rafforzata al giudice. L'unica nota positiva è rappresentata dalla rimozione dal catalogo dei reati ostativi di prima fascia dei delitti a danno della Pubblica Amministrazione. A commento della riforma cfr. R. DE VITO, *Finisce davvero il "fine pena mai"? Riflessioni e interrogativi sul decreto-legge che riscrive il 4-bis*, in *Quest. giust.*, 2 novembre 2022; E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo riformato* in articulo mortis, in *www.sistemapenale.it*, 7 novembre 2022; D. GALLIANI, *Il decreto legge 162/2022, il regime ostativo e l'ergastolo ostativo: i dubbi di costituzionalità non manifestamente infondati*, in *www.sistemapenale.it*, 21 novembre 2022; F. GIANFILIPPI, *Il D.L. 162/2022 e il nuovo 4-bis: un percorso ad ostacoli per il condannato e per l'interprete Fabio Gianfilippi*, in *Giust. insieme*, 2 novembre 2022; A. RICCI, *Osservazioni a prima lettura agli artt. 1-3 del decreto-legge n. 162 del 31.10.2022, in tema di «divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia»*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2022; V. QUINTALIANI, *Prime osservazioni alla Legge n. 199 del 30/12/2022 di conversione del d.l. 162/2022 recante «Modifiche all'art. 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354 in materia di revisione delle norme sul divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia»*, in Arch. pen., 3/2023, 1 ss.; F. MORO, *L'art. 4-bis o.p. riformato dal d.l. 162/2022, conv., con modifiche, dalla l. 199/2022: un passo avanti e due indietro*, in *www.sistemapenale.it,* 17 maggio 2023; S. MASTRAPASQUA, *La riforma del regime ostativo ex art. 4-bis ord. penit.: prime applicazioni, implicazioni e prospettive*, in *www.sistemapenale.it*, 25 giugno 2024.

[596] Nel nuovo comma 1-*bis* sono ricompresi i seguenti reati: delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza; art. 416-*bis* c.p., nonché i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste; art. 416-*ter* c.p.; art. 12, co. 1 e 3, d.lgs. 25.07.1998, n. 286; art. 291-*quater*, d.p.r. 23.01.1973, n. 43; art. 74 d.p.r. n. 309/90. Il comma 1-*bis*.2 assoggetta alla disciplina di cui al comma 1-*bis* i condannati per il delitto di cui all'art. 416 c.p. finalizzato alla commissione di uno dei delitti elencati nel medesimo comma.

[597] Il comma 1-*bis*.1 invece annovera i condannati per le seguenti fattispecie: art. 600 c.p.; art. 600-*bis*, comma 1, c.p.; art. 600-*ter*, co. 1 e 2, c.p.; art. 601 c.p.; art. 602 c.p.; art. 609-*octies* c.p.; art. 630 c.p.

Per i condannati per uno dei delitti indicati nell'attuale co. 1-*bis* (e 1-*bis*.2) è richiesto: l'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna o l'assoluta impossibilità di tale adempimento; l'allegazione di elementi specifici, diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione del detenuto al percorso rieducativo e alla mera dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di eventuale appartenenza, che consentano di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e con il contesto nel quale il reato è stato commesso, nonché il pericolo di ripristino di tali collegamenti, anche indiretti o tramite terzi, tenuto conto delle circostanze personali e ambientali, delle ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione, della revisione critica della condotta criminosa e di ogni altra informazione disponibile; la sussistenza di iniziative dell'interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa.

Non vi sono vistose differenze di disciplina per i condannati ad uno dei delitti indicati nell'attuale co. 1-*bis*.1, se non che non viene richiesta l'allegazione di elementi che consentano di escludere i collegamenti con i gruppi criminali di appartenenza e il pericolo di un loro futuro ripristino, né vi è spazio per dedurre ragioni a supporto della mancata collaborazione, e ciò comprensibilmente, visto che si tratta di fattispecie che nulla hanno a che fare con i sodalizi mafiosi, terroristici o eversivi.

Così tracciate le coordinate del nuovo sistema, è il caso di chiedersi se la presunzione legale assoluta di immanenza dei collegamenti per il non collaborante sia davvero saltata. È innegabile che, formalmente, essa sia stata relativizzata, ma il sospetto è che la *presumptio iuris tantum* da ultimo introdotta nasconda in realtà un meccanismo preclusivo semi-assoluto. Ciò accade tutte le volte in cui l'oggetto della prova (*rectius* allegazione) sia eccessivamente ampio o, al contrario, oltremodo ristretto, oppure, ancora, quando sia richiesto di provare un fatto negativo indeterminato[598]. In questi casi, il superamento della presunzione assoluta avviene solo sulla carta, mentre si dimostra particolarmente arduo da mettere in pratica. Questa è l'impressione che si ha leggendo i nuovi commi 1.*bis* e 1-*bis*.1 dell'art. 4-*bis* o.p.: i "paletti" introdotti con la riforma sono talmente rigidi da rendere molto difficile l'accesso ai benefici penitenziari per il non collaborante, alcune espressioni utilizzate dal legislatore appaiono di difficile

[598] Cfr. F. DELVECCHIO, *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, cit., 38-39.

interpretazione perché eccessivamente generiche e indeterminate; infine, appare fortemente irragionevole e in contrasto con il principio di progressività trattamentale la previsione di condizioni omogenee applicabili indistintamente qualsiasi sia la misura per cui si fa istanza.

La novella del 2022 dimostra come il principio, ormai consolidato nella giurisprudenza costituzionale, di un tendenziale divieto di automatismi in fase esecutiva[599] fatichi a tradursi in scelte legislative coerenti e pienamente in linea con le istanze di individualizzazione della pena. Questa resistenza si coglie anche sul piano sistemico, come dimostrano le numerose proposte di riforma volte a eliminare o rivedere i meccanismi preclusivi più problematici, rimaste fino ad ora lettera morta[600].

Viste le tante occasioni di riforma mancate, non si vede, perlomeno nel breve periodo, la volontà politica di procedere ad una radicale "bonifica" dell'ordinamento penitenziario finalizzata ad espungere una volta per tutte le clausole preclusive ancora presenti. Pertanto, pare più plausibile che l'*iter* di progressivo smantellamento di quegli automatismi legislativi che impediscono l'individualizzazione e la flessibilità del trattamento rieducativo rimanga appannaggio della Corte costituzionale.

### *5.4. Verso una illegittimità* tout court *delle "rigidità legislative"?*

Sebbene la giurisprudenza costituzionale in materia risulti oggi nutrita e stratificata, la Corte non si è mai spinta sino al punto di affermare in via generale e astratta l'illegittimità costituzionale di qualsivoglia automatismo sanzionatorio, circostanza che causerebbe stravolgimenti radicali nell'architettura dell'ordinamento penale. Il

[599] Corte cost., 1 dicembre 1999, n. 436, in *www.cortecostituzionale.it*, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 58-*quater* comma 2 o.p. nella parte in cui si riferiva ai minorenni, parla del divieto di «rigidi automatismi normativi» come di un criterio «costituzionalmente vincolante».

[600] La più significativa è forse quella scaturita dagli "Stati generali dell'esecuzione penale" convocati nel 2015 e poi confluita nella legge-delega 23 giugno 2017, n. 103, al cui interno, tra i vari criteri direttivi, ritroviamo proprio quello che disponeva la «eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono ovvero ritardano, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari in relazione alla tipologia dei reati commessi e alle caratteristiche personali del condannato, nonché la revisione della disciplina sulla preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo, salvo che per i casi di eccezionale gravità e pericolosità espressamente individuati, e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale» (art. 1, co. 85, lett. e, della legge-delega). Nonostante questi solidi lavori preparatori, il nuovo Esecutivo, *medio tempore* insediatosi, optò per un nuovo pacchetto di riforme che ha successivamente condotto all'emanazione di tre decreti legislativi di modifica dell'ordinamento penitenziario (il d.lgs. 121/2018 che si è occupato di esecuzione penale minorile; il d.lgs. 123/2018 in tema di assistenza sanitaria in ambito penitenziario, semplificazione dei procedimenti, vita detentiva e modifiche in tema di competenze dell'U.E.P.E.; il d.lgs. 124/2018 su lavoro e trattamento penitenziario) che non sono intervenuti in alcun modo sull'eliminazione degli automatismi e delle preclusioni.

superamento di tali meccanismi è avvenuto, e continua ad avvenire, secondo un'impostazione casistica, fondata sull'analisi concreta delle singole disposizioni normative sottoposte a scrutinio. In questo senso, la "discrezionalità restituita" al giudice è il prodotto di un'azione demolitoria paziente, selettiva e progressiva, che ha preso le mosse da un atteggiamento inizialmente improntato a un certo *self-restraint* da parte della Corte, solo col tempo evolutosi verso un controllo più penetrante. D'altra parte, non si può che constatare che – salvo qualche eccezione – le questioni di costituzionalità sollevate aventi ad oggetto "rigidità legislative" sono state tutte accolte e, nelle rare occasioni in cui sono state rigettate, la Consulta ha comunque spesso lanciato un monito al legislatore.

Tanto considerato, vi sono solide ragioni per riconoscere la radicale incompatibilità di queste discipline con il dettato costituzionale: che si tratti di pene fisse, di blindature del bilanciamento o di automatismi in fase esecutiva, la predeterminazione delle conseguenze sanzionatorie produce uno scarto insanabile rispetto al principio di individualizzazione della pena, precipitato della personalità della responsabilità penale e dei principi di uguaglianza, rieducazione e proporzionalità della pena[601].

Quanto alle pene fisse, anche a voler ammettere che, sul piano astratto, la sanzione possa ritenersi proporzionata all'intera gamma di condotte tipizzate dal legislatore, resta innegabile che, sul piano concreto, una certa flessibilità sia necessaria per adeguare la pena alla personalità del soggetto e alle esigenze rieducative che inevitabilmente variano da persona a persona[602].

Ancora, le blindature del bilanciamento possono condurre a risultati distonici rispetto al caso concreto ogniqualvolta un'attenuante particolarmente pregnante si contrapponga ad un'aggravante di scarsa gravità. L'esito vincolato imposto dal legislatore si traduce in una *fictio* che sacrifica il principio di individualizzazione sull'altare dell'*imperium* legislativo[603].

---

[601] Di questo avviso, in dottrina, R. BARTOLI, *Tipologia e misura delle pene nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 111.

[602] *Ibidem.*

[603] Il giudizio di bilanciamento, consistendo in una comparazione tra le intrinseche gravità delle circostanze sotto il profilo della loro valenza attenuante o aggravante, implica necessariamente una valutazione in concreto che la presunzione esclude a priori. In tal senso, R. BARTOLI, *Le circostanze 'al bivio' tra legalità e discrezionalità*, cit., 38.

Infine, particolarmente criticabile appare l'esclusione di un vaglio individualizzato nell'applicazione di istituti di diversificazione sanzionatoria che perseguono finalità spiccatamente rieducative, come sono i benefici penitenziari e le misure alternative. Si avverte, infatti, in questi momenti un bisogno «di concretezza del giudizio commisurativo che deriva dal fatto che la discrezionalità qui è coessenziale alla natura *personologica* delle valutazioni necessarie per la scelta sanzionatoria»[604].

### *5.5. Una recente battuta d'arresto nello smantellamento dei meccanismi preclusivi: Corte costituzionale n. 139 del 2025*

Nostro malgrado, ci vediamo costretti a concludere il presente capitolo con una nota negativa. Invero, la recente pronuncia della Corte costituzionale n. 139 del 2025[605] segna una battuta d'arresto nel percorso – finora in costante progressione – di smantellamento dei meccanismi preclusivi.

Con questa decisione la Consulta ha infatti ritenuto non fondate le due questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione all'estensione del regime preclusivo di accesso alle pene sostitutive nei confronti dei condannati per uno dei reati ricompresi nel catalogo ostativo di cui all'art. 4-*bis* o.p.[606].

A tal riguardo, è bene precisare che, in una prospettiva di sistema, il richiamo all'art. 4-*bis* o.p. in tema di pene sostitutive operato dall'art. 59 della l. n. 689 del 1981 non può considerarsi inconferente: considerato l'innalzamento del limite di pena sostituibile a quattro anni e l'omogeneità tra le due pene sostitutive più gravi (semilibertà e detenzione domiciliare) e le omonime misure alternative, sarebbe risultato distonico ammettere un accesso indiscriminato dei condannati per reati ostativi alle nuove pene sostitutive[607]. Ciononostante, l'esclusione senza eccezioni di tale categoria di condannati ha suscitato talune perplessità, che sono state per l'appunto portate all'attenzione del Giudice delle leggi.

---

[604] F. PALAZZO, *Commisurazione della pena e discrezionalità giudiziale*, cit., 1347.

[605] Corte cost., 29 luglio 2025, n. 139, in *www.cortecostituzionale.it*. Per un commento v. G. MENTASTI, *Pene sostitutive e reati ostativi: per la Corte costituzionale le questioni di legittimità non sono fondate*, in *www.sistemapenale.it*, 1 agosto 2025; F. FIORENTIN, *La Corte costituzionale "salva" la disciplina ostativa delle pene sostitutive in nome delle esigenze di prevenzione generale*, in *IUS,* 28 agosto 2025.

[606] Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Firenze (ord. 18 aprile 2024) e Corte d'appello di Firenze (ord. 14 febbraio 2025). Entrambi gli atti di promovimento sono consultabili in *www.cortecostituzionale.it*.

[607] Cfr. *Relazione illustrativa* al d.lgs. 150/2022, in *www.sistemapenale.it*, 20 ottobre 2022, 215 ss. In dottrina, v. A. GARGANI, *Le "nuove" pene sostitutive*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2023, 27. Sulla disciplina delle pene sostitutive v. diffusamente *infra*, Cap. 3, par. 4.2.3. e ss.

In particolare, la citata disciplina sembra porsi in frizione con gli artt. 3 e 27 co. 3.

Innanzitutto, appare irragionevole un richiamo generalizzato a tutti i reati contenuti nell'art. 4-*bis* o.p. poiché, come già rilevato, la disposizione ha ormai da tempo perduto la sua originaria vocazione di contrasto al crimine organizzato, finendo per ricomprendere al suo interno anche fattispecie di gravità decisamente più contenuta, rendendo di conseguenza assai concreto il «rischio di trattare in maniera diversa situazioni differenziate dal titolo di reato ma connotate, in concreto, da eguale gravità»[608]. Inoltre, l'4-*bis* o.p. differenzia le condizioni di accesso alle misure alternative alla detenzione e ai benefici penitenziari a seconda delle diverse categorie di reati ricomprese nell'elenco, veicolando una preclusione ormai soltanto relativa. In tema di pene sostitutive, invece, l'ostatività viene, non solo recepita indistintamente per qualsiasi reato annoverato dalla norma penitenziaria, ma anche resa assoluta, in quanto, anche laddove dovessero sussistere i presupposti per il superamento della presunzione di pericolosità sociale alla base del regime ostativo, il giudice della cognizione non potrà comunque prenderli in considerazione e non potrà procedere alla sostituzione[609]. Sul punto, la dottrina ha altresì evidenziato come lo stesso legislatore cada in contraddizione rispetto all'impostazione appena delineata laddove all'art. 59, lett. d, l. 689/1981 consenta l'applicazione della pena sostitutiva in presenza dell'attenuante di cui all'art. 323-*bis* c.p., che oggi ha perso rilevanza in seguito all'espunzione dal catalogo ostativo dei reati contro la pubblica amministrazione, ma che, prima della riforma del 2022, consentiva di superare la presunzione di pericolosità con riferimento a tale tipologia di delitti. L'introduzione di tale deroga dimostra proprio che è irragionevole precludere l'applicazione della pena sostitutiva qualora sussistano i requisiti per il superamento della presunzione di pericolosità sociale[610].

In secondo luogo, la disciplina in commento oblitera completamente la discrezionalità del giudice sul caso concreto, impedendo la personalizzazione del trattamento sanzionatorio, precondizione della tensione rieducativa della pena. Nello specifico, si impedisce al giudice «di individualizzare il trattamento sanzionatorio

[608] Cfr. Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Firenze, ord. 18 aprile 2024, cit. e Corte d'appello di Firenze, ord. 14 febbraio 2025, cit.

[609] Cfr. Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Firenze, ord. 18 aprile 2024, cit. In dottrina v. D. BIANCHI, *Le pene sostitutive. Sistematica, disciplina e prospettive di riforma*, Torino, 2024, 164 ss.

[610] Sul punto ancora D. BIANCHI, *Le pene sostitutive*, cit., 165.

attraverso l'applicazione di una pena sostitutiva a quella detentiva che, alla luce delle specificità del caso concreto, potrebbe perseguire la funzione rieducativa del condannato più e meglio dell'esperienza detentiva in carcere, che, come noto, produce sovente un effetto desocializzante e di involuzione della persona, anche alla luce della situazione critica in cui versano le carceri italiane»[611].

Tuttavia, come anticipato, la Consulta non ha accolto alcuna delle censure prospettate dai rimettenti. I Giudici costituzionali sembrano blindare la discrezionalità del legislatore, rilevando che, con riferimento alle pene sostitutive, che sono pene a tutti gli effetti, «non pare potersi negare che, in linea di principio, il legislatore debba poter decidere a quali tipologie di reato esse debbano o possano trovare applicazione, esattamente come accade rispetto alle pene detentive, a quelle pecuniarie, a quelle accessorie, alla confisca, e così via». Pertanto, rientra nella piena facoltà del legislatore stabilire limiti oggettivi di applicazione di tali pene, tanto indicando le soglie massime di pena sostituibile, quanto individuando i reati per i quali la sostituzione non può operare. Rispetto al carattere assoluto dell'ostatività che il rinvio in blocco all'art. 4-*bis* o.p. comporta nella disciplina delle pene sostitutive, la Corte ritiene che «il superamento della presunzione di pericolosità degli autori di questi reati [...] esigerebbe accertamenti che il giudice della cognizione non è ordinariamente in grado di compiere, e che anzi il legislatore dell'ordinamento penitenziario riserva normalmente a una fase di osservazione intramuraria del condannato». Infine, nel rigettare le censure mosse sul versante rieducativo, la Corte sviluppa una più ampia riflessione sulla (*rectius*, sulle) finalità della pena: «la giurisprudenza di questa Corte non si è mai spinta ad affermare che la rieducazione debba essere considerata, per vincolo costituzionale, come l'unica finalità legittima della pena. Il legislatore ben può, dunque, assegnare anche altre finalità alla pena – come il contenimento della pericolosità sociale del condannato e la deterrenza nei confronti della generalità dei consociati –, a condizione appunto di non sacrificare, in nome di queste pur legittime finalità, la sola funzione della pena espressamente indicata quale costituzionalmente necessaria, la rieducazione del reo. Lo stesso principio costituzionale del minimo sacrificio necessario della libertà personale non può che essere letto nel senso che il ricorso alla pena detentiva è legittimo solo in quanto sia, appunto, "necessario" (e dunque, non sostituibile mediante pene meno afflittive) e proporzionato

[611] In questi termini la Corte d'appello di Firenze, ord. 14 febbraio 2025, cit.

rispetto al conseguimento delle legittime finalità della pena: tra le quali anche, e *in primis*, la funzione di tutela della collettività contro la residua pericolosità sociale del condannato. […] [I]l diritto penale oggi vigente stabilisce – evidentemente in ottica anche generalpreventiva – che chi è stato condannato per un grave reato deve in ogni caso iniziare a scontare la propria pena in carcere, senza che sia richiesto al giudice di accertarne, caso per caso, la persistente pericolosità sociale. In quella sede dovrà dunque essere avviato il percorso del suo graduale reinserimento nella società».

Fermo tutto ciò, la Corte sembra, tuttavia, aprire uno spiraglio a possibili rivalutazioni future della compatibilità costituzionale del meccanismo preclusivo di cui all'art. 59 l. 689/1989 con riferimento a singole fattispecie contenute nel catalogo ostativo. In un passaggio si legge, infatti, che «la scelta del legislatore non appare, in via generale, manifestamente irragionevole o arbitraria, *salva la verifica di una sua eventuale irragionevolezza o sproporzionalità rispetto a singole ipotesi criminose, tra quelle richiamate negli ormai foltissimi elenchi di cui ai vari commi dell'art. 4-bis o.p.*» (corsivo nostro). Che sia il preludio di una certosina opera di ridimensionamento caso per caso della preclusione ostativa in materia di accesso alle pene sostitutive?

Di certo tale chiosa non è sfuggita ai giudici di legittimità che, proprio sulla base dell'arresto costituzionale in commento, hanno sostenuto un'interpretazione adeguatrice del divieto posto dagli artt. 59 l. n. 689/1981 e 4-*bis* o.p.[612]. Il caso di specie riguardava un condannato per violenza sessuale nell'ipotesi attenuata (art. 609-*bis* co. 3 c.p.). Come noto, il riconoscimento dell'attenuante in parola comporta, *expressis verbis*, la possibilità di essere ammessi ai benefici penitenziari e alle misure alternative al ricorrere dei presupposti ordinari, rendendo innecessaria l'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno richiesta per i reati c.d. di terza fascia (cfr. art. 4-*bis* co. 1-*quater* o.p.). Sulla scorta di tale rilievo, la Corte di Cassazione ha ritenuto che la presenza dell'attenuante di cui all'ult. co. dell'art. 609-*bis* c.p., così come esclude l'ostatività in ambito penitenziario, allo stesso modo escluda l'ostatività in sede di cognizione ai fini dell'applicazione di una pena sostitutiva. Il principio di diritto più

[612] Cass. pen., sez. III, 2 dicembre 2025, n. 109, in *www.italgiure.giustizia.it*. Per un commento v. F. FIORENTIN, *Delitti ostativi: la Cassazione individua un limite al divieto di sostituzione della pena detentiva*, in *IUS*, 12 febbraio 2026. L'autore, pur condividendo in astratto l'esigenza di ridimensionare la preclusione ostativa in tema di accesso alle pene sostitutive che, così come configurata attualmente appare senz'altro viziata da taluni profili di irragionevolezza, ritiene tuttavia che tale esito non possa essere perseguito in via interpretativa, rendendosi pertanto necessario investire nuovamente della questione la Corte costituzionale.

generale che sembra potersi ricavare da tale arresto pare, dunque, quello secondo cui in tutti i casi in cui sia riconosciuta non operante la particolare disciplina ostativa di cui alla legge n. 354 del 1975, debba sempre ritenersi parimenti superato il divieto di applicazione di una pena sostitutiva posto dall'art. 59 l. n. 689/1981.

# CAPITOLO TERZO

# PLURALITA' DI PARADIGMI COMMISURATIVI: UNA ANALISI CRITICA TRA SISTEMA PENALE STATICO E DINAMICO

SOMMARIO: 1. Crisi del modello unitario di commisurazione e consolidamento di una pluralità di paradigmi commisurativi tra essere e dover essere. 2. La commisurazione in senso stretto (c.d. infraedittale): gli artt. 132 e 133 c.p. 2.1. I criteri fattuali *ex* art. 133 c.p. 2.1.1. La gravità del reato. 2.1.2. La capacità a delinquere. 2.2. Il problema della doppia valutazione degli indici di commisurazione della pena. 2.3. Ambiguità e insufficienze della disciplina positiva. 2.3.1. L'interpretazione costituzionalmente orientata. 2.4. Dalla teoria alla prassi: incontrollabilità della decisione e politica penale giudiziaria. 2.4.1. Un'ulteriore critica alla commisurazione in senso stretto: la discrezionalità ridotta a dimensione quantitativa. 3. La commisurazione della pena pecuniaria principale: l'art. 133-*bis* c.p. e il sistema a somma complessiva. 3.1. L'art. 133-*ter* c.p.: il pagamento rateale come strumento di individualizzazione della pena pecuniaria. 3.2. La commisurazione della pena pecuniaria sostitutiva: il sistema dei tassi giornalieri. 4. La commisurazione in senso ampio. 4.1. La commisurazione extraedittale: "terra delle contraddizioni". 4.2. Momenti di potenziale diversificazione sanzionatoria e discrezionalità qualitativa: tra rieducazione, prognosi di non pericolosità ed esigenze deflattive. 4.2.1. In fase pre-decisoria: la sospensione del procedimento con messa alla prova. 4.2.2. In fase decisoria: la sospensione condizionale della pena. 4.2.3. In fase decisoria: le pene sostitutive. 4.2.3.1. La discrezionalità sostitutiva nell'*an* e nel *quomodo*. 4.2.3.2. L'udienza di *sentencing ex* art. 545-*bis* c.p.p. 4.2.3.3. La revoca discrezionale delle pene sostitutive secondo una logica gradualistica. 4.2.4. In fase esecutiva: le misure alternative alla detenzione. 4.2.4.1. I criteri di giudizio per la concessione delle misure alternative e l'enorme discrezionalità della Magistratura di Sorveglianza. 4.2.4.2. La discrezionalità della Magistratura di Sorveglianza in ipotesi di cessazione patologica e fisiologica delle misure alternative alla detenzione. 4.2.4.3. Un bilancio sull'attività di sorveglianza. 5. La commisurazione in senso negativo. 6. La "commisurazione rito-dipendente": cursorie riflessioni sulle interferenze tra procedimenti speciali e

commisurazione della pena. 7. Giustizia riparativa: coordinate generali del sistema. 7.1. L'accesso ai percorsi di giustizia riparativa prima, durante e dopo il procedimento penale. 7.1.1. La controversa questione dell'impugnabilità del diniego di accesso ai programmi di giustizia riparativa. 7.2. Lo svolgimento del programma e l'approdo all'eventuale esito riparativo: la «discrezionalità umanistica» esercitata dai mediatori. 7.3. La valutazione dell'esito riparativo da parte dell'autorità giudiziaria e le ricadute sulla commisurazione della pena: quali spazi per la discrezionalità?. 7.4. Qualche riflessione finale su giustizia riparativa, ricadute penalistiche e discrezionalità. 8. La commisurazione algoritmica: una prospettiva futuribile?. 8.1. L'algoritmo *Ex-Aequo*: un valido aiuto per il giudice nella commisurazione della pena in senso stretto?.

## 1. Crisi del modello unitario di commisurazione e consolidamento di una pluralità di paradigmi commisurativi tra essere e dover essere

Dalla disamina condotta finora, è emersa l'inequivocabile connessione che avvince la discrezionalità giudiziale e il momento commisurativo, visto che quest'ultimo si connota fisiologicamente per la presenza di componenti discrezionali.

Come visto nel capitolo precedente, i principi e le garanzie scolpiti nella Carta fondamentale rappresentano risorse di sicuro rilievo per il giudice nell'esercizio della sua discrezionalità in materia sanzionatoria, offrendo, però, contemporaneamente, anche al legislatore una cornice di riferimento sufficientemente nitida per l'elaborazione di una disciplina legale costituzionalmente orientata in questo particolare ambito dello *ius dicere*.

Eppure, le maggiori difficoltà si manifestano proprio quando dal piano assiologico si passa alla fonte legislativa: la trama normativa che oggi disciplina il potere commisurativo si rivela farraginosa, confusa, a tratti contraddittoria e, non di rado, in tensione con i medesimi principi costituzionali che dovrebbe attuare, come dimostrano le pronunce di accoglimento della Corte costituzionale analizzate in precedenza che hanno stigmatizzato tali aporie.

Ne deriva uno scarto significativo tra modello costituzionale – garantistico e improntato alla personalizzazione – e modello legale di commisurazione, ma anche, più vistosamente, tra quest'ultimo e la prassi delle aule di giustizia. In altri termini, si registra «l'esistenza di un profondo divario – in tutto il sistema penale – tra un modello teorico di discrezionalità vincolata e una prassi, nella quale la discrezionalità si sottrae a qualsiasi

vincolo normativo: lungi dal rappresentare la concretizzazione di criteri dettati – in forma esplicita o implicita – dal legislatore, le valutazioni del giudice si ispirano per lo più a finalità diverse da quelle ricavabili dalla funzione di ciascun istituto»[613]. Le lacune e le ambiguità della disciplina legislativa finiscono per alimentare la costruzione di un «sistema extralegale della commisurazione»[614], fondato in larga misura sull'intuito e sul personale bagaglio formativo ed esperienziale del giudice. Si innesca, in tal modo, un circolo vizioso: il *deficit* di chiarezza normativa allarga le maglie della discrezionalità, la quale, a sua volta, diventa l'unica via percorribile per garantire il funzionamento del sistema.

In questa ricostruzione, un fattore non trascurabile, che mostra una certa qual approssimazione legislativa, è il frequente richiamo agli indici contenuti nell'art. 133 c.p. come *passepartout* al quale ancorare la maggior parte delle valutazioni discrezionali del giudice sul fronte sanzionatorio[615], che genera l'impressione di un'evocazione più simbolica che cogente[616]. Pur senza negare la sua centralità, nel panorama attuale diventa infatti difficile continuare a sostenere la valenza "paradigmatica" dell'art. 133 c.p., dal momento che l'edificio penale si presenta oggi come un'architettura complessa e stratificata, arricchita da innesti normativi ispirati a presupposti, criteri e finalità tra loro eterogenei, che chiama in causa una molteplicità di attori impegnati nelle diverse fasi di

[613] Così, E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale*, cit., 768.

[614] L. MONACO, C. E. PALIERO, *Variazioni in tema di «crisi della sanzione»*, cit., 428.

[615] G. VASSALLI, *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, cit., 1316, segnala la «forza espansiva» di questa disposizione, che ha finito per travalicare il suo terreno d'elezione originario. Di seguito i "luoghi" in cui viene evocato l'art. 133 c.p.: gli artt. 103, 104, 105 e 108 c.p. in materia di dichiarazione di abitualità nel reato, di professionalità e di tendenza a delinquere; l'art. 131-*bis* c.p., per quanto concerne la valutazione dell'entità dell'offesa ai fini della sussistenza della causa di non punibilità della "particolare tenuità del fatto"; gli artt. 164 e 169 c.p., circa le valutazioni necessarie a formulare la prognosi di non commissione di ulteriori reati quale requisito soggettivo per la concessione della sospensione condizionale della pena ovvero del perdono giudiziale per gli imputati minorenni; l'art. 175 c.p., ai fini della "non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale"; l'art. 203 c.p., per il riconoscimento della "qualità di persona socialmente pericolosa" quale presupposto dell'applicazione delle misure di sicurezza personali; l'art. 464-*quater*, co. 3, c.p.p., in tema di messa alla prova, per quanto riguarda la valutazione del giudice circa l'idoneità del trattamento e circa il fatto che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati; l'art. 58 della l. 689/1981 rispetto all'applicazione e alla scelta delle pene sostitutive; l'art 58 co. 1 del d.lgs 150/2022 il quale sancisce che «l'autorità giudiziaria, per le determinazioni di competenza, valuta lo svolgimento del programma e, anche ai fini di cui all'articolo 133 del codice penale, l'eventuale esito riparativo».

[616] In dottrina, L. MONACO, C. E. PALIERO, *Variazioni in tema di «crisi della sanzione»: la diaspora dei sistemi commisurativi*, cit., 430, parlano addirittura di un ricorso «rituale, se non scaramantic[o]» a questa norma. D. ARCELLASCHI, *Rassegna delle più recenti pronunce di legittimità in tema di criteri di commisurazione della pena ex art. 133 c.p. (ed obbligo motivazionale),* cit., 373, definisce la disposizione in esame «una sorta di norma placebo per tutti i mali e per tutte le situazioni; una sorta di norma "fai da te", adattabile a diverse ed eterogenee situazioni».

vita della pena[617]. Come rilevato in dottrina, «[l]'originario paradigma "monistico" ed unitario in cui si iscriveva l'art. 133 c.p. è stato travolto dalla progressiva emersione di una pluralità di modelli commisurativi, tendenti alla polverizzazione e alla frantumazione della tipologia sanzionatoria»[618].

Il crescente impulso ad una differenziazione interna ai singoli paradigmi commisurativi suggerisce dunque di suddividere la trattazione come segue, al fine di procedere ad un'esposizione ordinata: partiremo dalla commisurazione in senso stretto, perno del sistema, per poi analizzare la commisurazione della pena pecuniaria e le più significative ipotesi riconducibili alla commisurazione in senso lato (la commisurazione extraedittale, l'applicazione delle misure sospensivo-probatorie e delle pene sostitutive, nonché la concessione delle misure alternative in fase esecutiva). Un discorso a parte meritano la commisurazione c.d. in senso negativo, in forza della quale il giudice è chiamato a decidere sull'*an* della punibilità, e la commisurazione c.d. processuale che si realizza attraverso le riduzioni di pena conseguenti all'attivazione di un procedimento speciale. Inoltre, sia pur consapevoli che la giustizia riparativa costituisce un paradigma complementare rispetto alla giustizia penale tradizionale, nato per soddisfare esigenze molto differenti, pare interessante soffermarsi sulle ricadute, in punto di commisurazione della pena in senso lato, che il legislatore riconnette alla partecipazione ad un programma di *restorative justice* e sulla natura – discrezionale o meno – delle scelte che competono al giudice in questo particolare ambito, e cioè la decisione circa l'accesso ai programmi di mediazione e la valutazione dell'esito riparativo, nonché sulla peculiare forma di discrezionalità esercitata, questa volta dai mediatori, nel corso degli incontri riparativi che presenta un'inedita dimensione qualitativa. Da ultimo, saranno riservati alcuni cenni alla c.d. commisurazione algoritmica che, mediante l'utilizzo di *risk assessment tools*, pretende di supportare il giudice nell'esercizio del suo potere discrezionale, aprendo l'orizzonte a scenari futuri a dir poco problematici.

---

[617] L. MONACO, C. E. PALIERO, *Variazioni in tema di «crisi della sanzione»: la diaspora dei sistemi commisurativi*, cit., 431, evidenziano il «*decentramento del potere discrezionale* in merito alla misura della pena» che ha portato alla perdita del monopolio della commisurazione da parte del giudice di cognizione, affiancato da una «concorrenza poco disciplinata, di organi diversi».

[618] A. GARGANI, *Commisurazione della pena*, cit., 24. In termini analoghi si esprimono anche: C.E. PALIERO, *Metodologie* de lege ferenda*: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, cit., 545 ss.; T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforme. Il problema delle comminatorie edittali*, cit., 419; L. MONACO, C. E. PALIERO, *Variazioni in tema di «crisi della sanzione»: la diaspora dei sistemi commisurativi*, cit., 422 ss.

## 2. La commisurazione in senso stretto (c.d. infraedittale): gli artt. 132 e 133 c.p.

Come abbiamo già avuto modo di specificare, la commisurazione in senso stretto consiste nella quantificazione della pena-base tra il massimo e il minimo edittale, eventualmente preceduta dalla scelta della pena detentiva o pecuniaria in caso di comminatoria alternativa. Essa segna il passaggio dalla dimensione astratta della comminatoria edittale a quella concreta della pena inflitta al reo e costituisce indubbiamente un tema vasto, articolato e denso, se pensiamo che «attraverso il prisma della pena» filtra praticamente «tutto il reato e tutta la persona del suo autore»[619].

Nell'affrontare la materia, occorre partire dalle due disposizioni che ne contengono la disciplina sostanziale e processuale – gli artt. 132 e 133 c.p. – sulle quali già si sono svolte alcune considerazioni sparse, ma la cui importanza richiede un *focus* più ordinato e puntuale.

Trattasi di due norme logicamente complementari e funzionalmente interdipendenti[620]: se la prima introduce il potere discrezionale e ne individua i limiti garantistici; la seconda si propone di definirne le modalità di esercizio. Le due disposizioni evidenziano una continuità di sviluppo tra i momenti della determinazione legale e della commisurazione giudiziale della pena: «non già contingente manipolazione della prima ad opera del giudice, ma coerente affermazione, attraverso la seconda, di un processo di individuazione della responsabilità penale non ulteriormente praticabile nella sede legale necessariamente governata dall'astrattezza e dalla generalità»[621].

Quanto ai vincoli contenuti nell'art. 132 c.p., che abbiamo inserito tra i limiti normativi esterni[622], oltre al riferimento alla cornice edittale, principale strumento di inveramento del principio di legalità della pena, viene annoverato l'obbligo di motivazione, funzionale a garantire una revisione critica delle modalità di esercizio della discrezionalità. Se di questi due limiti si è già ampiamente discusso[623], manca da analizzare il terzo vincolo, non meno pregnante, rappresentato dalla previsione degli

---

[619] G. VASSALLI, *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, cit., 1316.

[620] Sulla strettissima correlazione tra art. 132 e 133 c.p. cfr. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 105 ss.

[621] G. DE VERO, *Le circostanze del reato tra determinazione legale e commisurazione giudiziale delle pene*, in R. BARTOLI., M. PIFFERI (a cura di), *Attualità e circostanze del reato. Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità*, Milano, 2016, 218.

[622] Si veda *supra*, Cap. 2, par. 4, spec. nota 339.

[623] Si rinvia a: Cap. 2, par. 4.1.1. e 5.1 per quanto riguarda la legalità della pena e la necessità che il legislatore predetermini un limite minimo e massimo della sanzione attraverso il sistema delle cornici edittali, e Cap. 2, par., 4.2.2. rispetto all'obbligo di motivazione.

indici di commisurazione della pena di cui all'art. 133 c.p., unico strumento a disposizione del giudice per scegliere e graduare la pena[624].

*2.1. I criteri fattuali ex art. 133 c.p.*

Come noto, l'art. 133 c.p. è frutto del compromesso tra le opposte concezioni propugnate dalla Scuola classica e dalla Scuola positiva in merito alle finalità della pena[625]. E come spesso accade, quando si è costretti a mediare tra visioni antitetiche, si finisce per ripiegare su formulazioni vaghe, che mettano tutti d'accordo, ma in concreto insoddisfacenti[626].

Adottando una tecnica legislativa destinata a trovare seguito in molti codici europei successivi[627], la disposizione in esame introduce un'elencazione di criteri "onnicomprensiva" – polarizzata intorno ai due parametri della gravità del reato e della capacità a delinquere – contenente, come è stato detto, «tutti gli elementi di valutazione ai quali è logicamente, razionalmente e umanamente possibile ricorrere per orientarsi in

[624] E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 39, considera l'art. 133 c.p. «una delle disposizioni più importanti del codice», rispetto alla quale, però, la dottrina – salvo alcune esimie eccezioni – non ha riservato la medesima attenzione dedicata all'interpretazione di altre norme.

[625] Per approfondire le radici culturali, ideologiche e politico-criminali dello "scontro" tra Scuola classica e Scuola positiva, v. O. CUSTODERO, *Capacità a delinquere e commisurazione della pena: problemi ed orientamenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1998, 78 ss.; R. DELL'ANDRO, *Il dibattito delle scuole penalistiche,* in *Primo corso di perfezionamento per uditori giudiziari, Conferenze*, Tomo I, Milano, 1958, 566 ss.; P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, 331 ss.; M. SPASARI, *Capacità a delinquere e pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen*, 1978, 11.

[626] L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Napoli, 1984, 267, parla di una formula talmente generica da risultare «troppo lontana dalla qualità dei problemi ai quali deve in ogni caso connettersi».

[627] E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 30: oltre al codice tedesco, anche quello svizzero, quello greco e quello austriaco.

concreto nell'inflizione della pena»[628]. Una sorta di *vademecum* a cui il giudice dovrebbe uniformarsi e di cui dovrebbe dar conto in motivazione[629].

A tal proposito, però, la Suprema Corte di Cassazione sostiene che l'obbligo di valutazione dei coefficienti di graduazione della pena di cui all'art. 133 c.p. non implichi per il giudice il dovere di prendere in considerazione e sviluppare la motivazione criterio per criterio, essendo sufficiente fare riferimento soltanto a quegli elementi ritenuti utili per il caso concreto e dunque effettivamente utilizzati per la decisione[630]. Di tal guisa, uno o taluni degli indici elencati potrebbero essere considerati di valenza tale da "eclissare" gli altri.

Secondo una certa dottrina tuttavia, «la vera chiave di volta dell'art. 133 c.p.» non risiederebbe tanto nei micro-criteri fattuali individuati, quanto piuttosto nei due macro-criteri della gravità del reato e della capacità a delinquere, il primo di chiara natura oggettiva mentre il secondo di portata soggettiva [631]. Nel determinare la pena, il giudice sarebbe tenuto a seguire un *iter* valutativo che ha come punto di partenza ineludibile l'apprezzamento della gravità del reato e punto di arrivo la valutazione della capacità a delinquere del reo. L'art. 133 c.p. dev'essere pertanto inteso nel senso che «la prima parte [è] in funzione della seconda; il giudice, nel fissare la misura della pena-base, deve muovere dal fatto per giungere alla ricostruzione della personalità dell'agente»[632]. La decisione *quoad poenam* finisce così per condensare le due "anime" del c.d. sistema misto

---

[628] Cfr. M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, cit., 70; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 103; A. R. LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, 1967, 52 ss.

Si è molto discusso, in passato, circa la natura tassativa ovvero esemplificativa dei criteri di cui all'art. 133 c.p. La dottrina maggioritaria (v., per tutti, G. BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, cit., 38) si è schierata a favore della prima tesi, deponendo in tal senso sia il tenore letterale della disposizione, sia lo scopo della stessa di vincolare il potere discrezionale del giudice, destinato ad essere disatteso in caso di valenza meramente esemplificativa degli indici. A ciò si aggiunga l'esplicita presa di posizione del legislatore riportata nella Relazione illustrativa del R.D. 19 ottobre 1930-VIII, n. 1938, di approvazione del Codice penale, in G.U. Regno d'Italia del 26 ottobre 1930, n. 251, Titolo V, par. 70, 4471: «l'enumerazione è tassativa, secondo la tecnica legislativa penale moderna, che ha abbandonato le indicazioni meramente esemplificative […] perché, quando una serie di specificazioni non è tassativa, è preferibile enucleare, in luogo di essa, soltanto il concetto generico nel quale rientrano necessariamente tutti i casi specifici». Va detto, però, che la questione ha finito col ridimensionarsi proprio alla luce della constata onnicomprensività dei criteri positivizzati dalla norma che riuscirebbero, di fatto, a inglobare tutte le circostanze astrattamente rilevanti, rendendo ardua all'interprete la ricerca di ulteriori e diversi fattori meritevoli di considerazione.

[629] D. ARCELLASCHI, *Rassegna delle più recenti pronunce di legittimità in tema di criteri di commisurazione della pena ex art. 133 c.p. (ed obbligo motivazionale),* cit., 373.

[630] Già abbastanza risalentemente: Cass. pen., sez. I, 10 novembre 1999, Renda, in *Cass. pen*., 1999, 3445; Cass. pen., sez. II, 10 maggio 1996, Romeo, in CED, 1996/204768.

[631] F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Corso di diritto penale*, cit., 563.

[632] F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 100, nota 209.

del diritto penale italiano: l'una fermamente ancorata al fatto e l'altra attenta all'autore dell'illecito penale e alla sua personale responsabilità[633].

Prima di passare in rassegna i criteri di commisurazione recepiti dall'art. 133 c.p., si può ancora aggiungere che si tratta di criteri meramente fattuali, volti cioè unicamente a selezionare le circostanze di fatto che assumono rilevanza ai fini della determinazione della pena. Essendo invece "neutri" quanto a direzione teleologica, sono passibili di assumere «un significato e una rilevanza diversi, a seconda della finalità prevalente che l'interprete assegn[a] alla pena in sede commisurativa», sicché si è dubitato della reale capacità dell'art. 133 c.p. di vincolare il potere discrezionale del giudice[634]. Il punto cruciale della disciplina risiede, pertanto, ancora una volta, nelle funzioni assegnate alla pena[635].

### *2.1.1. La gravità del reato*

Il nostro codice differenzia i criteri fattuali di commisurazione della pena a seconda che afferiscano alla gravità del reato (art. 133 co. 1 c.p.) o alla capacità a delinquere del colpevole (art. 133 co. 2 c.p.). Merita ribadire come, nella disposizione codicistica, il richiamo alla valutazione del fatto preceda quello relativo alla capacità a delinquere, a conferma della sua priorità logica nella determinazione della pena. Come già osservato, infatti, il nostro ordinamento penale, pur non trascurando i profili personologici del fenomeno delittuoso, resta saldamente ancorato alla dimensione oggettiva del reato.

La categoria della gravità del reato sottintende implicitamente un rapporto di diretta proporzionalità tra la pena e l'illecito dalla quale non si può prescindere: quanto maggiore è il disvalore del fatto nella sua dimensione oggettiva e soggettiva, tanto più severa dovrà essere la sanzione da irrogare[636]. La gravità del reato, infatti, va desunta

[633] Cfr. F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale*, cit., 574, ove si osserva che il diritto penale "misto", «pur ancorato al principio garantista del *fatto* come base imprescindibile di ogni conseguenza penale, tiene conto della altrettanto imprescindibile esigenza di valutare la *personalità* del reo, però esclusivamente al fine di determinare il tipo, la quantità e la durata delle conseguenze penali applicabili».

[634] G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 803. Sulla distinzione tra criteri fattuali e criteri finalistici cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 16 ss., e dottrina tedesca *ivi* citata.

[635] La centralità teleologica della funzione della pena è ben sintetizzata nelle parole di S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 37: essa «riflette in maniera diretta le opzioni fondamentali dell'intero sistema politico-giuridico entro cui opera, pertanto essa viene a rappresentare l'elemento caratterizzante il sistema penale».

[636] F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Corso di diritto penale*, cit., 563: G. DE FRANCESCO, *Diritto penale, I Fondamenti*, II, Torino 2011, 27. Sul principio di proporzionalità v. *supra* Cap. 2, par. 3.4.

tanto da componenti obiettive (natura, specie, mezzi, oggetto, tempo, luogo e ogni altra modalità dell'azione; gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato) quanto subiettive (intensità del dolo o dal grado della colpa). Gli elementi che concorrono a stabilire la "gravità del reato", ossia l'elemento materiale del reato e l'elemento psicologico, danno così vita al concetto unitario di «danno o pericolo sociale cagionato dal reato»[637]. Soprattutto, preme sottolineare che «gli elementi fattuali espressivi della gravità del reato potranno essere presi in considerazione solo in quanto si siano riflessi nella colpevolezza dell'autore», altrimenti «il soggetto verrebbe a sopportare la conseguenza negativa di una misura della pena più elevata in ragione di fatti a lui soggettivamente estranei e dunque non "rimproverabili"»[638].

Passando ora ad analizzare i singoli criteri fattuali, la prima categoria elencata raggruppa i fattori di giudizio riconducibili alle modalità dell'azione: natura, specie, mezzi, oggetto, tempo, luogo e ogni altra modalità dell'azione (art. 133 co. 1, n. 1 c.p.). Nel concetto di azione rientrano ovviamente i presupposti della condotta (tempo e luogo del reato), l'azione od omissione tipica nelle sue caratteristiche modali, le specificità del processo causale[639]. Tendenzialmente, il disvalore dell'azione si evince analogicamente dalle circostanze di fatto che lo stesso legislatore valuta come aggravanti o attenuanti[640] (ad esempio, l'aver tratto in inganno il soggetto truffato con artifici o raggiri particolarmente insidiosi).

Il n. 2 del co. 1 dell'art. 133 c.p. considera come secondo fattore di commisurazione la gravità del danno o del pericolo, ossia «la misura del male che è conseguito al reato»[641]. Tale criterio intende riferirsi all'offesa che costituisce il contenuto di disvalore tipico del reato (ad esempio, l'entità del danno patrimoniale causato da un furto). Quanto al grado del pericolo, un pericolo concreto è naturalmente destinato ad essere valutato come più grave rispetto a quello astratto o presunto; mentre, nell'ambito

[637] Così R. MANGINI, F.P. GABRIELI, U. COSENTINO (a cura di), *Codice Penale illustrato con i lavori preparatori*, Roma, 1930, 139, nel richiamare i lavori preparatori al Codice Penale del 1930 e, in particolare, la Relazione del Guardasigilli Alfredo Rocco.

[638] F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Corso di diritto penale*, cit., 563.

[639] A. MARTINI, sub *art. 133 c.p.*, cit., 970-971. Anche se, come sottolinea l'autore, «in realtà, la possibilità di giudicare la maggior o minor gravità dell'azione in riferimento all'enorme varietà delle sue possibili forme di manifestazione concreta implica il conio di un concetto di normalità di manifestazione della condotta con cui raffrontare le prime, assai difficile da immaginare».

[640] Cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 492.

[641] A. MARTINI, sub *art. 133 c.p.*, cit., 971.

del pericolo concreto, il disvalore aumenta in proporzione sia all'entità della lesione probabile sia al grado di probabilità della sua verificazione[642].

Terzo ed ultimo elemento per valutare la gravità del reato è l'intensità del dolo o il grado della colpa, ovvero «il grado di pregnanza della partecipazione psicologica al reato». Ai fini dell'intensità del dolo, occorre che il giudice valuti il grado di complessità della deliberazione che ha portato alla condotta illecita, in rapporto al lasso temporale entro il quale si è perfezionato il processo volitivo[643]. Verranno quindi in gioco le diverse forme del dolo intenzionale, diretto, eventuale, d'impeto e di proposito. Il grado della colpa, invece, si potrà valutare fondamentalmente avendo riguardo al grado di divergenza della condotta rispetto al comportamento richiesto dalla regola cautelare violata, al livello di evitabilità dell'evento e al *quantum* di esigibilità della condotta doverosa[644].

### *2.1.2. La capacità a delinquere*

La capacità a delinquere, contemplata al comma 2 dell'art. 133 c.p., rappresenta una novità del codice del 1930 che ha destato non pochi dubbi interpretativi, e rispetto alla quale, a dire il vero, continuano a sussistere incertezze[645]. La notevole ambiguità del concetto è testimoniata dalla molteplicità e diversità delle definizioni che ne sono state offerte, fortemente influenzate dalle finalità che si intendono attribuire alla pena[646].

---

[642] G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 806.

[643] A. GARGANI, *Commisurazione della pena*, cit., 32.

[644] A. MARTINI, sub *art. 133 c.p.*, cit., 972. T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1969, 820, fa però notare che «il legislatore ha lasciato insoluto il problema della scelta dei canoni in base ai quali determinare "quando" il grado della colpa vari in più o meno e "come" tale valutazione possa essere concretamente accertata».

[645] In tema, *ex multis*, cfr. (in ordine alfabetico): F. ANTOLISEI, *La capacità a delinquere*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1934, 168 ss.; A. CASALINUOVO, *La capacità a delinquere nella teoria del reato e della pericolosità*, Catanzaro, 1943; O. CUSTODERO, *Capacità a delinquere e commisurazione della pena*, cit.; G. DE FRANCESCO, *Appunti sulla capacità a delinquere come criterio di determinazione della pena nel reato continuato*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1978, 1450 ss.; G. DELL'OSSO, *Capacità a delinquere e pericolosità sociale*, Milano, 1985, 45 ss.; G. GUARNIERI, voce *Capacità a delinquere*, in *Noviss. dig. it*., II, Torino, 1958, 867 ss.; G. MALINVERNI, voce *Capacità a delinquere*, in *Enc. dir*., VI, Milano, 1960, 118 ss.; E. MORSELLI, *Il significato della capacità a delinquere nell'applicazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1977, 1342 ss.; S. RAMAJOLI, *La capacità a delinquere nel diritto penale italiano*, in *Arch. pen*., 1970, I, 11 ss.; P. NUVOLONE, *La capacità a delinquere nel sistema del diritto penale*, Piacenza, 1942; M. SPASARI, *Capacità a delinquere e pena*, cit., 3 ss.

[646] La capacità a delinquere è stata definita quale «criminalità virtuale o latente dell'individuo» (F. ANTOLISEI, *La capacità a delinquere*, cit., 176), «gravità attuale e immanente» (G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale, I, Parte generale*, Bologna, 1943, 656), «il grado della colpa in senso lato, o colpevolezza, manifestata dal soggetto con l'azione posta in essere» (B. PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940, 155), «l'attitudine a commettere reati» (P. NUVOLONE, *La capacità a delinquere nel sistema del diritto penale*, cit., 581), la semplice «personalità dell'autore del reato» (A. CASALINUOVO, *La capacità a delinquere nella teoria del reato e della pericolosità*, cit., 65), un «grado diverso, meno elevato di pericolosità» (A. DE MARSICO, *Diritto penale*. *Parte generale*, Napoli, 1937, 278),

Invero, se si privilegia la dimensione retributiva della pena, la capacità a delinquere va intesa in chiave retrospettiva, quale coefficiente della colpevolezza, ossia come «attitudine al reato commesso», come grado di radicamento dell'episodio criminoso nella personalità dell'agente[647]; viceversa, declinata in prospettiva specialpreventiva, essa si proietta nel futuro, configurandosi come «attitudine a commettere nuovi fatti delittuosi»[648]. Ma si registra anche un terzo orientamento, intermedio, in base al quale la capacità a delinquere consterebbe di una "doppia dimensione", *in praeteritum* e *in futurum relata*. Secondo quest'ultima impostazione, al giudice spetterebbe prendere in considerazione, dapprima, la dimensione diagnostica-retributiva della capacità a delinquere nel senso di attitudine e di colpevolezza rispetto al fatto commesso; quindi, in funzione complementare, la dimensione prognostica in chiave di prevenzione speciale che impone di considerare l'attitudine del reo a commettere nuovi reati[649].

Non è agevole stabilire quale delle ricostruzioni richiamate possa dirsi la più corretta, sebbene la più accreditata dottrina, come avremo modo di dire, abbia proposto

---

o una «colpa al di fuori della colpa...un passo verso la colpa per la condotta di vita» (G. DELL'OSSO, *Capacità a delinquere e pericolosità sociale*, cit., 66). Per un'efficace sintesi del dibattito teorico cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 807-808.

[647] Come osserva G. CARUSO, *La discrezionalità penale*, cit., 373 ss., non c'è dubbio sull'intenzione storica del legislatore del 1930 di ancorare la capacità a delinquere al principio retributivo. A tal proposito l'autore richiama i lavori preparatori al codice in cui si legge che «le indagini riguardanti il carattere, la condotta abituale del colpevole, e le condizioni di vita individuale e famigliare e sociale» sono tutti elementi «che, valutati in rapporto al reato commesso, sono i più atti a determinare se, per effetto di impulsi ambientali ovvero di fattori endogeni, e se per cause contingenti ovvero persistenti e tenaci, egli sia pervenuto al reato. […] Queste investigazioni, predisposte e orientate verso la determinazione della capacità a delinquere, rendono possibile una valutazione profonda e completa del grado di ribellione al diritto espressa dal reato, e delle esigenze concrete della repressione nell'applicazione della pena» (cfr. *Relazione ministeriale sul Progetto del codice penale*, in *Lavori Preparatori*, vol. I, Roma, 1929, 191.

[648] Così intesa, la capacità a delinquere rischia però di sovrapporsi al concetto di pericolosità sociale. Nel tentativo di differenziare le due nozioni, la dottrina si è mossa principalmente su un piano quantitativo, ricostruendo la relazione tra i due termini come rapporto di genere a specie, ove la capacità a delinquere andrebbe intesa come *possibilità* di commettere nuovi reati e la pericolosità sociale come *probabilità* di commettere nuovi reati (così F. ANTOLISEI, *La capacità a delinquere,* cit., 177 ss.; A. DE MARSICO, *Delle misure amministrative di sicurezza*, in *Il codice penale illustrato articolo per articolo*, vol. I, sotto la direzione di U. CONTI, Milano, 1934, 880; S. RANIERI, *La pericolosità criminale nel codice penale vigente, in La scuola positiva,* 1933, vol. I, 22. In senso critico, si veda P. NUVOLONE, *La capacità a delinquere nel sistema del diritto penale,* in *Trent'anni di diritto e procedura penale,* vol. 1, Padova, 1969, 593 ss.). Su un piano, invece, qualitativo, G. DELL'OSSO, *Capacità a delinquere e pericolosità sociale*, cit., 40 ss., osserva che la capacità a delinquere costituirebbe un concetto sostanzialmente neutro, suscettibile di essere configurato tanto in senso positivo quanto negativo, con conseguenze giuridiche in entrambe le ipotesi; la pericolosità sociale, invece, presenterebbe natura essenzialmente positiva, non assumendo rilievo nei casi di sua insussistenza.

[649] In tal senso, per tutti, F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale*, cit., 739.

una interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione, suggerendo una lettura in chiave prognostica[650].

In ogni caso, quale che sia la prospettiva adottata, la capacità a delinquere si configura come criterio di commisurazione «complementare rispetto alla gravità del reato»; pertanto, essa incide «su di una quantità di pena già determinata in chiave certamente retributiva, sulla base della gravità in concreto del reato»[651].

Premessi questi brevi cenni sulla problematicità della categoria della capacità a delinquere, non rimane che analizzare brevemente i singoli indici fattuali indicati come sintomatici della stessa.

In primo luogo, vengono in rilievo i motivi a delinquere, ovvero le motivazioni che hanno spinto il soggetto ad agire. I moventi «devono essere accertati nella loro qualità, cioè se capaci di spingere normalmente ad azioni apprezzabili (come, ad esempio, l'altruismo, la pietà) ovvero riprovevoli (l'invidia, la cupidigia), e nella loro natura psichica, cioè se […] radicati nella struttura stessa della personalità (come, ad esempio, un movente libidico) ovvero sostanzialmente occasionali e marginali nella personalità complessiva del reo»[652]. In un'ottica prognostica è utile valutare se la condotta criminosa sia scaturita a partire da un motivo atto a protrarsi nel tempo, e che, come tale, può condurre in futuro ad analoghi episodi, e ciò diventa ancor più rilevante qualora la relazione tra movente e fatto sia stata agevolata dai connotati caratteriali della persona, come l'incapacità di resistere a stimoli e impulsi[653].

Il secondo elemento, citato non a caso insieme ai motivi a delinquere, è infatti proprio il carattere del reo, da intendersi nell'accezione più lata possibile, comprensiva di «tutte le componenti (biologiche, psichiche, etiche) della personalità»[654]. Da esso il giudice dovrebbe desumere la tendenza del soggetto a «superare le normali inibizioni sociali per aggressività o per incapacità a resistere alle suggestioni esterne»[655]; tuttavia,

---

[650] V., *infra*, par. 2.3.1.

[651] Così, A. MARTINI, sub *art. 133 c.p.*, cit., 972. Ciò posto, l'autore si domanda però «se una maggiore capacità a delinquere possa o meno giustificare un incremento di pena rispetto a quella proporzionata al fatto o se piuttosto gli elementi di giudizio forniti dal c. 2 dell'art. 133 non abbiano l'esclusiva funzione di moderare la punizione».

[652] F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Corso di diritto penale*, cit., 565-566. Secondo A. MARTINI, sub *art. 133 c.p.*, cit., 973, i motivi devono essere valutati «in termini di intensità, di persistenza e di valore etico sociale».

[653] A. MARTINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Torino, 2017, 179.

[654] G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 809.

[655] A. SALVATI, *La pericolosità sociale nell'ordinamento giuridico italiano*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 11 maggio 2011, par. 3.

in mancanza di strumenti adeguati per compiere una simile indagine, siffatto accertamento risulta particolarmente arduo[656].

L'art. 133 co. 2, n. 2, c.p. contempla poi una serie di elementi estranei al fatto di reato: i precedenti penali e giudiziari[657] e, più in generale, la condotta e la vita del reo antecedenti al reato, funzionali a formulare una diagnosi personologica e una prognosi comportamentale del reo[658].

Maggiormente significative, in virtù della loro contiguità temporale rispetto al reato, sono la condotta contemporanea e susseguente al fatto. Se per condotta concomitante deve intendersi qualsiasi comportamento, diverso da quello tipico, posto in essere dall'inizio dell'esecuzione fino alla consumazione del reato o anche, nei reati permanenti, durante il c.d. periodo consumativo (si pensi al comportamento di chi, nell'immediatezza del fatto, cerchi di eliminare o limitare gli effetti e/o i danni del proprio gesto criminoso, oppure, viceversa, cerchi di aggravarne le conseguenze, ad esempio infierendo sull'oggetto materiale del reato, occultando le prove, ecc.), il richiamo alla condotta susseguente implica che la valutazione sulla personalità dell'imputato possa fondarsi anche su episodi o circostanze successive alla commissione del reato, purché

---

[656] Come noto, il divieto di ricorrere alla perizia criminologica sancito all'art. 220 co. 2 c.p.p., priva *de facto* il giudice della possibilità di apprezzare il carattere e la personalità dell'imputato. Come osserva, M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena*, cit., 276 ss., «se, da un lato, pare agevolmente intuibile la *ratio* di garanzia sottesa al divieto in parola, diretto a prevenire una pericolosa deriva soggettivistica del processo verso forme di accertamento della responsabilità disancorate dal fatto di reato, contrastanti con principi costituzionali di ordine tanto sostanziale quanto processuale (materialità e offensività, nonché presunzione di non colpevolezza); dall'altro lato deve essere altrettanto chiaro l'*ostacle* che esso viene a incarnare da un punto di vista *metodologico-procedurale* alla concretizzazione di un sistema sanzionatorio *costituzionalmente orientato*, che colloca al proprio baricentro la persona dell'imputato/condannato, pur ovviamente nella irrinunciabile cornice garantistica offerta dal *nullum crimen sine actione* e dal *nullum crimen sine iniuria*». Non solo, ancora più rilevante ai nostri fini, l'autore nota perspicacemente che «l'impossibilità di disporre la perizia criminologica si traduce inaspettatamente in una ulteriore *dilatazione* del potere discrezionale del giudice in *subiecta materia*, solo in apparenza vincolato, che viene a produrre differenti e rilevanti conseguenze sul piano sostanziale». In una prospettiva di riforma, possono individuarsi una pluralità di soluzioni adottabili al fine di individuare un giusto bilanciamento tra i differenti interessi costituzionali in gioco: da soluzioni più radicali, che spingono per la configurazione di un processo bifasico (così, ad esempio, C. RIZZO, *Accertamenti sull'età e la personalità del minore nel procedimento penale*, Milano, 2007, 105; L. TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., 292 ss.); a soluzioni più moderate che, mantenendo inalterata la struttura monofasica del giudizio, ammettono la perizia criminologica solo a certe condizioni (in tal senso cfr. P. MOSCARINI, *La perizia psicologica e il "giusto processo"*, in *Dir. proc. pen*., 2006, 929 ss.).

[657] Resta controverso il significato da attribuire alla locuzione "precedenti penali e giudiziari". Se vi rientrano senza dubbio le condanne definitive e le pendenze in altri procedimenti penali, è invece discusso che possano assumere rilievo anche le condanne non definitive, i provvedimenti giurisdizionali extrapenali, nonché i giudizi conclusisi con sentenze di non doversi procedere o di proscioglimento per estinzione del reato, a seguito di amnistia o prescrizione, o di perdono giudiziale. Sul punto cfr. A. GARGANI, *Commisurazione della pena*, cit., 35, e giurisprudenza *ivi* richiamata.

[658] A. MARTINI, sub *art. 133 c.p.*, cit., 974.

rivelatori di un modo costante di determinarsi, radicato nella sua personalità[659]. Nell'ambito delle condotte successive al reato, appare controversa la rilevanza del comportamento processuale dell'imputato, espressione in cui si può far rientrare il contegno tenuto dal soggetto durante il procedimento, l'eventuale confessione e le più svariate forme di collaborazione con la giustizia. Se parte della giurisprudenza è incline ad ammettere tale possibilità, ritenendo che il comportamento processuale (insincerità, dichiarazioni non veritiere, reticenze) possa costituire un sintomo rivelatore della capacità a delinquere, ossia di una personalità negativa[660], la dottrina, al contrario, respinge recisamente tale opinione, perlomeno quando tale valutazione deponga in senso sfavorevole all'imputato, individuando nel diritto di difesa e nel principio del *nemo tenetur se detegere* limiti garantistici invalicabili dai quali mai potrebbe derivare un aggravamento della pena[661].

L'ultimo criterio fattuale previsto in tema di capacità a delinquere è quello delle condizioni di vita individuali, familiari e sociali del reo. Si tratta di fattori socio-ambientali in grado di incidere sullo sviluppo della personalità, configurandosi come possibili elementi criminogenetici; al contempo, tornano utili per misurare le prospettive e le esigenze riabilitative del soggetto: invero, eventuali carenze di socializzazione o *deficit* culturali impongono all'ordinamento – alla luce dei principi sanciti dagli artt. 2 e 3 co. 2 Cost. – di predisporre interventi capaci di favorire una condotta conforme alle regole della civile convivenza[662].

### *2.2. Il problema della doppia valutazione degli indici di commisurazione della pena*

Un problema che si pone abbastanza di frequente nella prassi è quello della c.d. doppia valutazione degli indici di commisurazione della pena, i quali, in effetti, possono venire in rilievo anche per l'applicazione di altri istituti riconducibili alla commisurazione

[659] Cfr. Cass. pen., sez. VI, 11 febbraio 1989, Marzotta, in *Riv. pen*., 1989, 1191, richiamata da A. GARGANI, *Commisurazione della pena*, cit., p. 36. Così, ad esempio, depone a favore del reo una lunga esitazione prima del passaggio all'azione, il sopraggiungere del rimorso per il fatto commesso, un atteggiamento di collaborazione processuale; al contrario, potranno essere valutati *contra reum* un particolare cinismo, compiacimento o soddisfazione mostrati in relazione all'impresa criminosa (le esemplificazioni sono tratte da G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 810).

[660] Cfr. la giurisprudenza richiamata da A. GARGANI, *Commisurazione della pena*, cit., 36.

[661] Cfr. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 93; S. LARIZZA, *La modificazione e applicazione della pena*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale, Codice penale, Parte generale*, Torino, II ed., 1996, 79; A. MARTINI, sub *art. 133 c.p.*, cit., 974; A. GARGANI, *Commisurazione della pena*, cit., 36-37.

[662] Cfr. A. MARTINI, sub *art. 133 c.p.*, cit., 975 e A. GARGANI, *Commisurazione della pena*, cit., 37.

in senso lato[663]. Si pensi, ad esempio ai motivi del reato, indici sintomatici della capacità a delinquere ma anche suscettibili di integrare elementi circostanziali, oppure ai precedenti penali che fondano altresì l'applicazione della recidiva, e così via.

Ebbene, evitando approcci aprioristici, una soluzione appagante può essere rintracciata nel contemperamento tra due principi generali: da un lato, il principio del *ne bis in idem* sostanziale, in base al quale un medesimo elemento non può essere valutato più volte ad un identico fine, e, dall'altro, il contrapposto principio dell'integrale valutazione giuridica, che invece consente di dare rilevanza allo stesso dato di fatto se a fini differenti. Facendo applicazione di questi due criteri, dovrebbe concludersi, allora, che uno stesso elemento fattuale espressivo della gravità del reato o della capacità a delinquere tendenzialmente non possa essere valutato due volte (prima *ex* art. 133 c.p. e poi, ad esempio, come circostanza); di contro, tale duplice valutazione dovrebbe considerarsi ammissibile qualora il medesimo elemento venga prima preso in considerazione per la commisurazione in senso stretto e poi ai fini della commisurazione in senso lato, dato che quest'ultima ricomprende istituti che implicano il più delle volte valutazioni *ad hoc*, tarate sulle specifiche funzioni dell'istituto chiamato in causa[664].

### *2.3. Ambiguità e insufficienze della disciplina positiva*

Completata la ricognizione del dato positivo, è ora di sintetizzare le maggiori criticità della disciplina, già messe in luce dalla più attenta dottrina[665].

Innanzitutto, nel formare l'elenco dei fattori di commisurazione, il legislatore ha cercato di inserire tutti gli elementi attinenti alla struttura del reato e al suo autore,

---

[663] Per una sintesi delle opinioni dottrinali e giurisprudenziali in merito cfr. F. KING, sub *art. 133 c.p.*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, III ed., 2011, 1735. In giurisprudenza si registrano due orientamenti contrapposti: quello prevalente ammette la possibilità di una doppia valutazione, purché lo stesso elemento sia impiegato per finalità diverse, come, ad esempio, per la determinazione della pena base e, successivamente, per la concessione delle attenuanti generiche; al contrario, un diverso indirizzo esclude in radice la possibilità di valorizzare due volte il medesimo dato, anche quando ciò possa risultare favorevole all'imputato. Parte della dottrina, tuttavia, ritiene ammissibile una simile operazione, consentendo che un elemento già compreso tra i criteri di cui all'art. 133 c.p., utilizzato per la commisurazione della pena base, possa essere nuovamente considerato qualora assuma un significato non adeguatamente esprimibile nella mera oscillazione tra minimo e massimo edittale; la stessa dottrina, inoltre, reputa legittima la reiterata valutazione di un medesimo dato, già apprezzato nella commisurazione in senso stretto, ai fini della concessione di una circostanza attenuante o aggravante.

[664] Cfr. G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, cit., 65 ss., 71 ss., 86 ss.; V. anche F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Corso di diritto penale*, cit., 566-567; A. GARGANI, *Commisurazione della pena*, cit., 42. Propendono, invece, per l'applicazione del solo principio del *ne bis in idem* sostanziale: G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale,* cit., 451.

[665] Celeberrima l'espressione di P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, cit., 332, per il quale l'art. 133 c.p. «non brilla per cristallina chiarezza».

fornendo un'immagine olistica della vicenda-reato. Ma proprio tale approccio onnicomprensivo potrebbe ostacolare il raggiungimento di un giudizio condivisibile e attendibile. Invero, tanto gli elementi attinenti alla gravità del reato – anche se in misura minore – quanto quelli afferenti alla capacità a delinquere si prestano ad essere interpretati in maniera anfibologica: la loro valutazione potrebbe potenzialmente legittimare qualsiasi esito e fornire supporto motivazionale a qualsiasi scelta giudiziale a seconda della finalità della pena da cui si prendono le mosse.

Sicuramente gli elementi attinenti alla gravità del reato appaiono dotati di una maggiore univocità, venendo tradizionalmente declinati in un'ottica retributivo-proporzionalistica orientata all'entità del danno e al grado di colpevolezza, anche se, a ben vedere, non è inverosimile ipotizzarne una interpretazione sbilanciata sul versante generalpreventivo (in tal caso il reato sarebbe tanto più grave quanto più mini la fiducia dei consociati nella capacità di tutela dell'ordinamento) o finanche specialpreventivo (la gravità del reato crescerebbe in proporzione al livello di criminosità che esso lascia trasparire nel soggetto)[666].

Ancor meno solido, però, è il grado di condivisione che si può immaginare di raggiungere valutando gli elementi attinenti alla capacità a delinquere[667]. Invero, come abbiamo già potuto constatare, la proiezione di quest'ultima nel passato si colloca in un'ottica retributiva, mentre, qualora dovesse essere coniugata al futuro, troverebbero spazio nella commisurazione della pena considerazioni di stampo specialpreventivo[668].

D'altra parte, non è neppure chiaro in che rapporti stiano il primo e il secondo comma dell'art. 133 c.p. e, in particolare, se tra i due sia configurabile un rapporto di subordinazione oppure se debbano assumere la medesima rilevanza[669].

---

[666] E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 42.

[667] A. MARTINI, *Essere pericolosi*, cit., 174, propone la seguente esemplificazione per mostrare l'intrinseca equivocità dei suddetti criteri: «si pensi all'appartenenza del soggetto ad una particolare cultura, come quella nomade: si potrebbe legittimamente argomentare, volendo escludere la pericolosità, che si tratta di un modello esistenziale frutto di condizioni negative, rimuovibili e superabili mediante interventi di sostegno sociale che consentiranno al soggetto di non commettere altri reati, oppure ed al contrario, che si tratta di un *imprinting* culturale difficilmente superabile, come tale capace di fornire in futuro nuovi irresistibili stimoli all'agire criminoso».

[668] E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 49.

[669] G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 811.

Naturalmente, questo genere di problematiche sorge a causa della natura neutrale del catalogo di cui all'art. 133 c.p. e del corrispondente "vuoto nei fini" della norma[670]. Limitandosi a elencare indici fattuali di commisurazione e omettendo di prendere posizione circa le finalità che l'irrogazione della pena dovrebbe raggiungere, appare difficile dire quale debba essere il peso da attribuire rispettivamente alla retribuzione, alla prevenzione generale e a quella speciale[671].

### *2.3.1. L'interpretazione costituzionalmente orientata*

Per tentare di ovviare alle ambiguità e ai *deficit* della disciplina appena descritti, autorevole dottrina ha proposto una rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 133 c.p.[672], ormai ampiamente condivisa tra gli studiosi.

L'art. 27 co. 1 Cost., inteso nell'accezione minima di "divieto di responsabilità per fatto altrui", innanzitutto, impedisce la valorizzazione dell'indice della "gravità del danno o del pericolo" da parte del giudice in sede di commisurazione della pena per soddisfare eventuali esigenze generalpreventive. L'irrogazione di pene esemplari, che si facciano carico di preoccupazioni generalpreventive, finirebbe infatti per ridurre l'uomo a semplice mezzo per il perseguimento di finalità politico-criminali[673].

Ma è soprattutto avendo riguardo al principio di colpevolezza, implicitamente costituzionalizzato nella suddetta disposizione, che si può offrire al giudice un criterio orientativo più pregnante: se, infatti, la responsabilità penale personale è requisito di sistema, coerenza impone di assegnarle un ruolo preminente anche nel momento della commisurazione della pena. Ne consegue, *in primis*, che, tra gli indici di cui al co. 1 dell'art. 133 c.p., "l'intensità del dolo o il grado della colpa" dovranno occupare una

---

[670] Tra gli altri, A.M. STILE, *La commisurazione della pena nel contesto attuale del sistema sanzionatorio*, cit., 308; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 34 ss.; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit. 80 ss.

[671] E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 39 ss.

[672] Il riferimento corre naturalmente al più volte citato E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 56 ss.

[673] F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 88-89; F. KING, sub *art. 133 c.p.*, 1725-1726; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 815-816. Gli autori mettono in evidenza come, in virtù del principio di separazione dei poteri, il soddisfacimento delle istanze di prevenzione generale spetti al legislatore, costituendo una questione di politica criminale, mentre ai giudici spetti soltanto il compito di determinare la pena adeguata al caso sottoposto al loro giudizio.

posizione di primazia e, *in secundis*, che il giudice non potrà infliggere una pena superiore a quella proporzionata al grado della colpevolezza[674].

In più, anche l'art. 27 co. 3 Cost., seconda parte, e dunque il principio rieducativo, riesce a illuminare la fase commisurativa, con riguardo, questa volta, al comma 2 dell'art. 133 c.p. Invero, essendo la finalità rieducativa l'unica espressamente menzionata nel testo costituzionale ed avendone il Giudice delle leggi affermato l'operatività in tutte le fasi di vita della pena (e quindi anche in quella commisurativa), sancendone il carattere immancabile[675], pare ragionevole ricostruire la categoria della capacità a delinquere in termini specialpreventivi e perciò come "attitudine del reo a commettere nuovi reati"[676]. Beninteso, l'obiettivo rieducativo dovrà pur sempre essere perseguito all'interno dei limiti segnati dalla gravità del fatto di reato[677]: «neppure l'applicazione della pena volta a risocializzare potrà spingersi oltre la misura della colpevolezza»[678]. In sostanza, le esigenze di prevenzione speciale potranno operare solo in senso favorevole al reo, attenuando la misura della pena ritenuta proporzionata alla gravità del reato. Ma alla stessa conclusione si potrebbe giungere anche a prescindere dalla proiezione nel futuro della capacità a delinquere, facendo leva sul principio di legalità della pena: «solo circostanze […] che siano espressamente considerate come fattori di aggravamento della pena possono fondare una misura di punizione che ecceda quella determinata sulla base del principio di proporzione […]. Introducendo la possibilità di accrescere la pena sulla base dei criteri di cui all'art. 133 c. 2 si violerebbe il principio di legalità e tassatività dei fattori punitivi, dato che la disposizione, non ordinando assiologicamente i criteri che determinano la capacità a delinquere, rimette al giudice la valutazione nel merito delle concrete circostanze in cui il soggetto ha agito»[679].

---

[674] Cfr. E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, cit., 366-367; ID., *La commisurazione della pena*, cit., 48 ss.

[675] V., *supra*, Cap. 2, par. 3.3.

[676] Ci limitiamo a segnalare, in chiave problematica, come l'interpretazione costituzionalmente orientata della capacità a delinquere, declinata in un'ottica specialpreventiva, possa entrare in tensione con il rinvio all'art. 133 c.p. operato dall'art. 203 c.p., laddove la capacità a delinquere – unitamente alla gravità del reato – sono assunte dal legislatore quali indici dai quali ricavare la qualità di persona socialmente pericolosa, dando vita ad una discrasia difficilmente componibile sul piano teorico. Sul punto si rimanda alle riflessioni di A. MARTINI, *Essere pericolosi*, cit., 170 ss.

[677] E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, cit., 360, che assegna alla colpevolezza il ruolo di criterio-guida per la determinazione della misura massima della sanzione. V. anche P. GUERCIA, *La commisurazione della pena*, in *Trattato di Diritto penale*, diretto da A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, I, Vicenza, 2022, 963.

[678] G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 814.

[679] A. MARTINI, sub *art. 133 c.p.*, cit., 975.

Tanto premesso è facilmente ricostruibile anche il rapporto che viene a instaurarsi tra i due commi dell'art. 133 c.p.: il principale parametro di commisurazione dovrà necessariamente essere individuato nel primo comma, mentre il secondo potrà solamente svolgere un ruolo subordinato e con effetti in *bonam partem*, conclusione suggerita anche dalla stessa formulazione letterale della norma che, per introdurre il riferimento alla capacità a delinquere fa uso dell'avverbio «altresì»[680].

Orbene, pur essendo percorribile la via dell'interpretazione costituzionalmente orientata, la dottrina penalistica maggioritaria ritiene comunque imprescindibile un intervento di riforma dell'art. 133 c.p., volto a chiarire e a rendere esplicite le funzioni assolte dalla pena nella fase della commisurazione, così da fornire al giudice una disciplina teleologicamente *vincolante*[681]. Invero, qualsiasi approccio esegetico – compresa l'autorevolissima ermeneusi costituzionalmente orientata – sconta un difetto di cogenza intrinseco, giacché l'adozione di un determinato indirizzo interpretativo, piuttosto che di un altro, resta in ultima analisi affidata al singolo giudice. Ne discende un'elevata esposizione al rischio di oscillazioni applicative ed esiti disomogenei, tali da compromettere le esigenze di legalità, prevedibilità e parità di trattamento che dovrebbero presidiare la fase della commisurazione della pena. D'altronde, la miglior riprova del fallimento dell'art. 133 c.p.[682] – e della mancata (o scarsa) adesione da parte della classe giudicante alla sua ricostruzione in chiave costituzionale – si rinviene proprio sul piano prasseologico.

---

[680] E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 48 ss.; ID. *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, cit., 370 ss.

[681] Per tutti, ancora una volta, E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice*, cit., 754; ID., *La commisurazione della pena*, cit., 354, il quale propone di riformulare l'art. 133 c.p. come segue: «[a]ll'interno dei limiti fissati dalla legge, il giudice commisura la pena detentiva in un'entità non superiore alla colpevolezza del singolo fatto, desunta dal grado della capacità di intendere e di volere dell'agente, dalle circostanze concomitanti al fatto, dall'intensità del dolo o dal grado della colpa, dai motivi a delinquere, dalle modalità di realizzazione del fatto e dalle conseguenze colpevoli della condotta. Il giudice applica una pena pari all'entità della colpevolezza, solo in quanto essa appaia necessaria per ricondurre l'agente ad una vita nella società conforme alla legge penale. Nella commisurazione della pena è esclusa qualsiasi considerazione di prevenzione generale».

[682] F. CAPRIOLI, *Processo penale e commisurazione della pena*, cit., 137 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 811.

### *2.4. Dalla teoria alla prassi: incontrollabilità della decisione e politica penale giudiziaria*

Se dal piano teorico si passa alla prassi applicativa, ci si può facilmente accorgere che l'esercizio del potere discrezionale finisce spesso per deragliare dal binario delle astratte coordinate normative.

Al riguardo, va premesso che una «componente irrazionale» ineliminabile è insita in qualsiasi operazione valutativa umana e il procedimento di commisurazione della pena non fa certo eccezione; tuttavia, sebbene questo fattore non vada sottovalutato, non va nemmeno esasperato o strumentalizzato, ma contenuto entro limiti accettabili attraverso vincoli di sistema[683]. Vincoli che esistono sulla carta, ma la cui capacità effettiva di imbrigliare la discrezionalità giudiziale risulta assai debole, tanto da indurre la dottrina a parlare di una discrezionalità praticamente libera[684].

Limitandoci a riassumere sinteticamente quanto già osservato, l'art. 133 c.p. si è rivelato scarsamente idoneo a fungere da autentica «norma-limite»[685] del potere di determinazione delle sanzioni, sia perché cieco rispetto alle funzioni verso cui direzionare la discrezionalità commisurativa, sia a causa dell'inadeguatezza degli strumenti processuali a disposizione del giudice per indagare la capacità a delinquere del reo.

Non meno rilevante è la generalizzata (e quasi normalizzata) elusione dell'obbligo di motivazione di cui all'art. 132 c.p., di cui si è ampiamente discusso nel precedente capitolo[686], la quale produce una sostanziale incontrollabilità delle decisioni giudiziarie in materia di commisurazione della pena. Infatti, in presenza di una motivazione soltanto

---

[683] F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale*, cit., 736. T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice e certezza del diritto*, cit., 384, prende atto del «peso del fattore "uomo" nell'attività giudicante del magistrato» che si profila in ogni sentenza penale e che può costituire un pericolo per la certezza del diritto, intesa in termini di calcolabilità della decisione. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 116, parla di «regno di intuizioni e impressioni» a proposito dell'interpretazione di clausole generali, in particolare a proposito della "capacità a delinquere" di cui all'art. 133 c.p. G. CARUSO, *La discrezionalità penale*, cit., 244, lamenta il rischio di un «ineffabile intuizionismo giudiziale». G. MANNOZZI, *Pena commisurata, pena patteggiata, pena da eseguire: il contributo reale e potenziale della giustizia riparativa*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, 614, definisce la commisurazione «un'attività di razionalità intuitiva».

A livello più generale, si veda altresì J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel modello di individuazione del diritto*, Napoli, 1983. In base alla c.d. pre-comprensione teorizzata da Esser, il giudice risulta inevitabilmente influenzato dalla propria «concezione del mondo», la quale, a sua volta, è condizionata dalle pressioni provenienti dal contesto esterno, dalle emozioni e dai sentimenti.

[684] G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 803. A. GARGANI, *Commisurazione della pena*, cit., 24. F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale*, cit., 739.

[685] Così A.R. LATAGLIATA, *Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, cit., 349.

[686] V. Cap. 2, par. 4.2.2.

apparente viene meno la possibilità di verificare in sede di impugnazione la coerenza logica e giuridica del ragionamento seguito dal giudice. Di tal che, il controllo delle Corti superiori, soprattutto quello di legittimità, – che costituisce un presidio essenziale contro l'arbitrio – si riduce a un simulacro, e la discrezionalità si sottrae, di fatto, a qualsiasi parametro verificabile. Ne deriva che decisioni divergenti, assunte a fronte di casi analoghi, non solo risultano possibili, ma finiscono con l'essere difficilmente censurabili.

In questo modo, si finisce per attribuire al giudice di merito una sorta di «zona franca», una sfera di «sovranità intangibile», cosicché il combinato disposto di cui agli artt. 132 e 133 c.p. si risolve in una «copertura di comodo» per qualsiasi arbitraria scelta del giudice[687].

Ma al di là delle già evidenziate insufficienze del dato normativo, ad incidere negativamente sulla commisurazione infraedittale sono le disarmonie e le contraddizioni rinvenibili a monte, sul terreno della politica criminale.

Invero, tra le fattispecie incriminatrici astrattamente previste dal legislatore sono individuabili alcune disposizioni che presentano spazi edittali di pena oscillanti tra limiti eccessivamente dilatati[688], non proporzionati rispetto al rango del bene protetto e alla gravità dell'offesa arrecata[689]. Per effetto di simili "storture", la sanzione penale diviene, di fatto, indeterminata, con conseguente violazione del principio di legalità delle pene.

---

[687] E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, cit., 371.

[688] Sebbene si tratti di una ricerca risalente ad ormai una decina di anni fa, pare interessante riportare i dati dello studio *Syn-Thesis*, che ha analizzato la rispondenza delle riforme in ambito penale, attuate dal 2000 al 2016, al principio di proporzionalità. Tra i molti spunti di riflessione che emergono dal rapporto, spicca la presenza di un numero estremamente rilevante di cornici edittali ampie (o amplissime): su 539 cornici edittali (di fattispecie delittuoso) prese in considerazione, 29 oscillavano in uno spazio discrezionale superiore a 10 anni; 73 in uno spazio edittale tra i 7 e i 10 anni; 141 tra i 5 e i 7 anni e ben 33 imponevano come unica alternativa possibile l'ergastolo. Per ogni ulteriore approfondimento sul tema, si rimanda a G. MANNOZZI, M. DELLI CARRI, *L'ago impalpabile della bilancia. Il peso del principio di proporzione nel sistema sanzionatorio: evidenze dall'analisi delle dinamiche sanzionatorie per la criminalità comune e dei «colletti bianchi»*, in R. BORSARI (a cura di), *La corruzione a due anni dalla «Riforma Severino»*, Padova, 2015. Per un esempio clamoroso di spazi di pena edittali oscillanti tra limiti eccessivamente dilatati si veda Corte cost., 24 giugno 1992, n. 299, in *www.cortecostituzionale.it*. Nella citata pronuncia la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 122 cod. pen. mil. di pace che puniva, per il solo fatto della violata consegna, il militare che, in vario modo, sottraeva, deteriorava o distruggeva in tutto o in parte la cosa a lui affidata in guardia. La norma indicava solo il minimo edittale della pena (due anni); sicché, ai sensi dell'art. 24 dello stesso codice, la pena poteva arrivare sino a ventiquattro anni di reclusione militare.

[689] In dottrina si mette in evidenza, ad esempio, la «sopravvalutazione codicistica dei beni patrimoniali»: la persistente disparità di trattamento sanzionatorio tra certi reati contro l'integrità fisica – sanzionati più lievemente – e i reati che offendono il patrimonio – sanzionati invece più severamente – si pone in contrasto con il principio di proporzione e «con l'ispirazione personalistico solidaristica dell'ordinamento costituzionale, che assegna un tendenziale primato ai beni della persona umana». Così, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, Torino, 2023, 16-17, ma anche F. MANTOVANI, *Diritto penale. Delitti contro il patrimonio*, Padova, 1989, 4.

Infatti, quando la cornice edittale è eccessivamente dilatata, «la predeterminazione legislativa della misura della pena diviene soltanto apparente e il potere conferito al giudice si trasforma da potere discrezionale in potere arbitrario»[690].

Proprio l'immobilismo che il legislatore manifesta nell'aggiornare oggetti e modalità di tutela penale ha determinato un patologico fenomeno di supplenza che è sfociato in una vera e propria politica penale giudiziaria[691]. Si è così assistito ad uno «stravolgimento della funzione "costituzionale"»[692] assegnata alla discrezionalità penale, che da strumento di prosecuzione dell'opera del legislatore nel caso concreto è diventata «strumento di rottura del sistema»[693], oscillando tra i poli della clemenza e del rigore repressivo[694].

A ben vedere, il più delle volte, l'«"invecchiamento delle comminatorie edittali» e «l'intollerabile asprezza dei livelli sanzionatori nel codice Rocco», uniti alle più recenti interpolazioni della parte speciale del codice che hanno introdotto nel sistema nuove fattispecie caratterizzate da pene draconiane, non proporzionate rispetto al disvalore del fatto tipizzato, hanno spinto l'organo giudicante a schiacciare la commisurazione in prossimità del minimo edittale al fine di adattare il trattamento sanzionatorio alla mutata

[690] Così, F. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 86.

[691] Cfr. A.M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, cit., 284 ss. E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice*, cit., 768: «[a]nche ai fini di un corretto esercizio della discrezionalità, la riforma della parte speciale del codice si conferma dunque quale problema nodale della politica legislativa penale». G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., 483: solo nell'àmbito di un codice penale, nel quale «il contenuto dei precetti e il dosaggio delle sanzioni minacciate siano il più possibile in armonia con la scala dei giudizi di valore dominanti fra i consociati», non sarà mera utopia concepire la discrezionalità penale come giuridicamente vincolata e pretendere che il giudice non alteri, bensì, prosegua nel caso concreto le valutazioni legislative. M. ROMANO, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, Milano, 1979, 174, ritiene che il giudice, nell'esercizio della sua discrezionalità, debba tenere in considerazione esigenze di giustizia sostanziale e di «ricomposizione dell'ordinamento penale in conformità della Costituzione».

[692] F. BRICOLA, *Commento all'art. 25 co. 2 Cost*., cit., 271.

[693] A.M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, cit., 286.

[694] A tal proposito, V. MANES, *Il ruolo «poliedrico» del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, cit., 1941: «l'accresciuta dimensione giudiziale del diritto penale può avere diversi vettori di senso, e non può essere – anche per questo – liquidata con connotazioni squisitamente negative. In altri termini, se talune interpretazioni o flessibilizzazioni dogmatiche calpestano la natura speciale del diritto penale – che era così chiara e cara già ad Arturo Rocco –, travolgendo vincoli di sistema ed argini garantistici che dovrebbero presidiarla, altre percorrono una diversa direttrice»; «istanze di esegesi mitigatrice» hanno «condotto certa giurisprudenza a maturare significativi risultati anche in ambiti dove la gravità della crisi economica ha messo a nudo i ritardi del legislatore e l'eccessiva rigidità delle risposte penali, sino al *revirement* di orientamenti che apparivano tanto severi quanto consolidati».

sensibilità sociale[695], esercitando quindi la discrezionalità «come generico potere di indulgenza (*benignitas*)»[696].

Non sono mancati, però, casi in cui la discrezionalità è stata esercitata in chiave marcatamente rigoristica, con l'intento di rispondere a pressanti istanze di prevenzione generale e di rassicurazione sociale. In tali frangenti, soprattutto nei periodi storici caratterizzati da elevato allarme collettivo, la commisurazione della pena ha finito per piegarsi a logiche emergenziali, sacrificando le esigenze di individualizzazione[697].

### *2.4.1. Un ulteriore critica alla commisurazione in senso stretto: la discrezionalità ridotta a dimensione quantitativa*

Da ultimo, ci pare possibile individuare un ulteriore fattore che ha contribuito alla crisi della commisurazione in senso stretto: il potere discrezionale concesso al giudice *ex* artt. 132 e 133 c.p. si muove su un piano meramente quantitativo, ovverosia si estrinseca solo attraverso la determinazione del *quantum* di pena detentiva (o pecuniaria) da infliggere, senza alcuna possibilità di differenziare le conseguenze sanzionatorie da un punto di vista qualitativo. Più precisamente, l'individuazione della pena-base si risolve in un'operazione valutativa nella quale il giudice è chiamato ad operare un raffronto tra una scala continua di sottofattispecie[698], riconducibili alla medesima tipologia delittuosa di quella sottoposta al suo esame, e una corrispondente scala – anch'essa tendenzialmente continua[699] – di severità delle pene astrattamente irrogabili all'interno del *range* edittale. Il suo compito si risolve, dunque, nel collocare il caso concreto sul singolo gradino della "scala" sanzionatoria e nell'associarvi la pena dosimetricamente corrispondente[700].

Quando, però, la commisurazione della pena si realizza esclusivamente entro una dimensione quantitativa, l'individualizzazione della pena risulta decisamente indebolita:

---

[695] Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., 825.

[696] F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale*, cit., 738-739.

[697] A.M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, cit., 289 ss.

[698] Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, cit., 56.

[699] D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, cit., 56, dove l'autore evidenzia in realtà una certa qual «discontinuità nella scala delle scelte sanzionatorie consentite al giudice in sede di commisurazione della pena per un dato reato».

[700] Così, ancora, in dottrina, E. DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, cit., 56; in giurisprudenza cfr. Cass. pen., Sez. Un., 26 febbraio 2015, n. 33040, in *Cass. pen*., 12/2015, 4317: «se i limiti edittali di pena astrattamente previsti rappresentano la valutazione di disvalore del fatto incriminato compiuta dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità – seppure ancorata al limite della ragionevolezza – la pena concretamente inflitta esprime e, al contempo "misura" il giudizio di responsabilità per un determinato fatto illecito».

«riducendo il potere discrezionale del giudice alla sola dimensione aritmetica […] le possibilità di trasporre sul piano sanzionatorio le peculiarità di ciascun singolo caso si riducono di molto»[701]. Oltretutto, quanto precede si riverbera, evidentemente in negativo, sull'istanza rieducativa, poiché, come si è detto, solo una risposta sanzionatoria individualizzata e diversificata nei suoi contenuti risponde davvero a fini di risocializzazione.

Nel nostro ordinamento, invece, la pena – non costruita in vista di tale obiettivo – viene piegata a fini di reintegrazione sociale solo dopo l'inflizione della condanna, rendendo «poco credibili gli intenti risocializzativi normativamente dichiarati» e facendo apparire «gli strumenti (sospensivi, sostitutivi e alternativi) [...] come concessioni sempre revocabili a istanze umanitarie, di per sé in contrasto con l'interesse preventivo della società»[702]. E se qualche passo in avanti è stato compiuto in termini di individualizzazione della pena attraverso l'introduzione delle nuove pene sostitutive, non dobbiamo dimenticare che comunque si tratta di «opzioni […] interne al sistema classico, almeno per ora, che solo lo piegano in una direzione centrifuga in casi concreti particolari che comunque si riferiscono a ipotesi criminose per le quali resta la previsione ordinaria della detenzione»[703].

### 3. La commisurazione della pena pecuniaria principale: l'art. 133-bis c.p. e il sistema a somma complessiva

Gli artt. 132 e 133 c.p. trovano applicazione anche con riferimento alla pena pecuniaria, unica alternativa di portata generale alla pena detentiva[704]. La disciplina della commisurazione della pena pecuniaria non si esaurisce però nelle due norme citate: a completarla soccorrono gli artt. 133-*bis* e 133-*ter* c.p., introdotti per mezzo della l.

[701] C. IAGNEMMA, *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale,* cit., 1449.

[702] L. EUSEBI, *Dinanzi alla fragilità rappresentata dall'errore. Giustizia e prevenzione in rapporto alle condanne criminose*, in *Il Regno*, 2006, 565.

[703] G. FORNASARI, voce *Legittimazione*, in (a cura di) C. PIERGALLINI, G. MANNOZZI, C. SOTIS, C. PERINI, M. SCOLETTA, F. CONSULICH, *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano, 2022, 1601.

[704] La sanzione pecuniaria costituisce storicamente la prima alternativa alla pena detentiva: introdotta in Francia già nel 1832, si è progressivamente diffusa in gran parte d'Europa, con la rilevante eccezione dell'Italia, che scelse di adottarla soltanto nel 1981. Sulla pena pecuniaria si rimanda ai fondamentali lavori di M. MIEDICO, *La pena pecuniaria. Disciplina, prassi e prospettive di riforma*, Milano, 2008; L. GOISIS, *La pena pecuniaria un'indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione*, Milano, 2008.

689/1981, i quali, in ossequio al principio di uguaglianza sostanziale, introducono dei meccanismi di adeguamento della pena pecuniaria alle condizioni economiche del reo[705].

Si deve fin da subito sottolineare che i problemi sul fronte della commisurazione della pena pecuniaria sono forse ancor più macroscopici di quelli che assediano la pena detentiva[706]: le statistiche[707] evidenziano, infatti, un grave stato di ineffettività della pena pecuniaria, la quale non viene né eseguita, né convertita[708]; sicché essa non appare in grado di offrire una valida risposta sanzionatoria diversa dalla detenzione.

I fronti su cui intervenire per rivitalizzare la pena pecuniaria – e renderla davvero capace «di insidiare il nefasto primato della pena carceraria»[709] – sono essenzialmente due: quello della commisurazione e quello dell'esecuzione-riscossione[710].

---

[705] Si è già parlato, infatti, della diseguale afflittività che la pena pecuniaria può avere su ciascun condannato in considerazione delle diverse condizioni economiche di partenza e della necessità di ricorrere a dei correttivi in grado di evitare sperequazioni (v. Cap. 2, par. 3.1).

[706] L. MONACO, C. E. PALIERO, *Variazioni in tema di «crisi della sanzione»*, cit., 432, parlano di un «modello di commisurazione latente». In tema cfr. J. DELLA TORRE, M. GIALUZ, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022, 171 ss.

[707] Dai dati del Ministero della Giustizia (Dipartimento per gli Affari di Giustizia), richiamati dalla Relazione al d.lgs. 150/2022, risulta che nel 2019 «il 72% delle condanne penali definitive, iscritte nel Casellario giudiziale, comprende anche o solo il pagamento allo Stato di una multa o una ammenda, per una somma complessiva di oltre due miliardi di euro». A fronte di ciò, le condanne a pena pecuniaria eseguite nel 2019 sono state l'1% di quelle eseguibili, escluse quelle a pena sospesa (che nel 2019 sono state poco più di cinquantamila, pari al 34% del totale delle condanne a pena pecuniaria, sola o congiunta a pena detentiva). E i dati relativi agli anni precedenti sono sostanzialmente in linea con quelli appena illustrati (cfr. la Relazione, a cura della Corte dei Conti, intitolata *Il recupero delle spese di giustizia e i rapporti convenzionali tra il ministero della giustizia ed equitalia giustizia*, in *www.cortedeiconti.it*). Come osserva A.A.A. GIOVINAZZO, *La pena pecuniaria tra modifiche normative e realismo operativo: alcune osservazioni critiche*, in *www.sistemapenale.it*, 26 aprile 2023, par. 1.1, «potrebbe sembrare addirittura riduttivo parlare di mera inefficienza o ineffettività del sistema di esecuzione della pena pecuniaria» poiché «il "non riscosso" è di tale entità da potersi ritenere che *la pena pecuniaria non sia tout court eseguita, se non in casi talmente sporadici da poter essere considerati come risultato di una selezione del tutto arbitraria*».

[708] Cfr., in tal senso, E. DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in (a cura di) E. DOLCINI, C.E. PALIERO *Studi in onore di G. Marinucci*, II, Milano, 2006, 1099.

[709] F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in *www.sistemapenale.it*, 8 settembre 2021, par. 2. Sul tema si è espressa anche la Consulta, cfr. Corte cost., 20 dicembre 2019, n. 279, in *www.sistemapenale.it*, con nota di G. LEO, *Dalla Consulta un preciso monito per il legislatore: rendere effettivo ed efficiente il sistema di esecuzione delle pene pecuniarie*, 23 dicembre 2019.

[710] Così L. GOISIS, *Rieducazione e sanzioni sostitutive nella riforma della giustizia penale*, cit., 47. G.L. GATTA, *Le ragioni di una riforma: inefficienza ed ineffettività del sistema di esecuzione e conversione*, in R. BARTOLI, G.L. GATTA, V. MANES (a cura di), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale. Le modifiche al sistema sanzionatorio penale*, vol. III, Torino, 2024, 310, palesa, ancor più incisivamente, la necessità di una profonda e complessiva riforma della pena pecuniaria che prenda le mosse dalle comminatorie legali di pena, del codice penale e delle leggi complementari, «per rimeditare scelte legislative, a volte molto risalenti nel tempo, alla luce del principio di proporzione, e per rivalutare l'opportunità di un così alto numero di comminatorie di pene congiunte (detentiva e pecuniaria)». Secondo A. BERNARDI, *Note sparse sulla disciplina della pena pecuniaria e delle altre sanzioni sostitutive nella riforma Cartabia*, in *www.sistemapenale.it*, 18 maggio 2023, 8, «per poter assolvere alle sue naturali funzioni preventive, la pena pecuniaria richiede, più di qualsiasi altra pena, un buon funzionamento della macchina della giustizia penale complessivamente intesa».

La riforma Cartabia è intervenuta pressoché esclusivamente sul secondo versante, nel dichiarato intento di abbandonare l'idea della pena pecuniaria come credito che lo Stato deve riscuotere "inseguendo" il condannato-debitore al fine di pretenderne l'adempimento[711]. Il nuovo meccanismo esecutivo, infatti, «ha carattere spiccatamente penale, nel senso che è concepito come parte di un processo esecutivo della pena nei confronti del condannato»[712].

Sotto il profilo della commisurazione, invece – aspetto che maggiormente interessa approfondire in questa sede – la l. delega 134/2021, purtroppo, non ha accolto il sistema c.d. per tassi giornalieri, la cui adozione era stata, invece, caldeggiata dalla "Commissione Lattanzi"[713]. Si è parlato in dottrina, con forte rammarico, di un'occasione persa[714]. Invero, il modello dei tassi giornalieri – già ampiamente sperimentato con successo in vari Paesi europei, tra cui Spagna e Germania[715], e previsto nel nostro ordinamento solo per la responsabilità da reato delle persone giuridiche e per la pena

---

E. DOLCINI, *Superare il primato del carcere: il possibile contributo della pena pecuniaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 416 ss., avanza sette proposte per il rilancio della pena pecuniaria, così sintetizzabili: introduzione del modello "per tassi giornalieri"; inapplicabilità della sospensione condizionale della pena; abbassamento dell'ammontare minimo del tasso giornaliero (250 euro) di cui alla l. 689/1981; possibilità per il giudice di modificare *in executivis* l'ammontare del tasso giornaliero in caso di sopravvenuto deterioramento delle condizioni economiche del condannato per cause allo stesso non imputabili; ripensamento delle procedure e dei soggetti incaricati della riscossione; ridefinizione dei criteri di ragguaglio in caso di conversione in sanzioni sostitutive; ampliamento degli spazi applicativi.

[711] Così si legge nella *Relazione illustrativa* al d.lgs. 150/2022, cit., 276.

[712] A.A.A. GIOVINAZZO, *La pena pecuniaria tra modifiche normative e realismo operativo*, cit., par. 3.1. Nonostante tale cambio di approccio vada accolto con favore, l'autrice non manca di sottolineare che «la mera trasformazione della veste giuridica del regime normativo del procedimento di esecuzione non sembra di per sé garanzia di effettività». Il legislatore sembra infatti aver trascurato alcuni profili più spiccatamente operativi ma essenziali per il buon esito della novella, tra cui l'aggravio dei compiti degli Uffici di Sorveglianza, competenti adesso non più solo per la conversione, ma anche per l'esecuzione delle pene da conversione (art. 678 co. 1-*bis* c.p.p.), i quali erano già pre-riforma fortemente in affanno; nonché le difficoltà di accertamento della solvibilità del condannato, la quale, peraltro, dovrebbe costituire il presupposto dell'intero meccanismo di irrogazione e riscossione, e non essere inserita al termine del procedimento, come invece previsto. Per ulteriori approfondimenti cfr. S. FINOCCHIARO, *Il nuovo procedimento di esecuzione delle pene pecuniarie*, in R. BARTOLI, G.L. GATTA, V. MANES (a cura di), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale. Le modifiche al sistema sanzionatorio penale*, vol. III, Torino, 2024, 325 ss.

[713] Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al Disegno di legge A.C. 2435, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello, istituita con D.M. 16 marzo 2021 – Pres. Dott. Giorgio Lattanzi. La Relazione finale della Commissione è consultabile in *www.giustizia.it*. In senso favorevole all'adozione di questo modello si era espressa anche la Consulta: cfr. Corte cost., 1 febbraio 2022, n. 28, cit.

[714] Tra gli altri, F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, cit., par. 2; L. GOISIS, *Rieducazione e sanzioni sostitutive nella riforma della giustizia penale*, cit., 50.

[715] Per un'analisi della pena pecuniaria in ottica comparatistica v. L. GOISIS, *La pena pecuniaria un'indagine storica e comparata*, cit., 155 ss.

pecuniaria sostitutiva – avrebbe potuto costituire uno strumento capace di assicurare una commisurazione più equa e individualizzata della sanzione pecuniaria. Un sistema che separa in due autonomi momenti la fase della commisurazione – ove nel primo viene fissato il numero dei tassi sulla base della gravità del fatto, mentre nel secondo si determina l'ammontare (o quota) del tasso giornaliero in base alle condizioni economiche del reo – garantirebbe l'uguaglianza di sacrificio economico tra autori di identici reati, con il duplice vantaggio di parificare nelle afflittività abbienti e meno abbienti e ridurre al minimo i rischi di ineseguibilità della pena.

Per quanto concerne la pena pecuniaria principale, pertanto, rimane – con tutte le sue deficienze – il tradizionale modello a somma complessiva, che, oltre alla gravità del reato e alla capacità a delinquere del reo, contempla, tra i criteri di commisurazione, le «condizioni economiche» e – a seguito dell'aggiunta operata dal d.lgs. 150/2022 – anche «patrimoniali» del reo (art. 133-*bis* c.p.). In base a questo modello, le condizioni economiche e patrimoniali operano contemporaneamente e sullo stesso piano rispetto ai restanti criteri fattuali di commisurazione, senza che sia possibile discernere quale incidenza assumano le une e gli altri nella determinazione della pena pecuniaria, ed, anzi, rimanendo le prime, con tutta probabilità, completamente "assorbite" nella valutazione commisurativa degli indici di cui all'art. 133 c.p., salvo il caso in cui il giudice decida di valorizzarle effettivamente facendo applicazione del secondo comma dell'art. 133-*bis* c.p.[716]. Si tratta di una soluzione che, già all'indomani della sua introduzione, appariva di dubbia efficacia, e i cui limiti sono stati confermati nella prassi giurisprudenziale successiva: «l'adeguamento della pena pecuniaria alle condizioni economiche è rimasto lettera morta, o comunque si è realizzato solo in ipotesi marginali»[717].

Le maggiori problematiche poste dal criterio di cui all'art. 133-*bis* c.p. si rinvengono, da un lato, nell'identificazione degli elementi che il giudice deve considerare per ricostruire le condizioni economiche e patrimoniali del reo; dall'altro, sul piano probatorio, nell'accertamento di tali condizioni, in un Paese come il nostro in cui

[716] Per un commento sull'art. 133-*bis* c.p. pre-riforma, cfr. M. MIEDICO, sub *art. 133-bis c.p.*, in *Codice penale commentato*, diretto da E. DOLCINI, G.L. GATTA, V ed., Milano, 2021, 2039 ss.; A. MARTINI, sub *art. 133-bis c.p.*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, Tomo I, VII ed., Milano, 2019, 988 ss. Sull'art. 133-bis c.p. riformato v. M.C. UBIALI, *Le modifiche in tema di commisurazione della pena pecuniaria e pagamento rateale*, in R. BARTOLI, G.L. GATTA, V. MANES (a cura di), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale. Le modifiche al sistema sanzionatorio penale*, vol. III, Torino, 2024, 319 ss.

[717] G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Diritto penale*, cit., 837.

l'economia sommersa e il tasso di evasione risultano fenomeni di proporzioni tutt'altro che trascurabili[718].

Quanto al primo profilo, la valutazione delle condizioni economiche del reo impone innanzitutto di prendere in considerazione il reddito dell'autore al momento della condanna[719]. Ancor prima che la riforma Cartabia desse loro rilievo espresso, la giurisprudenza di legittimità, in accordo con la dottrina, aveva già chiarito che nel giudizio di commisurazione della pena pecuniaria dovessero essere apprezzate anche le condizioni patrimoniali del condannato[720]. Da questo punto di vista, quindi, la novella si è limitata a recepire l'indirizzo consolidatosi in via pretoria.

Ai fini dell'accertamento della situazione economico-patrimoniale del soggetto, un ruolo dirimente dovrà essere attribuito alle dichiarazioni e alla documentazione allegata dallo stesso *ex* art. 187 c.p.p.[721]. Più difficile immaginare, invece, che gli accertamenti disposti dall'autorità giudiziaria possano assumere un peso determinante[722].

Giova comunque rammentare che il criterio della consistenza economico-patrimoniale opera, come chiarito dal secondo comma dell'art. 133-*bis* c.p., tanto in senso favorevole quanto sfavorevole al condannato, consentendo al giudice di aumentare sino al triplo ovvero di ridurre fino a un terzo l'entità della pena pecuniaria edittalmente prevista, rispettivamente quando «ritenga che la misura massima sia inefficace ovvero che la misura minima sia eccessivamente gravosa». Tale disposizione amplia considerevolmente il potere discrezionale del giudice, consentendogli sostanzialmente di rideterminare tutti i valori massimi e minimi della pena[723]. La Suprema Corte, peraltro, ha insistito sul dovere motivazionale del giudice, precisando che la riduzione della pena

---

[718] M.C. UBIALI, *Le modifiche in tema di commisurazione della pena pecuniaria e pagamento rateale*, cit., 321.

[719] Per la dottrina, dovrebbero tenersi in conto anche le componenti passive della situazione economica del reo (obbligazioni derivanti da reato, obblighi alimentari nei confronti dei famigliari, debiti d'imposta, debiti che il soggetto abbia assunto per esigenze essenziali proprie o del nucleo familiare). In tal senso, L. GOISIS, *La pena pecuniaria nella riforma Cartabia. Luci e ombre*, in D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO, *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Milano, 2023, 70-71; A. MARTINI, sub *art. 133-bis c.p.*, cit., 990; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Diritto penale*, cit., 838. Non pare, tuttavia, che vi siano riscontri in tal senso nella giurisprudenza.

[720] Cfr. giurisprudenza e dottrina citata da M.C. UBIALI, *Le modifiche in tema di commisurazione della pena pecuniaria e pagamento rateale*, cit., 321,

[721] La dottrina auspica un'estensione degli obblighi di dichiarazione attualmente già previsti a carico dell'imputato o dell'indagato *ex* art. 66 co. 1 c.p.p. e 21 disp. att. c.p.p.; così, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Diritto penale*, cit., 838-839.

[722] M.C. UBIALI, *Le modifiche in tema di commisurazione della pena pecuniaria e pagamento rateale*, cit., 322.

[723] A. GARGANI, *Commisurazione della pena*, cit., 32.

può essere disposta soltanto laddove ricorra una manifesta sproporzione, derivante dall'eccessiva gravosità della sanzione pecuniaria rispetto alle condizioni economiche del reo, tale da tradursi in una vera e propria impossibilità o in un'estrema difficoltà di adempimento[724]; specularmente, l'aumento deve poggiare su dati oggettivi ed elementi concreti[725].

Da ultimo, quanto alla finalità perseguita – aspetto fondamentale per direzionare correttamente l'esercizio del potere discrezionale – va rilevato che, accanto all'indiscussa funzione di prevenzione mediante intimidazione, propria della sanzione pecuniaria[726], si pone la questione della sua eventuale attitudine a svolgere anche una funzione rieducativa, ai sensi dell'art. 27, comma 3, Cost.

La Corte costituzionale, dal canto suo, pur non escludendo in astratto che «la pena pecuniaria […] possa adempiere ad una funzione rieducativa»[727], ha tuttavia riconosciuto come funzione prevalente quella di «intimidazione–ammonimento»[728], valorizzata, del resto, in via espressa dal comma 2 dell'art. 133-*bis* c.p.

L'argomento tradizionalmente addotto dalla dottrina a favore della tesi di cui sopra faceva leva sull'originario meccanismo di conversione della pena pecuniaria in caso di insolvenza: la trasformazione *ex lege* della pena pecuniaria in detentiva avrebbe, infatti, rivelato la sostanziale "fungibilità" tra le due tipologie sanzionatorie, lasciando intravedere la possibilità di un comune fondamento rieducativo[729].

Tale sistema di conversione è stato poi dichiarato incostituzionale dalla Consulta con sentenza n. 131 del 1979, in quanto lesivo del principio di uguaglianza-ragionevolezza[730]. Attualmente, a seguito delle modifiche apportate dalla riforma Cartabia[731], in caso di mancato pagamento colpevole la conversione opera nelle forme della semilibertà; mentre, in caso di insolvibilità, previo consenso del condannato, nelle

[724] Si veda, ad esempio, Cass. pen., sez. IV, 1 marzo 1994, Didoni, in CED, 1994/198654.

[725] In tal senso cfr. Cass. pen., sez. III, 2 febbraio 1994, Battocchio, in *Riv. pen*., 1994, 895.

[726] F. BRICOLA, *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa*, cit., 289 ss.

[727] Corte cost., 12 febbraio 1966, n. 12, cit.

[728] In questo senso, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Diritto penale*, cit., 836.

[729] In dottrina, riconoscono efficacia rieducativa alla pena pecuniaria: C.E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione*, cit., pp. 733 ss.; F. BRICOLA, *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa*, cit., 294; S. RANIERI, *Pene pecuniarie e rieducazione del condannato*, in *Sc. Pos*., 1966, 265 ss.; A. SIGISMONDI, *Pene pecuniarie e funzione rieducativa*, in *Giur. cost*., 1966, 146 ss.

[730] Corte cost., 21 novembre 1979, n. 131, in *www.cortecostituzionale.it*. Per un commento: M. SICLARI, *La conversione delle pene pecuniarie in detentive a seguito della sentenza n. 131 del 1979 della Corte costituzionale*, in *www.dirittopenitenziarioecostituzione.it*.

[731] Prima della novella, la pena pecuniaria era convertita in libertà controllata o in lavoro sostitutivo.

forme del lavoro di pubblica utilità (in assenza di consenso si converte in detenzione domiciliare sostitutiva)[732]. La mancata esecuzione delle pene conseguenti alla conversione della pena pecuniaria, ovvero la violazione grave o reiterata degli obblighi e delle prescrizioni ad essa inerenti, ne comporta la revoca e la parte residua si converte in uguale periodo di reclusione o di arresto (art. 108 l. 689/1981).

Ne consegue che, seppur in forma e misura attenuate rispetto al passato, la pena pecuniaria conserva ancora oggi la capacità di incidere sulla libertà personale del condannato che si trovi nell'impossibilità di adempiere, mostrando così una residua tensione verso la dimensione rieducativa. Certo è che pare difficile riconoscere alla sanzione in parola un vero e proprio contenuto rieducativo-risocializzante, se lo si concepisce come l'esito di un percorso che passa attraverso una riflessione critica sulle proprie condotte illecite e che richiede tempo[733]. Constatazione, quest'ultima, che dovrebbe orientare il legislatore penale verso l'adozione di strumenti sanzionatori di ben diverso tenore.

### *3.1. L'art. 133-ter c.p.: il pagamento rateale come strumento di individualizzazione della pena pecuniaria*

Per completare l'analisi della commisurazione della pena pecuniaria come sanzione principale, è opportuno soffermarsi, seppur brevemente, sul meccanismo di frazionamento del pagamento disciplinato dall'art. 133-*ter* c.p., istituto che costituisce senz'altro un ulteriore strumento nelle mani del giudice di cognizione per personalizzare la sanzione in sede commisurativa, agevolare il rispetto del principio di uguaglianza e allontanare l'eventualità della conversione[734].

---

[732] Per approfondire si rimanda a M.C. UBIALI, *La nuova disciplina della conversione delle pene pecuniarie*, in R. BARTOLI, G.L. GATTA, V. MANES (a cura di), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale. Le modifiche al sistema sanzionatorio penale*, vol. III, Torino, 2024, 349 ss.

[733] In tal senso, di recente, F. PALAZZO, *Scopi e valori ispiratori della riforma del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2023, 504. Per ulteriori riflessioni critiche sulla pena pecuniaria v. L. BUONVINO, *Brevi riflessioni sulla pena pecuniaria*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 18 febbraio 2016. G.L. GATTA, *Le ragioni di una riforma: inefficienza ed ineffettività del sistema di esecuzione e conversione*, cit., 310, osserva, anzi, che sovente la pena pecuniaria, soprattutto quando congiunta a quella detentiva (si pensi, ad esempio, ai reati in materia di stupefacenti), «rappresenta un ostacolo al reinserimento sociale del condannato, chiamato a pagare multe e ammende di rilevante importo oltre alla pena detentiva e, spesso, dopo di essa».

[734] In tema cfr. M. ROMANO, G. GRASSO, sub *art. 133-ter*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, IV ed., Milano, 2012, 374 ss.; A. GARGANI, *Commisurazione della pena*, cit., 47 ss.; M.C. UBIALI, *Le modifiche in tema di commisurazione della pena pecuniaria e pagamento rateale*, cit., 323-324.

Come già anticipato, la norma è stata introdotta dalla l. 698 del 1981 che, innovando la precedente disciplina – sotto la quale era già possibile accedere al pagamento rateale ma secondo modalità e condizioni più gravose e restrittive – ha esteso la possibilità di godimento di tale beneficio, consentendo che la rateizzazione sia disposta direttamente dal giudice di cognizione, su istanza di parte o d'ufficio, indipendentemente dalle garanzie che l'imputato sia in grado di offrire. L'unico presupposto per la concessione è individuato nelle «condizioni economiche del condannato», requisito che la giurisprudenza interpreta in senso abbastanza lato, arrivando ad ammettere il pagamento rateale in presenza di «disagiate condizioni economiche del condannato raffrontate all'entità della pena»[735].

La riforma Cartabia ha inciso in misura limitata anche su questa disciplina. In particolare, è stato attribuito rilievo espresso non solo alle condizioni economiche, ma anche a quelle patrimoniali del condannato, così da armonizzare l'art. 133-*ter* c.p. con le modifiche apportate alla disposizione precedente. Più significativamente, è stato raddoppiato sia il numero minimo sia quello massimo delle rate mensili in cui il pagamento può essere dilazionato: da tre a sei per il minimo, da trenta a sessanta per il massimo. Rimane invece invariata la soglia minima di quindici euro per ciascuna rata. Infine, la riforma ha precisato che la rateizzazione non comporta il pagamento di interessi, previsione, a dire il vero, già contenuta nel testo unico sulle spese di giustizia, trasposta per ragioni di coordinamento nell'articolo in commento.

Nel complesso, quindi, nonostante alcune marginali modifiche sostanziali, possiamo constatare che il sistema di calcolo di base delle pene pecuniarie principali è rimasto sostanzialmente immutato post-riforma. Da qui, il giudizio piuttosto negativo della dottrina sulla novella della pena pecuniaria, soprattutto a causa della mancata riforma del procedimento commisurativo: «ancora prima della fase esecutiva, [è] la fase della cognizione [che] riveste un ruolo decisivo nella predisposizione delle condizioni atte a garantire alla pena pecuniaria reali *chance* di riscossione. In tale contesto, infatti, vi sarebbe la possibilità di valutare adeguatamente le condizioni sociali, economiche e patrimoniali, in generale di contesto, dell'imputato, attraverso l'acquisizione, nel contradditorio delle parti, di tutti quei supporti documentali che consentirebbero di

[735] Cfr. Cass. pen., sez. III, 27 ottobre 2015, n. 49580; Cass. pen., sez. IV, 12 ottobre 2011, n. 42015, entrambe in *www.dejure.it*.

personalizzare lo specifico ammontare della pena pecuniaria, così scongiurando il pericolo di una eventuale conversione conseguente al mancato pagamento»[736].

### *3.2. La commisurazione della pena pecuniaria sostitutiva: il sistema dei tassi giornalieri*

Si parlerà approfonditamente delle nuove pene sostitutive nel prosieguo di questa trattazione; tuttavia, *ratione materiae*, pare opportuno dedicare alcune battute alla pena pecuniaria sostitutiva, al fine di metterne in luce le differenze strutturali rispetto alla pena pecuniaria intesa come sanzione principale.

Un primo dato da rilevare riguarda l'assenza di statistiche ufficiali sull'applicazione delle pene pecuniarie sostitutive. Ciononostante, pochi dubbi sussistono circa lo scarsissimo successo delle stesse, destino comune all'intera categoria sanzionatoria sostitutiva e ragione dell'intervento novellistico "rivitalizzante" operato dalla riforma Cartabia.

Entrando nel merito, l'aspetto caratterizzante la disciplina della pena pecuniaria sostitutiva è sicuramente l'adozione del modello commisurativo basato sul sistema dei tassi giornalieri, introdotto dalla l. 134/2003, e "perfezionato" da ultimo con la riforma Cartabia.

Come abbiamo già avuto modo di dire, il pregio di questo paradigma bifasico, eventualmente combinato con la possibilità di rateizzazione prevista anche per la pena pecuniaria sostitutiva, consiste nel «più pieno adeguamento ai principi di proporzione, ragionevolezza e uguaglianza sostanziale, riducendo al minimo quei rischi di discriminazione su base economica»[737].

Le novità introdotte dal d.lgs. 150/2022 possono essere sintetizzate in due punti chiave: in primo luogo, è stato innalzato il limite di pena detentiva sostituibile dai precedenti sei mesi a un anno; in secondo luogo, si è proceduto ad una razionalizzazione complessiva del meccanismo dei tassi giornalieri[738].

---

[736] Così, A.A.A. GIOVINAZZO, *La pena pecuniaria tra modifiche normative e realismo operativo*, cit., par. 5, la quale ritiene, in sostanza, che «le modifiche normative introdotte, volte a rimediare al problema della effettività della pena pecuniaria, sembrano destinate ad una scarsa fortuna».

[737] D. BIANCHI, *Le pene sostitutive*, cit., 204.

[738] In tema cfr. A. GALLUCCIO, *La pena pecuniaria sostitutiva*, in R. BARTOLI, G.L. GATTA, V. MANES (a cura di), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale. Le modifiche al sistema sanzionatorio penale*, vol. III, Torino, 2024, 39 ss.; L. GOISIS., *La pena pecuniaria nella riforma Cartabia. Luci e ombre*, in D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO, *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Milano, 2023, 31; C. FARINA, *La pena pecuniaria sostitutiva*, in S. PREZIOSI (a cura di), *Le pene*

A tal proposito il primo periodo dell'art. 56-*quater* della l. 689/1981 si limita a confermare il sistema delle quote giornaliere, stabilendo che «per determinare l'ammontare della pena pecuniaria sostitutiva il giudice individua il valore giornaliero al quale può essere assoggettato l'imputato e lo moltiplica per i giorni di pena detentiva». Tale valore giornaliero, si precisa nel secondo periodo, «corrisponde alla quota di reddito giornaliero che può essere impiegata per il pagamento della pena pecuniaria, tenendo conto delle complessive condizioni economiche, patrimoniali e di vita dell'imputato e del suo nucleo familiare». La nuova formulazione si distingue dalla precedente per l'aggiunta del rilievo espresso alle condizioni "di vita" e "patrimoniali" dell'imputato. Ma il profilo di maggior interesse consiste nell'individuazione del valore minimo giornaliero cui può essere assoggettato il condannato, per la prima volta sganciato dal riferimento ai 250 euro di cui all'art. 135 c.p. e determinato in misura persino inferiore ai 75 euro indicati dalla sentenza n. 28 del 2022 della Corte costituzionale, che pure aveva sollecitato un ulteriore intervento legislativo al fine di individuare soluzioni «ancor più adeguate»[739]. Ebbene, con una scelta del tutto innovativa per l'ordinamento nazionale, in linea con quanto già previsto in molti Paesi europei[740], il valore minimo giornaliero è stato fissato a 5 euro. Rimane invariato, invece, il valore massimo giornaliero di 2.500 euro[741].

Di conseguenza, la pena pecuniaria sostitutiva di una pena detentiva di un anno potrà oscillare tra 1.825 euro e 912.500 euro, una forbice molto larga che può, *prima facie*, apparire eccessiva, e che però risulta «funzionale a soddisfare l'esigenza della commisurazione alle effettive condizioni economiche e patrimoniali dell'imputato, che

---

*sostitutive*, Torino, 2025, 177 ss.; A. BERNARDI, *Note sparse sulla disciplina della pena pecuniaria e delle altre sanzioni sostitutive nella riforma Cartabia*, cit.

[739] Corte cost., 1 febbraio 2022, n. 28, cit. che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 53, secondo comma, della legge 24 novembre 1981 n. 689, nella parte in cui prevede(va) che «[i]l valore giornaliero non può essere inferiore alla somma indicata dall'art. 135 del codice penale e non può superare di dieci volte tale ammontare», anziché «[i]l valore giornaliero non può essere inferiore a 75 euro e non può superare di dieci volte la somma indicata dall'art. 135 del codice penale». A commento della pronuncia: L. GOISIS, *Della proporzionalità e dell'uguaglianza della pena pecuniaria. Dalla sentenza 28/2022 della Corte costituzionale alla riforma Cartabia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 1517 ss.; G. NICOLÒ, *La pena pecuniaria come sanzione sostitutiva di pene detentive brevi: riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 28 del 2022, in attesa della Riforma Cartabia*, in *Consulta online*, 2022, 725 ss.

[740] Come si può leggere nella *Relazione illustrativa* al d.lgs. n. 150/2022, cit., 205: «il valore giornaliero minimo è di un euro in Germania (§ 40, co. 2 del codice penale tedesco), di due euro in Spagna (art. 50, co. 4 del codice penale spagnolo); di quattro euro in Austria (§ 13, co. 2 del codice penale austriaco); di 5 euro in Portogallo (art. 47, co. 2 del codice penale). Esso, addirittura, è indeterminato in Francia, dove la legge stabilisce solo il valore giornaliero massimo (art. 131-5 del codice penale)».

[741] Per completezza, segnaliamo che, qualora la sostituzione abbia luogo nell'ambito del procedimento per decreto penale di condanna, il valore giornaliero massimo è ridotto a 250 euro, con evidente *favor* per il condannato.

normalmente riflettono un divario altrettanto ampio nella società: la medesima condanna a pena detentiva, sostituita con la pena pecuniaria, può infatti essere pronunciata nei confronti di una persona disoccupata e ai limiti dell'indigenza, ovvero di un milionario»[742]. Si tratta, in sostanza, di una scelta che amplia notevolmente la discrezionalità del giudice in nome dei principi costituzionali più sopra evocati[743]. Proprio per questo, appare estremamente interessante una recente sentenza della Corte di Cassazione che – considerato l'ampio divario tra minimo e massimo della pena pecuniaria sostitutiva – ritiene imprescindibile, ai fini di una equa commisurazione, l'apprezzamento delle condizioni economico-patrimoniali dell'imputato, anche a prescindere da una esplicita richiesta dell'interessato[744]. Qualora tali informazioni non dovessero già emergere nel corso del processo, il giudice – dice la Corte – dovrà necessariamente procedere alla fissazione dell'apposita udienza di *sentencing ex* art. l'art. 545-*bis* c.p.p.

Quanto alla disciplina della conversione: in caso di insolvenza, la pena si converte nella semilibertà o nella detenzione domiciliare sostitutiva, mentre nei casi di insolvibilità, è prevista la sostituzione con il lavoro di pubblica utilità, ovvero, nel solo caso di opposizione, la conversione in detenzione domiciliare.

Infine, per quanto concerne il piano esecutivo, la riscossione è disciplinata dall'art. 71 del d.lgs. 150/2022, sulla falsariga di quanto previsto per le pene pecuniarie principali.

Volendo tirare le somme rispetto alla pena pecuniaria, tanto principale, quanto sostitutiva, se, da un lato, è innegabile che la riforma Cartabia abbia segnato un primo, significativo passo avanti verso un recupero di effettività, dall'altro, non possono essere ignorate le criticità che ancora permangono. Accanto ai vecchi problemi in merito all'accertamento delle condizioni economiche e patrimoniali, se ne aggiungono di nuovi, creati dalla divaricazione di regime fra le pene pecuniarie principali e quelle sostitutive delle pene detentive brevi[745]. *In primis*, la pena pecuniaria principale continua ad essere determinata secondo il criterio della somma complessiva, mentre le pene pecuniarie sostitutive seguono invece il sistema dei tassi giornalieri, ben più in linea con i principi

[742] Cfr. *Relazione illustrativa* al d.lgs. n. 150/2022, cit., 206.

[743] Cfr. E. DOLCINI, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive. Note a margine dello schema di d.lgs. approvato dal Consiglio dei Ministri il 4 agosto 2022*, in *www.sistemapenale.it,* 30 agosto 2022, 12 ss.

[744] Cfr. Cass. pen., sez. III, 6 marzo 2025, n. 9234, in *www.foroplus.it*.

[745] A.A.A. GIOVINAZZO, *La pena pecuniaria tra modifiche normative e realismo operativo: alcune osservazioni critiche*, cit., par. 2.2.

di individualizzazione, proporzionalità e uguaglianza. *In secundis*, si pongono problemi di coordinamento con riferimento alla disciplina della conversione in caso di insolvenza del condannato. Invero, pare «poco plausibile che la pena di conversione della pena pecuniaria sostitutiva possa essere meno severa della pena di conversione della pena pecuniaria principale: infatti nel primo caso la pena principale prevista dal legislatore per il fatto commesso è detentiva, mentre nel secondo caso è pecuniaria»[746].

Si viene così a creare un "doppio binario" insoddisfacente in termini di congruità, ragionevolezza ed effettiva operatività del sistema[747].

## 4. La commisurazione in senso ampio

Come si è già avuto modo di specificare al principio di questo lavoro, sotto l'espressione "commisurazione in senso ampio" confluiscono una serie eterogenea di istituti la cui operatività viene pur sempre a dipendere da una scelta discrezionale affidata al giudice[748]. Indiretta conferma di ciò è l'esplicito o implicito riferimento all'art. 133 c.p. che compare in tutti gli istituti *de quibus*[749].

Come messo in evidenza dalla dottrina, il tanto criticato "vuoto nei fini" di cui all'art. 133 c.p. potrebbe trovare una razionale spiegazione in un'ottica di sistema. Esso sarebbe in realtà «funzionale ad un'opera di eterointegrazione dello stesso»[750]. In base alla concezione teleologica[751], infatti, «[a] seconda del ruolo che la norma è chiamata a svolgere, la stessa finirà per essere illuminata […] in funzione delle esigenze che reggono le singole ipotesi di discrezionalità»[752]. Sicché, nelle numerose ipotesi riconducibili alla commisurazione della pena in senso lato «si dovrà prioritariamente individuare la "funzione" al cui perseguimento è preordinato il potere discrezionale conferito, per poi stabilire, sulla base di essa, l'ordine di prevalenza dei fattori commisurativi. […]. L'essenza e le funzioni dei singoli istituti di volta in volta coinvolti nell'esercizio di una

[746] Così, A. BERNARDI, *Note sparse sulla disciplina della pena pecuniaria e delle altre sanzioni sostitutive nella riforma Cartabia*, cit., 10, nota 31.

[747] Così si è espresso T. PADOVANI, *Riforma Cartabia, intervento sulle pene destinato a ottenere risultati modesti*, in *Guida al Diritto*, 41/2022, 8 ss.

[748] V. *supra* Cap. 1, par. 3.

[749] V. *supra*, par. 1, in part. nota 615.

[750] A. MARTINI, sub *art. 133 c.p.*, cit., 976.

[751] V. fondamentalmente F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 144.

[752] A. MARTINI, sub *art. 133 c.p.*, cit., 976.

discrezionalità forniranno il quadro assiologico di riferimento che consente di rendere il catalogo dell'art. 133 qualcosa di più di una mera proposta di schema motivazionale»[753].

È proprio a questo approccio metodologico che intendiamo rifarci nell'analisi degli istituti selezionati che ricadono sotto l'ombrello della commisurazione in senso lato[754]. L'indagine, tuttavia, risulta complicata dalla circostanza che, come vedremo, tali istituti sono frequentemente chiamati a perseguire una pluralità di funzioni, con conseguente disorientamento della discrezionalità giudiziale.

In via preliminare e generale, può inoltre osservarsi che la maggior parte di essi implica un esercizio della discrezionalità non riducibile solo a un'operazione meramente quantitativa – come avviene nella commisurazione in senso stretto – ma fondato su valutazioni di natura qualitativa, che pretendono dal giudice un *quid pluris*, e sono maggiormente idonee a realizzare il principio di individualizzazione della risposta sanzionatoria.

### *4.1. La commisurazione extraedittale: «terra delle contraddizioni»*

La disciplina legislativa delle circostanze del reato[755] ha subìto nel tempo numerosi interventi riformatori, che ne hanno profondamento modificato l'originaria fisionomia, con l'obiettivo di perseguire i più disparati obiettivi di politica criminale[756]. Anche su questo fronte, pertanto, l'assenza di un disegno normativo chiaro e razionale ha indotto la dottrina a parlare della commisurazione extraedittale come di una «terra delle contraddizioni»[757].

---

[753] *Ivi*, 977.

[754] Si è scelto di limitare l'analisi agli istituti più significativi e di maggior impatto sulla determinazione (e modificazione) della pena: le circostanze del reato, le misure sospensivo-probatorie, le pene sostitutive e le misure alternative alla detenzione.

[755] Per gli opportuni riferimenti bibliografici sul tema delle circostanze del reato si rimanda a Cap. 2, par. 5.2., nota 519.

[756] Esemplificativamente, si ricordano: la reintroduzione delle attenuanti generiche nel 1944, le modifiche in tema di giudizio di bilanciamento con la novella del 1974, l'introduzione della nuova categoria delle circostanze ad effetto speciale nel 1984, la riforma del regime di imputazione delle circostanze nel 1990, la legislazione dettata dall'emergenza terroristica, ecc.

Più in generale, nel corso del tempo, gli *accidentalia delicti* hanno goduto di alterne fortune ed hanno assolto mutevoli funzioni. Certamente è solo a partire dall'illuminismo che sorge il problema di una loro espressa previsione. Agli esordi, in particolare nel codice austriaco del 1787, le circostanze erano impiegate come strumenti di commisurazione intraedittale della pena. Il codice napoleonico, i codici italiani preunitari e lo stesso codice Zanardelli del 1889 non disciplinavano un catalogo di circostanze, limitandosi a prevedere soltanto attenuanti indefinite extraedittali e di rilevanza secondaria. È solo con il codice Rocco del 1930 che viene perfezionato il processo di tipizzazione delle circostanze attraverso una disciplina assai ampia e dettagliata. Per una ricostruzione in chiave storica delle circostanze v. A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., 53 ss.

[757] L'espressione è di F. PALAZZO, *Commisurazione della pena e discrezionalità giudiziale*, cit., 1347.

Il tema delle circostanze del reato indubbiamente «coinvolge profili costituzionali e di politica del diritto, perché i margini di valutazione discrezionale che la legge attribuisce al giudice nel pesare o bilanciare le circostanze incidono sul principio di legalità, spostano gli equilibri tra certezza e flessibilità della pena, implicano scelte orientate alla determinazione legale o alla commisurazione giudiziale della sanzione»[758].

L'istituto in questione assolve una funzione ordinamentale ben definita, orientata all'economicità e all'uniformità dei sistemi codificati, consentendo di superare l'esasperata casistica che aveva contraddistinto la storia del diritto precedente. Nel rispetto del principio di legalità, le circostanze attenuanti e aggravanti – tipizzate dalla legge nei loro presupposti e nei loro effetti – permettono di modulare la pena adeguandola al caso concreto ed alle particolari condizioni soggettive dell'autore o della vittima, anche infrangendo la barriera dei limiti edittali[759].

Le circostanze proprie, quindi, si caratterizzano principalmente per due elementi: la loro tipizzazione da parte del legislatore e l'efficacia *extraedittale*, che consente loro di incidere oltre i limiti stabiliti dalla legge, dando luogo al cosiddetto "effetto sfondamento". Mentre la prima caratteristica richiamata riflette istanze legalistiche, la seconda realizza esigenze di concretizzazione e individualizzazione del trattamento sanzionatorio attraverso il potere discrezionale del giudice[760].

La discrezionalità rinvenibile all'interno del sistema delle circostanze si esprime attraverso due dimensioni: una quantitativa e una qualitativa[761]. Va da sé che il potere discrezionale sarà più ampio laddove discrezionalità quantitativa e qualitativa siano contestualmente presenti e più circoscritto qualora sia presente una soltanto di esse.

---

[758] In tal senso, M. PIFFERI, *Accidentalia delicti e criteri di commisurazione della pena. Una lettura storica delle circostanze alla 'periferia' del codice*, in R. BARTOLI, M. PIFFERI (a cura di), *Attualità e circostanze del reato. Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità*, Milano, 2016, 1.

[759] *Ivi*, 2-3.

[760] Come osserva G. DE VERO, *Le circostanze del reato tra determinazione legale e commisurazione giudiziale delle pene*, cit., 217-218, nel sistema delle circostanze, legalità e discrezionalità non si pongono come «momenti divergenti» o «conflittuali»; al contrario, «la predeterminazione legislativa di circostanze […] dovrebbe rappresentare un principio di orientamento del processo di applicazione della pena al caso concreto, sottratto al mero arbitrio giudiziale e incanalato lungo direttrici di valore-disvalore la cui piena attuazione in concreto va naturalmente rimessa ad una discrezionalità appunto 'vincolata'». Il nostro ordinamento rifugge dunque opposti estremismi: tanto la rigorosa tassatività, quanto la piena discrezionalità del giudice nell'individuazione delle circostanze. Con riferimento alla commisurazione *extraedittale* si può parlare quindi di una tassatività temperata.

[761] L. PELLEGRINI, *Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma*, cit., 308. Non si tratta di concetti tra loro in contrapposizione: possono, infatti, sussistere sia autonomamente, sia convivere nelle diverse tipologie di circostanze.

L'accezione quantitativa si coglie nella elasticità della variazione proporzionale della pena che rappresenta la regola generale e sussidiaria in materia in forza del disposto normativo di cui agli artt. 64 e 65 c.p. Tale procedimento, come noto, si articola secondo uno schema bifasico: dapprima, il giudice è chiamato a individuare la quantità di pena che applicherebbe ove non concorresse la circostanza aggravante o attenuante; in un secondo momento, dovrà valutare la portata disvaloriale/valoriale dell'elemento circostanziale nella sua concreta realizzazione fenomenica e tradurla in termini numerico-quantitativi facendola reagire sulla pena-base previamente individuata, giungendo così alla pena finale da irrogare[762]. Il potere discrezionale in esame si colloca, quindi, entro limiti fissati dalla legge in via astratta, in modo analogo a quanto previsto nella fase della commisurazione in senso stretto.

La discrezionalità qualitativa, invece, si identifica in quell'ampio potere discrezionale riconosciuto al giudice di valutazione della sussistenza, e quindi dell'*an*, dell'elemento circostanziale nel caso concreto. Il giudice è chiamato a "fare qualcosa in più e di diverso" dal decidere in che misura l'elemento deve incidere sulla pena (così accade, ad esempio, con le circostanze indefinite[763], con quelle facoltative[764], con le circostanze di natura soggettiva[765], in caso di concorso omogeneo tra più circostanze autonome o ad effetto speciale[766] o di concorso eterogeneo[767]).

[762] Lo schema bifasico trova naturalmente applicazione nel caso di circostanze ad effetto comune, non anche quando si tratti di circostanze autonome o indipendenti, la cui applicazione avviene attraverso un unico passaggio.

[763] Le circostanze indefinite sono quelle la cui individuazione, in assenza di ogni tipizzazione legislativa o comunque di una compiuta tipizzazione legislativa, è rimessa alla discrezionalità del giudice. Quanto alle circostanze attenuanti, è il caso, ad esempio, delle attenuanti generiche di cui all'art. 62-*bis* c.p. Nella parte speciale del codice, si pensi inoltre: alla "lieve entità del fatto", circostanza attenuante dei delitti contro la personalità dello Stato (art. 311 c.p.); alla "particolare tenuità del fatto", circostanza attenuante della ricettazione (art. 648 co. 2 c.p.); ai "casi di minore gravità", ai quali fa riferimento la disciplina della violenza sessuale (art. 609-*bis* co. 3 c.p.).

[764] Ad esempio, quelle di cui agli artt. 99, 114, 117 c.p., la cui applicazione è rimessa ad un vaglio discrezionale del giudice.

[765] Esse implicano necessariamente un'indagine valutativa in ordine a componenti psichiche che attengono al reo che richiede indefettibilmente un apprezzamento di natura discrezionale del giudice.

[766] Come noto, in tale ipotesi vige il principio di sussidiarietà: se si tratta di circostanze aggravanti, si applica soltanto la pena stabilità per la circostanza più grave; se, invece, si tratta di circostanze attenuanti, si applica soltanto la pena meno grave stabilità per le predette circostanze. Anche in questo, quindi, prima di procedere alla variazione aritmetica, il giudice è chiamato a svolgere un'operazione qualitativo-valoriale.

[767] Si tratta, forse, dell'ipotesi più clamorosa a causa dei dirompenti effetti che il giudizio di bilanciamento è in grado di produrre e della sua frequentissima operatività. Attraverso questo meccanismo, infatti, il giudice ha la possibilità di sostituire la propria valutazione discrezionale a quella del legislatore.

Le circostanze rivestono, pertanto, un ruolo centrale nella determinazione della sanzione da irrogare[768]. Per quanto concerne lo scopo dell'istituto, da quanto brevemente illustrato può ricavarsi l'indubbia natura polifunzionale delle circostanze[769]: invero, considerata la loro efficacia *extraedittale*, esse operano, almeno in linea di principio, sul piano della valutazione legale della pena, contribuendo a delineare con maggiore precisione il disvalore giuridico del fatto; al contempo, però, il reato circostanziato svolge la funzione di individualizzare la responsabilità penale, consentendo così un adeguamento della sanzione al disvalore del caso concreto[770]. Si può dire allora che le circostanze realizzano, nel nostro ordinamento, «il punto d'incontro tra le esigenze imposte dal principio di legalità che richiede la predeterminazione legislativa non solo delle norme incriminatici, ma anche dei criteri di commisurazione delle pene, e la contrapposta esigenza di conservare alla discrezionalità, ma non all'arbitrio, del giudice ulteriori margini di adattamento della sanzione alle peculiari caratteristiche di più o meno accentuato disvalore del fatto umano oggetto del giudizio»[771].

[768] A bene vedere, la più attenta dottrina ha messo in evidenza come l'«enorme potere» che le circostanze sono in grado di esercitare vada ben oltre la mera modificazione della pena principale, influendo anche sulla disciplina sostanziale e processuale del reato. Per tutti, v. F. BASILE, *L'enorme potere delle circostanze sul reato*, cit., 1744 ss. L'autore passa in rassegna i momenti in cui si esplica la discrezionalità del giudice in relazione alle circostanze del reato, distinguendo due macro-categorie (e le loro rispettive sotto-categorie): la discrezionalità collegata all'individuazione delle fattispecie circostanziate e al meccanismo di calcolo della pena del reato circostanziato. La discrezionalità nell'individuazione delle fattispecie circostanziate si manifesta: in relazione alla qualificazione del reato come autonomo o circostanziato, scelta spesso lasciata al giudice, senza alcun criterio orientativo fornito dal legislatore; rispetto alle circostanze indefinite (ove i maggiori problemi sono sicuramente sollevati dalle aggravanti); in relazione all'*an* delle circostanze e, più nello specifico, con riferimento alla configurabilità del tentativo di un delitto circostanziato e all'esatta individuazione delle circostanze estendibili ai concorrenti nel reato (cfr. pp. 1756 ss.). La discrezionalità che concerne il meccanismo di calcolo della pena del reato circostanziato, invece, emerge nei seguenti momenti: giudizio di bilanciamento *ex* art. 69 c.p.; applicazione delle circostanze facoltative (ad esempio, quelle di cui agli artt. 99, 114, 117 c.p.); concorso omogeneo tra più circostanze autonome o ad effetto speciale (art. 63 co. 3 e 4 c.p.); applicazione di circostanze a variazione frazionaria elastica (cfr. pp. 1762 ss.).

[769] Alla teoria polifunzionale si contrappongono le teorie monofunzionali che incentrano e ravvisano la funzione dell'istituto delle circostanze tutta e solo nel momento giudiziale della quantificazione della pena oppure in quello di determinazione legale della sanzione. In tema v., *amplius*, L. PELLEGRINI, *Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma*, cit., 159 ss.

[770] A tal proposito può richiamarsi la distinzione di M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 1995, 632, tra "funzione teoretica" e "funzione pratica" delle circostanze del reato. La prima – in accordo all'originaria impostazione del codice Rocco – concepisce le circostanze come *longa manus* del legislatore nel momento di determinazione giudiziale della pena. La seconda, invece, le considera strumenti di commisurazione della risposta sanzionatoria nelle mani del giudice.

[771] L. PELLEGRINI, *Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma*, cit., 191.

Senonché, le vicende che hanno interessato gli *accidentalia delicti* rivelano il fallimentare tentativo di tradurre in realtà questo equilibrio[772]. Come si diceva al principio di questo paragrafo, nell'incapacità di procedere a più radicali riforme del codice, il legislatore ha fatto un uso spesso "distorto" delle circostanze, trattandole come strumenti funzionali al perseguimento di interessi e finalità di politica criminale. La loro disciplina, infatti, si presta ad essere modulata secondo traiettorie radicalmente divergenti: «riducendo, se non addirittura annullando, i margini di manovra del potere del giudice […] oppure estendendoli anche a dismisura»[773].

Sperando di non incorrere in eccessive semplificazioni, si possono riconoscere tre tappe essenziali nel percorso evolutivo che ha segnato il rapporto tra discrezionalità del giudice e disciplina delle circostanze del reato[774].

Il codice Rocco, nella sua formulazione originaria, esprimeva una certa diffidenza verso il potere discrezionale del giudice. La preoccupazione era che, a contatto con il fatto storico, egli potesse lasciarsi guidare da eccessiva indulgenza, compromettendo la severità della risposta punitiva. Coerentemente, le circostanze del reato venivano concepite come strumenti funzionali a contenere la libertà valutativa del giudicante[775]. Tutto sommato, però, in questa fase iniziale poteva individuarsi un bilanciamento abbastanza soddisfacente tra determinazione legale della pena e individualizzazione rimessa alla discrezionalità del giudice, dato dalla sottrazione delle circostanze ad efficacia speciale dal giudizio di comparazione in caso di concorso eterogeneo[776].

Con la riforma del 1974, invece, prende corpo una visione diametralmente opposta, animata dal timore che un sistema eccessivamente rigido e inflessibile impedisse al giudice di modulare la sanzione in modo proporzionato, giungendo così a pene troppo severe. Da qui la valorizzazione della discrezionalità giudiziale come correttivo indispensabile per garantire un dosaggio più equo e, se necessario, più mite della pena,

---

[772] Come osserva T. PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, cit., 213, «[i]l sistema circostanziale, che nella sua pletorica sovrabbondanza casistica costituiva il veicolo del primato riconosciuto alle valutazioni legali e il contrafforte dell'indefettibilità delle pene ad esse relative, finisce così col convertirsi in "agile" strumento di "revisione" del trattamento sanzionatorio edittale, rimesso all'apprezzamento discrezionale del giudice"».

[773] R. BARTOLI, *Le circostanze 'al bivio' tra legalità e discrezionalità*, cit., 19.

[774] Per una più approfondita ricostruzione degli interventi novellistici cfr. G. DE VERO, *Le circostanze del reato tra determinazione legale e commisurazione giudiziale delle pene*, cit., 238 ss.

[775] Per un'ampia disamina dei lavori preparatori del codice Rocco cfr. A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, cit., 486 ss.

[776] G. DE VERO, *Le circostanze del reato tra determinazione legale e commisurazione giudiziale delle pene*, cit., 238-239.

attraverso l'inclusione, anche delle circostanze ad efficacia speciale, nel giudizio di bilanciamento[777].

A partire dagli anni Duemila, e soprattutto con l'inarrestabile stagione delle emergenze, si afferma tuttavia una nuova inversione di tendenza. Torna ad essere fortemente avvertita l'esigenza di recuperare la certezza della pena, riducendo gli spazi di libertà del giudice per evitare che la risposta sanzionatoria si traduca in eccessiva indulgenza[778]. Questo obiettivo di politica criminale – per certi versi condivisibile – è stato però perseguito attraverso interventi normativi disorganici e frammentari, che hanno finito per condannare l'intera disciplina delle circostanze del reato a una condizione di profonda irrazionalità. Emblematica in tal senso è stata la proliferazione delle circostanze privilegiate, di cui si è già parlato nel capitolo precedente e al quale pertanto si rimanda[779].

In definitiva, il quadro che emerge dimostra come le circostanze del reato siano state progressivamente caricate di funzioni che travalicano la loro originaria vocazione tecnico-giuridica di «istituto al bivio tra legalità e discrezionalità»[780], oscillando tra due estremi egualmente perniciosi: da un lato, l'ingessatura normativa che sacrifica l'esigenza di concretizzazione della pena; dall'altro, un eccesso di discrezionalità che mina la certezza e la prevedibilità della risposta punitiva.

La vera sfida, dunque, non sembra tanto quella di ridurre o ampliare i margini di discrezionalità giudiziale, quanto piuttosto di restituire razionalità e coerenza sistematica alla disciplina, ricollocandola entro una cornice capace di garantire sia il rispetto del principio di legalità, sia l'esigenza di adeguamento della pena al disvalore del fatto concreto.

### *4.2. Momenti di potenziale diversificazione sanzionatoria e discrezionalità qualitativa: tra rieducazione, prognosi di non pericolosità ed esigenze deflattive*

Una parte consistente degli istituti che afferiscono alla commisurazione in senso lato realizza momenti di potenziale diversificazione sanzionatoria, preclusi a monte nella fase di commisurazione in senso stretto. Nel tentativo di contenere la trattazione, non

[777] Sulla novella del 1974 e i suoi effetti, nonché per i riferimenti bibliografici, si rimanda a Cap. 2, par. 5.2., nota 526.

[778] Tra gli interventi adottati si segnalano: la previsione di variazioni di pena fissa; l'introduzione di vincoli alla concessione delle attenuanti generiche; la blindatura di determinate circostanze.

[779] V. Cap. 2, par. 5.2.

[780] Si richiama il sottotitolo del volume: AA. VV., *Attualità e storia delle circostanze del reato*, cit.

potendo passare in rassegna tutti gli istituti riconducibili alla commisurazione in senso ampio, si è scelto di concentrare l'attenzione su di essi, in ragione della rilevanza che hanno acquisito all'interno del quadro sanzionatorio.

Nello specifico, si intende fare riferimento a un insieme eterogeneo di misure, collocate in differenti fasi della vicenda penale, che implicano l'esercizio di una discrezionalità qualitativa da parte dell'autorità giudiziaria, una discrezionalità, quindi, che non incide sul *quantum* della pena, bensì – a seconda dei casi – sull'*an* o sul *quomodo* della stessa. Così, in fase pre-decisoria, viene in gioco la sospensione del procedimento con messa alla prova; in fase decisoria, la sospensione condizionale della pena e le pene sostitutive; in fase esecutiva, le misure alternative alla detenzione. Simili strumenti si pongono al di fuori del circuito penale "tipico", realizzando nuove modalità di applicazione della pena (laddove essa venga irrogata), in forme trattamentali eclettiche, che mirano alla risocializzazione del reo, alla soddisfazione della vittima e alla riparazione del danno provocato dal reato.

La discrezionalità commisurativa che presiede all'applicazione di questi istituti è funzionale all'individualizzazione del trattamento sanzionatorio ed è al contempo legittimata e orientata in misura prevalente dal principio rieducativo, maggiormente idoneo a giustificare una rinuncia alla pena tradizionale[781]. Invero, la sanzione ha più probabilità di assolvere a una funzione risocializzante se concepita in termini individualizzati e, dunque, diversificata nei suoi contenuti[782]. A questi fini, non si può prescindere dalla discrezionalità giudiziale, dal momento che in sede di diversificazione sanzionatoria si innestano valutazioni di natura personologica, le quali – per ragioni ontologiche – non potrebbero essere formulate *ex ante* dal legislatore, ma solo *ex post* e in concreto dal giudice.

Ciò detto, non sono poche le incertezze e le incongruenze che il giudice incaricato di procedere a questo tipo di commisurazione incontra abitualmente sulla sua strada.

In primo luogo, è lo stesso obiettivo della rieducazione a porre alcuni interrogativi, sia con riguardo al suo significato, sia con riferimento agli strumenti e programmi trattamentali in concreto idonei a perseguire un obiettivo che rischia di rimanere – al di là delle affermazioni di principio – «generico e scarsamente caratterizzato»[783]. Infatti,

[781] F. PALAZZO, *Commisurazione della pena e discrezionalità giudiziale*, cit., 1347.
[782] C. IAGNEMMA, *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale*, cit., 1449.
[783] F. PALAZZO, *Commisurazione della pena e discrezionalità giudiziale*, cit., 1347.

nonostante alcuni punti fermi e una nozione minima che può dirsi generalmente condivisa, non è remoto il rischio «di ricadere in usi retorici o astrattamente ideologici di concetti come rieducazione, risocializzazione, reinserimento sociale e simili»[784]. Invero, se, anche grazie al prezioso contributo della giurisprudenza costituzionale[785], è stata ormai da tempo abbandonata una concezione della rieducazione di stampo etico-spiritualistico e sono stati ripudiati approcci trattamentali manipolativi della personalità del condannato, ci si è chiesti se la nozione minima ed essenziale di rieducazione come capacità di reinserirsi nella società comportandosi in modo conforme alla legalità esteriore, unita alla valorizzazione del consenso del condannato quale perno della partecipazione al programma rieducativo[786], sia più idealistica che realistica[787]. In un'ottica più pragmatica, autorevole dottrina insiste sulla necessità di ricostruire il contenuto della rieducazione secondo un approccio interdisciplinare, essendo il concetto su cui si riflette polisemico e ai confini tra il diritto e le scienze empirico-sociali, e, altresì, di lasciarsi ispirare dalle "buone prassi" che, al di là delle affermazioni retoriche, traducono concretamente in essere il "mito" della rieducazione[788].

Se, quindi, questo primo ostacolo è senz'altro superabile con qualche sforzo, ben più complesso si rivela il compito di bilanciare la finalità rieducativa della pena – che, come abbiamo detto, rappresenta sicuramente la stella polare del giudice in questo frangente – con le istanze di difesa sociale, di segno opposto, che non possono essere del tutto obliterate ed emergono in varia guisa negli istituti che analizzeremo ma che, volendo generalizzare, presuppongono una prognosi favorevole di non recidiva[789]. Il giudice si

[784] G. FIANDACA, *Relazione di sintesi sulla rieducazione in fase esecutiva. Aspetti problematici vecchi e nuovi*, cit., 220-221. In argomento, cfr. anche E. DOLCINI, *La "rieducazione del condannato" tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1979, 469 ss.

[785] V., *supra*, Cap. 2, par. 3.3.

[786] Cfr. G. FIANDACA, *Commento all'art. 27 comma 3 Cost*., cit., 278. Analogamente, E. DOLCINI, *La "rieducazione del condannato" tra mito e realtà*, cit., 473, il quale mette ben in evidenza i limiti strutturali che il concetto di rieducazione incontra in un ordinamento liberaldemocratico: «non soltanto l'esecuzione non può essere l'occasione per una generale manipolazione della personalità del condannato, da trasformarsi in una sorta di "cittadino modello" ma nemmeno può spingere le proprie pretese fino all'"interiorizzazione" dei precetti penali. Il compito della sanzione potrà dirsi conseguito anche quando il rispetto della legge, per il futuro, risulti affidato soltanto al timore della pena. Certamente, non si assicurano così le migliori condizioni per una durevole osservanza dei precetti; d'altra parte, soltanto entro questi limiti può essere riconosciuto allo Stato il diritto di rieducare il condannato».

[787] In questi termini si interroga G. FIANDACA, *Relazione di sintesi sulla rieducazione in fase esecutiva*, cit., 223.

[788] *Ivi*, 214 e 221.

[789] Così, la messa alla prova è disposta «quando il giudice, in base ai parametri di cui all'articolo 133 del codice penale, reputa idoneo il programma di trattamento presentato e ritiene che l'imputato *si asterrà dal commettere ulteriori reati*» (art. 464-*quater* co. 1 c.p.p.). La sospensione condizionale della pena «è

trova così ad esercitare una discrezionalità bicefala, trainata da due criteri finalistici che spingono verso soluzioni diametralmente opposte: «la più piena realizzazione della rieducazione spingerebbe sempre verso la rinuncia al carcere notoriamente in sé e per sé desocializzante, la più sicura realizzazione della neutralizzazione spingerebbe invece verso la carcerazione proprio in quanto segregante»[790].

La scelta sanzionatoria verrà in ultima analisi a dipendere dall'esito della valutazione prognostica formulata in merito all'idoneità della misura a eliminare o comunque contenere significativamente il pericolo di commissione di ulteriori reati.

Il giudizio prognostico è, tuttavia, un «giudizio debole»[791].

Innanzitutto, è debole perché si tratta di un accertamento predittivo, «il cui perimetro non è confinato nelle sicurezze di un passato certamente avvenuto, ma è proteso ad un futuro aperto, sperato o temuto a seconda dei casi, ma solo immaginato»[792]. Di

---

ammessa soltanto se, avuto riguardo alle circostanze indicate nell'articolo 133, il giudice *presume che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati*». Le pene sostitutive della pena detentiva possono essere dal giudice applicate «quando risultano più idonee alla rieducazione del condannato e quando, anche attraverso opportune prescrizioni, *assicurano la prevenzione del pericolo di commissione di altri reati*» (art. 58 l. 689/1981). L'affidamento in prova è concesso quando «anche attraverso le prescrizioni di cui al comma 5, contribuisca alla rieducazione del reo e *assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati*» (art. 47 co. 3-*ter* o.p.). L'ammissione al regime di semilibertà è disposta «in relazione ai progressi compiuti nel corso del trattamento, *quando vi sono le condizioni per un graduale reinserimento del soggetto nella società*» (art. 50 co. 4 o.p.): tali condizioni riguardano tanto circostanze esterne, ambientali, oggettive, quanto considerazioni subiettive legate al residuo di pericolosità sociale presente nel condannato. Infine, anche per la detenzione domiciliare c.d. generica è prevista la concessione «quando non ricorrono i presupposti per l'affidamento in prova al servizio sociale e *sempre che tale misura sia idonea ad evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati*» (art. 47-*ter* co. 1-*bis* o.p.). Per approfondire la controversa categoria della pericolosità sociale cfr. A. CALABRIA, voce *Pericolosità sociale*, in *Dig. disc. pen*., IV ed., vol. IX, Torino, 1995, 466 ss. e F. BASILE, *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale? Spunti di riflessione, con particolare riguardo alle misure di sicurezza e alle misure di prevenzione*, in C.E. PALIERO, F. VIAGNÒ, F. BASILE, G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, 957 ss.

[790] F. PALAZZO, *Commisurazione della pena e discrezionalità giudiziale*, cit., 1348. L'autore mette in evidenza l'«intrinseco connotato di politicità» che caratterizza questo tipo di decisioni, dal momento che l'esito del giudizio «viene in fondo a dipendere dal "peso" relativo che viene attribuito allo scopo rieducativo e quello di neutralizzazione».

[791] Così lo definisce C. RENOLDI, *Giudizi prognostici nella fase esecutiva della pena*, Relazione nell'ambito dell'incontro di formazione dal titolo "Giudizi prognostici" organizzato da *Struttura di formazione decentrata della Corte di Cassazione*, Roma, 6 marzo 2024, la cui registrazione audio-video è disponibile in *https://www.youtube.com/watch?v=1m_tcgw44DA&ab_channel=formazionedecentratacassazione*. Sul tema dei giudizi prognostici nel diritto penale v. il lavoro monografico di C. PAONESSA, *Giudizi prognostici e diritto penale. Luoghi, funzioni, garanzie*, Pisa, 2024.

[792] G.M. PAVARIN, *Pericolosità sociale: il ruolo del Magistrato di Sorveglianza*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere*, Napoli, 2020, 103. Cfr. anche C. PAONESSA, *Giudizi prognostici e diritto penale*, cit., 11: «la prognosi denota un percorso cognitivo imperniato sul "giocare di anticipo" rispetto al corso degli eventi. Pronosticare è cercare di conoscere, prima del tempo, ciò che deve ancora verificarsi».

conseguenza, la struttura logica su cui si fonda la valutazione prognostica è necessariamente a base probabilistica e non può perciò offrire garanzie di certezza.

A ciò si aggiunga che, nel peculiare ambito di cui si discute, oggetto della prognosi è sempre un comportamento umano, circostanza che acuisce l'indeterminatezza, posto che tutto è possibile quando si tratta di comportamenti umani[793]. Non solo, la valutazione è il risultato dell'interazione tra fattori individuali e ambientali, fattori dinamici, che sono in continuo mutamento, e che è impossibile ricondurre, proprio per quella che è la multiforme varietà dei caratteri propri di ciascuno, a una legge scientifica di copertura che poggi su un criterio di certezza[794]. Da qui, discende, peraltro, anche la struttura necessariamente "aperta" della prognosi, suscettibile di evoluzione e rivalutazione continua[795]. Ciò significa che anche la revoca di queste misure presenta carattere specialpreventivo: tendenzialmente non è automatica ma subordinata ad un giudizio di "immeritevolezza" del reo che, con la sua condotta successiva sconfessa la precedente prognosi favorevole[796].

L'ineliminabile margine di incertezza che avvince i giudizi prognostici si pone in frizione con il principio di legalità, e più in particolare con il corollario della tassatività, gettando un'ombra di dubbio sulla consistenza e sul fondamento di questo tipo di valutazioni. Si tratta di problematiche che da sempre affliggono le decisioni della Magistratura di Sorveglianza sulla concessione delle misure alternative, fondate su elementi che afferiscono ad una dimensione introspettiva (si pensi alla c.d. revisione critica[797]) e si sostanziano in formule normative molto elastiche e clausole generali[798], ma

[793] I. SCARDOVI, voce *Previsione*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. VI, Roma, 1996, 785, anche online in *www.treccani.it*, nel campo della fenomenologia sociale, definisce la «"variabile umana"», come «carica di instabilità e di imprevedibilità».

[794] C. RENOLDI, *Giudizi prognostici nella fase esecutiva della pena*, cit.

[795] C. PAONESSA, *Giudizi prognostici e diritto penale*, cit., 55 ss., distingue tra prognosi, "a sviluppo aperto" e prognosi "a esito noto", a seconda che siano formulate «in un contesto spazio-temporale "aperto" oppure, al contrario, "chiuso" al successivo corso degli eventi. Soltanto nel primo caso si può parlare, a rigore, di prognosi nell'accezione propria del termine, ossia di valutazione anticipatrice del futuro, atteso che, nel secondo caso, la proiezione temporale, in quanto avviluppata a dati del passato, è, in realtà, fittizia; in tale cornice il riferimento alla prognosi, pure largamente praticato, avviene nella consapevolezza dell'uso improprio dell'espressione».

[796] F. GIUNTA, *Pene sostitutive e sistema delle sanzioni: profili ricostruttivi ed interpretativi*, in, *Riv. it. dir. pen. proc*., 1985, 486 ss.

[797] Sulle criticità che tale concetto porta con sé v. F. VIANELLO, *La "revisione critica delle condotte antigiuridiche": prima riflessione sugli aspetti pragmatici e simbolici di un artefatto normativo*, in *Studi sulla questione criminale*, 3/2021, 7 ss.; A. MENGHINI, *Revisione critica, professione di innocenza e accesso ai benefici penitenziari*, in *Giur. it*., 11/2023, 2458 ss.

[798] F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 235, secondo il quale «è dato riscontare una indeterminatezza, sia dei presupposti sia talora anche del contenuto degli istituti [che

che, col passare del tempo, hanno finito per interessare sempre più anche i giudici di cognizione a causa della *vis* espansiva dei giudizi prognostici in fase pre-decisoria e decisoria[799]. Autorevole dottrina, però, ha rilevato che «una perdita di "certezza legale" è inevitabile in un'esecuzione penale ispirata al principio preventivo-rieducativo»[800]. Invero, se si privilegia lo scopo retributivo, lo spazio per le valutazioni prognostiche si azzera: se si punisce *quia peccatum est*, al solo scopo di infliggere al reo una pena commisurata al disvalore del fatto, è del tutto innecessario interessarsi dell'evoluzione personologica dell'autore di reato, del rischio di recidiva, degli effetti prodotti dalle sanzioni penali; in breve, di tutto ciò che riguarda la vita futura del reo[801]. Al contrario, in un diritto penale ove la finalità rieducativa della pena non può essere sacrificata sull'altare di ogni altra funzione[802], la valutazione prognostica diviene essenziale e imprescindibile per realizzare le esigenze di individualizzazione della risposta sanzionatoria e di graduale reinserimento in società del condannato[803].

Un valido antidoto contro "l'incertezza legale" dei giudizi prognostici va individuato in un'istruttoria scrupolosa e articolata, giacché la completezza e la qualità

---

incidono sulla libertà personale in funzione di risocializzazione], crescente con l'accentuarsi della componente rieducativa degli istituti medesimi». G. NEPPI MODONA, voce *Ordinamento penitenziario*, in A. GAITO (a cura di), *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, 56, ritiene i «criteri per la concessione delle singole misure alternative […] talmente generici da rendere aleatorio il loro accertamento da parte degli operatori che dovrebbero condurre l'osservazione della personalità». Secondo l'autore, tali meccanismi «hanno messo in crisi gli stessi presupposti di legalità della pena detentiva».

[799] Cfr. C. PAONESSA, *Ripercorrendo i "luoghi" della prognosi "personologica": alcuni spunti di riflessione*, in *Arch. pen*., 3/2020, 1 ss.

[800] F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 236.

[801] S. MIR PUIG, *La perspectiva "ex ante" en Derecho penal*, in *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1983, 8, osserva che «nella misura in cui la retribuzione stessa guarda solo al passato, si presenta solo come una *risposta* "*ex post*" al fatto già commesso e non appare come uno strumento volto a regolare la condotta dei cittadini»; essa «può solo pretendere di regolare l'operato dei giudici che in futuro si troveranno davanti a fatti criminosi, nel senso di costringerli a rispondere a tali fatti con la pena».

[802] Così, Corte cost., 11 luglio 2018, n. 149, cit. Al riguardo, tuttavia, vale la pena segnalare i passaggi contenuti in Corte cost., 29 luglio 2025, n. 139, cit. (più approfonditamente cfr. *supra* Cap. 2, par. 5.5.), che sembrano ridimensionare quanto scolpito nella ormai celeberrima sentenza n. 149 del 2018 appena evocata. Nel citato arresto si legge: «la giurisprudenza di questa Corte non si è mai spinta ad affermare che la rieducazione debba essere considerata, per vincolo costituzionale, come l'unica finalità legittima della pena. Il legislatore ben può, dunque, assegnare anche altre finalità alla pena – come il contenimento della pericolosità sociale del condannato e la deterrenza nei confronti della generalità dei consociati –, a condizione appunto di non sacrificare, in nome di queste pur legittime finalità, la sola funzione della pena espressamente indicata quale costituzionalmente necessaria, la rieducazione del reo».

[803] L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Napoli, 1984, 121 ss. Ancora, C. PAONESSA, *Ripercorrendo i "luoghi" della prognosi "personologica": alcuni spunti di riflessione*, cit., 7, osserva che la prognosi personologica «si innesta nel raggio funzionale di quegli istituti che hanno una vocazione spiccatamente specialpreventiva, la cui applicazione non è affidata ad automatismi, ma necessita, anche se non in via esclusiva, di un vaglio preliminare sulla meritevolezza del reo, trattandosi di misure che, operando per lo più in un'ottica riabilitativa, hanno, come implicazione, quella di derogare, di fatto, se pure con modalità diversificate, alla pena *stricto sensu*».

del materiale acquisito dal giudice rappresenta una condizione essenziale per la formulazione di una prognosi quanto più attendibile e ragionevole. Purtroppo, anche su questo versante, sono ben note le difficoltà che gli operatori del settore devono gestire – dai grandi carichi di lavoro alla carenza del personale deputato a reperire tali informazioni – le quali conducono, non di rado, a lavorare in maniera standardizzata più che individualizzata, senza la possibilità di svolgere un'analisi accurata sul caso concreto. In assenza di una solida base conoscitiva, il rischio a cui il giudice può andare incontro è duplice: lasciarsi guidare dall'intuizione o cadere in una sorta di determinismo rinnegante, appiattendo la valutazione sui fatti del passato, senza prendere in considerazione i fattori dinamici che proiettano la decisione "in avanti"[804].

Infine, un ulteriore motivo di incertezza che accomuna gli istituti di alternativa sanzionatoria, passibile di incidere sulle operazioni commisurative affidate alla discrezionalità del giudice, deriva dal fatto che, spesso, essi sono stati introdotti *ab origine* per soddisfare (anche o soprattutto) esigenze deflattive del sistema penale nel suo complesso, dalla fase procedimentale all'esecuzione, oppure sono stati concretamente impiegati (o piegati), in un secondo momento, verso tale finalità ulteriore ed eterogenea rispetto a quella rieducativa e di prevenzione speciale positiva[805].

A conferma di ciò, basti pensare che la sospensione del procedimento con messa alla prova è stata introdotta con l. n. 67 del 2014, all'indomani della nota sentenza Torreggiani della Corte EDU che ha condannato l'Italia per l'endemica e strutturale situazione di sovraffollamento delle nostre carceri e che ha sollecitato un pronto

[804] A. BALSAMO, *Giudizi prognostici nelle misure cautelari e di prevenzione personale*, Relazione nell'ambito dell'incontro di formazione dal titolo "Giudizi prognostici" organizzato da *Struttura di Formazione decentrata della Corte di Cassazione*, Roma, 6 marzo 2024, la cui registrazione audio-video è disponibile in *https://www.youtube.com/watch?v=1m_tcgw44DA&ab_channel=formazionedecentratacassazione*. Cfr. anche C. PAONESSA, *Giudizi prognostici e diritto penale*, cit., 35: «ragionare per prognosi significa accettare la dimensione "creativa" di tale forma del sapere, la quale inevitabilmente sconta, in ragione della sua natura congetturale e probabilistica, plausibili margini di errore, che si può solo cercare di contenere con un corretto (e razionale) governo del meccanismo, *in primis* ovviando al rischio che la valutazione prognostica venga di fatto a significare giudizio fondato esclusivamente sull'*intuitus personae*».

[805] F. PALAZZO, *Commisurazione della pena e discrezionalità giudiziale*, cit., 1348. Non si può fare a meno di osservare, però, che siffatte esigenze deflattive, di celerità e di ragionevole durata dei procedimenti, fortemente avvertite nel nostro ordinamento, cozzano con le esigenze di individualizzazione della risposta sanzionatoria che – come abbiamo visto poco più sopra – necessitano di un'istruttoria fondata sul maggior numero possibile di informazioni, di norma provenienti da una pluralità di fonti (forze dell'ordine, UEPE, uffici giudiziari, autorità amministrative, ecc.), e non sempre agevolmente reperibili. Un simile approfondimento istruttorio implica, infatti, inevitabilmente un allungamento dei tempi decisionali.

intervento del legislatore, diretto a incidere sulla deflazione processuale, prima ancora che su quella carceraria[806].

Analogamente, la sospensione condizionale della pena, per effetto di svariati interventi riformistici che ne hanno modificato la fisionomia, è passata dall'essere il più classico e risalente strumento di lotta alle pene detentive brevi, a svolgere una generica funzione di prevenzione speciale fondata sulla presunzione di sufficienza della sola pronuncia di condanna e sulla minaccia della sua futura esecuzione, a perseguire specifici obiettivi di politica criminale[807].

Quanto, poi, alle nuove sanzioni sostitutive, è la stessa Relazione illustrativa che accompagna il d.lgs. 150/2022 a indicarle quali misure dirette a contrastare il patologico fenomeno dei liberi sospesi[808], che, come noto, costituisce uno dei fattori di più grave rallentamento dell'esecuzione penale e nasce dall'incapacità – non certo colpevole ma determinata da gravi carenze di organico e dall'ingente carico di lavoro – degli Uffici di Sorveglianza di evadere in tempi ragionevoli le istanze di accesso alle misure alternative presentate dalla libertà *ex* art. 656 c.p.p.

Da ultimo, con riferimento alle misure alternative alla detenzione si può parlare di una vera e propria «mutazione genetica»[809]. Le interpolazioni normative e giurisprudenziali che si sono succedute hanno fortemente impattato sulla *ratio* sottesa a tali misure[810]. Rispetto alle origini è in definitiva emersa negli anni la chiara tendenza ad un utilizzo delle misure alternative in chiave di contenimento della popolazione detenuta e di non ulteriore desocializzazione, nel più ampio quadro della lotta alle pene detentive

[806] Per un'analisi dell'istituto all'epoca della sua introduzione cfr., *ex multis*, AA. VV. *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, (a cura di) N. TRIGGIANI, Torino, 2014; R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. proc*., 2014, 661 ss.; ID., *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Cass. pen*., 5/2015, 1755 ss.; V. BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità*, in *Dir. pen. cont*., 22 dicembre 2015; M. MIEDICO, *Sospensione del processo e messa alla prova anche per i maggiorenni*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 14 aprile 2014; A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci del nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. pen. proc*., 2014, 674 ss.

[807] G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 849.

[808] Cfr. *Relazione illustrativa* al d.lgs. n. 150/2022, cit., 8 e 186.

[809] L'espressione è di C. RENOLDI, *La magistratura di sorveglianza tra crisi di legittimazione e funzione rieducativa della pena*, cit., 26.

[810] Cfr, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, Cap. 2, par. 3.3.2.

di breve durata, relegando in secondo piano la loro funzione trattamentale e di graduale reinserimento sociale[811].

### *4.2.1. In fase pre-decisoria: la sospensione del procedimento con messa alla prova*

La sospensione del procedimento con messa alla prova (MAP) è un istituto ibrido, sostanziale e processuale[812], come dimostra il fatto che la sua disciplina è contenuta in parte nel codice penale, ove viene annoverata tra le cause di estinzione del reato (art. 168-*bis* c.p.)[813] e in parte nel codice di procedura penale e, più in particolare, nel libro VI, dedicato ai procedimenti speciali (art. 464-*bis* c.p.p.).

Sotto il profilo processuale ci limitiamo ad osservare che, nonostante la messa alla prova sia qualificata come modalità alternativa di definizione del processo e persegua indubbiamente obiettivi di deflazione processuale, presenta una conformazione peculiare che la distingue dagli altri riti alternativi e ne giustifica una trattazione separata[814]. Essa, infatti, rivela un contenuto risocializzante estraneo agli altri meccanismi di *diversion* processuale, rintracciabile nell'affidamento dell'imputato al servizio sociale per lo svolgimento di un programma di trattamento[815].

In sintesi, la MAP condensa in sé componenti deflattive, estintive, riparatorie, sanzionatorie e di giustizia contrattata, il che la rende un istituto "complesso" e

---

[811] Ritiene che, allo stato attuale, le misure alternative non rispondano ad esigenze di risocializzazione ma di pura deflazione, M. CATENACCI, *Tipologie sanzionatorie, comminatorie edittali e misure alternative: lo stato dell'arte*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2013, 1153.

[812] La natura ibrida dell'istituto è stata chiaramente delineata nella giurisprudenza delle Corti superiori. Cfr. le due sentenze gemelle: Cass. pen., Sez. Un., 31 marzo 2016, n. 33216, *Rigacci*, e Cass. pen., Sez. Un., 31 marzo 2016, n. 36272, *Sorcinelli*, entrambe in *www.foroplus.it*. In quest'ultima si legge che la messa alla prova è: «[d]a un lato […] nuovo rito speciale, in cui l'imputato che rinuncia al processo ordinario trova il vantaggio di un trattamento sanzionatorio non detentivo; dall'altro, istituto che persegue scopi specialpreventivi in una fase anticipata, in cui viene "infranta" la sequenza cognizione-esecuzione della pena, in funzione del raggiungimento della risocializzazione del soggetto». Ancora, in Corte cost., 21 febbraio 2018, n. 91, in *www.cortecostituzionale.it*, si dice che la messa alla prova «costituisce parte integrante del sistema sanzionatorio penale, e non può, pertanto, che essere attratto dal finalismo rieducativo, che l'art. 27, terzo comma, Cost. ascrive all'intero sistema sanzionatorio penale».

[813] L'istituto è concedibile «nei procedimenti per reati puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, nonché per i delitti indicati dal comma 2 dell'articolo 550 del codice di procedura penale» (art. 168-*bis* co. 2 c.p.). Il reato è dichiarato estinto se – tenuto conto del comportamento dell'imputato e della relazione conclusiva dell'UEPE – il giudice ritenga che l'esito della prova sia stato positivo. Qualora, invece, l'esito della prova sia reputato negativo, il giudice revoca con ordinanza il beneficio e il procedimento penale riprende il suo corso. Per un approfondimento dal taglio estremamente pragmatico cfr. E. ANTONUCCIO, L. DEGL'INNOCENTI, *La messa alla prova per adulti*, Milano, 2019.

[814] Sull'impatto dei riti alternativi sulla commisurazione della pena v., *infra*, par. 6.

[815] Proprio gli obiettivi di specialprevenzione allontanano allora le critiche "efficientiste" che possono invece muoversi agli altri riti alternativi (v., *infra*, par. 6), rendendo la MAP più in linea con il paradigma costituzionale della pena.

"individualizzato": complesso perché non consiste nell'irrogazione di una pena tipica prestabilita *ex ante* ma si compone – potenzialmente – di una serie articolata di attività volte alla risocializzazione del reo e alla riparazione[816] (fermo, naturalmente, il lavoro di pubblica utilità, *condicio sine qua non* dell'istituto); individualizzato perché il suo contenuto è plasmato sulle peculiari caratteristiche del richiedente e del reato ascrittogli[817].

A proposito della misura in esame, la dottrina ha parlato di «una scommessa vinta»[818], in virtù del grande successo riscontrato nella prassi applicativa, successo che può addebitarsi ad una molteplicità di fattori. Innanzitutto, l'istituto permette all'istante di evitare la celebrazione del processo, riducendo al minimo i contatti dell'autore del reato con il sistema penale. In secondo luogo, l'ambito di applicazione oggettivo è piuttosto esteso, tenuto conto del limite di pena di 4 anni, suscettibile di includere forme di criminalità di gravità medio-bassa, mentre le preclusioni soggettive si limitano ad alcune ipotesi di pericolosità qualificata. Inoltre, non è esclusa la possibilità di fruire di ulteriori benefici in futuro (esclusa la MAP)[819].

Di recente, l'istituto è stato "potenziato" dalla riforma Cartabia, che, da un lato, ha esteso indirettamente l'ambito di applicazione dell'istituto, dilatando il catalogo di fattispecie per le quali è prevista la citazione diretta a giudizio anche in deroga al limite di pena edittale massima di quattro anni, contenuto nel secondo comma dell'art. 550 c.p.p., per i quali la MAP risultava già applicabile; dall'altro, ha attribuito anche al pubblico ministero la facoltà di avanzare l'istanza di sospensione[820].

---

[816] *Ex* art. 168-*bis* co. 2 c.p.: «[l]a messa alla prova comporta la prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove possibile, il risarcimento del danno dallo stesso cagionato. Comporta altresì l'affidamento dell'imputato al servizio sociale, per lo svolgimento di un programma che può implicare, tra l'altro, attività di volontariato di rilievo sociale, ovvero l'osservanza di prescrizioni relative ai rapporti con il servizio sociale o con una struttura sanitaria, alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali».

[817] Così, V. BOVE, *L'estensione dell'ambito di applicazione della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in R. BARTOLI, G.L. GATTA, V. MANES, (a cura di), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale. Le modifiche al sistema sanzionatorio penale*, vol. III, Torino, 2024, 409-410.

[818] Così, E. DOLCINI, *Le misure sospensivo-probatorie: spunti per una riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1/2022, 444.

[819] Sui fattori che hanno contribuito al successo della messa alla prova cfr. G. DI ROSA, *Le misure sospensivo-probatorie*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1/2022, 259; A. DELLA BELLA, *Idee in vista di un intervento legislativo finalizzato alla razionalizzazione delle misure sospensivo-probatorie*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1/2022, 214.

[820] Per un commento sulle ultime modifiche operate dal d.lgs. 150/2022: E. MATTEVI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova dopo la riforma Cartabia: profili sostanziali*, in *Dir. pen. proc*., 1/2023, 45 ss.; A. MAGAGLIO, *La Riforma Cartabia interviene sulla sospensione del procedimento con messa alla prova: tra novità e criticità*, in *www.rivista.camminodiritto.it*, 20 aprile 2023. V. BOVE,

Tanto premesso come inquadramento generale, possiamo ora soffermarci sui profili commisurativi dell'istituto.

Ai sensi dell'art. 464-*quater* co. 1 c.p.p., la messa alla prova è disposta «quando il giudice, in base ai parametri di cui all'articolo 133 del codice penale, reputa idoneo il programma di trattamento presentato e ritiene che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati». L'istituto determina una sorta di inversione del consueto percorso logico seguito dal giudice, poiché prescinde, in larga misura, da quanto accaduto in passato[821]. Il giudice è chiamato, infatti, a valutare se il percorso delineato dalle prescrizioni imposte sia idoneo ad assicurare la reintegrazione sociale della persona[822]. Teoricamente, quindi, rimanendo fedeli al tenore letterale della disposizione, la verifica sull'idoneità del programma trattamentale dovrebbe essere interconnessa alla prognosi di non recidiva, nel senso che il contenuto concreto della prova dovrebbe risultare funzionale a impedire la recidiva[823]. Il giudizio di idoneità, invero, trova il proprio fondamento nell'apprezzamento «della congruità del contenuto del programma (nella sua parte afflittiva ed in quella rieducativa) rispetto alla gravità del fatto ed alla capacità a delinquere dell'autore»; il richiamo dei parametri dell'art. 133 c.p. – come è stato osservato – consentirebbe, in tale prospettiva, di sorreggere «sia la valutazione di idoneità-congruità del programma, sia la prognosi di non recidiva», la quale, «nonostante la scarsa chiarezza della norma» sembrerebbe «postulare un giudizio relativo rispetto alle misure impartite in tal modo attribuendo ulteriore valenza al concetto di "idoneità"»[824]. Senonché, in giurisprudenza sembra prevalere una lettura "autonoma" della prognosi di non recidiva, la quale non verrebbe impiegata come parametro di valutazione dell'idoneità del programma – o meglio, non solo in questi termini – bensì come elemento preclusivo in sé e per sé della meritevolezza della misura[825]. In altre parole, il giudice

*L'estensione dell'ambito di applicazione della sospensione del procediemento con messa alla prova*, cit., 405 ss.; L. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, in T. BENE, M. BONTEMPELLI, L. LUPARIA DONATI (a cura di), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale. Nuove dinamiche del procedimento*, vol. II, Torino, 2024, 197 ss.

[821] A tal riguardo, Corte cost., 21 febbraio 2018, n. 91, cit., ponendo fine al dibattito che si era generato, ha chiarito una volta per tutte che la concessione della messa alla prova implica un accertamento quantomeno sommario della responsabilità per il reato oggetto del procedimento.

[822] G. DI ROSA, *Le misure sospensivo-probatorie*, cit., 258.

[823] M. MIRAGLIA, *La messa alla prova dell'imputato adulto. Analisi e prospettive di un modello processuale diverso*, Torino, 2020, 277.

[824] C. CONTI, *Sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato maggiorenne*, in *Dig. disc. pen*., Agg., vol. IX, Torino, 2016, 711.

[825] Così, ad esempio, Cass. pen., sez. IV, 2 marzo 2020, n. 8158, in *www.foroplus.it*, secondo cui «se il giudice dà conto in motivazione [....] dell'impossibilità di formulare con esisto favorevole la prognosi in

prima formula la prognosi: se questa è negativa, la valutazione si arresta e il programma trattamentale non viene neanche preso in considerazione; se, invece, è positiva, si procede all'ulteriore vaglio del programma trattamentale, saggiandone la sua idoneità risocializzante[826].

In ogni caso, quale che sia l'interpretazione preferibile, il principale ostacolo alla formulazione della prognosi di non pericolosità è rappresentato dallo scarno materiale conoscitivo di cui, presumibilmente, il giudice è in possesso in questa fase del procedimento: «elementi informativi frammentati, oltre che sommari, tratti da fatti non ancora verificati o che hanno riscontrato una verifica soltanto parziale»[827]. Il quadro appare ancor più problematico nel caso in cui la proposta di sospensione sia avanzata dal pubblico ministero al termine delle indagini preliminari, poiché, in tale ipotesi, la valutazione di idoneità ha ad oggetto un mero abbozzo di programma trattamentale, delineato solo nei suoi tratti essenziali. Di conseguenza, ciò che potrà al massimo essere apprezzato è la sua potenziale capacità di sviluppo. Ancora meno, potrà dirsi, invece, circa la probabilità che l'imputato si astenga dal commettere ulteriori reati, finendo verosimilmente per accontentarsi del fatto che la persona appaia – *prima facie* – «sufficientemente affidabile per svolgere la misura senza causare problemi»[828].

È vero che la legge prevede espressamente la facoltà del giudice di «acquisire, tramite la polizia giudiziaria, i servizi sociali o altri enti pubblici, tutte le ulteriori informazioni ritenute necessarie in relazione alle condizioni di vita personale, familiare, sociale economica dell'imputato» (art. 464-*bis*, comma 5, c.p.p.), tuttavia, come è già stato messo in evidenza, l'approfondimento dell'istruttoria dilata i tempi della decisione, ponendosi in frizione con uno dei principali vantaggi della messa alla prova, ossia la sua tempestiva applicazione, e, oltretutto, va segnalato che non sempre tale approfondimento può essere garantito a causa delle carenze di organico degli organi coinvolti, soprattutto

ordine alla capacità a delinquere dell'imputato, ciò basta per negare il beneficio richiesto, senza alcuna necessità che vada a valutare anche il programma presentato».

[826] In questi termini, C. PAONESSA, *Giudizi prognostici e diritto penale*, cit., 102: «[l]a prognosi di non recidiva […] se favorevole non genera alcun automatismo ai fini della concessione della messa alla prova, dovendo affiancarsi alla meritevolezza soggettiva anche la considerazione dell'adeguatezza oggettiva del piano trattamentale proposto; se sfavorevole, però, ha un'efficacia tranciante sull'utilizzabilità dell'istituto in esame».

[827] *Ibidem*.

[828] L. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit., 209.

dell'UEPE[829]. Eppure, un'istruttoria scrupolosa dovrebbe costituire un passaggio imprescindibile, tanto per decidere sulla concessione, quanto per stabilire gli obblighi e le prescrizioni cui subordinare la messa alla prova; anche quest'ultima attività di definizione degli «aspetti qualitativi» del trattamento è, invero, sia pure con l'ausilio dell'UEPE, affidata alla discrezionalità del giudice[830]. In assenza di un adeguato patrimonio conoscitivo, la prognosi diviene evanescente e il contenuto del programma di trattamento non può dirsi realmente individualizzato, con conseguente indebolimento dell'efficacia risocializzante della misura.

### *4.2.2. In fase decisoria: la sospensione condizionale della pena*

Analogamente a quanto avviene per la messa alla prova – sebbene con riferimento non a reati ancora da accertare, bensì a pene già irrogate e da scontare – anche nella sospensione condizionale della pena, prevista dall'art. 163 c.p., si procede a una valutazione discrezionale della personalità del reo, volta a desumere la probabilità che egli si astenga dal commettere ulteriori reati in futuro[831]. Per il vero, all'epoca della sua

[829] Si consideri, a tal proposito, che la riforma Cartabia ha aggravato non poco il carico di lavoro degli Uffici di esecuzione penale esterna, e ciò non solo per effetto dell'estensione del perimetro di operatività della MAP – che, peraltro, già assorbiva una buona parte delle risorse e delle energie dell'UEPE (La stessa *Relazione illustrativa* mostra che, al 31 dicembre 2021, le persone messe alla prova rappresentavano il 35% dei soggetti complessivamente presi in carico dall'Uepe) – ma anche dalle nuove pene sostitutive. L'incremento di organico dell'UEPE di 1.092 unità che si è avuto nel 2024 non sembra, tuttavia, adeguato a reggere l'onda d'urto di una riforma che si propone di dare nuovo vigore a un paradigma di giustizia di comunità che valorizza le alternative al carcere in senso lato. Nonostante dai primi dati statistici disponibili emerga un *trend* decrescente rispetto al rapporto tra numero di istanze di accesso alla misura pendenti e richieste evase (cfr., a tal proposito la *Relazione sull'attuazione delle disposizioni in materia di messa alla prova dell'imputato e di pene sostitutive delle pene detentive brevi relativa all'anno 2023, a cura del Ministro della Giustizia*, trasmessa alle Presidenze della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica il 10 maggio 2024, in *www.giustizia.it*), l'arretrato rimane ingente. Per una più ampia ricostruzione del contesto e delle dinamiche evolutive che hanno interessato le misure penali di comunità e l'azione dell'UEPE v. N. FUCCARO, *L'evoluzione delle misure penali di comunità e il crescente ruolo dell'ufficio di esecuzione penale esterna. Spunti di analisi quantitativa e qualitativa*, in G. FORNASARI, A. MENGHINI (a cura di), *Il carcere come extrema ratio. Atti del Convegno. Trento, 20-21 dicembre 2024*, Napoli, 2025, 209 ss., il quale osserva conclusivamente che: «se da un punto di vista quantitativo negli Uffici di esecuzione penale esterna si registra una significativa carenza di personale, a fronte dell'aumento di casi in carico, da un punto di vista qualitativo dobbiamo essere consapevoli dell'insufficienza dell'assetto e di una metodologia di lavoro mono-professionale. Va pertanto riconosciuta l'importanza di avvalersi di altre figure professionali che da anni integrano il personale dell'UEPE: si tratta degli esperti *ex* art. 80 o.p. in psicologia e pedagogia, prevalentemente, auspicando un allargamento ad altre professionalità, onde poter ricorrere anche al contributo di mediatori culturali e criminologi».

[830] Così, Corte cost., 21 febbraio 2018, n. 91, cit.

[831] Pone in risalto l'omogeneità dei due giudizi prognostici A. MARTINI, *Cronaca di un successo annunciato. Commento all'art. 3 della LL 28 aprile 2014, n. 67*, in *Leg. pen*., 2014, 493. Per approfondire l'istituto della sospensione condizionale della pena v., *ex multis*, F. DEAN, voce *Sospensione condizionale della pena*, in *Noviss. dig. it*., Torino 1970,921 ss.; A. BUZZELLI, *La sospensione condizionale della pena sotto il profilo processuale*, Milano, 1972; E. DOLCINI, *In tema di non menzione della condanna,*

introduzione (l. 26 giugno 1904, n. 267, c.d. legge Ronchetti), non era espressamente contemplato alcun giudizio prognostico in merito alla condotta del soggetto[832]; è solo con il codice Rocco che la prognosi diventa – almeno in teoria – il fulcro dell'istituto[833].

Solo in teoria, poiché, nei fatti, la prognosi viene deplorevolmente obliata, con la conseguenza che la misura in questione è applicata quasi automaticamente, in presenza dei limiti esterni[834], complici le difficoltà di accertamento che il giudice – analogamente a quanto avviene con la messa alla prova – si trova ad affrontare. Invero, anche in questa sede, «[l]'orizzonte conoscitivo della capacità a delinquere […] risulta piuttosto contratto, venendosi a delineare, essenzialmente, da un lato, sulla base della mediazione "cartolare" dei riferimenti eventualmente presenti nel fascicolo processuale, e, dall'altro lato, per tramite del contegno processuale del reo»[835], elemento la cui rilevabilità non è tuttavia pacifica[836]. In definitiva, anche in questo caso, la prognosi finisce per operare "a contrario", nel senso di paralizzare l'applicazione della misura in presenza di indici sintomatici di pericolosità[837].

Col passare del tempo e l'avvicendarsi delle novelle che ne hanno alterato la fisionomia[838], la sospensione condizionale, da istituto poliedrico – funzionale a obiettivi di deterrenza-intimidazione, diversificazione sanzionatoria, non desocializzazione,

---

*sospensione condizionale della pena ed attenuanti generiche: discrezionalità vincolata o «graziosa» indulgenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1975, 326 ss.; T. PADOVANI, *La sospensione condizionale oltre l'orizzonte delle «modifiche al sistema penale»*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1983, 1249 ss.; B. ASSUMMA, *La sospensione condizionale della pena*, Napoli, 1984; F. GIUNTA, voce *Sospensione condizionale*, in *Enc. dir*., 1990, 87 ss.; A.L. VERGINE, voce *Sospensione condizionale della pena*, in *Dig. disc. pen*., Torino, 1997, 442 ss.; F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Certezza o flessibilità della pena?*, *Verso la riforma della sospensione condizionale della pena*, Torino, 2007.

[832] Per un commento alla legge v. G. BRUNI, *Note alla legge sulla condanna condizionale, (Legge 26 giugno 1904, n. 267)*, Acqui, 1904, 37 ss.; G.C. POLA, *Commento alla legge sulla condanna condizionale* (Legge Ronchetti, 26 giugno 1904, n. 267), Torino, 1905, 57 ss.

[833] L'altro presupposto di applicazione dell'istituto concerne il limite oggettivo di pena sospendibile, elevato, con la riforma del 1974, a due anni di pena detentiva o pecuniaria, sola o congiunta alla prima e ragguagliata ai sensi dell'art. 135 c.p. Per alcune categorie di soggetti sono previste, però, delle soglie di pena più elevate: per i minori di anni diciotto è sospendibile la pena fino a tre anni; mentre per gli infraventunenni e gli ultrasettantenni fino a due anni e sei mesi.

[834] P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, cit., 544. Analogamente, E. DOLCINI, *In tema di non menzione della condanna, sospensione condizionale della pena e attenuanti generiche*, cit., 333.

[835] Così, C. PAONESSA, *Giudizi prognostici e diritto penale*, cit., 89.

[836] V. quanto si è detto *supra* a proposito della commisurazione in senso stretto, par. 2.1.2.

[837] C. PAONESSA, *Giudizi prognostici e diritto penale*, cit., 92, parla di una prognosi che funziona «"a rovescio"».

[838] Dall'innalzamento del *quantum* di pena sospendibile di cui già si è detto, alla perdita di rigidità delle preclusioni soggettive dettate dall'art. 164 c.p., dalla possibilità di reiterare la concedibilità della sospensione in caso di precedente condanna (art. 164 co. 4 c.p.), all'introduzione della sospensione condizionale c.d. breve di cui all'ult. co. dell'art. 163 c.p.

riparazione in senso lato e rieducativi[839] – ha assunto carattere prevalentemente, se non esclusivamente, clemenziale[840]. La sua concessione è diretta sostanzialmente a scongiurare gli effetti criminogeni della detenzione, anche in virtù del fatto che è invalsa la prassi di sospendere *sic et simpliciter* la pena irrogata, senza subordinarla ad alcun adempimento risarcitorio, prescrittivo o rieducativo[841], perdendosi così completamente la vocazione specialpreventiva dell'istituto[842].

Nella sua configurazione dominante, quindi, la misura si presenta "vuota di contenuti"[843], anche se, da questo punto di vista, a partire dal 1981, si sono succedute una serie di riforme che hanno introdotto significative ipotesi di subordinazione obbligatoria della sospensione condizionale all'adempimento, da parte del reo, di specifiche condotte[844], le quali rimangono però casi eccezionali che non smentiscono la regola generale.

---

[839] La polifunzionalità dell'istituto è efficacemente posta in risalto dalla Relazione Pisapia (Relazione di accompagnamento al decreto penale elaborato dalla commissione Pisapia per la riforma del codice penale, 27 luglio 2006, sub § XXVII, Sospensione condizionale e altre cause di estinzione della pena, in *www.giustizia.it.*): la misura «può avere una incisiva finalità di deterrenza e di "intimidazione speciale", attraverso l'istituto della revoca; può essere un autonomo strumento alternativo alla pena, anche per evitare l'ingresso in carcere per quei soggetti non responsabili di gravi reati e per i quali vi è una prognosi favorevole; e, infine, può avere una utile ed efficace finalità sia riparatoria-risarcitoria che rieducativa, se, ad esempio, subordinata alla "messa alla prova" (o all'affidamento ai servizi sociali) e/o a prescrizioni specifiche».

[840] In tal senso, S. MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore*, cit., 83 ss.; L. MONACO, C. E. PALIERO, *Variazioni in tema di «crisi della sanzione»*, cit., 432-433, osservano che: «[l]a caratteristica propria della commisurazione applicata ai modelli sanzionatori di tipo sospensivo non consiste tanto nell'elaborazione di un diverso e parallelo paradigma criteriologico, rispetto al modello legale, quanto nell'abrogazione della commisurazione sospensiva a favore di un indiscriminato automatismo collegato a presupposti strettamente cartolari, del tipo di quelli espressi dalla dicotomia: delinquente primario/recidivo – automatismo che, trasformando di fatto la funzione e la struttura dell'istituto, ha appiattito la "pena condizionata" in uno stampo di indulgenza *senza condizioni*». F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale*, cit., 789, apostrofano l'istituto come sospensione «in-condizionata».

[841] Lo confermano le statistiche: la sospensione è veramente condizionata solo nel 2% dei casi; cfr. E. DOLCINI, A. DELLA BELLA, *Per un riordino delle misure sospensivo-probatorie*, in ID., EAD. (a cura di), *Le misure sospensivo-probatorie*, Milano, 2020, 336. In dottrina, si segnalano, peraltro, orientamenti oscillanti da parte della giurisprudenza, che, talvolta, ha raggiunto picchi di rigorismo punitivo, concretizzatisi nell'ideazione di adempimenti non contemplati dalla previsione normativa; così A. MARTINI, *Una nuova tappa di un viaggio forse senza meta: la legge di riforma della sospensione condizionale*, in *Dir. pen. proc.*, 11/2004, 1337.

[842] Sul punto, T. PADOVANI, *La sospensione condizionale oltre l'orizzonte delle «modifiche al sistema penale»*, cit., 1262.

[843] T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma*, cit., 429; E. DOLCINI, *Le misure sospensivo-probatorie: spunti per una riforma*, cit., 445, parla di sospensione condizionale «secca».

[844] D. BIANCHI, *Le misure sospensivo probatorie in fase decisoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1/2022, 238: «[t]alora si tratta di condotte pur sempre riconducibili alla riparazione del danno civile o di quello criminale (come in caso di seconda concessione della misura sospensiva *ex* art. 165, comma 2, c.p. oppure in caso di condanna per danneggiamento ai sensi dell'art. 635 u.c. c.p.); talaltra si tratta di prescrizioni orientate maggiormente in chiave punitiva (come la subordinazione *ex* art. 165, comma 4, c.p. della sospensione

Alla luce di quanto brevemente esposto, sono più che mai pressanti le esigenze di riforma dell'istituto. La più attenta dottrina – anche al fine di superare gli attuali problemi di coordinamento che si pongono tra la sospensione condizionale della pena e la messa alla prova, da una parte[845], e l'affidamento in prova nella sua versione *ab initio*, dall'altra[846] – ha proposto, *de iure condendo*, un'evoluzione della sospensione condizionale della pena in una duplice versione[847]: una "sospensione condizionale semplice", destinata alla criminalità di fascia medio-bassa (essenzialmente delinquenti primari), nei cui confronti dispieghi utilmente una funzione di prevenzione speciale basata sulla mera minaccia della revoca, priva di contenuti specialpreventivi positivi ma subordinata a obblighi afflittivo-sanzionatori (restituzioni, risarcimento del danno, eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, ecc.) o divieti (divieto di accesso a determinati luoghi, di frequentare determinate persone, di detenere determinati oggetti, ecc.), e una "sospensione condizionale con prova", applicabile per reati di media gravità, caratterizzata da adempimenti finalizzati alla risocializzazione del condannato, che in gran parte coincidono con quelli previsti per l'affidamento in prova applicato *ab initio*, ma che, a differenza di quest'ultimo verrebbe concessa dal giudice di cognizione. Questa seconda tipologia di sospensione presenterebbe un contenuto trattamentale vero e proprio (formativo, lavorativo, medico, disintossicante), a cui è opportuno ricorrere – anche in considerazione degli elevati costi che simili interventi richiedono – soltanto qualora si reputi inefficace la forza dissuasivo-intimidatrice della sospensione condizionale "vuota". Dovrebbe pertanto essere configurata come soluzione sussidiaria[848].

---

condizionale "al pagamento della somma determinata a titolo di riparazione pecuniaria ai sensi dell'articolo 322-quater, fermo restando il diritto all'ulteriore eventuale risarcimento del danno", in ipotesi di condanna per una fattispecie corruttiva, per peculato, per concussione o per induzione indebita a dare o promettere utilità) oppure in chiave rieducativa (come la subordinazione *ex* art. 165, comma 5, c.p. della sospensione condizionale allo svolgimento di un percorso di recupero psicosociale in caso di condanna per un reato espressivo di "violenza di genere" o di "violenza domestica")».

[845] In proposito cfr. M. MIEDICO, *Le misure sospensivo-probatorie pre-decisorie*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1/2022, 229.

[846] A tal riguardo v. M. VENTUROLI, *Le misure sospensivo-probatorie nella fase esecutiva della pena tra criticità e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1/2022, 250-251, che parla dell'affidamento in prova *ab initio* come di «una sorta di duplicazione della sospensione condizionale della pena».

[847] In merito alle prospettive di riforma delle misure sospensivo-probatorie cfr. E. DOLCINI, A. DELLA BELLA, *Per un riordino delle misure sospensivo-probatorie*, cit., 338 ss.; F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Appunti generali sulla riforma del sistema sanzionatorio con riferimento alla tipologia sanzionatoria e alla sospensione condizionale della pena*, cit., 140 ss.

[848] La duplice configurazione della sospensione condizionale della pena appena illustrata era stata peraltro proposta anche dalla "Commissione Palazzo", istituita con d.m. 10 giugno 2013, per elaborare

Difficoltà di raccordo sistematico si ponevano e, sia pur in misura minore, si pongono tutt'oggi, anche tra la sospensione condizionale della pena e le novellate pene sostitutive, alle quali sarà ora dedicato un esame più approfondito.

### *4.2.3. In fase decisoria: le pene sostitutive*

Tra le tante novità, uno dei tratti qualificanti della c.d. legge Cartabia concerne il versante delle risposte punitive al reato. Pur senza stravolgere l'odierna fisionomia delle pene principali, la riforma si pone come obiettivo dichiarato una rilevante contrazione delle pene detentive custodiali[849]. A tale scopo, vengono integralmente ripensate le sanzioni sostitutive alle pene detentive brevi, introdotte nel nostro ordinamento con la l. 689/1981 e comprendenti la semidetenzione per pene fino a due anni, la libertà controllata per pene fino a un anno e la pena pecuniaria per condanne fino a sei mesi[850]. Preso atto dell'ineffettività delle esistenti sanzioni sostitutive, vengono definitivamente espunte la semidetenzione e la libertà controllata[851]; al loro posto si prevedono la detenzione

proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale: cfr. la *Relazione finale* della Commissione disponibile in *www.giustizia.it*, 15. Per approfondire, v. ancora F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Appunti generali sulla riforma del sistema sanzionatorio con riferimento alla tipologia sanzionatoria e alla sospensione condizionale della pena*, cit., 140 ss.

[849] M. CARTABIA, *Audizione della Ministra della giustizia Marta Cartabia alla Commissione permanente II – Giustizia – presso la Camera dei deputati*, Roma, 15 febbraio 2022, in *www.camera.it*, 5, per la quale, «[q]uesta parte della riforma prosegue lungo una linea già presente nel nostro ordinamento volta a radicare l'idea, costituzionalmente orientata, che la "certezza della pena" non è la "certezza del carcere": l'art. 27 della Costituzione, infatti, parla di "pena" non di "carcere". È in questa prospettiva che va quindi colta la valorizzazione delle pene alternative alla reclusione, che – come ormai ampiamente dimostrato – portano ad una drastica riduzione della recidiva. Ne beneficiano i singoli, ne beneficia la società». Cfr. anche la *Relazione illustrativa* al d.lgs. n. 150/2022, cit., 183 ss. Ha parlato di «superamento del primato carcere» E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in *www.sistemapenale.it*, 2 settembre 2021, par. 1. Tuttavia, criticamente, M. BORTOLATO, *Percorsi alternativi alla pena detentiva nel giudizio di sorveglianza. I "liberi sospesi" e gli effetti della riforma Cartabia*, in *www.sistemapenale.it*, 28 febbraio 2023, 5, per il quale la riforma «dovrebbe comportare come primo effetto l'abbattimento delle pendenze degli affari riguardanti i 'liberi sospesi' avanti ai Tribunali di Sorveglianza. Non tanto dunque una deflazione carceraria (posto che si tratta di soggetti che difficilmente, tranne una quota residuale, sarebbero finiti in carcere), quanto un'anticipazione della decisione alla fase della cognizione e dunque una sicura deflazione dei procedimenti avanti al Tribunale di sorveglianza».

[850] Per una disamina della disciplina pre-riforma, v., per tutti, A. MARTINO, *Sanzioni sostitutive della pena detentiva*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *Le conseguenze sanzionatorie del reato*, Torino, 2011, 147 ss.

[851] Le misure in questione hanno trovato in passato un'applicazione assolutamente marginale, meritandosi l'appellativo di sanzioni «nate morte», così le definisce C.E. PALIERO, Metodologie de lege ferenda: *per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, cit., 536. Le cause dell'insuccesso sono probabilmente individuabili in tre fattori concomitanti: la concorrenza della sospensione condizionale, applicabile entro il limite dei due anni di pena che, costituendo un'alternativa decisamente più favorevole per il soggetto, ha eroso l'ambito di operatività delle sanzioni sostitutive; le gravose modalità di esecuzione, che non ne incentivavano certo un ampio utilizzo; infine, la possibilità di concedere le misure alternative dalla libertà ha spostato il baricentro della sostituzione dalla fase di cognizione a quella esecutiva; in questi

domiciliare, la semilibertà, il lavoro di pubblica utilità e la pena pecuniaria[852]. Il sistema sanzionatorio sostitutivo così come rimodellato prevede tre distinte fasce applicative lungo le quali si distribuiscono le varie tipologie sanzionatorie: per le condanne a pena detentiva fino ad un anno concorrono tutte e quattro le sanzioni; le pene comprese tra uno e tre anni possono essere sostituite con la semilibertà, la detenzione domiciliare e il lavoro di pubblica utilità; infine, per le pene comprese tra i tre e i quattro anni concorrono solo la semilibertà e la detenzione domiciliare[853].

Nonostante la loro disciplina sia interamente contenuta nella l. 689 del 1986, il legislatore ha ritenuto opportuno introdurre nella parte generale del codice penale un nuovo art. 20-*bis* c.p., rubricato "Pene sostitutive delle pene detentive brevi"[854], anche se,

termini, per tutti, cfr. A. GARGANI, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 2022, par. 2.

[852] Le nuove sanzioni sostitutive della detenzione domiciliare e della semilibertà sono assoggettate, salvo che non sia diversamente previsto, allo stesso regime previsto per le omonime misure alternative, disciplinate dalla legge sull'ordinamento penitenziario. Sulle differenze di disciplina tra i due sotto-sistemi sanzionatori cfr. G. MENTASTI, *Semilibertà sostitutiva, detenzione domiciliare sostitutiva e lavoro di pubblica utilità*, in R. BARTOLI, G.L. GATTA, V. MANES (a cura di), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale. Le modifiche al sistema sanzionatorio penale*, vol. III, Torino, 2024, 9 ss.; C. COLOMBO, *I rapporti tra le pene sostitutive e le misure alternative alla detenzione*, in S. PREZIOSI (a cura di), *Le pene sostitutive*, Torino, 2025, 97 ss., spec. 108 ss. A. CALCATERRA, *I rapporti tra pene sostitutive e misure alternative alla detenzione e ordinamento penitenziario*, in R. BARTOLI, G.L. GATTA, V. MANES (a cura di), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale. Le modifiche al sistema sanzionatorio penale*, vol. III, Torino, 2024, 202, evidenzia l'«inversione logica della prevalenza degli spazi di restrizione rispetto agli spazi di libertà» che caratterizza le pene sostitutive rispetto alle misure alternative alla detenzione. Il lavoro di pubblica utilità segue, invece, la disciplina dettata dal d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 e la sua durata è pari a quella della pena detentiva sostituita. Per quanto concerne la pena pecuniaria sostitutiva si veda *supra,* par. 3.2.

[853] F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, cit., par. 8, parla di un sistema «strutturato a piramide».

[854] Per una panoramica organica ed esaustiva della disciplina in materia di pene sostitutive, cfr. E. DOLCINI, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, cit.; F. PALAZZO, *Linee portanti della riforma Cartabia*, in R. BARTOLI, R. GUERRINI (a cura di), *Verso la riforma del sistema sanzionatorio*, Napoli, 2022, 17 ss.; T. PADOVANI, *Riforma Cartabia, intervento sulle pene destinato a ottenere risultati modesti*, in *Guida dir*., 5 novembre 2022, 8 ss.; A. ABBAGNANO TRIONE, *Le latitudini applicative della commisurazione e della discrezionalità nel sistema delle pene sostitutive*, in *Legisl. pen*., 27 dicembre 2022; A. GARGANI, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, cit.; D. BIANCHI, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge-delega "Cartabia": una grande occasione non priva di rischi*, in *www.sistemapenale.it*, 21 febbraio 2022; F. PALAZZO, *Scopi e valori ispiratori della riforma del sistema sanzionatorio*, cit., 497 ss.; G.L. GATTA, *Riforma Cartabia e sistema sanzionatorio: tra efficienza dell'esecuzione penale ed effettività della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 4/2023, 561 ss.; P. GAETA, *Ragionando su alcuni ossimori della riforma delle pene sostitutive*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2/2023, 573 ss.; R. BARTOLI, *Punire in libertà: le nuove pene sostitutive*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 4/2023, 1399 ss.; L. RISICATO, *La riforma delle pene sostitutive tra molti pregi e qualche asimmetria*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 4/2023, 585 ss.; F. PALAZZO, *Uno sguardo d'insieme alla riforma del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc*., 1/2023, 11 ss.; A. GARGANI, *Le "nuove" pene sostitutive*, cit., 17 ss.; G. DE VERO, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: uno sguardo d'insieme*, in *Legisl. pen*., 20 febbraio 2023; D. GUIDI, *La riforma delle "pene" sostitutive*, in *Legisl. pen*., 25 febbraio 2023; N. PISANI, *Le pene sostitutive*, in *Guida dir*., 2023, 942 ss.; R. DE VITO, *Le pene sostitutive: una nuova categoria sanzionatoria per spezzare le catene del carcere*, in *Quest. giust*., 2/2023, 107 ss.; G.M. PAVARIN, *La "legge Cartabia" tra pene sostitutive e sorveglianza. Il giudice di*

a ben vedere, in considerazione dell'innalzamento del *quantum* di pena sostituibile fino ad un massimo di quattro anni, non si tratta più di pene detentive "brevi". Scopo della disposizione è verosimilmente quello di attribuire alle nuove alternative alla detenzione "breve" «"dignità sistematica" quasi equivalente» a quella riconosciuta alle pene principali e a quelle accessorie[855], permettendo loro di «occupare uno scranno nell'empireo stesso del codice penale»[856]. Degno di nota è anche il mutamento terminologico che l'art. 20-*bis* c.p. reca con sé: non più "sanzioni" ma "pene" sostitutive, a volerne sottolineare l'indiscussa natura afflittiva[857]. Nondimeno, come è stato messo in evidenza, «questi elementi di novità sotto il profilo "topografico" e lessicale non vanno enfatizzati più di tanto, atteso che si tratta pur sempre di sanzioni con funzione sostitutiva della pena principale detentiva e non di pene edittali»[858].

Le pene anzidette realizzano quindi un modello di alternativa al carcere in concreto, che si contrappone al paradigma in astratto, con tutte le conseguenze che ne derivano, soprattutto con riferimento al ruolo del giudice[859]. Infatti, mentre in astratto è il

---

*cognizione diventa finalmente (ma solo se vuole) giudice della pena oltre che del fatto-reato*, in *Giustizia insieme*, 2 maggio 2023; D. BIANCHI, *Le modifiche in materia di sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi*, in D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Milano, 2023, 83 ss.; G. BIONDI, *L'applicazione delle pene sostitutive di pene detentive brevi nella fase di cognizione del processo penale*, in *www.sistemapenale.it*, 14 febbraio 2024; S. TITOMANLIO, *Profili innovativi e rilievi critici del 'nuovo' art. 20-bis c.p.: prime pronunce della Cassazione*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 9 maggio 2024; F. DI BONITO, «*Back to the future»: discrezionalità, proporzionalità e prognosi nelle alternative alla detenzione breve*, in *Legisl. pen*., 11 ottobre 2024; C. FONTANI, *Le nuove pene sostitutive tra inefficienze strutturali e resistenze culturali*, in *www.discrimen.it*, 23 gennaio 2025. Inoltre, si veda anche il lavoro monografico di D. BIANCHI, *Le pene sostitutive. Sistematica, disciplina e prospettive di riforma*, Torino, 2024, nonché il volume in collettanea, AA. VV., *Le pene sostitutive*, (a cura di) S. PREZIOSI, Torino, 2025.

[855] D. GUIDI, *La riforma delle "pene" sostitutive*, cit., 13.

[856] Così, T. PADOVANI, *Riforma Cartabia, intervento sulle pene*, cit., 8. Per G. DE VERO, *La riforma del sistema sanzionatorio penale*, cit., 3, la nuova collocazione topografica può «accogliersi come viatico per una politica legislativa che non rinunci definitivamente a promuovere al superiore livello edittale almeno taluna delle odierne pene sostitutive».

[857] Ancora, G. DE VERO, *La riforma del sistema sanzionatorio penale*, cit., 3. In tal senso anche D. BIANCHI, *Le pene sostitutive*, cit., 9: «ciascuna pena sostitutiva, in quanto "pena" appunto, reca il carattere dell'afflizione quale conseguenza di un illecito».

[858] Così, D. GUIDI, *La riforma delle "pene" sostitutive*, cit., 13. Analogamente, D. BIANCHI, *Le pene sostitutive*, cit., 9, osserva che «ciascuna pena sostitutiva, in quanto "sostitutiva", sconta un certo grado di dipendenza da ciò che viene sostituito», ossia la pena carceraria. Come si legge nella *Relazione "La riforma Cartabia"*, a cura dell'*Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione*, in *www.cortedicassazione.it*, 5 gennaio 2023, 199: «[l]e rinominate "pene" mantengono, quanto al rapporto con la pena sostituita, una dimensione funzionale di accessorietà, atteso che, trattandosi di sanzioni restrittive della libertà personale, la mancata esecuzione della pena sostitutiva o la violazione delle prescrizioni in essa contenute comportano, in ultima istanza, il recupero, in tutto o in parte, della pena detentiva originaria (art. 66 della legge n. 689 del 1981)».

[859] Tracciano questa dicotomia F. PALAZZO, *Quale futuro per le "pene alternative"?*, in *Riv. it. dir. pen*., 2019, 539 ss. e R. BARTOLI, *Non più carcero-centrico l'attuale volto della pena*, in *Dir. pen. proc*., 2023, 745 ss.

legislatore ad assumersi la responsabilità della scelta in merito al *genus* di pena applicabile (detentiva o non detentiva) e la contrazione del numero di condanne eseguite in carcere è garantita, in concreto «protagonista è il giudice quando davanti a sé si presenta la persona in carne ed ossa» e la riduzione del carcere è «soltanto eventuale, perché non è detto che l'alternativa venga applicata»[860].

Sarebbe stato, dunque, certamente preferibile intervenire a livello di comminatoria edittale, poiché continuare ad affidare al giudice la gestione del sistema sanzionatorio in crisi comporta di fatto la conferma – almeno a livello ideologico – della centralità del carcere[861]. Perlomeno, la collocazione in fase decisoria (e non pre-decisoria o esecutiva) dell'opzione sostitutiva permette di «incidere su quello che costituisce fisiologicamente lo snodo centrale della pena, troppo spesso negletto»[862]. Centrale, innanzitutto, perché rappresenta il momento concreto in cui diventa possibile emancipare la risposta sanzionatoria dal ricorso al carcere. Ma centrale anche sotto il profilo dell'effettività della sanzione: da un lato, infatti, occorre riconoscere che, a fronte di una sospensione condizionale tendenzialmente priva di contenuti sostanziali, emerge nel nostro sistema l'esigenza di recuperare una maggiore effettività della risposta sanzionatoria già nella fase decisoria, effettività da intendersi non come certezza dell'esecuzione della pena detentiva, bensì come certezza dell'esecuzione di una risposta comunque afflittivo-sanzionatoria; dall'altro lato, tale recupero di effettività in fase decisoria assume oggi un ruolo cruciale anche al fine di ridurre il fenomeno dei "liberi sospesi"[863].

Come è stato detto: «quando il giudice può decidere in primo grado considerando a quale tipo di esecuzione destinare la persona che condanna, almeno nei limiti delle sanzioni sostitutive […], le strategie sanzionatorie si moltiplicano e la commisurazione diventa più seria», non limitandosi ad una generica condanna a pena detentiva[864].

---

[860] Così, R. BARTOLI, *Punire in libertà: le nuove pene sostitutive*, cit., 1404.

[861] Cfr. A. GARGANI, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, cit., 17; T. PADOVANI, *La pena carceraria*, Pisa, 2014, 142: «si può sostituire, si può cambiare, si può modificare, però è la sanzione detentiva che resta in termini legislativi come sanzione se non esclusiva, dominante, scaricando sul giudice la gestione differenziale dei vari strumenti sanzionatori»; L. RISICATO, *La riforma delle pene sostitutive tra molti pregi e qualche asimmetria*, cit., 587, sottolinea con amarezza la «mancanza di coraggio» del legislatore nel predisporre delle vere e proprie alternative alla pena detentiva già a livello di comminatoria edittale, a conferma dell'imperitura «ossessione carcerocentrica» che continua a infestare la politica criminale.

[862] Così, ancora, R. BARTOLI, *Punire in libertà: le nuove pene sostitutive*, cit., 1406.

[863] *Ibidem*. Sul tema dei "liberi sospesi" v. *infra*, Cap. 4.2.4.

[864] M. DONINI, *Efficienza e principi della legge Cartabia*. *Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in *Pol. dir.*, 4/2021, 605.

*De iure condito*, la sfida forse più difficile lanciata dalla riforma si gioca proprio sul terreno della discrezionalità "sostitutiva"[865]. La novella "investe" sul giudice e ne accresce la discrezionalità in termini qualitativi[866]. In particolare, l'organo giudicante è chiamato ad esercitare il suo potere discrezionale in tre momenti chiave dell'applicazione delle nuove pene sostitutive: l'*an*, il *quomodo* (a cui si aggiunge un *surplus* di discrezionalità in merito alla determinazione delle prescrizioni che accompagnano la sanzione) e la revoca.

Da questo punto di vista, va riconosciuto l'impegno che il legislatore ha profuso nella descrizione del potere discrezionale giudiziale[867], materializzatosi nell'attuale formulazione dell'art. 58, per quanto concerne il momento genetico, e degli artt. 66 e 72 della l. 689/1986, per quanto riguarda lo snodo revocatorio. Nondimeno, nonostante l'apprezzabile sforzo definitorio del legislatore delegato, teso anche a individuare criteri teleologici di orientamento della discrezionalità, scongiurando così il tanto criticato "vuoto nei fini" che adombra la commisurazione infraedittale, il dato positivo legittima linee interpretative parzialmente divergenti e lascia aperte talune questioni. Pertanto, prendendo le mosse dalla *littera legis*, cercheremo di capire quale sia l'esegesi più in linea con gli obiettivi deflattivi della novella e più adatta a realizzare l'*extrema ratio* del carcere, poiché è anche – e forse soprattutto – da questi profili che dipenderà il successo della riforma; il tutto strizzando l'occhio alle prime applicazioni giurisprudenziali, le quali restituiscono uno spaccato realistico del grado di assimilazione delle nuove pene sostitutive nel sistema.

#### 4.2.3.1. *La discrezionalità sostitutiva nell'*an *e nel* quomodo

L'art. 58 co. 1 e 2 della l. 689/1989 dispone che «[i]l giudice, nei limiti fissati dalla legge e tenuto conto dei criteri indicati nell'articolo 133 del codice penale, se non ordina la sospensione condizionale della pena, può applicare le pene sostitutive della pena detentiva quando risultano più idonee alla rieducazione del condannato e quando, anche

[865] D. BIANCHI, *Le pene sostitutive*, cit., 46, definisce la discrezionalità come «dimensione nevralgica della pene sostitutive»; Secondo C. PAONESSA, *Giudizi prognostici e diritto penale*, cit., 106: «[n]on v'è dubbio che il nuovo sistema assuma come perno operativo la discrezionalità giudiziale».

[866] Cfr. A. ABBAGNANO TRIONE, *Le latitudini applicative della commisurazione e della discrezionalità nel sistema delle pene sostitutive*, cit., 6.

[867] G. DE VERO, *La riforma del sistema sanzionatorio penale*, cit., 7, per il quale «[u]na valutazione critica del potere discrezionale conferito al giudice di cognizione, nell'inedita procedura di commisurazione in senso lato successiva alla determinazione dell'ammontare concreto della pena detentiva inflitta, non può disconoscere in via di principio che il legislatore abbia prodotto uno sforzo significativo di disciplina».

attraverso opportune prescrizioni, assicurano la prevenzione del pericolo di commissione di altri reati. La pena detentiva non può essere sostituita quando sussistono fondati motivi per ritenere che le prescrizioni non saranno adempiute dal condannato. Tra le pene sostitutive il giudice sceglie quella più idonea alla rieducazione e al reinserimento sociale del condannato con il minor sacrificio della libertà personale, indicando i motivi che giustificano l'applicazione della pena sostitutiva e la scelta del tipo».

Esaminando i diversi snodi decisionali che si presentano dinnanzi al giudice nel percorso volto all'applicazione di una pena sostitutiva, il primo bivio discrezionale che si incontra riguarda – laddove sia possibile – la concessione o meno della sospensione condizionale della pena, dal momento che, più che condivisibilmente, l'art. 61-*bis* della l. 689/1989 esclude la sospendibilità delle pene sostitutive[868]. In altre parole, nel limite dei due anni di pena in concreto, il giudice dovrà decidere se sospendere o sostituire. Questa parziale sovrapposizione tra le due misure, come è intuibile, rischia di erodere parte del campo operativo delle pene sostitutive, frustrandone l'effettività. Invero, da un lato, sarà certamente più vantaggiosa per il reo, e dunque preferibile, l'applicazione del beneficio sospensivo, che – salvo concessioni *sub conditionibus* molto rare nella prassi – non comporta restrizioni della libertà personale, oneri o prescrizioni; dall'altro lato, se la prognosi sulla personalità del reo dovesse essere risolta in termini negativi ai fini della sospensione condizionale, non si vede come possa giustificarsi la sostituzione, la quale, in fin dei conti, postula una valutazione sostanzialmente equivalente[869]. Viene così a crearsi «un circolo vizioso in cui la sospensione condizionale continua ad assurgere ad opzione privilegiata e in cui, inoltre, l'assenza dei fattori legittimanti al suo accesso, lungi dall'aprire le porte alle pene sostitutive, rischia di precludere anche la loro operatività, condannandole ad un'esistenza effimera»[870]. Nondimeno, in dottrina è stato rilevato come

[868] Si tratta di un significativo cambio di rotta rispetto al passato, nell'ottica di garantire piena effettività alle pene sostitutive. Per un approfondimento specifico sul tema cfr. M.C. UBIALI, *L'esclusione della sospensione condizionale della pena*, in R. BARTOLI, G.L. GATTA, V. MANES (a cura di), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale. Le modifiche al sistema sanzionatorio penale*, vol. III, Torino, 2024, 137 ss. D'altronde, come osserva D. BIANCHI, *Le misure sospensivo-probatorie in fase decisoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1/2022, 243, «la possibilità […] di sospendere misure sanzionatorie a loro volta connotate da un meccanismo sospensivo (quali appunto le pene sostitutive) sembra segnata da un'intima contraddittorietà», tanto che non si rinvengono esempi di tal genere nel panorama internazionale.

[869] Tali antinomie sono state messe in luce, tra gli altri, da A. ABBAGNANO TRIONE, *Le latitudini applicative della commisurazione e della discrezionalità nel sistema delle pene sostitutive*, cit., 9; D. BIANCHI, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge-delega "Cartabia"*, cit., 13; D. GUIDI, *La riforma delle "pene" sostitutive*, cit., 37-38;

[870] N. MADÌA, *Le pene sostitutive nella riforma Cartabia: profili generali*, in S. PREZIOSI (a cura di), *Le pene sostitutive*, 2025, Torino, 15.

tale eventualità non sia, in realtà, ineluttabile. Secondo una chiave di lettura, per così dire "virtuosa", che scorge nell'art. 58 cit. una «progressione prognostica»[871], il diniego della sospensione condizionale della pena non dovrebbe automaticamente precludere la sostituzione poiché potrebbe ben darsi che, nel caso concreto, il giudice non ritenga sufficiente per una efficace prevenzione della recidiva la sospensione condizionale "vuota" e reputi, invece, idonea a fronteggiare tale pericolo una pena sostitutiva corredata da opportune prescrizioni[872].

Nei casi appena descritti, qualora non si opti per la sospensione e comunque per pene detentive superiori a due anni e inferiori a quattro, il giudice dovrà decidere *se* (e *come*) sostituire o irrogare la pena detentiva breve.

L'art. 58 cit. sembrerebbe quindi delineare una discrezionalità bifasica, ove la valutazione circa l'*an* della sostituzione precede logicamente quella che ha ad oggetto il *quomodo*[873], tuttavia, per le ragioni che diremo, ci pare più condivisibile la tesi, recentemente avanzata in dottrina, che considera in realtà unitaria questa valutazione discrezionale[874].

Per corroborare tale impostazione è necessario passare in rassegna i presupposti applicativi stabiliti dalla norma.

---

[871] L'espressione è di N. PISANI, *La nuova vocazione specialpreventiva in positivo delle pene sostitutive*, in S. PREZIOSI (a cura di), *Le pene sostitutive*, 2025, Torino, 93.

[872] Così, D. GUIDI, *La riforma delle "pene" sostitutive*, cit., 38. Inoltre, G. DE VERO, *La riforma del sistema sanzionatorio penale*, cit., 8, individua un ulteriore effetto positivo che potrebbe scaturire dalla parziale coincidenza tra sospensione e sostituzione, ossia una «inaspettata rivalutazione» della prognosi di non recidiva che fonda la sospensione condizionale «sistematicamente ignorata nella prassi giudiziale». L'autore osserva come «[p]roprio il riferimento dell'art. 58 co. 1 l. 689/1981 alla permanente esigenza di prevenire la commissione di altri reati lascia intendere come il campo di applicazione delle pene sostitutive resti compatibile con una sorta di residuo di pericolosità del condannato, tanto da richiedere precise prescrizioni in tal senso. Ciò significa che l'eventuale opzione per la sospensione condizionale della pena dovrebbe non limitarsi, come accade pressoché costantemente nella prassi, alla sola verifica dei presupposti positivi e negativi fissati in astratto dalle legge, ma rispecchiare realmente un qualche ragionevole convincimento del giudice in ordine quanto meno all'improbabilità di una recidiva da parte del condannato in carne ed ossa; in mancanza, resterà sempre possibile il ricorso sussidiario alla sostituzione della detenzione, orientata appunto al contenimento del residuale pericolo attraverso le opportune prescrizioni sopra richiamate. Una tale corretta integrazione degli istituti della sospensione condizionale e della sostituzione, in quanto sgrava la prima dell'esclusiva responsabilità di evitare l'applicazione di pene detentive (ormai cosiddette) brevi, dovrebbe insomma contribuire a emanciparla dal poco esaltante ruolo di beneficio clemenziale e stabilire una plausibile gradazione con la seconda nel comune obiettivo di contenere l'invadenza della pena carceraria».

[873] Questa l'interpretazione assolutamente dominante prima della riforma, convintamente sostenuta però anche a posteriori da autorevole dottrina: cfr. G. DE VERO, *La riforma del sistema sanzionatorio penale*, cit., 7; D. GUIDI, *La riforma delle "pene" sostitutive*, cit., 33.

[874] In tal senso D. BIANCHI, *Le pene sostitutive*, cit., 232 ss.

Innanzitutto, può rilevarsi che la nuova formulazione rappresenta una sintesi tra i requisiti discrezionali delle previgenti sanzioni sostitutive (il riferimento all'art. 133 c.p. e la previsione negativa di inadempimento delle prescrizioni) e di quelli delle misure alternative alla detenzione (l'idoneità rieducativa e la prognosi di recidiva)[875], «conformemente all'obiettivo di fondo di fare delle nuove sanzioni sostitutive degli istituti di decarcerazione capaci di coniugare natura punitiva e funzionalità risocializzativa»[876].

In maniera assolutamente condivisibile viene confermata, in accordo con la precedente disciplina, l'esclusione di qualsiasi criterio di stampo generalpreventivo. Simili valutazioni rimangono appannaggio del legislatore e risultano integralmente soddisfatte attraverso i presupposti oggettivi che presiedono alla sostituzione, segnatamente i limiti di pena e le (discutibili) preclusioni oggettive legate al titolo di reato[877].

Tale considerazione è tutt'altro che secondaria poiché autorizza una peculiare interpretazione del rinvio all'art. 133 c.p. Proprio questo richiamo, invero, potrebbe insinuare il dubbio che il giudice debba valutare, alla luce dei criteri della gravità del reato e della capacità a delinquere, se la pena sostitutiva non sia una risposta sanzionatoria sproporzionata in difetto rispetto al concreto disvalore del fatto commesso. Pare doversi rispondere negativamente: non solo perché, come abbiamo detto, tratto caratterizzante

---

[875] Cfr. G.M. PAVARIN, *La "legge Cartabia" tra pene sostitutive e sorveglianza*, cit., osserva che «[s]i tratta di quello stesso potere da sempre riconosciuto alla magistratura di sorveglianza. La clausola generalissima è infatti del tutto paragonabile a quella dettata in materia di misure alternative alla detenzione».

[876] Così, ancora, D. BIANCHI, *Le pene sostitutive*, cit., 212.

[877] In tal senso si è sempre espressa la gran parte della dottrina italiana. Già prima della riforma E. DOLCINI, C.E. PALIERO, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Milano, 1989, 231 ss., riportano che nel corso dei lavori preparatori che hanno preceduto la nascita delle originarie pene sostitutive era stato escluso l'inserimento di una clausola generalpreventiva per cui il giudice avrebbe dovuto tenere in considerazione le "esigenze di tutela della collettività". V. anche F. BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una "nuova" politica criminale*, in AA. VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1977, anche in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1977, 23, secondo cui «la sostituzione di misure alternative alla pena detentiva può scattare soltanto in forza di considerazioni legate alla prevenzione *speciale*». Post-riforma cfr. E. DOLCINI, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, cit., 16 ss., D. BIANCHI, *Le pene sostitutive*, cit., 226-227. *Contra*, però, G. BIONDI, *L'applicazione delle pene sostitutive di pene detentive brevi nella fase di cognizione del processo penale*, cit., 107, secondo il quale «è l'art. 58 della legge n. 689/81 che regola il potere discrezionale del giudice nella scelta innanzitutto circa l'applicazione o meno della sanzione sostitutiva, e questa scelta, come visto, non è limitata solo all'astratto controllo formale della sostituibilità della pena detentiva breve, ma è estesa anche alla possibilità concreta della sostituzione in funzione rieducativa e risocializzante, da un lato, ma anche general-preventiva, tenuto conto dei criteri di cui all'art. 133 c.p.».

delle pene sostitutive è la loro equipollenza afflittiva rispetto alla pena principale e le istanze retributive, che già sono state impiegate per determinare il *quantum* di pena sostituibile, non sono logicamente spendibili una seconda volta per smentire la valutazione del legislatore, ma anche perché nel nostro ordinamento la «retribuzione non costituisce un fine in sé della pena ma un limite garantistico alle pulsioni preventive, che perde la sua ragion d'essere quando si tratti di sostituire la sanzione massimamente afflittiva e desocializzante (il carcere) con sanzioni sempre di carattere punitivo ma più efficaci in ottica di prevenzione speciale, in quanto maggiormente adeguate alla risocializzazione del reo e comunque maggiormente adeguate a combattere la desocializzazione»[878]. In definitiva, allora, il richiamo all'art. 133 c.p. deve essere letto alla luce dei criteri finalistici esplicitati dalla normativa: i criteri afferenti alla "gravità del reato" andranno considerati «solo in connessione con gli indici della "capacità a delinquere" e solo come componente del bagaglio informativo su cui poggia la valutazione giudiziale avente ad oggetto le concrete esigenze di prevenzione speciale (positiva e negativa) e la loro governabilità mediante l'applicazione della pena sostitutiva»[879].

In aggiunta, con una recente sentenza, la Suprema Corte di Cassazione ha valorizzato la necessaria continuità che deve sussistere tra discrezionalità dosimetrica e discrezionalità sostitutiva proprio in virtù del duplice riferimento ai criteri di cui all'art. 133 c.p., nel senso che «ove il giudice della condanna nell'ambito della forbice edittale della pena, abbia determinato la sanzione nei termini edittali minimi o, comunque, in termini prossimi ai suddetti minimi, valutando la scarsa entità del dolo ovvero la limitata gravità dei fatti, la pronuncia che neghi l'applicazione di una delle pene previste dall'art. 20 *bis* cod. pen. sulla base di una affermata elevata pericolosità dell'imputato appare affetta da insanabile contraddittorietà» e la decisione sarà conseguentemente censurabile per vizio di motivazione[880].

Per quanto concerne gli ulteriori tre criteri che governano il momento genetico della sostituzione (idoneità alla rieducazione, prevenzione del pericolo di commettere

[878] Per tali argomenti v. D. BIANCHI, *Le pene sostitutive*, cit., 228-229.
[879] *Ivi*, 230.
[880] Cfr. Cass. pen., sez. II, 14 febbraio 2024, n. 8794, *Pesce*, in *www.sistemapenale.it*, con commento di A. CODEN, *Discrezionalità dosimetrica e discrezionalità sostitutiva: un rapporto razionale difeso dalla Corte di cassazione*, *ivi*, 4 aprile 2025.

altri reati e prognosi di adempimento delle prescrizioni in libertà), sembra preferibile condurre un discorso unitario, suscettibile di cogliere la loro operatività sinergica.

In sede sostitutiva, il legislatore si preoccupa di esplicitare a chiare lettere l'indice finalistico che deve guidare il giudice – la rieducazione/risocializzazione – il quale si trova però a convivere con l'opposta esigenza di neutralizzazione del pericolo di recidiva, anche attraverso le prescrizioni. Nonostante una innegabile tensione tra le due istanze, l'antinomia è facilmente componibile – almeno a livello teorico – attraverso una compenetrazione tra l'esigenza di rieducazione e quella di tutela della collettività, nel senso che la seconda si realizza anche per tramite del percorso rieducativo, sia pur "puntellato" dalle prescrizioni imposte dal giudice[881]; sicché, «l'applicazione delle pene sostitutive non solo non è incompatibile con il pericolo di recidiva[882], ma costituisce la

[881] L'art. 56-*ter* l. 689/1989 contempla una serie di prescrizioni comuni alle pene sostitutive della semilibertà, della detenzione domiciliare e del lavoro di pubblica utilità (con esclusione, dunque, della pena pecuniaria sostitutiva) che possono distinguersi a seconda della loro obbligatorietà (divieto di detenere e portare a qualsiasi titolo armi, munizioni ed esplosivi, anche se è stata concessa la relativa autorizzazione di polizia; divieto di frequentare abitualmente, senza giustificato motivo, pregiudicati o persone sottoposte a misure di sicurezza, a misure di prevenzione o comunque persone che espongano concretamente il condannato al rischio di commissione di reati, salvo si tratti di familiari o di altre persone conviventi stabilmente; obbligo di permanere nell'ambito territoriale, di regola regionale, stabilito nel provvedimento che applica o dà esecuzione alla pena sostitutiva; ritiro del passaporto e sospensione della validità ai fini dell'espatrio di ogni altro documento equipollente; obbligo di conservare, di portare con sé e di presentare ad ogni richiesta degli organi di polizia il provvedimento che applica o dà esecuzione alla pena sostitutiva e l'eventuale provvedimento di modifica delle modalità di esecuzione della pena, adottato a norma dell'articolo 64) o facoltatività (divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, eventualmente anche con l'utilizzo del braccialetto elettronico di cui all'art. 282-*ter* c.p.p.). La domanda, non di poco conto, che si è posta in dottrina è se, facendo leva sull'art. 58 l. 689/1989, possano ammettersi anche obblighi e divieti integrativi non espressamente contemplati dalla legge. Convincente a tal proposito la risposta di D. BIANCHI, *Il potere discrezionale del giudice e le preclusioni soggettive alla sostituzione della pena*, in R. BARTOLI, G.L. GATTA, V. MANES, (a cura di), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale. Le modifiche al sistema sanzionatorio penale*, vol. III, Torino, 2024, 66, a parere del quale «vista la pregnanza degli effetti dell'individuazione e applicazione delle prescrizioni e la loro stretta correlazione alla pena sostitutiva, tanto da formare con questa un tutt'uno nella risposta sanzionatoria al reato, lo stesso principio di legalità delle pene dovrebbe far propendere per un'interpretazione restrittiva del sintagma: […] le prescrizioni dovrebbero essere esclusivamente quelle "tipiche"». Come nota R. BARTOLI, *Punire in libertà: le nuove pene sostitutive*, cit., 1416, forse, su questo aspetto, il legislatore avrebbe potuto dimostrare maggiore coraggio, prevedendo un ventaglio più ampio di prescrizioni discrezionali.

[882] Come osserva acutamente D. BIANCHI, *Le pene sostitutive*, cit., 239, «non è preteso (né è pretendibile) un azzeramento totale del rischio di recidiva tramite l'esecuzione del sanzionamento sostitutivo. Se fosse preteso un "rischio zero", la regola sarebbe la costante inapplicazione delle sanzioni sostitutive: in quanto forme di punizione *en milieu ouvert*, lasciano sempre aperta la possibilità che il già reo torni ad aggredire quella società in cui si trova ancora libero (in tutto o almeno in parte) non essendo stato incarcerato. La scommessa sulla libertà d'autodeterminazione del soggetto è il cuore di ogni forma di sanzionamento alternativo al carcere; la possibilità di una ricaduta nel reato è loro connaturata. È dunque perfettamente logico e inevitabile che, nel disporre la sostituzione, il giudice (e con lui la società) si assuma la responsabilità di una certa quota di rischio-reato. Il punto è che non deve trattarsi di un rischio irragionevole, irragionevolezza che è integrata dalla concretezza, ossia dalla presenza di un *pericolo concreto* e non di un rischio astratto».

specifica modalità prescelta dal legislatore per arginarlo al meglio […]; essa è […] incompatibile solo con quel tasso di recidiva che il giudice non reputa di poter azzerare o ridurre attraverso l'adozione di quelle particolari prescrizioni che accompagnano la pena sostitutiva»[883]. In definitiva, il presupposto da cui deve muovere il giudice al fine di decidere sull'*an* dell'applicazione della pena sostitutiva è la valutazione della sussistenza o meno di fondati motivi che inducano a ritenere che le prescrizioni non saranno adempiute (non solo quelle imposte dal giudice ma anche quelle insite nelle stesse pene sostitutive)[884]. Rimane, tuttavia, un dubbio che né il dato positivo, né la sentenza chiariscono, ossia in cosa debbano consistere i "fondati motivi" ostativi ad una prognosi favorevole in ordine al rispetto delle prescrizioni. Il rischio è che il giudizio possa appiattirsi su valutazioni retrospettive cristallizzate su quel novero di elementi cui il giudice può avere più facile e immediato accesso – precedenti penali e giudiziari, eventuale sottoposizione dell'imputato a misura cautelare – elementi che se certamente non vanno trascurati, non possono nemmeno fondare da soli la prognosi[885]. Onde evitare ciò, pare fondamentale prendere in considerazione anche il materiale presentato dalla

[883] Cass. pen., sez. V, 11 luglio 2023, n. 43622, in *www.sistemapenale*, con commento di B. CASSIANI, *Pene sostitutive e discrezionalità del giudice al banco di prova della prassi: una prima pronuncia della Cassazione*, *ivi*, 28 febbraio 2024. D'altronde l'idea di una graduabilità della pericolosità sociale è ben radicata nelle valutazioni della Magistratura di Sorveglianza che hanno ad oggetto la concessione delle misure alternative alla detenzione; v., *infra*, par. 4.2.4.

[884] Si consideri, peraltro che l'art. 58 l. 689/1989 sembrerebbe veicolare l'idea che una prognosi negativa in ordine all'adempimento delle prescrizioni si tradurrebbe automaticamente in una probabilità di reiterazione criminosa, equazione criticabile dal punto di vista logico-razionale poiché «un soggetto potrebbe essere incline a ribellarsi agli obblighi e divieti fissati nelle prescrizioni ma con ciò non essere propenso a commettere nuovi reati»; così, D. BIANCHI, *Le pene sostitutive*, cit., 242.

[885] Questo orientamento pare suffragato anche dalla giurisprudenza di legittimità. Nella già citata sentenza Pesce – Cass. pen., sez. II, 14 febbraio 2024, n. 8794 – la Corte ha chiarito che «la sussistenza di precedenti condanne a carico dell'imputato non può essere ritenuta *ex* se elemento ostativo alla concessione delle pene sostitutive e ciò perché il legislatore ha stabilito, quali condizioni ostative, circostanze che appaiono del tutto indipendenti dalla negativa personalità desumibile dai precedenti penali così che le sanzioni oggi introdotte dall'art. 20 *bis* del codice penale sono concedibili anche ai recidivi pur se reiterati». Ai fini del rigetto dell'istanza di applicazione della pena sostitutiva, «si richiede un giudizio prognostico circa una pericolosità qualificata ed un concreto pericolo di violazione delle condizioni imposte che, certamente potrà pure tenere conto dei precedenti, ma che non può esaurirsi solo nella valutazione degli stessi». Inoltre in una pronuncia successiva, ponendosi in dialogo con la sentenza appena esaminata, la Corte di Cassazione precisa che «non si reputa che vada esclusa la possibilità di negare la sostituzione sulla base del vaglio dei soli precedenti penali del prevenuto […], laddove essi conducano ad un giudizio irrimediabilmente negativo nei termini di cui all'art. 58 cit. Una delibazione di questo tipo, tuttavia, può reggere agli urti della censura che vi si appunti all'ineludibile condizione che sia oggetto di specifica e puntuale motivazione da parte del Giudice; motivazione che illustri le ragioni concrete per cui il parametro di riferimento abbia valore tranciante, ragionando sulla specificità dei precedenti e sulla loro eloquenza circa la propensione dell'imputato all'autolimitazione come sulla loro idoneità predittiva rispetto alla potenzialità rieducativa e specialpreventiva di una misura non carceraria e, nel concreto, di quella possibile o richiesta»; cfr. Cass. pen., sez. V, 30 giugno 2025, n. 24093 in *www.dejure.it*.

difesa o eventualmente raccolto dall'UEPE (qualora venga fissata l'apposita udienza *ex* art. 545-*bis* c.p.p.) sulla situazione socio-familiare e lavorativa dell'imputato, sulla condotta susseguente al fatto di reato ascrittogli, su eventuali iniziative riparatorie o risarcitorie o sulla partecipazione a programmi di giustizia riparativa, tutti fattori che potrebbero deporre a favore della sostituzione, soprattutto quando i precedenti penali siano lontani nel tempo. Beninteso, il giudice non dovrà, come si è detto, «"andare a caccia" di elementi sintomatici della pericolosità sociale del soggetto, laddove questi non emergano già dagli atti processuali: gli approfondimenti istruttori previsti dall'art. 545-*bis* c.p.p. non sono disposti *ad libitum*, ma solo in presenza di indizi di una non trascurabile capacità a delinquere del reo»[886].

Una volta decisa l'applicazione delle pene sostitutive, verrebbe in gioco il criterio della maggior idoneità alla rieducazione e al reinserimento sociale del condannato con il minor sacrificio della libertà personale per la scelta del *quomodo* della sostituzione, potendo individuare una vera e propria "gerarchia" decrescente tra le pene contemplate: dalla pena pecuniaria, al lavoro di pubblica utilità, fino alle più afflittive misure della detenzione domiciliare e della semilibertà[887]. A garanzia del principio del minor sacrificio della libertà personale è stato peraltro previsto un onere motivazionale rafforzato che impone al giudice di dar conto delle ragioni per le quale ritiene di dover applicare le pene sostitutive custodiali (semilibertà o detenzione domiciliare), considerando invece inidonei nel caso concreto il lavoro di pubblica utilità o la pena pecuniaria; doveri motivazionali che, ove puntualmente coltivati nella prassi, consentirebbero un controllo critico degli spazi esplicativi della discrezionalità nei diversi gradi di giudizio. Infine, il co. 5 dell'art. 58 l. 689/1989 prescrive al giudice di orientare l'esercizio del suo potere discrezionale tenendo conto di particolari condizioni soggettive della persona condannata, quali l'età, la salute, fisica o psichica, la maternità o paternità (nei casi in cui risulta applicabile la detenzione domiciliare speciale), condizioni certificate di disturbo da uso

[886] Così, D. BIANCHI, *Le pene sostitutive*, cit., 215.

[887] A voler prendere sul serio il criterio del minor sacrificio della libertà personale, non si può che convenire per la bontà della soluzione prospettata da R. BARTOLI, *Punire in libertà: le nuove pene sostitutive*, cit., 1416-1417, secondo il quale «[p]er pene tra 3 e 4 anni, dove concorrono la detenzione domiciliare e la semilibertà, si applica la prima mentre la semilibertà sembra divenire una sorta di pena residuale, sussidiaria, da applicare quando il reo non ha un'abitazione e l'assenza di un'abitazione significherebbe carcere. Per pene da 1 a 3 anni, dove concorrono semilibertà, detenzione domiciliare e lavoro di pubblica utilità, dovrebbe trovare applicazione il lavoro di pubblica utilità. Per pene inferiori a 1 anno, al fine di compiere un autentico contrasto alle pene detentive superbrevi, si dovrebbe avere il coraggio di dire che si applica soltanto la pena pecuniaria».

di sostanze stupefacenti, psicotrope o alcoliche ovvero da gioco d'azzardo, oppure di AIDS conclamata o altra grave deficienza immunitaria[888]. Nel complesso traspare dalla disposizione «una spiccata attenzione alla "persona" nella sua caleidoscopica proteiformità»[889], che certamente testimonia la vocazione individualizzante delle nuove pene sostitutive che trova il suo baricentro nel momento discrezionale.

Fermo tutto quanto detto, come si accennava nell'*incipit* del paragrafo, la discrezionalità disciplinata nell'art. 58 cit. è solo apparentemente bifasica. Invero, come abbiamo illustrato, la decisione sostitutiva prende l'abbrivio non tanto – o, meglio, non solo – dal criterio teleologico dell'idoneità rieducativa della misura, bensì dalla valutazione circa l'adeguatezza del trattamento sanzionatorio sostitutivo rispetto all'esigenza di contenere il rischio di reiterazione criminosa. Al fine di compiere quest'ultima valutazione, «il giudice non può che allungare lo sguardo alle pene sostitutive concretamente applicabili, ossia al *quomodo* della sostituzione; questo almeno in tutti i casi in cui il rischio di recidiva sia presente. Se infatti risulta una capacità a delinquere sostanzialmente nulla o comunque trascurabile, è evidente che si potrà procedere senz'altro con la sostituzione e che non saranno necessari contenuti di marca specialpreventiva (né negativa né positiva); se, al contrario, sarà accertata una capacità criminale rilevante, il dubbio sulla sostituibilità si pone seriamente e per scioglierlo non si potrà far a meno di preconizzare una sanzione sostitutiva già specificata nel tipo, nei modi, nell'articolazione»[890].

A fronte di tutte le considerazioni svolte, dobbiamo chiederci se, con il nuovo modello decisorio di cui all'art. 58, il legislatore abbia inteso promuovere un *favor*

---

[888] Come osserva A. ABBAGNANO TRIONE, *Le latitudini applicative della commisurazione e della discrezionalità nel sistema delle pene sostitutive*, cit., 12, «l'attenzione rivolta dal legislatore alle condizioni di disturbo da uso di sostanze o di alcol ovvero da gioco d'azzardo, alle affezioni da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, è funzionale ad indirizzare il giudizio penale ad una gestione degli istituti sostitutivi in chiave "terapeutica". Pene sostitutive connotate da prescrizioni trattamentali potranno rispondere – con il dovuto tempismo – alla necessità dei destinatari di essere sottoposti a programmi di assistenza, ad essere curati, e auspicabilmente a risolvere stati patologici che potrebbero essere stati alla "radice" dell'atto criminale. Il che vale quanto dire, possibilità di combinare effettivamente il recupero sociale con il contenimento dei tassi di recidivismo». Peraltro, i giudici di legittimità hanno precisato che «le condizioni di salute non rilevano nel momento della decisione in ordine all'*an* della sostituzione, se non nella misura in cui si dovesse ritenere che il loro trattamento al di fuori del circuito carcerario giochi un ruolo decisivo ai fini della rieducazione del condannato e sempre che non sussistano fondati motivi per ritenere che le prescrizioni che accompagnano la pena sostitutiva non saranno adempiute»; cfr. Cass. pen., sez. V, 26 marzo 2025, n. 11973, in *www.dejure.it*.

[889] A. ABBAGNANO TRIONE, *Le latitudini applicative della commisurazione e della discrezionalità nel sistema delle pene sostitutive*, cit., 12.

[890] D. BIANCHI, *Le pene sostitutive*, cit., 233.

*substitutionis*, o se, quantomeno, questa debba essere l'interpretazione preferibile in un'ottica di massimizzazione dell'effettività delle nuove pene sostitutive.

A tal riguardo, non è superfluo rilevare l'eliminazione dell'avverbio 'solo' contenuto nel testo della legge delega, scelta che sembra indicare l'intento di accogliere un criterio valutativo fondato su un bilanciamento tra gli effetti risocializzanti derivanti dall'applicazione della pena sostitutiva e quelli connessi all'esecuzione della pena detentiva[891]. Invero, se è innegabile che l'art. 58 richieda un accertamento in termini positivi della valutazione di adeguatezza in chiave specialpreventiva (positiva e negativa) della sostituzione, con la conseguenza che sarebbe insufficiente sul punto uno stato di dubbio del giudice, tale rigore è contemperato dalla prognosi – questa volta formulata in termini negativi – di (non) violazione delle prescrizioni. Tale scelta rifletterebbe una diversa ripartizione del rischio connesso al giudizio prognostico: in ipotesi di prognosi negativa «non sarà sufficiente ad escludere la sostituzione il dubbio circa l'osservanza degli obblighi da parte del reo, ma occorreranno *specifici e positivi indizi* che inducano a ritenere che le prescrizioni non saranno adempiute»[892]. In altre parole, il giudice sarà legittimato a scartare l'adeguatezza della pena sostitutiva «solo nel caso limite in cui ritenga non applicabile un regime prescrittivo idoneo a prevenire il rischio di reiterazione», da cui deriva l'eccezionale applicazione della pena carceraria sotto i quattro anni allorché ne ricorrano i presupposti[893].

---

[891] L'art. 17, lett. c della legge delega n. 134 del 2021 indicava all'Esecutivo di «prevedere che le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi [potessero] essere applicate *solo* quando il giudice [ritenesse] che [contribuissero] alla rieducazione del condannato e [assicurassero], anche attraverso opportune prescrizioni, la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati» (corsivo nostro). Sul punto cfr. E. DOLCINI, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, cit., 17, che la definisce «una variante di rilievo», nonché A. ABBAGNANO TRIONE, *Una semantica persuasiva nel disegno di revisione delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi. Dalle parole ai fatti*, in *Proc. pen. giust*., 1/2022, 245.

[892] Così, già con riferimento all'originaria disciplina delle misure sostitutive, E. DOLCINI, C.E. PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, cit., 233 ss. Analogamente, F. GIUNTA, voce *Sanzioni sostitutive*, in G. VASSALLI (a cura di), *Dizionario di diritto e procedura penale*, Milano, 1986, 839 ss. Con riguardo alla nuova disciplina, che non ha innovato sul punto, M. ARBOTTI, *Al di là del monologo carcerocentrico: le nuove pene sostitutive nella Riforma Cartabia*, in *Diritto di Difesa*, 2022, par. 4.

[893] N. PISANI, *La nuova vocazione specialpreventiva in positivo delle pene sostitutive*, cit., 89. Dello stesso avviso, R. BARTOLI, *Punire in libertà: le nuove pene sostitutive*, cit., 1415, per il quale «si deve ritenere che la regola sia applicare le pene sostitutive e l'eccezione il carcere totale». Parla invece di «*favor substitutionis* soltanto apparente», D. BIANCHI, *Le pene sostitutive*, cit., 211 ss., spec. 214-215, secondo il quale «non è possibile sostenere che il trattamento sostitutivo è stato configurato come risposta ordinaria ai reati (non ostativi) sanzionati in concreto con la pena carceraria fino a quattro anni, essendo esso subordinato a pregnanti accertamenti di carattere specialpreventivo, che non sembrano ricostruibili "in negativo" a meno di obliterare la *littera legis*. […] Questo comporterebbe che la situazione di dubbio gioca sempre a svantaggio della sostituzione: se il giudice non è persuaso della idoneità della pena sostitutiva a risocializzare il reo e ad evitare che questi ricada nel reato, deve scartare l'opzione sostitutiva».

A confermare l'opzione detentiva come *extrema ratio* è anche la giurisprudenza che, in un recente arresto sul tema, afferma che «sul giudice della condanna grava un preciso obbligo di verificare la sussistenza delle condizioni per disporre la sostituzione delle pene detentive brevi; e si tratta di un onere di particolare rilievo poiché funzionale a quell'obiettivo di "decarcerizzazione" del sistema penale che è stato indicato quale finalità da realizzare al fine di promuovere il reinserimento del condannato e favorire il minore sovraffollamento delle carceri»[894].

Il buon esito delle pene sostitutive non dipende però unicamente da un corretto esercizio della discrezionalità giudiziale. Diversi aspetti della disciplina legislativa appaiono, infatti, problematici e rischiano di frenarne le potenzialità applicative. Due, in particolare, le criticità più evidenti – tra loro, peraltro, strettamente connesse: l'esclusione dell'affidamento in prova al servizio sociale dal sistema delle pene sostitutive (che era invece contemplato nell'articolato predisposto dalla "Commissione Lattanzi"[895]) e il requisito del consenso dell'imputato.

Quanto al primo *punctum dolens*, non si riescono a comprendere le ragioni sottostanti a una simile decisione, se non «l'idea – insuperata – che la pena debba consistere in una privazione di libertà», essendo l'affidamento in prova l'unica tra le misure alternative a non comportare alcuna privazione della libertà[896]. Tale omissione non è di poco conto perché rischia di vanificare l'obiettivo deflattivo della riforma, creando ingiustificate disparità di trattamento tra i condannati a pene "tradizionali" e i destinatari di sanzioni sostitutive, dal momento che i primi possono beneficiare della sospensione dell'ordine di esecuzione e domandare l'affidamento in prova dalla libertà, mentre i secondi dovranno necessariamente scontare la sanzione sostitutiva che possiede in ogni caso un contenuto più afflittivo[897]. In quest'ottica, la necessità del consenso del

[894] Cass. pen., sez. II, 14 febbraio 2024, n. 8794, cit.

[895] Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al Disegno di legge A.C. 2435, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello, istituita con d.m. 16 marzo 2021.

[896] Così, E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, cit., par. 3. G.M. PAVARIN, *La "legge Cartabia" tra pene sostitutive e sorveglianza*, cit., osserva che «se fosse stata accolta la proposta della Commissione Lattanzi […] sarebbe stato finalmente chiaro a tutti che anche l'affidamento in prova rappresenta una forma di espiazione della pena detentiva, sia pure sostitutiva».

[897] Cfr. tra i primi commenti: O. CALAVITA, *La riforma delle sanzioni sostitutive: riflessioni processualistiche in attesa del decreto legislativo*, in *www.legislazionepenale.eu*, 2022, 11; A. GARGANI, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, cit., 11 ss. Ricordiamo che le misure alternative alla detenzione non sono applicabili al condannato in espiazione di pena sostitutiva, con una sola deroga: l'art 61 co. 1 l.

condannato all'applicazione delle pene sostitutive (esclusa la pena pecuniaria), più che «essere funzionale ad un perfetto recepimento del carattere squisitamente rieducativo delle sanzioni sostitutive, si rende in realtà necessario anche per prevenire eventuali questioni di legittimità costituzionale, di fatto rimettendo al condannato l'opzione di una disciplina che per certi versi si profila deteriore rispetto a quella "ordinaria"»[898]. Controverso, oltretutto, è se il consenso dell'interessato debba essere necessariamente generico – relativo cioè alla sostituibilità *tout court*, spettando poi al giudice decidere quale pena sostitutiva applicare – o possa essere "selettivo", potendo l'imputato prestarlo solo con riferimento a taluna o talune delle pene sostitutive che vengono in rilievo. Se, da un lato, può apparire certamente poco convincente la seconda opzione, che finirebbe per dar vita a una «sorta di sistematico "patteggiamento" delle sanzioni sostitutive»[899], è proprio la selettività del consenso a incrementare le *chance* applicative delle nuove pene sostitutive. Se, infatti, l'imputato fosse chiamato a esprimere un consenso "alla cieca", è plausibile che finirebbe per negarlo nella maggior parte dei casi, temendo di incorrere nell'immediata esecuzione di una misura restrittiva della libertà personale come la detenzione domiciliare, o addirittura di una pena a carattere semi-detentivo, quale la semilibertà[900]. Risolutivi in tal senso sono i protocolli operativi per l'applicazione delle pene sostitutive siglati su tutto il territorio nazionale tra gli attori istituzionali del distretto della Corte d'appello, ove si prevede espressamente la possibilità di acconsentire

689/1989 rinvia all'art. 47 co. 3-*ter* l. 354/1975, ove si prevede che «[l]'affidamento in prova può altresì essere concesso al condannato alle pene sostitutive della semilibertà sostitutiva o della detenzione domiciliare sostitutiva […] dopo l'espiazione di almeno metà della pena, quando il condannato abbia serbato un comportamento tale per cui l'affidamento in prova appaia più idoneo alla sua rieducazione e assicuri comunque la prevenzione del pericolo di commissione di altri reati».

[898] Così, *ex multis*, A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit., 499. F. PALAZZO, *Uno sguardo d'insieme alla riforma del sistema sanzionatorio*, cit., 14, definisce il consenso un «elemento distonico, che può avere un senso forse solo in rapporto al lavoro di pubblica utilità, ma che certo appare sorprendente rispetto a sanzioni di decarcerazione del sistema, il cui perimetro applicativo non potrebbe essere definito che dalla legge e dalla discrezionalità del giudice». L'autore fornisce però anche un'ulteriore spiegazione per la previsione del consenso: «a far credito al legislatore, il requisito del consenso potrebbe trovare una sua *ratio* nelle finalità delle nuove pene. Posto che esse sembrano perseguire la finalità fortemente prevalente della rieducazione piuttosto che quella della mera decarcerazione, è chiaro che il loro successo risocializzativo presuppone la condizione preliminare dell'adesione convinta e del coinvolgimento dell'interessato ai programmi trattamentali»; tesi quest'ultima che però appare recessiva rispetto a quella illustrata in precedenza. Per un'analisi non solo sostanziale ma anche processuale delle implicazioni del consenso dell'imputato nel nuovo sotto-sistema delle pene sostitutive cfr. A. ROIATI, *Il consenso dell'imputato quale presupposto applicativo delle pene sostitutive diverse dalla pena pecuniaria tra sostanziale e processuale*, in S. PREZIOSI (a cura di), *Le pene sostitutive*, Torino, 2025, 59 ss.

[899] Così, T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *La riforma delle sanzioni sostitutive e le potenzialità attuabili del lavoro di pubblica utilità*, in *www.legislazionepenale.it*, 21 settembre 2022, 14.

[900] Favorevole al consenso "selettivo", D. BIANCHI, *Le pene sostitutive*, cit., 176-177; *Contra*, R. BARTOLI, *Punire in libertà: le nuove pene sostitutive*, cit., 1418.

"condizionatamente" alla sostituzione[901]. Verosimilmente, non vi saranno invece ostacoli alla concessione di un consenso generico in caso di soggetto che, conscio della propria conclamata "pericolosità criminale", possa ragionevolmente attendersi un diniego da parte del Tribunale di Sorveglianza della più favorevole misura dell'affidamento in prova.

Ancora, non è irragionevole ipotizzare che il Tribunale di Sorveglianza possa subire un certo qual condizionamento ogniqualvolta il condannato, avendo prestato il proprio consenso, si veda poi rigettare l'istanza di applicazione della sanzione sostitutiva da parte del giudice di cognizione. Certo, rileverà il lasso di tempo intercorso tra l'una e l'altra richiesta, nonché l'eventuale sopraggiungere di elementi nuovi, ma è plausibile immaginare che la decisione presa in sede di cognizione possa esercitare una certa influenza sul giudizio di sorveglianza. Diventa allora fondamentale la capacità argomentativa del giudice di cognizione in punto di motivazione: egli dovrà sostenere in maniera convincente la mancata sostituzione, non limitandosi a fare uso delle ben note formulette stereotipate[902].

In definitiva, il destino delle nuove pene sostitutive è nelle mani del giudice, dell'imputato, ma anche del suo difensore. Infatti, la disciplina così come configurata valorizza fortemente il ruolo dell'avvocato, il quale non solo è chiamato ad accompagnare i propri assistititi «in un percorso di seria informazione tecnica, in vista di una scelta approfondita e responsabile, in modo da evitare il rischio di adesioni apparenti o scarsamente consapevoli», ma deve anche farsi carico di allegare «tutti gli elementi indispensabili per la "costruzione" della pena-programma, la più adatta possibile alle esigenze di vita e familiari dell'imputato»[903].

La novella presuppone un vero e proprio cambio di mentalità della magistratura di cognizione. Un effetto indiretto delle nuove sanzioni sostitutive è, infatti, la "contaminazione" del giudizio di merito con elementi tipici del procedimento di sorveglianza: viene trasferita al momento della cognizione un'operazione di irrogazione

[901] V., per tutti, lo *Schema operativo per l'applicazione delle pene sostitutive delle pene detentive brevi*, sottoscritto presso la Corte di Appello di Milano dal Presidente di quest'ultima, dal Tribunale di Sorveglianza di Milano, dal Tribunale di Milano, dall'Ordine degli Avvocati di Milano, dalla Camera Penale di Milano e dall'UEPE, 13 febbraio 2023, pubblicato in *www.sistemapenale.it*.

[902] A. MENGHINI, *Carcere e Costituzione*, cit., 494.

[903] V., *amplius*, A. CALCATERRA, *Le novità introdotte dalla riforma Cartabia. Le nuove soluzioni sanzionatorie e il rinnovato ruolo dell'avvocatura*, in *Quest. giust*., 15 febbraio 2023, 5 ss.

sanzionatoria attualmente riservata alla giurisdizione di sorveglianza[904]. Di conseguenza, l'oggetto del processo si dovrà necessariamente ampliare per ricomprendere un'indagine più approfondita della personalità dell'imputato e la formulazione di ipotesi trattamentali per i condannati[905]. Il giudizio in sede di cognizione, tradizionalmente incentrato sul fatto, dovrà farsi permeare anche da valutazioni sull'uomo e a tal fine sarà fondamentale, come vedremo, un proficuo rapporto di collaborazione con gli Uffici di esecuzione penale esterna, indispensabili per la raccolta delle informazioni sulla persona condannata, sulla sua vita precedente o successiva al reato[906].

C'è chi ha parlato a tal proposito di una «nuova cultura della discrezionalità sanzionatoria» e di una «nuova cultura del punire orientata alla sussidiarietà costituzionale»[907]. Nelle trame della riforma Cartabia, sia pur con tutti i limiti che abbiamo evidenziato, la discrezionalità sembra, infatti, aver recuperato la sua più autentica funzione costituzionale, una funzione "equitativa" e individualizzante, nel solco di una finalità finalmente esplicitata a chiare lettere.

*4.2.3.2. L'udienza di* sentencing ex *art. 545*-bis *c.p.p.*

Tra le innovazioni apportate dalla riforma Cartabia, sul fronte processuale, merita particolare attenzione, per il suo stretto legame con le modalità di esercizio del potere discrezionale del giudice, l'introduzione dell'inedita udienza di *sentencing ex* art. 545-*bis* c.p.p., quasi subito emendata dal d.lgs. n. 31 del 2024 (c.d. "correttivo Cartabia"). Invero, il passaggio da una discrezionalità meramente quantitativa ad una qualitativa «può mutare […] lo stesso modo di gestire la pena nel suo complesso»[908].

Nelle intenzioni del legislatore delegato, si sarebbe così venuto a creare un "*locus* processuale" specificamente pensato per consentire al giudice di decidere sulla

[904] F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, cit., 13. Parla di «osmosi» tra le due giurisdizioni, G.M. PAVARIN, *La "legge Cartabia" tra pene sostitutive e sorveglianza*, cit.

[905] R. DE VITO, *Fuori dal carcere? La "riforma Cartabia", le sanzioni sostitutive e il ripensamento del sistema sanzionatorio*, cit., 29.

[906] Sottolinea questo aspetto L. GOISIS, *Rieducazione e sanzioni sostitutive nella recente riforma della giustizia penale*, cit., 58-59, ma anche R. DE VITO, *Fuori dal carcere? La "riforma Cartabia", le sanzioni sostitutive e il ripensamento del sistema sanzionatorio*, cit., 32-33, il quale esorta ad investire sugli Uffici di esecuzione penale esterna, pena il fallimento della riforma.

[907] M. VENTUROLI, *Verso un nuovo paradigma di individualizzazione della pena?*, cit., 14 e 16, il quale ritiene che il d.lgs. 150/2022 abbia gettato «le basi per una rinnovazione concettuale della discrezionalità sanzionatoria, vale a dire un ritorno ad un ruolo programmatico della stessa». Di «sfida culturale» parla anche il Garante nazionale dei diritti dei detenuti e delle persone private della libertà, *Relazione annuale al Parlamento 2022*, in *www.garantenazionaleprivatiliberta.it*, 107.

[908] R. BARTOLI, *Punire in libertà: le nuove pene sostitutive*, cit., 1420.

sostituzione della pena detentiva breve, acquisendo – dagli Uffici di esecuzione penale esterna, dalle forze di polizia e dalle parti stesse – informazioni qualificate al fine di selezionare la pena sostitutiva più adeguata a contemperare le esigenze di risocializzazione costituzionalmente connesse alla sanzione penale con quelle retributive e special-preventive[909]. Si sarebbe così realizzata una sorta di procedura bifasica, ispirata al modello del *sentencing* di matrice anglosassone[910], in grado di bilanciare esigenze di garanzia, di efficienza e di adeguatezza del materiale informativo a disposizione del giudice per le valutazioni di carattere specialpreventivo, fulcro del nuovo sistema sanzionatorio sostitutivo[911].

In questa prospettiva, secondo quanto stabilito dalla prima versione dell'art. 545-*bis* c.p.p., immediatamente dopo l'emissione del dispositivo di condanna a pena detentiva non superiore a quattro anni, il giudice, al ricorrere delle «condizioni per sostituire la pena detentiva», doveva darne «avviso alle parti», di modo che queste potessero interloquire sul punto; dopodiché, se l'imputato avesse prestato il proprio consenso alla sostituzione o fosse stata applicabile la pena pecuniaria sostitutiva, il giudice avrebbe potuto: a) decidere immediatamente se e come sostituire la pena oppure b) rinviare ad «apposita udienza non oltre sessanta giorni, dandone contestuale avviso alle parti e all'ufficio di esecuzione penale esterna competente» affinché quest'ultimo raccogliesse «tutte le informazioni ritenute necessarie in relazione alle condizioni di vita, personali, familiari, sociali, economiche e patrimoniali dell'imputato» e predisponesse «il programma di

[909] Per G. DE VERO, *La riforma del sistema sanzionatorio penale*, cit., 9-10, «[t]ale distinta e successiva fase di *sentencing* dovrebbe promuovere una più meditata valutazione da parte del giudice, all'altezza dei criteri consegnatigli dalla legge» e «[s]oltanto il ricorso da parte del giudice a questa più complessa e adeguata procedura può rendere ragione all'intento sbandierato dalla riforma di realizzare un'autentica anticipazione in sede di cognizione di quanto si è sinora sviluppato in termini di misure alternative alla detenzione in sede esecutiva».

[910] Parlano apertamente di sistema bifasico la maggior parte degli studiosi: cfr., tra gli altri, D. GUIDI, *La riforma delle "pene" sostitutive*, cit., 33, R. BARTOLI, *Punire in libertà: le nuove pene sostitutive*, cit., 1420; A. ABBAGNANO TRIONE, *Le latitudini applicative della commisurazione e della discrezionalità nel sistema delle pene sostitutive*, cit., 14; D. BIANCHI, *Le pene sostitutive*, cit., *passim*. Tuttavia, secondo S. CARNEVALE, *Il tempo perduto e il tempo ritrovato: questioni aperte in materia di sospensione dell'ordine di esecuzione*, in G. FORNASARI, A. MENGHINI (a cura di), *Il carcere come extrema ratio. Atti del Convegno. Trento, 20-21 dicembre 2024*, Napoli, 2025, 179-180, «la neo-introdotta fase di eventuale approfondimento giudiziale non traghetta affatto il nostro sistema verso il modello adottato nei sistemi di *common law*, perché la parentesi dedicata alle sanzioni sostitutive si colloca ancora a pieno titolo dentro al processo penale e deve ancora soggiacere ai limiti – sacrosanti – che impediscono valutazioni tecniche sulla personalità del condannato che sia ancora imputato», di conseguenza, osserva l'autrice, «dovrebbe esservi una differenza percepibile, una discontinuità giuridicamente apprezzabile tra il materiale in uso alla magistratura di sorveglianza per concedere misure alternative e quello fruibile dal giudice della cognizione per determinare la pena».

[911] Cfr. *Relazione illustrativa* al d.lgs. 150/2022, cit., 246 ss.

trattamento della semilibertà, della detenzione domiciliare e del lavoro di pubblica utilità con la relativa disponibilità dell'ente». Secondo la Relazione illustrativa, quindi, data la natura di pena-programma delle nuove pene sostitutive, una volta acquisito il consenso dell'imputato, il rinvio alla c.d. udienza di *sentencing* doveva costituire la "regola", risultando esso superfluo solo in caso di applicazione della pena pecuniaria sostitutiva, ovvero nell'ipotesi di inapplicabilità di qualsiasi pena sostitutiva[912].

Tale impostazione, tuttavia, aveva fin da subito suscitato perplessità tra gli operatori giuridici, preoccupati per il notevole aggravio di lavoro che una simile procedura avrebbe comportato. Nei primi protocolli applicativi per l'applicazione delle pene sostitutive sottoscritti a livello di Distretto di Corte di Appello o di Circondario avevano pertanto trovato spazio interpretazioni riduttive, volte a circoscrivere il più possibile sia l'avviso alle parti, sia il coinvolgimento dell'UEPE[913].

Il "correttivo Cartabia" ha di fatto recepito tali linee guida, riscrivendo il primo comma dell'art. 545-*bis* c.p.p., in un'ottica di «complessiva semplificazione»[914]. Non solo l'udienza di *sentencing* è diventata del tutto eccezionale ma è venuto meno anche l'obbligo di avviso alle parti, «rendendo di fatto eccezionale pure il contraddittorio sulla possibilità (astratta o concreta che sia) di sostituzione»[915].

A seguito dell'intervento correttivo, il giudice può decidere secondo tre differenti modalità.

---

[912] Cfr. *Relazione illustrativa* al d.lgs. 150/2022, cit., 246 ss. In dottrina, cfr. G. VARRASO, *Riforma Cartabia e pene sostitutive: la rottura "definitiva" della sequenza cognizione-esecuzione*, in *www.giustiziainsieme.it*, 7 febbraio 2023, par. 3.1; I. MERENDA, *Profili innovativi e aspetti problematici della riforma delle pene sostitutive*, in *Arch. pen*., 2/2023, 10.

[913] Cfr. i protocolli richiamati da D. BIANCHI, *Le pene sostitutive*, cit., 220, nota 248, tra cui quelli degli Uffici giudiziari di Milano, di Torino, di Napoli Nord. Anche in dottrina era stata ritenuta a dir poco «irrealistic[a]» la possibilità per i giudici di differire di soli due mesi le udienze dedicate al *sentencing* e, ancor di più, la capacità degli UEPE di svolgere le attività richieste entro il medesimo lasso temporale; così, N. MADÌA, *Le pene sostitutive nella riforma Cartabia: profili generali*, cit., 47.

[914] Cfr. *Relazione illustrativa* al d.lgs. n. 31/2024, recante disposizioni integrative e correttive del d.lgs. n. 150/2022, in *www.sistemapenale.it*, 16 gennaio 2024, 35. In dottrina, sul "correttivo Cartabia" v. D. BIANCHI, *Il decreto correttivo in materia di pene sostitutive: interventi ragionevoli, semplificazioni eccessive e occasioni mancate*, in *www.legislazionepenale.it*, 4 giugno 2024; A. DI DOMENICO, *Applicazione delle pene sostitutive all'esito del giudizio di appello e consenso dell'imputato: primi problemi interpretativi al vaglio della cassazione e brevi riflessioni sulle modifiche introdotte con il "correttivo Cartabia"*, in *www.sistemapenale.it*, 10 settembre 2024, 10 ss.

[915] D. BIANCHI, *Le pene sostitutive*, cit., 221. L'autore osserva altresì che la modifica ha significativamente alterato «la sequenza procedimentale di valutazione dell'applicabilità delle pene sostitutive»: «pare che il giudice nella medesima camera di consiglio in cui statuisce la responsabilità penale dell'imputato e determina la misura della pena detentiva, una volta rilevata la presenza dei requisiti "formali", debba valutare anche i presupposti "sostanziali" di cui all'art. 58 l. n. 689/1981».

La prima, che dovrebbe ora costituire la regola, è la "decisione immediata" o "contestuale", la quale può naturalmente essere sia positiva («[i]l giudice, se ritiene che ne ricorrano i presupposti, sostituisce la pena detentiva con una delle pene sostitutive») che negativa (in caso di inapplicazione della pena sostitutiva). Ciò significa che la sostituzione è disposta (o esclusa) nel primo e unico dispositivo, pronunciato all'esito della camera di consiglio *ex* art. 545 c.p.p., senza alcun contraddittorio successivo tra le parti e che devono già sussistere tutti i presupposti per la sostituzione, compreso il consenso dell'imputato. Inoltre, poiché nel dispositivo devono essere indicati la specie e il contenuto della pena sostitutiva, il giudice deve anche aver già acquisito tutti gli elementi concreti per determinare l'esatta fisionomia della pena sostitutiva[916].

In subordine, «[q]uando non è possibile decidere immediatamente, il giudice, subito dopo la lettura del dispositivo, sentite le parti, acquisito, ove necessario, il consenso dell'imputato, integra il dispositivo indicando la pena sostitutiva con gli obblighi e le prescrizioni corrispondenti». In altri termini, qualora a causa di eventuali lacune non sia possibile decidere direttamente, il giudice può avviare un'interlocuzione con le parti, eventualmente anche su tempestiva richiesta dell'interessato formulata immediatamente dopo la lettura del dispositivo[917]. Va da sé che, qualora sia attivata questa seconda scansione procedurale, la difesa dovrà essere pronta ad esibire la documentazione necessaria (ad esempio, la titolarità di un domicilio idoneo, la disponibilità di un ente per lo svolgimento di lavori di pubblica utilità, la disponibilità per l'assunzione da parte di un datore di lavoro, ecc.) e l'imputato dovrà formulare il consenso che non abbia già eventualmente prestato. Una volta acquisiti tutti gli elementi mancanti, il giudice dovrà nuovamente ritirarsi in camera di consiglio per valutarli e decidere se confermare la non applicazione della pena sostitutiva o sostituire dando lettura del "dispositivo integrato"[918].

In terzo luogo, in via del tutto residuale, soltanto qualora il giudice debba procedere agli ulteriori accertamenti di cui al co. 2 dell'art. 545-*bis* c.p.p., poiché ritiene insufficienti le informazioni emerse dall'istruttoria e dall'interlocuzione immediatamente successiva al dispositivo, può fissare una nuova udienza, decidendo così in via differita

[916] S. LUERTI, *L'applicazione delle pene sostitutive nel processo di cognizione*, in R. BARTOLI, G.L. GATTA, V. MANES (a cura di), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale. Le modifiche al sistema sanzionatorio penale*, vol. III, Torino, 2024, 79.

[917] *Ivi*, 80, precisa che comunque l'apertura di tale fase interlocutoria è «rimessa alla volontà insindacabile del giudice».

[918] *Ibidem*.

se sostituire o meno. Il c.d. modello bifasico propriamente inteso opera, pertanto, esclusivamente nell'ambito di questa terza ipotesi[919].

È facilmente intuibile l'esigenza di contenimento dei tempi processuali che sta dietro alla scelta di ridimensionare fortemente il sistema bifasico originariamente elaborato[920], tuttavia, altrettanto evidente è l'annichilimento della valutazione prognostica sottesa alla sostituzione. In assenza di un contraddittorio sul punto e in possesso di scarne informazioni, che fotografano perlopiù il passato dell'imputato, il rischio è che il giudice «effettui un implicito vaglio negativo»[921] in merito all'applicazione della pena sostitutiva[922]. Oltretutto, il paventato risparmio di tempo è più apparente che reale, «o meglio concentrato tutto a vantaggio del giudice di primo grado, poiché la mancata – ancorché possibile – sostituzione andrà a discapito dei gradi successivi e, soprattutto, della fase esecutiva»[923].

In proposito pare opportuno dar conto di un orientamento inaugurato in una delle prime sentenze di merito di poco successive all'entrata in vigore della riforma (quindi precedenti al c.d. "correttivo Cartabia") che, sia pur applicando immediatamente la pena sostitutiva, rinviava l'elaborazione del programma di trattamento dell'UEPE alla

---

[919] A. ROIATI, *Il consenso dell'imputato quale presupposto applicativo delle pene sostitutive diverse dalla pena pecuniaria tra sostanziale e processuale*, cit., 75.

[920] L'eterogenesi dei fini a cui la nuova disciplina delle sanzioni sostitutive poteva dare luogo era già stata evidenziata dai primi commentatori. In proposito A. ABBAGNANO TRIONE, *Le latitudini applicative della commisurazione e della discrezionalità nel sistema delle pene sostitutive*, cit., 13-14, ha correttamente messo in luce che «[l]'ampia gamma di soluzioni sostitutive gemmate dal progetto Cartabia, l'approfondita visualizzazione delle problematicità individuali, l'adeguata definizione delle soluzioni trattamentali, anche di indole terapeutica, rivendica[no] "tempi e spazi processuali" specifici», che però «rischiano di rallentare, e non di poco, l'incedere del giudizio», per cui «il cd. *sentencing* finirà per confliggere con le concorrenti priorità predicate dalla riforma Cartabia e, segnatamente, con la "semplificazione e la speditezza del processo"». Analogamente anche N. MAZZACUVA, *Le sanzioni sostitutive e la pena pecuniaria (introduzione)*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2023, 555 e 557, parla di «pena sostitutiva che rallenta il processo».

[921] M. GIALUZ, *Osservazioni sui correttivi alla riforma Cartabia tra rettifiche condivisibili, qualche occasione perduta ed alcune sbavature*, in *www.sistemapenale.it*, 29 gennaio 2024, par. 2.2.

[922] D. BIANCHI, *Le pene sostitutive*, cit., 224, rileva inoltre che quanto osservato potrebbe comportare «un – poco commendevole – ritorno al passato, passato in cui – a livello giurisprudenziale – era pacifico che il giudice potesse escludere la sostituzione senza motivare sul punto, occorrendo espressa specifica motivazione solo in presenza di una puntuale richiesta di applicazione del trattamento sanzionatorio sostitutivo da parte dell'imputato». Questo rischio sembra, tuttavia, ridimensionato dai primi arresti della giurisprudenza di legittimità, che, sia pur riferiti alla disciplina pre-correttivo, si dimostrano estremamente attenti «alla verifica della sussistenza di una congrua motivazione che dia conto della esistenza di quei fondati motivi ostativi ad una prognosi favorevole in ordine al futuro comportamento del condannato che involge il rispetto delle prescrizioni».

[923] D. BIANCHI, *Le pene sostitutive*, cit., 225, che, in merito all'ammissibilità della richiesta di applicazione della pena sostitutiva nell'atto d'appello da parte dell'imputato rinvia a G. BIONDI, *L'applicazione delle pene sostitutive di pene detentive brevi nella fase di cognizione del processo penale*, cit., 111 ss. e 132.

successiva fase esecutiva dinnanzi al Magistrato di Sorveglianza ai sensi dell'art. 62 l. 689/1989, realizzando di fatto una sorta di *quartum genus* decisorio[924]. Il differimento della predisposizione del programma al momento di avvio dell'esecuzione davanti al Magistrato di Sorveglianza presenta il vantaggio di assicurare una maggiore aderenza temporale tra l'intervento dell'UEPE e l'effettiva esecuzione della pena, evitando che, nelle more dei giudizi di impugnazione, il programma elaborato in primo grado perda di attualità, con conseguente vano dispendio di risorse e attività[925]. Resta fermo che è al giudice che spetta il compito di individualizzare la pena e dunque egli non è vincolato dal programma di trattamento proposto dall'UEPE: se ritiene ammissibile la sostituzione ma non idoneo quello specifico programma rimane libero di «interloquire, adoperarsi, chiedere, farsi spiegare dall'UEPE il senso di quel programma»[926].

In definitiva, il percorso normativo dell'art. 545-*bis* c.p.p. testimonia la difficoltà di coniugare, all'interno del processo penale, esigenze di efficienza e di approfondimento valutativo. L'impianto originario della riforma Cartabia aveva immaginato un vero e proprio spazio procedurale dedicato alla decisione sulla sostituzione della pena, fondato su un contraddittorio informato e su un contributo qualificato dell'UEPE, in grado di offrire al giudice gli strumenti necessari per un giudizio realmente individualizzato. L'intervento correttivo del 2024 ha senz'altro semplificato la sequenza processuale, ma al prezzo di un indebolimento della funzione conoscitiva e dialogica che avrebbe dovuto sorreggere la discrezionalità giudiziale. Ne risulta un sistema in cui la decisione sulla pena sostitutiva tende a dipendere più dalla disponibilità immediata di informazioni e dal contesto organizzativo che da una ponderata valutazione prognostica sul percorso rieducativo del condannato. La sfida applicativa, a questo punto, sembra consistere nel

[924] Cfr. G.i.p. Trib. Milano, 18 gennaio 2023, in *www.sistemapenale,* con nota di G.L. GATTA, *Il giudice di cognizione torna ad essere giudice della pena: una prima condanna alla detenzione domiciliare*, *ivi*, 24 gennaio 2023. È il caso di ricordare che la predisposizione di un programma di trattamento è indispensabile esclusivamente nel caso di semilibertà sostitutiva (art. 55 co. 2 e 3 l. 689/1989), meramente eventuale, invece, con riferimento alla detenzione domiciliare e al lavoro di pubblica utilità.

[925] S. LUERTI, *L'applicazione delle pene sostitutive nel processo di cognizione*, cit., 84.

[926] Così, Cass. pen., sez. VI, 23 giugno 2025, n. 23335, in *www.foroplus.it.* La Corte di Cassazione annulla la pronuncia della Corte di Appello nella parte in cui ritiene che l'art. 545-*bis* c.p. non attribuirebbe al giudice il potere di modificare o integrare il programma di trattamento. I Giudici di legittimità precisano che, se è vero che la «decisione sulla sostituzione della pena passa attraverso il dialogo», spetta al giudice «il compito di "trovare" la giusta pena» […]. A ragionare con la Corte di appello, si dovrebbe invece ritenere […] che il contenuto della pena sostitutiva sia una prerogativa esclusiva dell'U.E.P.E., cioè di un ufficio esterno alla giurisdizione, e che il Giudice sia spogliato del suo potere, dovendo solo limitarsi, abdicando alla propria funzione, a recepire o rigettare la domanda di sostituzione sulla base di quanto predisposto dal terzo, cioè dall'U.E.P.E.».

recuperare – attraverso prassi virtuose, un uso costruttivo del potere giudiziale, e una responsabilizzazione di tutti gli attori coinvolti – quello spazio di approfondimento e di confronto che la norma, nella sua versione originaria, mirava a garantire.

#### *4.2.3.3. La revoca discrezionale delle pene sostitutive secondo una logica gradualistica*

Il *favor legislatoris* per l'esecuzione extramuraria della pena si coglie anche guardando alla nuova disciplina della revoca delle pene sostitutive, che subordina, ancora una volta, tale eventualità ad una valutazione discrezionale del giudice[927].

Invero, per le pene sostitutive diverse da quella pecuniaria, l'art. 66 della l. 689/1989 dispone che la mancata esecuzione della pena sostitutiva, ovvero la violazione grave o reiterata degli obblighi e delle prescrizioni ad essa inerenti[928], ne determina la revoca, lasciando però al giudice la possibilità di convertire la sanzione in altra pena sostitutiva più grave o ripristinare, per la parte residua, la pena detentiva. Lo stesso vale nell'ipotesi, ancor più grave, di condanna a pena detentiva per un delitto non colposo commesso dopo l'applicazione ovvero durante l'esecuzione di una pena sostitutiva, quando la condotta tenuta appare incompatibile con la prosecuzione della pena sostitutiva[929] (art. 72 co. 4 l. 689/1989[930]).

È del tutto evidente come la vigente normativa abbia attuato sia una mitigazione che una flessibilizzazione della disciplina nella fase patologica dell'esecuzione. Per un verso, infatti, sono stati espunti i rigidi automatismi che presiedevano alla revoca delle

---

[927] Diffusamente sul tema: S. LUERTI, *Revoca delle pene sostitutive e ipotesi di responsabilità penale*, in R. BARTOLI, G.L. GATTA, V. MANES (a cura di), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale. Le modifiche al sistema sanzionatorio penale*, vol. III, Torino, 2024, 185 ss.; D. BIANCHI, *Le pene sostitutive*, cit., 256 ss.

[928] La previgente formulazione, assai più rigorosa di quella attuale, faceva riferimento alla violazione di «anche solo una delle prescrizioni».

[929] Anche quest'ultima precisazione circa la valutazione di compatibilità tra la condotta tenuta e la prosecuzione della pena sostitutiva è una novità introdotta dalla riforma. Pertanto, il giudice ben potrebbe ritenere che il fatto criminoso *medio tempore* verificatosi non attesti «una proclività a delinquere "incompatibile" con la conservazione del trattamento sanzionatorio sostitutivo»; così, D. BIANCHI, *Il decreto correttivo in materia di pene sostitutive*, cit., 3.

[930] Si segnala, inoltre, che nei primi due commi dell'art. 72 cit. sono contemplate tre fattispecie criminose (nel caso in cui il condannato alla semilibertà o alla detenzione domiciliare sostitutiva rimanga assente, senza giustificato motivo, per più di dodici ore o si allontani dall'istituto di pena o dalla propria abitazione o il condannato alla pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità, senza giustificato motivo, non si rechi nel luogo in cui deve svolgere il lavoro o lo abbandoni) le quali danno vita ad un'ipotesi di revoca obbligatoria, contenuta nel co. 3, «salvo che il fatto sia di lieve entità». Anche qui, dunque, si lascia un sia pur limitato margine di apprezzamento al giudice.

pene sostitutive[931]; per altro verso, è stato ampliato il margine di discrezionalità del giudice (giudice della cognizione nel caso di applicazione del lavoro di pubblica utilità o Magistrato di Sorveglianza negli altri casi), il quale ha l'onere di valutare, caso per caso, la miglior risposta possibile alla mancata esecuzione della misura, alla violazione delle prescrizioni o alla commissione di un delitto non colposo, potendo «spaziare dalla mera ammonizione, all'attualizzazione delle prescrizioni, alla conversione nella pena sostitutiva più grave sino alla conversione nell'originaria pena detentiva»[932].

Il paradigma così delineato si ispira al modello della *Progressive loss of mitigation*, e cioè della progressiva perdita di tolleranza[933], ove la prospettiva di sostituzione si riduce progressivamente al reiterarsi delle condotte *lato sensu* trasgressive, fino a raggiungere il limite ultimo della conversione nella pena detentiva, espressiva dell'accertata inefficacia *ex post* del programma rieducativo e delle prescrizioni predisposte per prevenire la recidiva[934].

Tale meccanismo segue, quindi, una «logica gradualistica» e testimonia la «fiducia riposta dal legislatore nella capacità del giudice di parametrare le risposte del sistema punitivo alle singolarità del fatto concreto»[935].

### *4.2.4. In fase esecutiva: le misure alternative alla detenzione*

Alle pene sostitutive si affiancano le misure alternative alla detenzione[936], disciplinate dalla legge n. 354 del 1975 e rientranti nella competenza della Magistratura di Sorveglianza: affidamento in prova al servizio sociale, semilibertà, detenzione

[931] Ciò al fine di evitare una sorta di eterogenesi dei fini, come è avvenuto negli Stati Uniti, ove, a causa del meccanismo di revoca automatica della *probation* e del *parole* è derivato un massiccio aumento della popolazione carceraria; sul punto, E. DOLCINI, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive*, cit., 25.

[932] C. GOBBI, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione delle pene sostitutive*, in S. PREZIOSI (a cura di), *Le pene sostitutive*, Torino, 2025, 138. Come è stato osservato, «[l]a previsione di tramutamento della misura suscettibile di revoca in altra sanzione dello stesso genere […] assume una notevole importanza pratica e un ruolo strategico nel dichiarare all'interprete la *ratio* della riforma: confinare il carcere, nell'ambito delle pene di breve durata, nel ruolo di sanzione davvero residuale»; cfr. R. DE VITO, *Fuori dal carcere? La "riforma Cartabia", le sanzioni sostitutive e il ripensamento del sistema sanzionatorio*, cit., 31.

[933] A. VON HIRSCH, A. ASCHWORTH, *Proportionate sentencing. Exploring the principles*, Oxford, 2005.

[934] Cfr. N. PISANI, *La nuova vocazione specialpreventiva in positivo delle pene sostitutive*, cit., 90-91.

[935] A. ABBAGNANO TRIONE, *Le latitudini applicative della commisurazione e della discrezionalità nel sistema delle pene sostitutive*, cit., 14.

[936] In tema, S. CARNEVALE, F. SIRACUSANO, M.G. COPPETTA, *Le misure alternative alla detenzione e la liberazione anticipata*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2025, 195 ss.; G. FORTI, F. GIUNTA, G. VARRASO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2024, 161 ss.; P. TRONCONE, *Manuale di diritto penitenziario e delle misure punitive*, Torino, 2023, 125 ss. e 171 ss.; F. FIORENTIN, *Esecuzione della pena e misure alternative alla detenzione*, Milano, 2021.

domiciliare[937], a cui va senz'altro aggiunta la liberazione condizionale[938]. Entrambe le categorie sanzionatorie citate perseguono una finalità rieducativa e risocializzante, prevedendo l'espiazione della pena in un contesto diverso dal carcere (fatta eccezione per la semilibertà, in cui il rapporto con l'istituto penitenziario si attenua ma non viene meno). Alcune di tali misure (semilibertà e detenzione domiciliare) presentano un'impostazione strutturale analoga a quella delle nuove pene sostitutive[939]. Tuttavia, la loro operatività si colloca in fasi processuali differenti: le pene sostitutive, come si è detto, sono disposte dal giudice di cognizione al momento della sentenza di condanna, mentre le misure alternative sono accessibili esclusivamente nella fase esecutiva.

La discrezionalità della Magistratura di Sorveglianza nella concessione delle misure alternative alla detenzione rappresenta la naturale conseguenza della flessibilità della pena, corollario del principio rieducativo. Invero, se, come dice la Corte costituzionale, il condannato ha un vero e proprio diritto a vedere riesaminata la propria posizione nel corso dell'esecuzione[940], ne consegue che l'autorità giudiziaria deve disporre di un adeguato margine di discrezionalità per valutare, caso per caso, l'evoluzione del percorso penitenziario ed esistenziale del reo, prima e dopo i fatti per i quali è stato condannato, al fine di adeguare la sanzione ai progressi compiuti dal condannato e all'evolversi della sua personalità nel corso del trattamento[941].

È indubbio, quindi, che le misure alternative alla detenzione siano state concepite come strumenti del trattamento, chiamati precipuamente a realizzare la funzione rieducativa. Tuttavia, le successive evoluzioni giurisprudenziali e normative,

---

[937] A ben vedere, la legge sull'ordinamento penitenziario (l. n. 354 del 1975) inquadra tra le misure alternative alla detenzione anche la liberazione anticipata, secondo un'impostazione confermata altresì dalla Corte costituzionale che individua la comunanza tra le prime e la seconda nell'incidenza sulla libertà personale del condannato (Corte cost., 11 febbraio 2021, n. 17, in *www.cortecostituzionale.it*). In dottrina, tuttavia, si sottolinea la diversa natura della liberazione anticipata, data l'assenza di afflittività e di *supervision*, caratteri propri delle misure alternative. L'istituto in parola costituirebbe un mero beneficio che ha l'effetto di anticipare il fine-pena; cfr. M.G. COPPETTA, *Le misure alternative alla detenzione e la liberazione anticipata*, cit., 287.

[938] La liberazione condizionale, sebbene formalmente qualificata come causa di estinzione della pena, viene pacificamente assimilata alle misure alternative. Infatti, per effetto delle pronunce della Corte costituzionale, ha gradualmente assunto i connotati di uno strumento del trattamento rieducativo, diretto alla risocializzazione del condannato (cfr. Corte cost., 4 luglio 1974, n. 204, cit.) e la sua concessione – a partire dalla l. 663/1986 (c.d. legge Gozzini) – rientra nell'ambito di competenza del Tribunale di Sorveglianza. Il d.lgs. 123/2018 avrebbe dovuto completare l'*iter* di trasformazione della liberazione condizionale in misura alternativa, collocando l'istituto all'interno dell'ordinamento penitenziario, ma così non è stato, pertanto la misura continua ad essere disciplinata all'interno del codice penale.

[939] V. *supra* par. 4.2.3., spec. nota 852.

[940] Corte cost., 4 luglio 1974, n. 204, cit.

[941] Cfr., *supra*, Cap. 2, par. 3.3.2.

intervenendo sulle modalità di accesso, ne hanno progressivamente modificato anche la *ratio* ispiratrice.

Infatti, all'epoca della loro introduzione, nel 1975, le misure alternative erano concepite come un'alternativa secca alla detenzione, nel senso che avrebbe potuto eventualmente accedervi solo il soggetto la cui pena concretamente irrogata fosse rientrata nei limiti prestabiliti in via legislativa. Tali limiti erano ovviamente contenuti[942], così da consentire la fruizione delle misure alternative solo ad autori di modesta pericolosità sociale. In altri termini, le misure in questione erano alternative solo rispetto alle pene detentive brevi e, comunque, l'accesso alle stesse era sempre subordinato ad un previo periodo di carcerazione per permettere l'osservazione scientifica della personalità (tre mesi per l'affidamento in prova, ora ridotti ad un solo mese)[943]. Lo scenario muta profondamente, però, a seguito degli interventi della giurisprudenza costituzionale e di legittimità che interpretano le soglie di pena fissate per l'accesso alla misura dell'affidamento in prova non solo come pene irrogate in sentenza, ma anche come residuo di pene di maggior durata[944]. Questo apre la fruizione dei benefici penitenziari anche a soggetti condannati a pene di lunga durata e rafforza il concetto di progressività trattamentale già affermato dalla Consulta con l'emblematica sentenza n. 204 del 1974. Prima del 1986, però, la misura alternativa poteva essere richiesta solo dal soggetto *in vinculis*. È la legge Gozzini che introduce la possibilità di domandare al Pubblico Ministero (o all'allora esistente Pretore) l'accesso all'affidamento in prova anche «prima dell'emissione o dell'esecuzione dell'ordine di carcerazione», ovvero dalla libertà, sempreché la pena fosse contenuta nei limiti previsti. In presenza di tale istanza, il Pubblico Ministero o il Pretore dovevano sospendere l'ordine di esecuzione fino alla decisione del Tribunale di Sorveglianza[945]. Da ultimo, la legge Simeone-Saraceni del

[942] Ad esempio, per l'affidamento in prova al servizio sociale, l'originario limite stabilito per l'accesso era di due anni e sei mesi.

[943] C. RENOLDI, *La magistratura di sorveglianza tra crisi di legittimazione e funzione rieducativa della pena*, cit., 27.

[944] Cfr. Corte cost., 11 luglio 1989, n. 386, in *www.cortecostituzionale.it* che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 47 comma 1 o.p., nella parte in cui non prevedeva che nel computo della pena, ai fini della determinazione del limite dei tre anni per la concessione del beneficio dell'affidamento in prova al servizio sociale, si dovesse tener conto anche delle pene già espiate. Questo indirizzo è stato poi confermato da Cass. pen, Sez. Un., 18 giugno 1993, cit. Per una dettagliata ricostruzione delle principali modifiche legislative e giurisprudenziali che hanno interessato la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale v. S. REGINI, *Rassegna ragionata dell'evoluzione normativa dell'affidamento in prova al servizio sociale*, in G. FORNASARI, A. MENGHINI (a cura di), *Il carcere come* extrema ratio. *Atti del Convegno. Trento, 20-21 dicembre 2024*, Napoli, 2025, 123 ss.

[945] Cfr. l'art. 11 della legge 10 ottobre 1986, n. 663 che ha modificato l'art. 47 o.p.

1998 ha portato a termine tale disegno, stabilendo l'obbligo di sospensione dell'ordine di esecuzione di pene contenute entro i tre anni (limite poi innalzato a quattro anni o a sei anni per i tossicodipendenti) da parte del Pubblico Ministero, al fine di consentire ai soggetti in possesso dei requisiti di chiedere al Tribunale di Sorveglianza, entro trenta giorni, l'ammissione a qualsiasi misura alternativa.

Se, da un lato, il meccanismo sospensivo di cui all'art. 656 co. 5 c.p.p. mira ad evitare gli effetti desocializzanti delle pene detentive di breve durata, dall'altro, rappresenta il tentativo del legislatore di impiegare le misure alternative in chiave di contenimento della popolazione detenuta, svuotandole della loro originaria funzione trattamentale e risocializzante[946].

A tal proposito, non solo si deve constatare il fallimento delle misure alternative come strumenti di deflazione carceraria "in uscita", posto che, dopo cinquant'anni di politica di decarcerazione realizzata per mezzo di queste ultime, il tasso di sovraffollamento degli istituti penitenziari è attualmente esorbitante[947], ma anche la progressiva espansione dell'area del controllo penale attraverso l'ampliamento delle maglie dell'esecuzione penale esterna (c.d. *net-widening*)[948], che, di fatto, ha permesso al legislatore di portare avanti una politica di crescente carcerazione, riversando sulla Magistratura di Sorveglianza l'arduo compito di evitare l'implosione del sistema[949].

A ciò si aggiunga un'ulteriore e indiretta conseguenza scaturita dall'applicazione *ab origine* delle misure alternative: l'increscioso fenomeno dei c.d. liberi sospesi[950], ossia

---

[946] Si veda, di recente, A. MENGHINI, *Riflessioni sparse sulle misure alternative alla detenzione*, in G. FORNASARI, A. MENGHINI (a cura di), *Il carcere come* extrema ratio. *Atti del Convegno. Trento, 20-21 dicembre 2024*, Napoli, 2025, 139 ss.; E. ZUFFADA, *Il mosaico incompiuto. Le sanzioni in ambito penale tra scelte legislative e applicazione giurisprudenziali*, Torino, 2025, 122 ss.

[947] Al 15 gennaio 2026 si contano 63.581 detenuti a fronte di una capienza regolamentare di 51.277 posti, con un tasso di sovraffollamento medio del 138% circa. In proposito cfr. A. DELLA BELLA, *Sovraffollamento carcerario: soluzioni normative e prassi giurisprudenziali per uscire rapidamente dall'emergenza*, in *www.sistemapenale.it*, 12 novembre 2025.

[948] Il fenomeno della progressiva estensione e dispersione dei meccanismi di controllo sociale oltre i confini tradizionali del carcere è stato ampiamente studiato nella letteratura criminologica contemporanea. Per tutti, v. S. COHEN, *The Punitive City: Notes on the Dispersal of Social Control*, in *Contemporary Crises*, 3/1979, 339 ss. Come riporta M. BORTOLATO, *Presente e futuro delle misure alternative*, in *Giur. it*., 4/2025, 959, «tra pene detentive, pene sostitutive, misure alternative, misure di sicurezza, messe alla prova, etc. [l'area penale] raggiunge ormai oggi in Italia le 240.000 persone». In tema cfr. E. ZUFFADA, *Il mosaico incompiuto*, cit., 504.

[949] Cfr., in tal senso, F. PALAZZO, *Crisi del carcere e culture di riforma*, cit., par. 4; C. RENOLDI, *La magistratura di sorveglianza tra crisi di legittimazione e funzione rieducativa della pena*, cit., 26 ss.; M. BORTOLATO, *Le misure alternative tra prassi applicative ed esigenze di riforma,* cit., 1524-1525.

[950] Come riporta F. FIORENTIN, *I "liberi sospesi" tra criticità presenti e prospettive di riforma*, in *www.sistemapenale.it*, 4 novembre 2024, par. 1, l'espressione è stata coniata, all'indomani dell'entrata in vigore della l. Simeoni-Saraceni, dall'allora presidente del Tribunale di Sorveglianza di Torino, Mario

di coloro che attendono in libertà la pronuncia del Tribunale di Sorveglianza sull'istanza di accesso ad una misura alternativa. L'ingente carico di lavoro degli Uffici di Sorveglianza, infatti, non permette di rispettare il termine ordinatorio di quarantacinque giorni previsto dall'art. 656 co. 6 c.p.p., entro il quale il Tribunale dovrebbe sciogliere la riserva sulla concessione o meno della misura alternativa domandata dalla libertà. La conseguenza è che il numero di anni che intercorre tra l'istanza e la decisione molto spesso supera di gran lunga l'entità della pena irrogata[951] e, in questo intervallo di tempo, non di rado, i soggetti condannati si sono già reinseriti appieno nella società, ripagando i danni civili e morali causati dalle loro condotte, trovando un impiego stabile, mettendo su famiglia, riprendendo in mano la propria vita. Si tratta di una vera e propria falla del sistema che genera un'espiazione ben più lunga rispetto a quella stabilita nella sentenza di condanna e crea una pesante situazione di incertezza: come una spada di Damocle che pende loro sulla testa, a distanza di molti anni dal *dies commissi delicti*, questi soggetti si trovano a temere l'inflizione di una misura più o meno privativa della libertà personale, carcere compreso[952]. La questione è ancor più grave se si guarda alle proporzioni del fenomeno: sebbene non vi siano statistiche ufficiali, il numero dei liberi sospesi potrebbe aggirarsi intorno alle 100.000 unità[953], un contingente umano che amplia ulteriormente la platea dei soggetti sottoposti a forme di controllo penale, ma che «paradossalmente» è «assurto a valvola di salvezza del sistema[954]. Di fronte a una penalità dilagante, che preme

Vaduano, ed ispirata all'espressione dantesca di coloro che, appunto, "son sospesi" (Inferno, II, 52). In argomento cfr. anche S. CARNEVALE, *Il tempo perduto e il tempo ritrovato: questioni aperte in materia di sospensione dell'ordine di esecuzione*, cit., 169 ss.; N. ROMBI, *L'emblema di un sistema carcerario in crisi: i liberi sospesi*, in *Giur. it*., 5/2025, 1199 ss.

[951] S. CARNEVALE, *Il tempo perduto e il tempo ritrovato: questioni aperte in materia di sospensione dell'ordine di esecuzione*, cit., 172, parla di un periodo di tempo compreso tra i tre e i sette anni.

[952] V. MANCHISI, *Chi sono i "liberi sospesi", 80 mila in attesa di misure alternative per più tempo della pena…*, in *www.ilriformista.it*, 2022.

[953] Nel 2022, il Ministro della Giustizia, nel corso di un'interrogazione parlamentare ha parlato di 90.000 liberi sospesi (XIX Legislatura, Camera dei Deputati, Seduta del 13 febbraio 2023, Allegato B ai resoconti, p. XV s.); tuttavia, le stime di alcuni Tribunali di Sorveglianza suggeriscono che il fenomeno abbia oggi assunto dimensioni ben più ampie, coinvolgendo verosimilmente oltre 100.000 persone, e forse arrivando a sfiorare le 120.000 (così, ad esempio, riferisce il Presidente del Tribunale di Sorveglianza di Firenze, Marcello Bortolato, nel corso della puntata di Radio Radicale, Radio Carcere, *Liberi sospesi o vite sospese?* del 1 ottobre 2024, in *www.sistemapenale.it*).

[954] Sul fenomeno dei liberi sospesi merita di essere segnalata la questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Bergamo, in funzione di Giudice dell'esecuzione (ord. 18 luglio 2024, n. 190). Nel provvedimento *de quo* il Tribunale ha prospettato l'incostituzionalità del meccanismo di cui all'art. 656 co. 5 e 6 c.p.p., nella parte in cui non consente di sospendere la pena e, conseguentemente, di concedere le misure alternative, in ipotesi di superamento delle soglie di pena massima previste per ciascuna misura laddove la decisione del Tribunale di Sorveglianza non intervenga nel termine di quarantacinque giorni e pendano uno o più istanze pregresse di misure alternative. Nella situazione descritta, invero, la sopravvenienza dei nuovi titoli esecutivi determina *de facto* il sicuro rigetto della o delle richieste già

alle porte del carcere, endemicamente assediate, questa abusiva camera di decompressione consente la sopravvivenza delle strutture deputate all'esecuzione penale, impossibilitate ad assorbire, tanto negli istituti penitenziari quanto in esecuzione esterna, un popolo di 100.000 persone»[955].

In definitiva, la parabola evolutiva delle misure alternative alla detenzione – da strumenti che avrebbero dovuto rappresentare la massima espressione dell'ideale rieducativo a strumenti di gestione della congestione carceraria – non fa che complicare l'intricato quadro entro cui la Magistratura di Sorveglianza è chiamata ad operare quando si tratta di decidere in merito alla concessione di una misura alternativa.

#### *4.2.4.1. I criteri di giudizio per la concessione delle misure alternative e l'enorme discrezionalità della Magistratura di Sorveglianza*

Se, infatti, si procede ad analizzare i criteri legali di merito che presiedono all'applicazione delle misure alternative, ci si accorge immediatamente che si tratta di canoni di giudizio estremamente generici, che attribuiscono al Magistrato di Sorveglianza

presentate, il tutto a causa del patologico sforamento del termine ordinatorio di quarantacinque giorni. Per un commento v. V. MANCA, *Al vaglio della Consulta le norme che regolano i c.d. "liberi sospesi" e i tempi di decisione delle misure alternative*, in *Ius penale*, 4 dicembre 2024. La Consulta, tuttavia, senza entrare nel merito, ha ritenuto la questione manifestamente inammissibile per mancanza del presupposto della incidentalità. Invero, nel sollevare la questione di legittimità, il giudice *a quo* aveva contemporaneamente già statuito il rigetto dell'istanza di sospensione dell'ordine di esecuzione, esaurendo così la propria *potestas iudicandi* (cfr. Corte cost., 10 aprile 2025, n. 41, in *www.cortecostituzionale.it*).

Sul versante sovranazionale, invece, si impone all'attenzione il caso *Valorio c. Italia* (ric. n. 54859/20), che ha superato il filtro di ammissibilità e sarà dunque prossimamente trattato dalla Corte alsaziana. Il caso riguarda un soggetto che ha ottenuto l'affidamento in prova richiesto dalla libertà a distanza di sette anni dalla condanna definitiva, rimanendo pertanto "libero sospeso" per il corrispondente lasso di tempo. Nel ricorso sono state dedotte le violazioni degli articoli 8 par. 2 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 2 par. 3 del Protocollo n. 4 addizionale alla Convenzione (libertà di circolazione), sotto un duplice profilo: da un lato, la sussistenza di un'ingerenza statale nell'esercizio dei diritti convenzionali che, per il decorso del tempo, risulta priva del requisito della necessità ai fini della sicurezza pubblica, della difesa dell'ordine e della prevenzione dei reati; dall'altro, l'impossibilità di sottoporre al giudice interno la valutazione circa la persistente sussistenza dell'interesse statale all'esecuzione del residuo di pena, profilo rilevante anche ai fini della dedotta violazione dell'articolo 6 par. 1 CEDU, quale lesione del diritto di accesso a un tribunale.

Il ricorrente ha inoltre chiesto alla Corte EDU di accertare l'esistenza di un "problema strutturale" nell'ordinamento italiano e di pronunciarsi mediante una sentenza pilota. Sul punto cfr. F. FIORENTIN, *La crisi sistemica dell'esecuzione penale e la problematica dei liberi sospesi*, in *www.sistemapenale.it*, 8 maggio 2025, par. 4, secondo il quale «sembra che gli elementi per evidenziare un problema sistemico effettivamente sussistano: è accertata, infatti, sulla base di dati ufficiali forniti dallo stesso Stato contraente, la dimensione quantitativa del fenomeno, la sua uniforme distribuzione sul territorio, la annosa durata del problema e […] l'assenza di effettività dei rimedi organizzativi e normativi adottati per farvi fronte».

[955] In questi termini, S. CARNEVALE, *Il tempo perduto e il tempo ritrovato: questioni aperte in materia di sospensione dell'ordine di esecuzione*, cit., 174, ma anche F. FIORENTIN, *I "liberi sospesi" tra criticità presenti e prospettive di riforma*, cit., par. 1.

un enorme potere discrezionale[956]: previsione che la misura contribuisca alla rieducazione del reo e assicuri la prevenzione del pericolo di recidiva, per quanto riguarda l'affidamento in prova al servizio sociale; previsione che la misura sia idonea a evitare il pericolo di reiterazione, per quanto riguarda la detenzione domiciliare; previsione che la misura garantisca un graduale reinserimento del soggetto in società, per quanto riguarda la semilibertà; il sicuro ravvedimento per quanto riguarda la liberazione condizionale.

Sebbene la formulazione cambi a seconda dell'istituto che viene in gioco, ciascuna di queste misure implica un giudizio prognostico funzionale alla flessibilizzazione della risposta sanzionatoria, il cui asse portante è costituito dalla considerazione della persona del condannato, delle sue esigenze e delle concrete possibilità di un graduale reinserimento nel contesto sociale compromesso dalla commissione del reato, senza tuttavia escludere le esigenze di difesa sociale, che impongono un articolato bilanciamento di interessi contrapposti[957]. Invero, la valutazione della (residua) pericolosità sociale del soggetto deve essere sempre rapportata, di volta in volta, alla specifica misura richiesta, poiché ciascun beneficio comporta un diverso grado di libertà e presuppone differenti livelli di responsabilità (un conto è la concessione di un permesso premio di poche ore, un conto è l'accoglimento di una istanza di affidamento in prova al servizio sociale).

Se, da un lato, come si è detto, l'elasticità dei presupposti su cui deve basarsi il giudizio prognostico sulla personalità e sulla pericolosità dell'individuo è la diretta conseguenza dell'oggetto della cognizione della Sorveglianza – un giudizio sull'uomo e non sul fatto – dal momento che la presenza di criteri di valutazione troppo specifici si risolverebbe nell'introduzione di elementi di rigidità in un sistema volutamente flessibile, realizzando di fatto un controsenso[958]; dall'altro, non si possono nascondere le problematiche sottese a decisioni basate su parametri "fluidi". Quasi sempre, invero, tra

[956] Cfr. G.M. PAVARIN, *Le misure di comunità: una vera alternativa al carcere?*, in G. FORNASARI, A. MENGHINI (a cura di), *Il carcere come extrema ratio. Atti del Convegno. Trento, 20-21 dicembre 2024*, Napoli, 2025, 67 ss. F. PALAZZO, *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: tra attualità e tradizione, Studi in onore di E. Dolcini*, 2018, 541, ritiene che le misure alternative, quale massima espressione della finalità rieducativa, implichino necessariamente il riconoscimento di una «larga e speciale discrezionalità al giudice»: larga perché la discrezionalità concerne sia l'*an* che il *quomodo*; speciale perché attiene al profilo personologico del condannato. In tema v. anche F. FIORENTIN, *Discrezionalità giudiziale (e suoi limiti) nella "giurisdizione rieducativa"*, cit., 1 ss.

[957] Così, C. PAONESSA, *Giudizi prognostici e diritto penale*, cit., 134.

[958] A. MARGARA, *Il problema della discrezionalità nelle decisioni della magistratura di sorveglianza*, cit., 212.

i presupposti legislativi richiesti per la concessione di un beneficio penitenziario figurano requisiti di carattere soggettivo («sicuro ravvedimento», «grado di rieducazione raggiunto», ecc.), elementi di natura psicologica difficilmente accertabili su basi oggettive che, a ben vedere, non fanno che dilatare la discrezionalità della Magistratura di Sorveglianza[959]. E quando l'incertezza dei presupposti è eccessiva, si rischia di esigere dal magistrato una sorta di profezia sulla rieducabilità del soggetto[960].

Affinché la discrezionalità non sfoci in arbitrarietà e la flessibilità della pena sia gestita in maniera trasparente, allora, le indicazioni normative non sono da sole sufficienti per decidere nel caso concreto ma vanno integrate con i dati, le informazioni e i valori che derivano dal sistema penitenziario di osservazione e trattamento[961].

Da questo punto di vista, però, occorre distinguere a seconda che la misura alternativa sia concessa dalla libertà o dal carcere.

Nel primo caso, infatti, il Tribunale di Sorveglianza avrà a disposizione una piattaforma conoscitiva ben più articolata (osservazioni in carcere, relazioni psicologiche, psichiatriche o criminologiche, accertamenti clinici, ecc.) proveniente dall'amministrazione penitenziaria, dai servizi sociali, dal personale esercente una professione sanitaria, dagli organi di polizia, in ossequio all'approccio multidisciplinare dell'ordinamento penitenziario – che valorizza le diverse professionalità che compongono l'*équipe* di osservazione e trattamento[962] – un approccio certamente lungimirante, al di là delle difficoltà pratiche di attuazione dovute alle bene note carenze strutturali.

In caso di misura concessa *ab origine*, invece, la valutazione non potrà basarsi sui risultati dell'osservazione scientifica della personalità o sui progressi compiuti nel corso del trattamento, che di norma costituiscono la colonna portante delle decisioni in materia di concessione delle misure alternative, ma dovrà fondarsi sulla condotta tenuta dal

[959] F. VIANELLO, *Cultura giuridica ed esecuzione della pena: processi decisionali in tema di misure alternative alla detenzione*, in *www.questionegiustizia.it*, 2018, par. 2.

[960] G. NEPPI MODONA, voce *Ordinamento penitenziario*, cit., 56.

[961] Ancora, A. MARGARA, *Il problema della discrezionalità nelle decisioni della magistratura di sorveglianza*, cit., 213, parla a tal proposito di «discrezionalità piena», contrapponendola ad una «discrezionalità vuota» che si manifesta quando le valutazioni vengono effettuate in assenza di quei dati concreti, valori e criteri, e di conseguenza senza idonee motivazioni, avvicinandosi pericolosamente all'arbitrio.

[962] Dell'*équipe* fanno parte necessariamente il direttore dell'istituto, il funzionario giuridico-pedagogico e il funzionario di servizio sociale ed eventualmente anche uno psichiatra e un preposto della polizia penitenziaria.

soggetto in stato di libertà dopo la commissione del fatto. Le informazioni sul comportamento serbato dal condannato dopo il reato provengono essenzialmente da due fonti: gli organi di polizia e i servizi sociali operanti sul territorio.

Le informazioni di polizia sono sovente molto generiche e concise, specie se provenienti da organi operanti in città medie o grandi che spesso non hanno il tempo materiale di condurre ricerche dettagliate, e si limitano a fornire elementi retrospettivi quali il titolo di reato, la sentenza di condanna, eventuali pendenze giudiziarie e precedenti. Un'ulteriore difficoltà è poi costituita dal fatto che le forze di polizia non sono abituate a ragionare in termini di rieducazione, si tratta di un qualcosa che esorbita dal loro mandato istituzionale, e, non di rado, finiscono col fornire pareri che esprimono una notevole sfiducia nei confronti degli interventi risocializzanti di cui la Magistratura di Sorveglianza è istituzionalmente promotrice. Con ciò non si vuole negare che la sentenza di condanna debba essere oggetto di valutazione della Magistratura di Sorveglianza ma bisogna stare attenti a non cadere nell'equivoco per cui la stessa possa essere elevata a criterio decisivo da cui desumere la pericolosità sociale del condannato, senza che questa sia confermata da elementi ulteriori e successivi[963]. Il comportamento serbato dal reo prima della sentenza di condanna deve essere valutato ma non può costituire il punto centrale, occorre effettuare un giudizio globale che ricomprenda anche la condotta tenuta dal condannato in ambiente libero e tutti gli elementi emersi dalle indagini esperite e dalle informazioni assunte[964], tant'è che la Corte di Cassazione ha più volte censurato i motivi di rigetto delle istanze di accesso *ab initio* alle misure alternative basati esclusivamente sulla gravità del reato, sui precedenti penali e più in generale su condotte pregresse del condannato. Simili pronunce della Corte di Cassazione in sede di annullamento sono la cartina di tornasole di una certa qual «oggettivizzazione» dei giudizi di sorveglianza, ossia

[963] Oltretutto, il solo titolo di reato per cui il soggetto è stato condannato o per cui è attualmente imputato non rappresenta un'informazione di per sé esaustiva ed, anzi, potrebbe finanche essere fuorviante. Per valutare correttamente il peso specifico dei precedenti penali o giudiziari, il giudice dovrebbe farsi diligente e acquisire la sentenza di condanna o la *notitia criminis* così da comprendere il contesto fattuale e personale in cui il reato è stato commesso, la gravità effettiva della condotta, l'eventuale occasionalità del comportamento e il successivo atteggiamento del reo. Si veda la relazione di G.M. PAVARIN, *I giudizi discrezionali nelle alternative al carcere,* nell'ambito del convegno *Evoluzione del sistema penale e giudizi discrezionali*, Firenze, 9-10 maggio 2024, in *www.youtube.com/watch?v=387ZfEqL-0Q*.

[964] Cfr. Cass. pen., sez. I, 3 dicembre 2013, n. 773, in *C.E.D.,* n. 258402 che, a proposito dell'affidamento in prova, sostiene che «ai fini del giudizio prognostico in ordine alla realizzazione delle prospettive cui è finalizzato l'istituto, e, quindi, dell'accoglimento o del rigetto dell'istanza, non possono, di per sé, da soli, assumere decisivo rilievo, in senso negativo, elementi quali la gravità del reato per cui è intervenuta condanna, i precedenti penali o la mancata ammissione di colpevolezza». Analogamente, più di recente, Cass. pen., sez. I, 30 ottobre 2019, n. 1410 Rv. 277924.

la tendenza di una parte della giurisprudenza di merito a introdurre nella valutazione prognostica anche elementi fattuali come i precedenti, i carichi pendenti, il titolo di reato, le denunce, soprattutto laddove venga a mancare l'apporto dei tradizionali parametri fondati sull'osservazione dell'individuo[965].

L'altra fonte di informazioni della Magistratura di Sorveglianza è l'U.E.P.E., che in tali casi è chiamato a redigere la c.d. relazione socio-familiare, ovvero un documento che mira a inquadrare il vissuto, la storia personale e il contesto sociale e ambientale della persona, fornendo, ad esempio, dati relativi alla formazione scolastica, alla condizione familiare e alla situazione lavorativa. Il più delle volte però anche le relazioni redatte dall'U.E.P.E. forniscono elementi poco dettagliati e significativi poiché, visto il gravoso carico di lavoro, è complesso effettuare degli accertamenti puntuali e dunque molto spesso tali relazioni si basano sulle informazioni fornite dal condannato stesso.

È chiaro che nel complesso la piattaforma conoscitiva a disposizione della Magistratura di Sorveglianza per la concessione delle misure alternative dalla libertà risulta estremamente deficitaria. Senza contare che la problematica descritta può diventare ancor più acuta ove la richiesta di misura alternativa dalla libertà sia avanzata da un soggetto la cui pena non supera i diciotto mesi[966]. In questi casi, in base al protocollo stipulato all'interno delle singole realtà, l'UEPE competente potrebbe non essere nemmeno tenuto a redigere la relazione socio-familiare vera e propria, bensì un sintetico *report*, rendendo ancora più debole la già scarna istruttoria.

Oltre all'ampiezza del materiale istruttorio disponibile, vi possono essere ulteriori circostanze di carattere oggettivo in grado di incidere sul corretto esercizio della discrezionalità del Magistrato di Sorveglianza: «il carico di lavoro» (quanto più numerosi sono i procedimenti trattati in udienza, tanto meno approfondita risulta l'analisi del contenuto dei fascicoli); «le modalità di conduzione dell'udienza» (quando il Presidente concede al condannato la possibilità di esprimersi e gli rivolge domande, l'esito

[965] Su questo fenomeno, non del tutto sopito, v. L. SCOMPARIN, *Istanze rieducative e nuovi modelli di giurisdizione penale*, cit., 1413 ss.; G. DI CHIARA, *Il procedimento di sorveglianza*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2006, 223-224: «si è transitati dall'originaria verifica dei risultati del trattamento […] ovvero dalla valutazione prognostica delle possibilità risocializzative del condannato attraverso l'esame della personalità, ad aree più ampie coinvolgenti la valutazione dei fatti materiali da cui prendere le mosse per ricostruire il profilo personologico del condannato».

[966] Ricordiamo che in simili casi la mini-riforma del sistema penitenziario del 2018 ha attribuito la competenza a decidere circa la concessione della misura direttamente al singolo Magistrato di Sorveglianza, nominato dal Presidente del Tribunale (art. 678 co. 1-*ter* c.p.p.).

dell'udienza può mutare sensibilmente: l'idea che il giudice relatore aveva inizialmente maturato leggendo le carte può infatti cambiare tanto *in melius* quanto *in peius*); «l'impegno che le parti processuali mettono nel procedimento di sorveglianza» (una partecipazione attiva da parte del Procuratore Generale e del difensore impegnano il Tribunale a una motivazione più congruente e completa, in grado di dare compiuta ragione dei canoni impiegati per l'esercizio della propria discrezionalità); «il tempo trascorso tra la data del commesso reato, la data dell'irrevocabilità della sentenza di condanna e quella di celebrazione dell'udienza di sorveglianza» (più passa il tempo e più le istanze generalpreventive e specialpreventive negative tenderanno ad affievolirsi: soprattutto nei casi di istanze provenienti dalla libertà e quando non risultino ulteriori pendenze per reati successivi il giudice è chiamato a valorizzare il percorso rieducativo eventualmente intrapreso *medio tempore* dal soggetto)[967].

#### *4.2.4.2. La discrezionalità della Magistratura di Sorveglianza in ipotesi di cessazione patologica e fisiologica delle misure alternative alla detenzione*

L'estrema genericità dei criteri legislativi previsti per la concessione delle misure alternative e la conseguente ampia discrezionalità del Giudice della Sorveglianza trova un corrispettivo, in maniera del tutto coerente, anche nelle ipotesi di cessazione patologica e fisiologica delle misure alternative.

Partendo dai casi patologici, ove quindi la prosecuzione dell'esecuzione della pena in misura alternativa sia messa a rischio da una condotta tenuta dall'interessato, la disciplina della revoca esclude automatismi di sorta.

Per l'affidamento in prova al servizio sociale, la revoca è disposta «qualora il comportamento del soggetto, contrario alla legge o alle prescrizioni dettate, appaia incompatibile con la prosecuzione della prova» (art. 47 co. 11 o.p.). La stessa formula è utilizzata per la revoca della detenzione domiciliare (art. 47-*ter* co. 6 o.p.). La semilibertà, invece, può essere revocata qualora il soggetto «non si appalesi idoneo al trattamento»

[967] Queste le osservazioni frutto della quasi trentennale esperienza come Magistrato di Sorveglianza di G.M. PAVARIN, *Le misure di comunità: una vera alternativa al carcere?*, cit., 69-70. L'autore, oltre a individuare tali circostanze di carattere oggettivo, indica anche ulteriori fattori di natura soggettiva che senz'altro condizionano l'uso della discrezionalità da parte del Magistratura di Sorveglianza: «la sensibilità culturale; l'estrazione sociale; le precedenti esperienze professionali; il grado di aggiornamento giuridico; le convinzioni personali dei singoli magistrati di sorveglianza circa le funzioni della pena; la propensione al rischio che il singolo magistrato di sorveglianza abbia».

(art. 51 co. 1 o.p.). Infine, a seguito di una declaratoria di incostituzionalità[968] anche la revoca della liberazione condizionale, originariamente configurata in termini automatici in caso di commissione di un nuovo delitto o contravvenzione della stessa indole accertati con sentenza irrevocabile e in ipotesi di violazione delle prescrizioni inerenti alla libertà vigilata (art. 177 c.p.), è divenuta discrezionale, potendo essere disposta solo qualora la condotta del soggetto risulti incompatibile con il mantenimento della misura.

La decisione, pertanto, è rimessa ad una puntuale valutazione in concreto del caso di specie e risponde – in maniera ancor più accentuata rispetto a quanto stabilito per la revoca delle pene sostitutive – ad una logica flessibile e gradualistica.

In primo luogo, infatti, il Magistrato di Sorveglianza dispone di un potere di convocazione del soggetto ai sensi del co. 9 dell'art. 97 d.p.r. n. 230/2000 (norma riferita all'affidamento in prova al servizio sociale ma applicabile, per analogia, anche alle altre misure alternative). Ove, all'esito del colloquio, egli ritenga che il comportamento serbato sia «tale da determinare la revoca», avrà l'obbligo di informare l'omonimo Tribunale «affinché decida in ordine alla prosecuzione, sostituzione o revoca» della stessa; solo eventualmente potrà disporre con decreto motivato la sospensione interinale della misura (art. 51-*ter* o.p.)[969]. Il collegio avrà davanti a sé tre opzioni: revocare la misura alternativa – anche per motivi diversi da quelli indicati dal Magistrato di Sorveglianza – determinando il rientro in carcere del condannato, far proseguire l'esecuzione esterna oppure sostituirla con un'altra misura più restrittiva (nonché, se necessario, inasprire le prescrizioni).

In più, in seguito ad un intervento della Corte costituzionale[970], in caso di revoca dell'affidamento in prova il collegio potrà anche optare, a seconda della gravità della

[968] Corte cost., 23 dicembre 1998, n. 418, in *www.cortecostituzionale.it*.

[969] Tale potere di intervento temporaneo è stato attribuito al Magistrato di Sorveglianza in considerazione dei tempi abbastanza lunghi che di solito richiede il giudizio innanzi al Tribunale. Ai fini della scelta, il Magistrato di Sorveglianza dovrà formulare una prognosi sulla possibile decisione del Tribunale, orientandosi per la sospensione solo nei casi più gravi, ovvero quando vi sia un'elevata probabilità che l'organo collegiale revochi la misura; in tal senso F. FIORENTIN, *Esecuzione della pena e misure alternative alla detenzione*, cit., 212. Il provvedimento sospensivo però ha una durata limitata: «perde efficacia se la decisione del Tribunale non interviene entro trenta giorni dalla ricezione degli atti» (art. 51-*ter* co. 2 o.p.). In tal caso la misura alternativa riprenderà il suo corso.

[970] Corte cost., 29 ottobre 1987, n. 343, in *www.cortecostituzionale.it*, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 47, comma 10, o.p., nella parte in cui – in caso di revoca del provvedimento di ammissione all'affidamento in prova per comportamento incompatibile con la prosecuzione della prova – non consente al Tribunale di Sorveglianza di determinare la residua pena detentiva da espiare, tenuto conto della durata delle limitazioni patite dal condannato e del suo comportamento durante il trascorso periodo di affidamento in prova. Tale soluzione prende le mosse dalla considerazione che «non sempre il fallimento

violazione, per una revoca *ex tunc*, *ex nunc*, o parziale, e cioè, dal momento in cui è avvenuta la violazione della legge, della prescrizione o del programma (quest'ultima è l'ipotesi più frequente nella prassi)[971]. A tal proposito la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di precisare che la valutazione in merito non può incentrarsi esclusivamente sul singolo episodio contestato, specialmente se storicamente isolato, ma deve considerare se la violazione formale e conclamata delle prescrizioni sia stata tale, per gravità, modalità o reiterazione, da inficiare l'intero processo di recupero rieducativo – caso in cui il Tribunale dovrà optare per la revoca *ex tunc* – oppure, se almeno una parte di tale percorso possa essere considerato come utilmente eseguito, nel qual caso la revoca avrà effetto *ex nunc* o sarà solo parziale[972]. Lo stesso principio vale per la liberazione condizionale: il Tribunale di Sorveglianza è chiamato a determinare quanta parte del tempo trascorso in libertà condizionale sia computabile ai fini della pena effettivamente espiata, tenuto conto del periodo trascorso in osservanza delle prescrizioni imposte, delle restrizioni di libertà subite dal condannato, nonché della quantità e qualità dei comportamenti causa di revoca[973]. Per quanto concerne la detenzione domiciliare e la semilibertà invece, in caso di revoca, il periodo trascorso in esecuzione esterna è sempre detratto dal *quantum* di pena detentiva ancora da espiare, quindi la revoca opera sempre *ex nunc*.

Da ultimo, in ipotesi di cessazione fisiologica dell'affidamento in prova al servizio sociale residua un ulteriore margine di discrezionalità del giudice rispetto all'estinzione della pretesa punitiva (a differenza di detenzione domiciliare e semilibertà che si estinguono *ipso iure* una volta espiata la pena). In altri termini, la sola circostanza che non siano intervenute cause di revoca, secondo un orientamento giurisprudenziale risalente ma costante, non vale a sancire in modo automatico la positività dell'epilogo[974],

---

della prova è totalmente ascrivibile al condannato, ma a volte dipende tanto dalla fallibilità del giudizio prognostico formulato in sede di applicazione della misura, nonché dalla esiguità degli strumenti di concreto reinserimento offerti all'affidato per le ben note carenze strutturali e finanziarie [del sistema]».

[971] Cfr. D. VICOLI, A. BERNASCONI, *sub* art. 51-*ter o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2019, 756-758.

[972] F. FIORENTIN, *Esecuzione della pena e misure alternative alla detenzione*, cit., 217 che richiama esemplificativamente Cass. pen., sez. I, 23 gennaio 2012, n. 2667, in C.E.D., n. 251844.

[973] Corte cost., 25 maggio 1989, n. 282, in *www.cortecostituzionale.it*.

[974] Conseguenze dell'esito positivo dell'affidamento sono: l'estinzione della pena detentiva e di ogni altro effetto penale della condanna, ad eccezione delle pene accessorie perpetue (art. 47 comma 12 o.p.), e anche della pena pecuniaria, purché non sia stata già riscossa e il condannato si trovi in condizioni economiche disagiate. Non vengono meno, invece, le obbligazioni civili derivanti dal reato, né l'iscrizione della condanna nel casellario giudiziale. Discussa è poi l'estinzione delle misure di sicurezza: da una parte, la dottrina si dice favorevole a tale soluzione sulla base dell'art. 210 co. 2 c.p. che preclude l'applicazione

essendo invece necessaria una valutazione di risultato che tenga conto del comportamento serbato dal condannato durante tutto l'arco della misura e l'accertamento dell'avvenuta rieducazione del reo[975]. In caso di valutazione negativa dell'affidamento in prova, nonostante il silenzio del legislatore e la circostanza che la Consulta si sia espressa solo con riferimento all'ipotesi di revoca[976], si deve ritenere, alla luce del principio di uguaglianza, che il Tribunale di Sorveglianza debba procedere alla determinazione della pena residua da espiare, seguendo gli stessi criteri *ivi* indicati, poc'anzi illustrati, posto che, trattandosi di provvedimenti che coinvolgono restrizioni della libertà già subite dal condannato nel corso dell'affidamento, va rifuggito qualsiasi «automatismo» e «rigidità eccessiva»[977].

*4.2.4.3. Un bilancio sull'attività di sorveglianza*

Alla Magistratura di Sorveglianza viene assegnato un compito estremamente delicato: «stabilire se un soggetto può o non può essere "restituito" alla società»[978]. Come abbiamo visto, simili valutazioni implicano una profonda conoscenza della persona, del suo passato, del suo presente, ma soprattutto del suo percorso complessivo. Solo considerando l'evoluzione della personalità del soggetto nel prisma del tempo, come una realtà in divenire, suscettibile di cambiamento, pare possibile formulare un giudizio prognostico sull'avvenire e scegliere il momento giusto per concedere le misure alternative: non troppo presto, per non porre a rischio la persona e la collettività, ma

delle misure di sicurezza a seguito dell'estinzione della pena; dall'altra, la giurisprudenza ritiene necessaria una specifica pronuncia sul punto, posto che l'esito positivo della prova non fa venir necessariamente meno la pericolosità sociale del condannato. La "Commissione Giostra" e lo schema di decreto legislativo predisposto dal governo Gentiloni prevedevano, tanto la revoca delle misure di sicurezza personali, quanto della dichiarazione di abitualità, professionalità e tendenza a delinquere. Tali spunti non sono tuttavia stati recepiti dal legislatore. Circa le conseguenze dell'esito positivo cfr., per tutti, F. SIRACUSANO, A. PRESUTTI, *sub art. 47 o.p.*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2019, 643 ss.

[975] Così, abbastanza recentemente, Cass. pen., sez. I, 19 gennaio 2021, n. 7195, Rv. 280556-01. Secondo Cass. pen., Sez. Un., 27 febbraio 2002, n. 10530, in C.E.D., n. 220877, ai fini della valutazione dell'esito della prova, possono rilevare anche eventuali comportamenti negativi, particolarmente gravi (es. commissione di un nuovo reato), successivi al termine del periodo di affidamento ma precedenti al giudizio sull'esito, che costituiscono «indici sintomatici» del mancato recupero del condannato.

Sul punto, si registra invece il dissenso della dottrina che ritiene che l'esito positivo della misura coincida con l'assenza di revoca o cessazione, pena una duplicazione della sanzione penale e una decisione rimessa alla totale discrezionalità della Magistratura di Sorveglianza, senza alcuna indicazione legislativa. Vedi *amplius* F. SIRACUSANO, A. PRESUTTI, *sub art. 47 ord. penit*., cit., 646.

[976] V. Corte cost., 29 ottobre 1987, n. 343, cit.

[977] Cass. pen., Sez. Un., 27 febbraio 2002, n. 10530, cit.

[978] L. SCOMPARIN, *Istanze rieducative e nuovi modelli di giurisdizione penale*, cit., 1405.

neanche troppo tardi, per non rompere quel patto di responsabilità e fiducia che costituisce il volano per il reinserimento in società[979].

Eppure, troppo spesso si è «sentito ripetere che il settore della sorveglianza è chiamato di fatto a sgretolare il giudicato e a porre nel nulla il lavoro svolto e le risorse impiegate per giungere all'individuazione e alla condanna del colpevole»[980]. Le critiche ad un uso disinvolto della discrezionalità hanno colpito il Giudice della sorveglianza molto più che quello della cognizione. Il sistema penitenziario è stato posto sotto accusa per aver sostituito alle garanzie di legalità, certezza e uguaglianza della pena, una discrezionalità quasi arbitraria, che consente di estendere i benefici penitenziari anche agli autori di reati gravi o gravissimi[981]. A fronte di episodi – ancorché sporadici – di insuccesso applicativo delle misure alternative, l'opinione pubblica ha reagito con preoccupazione, condannando quello che viene percepito come eccessivo "permissivismo" o "indulgenzialismo" e invocando un maggiore grado di afflittività nella fase esecutiva della pena[982]. L'allarmismo, spesso alimentato anche dai *mass media*[983], si

[979] F. GIANFILIPPI, *La rieducazione nell'opera della Magistratura di Sorveglianza*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), "*La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*". *Atti del Convegno, Trento, 21-22 gennaio 2022*, Napoli, 2022,181.

[980] G.M. PAVARIN, *La "legge Cartabia" tra pene sostitutive e sorveglianza*, cit.

[981] F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della «scommessa» anticustodialistica agli insidiosi programmi del «doppio binario»,* cit., 80.

[982] Cfr. A. MARGARA, *Quale giustizia? Repetita non iuvant: ancora sulla pena e sul carcere*, cit., 1030 ss.

[983] Valga, per tutti, l'esempio della concessione della detenzione domiciliare c.d. in surroga (art. 47-*ter* co. 1-*ter* o.p.) al boss Pasquale Zagaria durante il periodo della pandemia da Covid-19, notizia che è stata per l'appunto diffusa dai *mass media* in termini allarmistici, senza però descrivere né le peculiarità della misura adottata, né l'*iter* argomentativo a supporto della decisione. Invero, il Tribunale di Sorveglianza, in considerazione del rilevante spessore criminale del soggetto, aveva cercato di individuare – senza successo – un altro istituto di pena dove poter far proseguire le cure chemioterapiche al detenuto. In un primo momento il Tribunale si era rivolto al responsabile del presidio medico carcerario per verificare la possibilità di trasferire l'interessato in un'altra struttura carceraria della Sardegna e, successivamente, aveva interpellato il DAP, sempre al fine di trovare un altro penitenziario attrezzato per fornire adeguate cure e assistenza. Solo di fronte al silenzio del DAP, il Tribunale di Sorveglianza ha infine concesso la detenzione domiciliare in surroga, prevedendo, peraltro, un termine di durata assai ristretto (tre mesi). Tale provvedimento costituiva, di fatto, una scelta costituzionalmente imposta, poiché il diritto alla salute (art. 32 Cost.) e il principio di umanità della pena (art. 27 co. 3 Cost.) non potevano, in questo caso, considerarsi recessivi di fronte alla pur legittima pretesa punitiva dello Stato nei confronti di un soggetto condannato per gravi reati. Sul punto, cfr. A. MENGHINI, *Il carcere al tempo del Coronavirus: tra provvedimenti coraggiosi della Magistratura di Sorveglianza e repliche "garantistiche" del governo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2020, 832-833, nonché A. DELLA BELLA, *La magistratura di sorveglianza di fronte al covid: una rassegna dei provvedimenti adottati per la gestione dell'emergenza sanitaria*, in *www.sistemapenale.it*, 29 aprile 2020. Più in generale, sul complesso rapporto tra *media* e giustizia penale v. AA.VV., *Informazione e giustizia penale*, (a cura di) M. RUOTOLO, 2019, Napoli.

è tradotto in una perdita di fiducia da parte dei consociati nel sistema penale e nella magistratura[984].

La dottrina, dal canto suo, ha stigmatizzato le conseguenze negative che un'eccesiva dilatazione della flessibilizzazione della risposta sanzionatoria può avere sulla complessiva tenuta del sistema sanzionatorio: quanto più si attribuiscono alla Magistratura di Sorveglianza ampi poteri di rideterminazione delle pene in concreto, tanto più si accentua il divario tra pena minacciata in astratto e pena eseguita in concreto, con ripercussioni negative sul piano delle garanzie penali, in particolare con riguardo alla prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie, e della tenuta della funzione deterrente della sanzione penale[985].

La soluzione preferibile per risolvere il problema alla radice – tanto lampante quanto difficilmente concretizzabile nella prassi – sarebbe certamente la predisposizione di un catalogo di pene principali variegato che includa anche tipologie non detentive.

In assenza di una simile riforma, tuttavia, si può ribattere alle critiche sopra esposte che, da una parte, l'istanza di prevenzione generale, intesa in senso negativo, non dovrebbe trovare spazio nelle fasi di commisurazione ed esecuzione della pena, poiché la sua applicazione rischierebbe di ridurre il reo a mero strumento di intimidazione, compromettendo così la funzione rieducativa, che nella fase esecutiva deve invece esprimersi al massimo grado[986]. Dall'altra parte, sul fronte del principio di legalità e dei suoi corollari, va anzitutto chiarito che il sistema, così come è attualmente configurato, è senza dubbio rispettoso della riserva di legge. Invero la pena che è ragionevole attendersi al momento della commissione del fatto, non è soltanto quella ricavabile dalle norme

[984] A. PRESUTTI, *«Alternative» al carcere e regime delle preclusioni*, in EAD. (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, 70, parla di un percepito senso di «diffidenza circa le attitudini valutative del giudice di sorveglianza».

[985] In argomento, M. PELISSERO, *Le metamorfosi della pena in fase esecutiva tra funzione rieducativa e legalità della pena*, cit., 344; F. MANTOVANI, *Pene e misure alternative*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1/1977, 111; A. DI MARTINO, *Rivoltarsi nella feccia di Romolo. Lessico di legge, situazioni di stallo e aporie del trattamento*, in *Dir. pen. cont*., 4/2015, 12 ss. M. CERESA-GASTALDO, *La legge, il giudice, la pena*, in ID. (a cura di), *Procedura penale esecutiva*, Torino, 2020, 15, scrive: «norme antitetiche predicano l'opposto: il carcere l'una, le alternative al carcere l'altra; e chiedono a giudici diversi di contendersi il campo della determinazione della pena: al primo prescrivono di commisurare, con la condanna, il trattamento sanzionatorio sulla base della gravità del reato e della capacità a delinquere dell'autore, senza però mettergli a disposizione sanzioni effettivamente proporzionate al fatto e adeguate all'obiettivo rieducativo; dal secondo pretendono indagini psicologiche e pronostici sugli esiti risocializzanti e sul rischio di recidiva del condannato, per forzare quella condanna e sostituire o ridurre la pena irrogata, potendo attingere a un catalogo di misure solo da quel momento e in quel contesto disponibile».

[986] Così già E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., 108 ss. e in partic. 112.

incriminatrici e dalle regole di commisurazione della pena in senso stretto, ma anche quella derivante dall'applicazione dei meccanismi di sostituzione e attenuazione esecutiva, anch'essi stabiliti *ex lege*. Infatti, le norme processuali e ordinamentali che incidono sul *quantum* e sul *quomodo* della sanzione sono state riconosciute dalla Corte costituzionale come norme penali sostanziali a tutti gli effetti, che dunque concorrono alla costruzione della fattispecie e ricadono nell'ambito applicativo dell'art. 25 Cost.[987]. Le misure alternative, pertanto, non rappresentano una deviazione rispetto alle pene edittali ma si inscrivono totalmente in esse: «sul piano della commisurazione giudiziale» ciò significa «che il giudice, quando pronuncia una condanna alla pena detentiva, è come se ne incorporasse tutte le sue potenziali varianti […] contemplate dall'ordinamento penitenziario: quale sarà poi quella effettivamente scontata, dipenderà dal comportamento che il condannato terrà in futuro»[988]. In secondo luogo, come già illustrato più sopra, il principio di prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie, costola del principio di legalità, può considerarsi recessivo, all'esito di un bilanciamento in concreto, rispetto alla funzione rieducativa della pena[989]. Infine, restano le censure sul versante della determinatezza collegate all'evanescenza dei presupposti per la concessione delle misure. A tal rispetto, è già stato evidenziato come l'estrema genericità dei parametri legislativi sia indubitabilmente problematica e potenzialmente idonea a far degenerare la discrezionalità in arbitrio, tuttavia si è anche detto che una certa qual elasticità nella formulazione dei requisiti di merito è fisiologicamente imposta dall'oggetto del giudizio di sorveglianza e comunque il dato normativo dovrebbe essere "riempito" con gli elementi extranormativi provenienti dagli organi del trattamento[990]. In aggiunta, va messo in luce anche l'atteggiamento della Corte costituzionale, la quale, proseguendo l'opera di

[987] Così, Corte cost., 26 febbraio 2020, n. 32, cit. che ha affermato la natura sostanziale di quelle disposizioni che non si limitano «a mere modifiche delle modalità esecutive della pena prevista dalla legge al momento del reato», ma comportano «una trasformazione della natura della pena, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del condannato». In dottrina, cfr. M. CERESA-GASTALDO, *La legge, il giudice, la pena*, cit., 14. Più di recente, M. Bortolato,

[988] In questi termini, M. BORTOLATO, *Presente e futuro delle misure alternative*, cit., 959.

[989] V., *supra*, Cap. 2, par. 4.1.2., ove abbiamo sostenuto che il soddisfacimento del principio rieducativo e delle esigenze di individualizzazione del trattamento sanzionatorio possono condurre ad una certa qual relativizzazione del principio di prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie. Invero, l'applicazione di una misura alternativa, pur producendo quello iato tra pena astrattamente minacciata, pena irrogata e pena eseguita che intacca la prevedibilità del sistema, sembra trovare una solida legittimazione in quanto diretta al soddisfacimento di obiettivi di rango costituzionale che – nel caso concreto, in base ad un giudizio discrezionale e individualizzato – sono ritenuti dal giudice prevalenti rispetto alle esigenze generalpreventive e di calcolabilità della decisione giudiziaria.

[990] Cfr. il paragrafo precedente.

smantellamento degli automatismi penitenziari e restituendo, conseguentemente, alla Magistratura di Sorveglianza la discrezionalità che le era stata sottratta[991], dimostra indirettamente di ritenere le istanze rieducative prevalenti rispetto al principio di determinatezza[992].

Proprio la concessione delle misure alternative, lungi dal rappresentare un modo per rendere ineffettiva la pena, realizza pienamente la funzione assegnatale dalla Costituzione: «la speranza di attenuazioni graduali dello stato detentivo motiva psicologicamente il condannato a sottrarsi alle suggestioni di coloro che gli prospettano il sodalizio criminale come l'unico modo per tutelarsi, dentro e fuori del carcere»[993] e, dati alla mano, produce un drastico abbattimento delle ipotesi di recidiva. Torna a delinquere quasi il 70% di coloro che espiano l'intera pena in carcere contro il 19% di quanti beneficiano di una misura alternativa e addirittura l'1-2% di coloro che sono stati immessi nel circuito lavorativo[994]. Oltretutto, a dimostrazione della serietà con cui la Magistratura di Sorveglianza esercita quotidianamente le proprie funzioni e il proprio potere discrezionale, è sufficiente considerare i dati sui provvedimenti di revoca delle misure alternative alla detenzione, la cui incidenza rispetto al numero delle concessioni risulta estremamente contenuta (attorno all'1%)[995].

A queste statistiche si potrebbe, però, opporre il rilievo che i beneficiari di percorsi extramurari sono soggetti la cui pericolosità sociale è piuttosto contenuta, poiché tra i requisiti soggettivi da valutarsi ai fini della concessione delle misure alternative può sempre annoverarsi, in forma esplicita o implicita, il pericolo di commissione di nuovi reati, e dunque, è giocoforza ritenere che all'area penale esterna accederanno quei

[991] V. Cap. 2, par. 5.3. e 5.3.1.

[992] Su questo specifico aspetto, ma anche più ampiamente sul tema dello scollamento tra pena minacciata in astratto e pena eseguita in concreto, v. A. MENGHINI, *Carcere e costituzione*, cit., 106 ss., in partic. nota 89.

[993] G. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo*, cit., par. 7.

[994] Fondamentale al proposito l'indagine condotta da F. LEONARDI, Direttore dell'Osservatorio delle misure alternative presso la Direzione Generale dell'esecuzione penale esterna del Ministero della Giustizia, Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, "*Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale e abbattimento della recidiva*", in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2/2007. Dati che non sono sostanzialmente cambiati come dimostrano studi più recenti: cfr. *XXI Rapporto di Antigone sulle condizioni, di vita e non, carcerarie in Italia. Senza respiro,* in *www.antigone.it*, luglio 2025.

[995] Cfr. la relazione *Adulti in area penale esterna in misura alternativa alla detenzione. Analisi statistica dei dati Anno 2022*, in *www.giustizia.it*, 22 ss. Per quanto riguarda nello specifico le revoche delle misure alternative per la commissione di nuovi reati il dato è ancor più irrisorio (0, 19%); così riporta G. VASSALLI, *Oltre il sovraffollamento: violenza, fragilità e disuguaglianze nel sistema penitenziario. Il ruolo della Magistratura di Sorveglianza*, in *www.sistemapenale.it*, 20 novembre 2025, par. 9.

condannati la cui probabilità di ricadere nel reato è già in partenza minore. D'altra parte, però, è altrettanto vero che rimangono esclusi dai circuiti extramurari anche soggetti che, sulla base dei requisiti di meritevolezza, avrebbero tutto il diritto di accedervi, ma che, in assenza di una serie di condizioni fattuali (come per esempio, l'idoneità del domicilio, la disponibilità di un impiego, ecc.), sono tagliati fuori dal microcosmo dell'esecuzione penale esterna[996].

In definitiva, il ruolo della Magistratura di Sorveglianza si conferma tra i più complessi e delicati dell'intero sistema penale. Essa si colloca in una posizione di "equilibrio instabile", chiamata com'è a coniugare esigenze di sicurezza collettiva e tutela della funzione rieducativa della pena. Nelle decisioni affidate alla giurisdizione rieducativa non c'è solo «il consueto "peso" dell'errore giudiziario […], ma anche il "peso" – tutto esclusivo della Magistratura di Sorveglianza – di rappresentare in un certo senso l'"ultimo anello della catena" e quindi di veder ricadere su di sé tutte le aspettative, oltretutto mutevoli e contraddittorie, che la società ripone nel sistema della giustizia nel suo complesso»[997]. Le critiche rivolte alla discrezionalità giudiziale non possono oscurare il fatto che tale potere rappresenta lo strumento imprescindibile attraverso cui il giudice può cogliere la dimensione umana e dinamica del condannato, orientando il percorso sanzionatorio verso la risocializzazione. Pertanto, piuttosto che ridurre la discrezionalità *sic et simpliciter* o irrigidire i criteri di concessione, sarebbe auspicabile implementare gli strumenti istruttori a disposizione della Magistratura di Sorveglianza, incrementare gli organici degli Uffici di Sorveglianza, degli operatori penitenziari (dalla polizia

[996] Parla a tal proposito di «preclusioni di fatto» che impediscono l'accesso alle misure alternative G.M. PAVARIN, *Le misure di comunità: una vera alternativa al carcere?*, cit., 75 ss. D. PETRINI, *Certezza della pena e modelli sanzionatori*, in P. PISA (a cura di), *Verso la riforma del sistema sanzionatorio? Atti del convegno in ricordo di Laura Fioravanti*, Torino, 2008, 203 ss., osserva che i principali problemi che affliggono l'attuale apparato repressivo giuridico-penale «riguardano non tanto l'effettività complessiva del modello sanzionatorio, quanto piuttosto la *lacerazione del principio di uguaglianza*». Come viene ben evidenziato dalla dott.ssa Tuoni, Direttrice della c.c. di Firenze Sollicciano, in un recente studio dell'Università di Catania, *Progetto di ricerca EuriPen "Dall'Europa del populismo penale all'Europa dei diritti fondamentali: la riscoperta della funzione rieducativa come essenza riformatrice del sistema sanzionatorio per le persone e per gli enti"*, pubblicato in *www.sistemapenale.it*, 2022, 235 ss.: «[a]ttualmente il nostro ordinamento penitenziario prevede un'ampia gamma di possibilità per i detenuti, che ha subito numerosi rimaneggiamenti ma che, comunque, non sembra adeguatamente aggiornata alla nuova tipologia di detenuti […]. I benefici penitenziari, pertanto, andrebbero ripensati proprio alla luce di questa mutata tipologia di persone detenute […] che è completamente divers[a] da quell[a] pres[a] in considerazione dall'ordinamento penitenziario. Tutte le riforme che si sono succedute dal 1975, forse, non hanno tenuto adeguatamente in considerazione la nuova fisionomia di detenuto, compresi i detenuti extracomunitari».

[997] L. SCOMPARIN, *Istanze rieducative e nuovi modelli di giurisdizione penale*, cit., 1405.

penitenziaria ai funzionari giuridico-pedagogici), del personale degli UEPE, nonché investire nel rafforzamento dei collegamenti con le realtà del territorio (terzo settore, privato sociale, volontariato), la cui collaborazione costituisce un presupposto essenziale per l'efficacia dei percorsi di reinserimento.

## 5. La commisurazione in senso negativo

È da sempre considerata centrale nella scienza penalistica la riflessione sui limiti dell'intervento punitivo statuale, legata a doppio filo con la speculare questione della legittimazione del diritto penale[998]. Al di là della scelta in sé dell'incriminazione che spetta in via esclusiva al legislatore e che certamente non chiama in causa il potere giudiziario, può accadere che di fronte al caso concreto, ci si accorga che l'originaria scelta di punire non sia più univoca, o sia addirittura controproducente. Tale valutazione, tuttavia, non potendo sempre essere compiuta dal legislatore *ex ante* e in via astratta viene talvolta delegata agli organi giudiziari che dovranno legittimare "dall'interno" la scelta di non punire[999]; pertanto, in questi casi si apre nuovamente la porta alla discrezionalità.

Ora, all'interno del variegato panorama della "non punibilità"[1000] ci soffermeremo su quegli istituti di rinuncia alla pena orientati verso finalità deflattive di decongestionamento o alleggerimento del sistema la cui applicazione è rimessa, per l'appunto, alla discrezionalità del giudice. In simili casi si realizza, se vogliamo, una «commisurazione "negativa"», nel senso che il giudice opta per la rinuncia alla pena[1001]. Sembrano rispondere a questa *ratio* deflattiva: l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-*bis* c.p.); l'oblazione c.d. speciale (art. 162-*bis* c.p.); l'estinzione del reato per condotte riparatorie (art. 162-*ter* c.p.) e, più in generale, le sanzioni di tipo risarcitorio o riparatorio sparse nella legislazione speciale (ad esempio, in materia ambientale, tributaria o di sicurezza sul lavoro).

---

[998] Per approfondire il tema della legittimazione del diritto penale si rimanda a C.E. PALIERO, *L'agorà e il palazzo: quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, 95 ss.; ID., *La "riserva di codice" messa alla prova: deontica idealistica versus deontica realistica*, in *Criminalia*, 2019, 31 ss.; C. PERINI, *La legittimazione della norma criminale. Gli statuti di garanzia della penalità nella svolta di fine millennio*, Garbagnate Milanese, 2018; G. FORNASARI, voce *Legittimazione*, cit., 1599 ss.

[999] A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., 23-24.

[1000] Sul tema, cfr.: M. DONINI, *Non punibilità ed idea negoziale*, in *Ind. pen*., 2003, 1075 ss.; L. EUSEBI, *Forme e problemi della premialità nel diritto penale*, in *Studium iuris*, 2001, 207 ss.; G. RUGGIERO, voce *Punibilità*, in *Enc. dir*., Milano, 1988, 1143 ss.; L. STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla «punibilità»*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1985, 397 ss.; G. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir*., Milano, 1960, 609 ss.; M. ZANOTTI, voce *Punibilità (condizioni di),* in *Dig. disc. pen*., Torino, 1995, 534 ss.

[1001] L'espressione è di F. PALAZZO, *Commisurazione della pena e discrezionalità giudiziale*, cit., 1348.

Normalmente, nelle impostazioni dottrinali, nella prospettiva degli operatori giuridici, ma anche nell'immaginario collettivo, la rinuncia alla pena è considerata un fenomeno eccezionale[1002]. La mancata corrispondenza tra reato e pena deve però costituire un'eccezione costituzionalmente legittima. Occorre, dunque, indagare il fondamento della non punibilità e della relativa discrezionalità nei casi sopra citati, poiché le esigenze di deflazione e decongestionamento della macchina giudiziaria e del circuito penitenziario non possono rappresentare un fine ultimo costituzionalmente valido in sé e per sé. In altre parole, «la non punibilità, e la discrezionalità negativa che essa implica, non possono essere fondate unicamente sull'efficienza: se fosse così, in realtà non vi sarebbe neppure discrezionalità perché è ovvio che la scelta sarebbe sempre obbligata nel senso della non punibilità in quanto opzione più idonea ad assicurare efficienza»[1003]. Allora il fondamento degli istituti che implicano una discrezionalità negativa deve essere ricercato altrove, in altri principi di rilevanza costituzionale.

Sperando di non incorrere in eccessive semplificazioni, poiché gli istituti di cui stiamo discutendo rispondono contemporaneamente ad una pluralità di esigenze, sembra tuttavia possibile sostenere che essi siano fondamentalmente ispirati a due principi di ordine generale, entrambi riconducibili sotto l'ombrello dell'*extrema ratio* del diritto penale, di indubbio rango costituzionale e, che, conseguentemente, anche l'esercizio della discrezionalità negativa debba ispirarsi a questi due canoni[1004]. Il primo è la meritevolezza della pena; il secondo è la sussidiarietà del diritto penale.

La meritevolezza della pena sottintende un giudizio di valore, nel senso che postula una valutazione del disvalore del fatto in concreto, e si fonda su un bilanciamento di interessi[1005]. Espressione di questo principio può essere considerata l'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-*bis* c.p.[1006], che richiede al

[1002] A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., 25-26.

[1003] F. PALAZZO, *Commisurazione della pena e discrezionalità giudiziale*, cit., 1349.

[1004] *Ibidem*.

[1005] In particolare, sul rapporto tra meritevolezza e deflazione v. E. VENAFRO, *Meritevolezza di pena e logiche deflattive. Un breve schizzo introduttivo*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, Torino, 2002. Più in generale, sul principio di meritevolezza cfr. M. ROMANO, *"Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1992, 39 ss.; D. PULITANÒ, voce *Politica criminale*, in *Enc. dir*., 1985, 73 ss.; C.E. PALIERO, *Il mercato della penalità: bisogno e meritevolezza di pena nel rationale della punitività*, Torino, 2021.

[1006] In argomento, AA. VV. *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, (a cura di) G. FALCONE, Piacenza, 2018; M. TELESCA, *Contributo all'analisi dell'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, Torino, 2022, la quale individua la *ratio* dell'istituto nei principi di *extrema ratio* e di proporzione dei fatti bagatellari, nonché in esigenze processuali, e riporta tuttavia anche l'opinione di chi, da altro punto di vista, ravvisa il fondamento logico-funzionale e costituzionale dell'istituto nel principio di sussidiarietà

giudice una valutazione discrezionale delle modalità della condotta e dell'esiguità del danno ai sensi dell'art. 133 co. 1 c.p. al fine di determinare se l'offesa sia di particolare tenuità. Il legislatore prevede, però, una nutrita elencazione di casi in cui l'offesa non può ritenersi di particolare tenuità. Si tratta, in buona sostanza, di presunzioni assolute di non tenuità che vincolano in negativo il giudice[1007]. Ciononostante, l'applicazione dell'istituto rimane comunque nella discrezionalità di quest'ultimo; discrezionalità che, come si diceva, si ispira al canone della meritevolezza, escludendo la punibilità di fatti bagatellari in concreto[1008].

Al principio di sussidiarietà[1009] sembrano riconducibili gli altri istituti cui abbiamo precedentemente fatto cenno: l'oblazione speciale[1010] e tutte le ipotesi in cui l'ordinamento apre a sanzioni di tipo risarcitorio o ripristinatorio[1011]. In tutti questi casi,

---

dell'intervento penale, da intendersi come specificazione del principio di proporzione (in tale senso, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, ed. riv. e agg. 2020, 501).

Ricordiamo che l'istituto è stato da ultimo riformato dal d.lgs. 150/2022, che, innanzitutto, ne ha esteso il perimetro operativo ancorando il requisito oggettivo di applicazione non più al massimo edittale (cinque anni) ma al minimo (due anni); in secondo luogo, ha ampliato il catalogo di fattispecie ostative contenuto nel co. 3 dell'art. 131-*bis* c.p. (inserendo ad esempio, delitti in materia di violenza di genere, vari reati contro il patrimonio e contro la pubblica amministrazione, reati finanziari, alcuni reati militari, ecc.); infine, ha attribuito espressa rilevanza alla "condotta susseguente al reato". Per un commento sulla nuova disciplina cfr. N. RECCHIA, *Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto: estensione dell'ambito di applicazione, preclusioni e rilievo della condotta susseguente al reato*, in R. BARTOLI, G.L. GATTA, V. MANES, (a cura di), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale. Le modifiche al sistema sanzionatorio penale*, vol. III, Torino, 2024, 385 ss.

[1007] Secondo A. NAPPI, *La prevedibilità nel diritto penale*, cit., 553, tra queste, ad apparire più problematiche sotto il profilo assiologico sono quelle legate ad una dimensione *lato sensu* soggettiva e non puramente oggettiva (ad esempio, l'abitualità o l'aver agito per motivi abietti o futili). Analogamente, G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari-Roma, 2017, 95, secondo il quale siffatte presunzioni sbilanciano la valutazione di tenuità verso il reo, «rinunciando al primato dell'esiguità dell'offesa, quale parametro diagnostico più consono ad un modello liberale di diritto penale del fatto».

[1008] G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 826. A. NAPPI, *La prevedibilità nel diritto penale*, cit., 547-548, afferma che l'istituto in questione «certifica l'ineluttabilità di un tasso di divergenza tra l'idealtipo dell'offensività e i concreti fatti delittuosi».

[1009] In generale sul principio di sussidiarietà v. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico,* cit., 215 s.; G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, cit., 463 ss.; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale,* cit., 85 ss.; G. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale,* in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2013, 1654 ss.

[1010] Come noto, l'oblazione speciale o facoltativa è una causa di estinzione delle contravvenzioni punite con pena alternativa (multa e ammenda). In argomento, M. CODAGNONE, *Dell'oblazione*, in *Giust. pen*., 1965, 175 ss.; M. MAZZANTI, voce *Oblazione*, in *Noviss. dig. it*., Torino, 1965, 720 ss.; A. PENNISI, *Oblazione processuale e oblazione preprocessuale*, in *Giust. pen*., 1973, 556 ss.; L. MAZZA, voce *Oblazione volontaria (diritto penale)*, in *Enc. dir*., Milano, 1979, 562 ss.; A. MARTINI, voce *Oblazione* (profili sostanziali), in *Dig. disc. pen*., Torino, 1994, 401 ss.

[1011] In particolare, con riferimento all'istituto dell'estinzione del reato per condotte riparatorie *ex* art. 162-*ter* c.p. v. G. AMARELLI, *La nuova causa estintiva per condotte riparatorie ex art. 162 ter c.p*., in *Studium iuris*, 2017, 1421 ss.; C. PERINI, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex art. 162 ter: deflazione senza* Restorative Justice, in *Dir. pen. proc*., 2017, 1276 ss.; E. MATTEVI, *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, in A. SCALFATI (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Torino, 2017, 44 ss.; F. CAPOROTUNDO, *L'estinzione del reato per condotte*

infatti, il ricorso alla pena tradizionale potrebbe apparire non funzionale alla tutela del bene giuridico aggredito ed eccessivo in termini di costi a carico del singolo condannato (e del sistema giustizia). Ancora una volta, si lascia al giudice il potere-dovere di valutare se soluzioni sanzionatorie non detentive siano più efficaci in vista del raggiungimento degli scopi di tutela perseguiti dal diritto penale.

Nonostante il "salvataggio" di questi istituti operato mediante un ancoraggio al principio di *extrema ratio* dello *ius terribile*, le ipotesi di non punibilità connesse a obiettivi di deflazione paiono diventare l'ennesimo *escamotage* impiegato dal legislatore per non affrontare il più generale problema dell'ineffettività dell'attuale sistema sanzionatorio, collegata all'ipertrofia delle fattispecie incriminatrici[1012], scaricando nuovamente sulla magistratura l'onere di rimediare sul campo al disinvolto ricorso alla criminalizzazione.

## 6. La "commisurazione rito-dipendente": cursorie riflessioni sulle interferenze tra procedimenti speciali e commisurazione della pena

In un sistema penale ideale, il processo e la sanzione conseguente all'accertamento del reato dovrebbero costituire ambiti distinti e tra loro indipendenti. In tale prospettiva, lo svolgimento del processo e l'esercizio delle garanzie difensive da parte dell'imputato non dovrebbero incidere né sulla misura, né – a maggior ragione – sull'*an* della pena; allo stesso modo, il sistema sanzionatorio e le cornici edittali da esso previste non dovrebbero influire sulle modalità di accertamento del fatto né sul livello delle garanzie processuali riconosciute.

Tale impostazione, valida in linea generale ed astratta, conosce, tuttavia, importanti eccezioni sul piano pratico. È noto, infatti, come pressoché tutti gli ordinamenti penali contemporanei, per ragioni di politica criminale in senso lato, abbiano introdotto procedimenti "alternativi" o semplificati rispetto al rito ordinario caratterizzato

*riparatorie alla luce dei più recenti orientamenti della giurisprudenza ordinaria e di quella onoraria*, in *Cass. pen*., 2020, 6, 2555 ss.; S. GIANNINI, *La causa di estinzione del reato per condotte riparatorie. Criticità e prospettive di riforma*, in *www.discrimen.it,* 2 novembre 2021. In un'ottica comparata v. F. HELFERICH, *Le condotte riparatorie tra immancabile afflittività e potenzialità preventive. Un'indagine comparata*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1/2022, 321 ss. Ricordiamo, peraltro, che attraverso una significativa estensione del regime di procedibilità a querela operata dalla riforma Cartabia, è stato indirettamente ampliato l'ambito di applicazione dell'istituto.

[1012] A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, cit., 51. Analizza approfonditamente il problema dell'*overcriminalization*: A. CADOPPI, *Il "reato penale". Tra teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli, 2022, 39 ss.

dal massimo livello di garanzie. Ma al di là degli effetti più schiettamente processuali, ai circoscritti fini della presente indagine, si vogliono mettere in evidenza le rilevanti conseguenze di natura sostanziale che i riti speciali producono sul piano del trattamento sanzionatorio.

Sono cinque i procedimenti speciali disciplinati dal codice di rito: giudizio direttissimo (artt. 449 ss. c.p.p.), giudizio immediato (artt. 453 ss. c.p.p.), giudizio abbreviato (artt. 438 ss. c.p.p.), applicazione della pena su richiesta delle parti (artt. 444 ss. c.p.p.), procedimento per decreto penale di condanna (artt. 459 ss. c.p.p.). Mentre i primi due poggiano su requisiti di natura oggettiva, sono attivati autoritativamente dal giudice e la loro applicazione non altera l'ordinario *iter* di commisurazione della pena; i restanti si fondano, invece, su una scelta volontaria di una o ambo le parti processuali e la loro attrattività risiede nel carattere fortemente premiale del procedimento che incide sugli effetti sanzionatori[1013].

La nostra attenzione si concentrerà su questa seconda tipologia di riti alternativi, c.d. "consensuali-premiali", i soli che impattano sulla commisurazione della pena[1014]. Con tali procedimenti, il legislatore – guidato da obiettivi di efficienza processuale, estranei alle finalità tradizionalmente assegnate alla pena[1015] – prevede, in misura fissa o mobile, una mitigazione della sanzione irrogata o degli effetti della condanna per l'imputato che scelga o comunque accetti di rinunciare a parte delle garanzie previste nel giudizio ordinario.

Nel giudizio abbreviato il giudice rimane titolare del potere discrezionale di commisurazione della pena *ex* artt. 132 e 133 c.p., ma sulla pena così quantificata viene operata una riduzione fissa di un terzo[1016].

---

[1013] E. DOLCINI, *Problemi vecchi e nuovi in tema di riti alternativi: patteggiamento, accertamento di responsabilità, misura di pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2009, 569 ss.

[1014] In tema, D. VIGONI, *La metamorfosi della pena nella dinamica dell'ordinamento*, Milano, 2011, spec. 147 ss.

[1015] V. *amplius* G. FIANDACA, *Pena «patteggiata» e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, cit., 2385 ss. Tuttavia, non sono mancati, in dottrina, tentativi di legittimazione delle riduzioni di pena conseguenti ai riti speciali sul piano delle funzioni della pena. In questo senso, v. soprattutto A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., 697 ss., secondo cui il *deficit* di severità del patteggiamento potrebbe essere giustificato in termini di prevenzione generale, grazie all'incremento di certezza e prontezza della punizione.

[1016] Il giudizio abbreviato comporta la definizione anticipata del procedimento poiché il giudice, su richiesta di parte, decide allo stato degli atti, *id est* sulla base degli elementi raccolti in fase di indagini preliminari, oltre ad eventuale integrazione, in ordine alla responsabilità dell'accusato e la pena viene ridotta, come si è detto, nella misura di un terzo. Per effetto della l. 33/2019 tale rito non può più essere applicato a fatti di reato astrattamente punibili con l'ergastolo.

Nel patteggiamento, il giudice non commisura la pena ma si limita ad accogliere o respingere una proposta di pena (diminuita rispetto a quella che si applicherebbe nel rito ordinario) negoziata tra le parti[1017].

Parimenti, nel procedimento per decreto penale di condanna, il giudice non procede alla commisurazione, potendo solo accogliere o rifiutare la pena quantificata in misura ridotta dal pubblico ministero nella sua proposta di condanna[1018].

I riti alternativi determinano quindi una diminuzione di pena capace di stravolgere il tradizionale meccanismo di commisurazione della sanzione, «attraverso l'immissione di variabili "esogene", scollegate da ogni considerazione a carattere personalistico»[1019], mettendo al primo posto obiettivi di deflazione processuale[1020]. Attraverso simili procedimenti vengono infatti alterati «i tradizionali rapporti fra processo e pena, giacché la misura di quest'ultima dipende non più soltanto dagli accertamenti intorno alla gravità del fatto e al grado della colpa e al giudizio sulla personalità dell'autore, ma anche dal modo in cui la responsabilità penale viene accertata»[1021]. La riduzione di pena ancorata alla sola scelta del procedimento alternativo sconfessa totalmente il principio di individualizzazione della pena, nonché le finalità ad essa sottese[1022]: la sanzione irrogata cessa infatti di corrispondere (almeno in parte) alla gravità del reato e alla capacità a

[1017] In caso di "patteggiamento" il procedimento si chiude anticipatamente sulla base di una richiesta congiunta dell'imputato e del pubblico ministero al giudice di applicazione di una «pena sostitutiva o di una pena pecuniaria, diminuita fino a un terzo, ovvero di una pena detentiva quando questa, tenuto conto delle circostanze e diminuita fino a un terzo, non supera cinque anni soli o congiunti a pena pecuniaria», con esclusione di alcune tipologie di reato o di alcune categorie d'autore.

[1018] Il giudice definisce la controversia con decreto penale di condanna su richiesta del pubblico ministero, limitatamente ai reati puniti in concreto con la pena pecuniaria, anche sostitutiva. Il pubblico ministero ha l'onere di indicare la misura della pena, che può essere diminuita fino alla metà del minimo edittale.

[1019] M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena*, cit., 283.

[1020] *Ivi*, 286, rileva che per effetto dei riti alternativi «si insinuano […] ragioni obiettive di economia e deflazione processuale nella determinazione della pena in concreto, tendenzialmente estranee al controllo giurisdizionale, capaci di condurre alla più completa "deflagrazione" del sistema sanzionatorio *in action*, il quale viene vieppiù a distanziarsi dal paradigma legalitario, proporzionalistico e personalistico-risocializzativo della pena tratteggiato dalla Costituzione».

[1021] R. ORLANDI, *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, in AA. VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, 257. Cfr. anche A. MANNA, *Giustizia contrattata, diritto penale del fatto, e funzioni della pena: un'antinomia risolvibile?*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Foggia*, vol. I, Milano, 2005, 1111 ss. L. FERRAJOLI, *Giustizia politica*, cit., 216, si esprime in maniera fortemente critica definendo le varie tipologie di patteggiamento come «strumenti di perversione inquisitoria del processo tramite il coinvolgimento nell'accusa degli indagati».

[1022] Secondo M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena*, cit., 284, «codesta decurtazione risulta totalmente disancorata da qualsiasi giustificazione della pena a carattere tanto assoluta quanto relativa».

delinquere[1023], assumendo una connotazione inevitabilmente "sproporzionata per difetto" rispetto ai tradizionali criteri di commisurazione. Il giudice si trova pertanto costretto a determinare il *quantum* di pena anche in base «alla necessità di funzionamento *in genere* dell'apparto giudiziario»[1024].

La dimostrazione più significativa del distanziamento della giustizia negoziata dai canoni di legalità, proporzionalità, individualizzazione e risocializzazione della pena costituzionale si può cogliere nella celebre sentenza n. 313/1990, per mezzo della quale la Consulta ha dichiarato illegittima la disciplina dell'applicazione della pena su richiesta delle parti laddove impediva al giudice di valutare la congruità della sanzione concordata tra imputato e pubblico ministero al finalismo rieducativo[1025]. La l. n. 479/1999, recependo le indicazioni dei giudici costituzionali, ha espressamente previsto, all'art. 444 co. 2 c.p.p., il dovere del giudice di valutare l'adeguatezza della pena "patteggiata" al fine rieducativo. Nonostante ciò, i margini di intervento concessi all'organo giudicante sono comunque piuttosto limitati, avendo egli soltanto un potere di veto sulla proposta di pena avanzata, ma non anche il potere di modificare la sanzione concordata[1026]. Al fine di ricucire il divario tra il paradigma commisurativo della pena contrattata e il volto costituzionale della pena, la dottrina ha suggerito di estendere il giudizio di congruità

[1023] T. PADOVANI, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, cit., 932.

[1024] G. MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in AA. VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, 331.

[1025] Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313, cit. In argomento, G. FIANDACA, *Pena «patteggiata» e principio rieducativo*, cit., 2392, per il quale, il controllo del giudice sulla congruità della pena si riduce di fatto a una verifica del rispetto del principio di proporzionalità tra sanzione e offesa, intesa come gravità oggettiva del fatto, mentre rimangono sostanzialmente escluse considerazioni rieducative. E. DOLCINI, *Riforma della parte generale del codice e rifondazione del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2001, 846-847, ritiene che il patteggiamento postuli in realtà una pena inevitabilmente incongrua rispetto alle esigenze di prevenzione speciale: «se l'accoglimento della richiesta delle parti fosse davvero e integralmente subordinato alla congruità della pena rispetto alle esigenze preventive, […] l'ammontare delle pene principali applicate in sede di patteggiamento non potrebbe discostarsi da quello delle pene che verrebbero irrogate nell'ambito del rito ordinario, azzerandosi una componente fondamentale degli incentivi al patteggiamento». F. CAPRIOLI, *Processo penale e commisurazione della pena*, cit., 148, ritiene la valutazione di congruità che il giudice si trova ad effettuare del tutto arbitraria. Secondo L. MONACO, C.E. PALIERO, *Variazioni in tema di «crisi della sanzione»*, cit., 433 e 445 ss., nel patteggiamento si verificherebbe una "pseudo-commisurazione" della pena poiché quest'ultima «viene dosata su una fattispecie astratta, non ancora accertata, quindi ogni seria condizione per l'individualizzazione giudiziale della pena viene a mancare». C*ontra*, però, la dottrina processualistica maggioritaria che ritiene che anche la sentenza di patteggiamento presupponga un accertamento di responsabilità.

[1026] A riprova del ristretto margine di manovra del giudice, le Sezioni Unite della Cassazione ritengono che l'organo giurisdizionale, ai fini del giudizio di congruità suddetto, non possa neppure accertare la sussistenza o meno delle circostanze imputate all'accusato nell'accordo (cfr. Cass., Sez. Un., 28 maggio 1997, n. 5, in *Riv. it. dir. proc*., 1998, 1377 ss., con nota di G. LOZZI, *Il patteggiamento e l'accertamento di responsabilità: un equivoco che persiste*).

introdotto per il "patteggiamento" anche agli altri procedimenti speciali[1027]. La giurisprudenza costituzionale, però, non sembra intenzionata a dare seguito a questa proposta: chiamata a pronunciarsi sul giudizio abbreviato, non ha ritenuto opportuno introdurre lo stesso correttivo previsto per il "patteggiamento", in quanto, nel caso del rito abbreviato, la commisurazione della pena in senso stretto rimane affidata al giudice; la diminuzione di pena prevista per il rito interviene in un secondo momento sulla pena così determinata[1028].

Alla luce di quanto esposto, non vi è dubbio che nei riti speciali a contenuto premiale la razionalità teleologica della commisurazione della pena risulti alterata e, in parte, sacrificata in favore delle esigenze di economia processuale e di efficienza complessiva del sistema[1029]. D'altra parte, tali procedimenti sembrano rappresentare «una sorta di 'amara necessità'» per la stessa sopravvivenza di un processo di stampo accusatorio, non apparendo auspicabile una loro soppressione[1030]. La stessa Consulta ha riconosciuto che gli obiettivi di deflazione processuale, opportunamente bilanciati con altri interessi di rango costituzionale, possono legittimare ragionevoli disparità di trattamento sanzionatorio[1031]. Tuttavia, come sottolinea la dottrina e come già osservato nel paragrafo precedente a proposito della non punibilità, «l'efficienza di qualunque apparato» costituisce un valore meramente strumentale, non perseguibile «a tutti i costi», ma da coniugare «con una valutazione [...] della intrinseca 'bontà' dei 'prodotti' sfornati dall'apparato» stesso[1032]. Le critiche nei confronti dei riti consensuali si fanno via via più accentuate mano a mano che aumenta la gravità dei reati a cui vengono estesi e l'entità dei vantaggi attribuiti all'imputato[1033]. Di conseguenza, il punto di equilibrio dovrebbe

[1027] In tal senso, G. FIANDACA, *Pena "patteggiata" e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, cit., 2392.

[1028] Corte cost., 9 maggio 2001, n. 115, in *www.cortecostituzionale.it*.

[1029] G. LOZZI, *Il giusto processo e i riti speciali deflativi del dibattimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2002, 1178 ss. Analogamente, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Diritto penale*, cit., 840-841.

[1030] E. DOLCINI, *Problemi vecchi e nuovi in tema di riti alternativi: patteggiamento, accertamento di responsabilità, misura di pena*, cit., 570.

[1031] Cfr. Corte cost., 11 giugno 1990, n. 284, in *Cass. pen*., 1990, 355 ss., con nota di F. LIMA, *Corte costituzionale e giudizio abbreviato: una piccola (ma non tanto) controriforma del codice di procedura penale?*.

[1032] F. PALAZZO, *La nuova fisionomia dei riti alternativi premiali*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Atti del Convegno, Urbino, 23-24 settembre 2005, Milano, 2007, 47.

[1033] E. DOLCINI, *Problemi vecchi e nuovi in tema di riti alternativi: patteggiamento, accertamento di responsabilità, misura di pena*, cit., 574-575.

rinvenirsi nella definizione di un premio che renda appetibile il rito ma non comprometta «un *pur labile rapporto tra qualità, misura e fini della pena*»[1034].

## 7. Giustizia riparativa: coordinate generali del sistema

La giustizia riparativa è «un paradigma giuridico davvero del tutto peculiare, qualificato, a ragione, rivoluzionario»[1035]: essa consente di passare da una «pena subìta»

[1034] *Ivi*, 593. L'autore, muovendo da una concezione quadripartita del reato, propone un inquadramento dei riti speciali tra le cause di esclusione della punibilità, tendenzialmente svincolate da rapporti con l'offesa. Tratto comune agli uni e alle altre sarebbe, infatti, l'«emersione di interessi estranei alle finalità della pena, che il legislatore (ed eventualmente il giudice) bilanciano con le esigenze espresse da quelle finalità».

[1035] Così, R. BARTOLI, *Una giustizia senza violenza, né Stato, né diritto. Ancora sul paradigma giuridico della giustizia riparativa*, in *www.sistemapenale.it*, 28 luglio 2023, 1.

In tema di giustizia riparativa la letteratura è alquanto vasta. Prima ancora della riforma che l'ha introdotta ufficialmente nel nostro ordinamento (d.lgs. n. 150 del 2022) la dottrina italiana aveva già iniziato ad occuparsene alimentando il dibattito intorno a tale modello e preparando, in certo qual modo, il terreno per un suo recepimento normativo, *ex multis* v.: A. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia. Incontrare una norma*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, III, Milano, 2000, 220 ss.; ID., *Un'altra storia inizia qui*, Firenze-Milano, 2020; L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, Milano, 2002; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Milano, 2003; EAD. (a cura di), *Mediazione e diritto penale*, Milano 2004; EAD., *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, *Teoria della pena, teoria del reato*, Milano, 2006, 1129 ss.; EAD., *Sapienza del diritto e saggezza della giustizia: l'attenzione alle emozioni nella normativa sovranazionale in materia di* restorative justice, in *www.discrimen.it*, 23 aprile 2020; G. FIANDACA, C. VISCONTI (a cura di), *Punire mediare riconciliare*, Torino 2009; F. REGGIO, *Giustizia dialogica*, Milano, 2010; F. PALAZZO, R. BARTOLI (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze, 2011; M. DONINI, *Per una concezione postriparatoria della pena*, in *Riv. it. dir. pen. proc*., 2013, 1162 ss.; ID., *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *www.dirittocontemporaneo.it*, 16 gennaio 2015, 236 ss.; M. CORTESI, E. LA ROSA, L. PARLATO, N. SELVAGGI (a cura di), *Sistema penale e tutela delle vittime tra diritto e giustizia*, Reggio Calabria, 2015; L. EUSEBI (a cura di), *Una giustizia diversa*, Milano, 2015; G. FIANDACA, *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in *www.sistemapenale.it*, 28 novembre 2020, 4 ss.; R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2016, 96 ss.; E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Napoli, 2017; G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino 2017; G.L. PODESTÀ, C. MAZZUCATO, A. CATTANEO, *Storie di giustizia riparativa*, Bologna, 2017; A. LORENZETTI, *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali*, Milano, 2018; M. MONZANI, F. DI MUZIO, *La giustizia riparativa*, Milano, 2018; G. FORNASARI, E. MATTEVI (a cura di), *Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazione, riparazione*, Trento, 2019; G. DE FRANCESCO, *Il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione del dialogo*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 1 giugno 2021, 1 ss.

Ancor più numerosi sono però i contributi seguiti alla riforma. Senza pretese di esaustività si rimanda a: R. BARTOLI, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, in *www.sistemapenale.it*, 29 novembre 2022, 1 ss.; ID., *Una giustizia senza violenza, né Stato, né diritto*, cit.; M. BORTOLATO, *La riforma Cartabia: la disciplina organica della giustizia riparativa. Un primo sguardo al nuovo decreto legislativo*, in *www.questionegiustizia.it*, 10 ottobre 2022. G. DE FRANCESCO, *Uno sguardo d'insieme sulla giustizia riparativa*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 2 febbraio 2023, 1 ss.; R. MUZZICA, *Il ruolo dell'autorità giudiziaria nei programmi di giustizia riparativa*, in *www.sistemapenale.it*, 17 febbraio 2023, 35 ss.; P. MAGGIO, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte II. «Disciplina organica» e aspetti di diritto processuale*, in *www.sistemapenale.it*, 27 febbraio 2023; V. TRAMONTE, *Giustizia riparativa: pratiche, effetti, potenzialità*, Trento, 2023; A. MENGHINI, *Giustizia riparativa: i principi generali*, in *www.sistemapenale.it*, 24 novembre 2023, 1 ss.; E. VENAFRO, *Giustizia riparativa e sistema penale alla luce della riforma Cartabia*, in *www.legislazionepenale.eu*, 21 dicembre 2023; C. PERINI, *Prime note sulla disciplina organica della giustizia riparativa: "infrastrutture" e raccordi di sistema*, in *Dir. pen. proc*., 2023, 97; AA.VV., *La*

a una «pena agìta»[1036], nel senso di una pena capace di promuovere comportamenti attivi, tesi a ricucire lo strappo causato dal reato. Da questo punto di vista si pone come modello alternativo rispetto alla giustizia tradizionale[1037], la quale non mira a risolvere i conflitti sociali scaturenti dal reato, ma anzi raddoppia il male: alla sofferenza generata dal reato aggiunge l'ulteriore sofferenza della pena[1038]. La giustizia riparativa, invece, ritaglia uno spazio dialogico tra vittima, autore e comunità, che ha come obiettivo (sperato) un reciproco riconoscimento.

Come noto, anche su impulso delle spinte internazionali che si sono fatte strada in anni recenti[1039], la *Restorative Justice* ha trovato una disciplina organica nel nostro ordinamento con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150[1040], che ha optato per attribuirle un ruolo complementare e trasversale rispetto alla giustizia penale, per così dire, tradizionale. Complementare in quanto affianca, senza sostituire, il sistema punitivo classico, rispondente a una logica verticistica dei rapporti Stato-autore del reato – ove quest'ultimo

---

*giustizia riparativa (d.lgs. n. 150/2022 – d.lgs. n. 31/2024)*, (a cura di) V. BONINI, Torino, 2024; M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La giustizia riparativa*, Milano, 2024; AA.VV., *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale. La disciplina organica della giustizia riparativa*, vol. IV, (a cura di) A. CERETTI, G. MANNOZZI, C. MAZZUCCATO, Torino, 2024; AA.VV., *Riparazione e giustizia riparativa nel sistema penale: teorie, prassi e nuove prospettive: atti del Convegno, Trento, 20-21 settembre 2024*, (a cura di) A. MENGHINI, E. MATTEVI, Trento, 2025; F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale*, Torino, 2025; G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa: formanti, parole e metodi*, Torino, 2025; M. BORTOLATO, E. VIGNA, *Oltre la vendetta: la giustizia riparativa in Italia*, Bari-Roma, 2025.

[1036] L'uso di queste efficaci espressioni si deve a M. DONINI*, Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, cit., 236 ss.

[1037] Come ben evidenziato da R. BARTOLI, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, cit., 5, «il suo paradigma è nella sostanza alternativo, altro, se non addirittura "tutt'altro", rispetto a quello della giustizia punitiva». Invero – aggiunge l'autore – la gestione complessiva della dinamica riparativa può essere definita come «comunitaria/sociale», contrapponendosi alla giustizia tradizionale «interamente pubblica, se non addirittura monopolisticamente statale/istituzionale»; in secondo luogo, e conseguentemente, diversi sono gli attori e le loro funzioni; in terzo luogo, muta lo stesso concetto di disvalore del fatto, si va oltre il fatto tipico per far emergere un disvalore molto più complesso, ossia «la "sofferenza criminale" realizzata dall'autore e subita dalla vittima». Infine, la differenza più significativa risiede nelle conseguenze: nella giustizia riparativa l'esito non ha nulla a che vedere con l'afflizione ma consiste – secondo una nozione molto ampia – in «qualunque accordo, risultante dal programma di giustizia riparativa, volto alla riparazione dell'offesa e idoneo a rappresentare l'avvenuto riconoscimento reciproco e la possibilità di ricostruire la relazione tra i partecipanti» (art. 42 d.lgs. n. 150/2022).

[1038] Per tutti, si rimanda a M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, cit., 1162 ss.

[1039] Sulle origini della giustizia riparativa, cfr. M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La giustizia riparativa*, cit., 3 ss.; F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., 2 ss. Specificamente, per un esaustivo quadro delle fonti internazionali e sovranazionali che disciplinano la giustizia riparativa v. E. MATTEVI, *Definizioni e principi generali della giustizia riparativa tra indicazioni sovranazionali e previsioni nazionali*, in V. BONINI (a cura di), *La giustizia riparativa (d.lgs. n. 150/2022 – d.lgs. n. 31/2024)*, Torino, 2024, 67 ss. Infine, per un'analisi in chiave comparatistica v. ancora M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La giustizia riparativa*, cit., 53 ss.

[1040] Il paradigma riparativo non era però del tutto estraneo al nostro ordinamento prima della citata riforma. Per un approfondimento cfr. M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La giustizia riparativa*, cit., 69 ss.

è considerato quale soggetto passivo che subisce l'esecuzione della pena – anche perché permangono non meno fondamentali esigenze di prevenzione generale e speciale[1041]. Trasversale poiché la riforma Cartabia ha optato per la massima valorizzazione del paradigma di giustizia riparativa, ammettendone l'applicazione per tutti i reati e in ogni stato e grado del procedimento penale, durante l'esecuzione della pena e della misura di sicurezza e anche dopo l'esecuzione delle stesse (art. 44 d.lgs. 150/2022)[1042].

Ai sensi dell'art. 42 del d.lgs. 150/2022 per giustizia riparativa si intende «ogni programma che consente alla vittima del reato, alla persona indicata come autore dell'offesa e ad altri soggetti appartenenti alla comunità di partecipare liberamente, in modo consensuale, attivo e volontario, alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato, con l'aiuto di un terzo imparziale, adeguatamente formato, denominato mediatore». I principi cui si ispira la giustizia riparativa sono enunciati dal successivo art. 43: la partecipazione attiva e volontaria da parte di tutti i soggetti coinvolti, e dunque, il consenso di tutte le parti che deve essere informato, personale, libero, scritto e revocabile in ogni momento; l'equa considerazione dell'interesse della vittima del reato e della persona indicata come autore dell'offesa e il coinvolgimento della comunità nei programmi di giustizia riparativa; la riservatezza sulle dichiarazioni e sulle attività svolte nel corso dei programmi di giustizia riparativa; la ragionevolezza e proporzionalità degli eventuali esiti riparativi consensualmente raggiunti; l'indipendenza dei mediatori e la loro

[1041] M. BORTOLATO, *La riforma Cartabia: la disciplina organica della giustizia riparativa*, cit. Come osservato in dottrina, «la scelta di innestare la giustizia riparativa sulla giustizia punitiva» è, a un tempo, «operazione ambiziosa e rischiosa. Ambiziosa, in quanto il raccordo tra giustizia punitiva e riparativa comporta l'innesto tra modelli completamente diversi per regole procedurali, per i soggetti che ne sono protagonisti e le funzioni svolte, per le conseguenze che comportano e gli obiettivi che perseguono. Rischiosa, perché il raccordo tra modelli di giustizia così diversi può facilmente generare fenomeni di rigetto. In effetti, il trapianto della giustizia riparativa su quella punitiva ha comportato la necessità di misurarsi con una serie di questioni particolarmente significative non solo sul versante tecnico-giuridico, ma anche dei principi fondamentali del diritto penale e degli obiettivi della stessa giustizia riparativa»; così F. CINGARI, *Giustizia riparativa e commisurazione della pena*, in V. BONINI (a cura di), *La giustizia riparativa (d.lgs. n. 150/2022 – d.lgs. n. 31/2024)*, Torino, 2024, 241.

[1042] Va segnalato, però, che una preclusione all'accesso ai programmi di giustizia riparativa è stata di recente introdotta con il d.l. 4 luglio 2024, n. 92, art. 7 (c.d. decreto carceri) nei confronti dei detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis* o.p. In chiave critica cfr. P. MAGGIO, *Il diniego della gr* in executivis *tra "malintesa" lettera della legge e "benintesi" securitarismi*, in *www.dirittodidifesa.eu*, 28 novembre 2024; F. FIORENTIN, *Decreto "carcere sicuro": tutte le novità*, Milano, 2024, 36; M. PELISSERO, *La pervicace volontà di non affrontare i nodi dell'emergenza carceraria*, in *www.sistemapenale.it,* 18 luglio 2024, par. 5.

equiprossimità rispetto ai partecipanti ai programmi di giustizia riparativa; la garanzia del tempo necessario allo svolgimento di ciascun programma[1043].

Definite così, per sommi capi, le coordinate generali del nuovo modello di giustizia riparativa, ai fini della presente ricerca, è nostro interesse soffermarci sui punti di contatto tra giustizia punitiva e giustizia riparativa: «l'idea di fondo è che dopo la realizzazione del reato e durante il procedimento o comunque in vista della sua attivazione, la giustizia riparativa si possa innestare su quella punitiva venendosi a creare uno spazio all'interno del quale autore e vittima si confrontano direttamente»[1044].

Da questo punto di vista, gli snodi più delicati riguardano soprattutto la fase iniziale e quella conclusiva del percorso.

Per quanto concerne l'avvio, se da un lato è essenziale il consenso sia dell'autore che della vittima, dall'altro è necessario che gli operatori della giustizia punitiva (pubblico ministero, avvocati, giudice) si mostrino disponibili ad attivare un percorso di giustizia riparativa. A tal proposito, non poche perplessità ha sollevato l'art. 129-*bis* c.p.p. che disciplina, per l'appunto, l'accesso ai programmi di giustizia riparativa disposto *anche d'ufficio* e, soprattutto, la questione relativa all'eventuale impugnabilità o meno del provvedimento di diniego alla *restorative justice*, sulla quale si sono registrate ampie oscillazioni da parte dei Giudici di legittimità.

La fase finale si rivela ancor più complessa poiché naturalmente si tratta di capire quale valore attribuire all'esito favorevole della mediazione e come farlo, ma prima ancora, in cosa debba consistere l'esito positivo che conclude il percorso mediativo e che rapporto si instaura tra tale esito positivo "accertato" dal mediatore e la funzione giurisdizionale.

I profili che abbiamo menzionato involgono valutazioni discrezionali di diversa natura: da una parte quelle rimesse all'autorità giudiziaria (e vedremo con quali limiti), dall'altra quelle che spettano ai mediatori, le quali danno vita ad una nuova forma di

[1043] Per un commento sui principi e sulle disposizioni generali che orientano la *Restorative Justice* cfr. A. MENGHINI, *Giustizia riparativa: i principi generali*, cit., 9 ss.

[1044] R. BARTOLI, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, cit., 12. Questo, perlomeno, è il sistema che è stato delineato dal nostro legislatore, essendo tuttavia possibile anche percorrere strade diverse ove la giustizia riparativa sostituisce del tutto quella punitiva o, al contrario, ove tra l'una e l'altra non vi è alcuna relazione. Sui diversi modelli di complementarietà prospettabili tra giustizia punitiva e riparativa v. sempre R. BARTOLI, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, cit., 13 ss.

discrezionalità, indubbiamente qualitativa, che potrebbe essere definita «riparativa» o «umanistica»[1045].

### *7.1. L'accesso ai percorsi di giustizia riparativa prima, durante e dopo il procedimento penale*

Come anticipato, il legislatore ha deciso di rendere fruibile l'accesso ai percorsi di giustizia riparativa per qualsiasi tipologia di reato, nonché in ogni stato e grado del procedimento penale, ma anche prima dell'inizio del procedimento penale e dopo la sua conclusione, ovvero durante l'esecuzione della pena o della misura di sicurezza (art. 44 d.lgs. 150/2022).

Cominciamo con lo specificare, però, che in fase pre-processuale, in realtà, l'accesso ai centri di giustizia riparativa concerne soltanto i delitti perseguibili a querela (art. 44 co. 3 d.lgs. 150/2022). La partecipazione del querelante a un programma conciliativo concluso con esito riparativo comporta, ai sensi dell'art. 152 co. 3 n. 2 c.p., la remissione della querela, la quale a sua volta produce l'estinzione del reato, con effetti positivi anche in termini di deflazione processuale. Tale ipotesi, a bene vedere, configura un'eccezione al principio generale di complementarietà tra giustizia riparativa e giustizia punitiva poiché consente al percorso mediativo di svilupparsi e concludersi in modo del tutto autonomo rispetto alla giurisdizione[1046]. Non vi è dubbio, però, che in questa particolare fase è sul difensore che "grava" un onere informativo in merito alla possibilità di risolvere la controversia nelle forme della giustizia riparativa[1047], dal momento che è naturale aspettarsi che la persona offesa[1048] non ne sia a conoscenza. Nondimeno, come è

[1045] Così la definisce C. IAGNEMMA, *Profili di una discrezionalità umanistica in materia di giustizia riparativa*, in *Dir. pen., proc*., 1/2023, 106 ss.

[1046] Sul punto cfr. V. BONINI, *Il modello di giustizia riparativa concepito nel d.lgs. 150/2022*, in *Proc. pen. giust*., 5/2023, 4 ss. Nota E. VENAFRO, *Giustizia riparativa ed estinzione del reato*, in V. BONINI (a cura di), *La giustizia riparativa (d.lgs. n. 150/2022 – d.lgs. n. 31/2024)*, Torino, 2024, 258-259, che «[p]rima dell'entrata in vigore del Decreto spesso la vittima desisteva dalla querela per accordi extraprocessuali di carattere economico e questo portava, in effetti, ad una privatizzazione del fatto penale […]. Questo nuovo assetto sottolinea, quindi, come si tratti di un percorso affidato sì alle parti ma all'interno di un perimetro riconosciuto dall'ordinamento, un percorso che ha una finalità di pacificazione, non solo, tra i soggetti interessati, ma anche dell'intera collettività».

[1047] Cfr. E. VENAFRO, *Giustizia riparativa ed estinzione del reato*, cit., 258; M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La giustizia riparativa*, cit., 188, i quali aggiungono che «[d]ifficilmente la polizia giudiziaria – alla quale l'offeso si rivolga – si assumerà la responsabilità di distogliere la vittima» dall'idea di sporgere querela. «Indicazioni in tal senso potrebbero essere offerte dai servizi di assistenza alle vittime», i quali, però, sono «difficilmente reperibili sul territorio italiano».

[1048] Pare, invece, altamente improbabile che in casi simili si attivi la persona indicata come autore del reato.

stato sottolineato in dottrina, le maggiori perplessità che tale disciplina solleva hanno a che vedere con il concreto svolgimento dell'*iter* riparativo[1049]: a che titolo il mediatore potrà convocare all'incontro una persona che non risulta iscritta in nessun registro delle notizie di reato? Con quali modalità procederà il mediatore? Come si concluderà il percorso? Dell'attività svolta dovrà essere informato qualcuno? Oltretutto, le tempistiche per la composizione del conflitto sono abbastanza ristrette – occorre rimanere entro i termini indicati per proporre querela – pena la perdita da parte della persona offesa della possibilità di trovare riconoscimento all'interno del processo[1050].

Per i delitti procedibili d'ufficio, l'attivazione dei servizi di giustizia riparativa richiede invece necessariamente la pendenza di un procedimento penale e dunque implica un coinvolgimento dell'autorità giudiziaria. La disciplina dell'accesso ai programmi di giustizia riparativa durante il giudizio di cognizione ha il suo perno nell'art. 129-*bis* c.p.p., norma che ha probabilmente attirato le maggiori polemiche e ostilità nel quadro della riforma sulla giustizia riparativa. Il motivo è presto detto: la disposizione in parola contempla la possibilità di accesso ad un programma di giustizia riparativa non solo su richiesta dell'indagato/imputato o della persona offesa ma anche d'ufficio e quindi su impulso del pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari o del giudice una volta incardinato il processo vero e proprio[1051]. Proprio con riferimento a tale potere di iniziativa *ex officio*, accreditata dottrina processualpenalista ha avanzato dure critiche, evidenziando come tale facoltà possa tradursi in un indebito strumento di pressione sulle strategie difensive, compromettendo il principio di parità tra le parti, ove prenda l'iniziativa il pubblico ministero, nonché la presunzione di innocenza e il diritto di difesa laddove fosse il giudice ad attivarsi[1052]. Secondo questa impostazione, l'invio d'ufficio costituirebbe il segnale di un prematuro e improprio convincimento di colpevolezza, che pone l'imputato di fronte a una scelta forzata: aderire a un percorso riparativo anche senza

[1049] In tal senso, M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La giustizia riparativa*, cit., 189.

[1050] A tal proposito, E. VENAFRO, *Giustizia riparativa ed estinzione del reato*, cit., 259, osserva come sarebbe stato opportuno prevedere una sospensione dei termini per presentare querela.

[1051] L'art. 129-*bis* co. 3 c.p.p. specifica peraltro che: «[n]el caso di reati perseguibili a querela soggetta a remissione, il giudice, a richiesta dell'imputato, può disporre con ordinanza la sospensione del processo per un periodo non superiore a centottanta giorni, al fine di consentire lo svolgimento del programma di giustizia riparativa». Lo stesso può fare il giudice per le indagini preliminari «prima dell'esercizio dell'azione penale, quando il pubblico ministero ha disposto la notifica dell'avviso di cui all'articolo 415 bis» (comma 4).

[1052] Così O. MAZZA, sub *art. 129 bis c.p.p.*, in A. GIARDA, G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Tomo I, Milano, 2023, 1969 ss.

reale convinzione, oppure rifiutarlo correndo il rischio di un trattamento sanzionatorio potenzialmente più gravoso[1053]. A nostro parere, tuttavia, tali critiche non colgono nel segno poiché sembrano trascurare la cifra ontologica della giustizia riparativa, ossia la sua connotazione volontaristica e consensuale. L'invio d'ufficio ai Centri per la giustizia riparativa non può comportare alcun obbligo di adesione per le parti coinvolte; semmai, va letto come un ulteriore *input* rivolto agli interessati teso a valorizzare al massimo le potenzialità dei percorsi riparativi[1054].

Tanto chiarito, l'innesto della giustizia riparativa nel procedimento penale richiede pur sempre che il giudice fornisca la propria autorizzazione: «non si potrebbe, d'altra parte, pensare che, pendente un procedimento penale, si possa instaurare un programma di giustizia riparativa destinato a incidere sull'esito del procedimento stesso senza una previa valutazione dell'autorità giudiziaria»[1055]. Nello specifico, il giudice dispone con ordinanza l'invio degli interessati «qualora reputi che lo svolgimento di un programma di giustizia riparativa possa essere utile alla risoluzione delle questioni derivanti dal fatto per cui si procede e non comporti un pericolo concreto per gli interessati e per l'accertamento dei fatti» (art. 129-*bis* co. 3 c.p.p.). I due parametri da prendere in considerazione sono quindi, da un lato, l'utilità per la risoluzione delle questioni derivanti dal fatto e, dall'altro, il pericolo per gli interessati e per l'accertamento dei fatti. Bisogna però intendersi sul tipo di valutazione che è richiesta al giudice.

Partendo dal primo dei due requisiti indicati, come è stato ben evidenziato in dottrina, alla scelta di prevedere un filtro giudiziale di utilità «sembra sottesa la

---

[1053] *Ibidem*.

[1054] F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., 201 ss., parla a proposito dell'art. 129-*bis* c.p.p. come di una norma con «funzione "promozionale"», una «norma-incentivo»; similmente, M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La giustizia riparativa*, cit., 198, definiscono il meccanismo in oggetto una «spinta gentile». Dello stesso avviso: P. MAGGIO, *Le valutazioni da parte dell'autorità giudiziaria*, in V. BONINI (a cura di), *La giustizia riparativa (d.lgs. n. 150/2022 – d.lgs. n. 31/2024)*, Torino, 2024, 186-187; A. PRESUTTI, *La giustizia riparativa alla prova del giusto processo penale*, in *www.sistemapenale.it*, 27 giugno 2023, 8 ss. A. MENGHINI, *Giustizia riparativa: i principi generali*, cit., 16-17; E. VENAFRO, *Giustizia riparativa e sistema penale alla luce della riforma Cartabia*, cit., 19 ss.; R. BARTOLI, *Una giustizia senza violenza, né Stato, né diritto*, cit., 16, il quale sottolinea che, al più, l'art. 129-*bis* c.p.p. «dovrebbe essere contestat[o] perché, a ben vedere, è espressione di una certa sfiducia verso il mondo dell'avvocatura, che invece si deve considerare soggetto fondamentale della giustizia riparativa, non solo perché sono i difensori ad assistere formalmente le persone indicate come autore e vittima, ma anche perché, su un piano sostanziale, sono coloro che meglio di ogni altro attore processuale possono conoscere la dimensione relazionale dei protagonisti della vicenda criminosa». In quest'ottica, il potere di iniziativa del giudice sarebbe pertanto funzionale a supplire all'inerzia del difensore.

[1055] G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale diritto penale*, cit., 987. Così anche M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali)*, in *www.sistemapenale.it,* 2 novembre 2022, 17.

preoccupazione di valorizzare il carattere pubblico dell'offesa, attraverso il coinvolgimento del magistrato penale. Quest'ultimo continuerebbe a svolgere una funzione di garanzia, di controllo, che opera *ex ante* rispetto al procedimento riparativo»[1056]. Siffatta prognosi di utilità tiene conto, «in termini astratti, dei connotati (non del reato, ma) del fatto per cui si procede»[1057], rimanendo del tutto estraneo un vaglio circa la sussistenza di gravi indizi di reato, di gravi indizi di colpevolezza o un sindacato circa la non applicabilità dell'art. 129 c.p.p.[1058]. Il più grave rischio che si intravede è la concretizzazione di una indebita sovrapposizione tra valutazione di mera ammissibilità richiesta al magistrato e valutazione di fattibilità del programma riparativo riservata invece al mediatore[1059]. Tale evenienza può, però, essere scongiurata a partire da una corretta interpretazione della prognosi di utilità. Se, invero, la si intende come «utilità "in positivo"», pretendendo che l'autorità giudiziaria accerti che il programma riparativo sia effettivamente utile alla risoluzione delle controversie che nascono dal reato, si «finirebbe in molti casi per bloccare sul nascere un possibile percorso riparativo» e, per altro verso, si rischierebbe di approdare a «una sorta di anticipazione di giudizio»[1060]. Pertanto, pare preferibile declinare la prognosi di utilità in negativo, accontentandosi semplicemente del fatto che il percorso riparativo non appaia inutile. A ben vedere, però, anche questa seconda opzione non è del tutto soddisfacente poiché «finirebbe per affermarsi un'utilità *in re ipsa*, aprendo "canali" pressoché incondizionati all'invio»[1061]. In un'ottica *de iure condendo*, allora, la soluzione più appagante consisterebbe nell'espunzione dall'art. 129-*bis* c.p.p. del riferimento all'utilità, demandando tale accertamento esclusivamente ai mediatori[1062], cosicché il giudice si limiti ad un controllo a posteriori: «non sull'utilità del

[1056] Così, F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., 262.

[1057] P. MAGGIO, *Le valutazioni da parte dell'autorità giudiziaria*, cit., 185-186.

[1058] V. PATANÈ, *Il modello di giustizia riparativa introdotto dal d.lgs. n. 150/2022: prisma concettuale e paradigma operativo*, in D. CASTRONUOVO, D. NEGRI (a cura di), *Forme, riforme e valori per la giustizia penale futura*, Napoli, 2023, 406.

[1059] Così osservano: M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La giustizia riparativa*, cit., 193 e F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., 262. Per E. VENAFRO, *Giustizia riparativa e sistema penale alla luce della riforma Cartabia*, cit., 23, «il giudice non potrà andare a scandagliare quelli che siano i requisiti di fattibilità della riparazione, requisiti propri della valutazione del mediatore e, quindi, non potrà mai verificare se vi siano o meno i presupposti di fatto per arrivare ad un esito positivo della riparazione stessa. Questo farebbe crollare gli argini che – tanto faticosamente quanto sapientemente – il Decreto ha cercato di erigere tra giudice e mediatore, tra processo e procedimento».

[1060] Così, criticamente, F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., 262-263.

[1061] *Ibidem*.

[1062] Propendono per tale intervento eliminatorio: E. MATTEVI, *La giustizia riparativa: disciplina organica e nuove intersezioni con il sistema penale*, in D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO, *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Milano, 2023, 249; S. CARNEVALE, *Potenzialità e*

programma riparativo, bensì sugli effetti che da quest'ultimo derivano per il sistema penale»[1063].

Quanto, invece, al secondo requisito, da considerarsi certamente più pregnante rispetto all'utilità, si deve in realtà distinguere il pericolo per gli interessati dal pericolo per l'accertamento dei fatti. Quanto al pericolo per i partecipanti, il pensiero corre primariamente ai rischi di violenza fisica e psichica che possono scaturire da qualsiasi contatto tra le parti, non adeguatamente studiato e preparato. È questa la sede in cui potranno essere presi in considerazione eventuali rischi di vittimizzazione secondaria in conformità con la Direttiva 2012/29/UE[1064]. Il pericolo per l'accertamento dei fatti va inteso, invece, avendo riguardo ad un possibile condizionamento della funzione cognitiva del processo penale: «l'alterazione potrebbe derivare dall'incontro tra persone che per esigenze cautelari non dovrebbero comunicare tra loro; ma soprattutto, l'alterazione potrebbe riguardare l'eventuale prova dichiarativa processuale della vittima, vulnerabile o meno, condizionabile dal confronto con l'imputato durante l'incontro con il mediatore»[1065].

Guardando alle prime applicazioni giurisprudenziali, come era pronosticabile, si sono registrate non poche incertezze interpretative con approcci che hanno peccato per difetto o per eccesso. Esemplificando: in un caso relativo a un delitto in materia di stupefacenti, la Corte d'Appello ha escluso l'invio in ragione della difficoltà nell'identificare la vittima[1066]; all'opposto, in un caso di omicidio, la Corte d'Assise ha

*insidie della giustizia riparativa nella fase di cognizione*, in *Proc. pen. giust*., 5/2023, 94 ss.; F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., 263.

[1063] Ancora, F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., 264, che aggiunge: «[è] su elementi diversi da quello dell'utilità che il giudice può essere chiamato a porre le proprie competenze a disposizione della collettività. Egli va interpellato, cioè, sull'esito del programma riparativo, sulla sua proporzione e adeguatezza rispetto al reato realizzato, alla luce delle funzioni e degli scopi del diritto penale […]».

[1064] In tal senso, M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La giustizia riparativa*, cit., 195; E. VENAFRO, *Giustizia riparativa e sistema penale alla luce della riforma Cartabia*, cit., 24. R. MUZZICA, *Il ruolo dell'autorità giudiziaria nei programmi di giustizia riparativa*, cit., 48, a tal riguardo, invita ad una attenta ponderazione dell'invio qualora la vicenda coinvolga soggetti che si trovano tra loro in relazioni di potere «intrinsecamente squilibrate».

[1065] Così, ancora, M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La giustizia riparativa*, cit., 195. R. MUZZICA, *Il ruolo dell'autorità giudiziaria nei programmi di giustizia riparativa*, cit., 48, conformemente a quanto illustrato, sostiene l'evidente impraticabilità di un percorso di giustizia riparativa «nel caso di indagati/imputati sottoposti a misure cautelari personali, per loro natura fondate su un "concreto e attuale pericolo" per l'acquisizione o la genuinità della prova, ovvero di fuga del presunto autore del reato, ovvero di una reiterazione di reati».

[1066] Corte App. Milano, sez. V, 12 luglio 2023, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 28 luglio 2023, con nota di F. BRUNELLI, *La giustizia riparativa nei reati senza vittima*.

disposto l'invio ad un Centro per lo svolgimento di un programma con "vittima aspecifica" nonostante l'espressa opposizione delle vittime direttamente coinvolte[1067].

Nella prima ipotesi, sembra realizzarsi la paventata confusione tra le rispettive aree di valutazione del giudice e del mediatore: l'autorità giudiziaria, invero, ha ritenuto di negare *ex ante* – peraltro con motivazione alquanto stringata – il possibile raggiungimento di eventuali esiti riparativi, in quanto non sarebbe «ontologicamente ipotizzabile un dialogo di alcun tipo, mancando la parte con cui intrattenere il dialogo»[1068]. L'esclusione operata dal giudice, oltre a impedire il vaglio dei mediatori e a comprimere l'accesso degli interessati, finisce per disattendere anche l'aspettativa della comunità di poter partecipare ai programmi di giustizia riparativa[1069].

Nel secondo arresto considerato, invece, il criterio dell'utilità viene interpretato in negativo dando forma però, forse, a quel rischio opposto cui si accennava prima di "invio incondizionato". Se è vero che, la mediazione con vittima surrogata è appositamente pensata per evitare che la partecipazione a programmi riparativi sia rimessa solo ed esclusivamente alla volontà delle persone offese, con effetti discriminatori nei confronti degli autori di reato, offrendo al contempo soddisfazione alle aspirazioni riparative di chi ha subìto il diverso reato[1070], vanno rifuggiti automatismi applicativi che rischiano di semplificare eccessivamente il quadro, specialmente quando si tratta di reati gravissimi[1071]. Come ha sottolineato la più attenta dottrina, la sede più indicata per realizzare questo tipo di percorsi è forse quella penitenziaria: «[u]n "freddo" provvedimento giudiziale che si limiti a prendere atto dell'indisponibilità dei familiari a partecipare a un percorso riparativo e contempli *de plano*, come equivalente funzionale, la rapida sostituzione delle vittime dirette con quelle aspecifiche "brucia" i tempi del dialogo, e probabilmente la disponibilità futura dei familiari della vittima a riporre fiducia nel sistema di giustizia»[1072].

---

[1067] Corte Ass. Busto Arsizio, 19 settembre 2023, Maltesi, in *www.foroplus.it*, con nota di P. MAGGIO, F. PARISI, *Giustizia riparativa con vittima "surrogata" o "aspecifica": il caso Maltesi-Fontana continua a far discutere*, in *www.sistemapenale.it*, 19 ottobre 2023.

[1068] Corte App. Milano, sez. V, 12 luglio 2023, cit.

[1069] Cfr. F. BRUNELLI, *La giustizia riparativa nei reati senza vittima*, cit., 2 ss.

[1070] Sul punto cfr. *Handbook on Restorative Justice Programmes*, Second Edition, United Nations, Vienna, 2020, 37 ss. In dottrina, cfr. E. MATTEVI, *La giustizia riparativa: disciplina organica e nuove intersezioni con il sistema penale*, cit., 250 ss.

[1071] P. MAGGIO, F. PARISI, *Giustizia riparativa con vittima "surrogata" o "aspecifica",* cit., par. 5

[1072] *Ibidem*.

Proseguendo con la rassegna dei momenti in cui possono attivarsi percorsi riparativi, una volta concluso il processo e, dunque, con l'inizio della fase esecutiva, la giustizia riparativa[1073] acquista – potenzialmente – un ruolo chiave e un valore aggiunto. Ciò in virtù del più ampio arco temporale che contraddistingue il momento esecutivo e dell'assenza di scansioni processuali irrigidite da termini di fase. Tale rilievo non è secondario perché il tempo necessario alla composizione della frattura causata dal reato non può essere predeterminato, è un tempo soggettivo, connesso alla vicenda concreta. Il fatto che la fase esecutiva possa essere interamente dedicata a comporre questo conflitto la rende, a nostro modo di vedere, la sede privilegiata per l'attivazione di percorsi di giustizia riparativa[1074].

Il *favor* per l'accesso all'*iter* riparativo *in executivis* si evince anche dal tenore delle modifiche apportate alla legge sull'ordinamento penitenziario.

All'art. 13 o.p. (individualizzazione del trattamento) è stato aggiunto un nuovo comma (ora co. 4) che recita: «[n]ei confronti dei condannati e degli internati è favorito il ricorso a programmi di giustizia riparativa». Un ruolo propulsivo in questo senso potrà essere svolto dall'amministrazione penitenziaria e, più in particolare, dagli operatori giuridico-pedagogici che hanno in carico il detenuto o l'internato, dagli assistenti sociali dell'UEPE nel caso dei liberi sospesi, dalla Magistratura di Sorveglianza, nonché dai Garanti dei diritti delle persone private della libertà. Concretamente, ci si può attendere sia l'operatore giuridico-pedagogico, nel caso di soggetto detenuto/internato, o l'assistente sociale, nel caso di libero sospeso, in quanto figure "più prossime" al

[1073] Sulla giustizia riparativa in fase esecutiva cfr. M. BORTOLATO, *Giustizia riparativa ed esecuzione penale*, in V. BONINI (a cura di), *La giustizia riparativa (d.lgs. n. 150/2022 – d.lgs. n. 31/2024)*, Torino, 2024, 287 ss.; M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La giustizia riparativa*, cit., 335 ss.; A. MENGHINI, *Revisione critica, percorsi di giustizia riparativa e rieducazione. Rapporti e implicazioni in fase esecutiva*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI, (a cura di), *Riparazione e giustizia riparativa nel sistema penale: teorie, prassi e nuove prospettive: atti del Convegno Trento, 20-21 settembre 2024*, Napoli, 2025, 203 ss.

[1074] In tal senso, M. BORTOLATO, *Giustizia riparativa ed esecuzione penale*, cit., 293. Tuttavia, in un recente arresto molto criticato dalla dottrina, la Suprema Corte sconfessa recisamente (e inspiegabilmente) la suddetta impostazione, negando l'accesso a un programma di giustizia riparativa a un detenuto proprio perché ancora in espiazione di pena (cfr. Cass. pen., sez. I, 7 novembre 2024, n. 41133, in *www.sistemapenale.it*). Nella motivazione si legge: «[e]ssendo il ricorrente ancora detenuto in esecuzione di pena egli non può essere ammesso ad alcun programma di giustizia riparativa sintantoché la pena sarà in esecuzione, indipendentemente dal regime detentivo a cui è sottoposto»». Si tratta di una *ratio decidendi* palesemente *contra legem*, che ci auguriamo rimanga un caso isolato. Per un commento sulla pronuncia cfr. M. GIALUZ, *La giustizia riparativa, questa sconosciuta. Uno svarione della Suprema Corte*, in *www.sistemapenale.it*, 19 novembre 2024, 83 ss.; G. RUGGIERO, *La giustizia riparativa nella fase esecutiva. Un'insolita pronuncia della Cassazione*, in *www.dirittogiustiziaecostituzione.it*, 7 febbraio 2025.

condannato, a dover assolvere agli obblighi di informazione connessi alla giustizia riparativa e indirizzare i soggetti verso percorsi riparativi.

Più problematico, invece, il nuovo art. 15-*bis* o.p., secondo il quale «[i]n qualsiasi fase dell'esecuzione, l'autorità giudiziaria può disporre l'invio dei condannati e degli internati, previa adeguata informazione e su base volontaria, ai programmi di giustizia riparativa» (art. 78 d.lgs. 150/2022). Nella *Relazione illustrativa* allegata allo schema di decreto legislativo la formulazione prevista era però la seguente: «[i]n qualsiasi fase dell'esecuzione, i condannati e gli internati possono accedere, previa adeguata informazione e su base volontaria, anche su iniziativa dell'autorità giudiziaria, ai programmi di giustizia riparativa»[1075]. Ebbene, se sulla base della formulazione precedente era chiaro che l'iniziativa rispetto alla partecipazione a un programma di giustizia riparativa, nel caso di soggetto detenuto o internato, potesse provenire sia d'ufficio, sia su istanza di parte, considerato che non sempre vi è un giudizio pendente dinnanzi al Magistrato di Sorveglianza, la mutata formulazione ha alimentato il dubbio che l'istanza di parte risulti esclusa[1076]. La soluzione certamente preferibile sarebbe quella di ritenere non necessario l'invio del giudice in fase esecutiva. In tal modo la persona indicata come autore dell'offesa potrebbe rivolgersi autonomamente al Centro per la giustizia riparativa. Sono proprio le peculiarità dell'esecuzione a giustificare una disciplina differente rispetto a quella prevista per la fase di cognizione. In questa sede, infatti, perde di significato il filtro relativo al pericolo per l'accertamento dei fatti di cui all'art. 129-*bis* c.p.p., essendosi la vicenda già definitivamente conclusa sul piano giudiziario[1077]. L'altro parametro *ivi* indicato, ossia quello del pericolo per gli interessati,

[1075] Cfr. la *Relazione illustrativa* che accompagnava lo schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134, 442, ove si sottolineava che la «formula scelta sventa il rischio che la giustizia riparativa possa essere confusa con gli strumenti del trattamento penitenziario […] dovendosi ritenere possibile accedere ai programmi indipendentemente dai requisiti di ammissibilità dei benefici penitenziari e delle misure alternative (ferma restando la competenza del magistrato di sorveglianza, a norma dell'articolo 69 comma 5 o.p., ad approvare il singolo programma di trattamento anche quando contiene l'espresso riferimento all'accesso al programma)». Sull'opportuna scelta di non inserire la giustizia riparativa tra gli elementi del trattamento cfr. A. MENGHINI, *Revisione critica, percorsi di giustizia riparativa e rieducazione*, cit., 209 ss.

[1076] Così si domanda A. MENGHINI, *Giustizia riparativa: i principi generali*, cit., 17.

[1077] Così, ancora, A. MENGHINI, *Giustizia riparativa: i principi generali*, cit., 18-19. Concorda sul punto anche M. BORTOLATO, *Giustizia riparativa ed esecuzione penale*, cit., 305-306 e 303, in partic. nota 37, ove si sostiene che è necessariamente estranea alla Magistratura di Sorveglianza la valutazione di cui all'art. 129-*bis* c.p.p., «disposizione chiaramente applicabile solo alla fase della cognizione, ferma restando l'applicazione della regola generale di cui all'art. 43, comma 4, d.lgs. [150/2022] per la quale l'accesso può essere limitato (dal giudice o dal mediatore) in presenza di un "pericolo concreto per i partecipanti", derivante dallo svolgimento del programma». Analogamente, M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La giustizia*

mantiene naturalmente la sua ragion d'essere anche *in executivis* in virtù della regola generale stabilita dall'art. 43 co. 4 d.lgs. 150/2022; il suo accertamento può essere affidato al giudice o, in alternativa, anche al mediatore, il quale forse è in grado di verificare con maggiore consapevolezza eventuali rischi per i partecipanti.

Ciò che è certo, invece, è che l'iniziativa da parte della persona condannata rimane presente qualora si tratti di liberi sospesi, perché qui possiamo dire che l'esecuzione non è ancora tecnicamente iniziata e dunque è possibile che la persona si rivolga direttamente ai Centri di giustizia riparativa per chiedere l'attivazione di un percorso. In questo caso, ci si interroga se debba comunque essere acquisita un'autorizzazione ad attivare il percorso di giustizia riparativa da parte della Magistratura di Sorveglianza. Proprio con riferimento ai liberi sospesi il ricorso alla giustizia riparativa potrebbe rivelarsi molto interessante. Come già rilevato, infatti, dal momento di presentazione della domanda al momento della fissazione dell'udienza da parte del Tribunale di Sorveglianza possono trascorre anche parecchi anni; pertanto, l'adesione a programmi di giustizia riparativa in questo lasso di tempo potrebbe certamente orientare favorevolmente il collegio circa la concessione della misura alternativa richiesta[1078].

Infine, un breve cenno ai percorsi di giustizia riparativa nella fase esecutiva delle misure di sicurezza. In quanto si tratta di soggetti non imputabili o semi-imputabili, la stessa capacità di autodeterminazione della persona e di prestazione del consenso può risultare problematica; a ciò dovrebbe corrispondere una specifica preparazione dei mediatori coinvolti. Oltretutto, è probabile che tali percorsi si inseriscano all'interno di un *iter* sanitario di cura e, dunque, l'eventuale predisposizione del programma di giustizia dovrà anche tener conto di questa peculiarità[1079].

*riparativa*, cit., 364, rilevano che da nessuna parte è rinvenibile una sorta di divieto alle parti (o ad una sola di esse) di formulare in autonomia un'istanza per l'invio ad un Centro.

[1078] In tema cfr. P. MAGGIO, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., 39.

[1079] Cfr. L. EUSEBI, *Giustizia riparativa e riforma del sistema sanzionatorio penale*, in *Dir. pen. proc*., 1/2023, 86.

### *7.1.1. La controversa questione dell'impugnabilità del diniego di accesso ai programmi di giustizia riparativa*

Un profilo particolarmente rilevante di cui ci sembra opportuno dar conto è quello dell'impugnabilità del diniego di accesso ai programmi di giustizia riparativa[1080]. La risoluzione di tale questione in senso positivo o negativo, invero, consente di riflettere sulla natura discrezionale vincolata o meno del potere che spetta al giudice *ex* art. 129-*bis* c.p.p., nonché sulla qualificazione dell'accesso ai programmi di giustizia riparativa come diritto o mera facoltà.

Ebbene, nei primi arresti giurisprudenziali la Suprema Corte ha mostrato di aderire a tre diversi orientamenti: uno restrittivo, uno intermedio e uno estensivo.

Secondo la tesi restrittiva, il diniego non potrebbe essere impugnato per quattro differenti ragioni[1081]: a) la natura non giurisdizionale del percorso riparativo, concretizzandosi quest'ultimo «in un servizio pubblico di cura relazionale tra persone, disciplinato da regole non mutuabili da quelle del processo penale»[1082]; b) il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione *ex* art. 568, co. 1, c.p.p. per cui è la legge che stabilisce i casi nei quali i provvedimenti del giudice sono soggetti a impugnazione e determina il mezzo con cui possono essere impugnati; c) l'esclusione dell'atto *ex* art. 129-*bis* c.p.p. dal novero dei provvedimenti in materia di libertà personale, in relazione ai quali l'art. 111 co. 7 Cost. ammette la possibilità del ricorso per Cassazione per violazione di legge; d) l'assenza di carattere decisorio e l'incapacità di incidere in via definitiva del provvedimento su situazioni giuridiche di diritto soggettivo, producendo, con efficacia di

[1080] Sul tema, cfr. S.M. PEDRO, *Diniego di accesso al programma di giustizia riparativa: note critiche in margine a una recente pronuncia della Corte di Cassazione*, in *Mediares*, 2/2024, 27 ss.; V. BONINI, P. MAGGIO, *L'impugnazione dei provvedimenti a caratura riparativa: equilibri e squilibri tra sistemi*, in *www.sistemapenale.it*, 7 maggio 2024; F. FIORENTIN, *Sì al ricorso in cassazione contro il diniego alla giustizia riparativa*, in *Il Sole 24 ore*, 20 gennaio 2025; E. GRISONICH, *Sul controverso tema dell'impugnabilità dell'ordinanza che rigetta l'istanza di accesso ai programmi di giustizia riparativa: una recente sentenza della prima sezione della Cassazione*, in *www.sistemapenale.it*, 13 marzo 2025; L. PARLATO, *La giustizia riparativa e due nodi da sciogliere: il mancato avviso sull'accesso ai programmi e l'impugnabilità del diniego al loro avvio*, in *Arch. pen*., 3/2025, 14 ss.; G. RUGGIERO, *Servizio di cura o finestra di giurisdizione? Rimessa alle SS.UU. la questione dell'impugnabilità dei provvedimenti di diniego alla giustizia riparativa*, in *www.dirittogiustiziaecostituzione.it*, 17 luglio 2025.

[1081] Aderiscono alla tesi restrittiva: Cass. pen., sez. II, 12 dicembre 2023, n. 6595, Baldo, in *www.deiustitia.it*; in seguito, Cass. pen., sez. III, 20 giugno 2024, n. 24343, in *www.foroplus.it*; Cass. pen., sez. II, 7 novembre 2024, n. 46018, in *www.dejure.it*; Cass. pen., sez. VI, 13 giugno 2023, n. 25367, in *www.processopenaleegiustizia.it*; Cass. pen., sez. III, 20 giugno 2024, n. 24343, in *www.processopenaleegiustizia.it*.

[1082] Cass. pen., sez. II, 12 dicembre 2023, n. 6595, Baldo, cit.

giudicato, effetti di diritto sostanziale e processuale sul piano contenzioso della composizione di interessi contrapposti[1083].

In un secondo momento, la Corte di Cassazione ha accolto una soluzione intermedia – meno radicale – che apre, sia pur limitatamente, all'impugnazione del diniego[1084]. Nel dettaglio, pur continuando a negare una generalizzata sindacabilità del provvedimento di rigetto in virtù del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, tale posizione mediana ha ammesso l'impugnazione differita del provvedimento di diniego unitamente alla sentenza, «a condizione che la richiesta risulti avanzata dall'imputato e riguardi reati procedibili a querela suscettibile di remissione, trattandosi del solo caso in cui il suo eventuale accoglimento determina la sospensione del processo»[1085]. Tale indirizzo ha infatti ritenuto determinante ai fini dell'impugnazione la «necessità di un'influenza rilevante sulla sentenza» da parte dell'esito riparativo[1086], influenza che, per l'appunto, potrebbe ravvisarsi soltanto con riferimento al novero dei reati procedibili a querela suscettibile di remissione, dal momento che l'art. 129-*bis* co. 4 c.p.p., in caso di svolgimento del percorso riparativo, prevede, per questi reati, la sospensione del procedimento per un periodo non superiore a centottanta giorni.

Da ultimo, è emerso un terzo orientamento "estensivo" che ammette l'impugnabilità dell'ordinanza reiettiva, unitamente alla sentenza conclusiva del giudizio, senza alcuna distinzione tra reati procedibili a querela suscettibile di remissione e reati procedibili d'ufficio[1087]. La tesi possibilista si fonda sulla natura endoprocedimentale dell'ordinanza *ex* art. 129-*bis* co. 3 c.p.p. definita «una finestra di giurisdizione» e valorizza tanto il principio della generale accessibilità alla giustizia riparativa, quanto la previsione espressa, contenuta nella Raccomandazione del Consiglio d'Europa CM/Rec

---

[1083] Cfr. V. BONINI, P. MAGGIO, *L'impugnazione dei provvedimenti a caratura riparativa: equilibri e squilibri tra sistemi*, cit., 17-18.

[1084] Espressive di questo orientamento: Cass. pen., sez. III, 7 giugno 2024, n. 33152, in *www.dirittifondamentali.it*; Cass. pen., sez. V, 18 dicembre 2024, n. 7266, Rv. 287533; Cass. pen., sez. I, 21 novembre 2024, n. 8400, in *www.sistemapenale.it*.

[1085] Così, Cass. pen., sez. III, 7 giugno 2024, n. 33152, cit.

[1086] Diffusamente, in chiave critica, V. VIRGA, *L'«incidenza significativa» presupposto dell'impugnabilità delle ordinanze di diniego all'accesso dei programmi di GR per i reati procedibili a querela soggetta a remissione*, in *Proc. pen. giust.,* 2/2025, 214 ss.

[1087] Cass. pen., sez. V, 3 gennaio 2025, n. 131, in *www.foroplus.it*; Cass. pen., sez. III, 1 luglio 2025, n. 24149, in *www.foroplus.it*. L'orientamento estensivo si è fatto strada anche in fase esecutiva come si può evincere da Trib. Sorv. Lecce, 30 novembre 2023, n. 4710, inedita, pronuncia che ha ammesso l'impugnabilità, tramite reclamo giurisdizionale *ex* art. 35-*bis* o.p., dei provvedimenti del Magistrato di Sorveglianza che negano l'autorizzazione all'avvio di programmi di giustizia riparativa.

(2018)8, dell'impugnabilità dei provvedimenti in materia, che invita gli Stati a introdurre procedure di reclamo chiare ed efficaci[1088].

In presenza di simili "scosse di assestamento" giurisprudenziali che fisiologicamente sogliono accompagnare le prime applicazioni di una disciplina inedita, la soluzione del contrasto in corso è stato rimesso alle Sezioni Unite della Cassazione[1089].

In attesa di questa pronuncia, a nostro modo di vedere, il più recente approdo della giurisprudenza di legittimità ci sembra senz'altro condivisibile e ci si augura pertanto che anche le Sezioni Unite si conformino all'interpretazione più estensiva.

Invero, sebbene sia indubitabile l'ontologica eterogeneità tra il paradigma punitivo classico e quello riparativo, non si può ignorare il modello delineato dal legislatore che espressamente contempla punti di intersezione tra il primo e il secondo. Volendo valorizzare tale impostazione, pare allora necessario indagare le tipologie di attività che si dipanano nel contesto riparativo al fine di verificare se e in quale misura «queste occasioni di interlocuzione possano dirsi attratte nell'orbita del procedimento giudiziario, con l'effetto di seguirne princìpi e regole (anche) in tema di impugnazioni»[1090].

Sintetizzando, possiamo distinguere tra attività proprie dell'autorità giudiziaria, come l'ordinanza *ex* art. 129-*bis* c.p.p. e le valutazioni sull'esito riparativo; attività proprie dei mediatori, come la conduzione degli incontri e la stesura del programma; attività dei mediatori con interlocuzioni con il giudice, come la relazione conclusiva all'autorità giudiziaria[1091]. In base a tale tripartizione è evidente che la prima categoria di attività è compiuta tramite atti dell'autorità giudiziaria riconducibili alle forme delineate dall'art. 125 c.p.p., che quindi si collocano a pieno titolo all'interno del procedimento penale (e al di fuori del percorso riparativo). Come già accennato, le due *species* di provvedimenti che possiedono tali caratteristiche sono il provvedimento di invio adottato ai sensi dell'art. 129-*bis* co. 3 c.p.p., e quello con cui, a valle della mediazione, il giudice valuta l'esito riparativo[1092]. In altri termini, si può concludere che si tratti di

[1088] Cass. pen., sez. V, 3 gennaio 2025, n. 131, cit.

[1089] Cass. pen, sez. V, ord. 15 aprile 2025, n. 14833, in *www.sistemapenale.it*.

[1090] V. BONINI, P. MAGGIO, *L'impugnazione dei provvedimenti a caratura riparativa: equilibri e squilibri tra sistemi*, cit., 9.

[1091] Così, ancora, V. BONINI, P. MAGGIO, *L'impugnazione dei provvedimenti a caratura riparativa: equilibri e squilibri tra sistemi*, cit., 9 ss.

[1092] *Ivi*, 12.

provvedimenti di natura giurisdizionale, sottoposti alle regole del processo, comprese quelle riguardanti il regime delle impugnazioni.

Tanto chiarito, è opportuno accertare se sussista un vero e proprio diritto di accesso alla giustizia riparativa, così da poter riconoscere eventuali lesioni derivanti dal diniego della relativa richiesta, meritevoli del sindacato del giudice dell'impugnazione. A tal proposito, tanto le fonti internazionali quanto la disciplina nazionale non sembrano configurare l'accesso alla giustizia riparativa come un diritto, bensì come una facoltà[1093]. Nondimeno, il vaglio discrezionale di cui il giudice è investito ai sensi dell'art. 129-*bis* co. 3 c.p.p. è *vincolato* ai due criteri dell'utilità del programma e della pericolosità per i partecipanti e per l'accertamento dei fatti e va motivato (si tratta quindi di una discrezionalità vincolata). Una decisione che si discosti dai criteri fissati dalla legge è, pertanto, impugnabile in quanto limita – non il diritto – ma comunque la facoltà per i soggetti coinvolti di accedere alla giustizia riparativa in spregio del principio di generale accessibilità sancito dalla riforma Cartabia. Differente, invece, è la discrezionalità di cui gode il giudice ai sensi dell'art. 129-*bis* co. 1 c.p.p. nel decidere se impulsare *ex officio* gli interessati a presentarsi al Centro per avviare il percorso riparativo. In questo caso, superato il preliminare vaglio di utilità e non pericolosità, non vi sono vincoli di alcun tipo per il giudice, il quale pertanto è assolutamente *libero* di disporre o meno l'invio d'ufficio. Ciò non toglie che, nello spirito della riforma Cartabia, egli dovrebbe comunque farsi interprete – insieme agli altri attori istituzionali – dell'esigenza di valorizzare e promuovere gli strumenti della giustizia riparativa, contribuendo alla loro effettiva implementazione[1094].

### *7.2. Lo svolgimento del programma e l'approdo all'eventuale esito riparativo: la «discrezionalità umanistica» esercitata dai mediatori*

Passato il vaglio di ammissibilità ai programmi riparativi da parte dell'autorità giudiziaria competente si abbandona il terreno penalistico per entrare in una dimensione completamente diversa, quella propria della giustizia riparativa. Tale transizione segna il

[1093] Sul punto v., per tutti, le considerazioni di G. MANNOZZI, *Le sfide poste dall'istituzionalizzazione della giustizia riparativa: importazione di modelli e nuovi colonialismo*, in V. BONINI (a cura di), *La giustizia riparativa (d.lgs. n. 150/2022 – d.lgs. n. 31/2024)*, Torino, 2024, 14 ss.

[1094] Riflettono in questi termini sulla discrezionalità del giudice *ex* art. 129-*bis* c.p.p.: V. BONINI, P. MAGGIO, *L'impugnazione dei provvedimenti a caratura riparativa: equilibri e squilibri tra sistemi*, cit., 15 ss.

passaggio di testimone dal giudice al mediatore, vero e proprio perno del sistema riparativo[1095]: benché le due figure menzionate condividano il carattere dell'imparzialità, il primo ha il compito di «decidere senza necessariamente pacificare», il secondo ha il compito di «pacificare senza decidere»[1096].

Nonostante la sua indiscussa centralità, la disciplina dello svolgimento delle attività affidate ai mediatori è piuttosto scarna (art. 54 e 55 d.lgs. 150/2022)[1097]. L'incontro tra le persone coinvolte nel programma riparativo è preceduto da uno o più colloqui preliminari con i mediatori. Tali incontri assolvono a una triplice funzione: anzitutto, informare tutti i partecipanti sulle modalità di svolgimento, sul significato e sugli obiettivi del percorso; in secondo luogo, acquisire il consenso alla partecipazione al programma, accertandone la volontarietà; infine – fase certamente più delicata – valutare la fattibilità di uno dei programmi previsti dall'art. 53 del d.lgs. n. 150/2022[1098]. Tale ultima valutazione è compiuta dal mediatore al termine dei colloqui preliminari e «tiene conto di quanto emerso dalle narrazioni di ciascuno dei partecipanti, dei bisogni e dei desideri espressi, degli stati di particolare vulnerabilità e delle dinamiche relazionali, dello squilibrio di potere fra i partecipanti, dei rischi di vittimizzazione, del confronto con i legali, del consenso espresso per l'incontro. La valutazione attiene all'opportunità o meno di un incontro diretto fra i partecipanti ma riguarda anche l'individuazione del programma di giustizia riparativa ritenuto più adatto»[1099].

---

[1095] Come è stato rilevato in dottrina, il successo della riforma «si regge, in gran parte, sulla competenza e capacità dei mediatori a cui è affidato il difficilissimo compito di accompagnare le parti al riconoscimento reciproco»; così E. VENAFRO, *Giustizia riparativa e sistema penale alla luce della riforma Cartabia*, cit., 51. Considerato il delicato ruolo che il mediatore viene a ricoprire, assume importanza fondamentale l'aspetto formativo. Per approfondire lo stato dell'arte rispetto all'*iter* di formazione e aggiornamento dei mediatori si rimanda ai contributi di F. BRUNELLI, *Il mediatore: ruolo, doveri, formazione*, in V. BONINI (a cura di), *La giustizia riparativa (d.lgs. n. 150/2022 – d.lgs. n. 31/2024)*, Torino, 2024, 135 ss.; M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La giustizia riparativa*, cit., 283 ss.

[1096] L'efficace espressione richiamata è di D. CERTOSINO, *Mediazione e giustizia penale*, Bari, 2015, 69.

[1097] *Amplius* su tale disciplina: F. BRUNELLI, *I programmi di giustizia riparativa*, in V. BONINI (a cura di), *La giustizia riparativa (d.lgs. n. 150/2022 – d.lgs. n. 31/2024)*, Torino, 2024, 157 ss.; M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La giustizia riparativa*, cit., 246 ss.; F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., 181 ss.

[1098] Essi comprendono: a) la mediazione tra la persona indicata come autore dell'offesa e la vittima del reato, anche estesa ai gruppi parentali, ovvero tra la persona indicata come autore dell'offesa e la vittima di un reato diverso da quello per cui si procede; b) il dialogo riparativo; c) ogni altro programma dialogico guidato da mediatori, svolto nell'interesse della vittima del reato e della persona indicata come autore dell'offesa. Per un commento sui vari programmi contemplati v. F. BRUNELLI, *I programmi di giustizia riparativa*, cit., 151 ss.; M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La giustizia riparativa*, cit., 229 ss.

[1099] Così, ancora, F. BRUNELLI, *I programmi di giustizia riparativa*, cit., 160.

In buona sostanza, possiamo senza dubbio affermare che qui trovi spazio l'idea di una «discrezionalità umanistica»[1100], individualizzante, «che consente di *personalizzare* i programmi e le soluzioni riconciliative, rivelando, dunque, un'inedita dimensione qualitativa»[1101]. Non a caso, la giustizia riparativa è stata definita in dottrina come «espressione di un autentico personalismo»[1102] o, ancora, «sublimazione del personalismo sanzionatorio»[1103].

Naturalmente, è proprio attraverso il contatto e il dialogo con i soggetti coinvolti che i mediatori potranno "intercettare" eventuali partecipazioni "meramente fittizie": invero, «[s]arebbe ingenuo pensare che l'accesso al programma riparativo non [possa essere] motivato da propositi strumentali sia da parte della vittima (si pensi al desiderio di scatenare la propria rabbia e di squalificare l'immagine dell'accusato di fronte a un terzo) sia da parte della persona indicata come responsabile (si pensi agli indubbi vantaggi conseguibili sul piano del trattamento sanzionatorio o, addirittura, nella prospettiva dell'impunità»[1104].

Una volta concluso il programma, il mediatore deve darne comunicazione all'autorità giudiziaria. Tale comunicazione, però, si configura diversamente a seconda del tipo di attività svolta e, soprattutto, del suo esito.

L'esito riparativo, secondo una formulazione molto ampia, consiste «in qualunque accordo, risultante dal programma di giustizia riparativa, volto alla riparazione dell'offesa e idoneo a rappresentare l'avvenuto riconoscimento reciproco e la possibilità di ricostruire la relazione tra i partecipanti» (art. 42, lett. e, d.lgs. 150/2022)[1105]. Inoltre, ai sensi dell'art. 56, l'esito può essere simbolico (dichiarazioni o scuse formali, impegni comportamentali anche pubblici o rivolti alla comunità, accordi relativi alla frequentazione di persone o luoghi) o materiale (risarcimento del danno, restituzioni, l'adoperarsi per elidere o

[1100] Per M. DONINI, *Diritto penale e processo come legal system. I chiaroscuri di una riforma bifronte*, in D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO, *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Milano, 2023, 20, il d.lgs. 150/2022 ci pone di fronte ad «una discrezionalità umanistica differente dal passato».

[1101] Così, C. IAGNEMMA, *Profili di una discrezionalità umanistica in materia di giustizia riparativa*, cit., 108.

[1102] R. BARTOLI, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, cit., 6.

[1103] M. VENTUROLI, *Verso un nuovo paradigma di individualizzazione della pena?,* cit., 8.

[1104] In tal senso, M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La giustizia riparativa*, cit., 248.

[1105] Critici su tale definizione M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La giustizia riparativa*, cit., 250 ss.

attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato o evitare che lo stesso sia portato a conseguenze ulteriori).

Ciò detto, l'onere informativo che grava sul mediatore nei confronti dell'autorità giudiziaria in merito allo svolgimento del programma potrà essere più o meno approfondito.

Se, infatti, la mancata effettuazione del programma, l'interruzione dello stesso o il mancato raggiungimento di un esito riparativo non possono mai produrre effetti *in malam partem* nei confronti della persona indicata come autore dell'offesa (art. 58 co. 2 d.lgs. 150/2022), è opportuno che in questi casi la restituzione all'autorità giudiziaria sia alquanto sintetica, una mera comunicazione dell'esito. Questo, ovviamente, in un'ottica garantistica per la parte: tanto meno l'autorità giudiziaria sa delle ragioni del fallimento del tentativo riparativo, quanto più eserciterà un giudizio scevro da *bias* e pregiudizi nel prosieguo dell'*iter* penalistico[1106]. Il giudice, dunque, non è messo a conoscenza delle ragioni dell'eventuale insuccesso del programma e deve essere consapevole che il fallimento del percorso riparativo può dipendere tanto dall'autore del reato quanto dalla vittima, la quale potrebbe non riuscire a superare le proprie resistenze emotive, scegliendo di abbandonare il programma[1107].

Qualora, invece, si giunga ad un qualche esito riparativo è necessario che l'autorità giudiziaria abbia un quadro più ampio e dettagliato di quanto si è verificato e ciò perché il legislatore ha associato all'esito positivo una serie di effetti importanti in punto di commisurazione della pena in senso stretto e in senso lato, di cui daremo conto nel prossimo paragrafo. In questi casi allora il mediatore è tenuto a redigere una vera e propria relazione che ha ad oggetto la descrizione del programma e dell'esito riparativo, oltre alle ulteriori informazioni che eventualmente i partecipanti ritengano di condividere[1108].

Come in un giro ad anello, quindi, l'*iter* riparativo è destinato a fare ritorno alla sede giurisdizionale ed è proprio questo il momento di intersezione tra i due paradigmi più delicato e che suscita numerosi interrogativi interpretativi.

---

[1106] F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., 184.

[1107] E. VENAFRO, *Giustizia riparativa e sistema penale alla luce della riforma Cartabia*, cit., 21.

[1108] *Ibidem*. F. BRUNELLI, *I programmi di giustizia riparativa*, cit., 164, osserva che il mediatore dovrà astenersi «dall'esprimere una propria valutazione sull'esito riparativo raggiunto, essendo rimandato all'autorità giudiziaria il compito di attribuire una valutazione sul percorso svolto». L'autrice riporta anche alcuni esempi di relazioni e comunicazioni all'autorità giudiziaria. In argomento cfr. anche M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La giustizia riparativa*, cit., 255 ss.

### *7.3. La valutazione dell'esito riparativo da parte dell'autorità giudiziaria e le ricadute sulla commisurazione della pena: quali spazi per la discrezionalità?*

La questione centrale è se l'esito riparativo così come definito dal mediatore possa essere autonomamente valutato dal giudice. In particolare, ci si chiede, da un lato, se in presenza di un esito che sia stato qualificato come positivo dal mediatore, l'autorità giudiziaria possa discostarsi da tale indicazione procedendo ad un apprezzamento autonomo che possa condurre ad una valutazione negativa; dall'altro lato, se, pur in assenza di un esito positivo, il giudice possa comunque valorizzare la partecipazione al programma della persona indicata come autore del reato. Quesiti che hanno ricadute pratiche importanti dal momento che il legislatore ha associato al percorso riparativo alcuni "effetti penali" suscettibili di incidere sull'*an* della punibilità (solo per i reati procedibili a querela soggetta a remissione) e soprattutto sul *quantum* in fase di cognizione e sul *quomodo* in fase esecutiva.

Il dato positivo non è di particolare ausilio per dipanare il problema e, anzi, può apparire a tratti fuorviante. Invero, come già rilevato, l'art. 57 d.lgs. 150/2022 si limita a disporre che «[a]l termine del programma viene trasmessa all'autorità giudiziaria procedente una relazione redatta dal mediatore contenente la descrizione delle attività svolte e dell'esito riparativo raggiunto», mentre l'art. 58 prevede che «[l]'autorità giudiziaria, per le determinazioni di competenza, valuta lo svolgimento del programma e, anche ai fini di cui all'articolo 133 del codice penale, l'eventuale esito riparativo».

Quanto alla prima problematica enucleata, facendo leva sulla formulazione letterale che in effetti prescrive a tutti gli effetti una valutazione da parte del giudice, si potrebbe sostenere che l'autorità giudiziaria ha il potere-dovere di sindacare le conclusioni cui è giunto il mediatore[1109]. Tuttavia, tale ricostruzione, finisce per snaturare completamente il significato più profondo della rivoluzione riparativa: «[s]e, infatti, si muove dall'idea che [la giustizia riparativa] sia altro dalla dinamica punitiva, non vi sono

[1109] In dottrina questa prospettiva è, ad esempio, sostenuta da M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La giustizia riparativa*, cit., 256 ss., i quali ritengono recisamente che la valutazione in parola «debba essere oggetto di un'attribuzione riservata all'autorità giudiziaria. Al mediatore spetta [invece] un compito descrittivo tanto dell'attività quanto dell'esito del programma riparativo». Nondimeno, gli stessi autori ritengono «abbastanza remota l'ipotesi che possa esservi un capovolgimento nella valutazione dell'esito, riparativo o meno, da parte del giudice. Così come è del tutto improbabile che il giudice esprima valutazioni sugli aspetti dialogici ed emotivi ai quali non ha minimamente accesso». In definitiva, quindi, i reali margini di apprezzamento dell'autorità giudiziaria emergerebbero «laddove vi sia indeterminatezza negli impegni assunti o forme parziali nell'adempimento di obblighi liberamente accettati».

molti margini per una valutazione autonoma da parte del giudice, con la conseguenza che il controllo sull'operato e l'esito del mediatore non potrà che essere estrinseco e formale»[1110]. D'altronde, appare più ragionevole affidare la valutazione ad una figura – com'è il mediatore – appositamente formata e competente per gestire il dialogo riparativo, l'unica che ha seguito e assistito le parti, incontro dopo incontro e, dunque, l'unica in grado di esprimere un convincimento fondato sulla base di un quadro ampio e completo. D'altronde, «che competenza può avere il magistrato a valutare segmenti di un percorso che presuppone strumenti, sensibilità, categorie mentali completamente diverse da quelle con cui si è formato? Sarebbe come chiedere al mediatore di poter dire la sua sulla pena da irrogare»[1111]. Le lenti con cui il giudice è abituato a filtrare la vicenda non sono le stesse attraverso le quali va messo a fuoco il percorso riparativo, il quale si fonda su logiche di dialogo, riconoscimento reciproco e ricostruzione del legame sociale piuttosto che sull'accertamento delle responsabilità secondo schemi formali.

Passando ora al secondo dubbio interpretativo prospettato, va rilevato che l'unico limite davvero cogente che il giudice è chiamato a rispettare è il divieto di far ricadere sull'autore del fatto effetti sfavorevoli a causa della mancata effettuazione del programma, dell'interruzione dello stesso o del mancato raggiungimento di un esito riparativo (art. 58 co. 2 d.lgs. 150/2022). Ciò non esclude, pertanto, in linea teorica, che un esito solo parzialmente realizzato o non raggiunto per fatto non imputabile alla persona indicata come autore possa essere valutato con effetti *in bonam partem*. Tale ermeneusi sembra confortata dal primo comma dell'art. 58 cit., il quale sancisce che «l'autorità giudiziaria, per le determinazioni di competenza, valuta lo svolgimento del programma e, anche ai fini di cui all'articolo 133 del codice penale, l'eventuale esito riparativo». L'esito cui tale disposizione si riferisce non potrebbe che essere quello negativo, dal momento che l'esito positivo deve già essere valorizzato come circostanza attenuante propria *ex* art.

[1110] Così, R. BARTOLI, *Una giustizia senza violenza, né Stato, né diritto*, cit., 17. Questa, peraltro, ci sembra l'impostazione maggiormente condivisa tra gli studiosi della materia, cfr. E. VENAFRO, *Giustizia riparativa e sistema penale alla luce della riforma Cartabia*, cit., 27 ss. la quale osserva che «dare la possibilità al giudice di condividere, anche se solo in parte, il percorso di ciò che è avvenuto durante la riparazione implica, necessariamente, l'elusione di tutte le garanzie previste dalla Riforma e, conseguentemente, decretare il fallimento della GR […]. Nessun soggetto indicato come autore di reato, infatti, potrà aprirsi ad un dialogo sincero e capace di mettersi in discussione, se può avere, anche solo come retropensiero, il sospetto che quei dialoghi con la vittima, quelle riflessioni sull'accaduto potranno tornare davanti agli occhi del giudice. La sincerità e la volontà di mettersi in gioco sono la spina dorsale dei programmi, senza le quali non ci potrà mai essere riparazione». Analogamente, F. CINGARI, *Giustizia riparativa e commisurazione della pena criminale*, cit., 250-251.

[1111] Così, E. VENAFRO, *Giustizia riparativa e sistema penale alla luce della riforma Cartabia*, cit., 27.

62 n. 6 c.p. e quindi non potrebbe essere valutato due volte, anche come circostanza impropria[1112].

Certo è che questa ricostruzione – non solo compatibile con la lettera della legge ma che ha anche il pregio di valorizzare al massimo il paradigma riparativo – pone alcune problematiche sul piano più schiettamente pragmatico. Invero, abbiamo detto che, qualora l'esito del programma non dovesse essere positivo, il mediatore dovrebbe limitarsi ad una comunicazione alquanto concisa senza dilungarsi sulle ragioni che hanno impedito un epilogo positivo, proprio per evitare di condizionare il giudice. Se si dovesse affermare nella prassi l'interpretazione estensiva esposta, dovrebbe giocoforza cambiare il contenuto della comunicazione al fine di offrire al giudice gli elementi necessari per effettuare una valutazione di questo tipo[1113]. Il mediatore sarebbe così chiamato a compiere un delicato esercizio di equilibrismo: informare il giudice della non imputabilità del fallimento del programma all'indagato/imputato/condannato senza però violare il dovere di riservatezza, il che può apparire non particolarmente complesso nei casi semplici – ove, ad esempio, sia la persona offesa che unilateralmente decida di non proseguire gli incontri – meno immediato, invece, negli *hard cases*, ove le ragioni dell'interruzione o dell'esito negativo dipendono da dinamiche relazionali o vissuti emotivi che coinvolgono *entrambe* le parti e che non possono essere condivisi senza compromettere la fiducia e la confidenzialità proprie del *setting* riparativo[1114]. A tale

[1112] Di questo avviso R. BARTOLI, *Una giustizia senza violenza, né Stato, né diritto*, cit., 17; A. MENGHINI, *Giustizia riparativa: i principi generali*, cit., 20; L. EUSEBI, *Giustizia riparativa e riforma del sistema sanzionatorio penale*, cit., 85; V. BONINI, *Evoluzioni della giustizia riparativa nel sistema penale*, in *Proc. pen. giust*., 1/2022, 120. *Contra*, E. VENAFRO, *Giustizia riparativa e sistema penale alla luce della riforma Cartabia*, cit., 30-31, la quale ritiene che tale soluzione «falsificherebbe, fin da subito, quel clima di spontaneità, immediatezza e verità su cui si regge il programma. L'imputato, infatti, finirebbe per parlare al mediatore, pensando al giudice: se poi le cose andranno male, almeno il magistrato potrà tenere conto delle sue dichiarazioni o dei suoi comportamenti». L'autrice propone un'interpretazione alternativa e più restrittiva dell'art. 58 co. 1 cit.: «la circostanza impropria [può] trovare un'applicazione tutte le volte in cui non sia possibile considerare quel percorso positivo all'interno degli istituti predisposti ad accoglierlo, perché, ad esempio, difettano altri elementi necessari per l'estinzione del reato». Secondo un ulteriore indirizzo interpretativo, la partecipazione al programma riparativo non concluso con esito riparativo potrà essere valutata dal giudice ai fini della concessione delle attenuanti generiche; così, F. D'AMATO, *La nuova circostanza di cui all'art. 62 n. 6 ultima parte c.p.: l'aver l'imputato partecipato a un programma di giustizia riparativa conclusosi con esito positivo*, in *Riv. pen*., 2023, 233 ss.

[1113] In tal senso, A. MENGHINI, *Giustizia riparativa: i principi generali*, cit., 20.

[1114] Paiono condivisibili i dubbi di E. VENAFRO, *Giustizia riparativa e sistema penale alla luce della riforma Cartabia*, cit., 30, a proposito di una potenziale seconda vittimizzazione: «[l]a vittima è stata coprotagonista di quel percorso, ha investito parte di sé in quel cammino che non ha dato i frutti sperati e se dovesse vedere che, nonostante l'esito non sia stato per lei appagante, quel percorso viene, comunque, traslato nel processo, non potrebbe non sentirsi nuovamente emarginata e vivere una seconda vittimizzazione».

scopo, ma anche più in generale, per costruire un canale comunicativo efficace tra mediatore e autorità giudiziaria sarebbe utile individuare taluni criteri guida che il mediatore debba seguire nella compilazione della relazione finale[1115].

Appurato, quindi, che, a rigore, non si può parlare di discrezionalità del giudice in merito alla valutazione dell'esito riparativo, poiché egli dovrebbe limitarsi a recepire quanto comunicato dal mediatore senza poterlo mettere in discussione, pena un indebito scambio di ruoli, la discrezionalità giudiziaria torna ad espandersi nel momento successivo, quando l'organo giudicante è chiamato a trasporre sul piano commisurativo in senso lato gli effetti dello svolgimento del programma di giustizia riparativa. Da questo punto di vista, se – come più volte ribadito – tra giustizia riparativa e punitiva vi è un'ontologica irriducibilità, «è altrettanto evidente che la giustizia riparativa non [è] estranea agli scopi della pena criminale, potendo anche contribuire a realizzarli»[1116]. Ne consegue che, se un esito riparativo è intervenuto, il trattamento sanzionatorio non potrà essere il medesimo che sarebbe stato in assenza di riparazione[1117].

Non ci resta, quindi, che procedere con l'analisi delle ricadute penalistiche della giustizia riparativa.

Gli effetti indubbiamente più dirompenti si realizzano in relazione ai reati procedibili a querela. Invero, la partecipazione del querelante a un programma conciliativo concluso con esito riparativo comporta, ai sensi dell'art. 152 co. 3 n. 2 c.p., la remissione della querela, la quale a sua volta produce l'estinzione del reato[1118]. Tale meccanismo incide a monte sull'*an* della punibilità e, tuttavia, non può essere ricondotto

---

[1115] Come osserva F. BRUNELLI, *I programmi di giustizia riparativa*, cit., 164, tale prassi si è già consolidata nell'esperienza maturata in ambito minorile: «i mediatori dei centri attivi sul territorio hanno ritenuto utile individuare in dialogo con la magistratura alcuni indicatori o criteri irrinunciabili per descrivere gli aspetti essenziali dell'incontro svolto, che potessero aiutare anche i magistrati a comprendere l'effettiva riuscita del programma e a motivare l'applicazione di eventuali benefici». R. MUZZICA, *Il ruolo dell'autorità giudiziaria nei programmi di giustizia riparativa*, cit., 51, propone, ad esempio, l'adozione di alcuni indici di natura oggettiva come «la frequenza e assiduità negli incontri, le modalità di relazione reciproca, l'esplicazione del "diritto di voce", l'integrazione del punto di vista dell'altro nel proprio resoconto fattuale ed emotivo e, più in generale, la congruità rispetto ai criteri teleologici di riferimento, enucleati dall'art. 43 co. 2, d. lgs. n. 150/2022, rappresentati dal "riconoscimento della vittima del reato, la responsabilizzazione della persona indicata come autore dell'offesa e la ricostituzione dei legami con la comunità"».

[1116] F. CINGARI, *Giustizia riparativa e commisurazione della pena criminale*, cit., 248.

[1117] G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale diritto penale*, cit., 992.

[1118] Per approfondire il tema v. E. VENAFRO, S. CAMPANELLA, *Giustizia riparativa ed estinzione del reato*, in V. BONINI (a cura di), *La giustizia riparativa (d.lgs. n. 150/2022 – d.lgs. n. 31/2024)*, Torino, 2024, 253 ss.

a quella che abbiamo definito come "commisurazione in negativo"[1119] poiché, a ben vedere, in questi casi il giudice si limita a prendere atto dell'estinzione del reato senza esercitare poteri discrezionali.

Per quanto riguarda, invece, la fase di cognizione, sono molteplici gli istituti che, in base alle scelte effettuate dal legislatore del 2022, consentono di dare rilievo al percorso riparativo intrapreso, lasciando però al giudice un margine di apprezzamento.

Innanzitutto, la giustizia riparativa potrebbe rivestire un ruolo di primo piano nella fase pre-processuale nell'ambito della sospensione del procedimento con messa alla prova. Invero, la novella del 2022 ha inserito all'interno dell'art. 464-*bis* c.p.p., tra le altre prescrizioni del programma elaborato dall'UEPE, anche «le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa e lo svolgimento di programmi di giustizia riparativa». In più l'art. 141-*ter* co. 3 disp. att. c.p.p. specifica che l'UEPE, fra le altre valutazioni che è tenuto a svolgere nei confronti degli adulti ammessi alla prova, riferisce «sulla possibilità di svolgimento di attività di mediazione, anche avvalendosi a tal fine di centri o strutture pubbliche o private presenti sul territorio». Come è stato osservato in dottrina, «non vi sarebbe da stupirsi, quindi, se proprio l'istituto della MAP, in ragione dell'effetto estintivo che ne può derivare sul piano penalistico, finisca per costruire, specie per i reati procedibili d'ufficio di basso e medio disvalore, una delle cornici normative più allettanti per avviare programmi di giustizia riparativa in sede penale»[1120]. Nondimeno, affinché tale eventualità si possa realizzare, occorrerà un allineamento da parte della giurisprudenza allo spirito della riforma, allineamento che sembra essere stato disatteso in una delle prime applicazioni pratiche. Nel caso di specie, la Corte di Cassazione ha ritenuto che la messa alla prova non potesse concludersi con esito positivo poiché, l'imputato, pur avendo adempiuto a tutte le altre prescrizioni indicate nel programma, ha deciso di non proseguire il percorso di mediazione penale con la persona offesa, fatto che – a opinione della Corte – integrerebbe di per sé una trasgressione grave[1121]. Un orientamento a dir poco criticabile, che finisce per attribuire

[1119] V., *supra*, par. 5.

[1120] Così, F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., 265. Analogamente, S. CAMPANELLA, *Giustizia riparativa ed estinzione del reato*, cit., 279 ss.

[1121] Cass. pen., sez. II, 9 agosto 2023, n. 34767, in *Foro it.*, 12/2023, 682 ss., con nota di F. PARISI, *Giustizia riparativa* in malam partem*? Una criticabile sentenza della Cassazione sui rapporti fra mediazione penale e messa alla prova dell'imputato*.

effetti *in malam partem* al mancato compimento del percorso riparativo in aperto contrasto con il dato positivo.

In secondo luogo, l'aver partecipato a un programma di giustizia riparativa concluso con esito positivo integra una nuova circostanza attenuante comune (art. 62 n. 6, ultima parte, c.p.)[1122]. L'applicazione della circostanza è però subordinata all'effettivo adempimento da parte del reo degli impegni assunti. Resta da capire su quali basi il giudice potrà graduare il *quantum* della diminuzione. A tal riguardo, non si può che fare riferimento al valore che, in quel peculiare contesto, il giudice attribuirà alla riparazione in sé, senza poter dare rilievo a come quella riparazione si sia declinata nel singolo programma specifico[1123].

Residualmente, nei termini più sopra specificati, la giustizia riparativa può rilevare ai fini della commisurazione della pena in senso stretto[1124]. La valorizzazione della *restorative justice* in tale ambito «arricchisce il delicato processo di individualizzazione della pena criminale con elementi "umanistici", capaci di incidere sia sulla valutazione della gravità del fatto che della capacità a delinquere del reo. Sotto il primo profilo, il raggiungimento dell'esito riparativo, naturalmente quando il percorso coinvolge la vittima reale del reato, favorendo il superamento del conflitto generato dal reato, contribuisce a rendere il fatto più tenue. Sotto il secondo profilo, ovvero special-preventivo, lo svolgimento del programma concluso con esito riparativo rappresenta un comportamento susseguente al reato che indizia la minor capacità a delinquere»[1125]. Invero, lo svolgimento di un percorso riparativo, implicando un processo di riconoscimento della vittima del reato e di auto-responsabilizzazione, contribuisce a dimostrare, se non il pieno conseguimento, quantomeno un significativo avvicinamento all'obiettivo rieducativo. Anche in questo caso, la valutazione discrezionale che porterà

[1122] In tema, più ampiamente, F. D'AMATO, *La nuova circostanza di cui all'art. 62 n. 6 ultima parte c.p.,* cit., 233 ss.; F. CINGARI, *Giustizia riparativa e commisurazione della pena criminale*, cit., 244 ss., il quale si sofferma soprattutto sulla differenza tra la suddetta circostanza attenuante e le altre due già previste dall'art. 62 n. 6 c.p. del risarcimento del danno e dell'eliminazione/attenuazione delle conseguenze del reato.

[1123] Sul punto, E. VENAFRO, *Giustizia riparativa e sistema penale alla luce della riforma Cartabia*, cit., 29.

[1124] A tal proposito, peraltro, F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., 219, ha contestato non tanto il merito dell'intervento novellistico quanto il metodo, ossia «la decisione di operare questa importante innovazione attraverso una norma (l'art. 58 del decreto) piuttosto "nascosta" fra le pagine che compongono la disciplina organica della giustizia riparativa. Trattandosi di modifiche di ampia portata, sarebbe stato preferibile, sul piano della coerenza sistematica, intervenire direttamente sulla norma di parte generale di cui all'art. 133 c.p.».

[1125] Ancora, F. CINGARI, *Giustizia riparativa e commisurazione della pena criminale*, cit., 247.

ad una diminuzione della pena non ha ad oggetto l'idoneità dell'esito riparativo ad assumere rilevanza penale, «bensì il "significato" che programma ed esito riparativo assumono in rapporto agli scopi retributivi e specialpreventivi della pena»[1126].

Infine, due ricadute penalistiche "minori" per impatto sistemico.

Una riguarda l'istituto della sospensione condizionale della pena, in particolare la c.d. sospensione breve, applicabile quando la condanna non supera un anno di pena. La partecipazione a un programma di giustizia riparativa concluso con esito positivo consente oggi l'accesso a tale beneficio, che prima della riforma Cartabia era riservato esclusivamente a chi avesse posto in essere una condotta riparatoria tradizionale.

L'altra interessa i reati che rientrano nel raggio applicativo dell'istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto, per i quali, sia l'esito riparativo che la partecipazione al programma riparativo possono rilevare, sia pur indirettamente, nell'ambito della "condotta susseguente al reato", inserita proprio dalla riforma Cartabia tra gli indici che il giudice deve prendere in considerazione ai fini del giudizio di speciale tenuità del fatto.

Passando poi agli effetti che la giustizia riparativa può avere in fase esecutiva, il secondo comma dell'art. 15-*bis* o.p. prevede che la partecipazione al programma di giustizia riparativa e l'esito riparativo siano valutati ai fini della concessione dei benefici penitenziari (permessi premio e lavoro all'esterno) e delle misure alternative, compresa la liberazione condizionale[1127]. Anche in questi casi gli esiti possono essere valutati solo *in bonam partem*: non si terrà conto in alcun modo della mancata attivazione, del mancato esito o del fallimento della procedura, anche perché, come già rilevato, l'esito "non positivo" potrebbe dipendere da fattori del tutto estranei alla volontà delle parti.

Va precisato che la partecipazione ad un programma riparativo non può essere interpretata come un onere per il condannato: «la Magistratura di Sorveglianza deve decidere sulla concessione delle misure alternative, sussistendone i presupposti, anche a prescindere dal fatto che un percorso di giustizia riparativa sia stato chiesto o, una volta attivato, non sia ancora stato definito»[1128].

---

[1126] *Ivi*, 251.

[1127] Rimangono, invece, esclusi l'affidamento in prova in casi particolari (art. 94 d.P.R. 309/1990) – considerata l'assoluta preminenza in questi casi delle esigenze terapeutiche – e l'esecuzione della pena presso il domicilio (l. 199/2010). In questo secondo caso l'esclusione viene (discutibilmente) motivata in base alla prevalente *ratio* deflattiva dell'istituto.

[1128] A. MENGHINI, *Giustizia riparativa: i principi generali*, cit., 23.

Anche prima della riforma Cartabia, è stato stigmatizzato il fatto che il condannato acconsentirà a partecipare a programmi di giustizia riparativa solo per tornaconto personale, per godere dei vantaggi connessi a questo tipo di percorsi, nel caso di specie, ai fini della concessione delle misure alternative. Una simile eventualità non dovrebbe provocare scalpore, anzi, è molto probabile che il condannato si orienti verso un percorso di giustizia riparativa proprio in virtù dei vantaggi ad esso connessi; è la stessa legge a contemplare tale possibilità. D'altra parte, l'esecuzione penale è permeata di istituti che hanno valenza premiale e di incentivo al percorso rieducativo (si pensi alla liberazione anticipata), ma ciò non contrasta con il senso del percorso rieducativo stesso[1129]. Ciò che conta non sono tanto i motivi che hanno spinto inizialmente il soggetto a prestare il proprio consenso, bensì il fatto che, una volta intrapreso l'*iter* riparativo, quel consenso diventi pieno rispetto al percorso che si sta compiendo. Oltretutto, lo stesso legislatore delegato ha riconosciuto che proprio la giustizia riparativa possa indirettamente promuovere l'adesione al paradigma rieducativo di cui all'art. 27 co. 3 Cost.[1130]. In questo senso riparazione e rieducazione si saldano: l'esperienza ci mostra, infatti, gli effetti positivi dei percorsi di giustizia riparativa sul reinserimento del condannato[1131]. Proprio la giustizia riparativa è in grado di rendere pieno quel consenso alla rieducazione che rappresenta il perno stesso dell'ideale rieducativo[1132].

---

[1129] *Ibidem*.

[1130] Sul rapporto tra rieducazione e riparazione cfr.: L. EUSEBI, *Giustizia riparativa e riforma del sistema sanzionatorio penale*, cit., 83; A. MENGHINI, *Revisione critica, percorsi di giustizia riparativa e rieducazione*, cit., 213 ss. Scettico, invece, sulla compatibilità tra rieducazione e giustizia riparativa, G. FIANDACA, *Considerazioni su riparazione e rieducazione*, in *www.sistemapenale.it*, 25 ottobre 2023, 135 ss.

[1131] M. BORTOLATO, *La riforma Cartabia: la disciplina organica della giustizia riparativa*, cit.

[1132] F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e diritto penale*, in V. BONINI (a cura di), *La giustizia riparativa (d.lgs. n. 150/2022 - d.lgs. n. 31/2024)*, Torino, 2024, 38, individua un rapporto di strumentalità tra giustizia riparativa e rieducazione nel senso che «la riparazione […] può costituire uno dei tanti mezzi per rieducare nella misura in cui il confronto del reo con la vittima possa facilitare il processo di autoresponsabilizzazione del primo, l'assunzione dunque della consapevolezza del male cagionato e di conseguenza di una maggiore adesione ai valori e ai precetti sociali». Analogamente cfr. F. VIGANÒ, *Verità e giustizia riparativa*, in *www.sistemapenale.it*, 20 settembre 2024, 15; A. MENGHINI, *Revisione critica, percorsi di giustizia riparativa e rieducazione*, cit., 213 ss.; E. MATTEVI, *La rieducazione nella prospettiva della giustizia riparativa: il ruolo della vittima*, in A. MENGHINI, E. MATTEVI (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, Napoli, 2022, 71; M. BORTOLATO, *Giustizia riparativa ed esecuzione penale*, cit., 295 ss. Nondimeno, F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., 121 ss., rileva alcuni profili problematici del rapporto di convivenza tra riparazione e rieducazione potenzialmente generati da un'indistinta commistione tra le due: «da un lato, [il rischio] che il principio di rieducazione finisca per snaturare il carattere dialogico-inclusivo della giustizia riparativa; dall'altro, che sia la giustizia riparativa ad accaparrarsi l'intero campo della rieducazione, "piegandola" ai suoi più specifici obiettivi e mettendone in pericolo l'attuazione».

Per quanto concerne l'affidamento in prova, invece, al co. 12 dell'art. 47 o.p. si aggiunge la possibilità di valutare l'esito positivo del periodo di prova – che comporta l'estinzione della pena e di ogni altro effetto penale della condanna, ad eccezione delle pene accessorie perpetue – anche tenendo conto dello svolgimento di un programma di giustizia riparativa e dell'eventuale esito riparativo. È significativo che si faccia riferimento non solo all'esito ma anche alla semplice partecipazione a un programma riparativo[1133].

### *7.4. Qualche riflessione finale su giustizia riparativa, ricadute penalistiche e discrezionalità*

La contaminazione del paradigma di giustizia tradizionale con le pratiche di giustizia riparativa potrebbe, *prima facie*, suscitare alcune resistenze e apparire addirittura disfunzionale proprio in ragione della strutturale alternatività che intercorre tra l'esito riparativo e la pena; a ben vedere, tuttavia, «risulta perfettamente coerente in una prospettiva che valorizza la componente relazionale ovvero la possibilità di intraprendere percorsi che contribuiscono a ricomporre legami sociali»[1134]. È vero che ciò comporta una sorta di "inquinamento" della purezza originaria del modello, anche perché risultano accentuate le spinte utilitaristiche e il rischio di un'inflazione dei percorsi riparativi e una conseguente banalizzazione del loro valore. Tuttavia, ritenere che tale commistione possa compromettere in modo decisivo il percorso riparativo non è corretto: la *restorative justice* si fonda infatti su una dimensione sostanziale, che solo attraverso modalità sostanziali può essere adeguatamente gestita. Una adesione meramente utilitaristica o strumentale al programma è sempre possibile, ma la natura relazionale del percorso – se condotto con il necessario rigore e con l'elevata professionalità dei mediatori – è in grado di far emergere qualsiasi mancanza di autenticità, molto più di quanto accada nei tradizionali programmi di rieducazione[1135].

Piuttosto, la dottrina ha stigmatizzato il fatto che «la dimensione qualitativa propria del modello riparativo finisca per affievolirsi, in quanto finalizzata all'esercizio

[1133] Lo svolgimento di un programma di giustizia riparativa non va invece confuso con quanto previsto dal co. 7 dell'art. 47 o.p., ossia l'adempimento delle prescrizioni di solidarietà (in particolare, l'adoperarsi, per quanto possibile, in favore della vittima) che, insieme alle altre prescrizioni individuate dal Magistrato di Sorveglianza, fondano il contenuto stesso dell'affidamento in prova, prescrizioni che costituiscono veri e propri obblighi di condotta imposti al condannato.

[1134] R. BARTOLI, *Una giustizia senza violenza, né Stato, né diritto*, cit., 16.

[1135] *Ibidem*.

della discrezionalità sanzionatoria [classica], la quale si esplica soltanto sul piano quantitativo»[1136] e che quindi la riforma, da questo punto di vista, sia stata poco coraggiosa[1137].

A tale riguardo, però, siano concessi due rilievi.

In primo luogo, la giustizia riparativa rappresenta una rivoluzione non solo dal punto di vista strettamente giuridico ma anche culturale. La sua corretta implementazione richiede la maturazione di una sensibilità condivisa non solo tra gli operatori del diritto – che sono certamente i primi chiamati a favorire la conoscenza e l'applicazione del nuovo paradigma – ma anche nella comunità sociale, il che richiede un fisiologico periodo di sedimentazione e di assimilazione. È alla luce di tali considerazioni che si può allora giustificare un approccio "più cauto" del legislatore, onde evitare fenomeni di rigetto macroscopici del modello riparativo. Ciò non toglie che, in virtù di un consolidamento delle dinamiche e delle prassi riparative, terminata una prima fase di "rodaggio" della macchina riparativa, non si possa osare di più, ricollegando alla buona riuscita del percorso effetti anche qualitativi, soprattutto con riferimento a reati di gravità medio-bassa.

In secondo luogo, la considerazione per cui la partecipazione a programmi di giustizia riparativa avrebbe ricadute meramente quantitative non è del tutto condivisibile. Invero, se certamente con l'attenuante di nuovo conio (art. 62 n. 6, ultima parte, c.p.) e la valorizzazione come "condotta susseguente al reato" ai fini della commisurazione infraedittale, la giustizia riparativa si limita ad attenuare il *quantum* di pena irrogata, gli altri istituti che abbiamo analizzato che direttamente o indirettamente valorizzano il percorso riparativo incidono qualitativamente sulle conseguenze penalistiche derivanti dal reato. Così, nei reati procedibili a querela l'esito positivo fa venir meno la punibilità. Il percorso riparativo, sia pur unitamente agli altri requisiti previsti *ad hoc* che variano da istituto a istituto, viene preso in considerazione ai fini della MAP, della non punibilità per particolare tenuità del fatto e della sospensione condizionale della pena, tutti meccanismi che, *mutatis mutandis*, in definitiva evitano l'esecuzione della pena. Infine, se adeguatamente valorizzato dalla Magistratura di Sorveglianza, l'*iter* mediativo – in

[1136] C. IAGNEMMA, *Profili di una discrezionalità umanistica in materia di giustizia riparativa*, cit., 110.

[1137] Per esempio, in una prospettiva *de iure condendo* più incisiva, F. PARISI, *Giustizia riparativa e sistema penale*, cit., 220, suggerisce «l'opportunità di introdurre un'autonoma causa di non punibilità più esplicitamente calibrata sulle specificità della giustizia riparativa e sottoposta a limiti applicativi analoghi a quelli stabiliti per altre condotte *lato sensu* riparative».

presenza degli ulteriori requisiti previsti dalla legge – potrebbe e dovrebbe costituire un elemento di primo ordine per la concessione delle misure alternative, che rappresentano, ad oggi, il massimo livello di diversificazione sanzionatoria in termini qualitativi. Se, certo, si potrà obiettare che alcuni degli istituti menzionati hanno un impatto modesto in considerazione del loro limitato ambito operativo – così per i reati procedibili a querela, per la particolare tenuità del fatto e per la sospensione condizionale c.d. breve – lo stesso non può dirsi per la messa alla prova e per le misure alternative, strumenti ampiamente adoperati nella prassi, che potrebbero dunque fungere da volano per una capillare diffusione della giustizia riparativa, favorendone la stabilizzazione sistemica e la progressiva interiorizzazione nei modelli decisionali dell'autorità giudiziaria. Naturalmente, spetterà *in primis* agli operatori giuridici – difensori e giudici – ciascuno nell'ambito delle proprie competenze, incentivare il ricorso al paradigma riparativo, valorizzandone le potenzialità nelle opportune sedi.

## 8. La commisurazione algoritmica: una prospettiva futuribile?

Conclusa la rassegna dei "momenti discrezionali" rintracciabili *de lege lata*, pare opportuno volgere lo sguardo a strumenti del tutto inediti, frutto del più recente sviluppo tecnologico, che possono potenzialmente interferire con l'esercizio della discrezionalità giudiziale. Si tratta dei cd. *risk assessment tools* e, più nello specifico, dell'utilizzo di algoritmi predittivi in funzione di supporto all'attività commisurativa del giudice. L'impiego di questi nuovi congegni dischiude scenari particolarmente problematici che, tuttavia, sono già una realtà in certi ordinamenti, anche europei; pertanto, sembra utile affrontare il tema al fine di comprendere il concreto funzionamento di tali strumenti e gli eventuali rischi connessi al loro utilizzo, per valutarne criticamente un'eventuale introduzione nel nostro ordinamento.

L'incontro tra diritto e intelligenza artificiale[1138] (d'ora in avanti IA) non solo è «ineludibile»[1139] ma, a ben vedere, è già ampiamente in atto[1140]: la giustizia penale rappresenta l'ultima grande conquista dell'intelligenza artificiale. In questo ambito l'ingresso di tecnologie dotate di capacità di calcolo e di stoccaggio di informazioni potenzialmente illimitate suscita, com'è naturale, sentimenti contrastanti nel giurista: «[p]er un verso, un senso di spaesamento, di disagio, di timore nei confronti di qualcosa che ancora non si conosce bene e non si è abituati a maneggiare ma che si è consapevoli implicherà sicuramente trasformazioni profonde, anche di tipo antropologico, per il processo penale, delle quali non si riescono ancora a misurare bene la vastità e gli effetti […]. Per altro verso, è altrettanto chiaro che si possono nutrire forti aspettative nei confronti di simili strumenti, nella speranza che forniscano un decisivo contributo per rendere più efficiente un settore come questo in perenne affanno per carenza di mezzi e di persone, afflitto da uno strabordante carico giudiziario (ma anche da una panpenalizzazione assolutamente abnorme su cui si continua a non intervenire seriamente) e che si caratterizza per un'insostenibile durata dei processi, ma che – non bisogna mai dimenticarlo – è al contempo uno dei settori più delicati e nevralgici di una

[1138] Nel Regolamento (UE) 2024/1689 (c.d. *AI Act*) l'intelligenza artificiale è definita «un sistema basato su macchina progettato per operare con diversi livelli di autonomia e che può mostrare adattabilità dopo il suo impiego. Tale sistema, per obiettivi espliciti o impliciti, elabora *input* per generare *output* come previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali» (art. 3, punto 1). A livello nazionale, la l. 23 settembre 2025, n. 132, *Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale*, rinvia senza alcuna differenza alla definizione contenuta nel Regolamento.

[1139] G. UBERTIS, *Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo*, in *Giurisdizione penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Milano, 2021, 9.

[1140] Gli esempi per corroborare tale assunto potrebbero essere molti. Per farne uno soltanto, di recente, il Tribunale di Firenze, Sezione Imprese, è stato chiamato a decidere sull'applicabilità della responsabilità aggravata per lite temeraria *ex* art 96 c.p.c. in capo ad una società, la quale avrebbe utilizzato con mala fede *ChatGPT,* citando negli atti difensivi precedenti giudiziari inesistenti. Il difensore della società, in effetti, ha ammesso l'utilizzo dell'IA per effettuare la ricerca giurisprudenziale e l'omesso controllo sulla correttezza delle sentenze citate (cfr. Trib. ord. Firenze, Sezione Imprese, 14 marzo 2025, ord. RG 11053/2024, in *www.iusletter.com*, con nota di E. MANCUSO, *L'uso di ChatGPT negli atti giudiziari: rischi e responsabilità*, 8 aprile 2025). Il Tribunale non ha riconosciuto la responsabilità *ex* art 96 c.p.c., ma – al di là dell'esito della controversia – il tema della redazione degli atti giudiziari attraverso l'IA porrà non pochi problemi visto il suo frequente impiego nella prassi. In generale, sui rapporti tra diritto e intelligenza artificiale v. AA. VV., *Intelligenza artificiale: diritto, etica e democrazia*, (a cura di) F. CASA, G. SANTO, G. PASCALI, Bologna, 2025; F. BASILE, *Intelligenza artificiale: diritto, giustizia, economia ed etica*, Torino, 2025; AA. VV., *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, (a cura di) A. PAJNO, F. DONATI, A. PERRUCCI, Bologna, 2022; AA. VV., *XXVI lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale: saggi a margine del ciclo seminariale "Intelligenza artificiale e diritto"* (2020), (a cura di) U. RUFFOLO, Torino, 2021; A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale e diritto: perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Milano, 2020.

comunità organizzata, perché è quello in cui si decide del futuro, della vita di un uomo e che, dunque, deve restare presidiato da un irrinunciabile tasso di garanzie»[1141].

I dispositivi basati sull'IA possono essere impiegati in diverse fasi e con differenti finalità nella vicenda penale: per la prevenzione dei reati, in materia probatoria, a scopi predittivi. Ed è proprio il campo della "giustizia predittiva" intesa in senso lato a destare maggiore interesse in questa sede. È qui che vengono adoperati i *risk assessments tools*, strumenti computazionali in grado di analizzare un numero molto elevato di variabili statiche e dinamiche[1142] e individuare dei *pattern* al fine di misurare la probabilità di verificazione di un comportamento antisociale[1143].

Questi *tools* storicamente sono nati negli Stati Uniti e col tempo hanno conosciuto una sempre più ampia affermazione in questo ordinamento[1144]. A partire dagli anni '20 del Novecento sono stati utilizzati per la prevenzione del crimine (*predictive policing*), successivamente in fase cautelare (*pre-trial decisions*), soprattutto per decidere il rilascio su cauzione (c.d. *bail*), e in fase esecutiva (*parole decisions*). Da ultimo, si sono affermati anche in fase decisoria (*sentencing*). In particolare, all'indomani del *Sentencing Reform Act* del 1984 – che ha sostanzialmente segnato il passaggio dalla *rehabilitation* alla *retribution* come scopo della sanzione detentiva e disposto l'istituzione di una *sentencing commission* incaricata di elaborare le *sentencing guidelines* per la commisurazione della pena[1145] – iniziò a diffondersi la convinzione che i giudici dovessero basare le proprie decisioni sul *quantum* di pena su evidenze statistiche (*evidence-based practices*)[1146].

---

[1141] R. KOSTORIS, *Predizione decisoria,* diversion *processuale e archiviazione*, in *Dir. pen. cont*., 2/2021, 43.

[1142] L'individuazione di tali elementi, c.d. fattori di rischio, è però particolarmente complessa, tanto che è oggetto di studio della psico-criminologia da più di un secolo. I fattori di rischio statici sono legati a indicatori che non cambiano nella vita del soggetto o comunque cambiano in una sola direzione (così, ad esempio, l'età), mentre i fattori di rischio dinamici si riferiscono ai c.d. bisogni criminogenetici, ovvero fattori di cambiamento della personalità che possono incidere sul comportamento criminale. Sul punto S. QUATTROCOLO, *Risk assessment: sentencing o non sentencing?*, in *Giurisdizione penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Milano, 2021, 74.

[1143] Cfr. M. STEVENSON, *Assessing Risk Assessment in Action*, in *Minnesota Law Review*, 103, 2018, 306, J. KLEINBERG, H. LAKKARAJU, J. LESKOVEC, J. LUDWIG, S. MULLAINATHAN, *Human Decisions and Machine Predictions*, in *Quarterly Journal of Economics*, 2017, 237 ss.; G. ZARA, D.P. FARRINGTON, *Criminal Recidivism: explanation, prediction and prevention*, Oxon, 2016, 150.

[1144] Per un quadro ricognitivo sull'impiego di strumenti attuariali di *risk assessment* nell'esperienza statunitense v. L. D'AGOSTINO, *Gli algoritmi predittivi per la commisurazione della pena*, in *Dir. pen. cont*., 2/2019, 357 ss.

[1145] Per un approfondimento v. S. CANNATA, *La commisurazione della pena nel sistema federale statunitense*, in *Rivista del Centro di ricerca interuniversitario su carcere, devianza, marginalità e governo delle migrazioni* (*www.adir.unifi.it*), 2002.

[1146] In tema, C. KINGELE, *The Promises and Perils of Evidence-Based Corrections*, *Notre-Dame Law Review*, 91, II, 2016, 537 ss.

Ormai praticamente la metà delle giurisdizioni statali statunitensi fa uso di tali meccanismi nella fase del *sentencing* prevedendoli per lo più come ausili facoltativi, ma in alcuni casi anche come obbligatori[1147]. Tuttavia, l'utilizzo di *software* programmati per supportare le decisioni di *pre-trial release* anche in fase processuale appare disfunzionale: mentre, infatti, nel primo caso il giudice si trova di fronte ad un *aut-aut* – ossia deve decidere in positivo o in negativo sull'applicazione della custodia cautelare –, nel secondo caso l'*iter* decisionale è ben più articolato e complesso, dovendo l'organo giudicante stabilire l'esatta misura della pena. Per tale motivo la trasposizione di questi strumenti da un contesto all'altro genera già in partenza alcune riserve[1148].

Il *leading case* più rilevante in materia è senza dubbio il celebre arresto della Suprema Corte *Loomis v. State of Wisconsin*[1149], il quale ha riacceso il dibattito sulle tecniche di valutazione statistico-attuariale del rischio mettendone in luce i profili più problematici. Il ricorrente era stato condannato ad una pena di sei anni di reclusione e successivi cinque di sorveglianza speciale all'esito di una decisione integrata con una valutazione del rischio effettuata con l'algoritmo COMPAS che aveva evidenziato una particolare inclinazione a delinquere del soggetto. Nei vari ricorsi presentati fino ad arrivare alla Suprema Corte, il sig. Loomis lamentava l'impossibilità di verificare la metodologia di calcolo impiegata da COMPAS, coperta da segreto industriale (*trade secret*), e l'applicazione nei suoi confronti di statistiche generali in modo acritico. Tali circostanze, secondo la difesa, avrebbero determinato sia la violazione del diritto a una condanna fondata su informazioni accurate e verificabili (*right to be sentenced on accurate information*), sia la lesione del diritto a una pena individualizzata (*right to an individualized sentence*). Inoltre, veniva messa in dubbio la legittimità costituzionale

[1147] B.L. GARRETT, J. MONAHAN, *Judging Risk*, in *California Law Review*, 108, 2020, 439 ss. Naturalmente – è bene chiarirlo – anche laddove gli algoritmi predittivi siano previsti come obbligatori non si sostituiscono mai completamente al giudice (c.d. *standard* forte dell'IA) ma lo aiutano a prendere una decisione che rimane pur sempre affidata alla persona fisica (c.d. *standard* debole dell'AI). Su tale distinzione e per gli opportuni riferimenti bibliografici cfr. L. LUPÁRIA DONATI, *Algoritmi e giustizia predittiva: i giudizi prognostici di fronte all'intelligenza artificiale*, in G. FIORELLI, P. GONNELLA, A. MASSARO, A. RICCARDI, M. RUOTOLO, S. TALINI (a cura di), *Pena e nuove tecnologie tra "trattamento" e "sicurezza"*, Napoli, 2022, 235 ss. In altre parole, l'algoritmo offre soltanto «un valore grezzo», «sul quale si deve immancabilmente innestare una nuova valutazione»; così L. MALDONATO, Risk and need assessment tools *e riforma del sistema sanzionatorio: strategie collaborative e nuove prospettive*, in G. DI PAOLO, L. PRESSACCO (a cura di), *Intelligenza artificiale e processo penale. Indagini, prove, giudizio*, Trento, 2022, 147.

[1148] Cfr. L. D'AGOSTINO, *Gli algoritmi predittivi per la commisurazione della pena*, cit., 361.

[1149] Wisconsin Supreme Court, *State v. Loomis*, case 2015AP157-CR, Judgement July 13th 2016, in *Harvard Law Review*, 2017, 130, 1530 ss.

della condanna poiché fondata anche su valutazioni discriminatorie, che consideravano in modo sfavorevole per l'imputato il sesso (maschile)[1150].

Il Supremo collegio ha però respinto il ricorso presentato. Con riferimento alla prima doglianza, ossia la violazione del diritto ad un equo processo a causa dell'opacità algoritmica, la Corte oppone che – pur essendo ignote le modalità mediante cui COMPAS combina i vari *input* inseriti – rimane il fatto che le informazioni più significative processate dall'algoritmo sono state fornite dall'imputato stesso nel corso dell'interrogatorio o sono state ricavate dai suoi precedenti penali. Viene respinta anche la seconda censura a proposito del principio di individualizzazione del trattamento in quanto la valutazione di COMPAS rappresenta solo uno tra i molteplici elementi che compongono la piattaforma conoscitiva del giudice, il quale rimane titolare di un potere discrezionale nella determinazione della pena. Infine, il Collegio ritiene che anche l'ultimo motivo di ricorso sia infondato poiché, da un lato, l'inclusione tra le variabili analizzate da COMPAS del genere di appartenenza è funzionale ad accrescere l'accuratezza della valutazione e, dall'altro, è indimostrato che tale fattore abbia condizionato l'*output*. La sentenza in questione merita però attenzione soprattutto per l'inaspettata (viste le argomentazioni fino a quel punto svolte) parte finale, in cui la Corte ammette che molti dei *software* utilizzati per la valutazione del rischio, essendo prodotti da aziende private e dunque sottoposti a brevetto e a segreto industriale, non permettono alcuna «*disclosure of specific information about the weights of the factors or how risk scores are calculated*». Inoltre, si evidenzia il rischio che l'esito della valutazione risulti distorto dalla classificazione di soggetti appartenenti a minoranze sociali e dalla mancanza di studi scientifici che attestino la reale pertinenza del campione di dati alla popolazione locale. Di conseguenza, si invitano i giudici di merito ad un uso particolarmente prudente di tali strumenti, soprattutto quando siano impiegati per il *sentencing*.

Se, quindi, Oltreoceano i *risk assessment tools* sono ampiamente sdoganati nella fase di commisurazione della pena, non resta che chiedersi se uno scenario simile possa avverarsi in un futuro non troppo remoto anche nel contesto nazionale.

[1150] Per una ricostruzione della vicenda processuale cfr. L. D'AGOSTINO, *Gli algoritmi predittivi per la commisurazione della pena*, cit., 362 ss.

A ben vedere, infatti, vi sono almeno un paio di ragioni che sembrano deporre a favore di un eventuale radicamento degli algoritmi predittivi nel sistema italiano: per un verso, la sempre più marcata crisi della certezza del diritto, specie a fronte del crescente livello di incidenza del "precedente", e la crescente attenzione dimostrata in dottrina e nella prassi per la c.d. calcolabilità del diritto (*foreseeability* del precetto penale e *predictability* delle decisioni giudiziali); per altro verso, la profonda crisi di legittimazione che sta vivendo la giurisdizione[1151]. In questa cornice può infatti apparire particolarmente allettante il ricorso a *smart machines* in grado di stabilire «*relazioni, coincidenze, correlazioni*» tra una mole enorme di informazioni provenienti da banche-dati giurisprudenziali, legislative, raccolte di precedenti e simili, al fine di profilare un soggetto ed elaborare una previsione sul suo comportamento futuro, il tutto attraverso un metodo oggettivo – o presunto tale – scevro da personalismi e intuizionismi in grado di superare le fallacie tipiche del ragionamento umano e ridurre la *sentencing disparity*[1152].

Nondimeno, bisogna stare attenti a non farsi ammaliare dal canto delle moderne sirene algoritmiche poiché molte sono le insidie che si celano dietro le promesse dell'intelligenza artificiale. L'uso di algoritmi predittivi sembra infatti entrare in frizione con un nutrito novero di principi costituzionali: principio di uguaglianza, principio di legalità e riserva di legge, principio di materialità e offensività del reato e personalità della responsabilità penale, principio rieducativo, principio di individualizzazione del trattamento sanzionatorio, la soggezione del giudice soltanto alla legge, l'equo processo e il diritto alla difesa[1153].

Procedendo con ordine, un primo macroscopico problema si pone nella prospettiva del rispetto dell'art. 3 Cost. Invero, «l'algoritmo – per antonomasia – è antiegualitario, perché considera alcuni fattori di rischio e non altri (età, genere, ma anche luogo di residenza, *back ground* socioeconomico, abitudini di vita, tendenze sessuali o "morali", data di commissione del primo precedente, etc.), e su queste basi […] pone una

[1151] In tal senso, V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in *www.discrimen.it*, 15 maggio 2020, 10-11.

[1152] Cfr. A.M. MAUGERI, *L'uso di algoritmi predittivi per accertare la pericolosità sociale: una sfida tra* evidence based practices *e tutela dei diritti fondamentali*, in *Arch. pen*., 1/2021, 6-7. L'autrice si riferisce specificamente agli algoritmi funzionali all'accertamento della pericolosità sociale ma il discorso vale indubbiamente anche per gli algoritmi impiegati in fase di commisurazione della pena.

[1153] Sulla tutela dei diritti fondamentali "minacciati" dall'IA cfr., per una panoramica generale, G. UBERTIS, *Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo*, cit., 14 ss. Cfr. anche G.M. FLICK, *Intelligenza artificiale e processo: dalla riserva di legge* ex ante *a quella di giurisdizione* ex post, in *www.sistemapenale.it*, 4 dicembre 2025.

presunzione di maggior pericolosità in relazione ad alcuni soggetti e non ad altri»[1154]. Più in generale, alcuni studi evidenziano «come tali operazioni possano soffrire degli stessi pregiudizi che talvolta inficiano le decisioni umane; pregiudizi veicolati all'interno del ragionamento automatizzato dagli algoritmi utilizzati dai programmatori per il funzionamento della macchina o dal contesto all'interno del quale il *deep learning* si muove per i processi di autoapprendimento»[1155]. Pertanto, l'esito cui la "macchina" giunge è pur sempre affetto da *bias*, non diversamente da quanto avviene con le decisioni umane[1156].

In secondo luogo, l'impiego di algoritmi predittivi sembra erodere il principio di legalità e, in particolare, il corollario della riserva (tendenzialmente) assoluta di legge in materia penale, vista la sua pretesa di affiancare e integrare il dato normativo[1157].

In terzo luogo, «proiettando la valutazione del singolo caso sullo sfondo di generalizzazioni statistiche in funzione predittiva, [l'algoritmo] allontana la valutazione dal fatto e mette in primo piano l'autore» interferendo con i tradizionali canoni della materialità e dell'offensività del reato e della personalità della responsabilità penale[1158], secondo una logica propria del diritto penale del nemico.

In quarto luogo, dal momento che la prognosi si basa esclusivamente su dati del passato (precedenti penali, giudiziari, ecc.) – e non potrebbe d'altronde essere

---

[1154] V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, cit., 12. Uno studio condotto dall'Agenzia di stampa no profit *Pro Publica,* consultabile in *www.propublica.org*, ha posto in chiara evidenza proprio tale profilo: sulla base di un'indagine effettuata sul medesimo campione di individui utilizzato per sviluppare l'algoritmo COMPAS, *ProPublica* ha analizzato i dati disaggregandoli per gruppi etnici e ha rilevato che l'algoritmo tende a classificare in modo fallace i giovani di colore come futuri criminali con una frequenza circa doppia rispetto ai soggetti bianchi. In argomento, C. BARBARO, *Uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo? I lavori in corso alla Commissione europea per l'efficacia della giustizia (Cepej) del Consiglio d'Europa*, in *Quest. giust*., 4/2018, 189 ss.

[1155] In questi termini, C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2019, 114. R. KOSTORIS, *Predizione decisoria,* diversion *processuale e archiviazione*, cit., 49, nota: «bisogna guardarsi dal mito della neutralità dell'algoritmo, che sarebbe insensibile ai soggettivismi e alle passioni umane. Sono in molti ad avvertire come si tratti in realtà di un'illusione, perché questo strumento opera nel modo per il quale è stato programmato a funzionare e, dunque, riflette necessariamente la 'visione', anzitutto etica, del suo programmatore».

[1156] In argomento v. P.J. BRANTINGHAM, *The Logic of Data Bias and its Impact on Place-Based Predictive Policing*, in *Ohio St. J. Crim. L.*, 2018, 473 ss.

[1157] Ancora, V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, cit., 13.

[1158] M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei* risk assessment tools *tra Stati Uniti ed Europa*, in *Dir. pen. cont*., 29 maggio 2019, 21; V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, cit., 13.

diversamente – viene sconfessata anche la funzione rieducativa della pena[1159] poiché qualsiasi giudizio che si alimenti solo di elementi antecedenti senza aprirsi a considerazioni che guardano al presente e al futuro tenderà a cristallizzare l'individuo nella sua storia pregressa, negandogli la possibilità di mostrare un percorso di cambiamento.

In quinto luogo, l'algoritmo predittivo non tiene conto delle peculiarità del singolo, essendo tarato su logiche elaborate su base collettiva (gruppi o classi di persone), così violando il principio di individualizzazione del trattamento[1160].

In sesto luogo, i *risk assessment tools* minano anche il principio della soggezione del giudice alla legge (art. 101 co. 1 Cost.). Se, infatti, è vero che il risultato proposto dall'algoritmo non è mai vincolante per il giudice[1161], numerose ricerche evidenziano il rischio che i giudici si lascino guidare in modo acritico dall'*output* algoritmico[1162], limitandosi a convalidarne passivamente i risultati, secondo un meccanismo noto alla psicologia cognitiva come *anchoring*, ossia la tendenza «ad affidarsi al mezzo di prova disponibile, senza avere riguardo alla debolezza esplicativa dello stesso»[1163].

Infine, essendo l'algoritmo normalmente coperto da diritto d'autore, si pone un problema di trasparenza del metodo usato rispetto al modo in cui vengono a connettersi le informazioni già presenti nel calcolo e quelle relative al singolo caso[1164]. La *black box decision* è sostanzialmente priva di motivazione e ciò naturalmente viola il principio del giusto processo, del contraddittorio e del diritto di difesa[1165].

---

[1159] A.M. MAUGERI, *L'uso di algoritmi predittivi per accertare la pericolosità sociale*, cit., 14.

[1160] M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale*, cit., 21; A.M. MAUGERI, *L'uso di algoritmi predittivi per accertare la pericolosità sociale*, cit., 14; S. QUATTROCOLO, *Risk assessment: sentencing o non sentencing?*, cit., 74.

[1161] R. KOSTORIS, *Predizione decisoria,* diversion *processuale e archiviazione*, cit., 45.

[1162] *Ivi*, 48.

[1163] L. MALDONATO, *Algoritmi predittivi e discrezionalità del giudice: una nuova sfida per la giustizia penale*, in *Dir. pen. cont*., 2/2019, 410, la quale rinvia a A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, *Judgement under uncertainty: Heuristics and biases*, in *Science, New Series*, vol. 185, n. 4157, 1974, 1128, 14 e A. CHANDER, *The Racist algorithm*, in *Michigan Law Review*, 115, 2017, 1034.

[1164] R. KOSTORIS, *Predizione decisoria,* diversion *processuale e archiviazione*, cit., 49, osserva: «[è] allora evidente che, in proporzione all'ampiezza degli spazi che si vorranno affidare a simili strumenti nel campo della giustizia penale, assumerà assoluta centralità, da una lato, la conoscibilità e la controllabilità dell'algoritmo e del funzionamento del programma […] dall'altro, la figura dello specialista informatico incaricato di crearlo» che dovrà essere affiancato anche da giuristi, i quali «dovranno fornire le indicazioni necessarie per rendere lo strumento il più possibile fruibile, sicuro, trasparente, rispettoso delle garanzie».

[1165] L. MALDONATO, *Algoritmi predittivi e discrezionalità del giudice*, cit., 409; A.M. MAUGERI, *L'uso di algoritmi predittivi per accertare la pericolosità sociale*, cit., 19.

Più in generale, emerge la preoccupazione che l'adozione di strumenti di IA alimenti una lettura securitaria del diritto penale quale strumento di controllo sociale, riducendo gli individui a potenziali fonti di rischio da sottoporre a monitoraggio e valutazione continua[1166], sconfessando, in certo qual modo, il fondamentale operato della Corte costituzionale nello "smantellamento" delle presunzioni di pericolosità sociale, in materia di misure di sicurezza[1167] ma anche di misure di prevenzione[1168] e nel settore penitenziario[1169].

Conscia di queste problematiche, la regolamentazione europea e, sulla scia di quest'ultima, quella nazionale, pongono una serie di guarentigie fondamentali – ben più incisive di quelle che caratterizzano il sistema americano – che devono presidiare l'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale.

In particolare, il Regolamento (UE) 2024/1689 (c.d. *AI Act*) stabilisce, nell'Allegato III, i casi di applicazione dell'intelligenza artificiale in ambito giurisdizionale, qualificando la giustizia come settore ad alto rischio e prevedendo di conseguenza obblighi alquanto stringenti in termini di trasparenza e sorveglianza (cfr. art. 10, 13 e 14)[1170]. A ciò si aggiunge anche una politica industriale europea sull'IA tesa a promuovere lo sviluppo di tecnologie affidabili e conformi ai valori dell'Unione, scongiurando, al contempo, una eccessiva concentrazione del potere tecnologico in capo ai grandi operatori. Per quanto riguarda specificamente le decisioni giudiziarie – fulcro della nostra riflessione – appare assolutamente imprescindibile che il giudice verifichi a posteriori quanto elaborato dall'IA: «[l]'utilizzo di strumenti di IA può fornire sostegno al potere decisionale dei giudici […], ma non dovrebbe sostituirlo: il processo decisionale finale deve rimanere un'attività a guida umana» (considerando n. 61)[1171], in accordo all'impianto antropocentrico dell'*AI Act*.

---

[1166] C. BURCHARD, *L'intelligenza artificiale come fine del diritto penale? Sulla trasformazione algoritmica della società*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 4/2019, 1909 ss.

[1167] In tema, A. MARTINI, *Essere pericolosi*, cit., 13 ss.; G. PONTI, I. MERZAGORA, G. PONTI, *La abolizione delle presunzioni di pericolosità sociale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/1987, 17 ss.; F. URBAN, *Discrezionalità del giudice e automatismi: profili problematici nel sistema delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2016, 89.

[1168] Cfr., per tutti, A. ROIATI, *Il progressivo superamento delle presunzioni di pericolosità sociale nel percorso di armonizzazione tra misure di prevenzione e principi costituzionali*, in *Proc. pen. giust*., 3/2025, 548 ss.

[1169] Sul tema cfr. Cap. 2, par. 5.3.

[1170] Per un commento sull'allegato III del Regolamento citato cfr. M. BOLOGNESE, *La funzione giurisdizionale nel diritto europeo dell'intelligenza artificiale*, in *Eurojus*, 3/2025, 207 ss.

[1171] D'altronde lo *standard* c.d forte di IA, che conduce alla sostituzione completa di un giudice per opera di una macchina o affida in via esclusiva alcune circoscritte decisioni ad algoritmi o a moduli di

Sia pur ammettendo il rispetto di questi *standard*, ci si chiede se nell'attuale sistema penalprocessuale italiano sussistano le condizioni per un eventuale impiego degli algoritmi predittivi. Invero, «il legislatore italiano ha sempre avuto assai poca fiducia nella scienza psicologica, criminologica, che mira a esplorare il foro interno dell'interessato»[1172], come si evince dal divieto di cui all'art. 220 c.p.p. Se, quindi, l'algoritmo venisse considerato al pari di una vera e propria perizia psico-criminologica ci si troverebbe di fronte ad uno sbarramento assoluto[1173], perlomeno in fase giudiziale. A parere di una certa parte della dottrina, non sarebbe, invece, precluso un loro utilizzo per esigenze di prevenzione del reato, per l'applicazione delle misure di sicurezza e, in fase esecutiva, ai fini della concessione delle misure alternative e per decidere il tipo di trattamento più adatto ai particolari bisogni del condannato sulla base dell'osservazione scientifica della personalità[1174].

A nostro avviso, però, se l'impiego di tali strumenti può rivelarsi particolarmente utile – a condizione che siano rispettate le necessarie cautele – nell'attività di prevenzione e per le ordinarie funzioni di polizia (si pensi, ad esempio, ai sistemi di riconoscimento facciale negli aeroporti e nelle stazioni, ai *software* di analisi predittiva dei flussi criminali nelle aree urbane o agli strumenti di *data mining* per l'individuazione di reti di contatti sospetti)[1175], quando si guarda al loro possibile utilizzo ai fini dell'applicazione delle

ragionamento artificiale trova sbarramenti invalicabili nei principi di umanità della decisione penale, dignità della persona, del canone del ragionevole dubbio e dell'obbligo di motivazione; in tal senso, LUPÁRIA DONATI L., *Algoritmi e giustizia predittiva*, cit., 237-238.

[1172] M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale*, cit., 20.

[1173] Come osserva L. MALDONATO, *Algoritmi predittivi e discrezionalità del giudice*, cit., 412, «se si analizzano le domande del questionario che si sottopone al reo, momento fondamentale in cui raccogliere i dati sul caso concreto da inserire poi nel meccanismo di COMPAS, si può facilmente notare come all'imputato vengano richieste informazioni sulla propria personalità e il proprio carattere; vi sono quesiti ad esempio sul tempo libero, sulle inclinazioni personali, sulle capacità di reazione agli stimoli esterni, sul carattere, sulla fiducia nella giustizia, sull'importanza dei legami familiari». Il questionario è reperibile in *www.documentcloud.org/documents/2702103-Sample-Risk-Assessment COMPAS-CORE.html*. Che l'introduzione di algoritmi predittivi nel processo trovi un limite insormontabile nel divieto di cui all'art. 220 c.p.p. è recisamente affermato anche da A.M. MAUGERI, *L'uso di algoritmi predittivi per accertare la pericolosità sociale*, cit., 32; S. QUATTROCOLO, *Risk assessment: sentencing o non sentencing?*, cit., 80; L. D'AGOSTINO, *Gli algoritmi predittivi per la commisurazione della pena*, cit., 366. *Contra*, invece, M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale*, cit., 20, secondo il quale i *risk assessment tools* non sarebbero finalizzati specificamente a scandagliare il foro interiore dell'interessato per accertare "il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche", pertanto non è scontato che il loro utilizzo venga qualificato come perizia.

[1174] Così, A.M. MAUGERI, *L'uso di algoritmi predittivi per accertare la pericolosità sociale*, cit., 32-33; L. MALDONATO, *Algoritmi predittivi e discrezionalità del giudice*, cit., 412-413.

[1175] L. BENNET MOSES, J. CHAN, *Algorithmic prediction in policing: assumptions, evaluation, and accountability*, in *Policing and Society*, 2016, 1 ss. In ambito nazionale si segnala il *software "Key crime"*,

misure di sicurezza e *in executivis* si ripropongono alcune delle pressanti criticità già evidenziate.

Il giudizio di pericolosità sociale che presiede all'applicazione delle misure di sicurezza costituisce, infatti, uno degli accertamenti più complessi e controversi del diritto penale, tanto che la stessa psichiatria nega la propria «competenza ad esprimere giudizi predittivi sul comportamento "criminale" […] in considerazione del carattere non medico della nozione medesima di pericolosità sociale»[1176]. In questo contesto, l'introduzione di un algoritmo non sembra in grado di elidere le difficoltà strutturali di tale prognosi, rischiando anzi di aggiungervi ulteriori aspetti problematici legati all'opacità dei modelli, ai *bias* insiti nei dati inseriti e alla tendenza dei decisori ad affidarsi eccessivamente agli esiti delle valutazioni automatizzate.

Per quanto riguarda la fase esecutiva, invece, è utile guardare a ordinamenti come la Spagna, ove l'impiego di strumenti algoritmici è radicato ormai da molto tempo. Il protocollo più complesso e completo tra tutti quelli adoperati per la misurazione del rischio è il RisCanvi[1177], utilizzato dall'amministrazione penitenziaria catalana per la valutazione del rischio carcerario[1178]. Esso consente di stimare quattro tipologie di rischio: violenza autodiretta (rischio di suicidio o autolesionismo), violenza intra-istituzionale (condotte aggressive o problematiche all'interno dell'istituto), reincidenza violenta e violazione delle condizioni della condanna, classificando ciascuno di essi su tre livelli: basso, medio o alto[1179]. Diverse ricerche hanno evidenziato criticità

adottato dalla Questura di Milano che ha portato a risultati assai significativi (cfr. C. MORABITO, *La chiave del crimine*, in *www.poliziadistato.it,* 2015).

[1176] Per tutti, E. MUSCO, voce *Misure di sicurezza*, in *Enciclopedia del diritto*, 1997, Agg. I, p. 768.

[1177] D. CASTRO LIÑARES, *Los instrumentos de valoración y gestión de riesgos en el modelo de penalidad español*, Madrid, 2019, 106.

[1178] Per approfondire il tema si rimanda a L. ALEMÁN ARÓSTEGUI, *Los programas para la medición de riesgos en el ámbito penitenciario*, in I. RIVERA BEIRAS (a cura di), *La cuestión carcelaria. La pena legal y la pena real*, Valencia, 2023, 452 ss.

[1179] L'algoritmo si articola in due questionari di valutazione del rischio. La sua versione semplificata, denominata RISCANVI-S (*screening*), raccoglie dati relativi alla persona detenuta: età, genere, stato civile, posizione processuale-penitenziaria, regime detentivo, tipologia di reato e relazione con la vittima. Tali indicatori sono orientati a "misurare" il rischio di violenza autodiretta, intra-istituzionale, di recidiva violenta e di violazione della condanna. Sette dei dieci indicatori sono di natura statica, cioè riferiti alla biografia del soggetto e, in quanto tali, non modificabili. Sulla base dell'esame e della correlazione di questi fattori, il sistema elabora un punteggio di rischio, che può risultare alto o basso. Qualora il rischio risulti basso, si procede a una nuova valutazione dopo sei mesi; se invece il rischio è valutato come elevato, la persona detenuta viene sottoposta a un secondo questionario, articolato in 43 indicatori, che si conclude con una classificazione tripartita del rischio (alto, medio, basso). Questo secondo strumento è denominato RISCANVI-C (*complet*). In questo caso, la raccolta delle informazioni avviene consultando il fascicolo penale e penitenziario, attraverso colloqui e osservazioni dirette, nonché mediante eventuali informazioni supplementari.

significative nel funzionamento e nell'applicazione pratica del protocollo RisCanvi, sia nella fase di raccolta delle informazioni – spesso basata su valutazioni soggettive di quanto riferito dalla persona detenuta – sia nella fase di validazione, la quale dovrebbe essere effettuata da un'*équipe* multidisciplinare ma viene nella prassi svolta individualmente[1180]. Inoltre, tali studi sottolineano l'esistenza di margini di errore elevati: risulta più semplice prevedere chi *non* commetterà nuovi reati rispetto a chi invece li commetterà; e, trattandosi di comportamenti a bassa prevalenza statistica, le previsioni algoritmiche tendono a risultare intrinsecamente deboli[1181].

In definitiva, si tratta di capire se l'utilizzo di simili algoritmi possa garantire una maggiore attendibilità dei giudizi o se i rischi prevalgano sui possibili benefici e soprattutto di ponderare se tali strumenti non finiscano, in fin dei conti, per riproporre, esasperati, gli stessi problemi dei giudizi umani[1182].

Una cosa è certa: il ruolo del giudice – tecnico del diritto ma anche persona in carne e ossa – non potrà mai essere, non solo sostituito, ma neanche minimizzato o marginalizzato dall'algoritmo[1183]. Il sistema penale è – e deve rimanere – «personocentrico e personologico, pensato per l'uomo ed affidato al giudizio dell'uomo, come tale fallibile ma pur sempre controllabile secondo un determinato *iter* argomentativo e i criteri che lo guidano»[1184]. L'algoritmo, al contrario, sembra lasciare «fuori di sé una domanda sulla natura più intima dell'uomo. Si potrà definire una nuova procedura meccanica più perfezionata che ci aiuti a rispondere a tale questione ma ci sarà sempre una domanda inevasa sul carattere precipuo della nostra identità e del nostro discernimento»[1185].

### *8.1. L'algoritmo* Ex-Aequo*: un valido aiuto per il giudice nella commisurazione della pena in senso stretto?*

Ci sembra interessante segnalare – *ratione materiae* – un prototipo algoritmico di interazione IA-*sentencing* ipotizzato, per il momento solo a livello teorico, da Fabio

[1180] L. ALEMÁN ARÓSTEGUI, *El uso del RisCanvi en la toma de decisiones penitenciarias, in Estudios Penales y Criminológicos*, 2023, 29.

[1181] L. MARTINEZ GARAY, *Errores conceptuales en la estimación de riesgo de reincidencia*, in *Revista Española de Investigación Criminológica,* 14/2016, 1 ss.

[1182] Cfr. A.M. MAUGERI, *L'uso di algoritmi predittivi per accertare la pericolosità sociale*, cit., 16.

[1183] Per M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale*, cit., 22, «la garanzia fondamentale è rappresentata dalla centralità del giudice».

[1184] V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, cit., 2.

[1185] P. ZELLINI, *La dittatura del calcolo*, Milano, 2018, 19 ss.

Coppola[1186] – ispirato a un modello già sperimentato con successo in Australia[1187] –, il quale presenta particolari profili di originalità rispetto ai meccanismi menzionati nel precedente paragrafo e si rivela particolarmente attento alle criticità tipicamente connesse all'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale già messe in luce.

L'obiettivo del progetto è quello di mettere a disposizione dei giudici – ma anche degli studiosi – un quadro più dettagliato e trasparente della prassi commisurativa, così da renderli consapevoli delle variabili che, nei giudizi precedenti, hanno inciso sulla determinazione della pena e di quelle che, invece, caratterizzano in modo peculiare il caso sottoposto al loro esame.

Per raggiungere tale scopo si propone un percorso articolato in più fasi.

In primo luogo, è necessario digitalizzare la prassi commisurativa e addestrare l'algoritmo all'analisi dei dati giudiziari, garantendo al contempo la verificabilità della loro provenienza nel rispetto delle esigenze di trasparenza e di tutela della *privacy*. Tale passaggio è tutt'altro che semplice, poiché manca un archivio nazionale della prassi commisurativa, circostanza che impone una raccolta iniziale su base locale.

La fase di avvio prevede dunque l'estrazione manuale dei dati all'interno di un singolo distretto: attraverso la lettura delle motivazioni delle sentenze definitive è possibile individuare e digitalizzare – in forma narrativa, e non mediante parole chiave – le circostanze valutate dai giudici e la pena irrogata. In tal modo si ottiene un primo *set* di dati idoneo ad alimentare l'algoritmo.

Segue una fase di sperimentazione, nella quale si auspica il coinvolgimento diretto e la collaborazione della magistratura. Invero, il sistema *Ex-Aequo* fornisce al giudice un'indicazione statistica del *range* di pena normalmente attribuito, nel distretto, in casi analoghi. Ciò consente sia di confermare l'intuizione iniziale del giudicante, sia di modificare la propria valutazione alla luce del confronto con la prassi. Quando il caso presenta peculiarità che sono invece assenti nella statistica, il giudice è chiamato a valorizzarle, individuando una pena coerente con le specifiche caratteristiche della vicenda concreta. Una volta operata la scelta dosimetrica, il giudice inserisce nell'algoritmo le variabili ritenute determinanti, contribuendo così ad arricchire

[1186] Cfr. F. COPPOLA, *Commisurazione della pena e intelligenza artificiale: una ipotesi di lavoro con l'algoritmo* Ex-Aequo, in *Arch. pen*., 2/2023, 1 ss.

[1187] Cfr. M.J. HALL, D. CALABRO, T. SOURDIN, A. STRANIERI, *Supporting Discretionary Decision-Making with Information Technology: A Case Study in the Criminal Sentencing jurisdiction*, in *University of Ottawa Law Technology Journal*, 1/2005, 1 ss.

progressivamente il *database*, che potrà estendersi oltre i confini distrettuali fino a raggiungere una dimensione nazionale.

L'utilità dello strumento per la magistratura risiede nella possibilità di avere un riferimento comparativo aggiornato sulla prassi commisurativa, senza essere vincolati alle indicazioni algoritmiche e assumendo anzi un ruolo attivo nell'addestramento della macchina. L'adozione di *Ex-Aequo* gioverebbe alla qualità della motivazione giudiziale, rendendo più trasparenti le ragioni sottese alla determinazione della pena. In effetti, la necessità di confrontarsi con il *database* e di istruire l'algoritmo con nuove variabili incoraggia il giudice a chiarire con maggiore precisione le basi della propria decisione, con ricadute positive anche sulla ricostruzione teorica della commisurazione.

Come evidenziato dallo stesso Coppola, rimangono, tuttavia, possibili effetti distorsivi, quali, l'appiattimento sulle decisioni pregresse, il consolidamento di *bias* e, in casi estremi, la riproduzione di discriminazioni sanzionatorie. Proprio per questo diventa centrale il ruolo del difensore, che, avendo accesso ai dati, può contestare in giudizio eventuali scostamenti irragionevoli dalla prassi, e quello dello studioso, chiamato a individuare criticità e incoerenze, riportando così l'attenzione sui nodi problematici della prassi commisurativa.

# CONCLUSIONI

# RIFLESSIONI D'INSIEME: LA RAZIONALIZZAZIONE DELLA DISCREZIONALITA' COMMISURATIVA TRA RIFORME DI SISTEMA E SOLUZIONI ENDOGENE

SOMMARIO: 1. Sintesi della ricerca svolta. 2. Esiste davvero un eccesso di discrezionalità commisurativa nel sistema penale italiano oggi?. 3. Razionalizzazione della discrezionalità commisurativa tra riforme di sistema e soluzioni endogene. 4. La "sempreverde" ma "sempre-irrealizzata" riforma delle pene principali. 5. Le *sentencing guidelines*: cenni al modello inglese. 5.1. Potenzialità e limiti dell'introduzione di "linee guida commisurative" nel sistema nazionale. 6. Sull'opportunità di un processo bifasico: il nuovo "seme" piantato dall'udienza *ex* art. 545-*bis* c.p.p. 7. Il rigoroso adempimento dell'onere motivazionale funzionale ad un rafforzamento del controllo di legittimità sull'esercizio del potere discrezionale. 8. La necessità di uno sforzo corale da parte di tutti gli attori coinvolti nella commisurazione della pena.

## 1. Sintesi della ricerca svolta

È giunto il momento di sintetizzare e sistematizzare gli esiti dell'indagine fin qui svolta, al fine di delineare, nella successiva e conclusiva *pars construens* della ricerca, le prospettive che possono dischiudersi.

Innanzitutto, abbiamo provveduto a delimitare il campo di studio. Invero, la discrezionalità può apparire come un concetto enigmatico e proteiforme. Prendendo le mosse da una nozione molto ampia, essa può essere definita come un potere di scelta tra più alternative ugualmente legittime, attribuito dall'ordinamento giuridico ad un soggetto dotato di autorità. Tale "spazio di possibilità" caratterizza, seppur in modo diverso, tutti e tre i poteri dello Stato: legislativo, esecutivo-amministrativo e giudiziario. L'analisi ha mostrato come la conformazione e la correlazione tra tali spazi discrezionali non siano statiche, ma abbiano conosciuto nel tempo diverse oscillazioni. Se, storicamente, la discrezionalità era una prerogativa essenzialmente amministrativa, mentre il legislatore era ritenuto libero nel fine e il giudice vincolato rigidamente alla legge, l'avvento dello Stato costituzionale ha profondamente modificato questo assetto. La discrezionalità

legislativa è oggi orientata e limitata dai principi costituzionali; quella amministrativa si esercita in vista del soddisfacimento dell'interesse pubblico predeterminato dalla legge e nel rispetto dell'onere motivazionale; quella giudiziale si rivela tuttora la più complessa e problematica, perché esercitata da un organo che, pur essendo tenuto ad applicare la legge e a motivare le proprie decisioni, è chiamato a controllare il potere degli altri due, potendo, nei casi di presunta incostituzionalità di una norma, affrancarsi dal vincolo di subordinazione alla legge di cui all'art. 101 co. 2 Cost. sollevando questione di legittimità costituzionale[1188].

Quella della "discrezionalità giudiziale" risulta, tuttavia, una categoria ancora troppo ampia ai fini della presente trattazione, suscettibile di manifestazioni ontologicamente unitarie che però è bene tenere distinte da un punto di vista concettuale e teleologico. Nello specifico, è possibile individuare tre diverse declinazioni della discrezionalità giudiziale: la discrezionalità-interpretazione, la discrezionalità-qualificazione e la discrezionalità sanzionatoria.

La prima, evidentemente, viene in rilievo ogniqualvolta il giudice sia chiamato ad individuare il corretto significato della disposizione limitatamente alle opzioni che il significato letterale del testo consente, realizzando il passaggio dalla disposizione (significante) alla norma (significato).

La seconda forma di discrezionalità fa invece riferimento al procedimento di sussunzione, ovverosia a quel giudizio di qualificazione giuridica dei fatti oggetto di accertamento, necessario ai fini dell'applicazione delle norme generali al caso concreto.

Da ultimo, viene in rilievo la discrezionalità sanzionatoria, specifico oggetto di analisi del presente lavoro. A differenza delle ipotesi precedenti, si tratta di una forma di discrezionalità espressamente contemplata e attribuita al decisore dalla stessa fonte giuridica. In ambito penale, è indubbio che il terreno d'elezione della discrezionalità sia la commisurazione della pena. Invero, nella decisione concernente la determinazione della pena, la legge non attribuisce al giudice un criterio rigido di decisione, delegandogli il compito di stabilire – a seconda dei casi – l'*an*, il *quantum* e il *quomodo* della sanzione. Il legislatore, infatti, non potrebbe in alcun modo individuare precisamente la pena riconducibile al caso concreto e dunque si serve di una serie di strumenti "aperti" (cornice edittale, circostanze del reato, alternative sanzionatorie disponibili in fase di cognizione

[1188] Cfr. Cap. 1, par. 1

e in *executivis*, cause di esclusione della punibilità o di estinzione del reato) che permettono al giudice di recepire le istanze e le peculiarità del caso concreto, concretizzando e personalizzando la sanzione penale[1189].

La riflessione dottrinale ha cercato di definire la discrezionalità, identificandola ora con gli elementi indeterminati della fattispecie, ora con una "indeterminatezza intenzionale", ora concependone il tratto distintivo nel rinvio esplicito da parte del legislatore al caso concreto. Ciò che accomuna tali impostazioni è la consapevolezza che il legislatore non possa tipizzare l'infinita varietà delle situazioni reali, sicché la discrezionalità – oltre a rispondere ad un'esigenza pratica sul piano della tecnica di normazione – è la conseguenza di una precisa scelta di politica criminale: il nostro ordinamento non può fare a meno del giudice quando si tratta di compiere una valutazione teleologicamente orientata del fatto e della personalità del reo, funzionale all'esigenza di assicurare l'uguaglianza sostanziale[1190]. A nostro modo di vedere, il concetto di discrezionalità dovrebbe coprire tutte quelle ipotesi di "indeterminatezza strutturale", nelle quali, pur a fronte di indicazioni normative, il tasso di concretizzazione e personalizzazione dell'attività richiesta genera inevitabilmente spazi "aperti", non predeterminabili, la cui definizione non può che essere affidata al giudice. Tale ricostruzione concettuale della discrezionalità si presta a rappresentare il cuore pulsante di quella complessa e delicata operazione valutativa che va sotto il nome di commisurazione della pena intesa tanto in senso stretto quanto in senso lato[1191].

Prima di analizzare i vari "momenti commisurativi" che chiamano in causa il potere discrezionale del giudice penale, abbiamo però ritenuto opportuno esplorare il legame che avvince la discrezionalità ai principi costituzionali sotto una duplice prospettiva. Invero, da un lato, i canoni costituzionali possono venire in gioco come criteri che presiedono all'esercizio del potere discrezionale, direttamente applicabili dal giudice, e dunque in grado di orientare le sue scelte commisurative; dall'altro, come parametri di legittimità costituzionale della legislazione penale che incide sulla disciplina del potere discrezionale del giudice[1192].

[1189] Cfr. Cap. 1, par. 2.
[1190] Cfr. Cap. 1, par. 4.
[1191] Cfr. Cap. 1, par. 3.
[1192] Cfr. Cap. 2, par. 1.

Partendo dalla prima direttrice d'indagine indicata – ancora poco sviluppata in dottrina – ci è sembrato possibile individuare un duplice "volto" o "statuto" costituzionale della discrezionalità sanzionatoria del giudice penale vista la compresenza di principi che si ergono a difesa della discrezionalità penale e, talvolta, spingono verso un'espansione della stessa (principio di uguaglianza-ragionevolezza[1193], principio di individualizzazione della pena[1194], principio rieducativo[1195] e principio di proporzionalità[1196]) e di principi o garanzie che, al contrario, si muovono nella direzione di un contenimento della discrezionalità, sia di matrice sostanziale (principio di legalità della pena[1197] e principio di prevedibilità delle decisioni giudiziarie[1198]), sia di matrice processuale (diritto di difesa[1199], obbligo di motivazione[1200], controllo di legittimità da parte della Corte di Cassazione[1201]).

Il primo gruppo di principi menzionati assicura indubbiamente alla discrezionalità una copertura costituzionale, ed anzi, spingendosi ancora oltre, si può sostenere che proprio la discrezionalità rappresenta lo strumento imprescindibile per dare concreta attuazione ai principi costituzionali di uguaglianza, individualizzazione della pena, rieducazione, proporzionalità. Al contempo, tuttavia, la stessa Carta costituzionale, in un sapiente gioco di bilanciamento, indica anche i principi e le garanzie – sostanziali e processuali – che devono fungere da argine al potere discrezionale del giudice di modo che non trasmodi in arbitrio, ma rimanga ancorato a criteri di legalità, razionalità e controllabilità[1202]. Sicché, si può concludere che, quantomeno a livello assiologico, l'assetto costituzionale della discrezionalità sanzionatoria appare nel complesso sufficientemente definito e coerente nei suoi tratti fondamentali, potendo assolvere ad una funzione orientativa nei confronti del giudice.

Passando ora alla seconda direttrice d'indagine, più tradizionale, che assume i principi costituzionali come parametri di legittimità degli interventi del legislatore in materia di discrezionalità sanzionatoria, l'analisi condotta ha messo in evidenza due

[1193] Cfr. Cap. 2, par. 3.1.
[1194] Cfr. Cap. 2, par. 3.2.
[1195] Cfr. Cap. 2, par. 3.3.
[1196] Cfr. Cap. 2, par. 3.4.
[1197] Cfr. Cap. 2, par. 4.1.1.
[1198] Cfr. Cap. 2, par. 4.1.2.
[1199] Cfr. Cap. 2, par. 4.2.1.
[1200] Cfr. Cap. 2, par. 4.2.2.
[1201] Cfr. Cap. 2, par. 4.2.4.
[1202] Cfr. Cap. 2, par. 4.

importanti conseguenze che discendono direttamente dal fondamento costituzionale della discrezionalità del giudice. Per un verso, la dignità costituzionale che connota l'attività discrezionale *quoad poenam* impedisce che essa venga del tutto obliterata, potendo, al più, essere limitata in virtù di un oculato bilanciamento con altri principi di pari rango; per altro verso e conseguentemente, la Consulta è autorizzata a valutare la legittimità costituzionale delle norme introdotte per limitare – in vario modo – il potere discrezionale del giudice, alla stregua dei principi di uguaglianza-ragionevolezza, individualizzazione, proporzionalità e rieducazione.

Gli interventi della Corte in questo frangente si sono resi necessari al fine di riportare nell'alveo della legalità costituzionale certe scelte legislative che hanno via via ristretto gli spazi di discrezionalità del giudice in nome di una politica criminale orientata alla repressione e spesso dettata da esigenze emergenziali. In tale ottica, la discrezionalità è stata avvertita come un fattore di incertezza da neutralizzare attraverso l'introduzione di "elementi di rigidità" che ingessano la commisurazione della pena, impedendo un autentico apprezzamento del caso concreto. Tali "rigidità legislative" si sono manifestate sotto forma di automatismi: meccanismi che ricollegano a una determinata fattispecie concreta una conseguenza sanzionatoria predeterminata e inderogabile e che si fondano perlopiù su presunzioni assolute. Adottando un approccio meramente reattivo e simbolico, il legislatore finisce così per alimentare un sistema punitivo inefficace nel ridurre i fenomeni criminali e al tempo stesso pericoloso, poiché suscettibile di dar vita a "statuti differenziali" per specifiche categorie di soggetti che rimandano all'idea di un diritto penale del nemico e di un diritto penale d'autore.

In questo contesto, la Corte costituzionale è più volte intervenuta per rimuovere tali automatismi e ripristinare la discrezionalità del giudice come elemento imprescindibile di un sistema sanzionatorio rispettoso dei principi costituzionali[1203]. Lo ha fatto in tre ambiti principali: in tema di pene fisse, che possono essere considerate gli archetipi degli automatismi legislativi[1204]; in materia di commisurazione extraedittale, con particolare riguardo ai meccanismi di blindatura del bilanciamento tra circostanze eterogenee[1205]; e, infine, *in executivis*, attraverso un incessante smantellamento degli

[1203] Cfr. Cap. 2, par. 5.
[1204] Cfr. Cap. 2, par. 5.1. e 5.1.1.
[1205] Cfr. Cap. 2, par. 5.2.

automatismi penitenziari che ostacolano l'accesso a benefici penitenziari e alle misure alternative[1206].

Il filo conduttore di questa giurisprudenza costituzionale risiede nei suoi effetti sistemici: l'eliminazione dell'automatismo ha come principale conseguenza la restituzione al giudice della discrezionalità sul caso concreto che gli spetta, discrezionalità originariamente e illegittimamente negata dal legislatore.

Finora la Consulta non si è mai spinta ad affermare in via generale e astratta l'illegittimità costituzionale di qualsivoglia automatismo sanzionatorio ma ha sempre proceduto caso per caso. D'altra parte, non si può che constatare che – salvo qualche eccezione – le questioni di costituzionalità sollevate aventi ad oggetto "rigidità legislative" sono state tutte accolte e, nelle rare occasioni in cui sono state rigettate, la Consulta ha comunque spesso lanciato un monito al legislatore. Tanto considerato, vi sono solide ragioni per riconoscere la radicale incompatibilità di queste discipline con il dettato costituzionale: che si tratti di pene fisse, di blindature del bilanciamento o di automatismi in fase esecutiva, la predeterminazione delle conseguenze sanzionatorie produce uno scarto insanabile rispetto al principio di individualizzazione della pena, precipitato della personalità della responsabilità penale e dei principi di uguaglianza, rieducazione e proporzionalità della pena[1207].

Esaurita la disamina delle plurime sfaccettature del "volto costituzionale" della discrezionalità sanzionatoria, la ricerca si è concentrata sull'analisi dei paradigmi commisurativi (al plurale) rintracciabili nel sistema sanzionatorio, scelta dettata dall'inequivocabile connessione che avvince la discrezionalità giudiziale e il momento commisurativo, il quale si connota fisiologicamente per la presenza di componenti discrezionali.

Tale ulteriore linea di indagine ha mostrato come le maggiori criticità siano rinvenibili qualora si passi dal piano assiologico alla normativa di fonte primaria: la disciplina legislativa ad oggi regolante il potere commisurativo si rivela, invero, farraginosa, confusa, a tratti contraddittoria e, non di rado, in tensione con i medesimi principi costituzionali che dovrebbe attuare. Ne deriva uno scarto significativo tra modello costituzionale – garantistico e improntato alla personalizzazione – e modello

[1206] Cfr. Cap. 2, par. 5.3. e 5.3.1.
[1207] Cfr. Cap. 2, par. 4.4.

legale di commisurazione, ma anche, più vistosamente, tra quest'ultimo e la prassi delle aule di giustizia.

A ciò si aggiunga un certo "disorientamento" dell'interprete di fronte alla progressiva emersione di una molteplicità di modelli commisurativi che, pur assumendo quasi sempre come riferimento normativo base l'art. 133 c.p. – per vero, in modo più simbolico che cogente – rispondono a presupposti, criteri e fini tra loro eterogenei e chiamano in causa una pluralità di attori impegnati nelle diverse fasi di vita della pena[1208].

Per una trattazione il più ordinata possibile, abbiamo proceduto ad analizzare singolarmente i più significativi paradigmi commisurativi, a partire dalla commisurazione in senso stretto, perno dell'intero sistema[1209].

Sono note le ambiguità e le insufficienze della disciplina di cui all'art. 133 c.p.[1210], cui ha cercato di rimediare già in tempi risalenti l'interpretazione costituzionalmente orientata elaborata dalla dottrina[1211]. Ciononostante, se ci si sposta dal piano teorico alla prassi applicativa, le criticità del modello di cui all'art. 133 c.p., unite alle disarmonie e alle contraddizioni riscontrabili, più in generale, sul piano della politica criminale (asprezza delle cornici edittali del codice Rocco mai ritoccate, spazi edittali di pena oscillanti tra limiti eccessivamente dilatati, periodici inasprimenti sanzionatori dettati dalle emergenze contingenti), hanno determinato un patologico fenomeno di supplenza della classe giudicante rispetto all'inerzia del legislatore che è sfociato in una "politica penale giudiziaria", diretta soprattutto a mitigare il rigore repressivo del codice del 1930[1212]. In più, un ulteriore fattore, che a nostro modo di vedere ha contribuito alla crisi della commisurazione in senso stretto, è individuabile nella sua natura meramente quantitativa e non anche qualitativa. In altre parole, il potere discrezionale del giudice in questa fase si estrinseca solo attraverso la determinazione del *quantum* di pena detentiva (o pecuniaria) da infliggere, senza alcuna possibilità di differenziare le conseguenze sanzionatorie da un punto di vista qualitativo, il che costituisce un serio ostacolo all'individualizzazione della pena[1213].

[1208] Cfr. Cap. 3, par. 1.
[1209] Cfr. Cap. 3, par. 2 e ss.
[1210] V. in partic. Cap. 3, par. 2.3.
[1211] V. in partic. Cap. 3, par. 2.3.1.
[1212] V. in partic. Cap. 3, par. 2.4.
[1213] Cfr. Cap. 3, par. 2.4.1.

Invero, la pena pecuniaria non riesce a imporsi come valida alternativa alla pena detentiva a causa del suo grave stato di ineffettività. Nonostante la riforma Cartabia sia intervenuta riformando il meccanismo di esecuzione-riscossione, il mancato recepimento, sul fronte della commisurazione, del modello c.d. per tassi giornalieri – suggerito dalla "Commissione Lattanzi" – induce a dubitare che la pena pecuniaria possa realmente intaccare il primato della pena detentiva; anzi, c'è da aspettarsi che continui a svolgere il ruolo marginale che finora l'ha caratterizzata[1214]. Peraltro, il quadro si fa ancor più problematico se si guarda alla pena pecuniaria sostitutiva per la quale, a differenza di quella principale, opera il sistema per tassi giornalieri. Ne consegue un "doppio binario" insoddisfacente in termini di congruità, ragionevolezza ed effettiva operatività del sistema[1215].

Ci siamo poi addentrati nel variegato mondo della "commisurazione in senso ampio", passando in rassegna i più significativi paradigmi commisurativi che rientrano in tale categoria (commisurazione extraedittale, misure sospensivo-probatorie, pene sostitutive, misure alternative alla detenzione). Pur nella eterogeneità degli istituti riconducibili alla commisurazione in senso ampio, un tratto comune può essere rintracciato nel fatto che la maggior parte di essi implichi un esercizio della discrezionalità non riducibile solo ad un'operazione meramente quantitativa – come avviene nella commisurazione in senso stretto – ma fondato su valutazioni di natura qualitativa, che pretendono dal giudice un *quid pluris*, e sono maggiormente idonee a realizzare il principio di individualizzazione della risposta sanzionatoria[1216].

La commisurazione extraedittale presenta una indubbia dimensione quantitativa (l'effetto principale che consegue al riconoscimento di una circostanza consiste in una variazione proporzionale della sanzione) ma anche non trascurabili profili qualitativi (si pensi all'applicazione delle circostanze indefinite, facoltative, di natura soggettiva, al concorso omogeneo tra più circostanze autonome o ad effetto speciale o al concorso eterogeneo). A proposito delle circostanze del reato, però, abbiamo soprattutto messo in luce le contraddizioni che ne hanno caratterizzato la disciplina in relazione al potere discrezionale attribuito al giudice, distinguendo tre tappe evolutive: all'indomani dell'entrata in vigore del codice Rocco, le circostanze venivano concepite come strumenti

[1214] Cfr. Cap. 3, par. 3.
[1215] Cfr. Cap. 3, par. 3.2.
[1216] Cfr. Cap. 3, par. 4.

funzionali a contenere la libertà valutativa del giudicante; con la riforma del 1974, nel tentativo di mitigare le rigidità del sistema dal punto di vista sanzionatorio attraverso l'inclusione anche delle circostanze ad efficacia speciale nel giudizio di bilanciamento, il potere discrezionale del giudice viene ampliato moltissimo; infine, a partire dagli anni Duemila, e soprattutto con l'inarrestabile stagione delle emergenze, torna ad essere fortemente avvertita l'esigenza di recuperare la certezza della pena, riducendo gli spazi di libertà del giudice per evitare che la risposta sanzionatoria si traduca in eccessiva indulgenza (emblematica in tal senso la proliferazione delle circostanze privilegiate). In definitiva, il quadro che si delinea mostra come le circostanze del reato siano state progressivamente investite di funzioni eccedenti la loro originaria vocazione tecnico-giuridica di istituto "al confine tra legalità e discrezionalità", oscillando tra due estremi egualmente problematici: da un lato, una rigidità normativa che comprime l'esigenza di individualizzazione della pena; dall'altro, un eccesso di discrezionalità tale da compromettere la certezza e la prevedibilità della risposta sanzionatoria[1217].

Per quanto concerne la commisurazione in senso lato, comunque, abbiamo deciso di soffermarci soprattutto su quegli istituti che consentono momenti di potenziale diversificazione sanzionatoria, in ragione della sempre maggiore rilevanza che hanno acquisito all'interno del sistema sanzionatorio. Si tratta di un insieme eterogeneo di misure, collocate in differenti fasi della vicenda penale[1218]. Così, in fase pre-decisoria, viene in gioco la sospensione del procedimento con messa alla prova[1219]; in fase decisoria, la sospensione condizionale della pena[1220] e le pene sostitutive[1221]; in fase esecutiva, le misure alternative alla detenzione[1222]. La discrezionalità commisurativa che presiede all'applicazione di questi istituti è funzionale all'individualizzazione del trattamento sanzionatorio ed è al contempo legittimata e orientata in misura prevalente dal principio rieducativo. Proprio per questi motivi non si può prescindere dalla discrezionalità giudiziale, dal momento che in sede di diversificazione sanzionatoria si innestano valutazioni di natura personologica, le quali – per ragioni ontologiche – non potrebbero essere formulate *ex ante* dal legislatore, ma solo *ex post* e in concreto dal giudice.

[1217] Cfr. Cap. 3, par. 4.1.
[1218] Cfr. Cap. 3, par. 4.2.
[1219] Cfr. Cap. 3, par. 4.2.1.
[1220] Cfr. Cap. 3, par. 4.2.2.
[1221] Cfr. Cap. 3, par. 4.2.3. e ss.
[1222] Cfr. Cap. 3, par. 4.2.4. e ss.

Ciò detto, non sono poche le incertezze e le incongruenze che il giudice incaricato di procedere a questo tipo di commisurazione incontra.

In primo luogo, è la stessa finalità rieducativa a sollevare rilevanti interrogativi, tanto sul piano del suo significato, quanto su quello degli strumenti e dei programmi trattamentali concretamente idonei a perseguire un obiettivo che rischia di restare generico e poco definito.

In secondo luogo, se la finalità rieducativa rappresenta sicuramente la stella polare del giudice in questo frangente, negli istituti più sopra menzionati non mancano mai riferimenti anche alle esigenze di difesa sociale (sottoforma di prognosi di non recidiva), con la conseguenza che il giudice si trova così ad esercitare una discrezionalità trainata da due criteri finalistici che spingono verso soluzioni opposte.

In terzo luogo, il giudizio prognostico su cui si fondano le suddette misure è per sua natura un giudizio probabilistico, che non offre garanzie di certezza. Un valido antidoto contro la "debolezza" del giudizio prognostico potrebbe essere individuato nella conduzione di un'istruttoria scrupolosa e articolata, la quale però richiede tempo e risorse materiali e umane di cui il sistema, non di rado, è privo.

Infine, un ulteriore fattore passibile di incidere sulle operazioni commisurative affidate alla discrezionalità del giudice deriva dal fatto che gli istituti di differenziazione sanzionatoria sono stati introdotti *ab origine* per soddisfare (anche o soprattutto) esigenze deflattive oppure sono stati concretamente impiegati (o piegati), in un secondo momento, verso tale finalità ulteriore ed eterogenea rispetto a quella rieducativa e di prevenzione speciale positiva.

Tra i paradigmi commisurativi analizzati un discorso a parte meritano la "commisurazione in senso negativo" e la "commisurazione rito-dipendente".

Con la prima espressione abbiamo inteso fare riferimento alle valutazioni discrezionali sottese all'applicazione di talune cause di non punibilità o di estinzione del reato (esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, oblazione speciale, condotte risarcitorie o ripristinatorie). Si realizza in questi casi una "commisurazione negativa" nel senso che il giudice opta discrezionalmente per la rinuncia alla pena, una discrezionalità che – lungi dall'essere guidata esclusivamente da finalità deflattive di decongestionamento o alleggerimento del sistema – si ispira a due principi di ordine

generale, entrambi riconducibili sotto l'ombrello dell'*extrema ratio* del diritto penale: meritevolezza e sussidiarietà del diritto penale[1223].

La seconda locuzione rimanda invece alle ripercussioni che i procedimenti speciali c.d. "consensuali-premiali" (giudizio abbreviato, patteggiamento, procedimento per decreto penale di condanna) producono sul piano della commisurazione della pena e quindi del trattamento sanzionatorio. Invero, i riti alternativi determinano una diminuzione di pena capace di stravolgere il tradizionale meccanismo di commisurazione della sanzione in nome dell'efficienza e della deflazione processuale, a discapito di considerazioni di carattere personalistico. A tal riguardo, la stessa Consulta ha riconosciuto che gli obiettivi di decongestionamento processuale, opportunamente bilanciati con altri interessi di rango costituzionale, possono legittimare ragionevoli disparità di trattamento sanzionatorio; tuttavia, il punto di equilibrio dovrebbe rinvenirsi nella definizione di un premio che renda appetibile il rito senza compromettere il rapporto tra qualità, misura e finalità della pena[1224].

L'indagine si è allargata anche oltre l'orizzonte punitivo tradizionale, esplorando il paradigma della giustizia riparativa, scelta giustificata dal fatto che il legislatore ha associato ai percorsi riparativi delle importanti ricadute in punto di commisurazione della pena, ma non solo, ci siamo anche interrogati sulla natura – discrezionale o meno – delle scelte che competono al giudice in questo particolare ambito, e cioè la decisione circa l'accesso ai programmi di mediazione e la valutazione dell'esito riparativo, nonché sulla peculiare forma di discrezionalità esercitata, questa volta dai mediatori, nel corso degli incontri riparativi che presenta un'inedita dimensione umanistica[1225].

Conclusa la rassegna dei "momenti discrezionali" rintracciabili *de iure condito*, abbiamo ritenuto opportuno dedicare alcuni cenni finali alla c.d. "commisurazione algoritmica", ossia all'utilizzo di algoritmi predittivi in funzione di supporto all'attività commisurativa del giudice, direttrice d'indagine che, a nostro avviso, non può essere trascurata, non solo perché l'impiego di tali strumenti è già una realtà in certi ordinamenti, anche europei, ma altresì perché i sistemi di intelligenza artificiale – adoperati ormai quotidianamente e in ogni ambito della nostra vita, compreso il settore giuridico – premono prepotentemente per entrare nel processo penale e la regolamentazione europea

[1223] Cfr. Cap. 3, par. 5.
[1224] Cfr. Cap. 3, par. 6.
[1225] Cfr. Cap. 3, par. 7 e ss.

sul tema sembra orientata in senso favorevole, sia pur con alcuni doverosi limiti garantistici. Al fine, quindi, di valutare una eventuale introduzione dei c.d. *risk assessment tools* nel nostro ordinamento, si è cercato di comprenderne il funzionamento e di evidenziarne i vantaggi – forse più apparenti che reali quando utilizzati per la commisurazione – e i rischi[1226].

## 2. Esiste davvero un eccesso di discrezionalità commisurativa nel sistema penale italiano oggi?

A valle delle riflessioni fin qui svolte, sorge spontaneo chiedersi se, nell'ordinamento penale italiano attuale, sussista un eccesso di discrezionalità commisurativa, interrogativo al quale pare necessario fornire una risposta al fine di impostare correttamente le coordinate per un'eventuale prospettiva di riforma.

La *research question* formulata implica necessariamente considerazioni di più ampio respiro sul sistema sanzionatorio e sulle scelte legislative che, nel corso del tempo, ne hanno plasmato la fisionomia.

L'apparato sanzionatorio rappresenta il momento conclusivo ma anche lo snodo essenziale dell'intero *iter* punitivo, che però continua ad essere «un cantiere aperto»[1227], segnato, a partire dal secondo dopoguerra, da interpolazioni ispirate a obiettivi di politica criminale di segno opposto: per un verso, interventi diretti a flessibilizzare e diversificare gli strumenti sanzionatori in un'ottica mitigatrice del rigore punitivo del codice Rocco; per altro verso, interventi volti a ripristinare l'asprezza sanzionatoria originaria attraverso incessanti novelle della parte speciale o della legislazione extracodicistica, che hanno alternativamente introdotto fattispecie pleonastiche confezionate *ad hoc* sull'onda dell'ultimo caso di cronaca, ritoccato *in peius* le cornici edittali, moltiplicato le circostanze aggravanti, disseminato in fase cognitiva ed esecutiva gli automatismi sanzionatori[1228].

---

[1226] Cfr. Cap. 3, par. 8 e ss.

[1227] F. PALAZZO, *Uscire dal disordine sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1/2022, 466.

[1228] Tale "dualità legislativa" è stata ormai da tempo stigmatizzata in dottrina: v., per tutti, F. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, cit.; C.E. PALIERO, *Metodologie* de lege ferenda*: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, cit.; T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforme. Il problema delle comminatorie edittali*, cit.; L. MONACO, C. E. PALIERO, *Variazioni in tema di «crisi della sanzione»: la diaspora dei sistemi commisurativi*, cit.; G. MARINUCCI, *Problemi della riforma del diritto penale in Italia*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 349. Più di recente, D. BIANCHI, *Le pene sostitutive*, cit., 110 ss.

Molte delle riforme del primo tipo – ed ecco il collegamento con il potere commisurativo – hanno puntato sull'espansione della discrezionalità del giudice declinata in chiave indulgenziale, al fine di attenuare, sostituire o addirittura escludere la pena detentiva. L'obiettivo "attenuatore" è stato perseguito principalmente con il d.l. n. 99/1974, intervenendo quindi sulla commisurazione extraedittale; l'obiettivo "sostitutivo" mediante l'applicazione della sospensione condizionale della pena e delle pene sostitutive in fase di cognizione, e delle misure alternative alla detenzione *in executivis*, *ab initio* o dopo un "assaggio" di carcere; l'esclusione della pena, invece, attraverso una serie molto eterogenea di istituti, tra cui la sospensione del procedimento con messa alla prova, l'oblazione, la non punibilità per particolare tenuità del fatto, l'estinzione del reato per condotte riparatorie.

Come è stato rilevato, «l'estensione quali-quantitativa e la collocazione degli spazi di discrezionalità dicono molto sui rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario, in particolare sulla fiducia del primo nel secondo ma […] anche sull'eventuale "scommessa" che il primo fa sul secondo affinché un certo istituto venga nei fatti ridimensionato se non marginalizzato; d'altro canto, il concreto impiego da parte dei giudici di quegli spazi discrezionali molto dice sul loro allineamento agli scopi – palesi od occulti – del legislatore storico e del sistema legislativo nel suo complesso o, viceversa, sul loro ruolo di argine in chiave di riequilibrio del sistema o addirittura di rottura dello stesso»[1229].

Emblematico, in tal senso, è il caso della messa alla prova che, contrariamente ai pronostici maturati alla vigilia della sua introduzione, ha riscosso un incontestabile successo nella prassi applicativa fin da subito, anche grazie allo zelo della magistratura[1230].

Per quanto riguarda le pene sostitutive – ultima grande novità del "comparto sanzionatorio" – si può parlare di una "partenza in salita", determinata da talune scelte legislative poco oculate che abbiamo già messo in evidenza[1231], a fronte, però, di un potenziale molto maggiore che potrebbe concretizzarsi ove fosse veramente preso sul serio il *favor substitutionis*. Invero, i primi dati disponibili hanno confermato i pronostici:

[1229] D. BIANCHI, *Le pene sostitutive*, cit., 47.

[1230] Per approfondire le ragioni sottostanti alla vitalità dell'istituto cfr., per tutti, R. BARTOLI, *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Dir. Pen. Cont*., 9 dicembre 2015, in partic. 6 ss.

[1231] Cfr. Cap. 3, par. 4.2.3. ss.

come ci si poteva attendere, la semilibertà sostitutiva – la misura più contenitiva – conta pochissime concessioni, mentre il lavoro di pubblica utilità – l'unica misura non privativa della libertà – è stato applicato con una discreta frequenza. La vera sfida si gioca sul terreno della detenzione domiciliare sostitutiva, configurata in maniera più elastica rispetto alla omonima misura alternativa, poiché al giudice è attribuito il potere di autorizzare la permanenza fuori dal domicilio anche per oltre quattro ore giornaliere, fino ad un massimo di dodici, in presenza di comprovate esigenze, tanto da potersi avvicinare *de facto* ad un affidamento in prova. Se tale duttilità saprà essere valorizzata, è possibile che la misura conosca un incremento applicativo importante, anche considerato che, espiata metà della pena nel domicilio, il residuo potrà essere convertito in vero e proprio affidamento in prova. Naturalmente non è detto che questa lettura estensiva sia effettivamente accolta, ma certamente essa si pone come interpretazione più che legittima e maggiormente in linea con l'impostazione complessiva della riforma, ispirata all'*extrema ratio* dell'opzione carceraria. Se confrontiamo lo storico degli ultimi tre anni (2023-2024-2025), le pene sostitutive hanno registrato un incremento progressivo e costante. Al 15 marzo 2026 si contano 41 soggetti in semilibertà sostitutiva, 1868 in detenzione domiciliare sostitutiva e 7078 sottoposte al lavoro di pubblica utilità. Certamente si tratta di cifre contenute se rapportate al numero di persone in espiazione di una misura alternativa alla detenzione, che però sono lievitate rispetto agli inizi, indice sintomatico del fatto che certe riforme dalla forte carica innovativa e implicanti un profondo rinnovamento culturale, necessitano forse di un fisiologico tempo di assestamento[1232].

Quella delle pene sostitutive rappresenta quindi l'ennesimo e più recente esempio di quel filone riformistico cui si accennava poc'anzi, che ha investito sulla discrezionalità del giudice, richiedendo a quest'ultimo di farsi interprete di una politica penale costituzionalmente orientata, diretta alla valorizzazione di risposte sanzionatorie differenziate, più proporzionate e maggiormente idonee alla risocializzazione del condannato.

Tornando a ragionare in termini generali, novelle di questo tipo conducono ad una rinnovata esaltazione della figura del giudice, il quale – di fronte ad un diritto e ad un

[1232] Per un commento sul tema cfr. A. DELLA BELLA, *I primi dati ufficiali sulle nuove pene sostitutive delle pene detentive brevi: già oltre 1.400 in esecuzione*, in *www.sistemapenale.it,* 1 dicembre 2023.

sistema penale sempre più incerti, frammentati e attraversati da tensioni difficilmente componibili sul piano legislativo (indicazioni e vincoli sovranazionali, esigenze di legalità e certezza, istanze di equità e uguaglianza di trattamento, spinte efficientiste) – non può fuggire trincerandosi dietro a una pronuncia di *non liquet*, ma deve comporre la controversia concretizzando la regola giuridica, e quando quest'ultima manchi o sia scarsamente cogente, come avviene nelle "terre della commisurazione", dovrà dare diretta applicazione ai principi costituzionali. In effetti, il «giudice si trova oggi di fronte ad indicazioni divergenti, ricavabili le une dalla funzione dell'istituto discrezionale, e magari fissate in espliciti criteri-guida, le altre – per lo più tacite, e tuttavia pressanti – fornite da esigenze di giustizia sostanziale e di "ricomposizione dell'ordinamento penale in conformità della Costituzione"»[1233].

La dinamica sanzionatoria fin qui descritta, attraversata da correnti contrarie – ora repressive, ora mitigatrici – va a comporre un *puzzle* i cui pezzi non sempre riescono a incastrarsi l'uno con l'altro, dando vita a sovrapposizioni, contrasti e lacune. Questo *trend*, fatto di continue compensazioni, passi avanti, dietrofront e involuzioni, porta ad un equilibrio sistemico alquanto precario e insoddisfacente. Come abbiamo già avuto modo di sottolineare, «la commisurazione non può assumere su di sé i compiti di una mancata riforma»[1234]: essa non può farsi carico dei vuoti normativi, né reggere da sola il peso delle contraddizioni di un impianto che richiederebbe ben diverse scelte politiche e legislative di fondo.

A partire da questi rilievi si è sviluppata un'ampia riflessione che evidenzia l'eccesso di discrezionalità che caratterizzerebbe il momento commisurativo inteso in senso lato. Per sostenere tale tesi è, in effetti, possibile attingere ad una copiosa letteratura che sottolinea la mancata corrispondenza tra pena minacciata in astratto e pena eseguita in concreto[1235] e che mostra, come, soprattutto dopo la novella del 1974, i poteri discrezionali del giudice si siano dilatati moltissimo[1236], con importanti ricadute sistemiche anche da un punto di vista generalpreventivo.

Tuttavia, a nostro avviso, il problema non risiede tanto in un eccesso di discrezionalità in quanto tale (la tanto invocata riforma delle pene principali in termini di

[1233] Così, E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale*, cit., 767.
[1234] L. MONACO, C. E. PALIERO, *Variazioni in tema di «crisi della sanzione»: la diaspora dei sistemi commisurativi*, cit., 429.
[1235] Cfr. Cap. 2, par. 3.3.2.
[1236] Cfr. Cap. 3, par. 4.1.

diversificazione del ventaglio sanzionatorio comporterebbe infatti un ulteriore ampliamento della discrezionalità), bensì nella sua disciplina, organizzazione e controllabilità *ex post*. Di conseguenza, il rimedio non può consistere nella riduzione degli spazi discrezionali[1237], come dimostra, peraltro, quella giurisprudenza costituzionale, ormai consolidata e in costante espansione, che continua a dichiarare illegittimi gli interventi legislativi volti a introdurre elementi di rigidità in punto di commisurazione (pene fisse, blindature del bilanciamento, automatismi e preclusioni) in nome del principio di individualizzazione-personalizzazione, ripristinando la discrezionalità del giudice[1238].

Se gli spazi di discrezionalità vengono limitati o addirittura cancellati per effetto di bilanciamenti legislativi irragionevoli o addirittura irrazionali, il sistema entra in collisione con l'art. 3 Cost. Ma parimenti lesiva del principio di uguaglianza-ragionevolezza è anche la previsione di ampi spazi di discrezionalità in assenza di criteri idonei a orientarla[1239].

Il tema cruciale diventa quindi la parità di trattamento: «più che la giustizia retributiva si addice […] al giudice umano (entro certi limiti anch'essa!) la giustizia distributiva […], quando compara le posizioni di diversi imputati in uno stesso processo e per uno stesso fatto o per fatti analoghi, quando compara la decisione che andrà ad emanare con quella che ha emanato in casi precedenti o con quelle che, a sua conoscenza, sono state emanate da altri giudici in casi simili, allora sì che il giudice può e deve cercare – e da lui si deve poter pretendere – l'integrale applicazione del principio di giustizia»[1240]. Non è tanto la condanna (intesa come accertamento della responsabilità penale) ad essere contestata dai detenuti, quanto la diversità di pena a parità di fatto commesso. Nell'ottica dello Stato di diritto, questo aspetto assume un'importanza fondamentale: quando persone sottoposte a compressioni così incisive dei loro diritti fondamentali sperimentano

[1237] Su questa scia, M. DONINI, *La riforma del codice penale fra politica e cultura giuridica*, cit., 530, osserva che «[o]gni riforma della "discrezionalità" del giudice […] non deve convertirsi in una compromissione della discrezionalità necessaria per l'individualizzazione della pena, ma anzi deve implementarla con la massima cura».

[1238] Cfr. Cap. 2, par. 5 e ss.

[1239] Come acutamente osservato da D. BRUNELLI, *L'inasprimento delle pene nella legge Orlando: qualche rapsodico spunto di riflessione attorno a minimi edittali, circostanze e a un legislatore che si veste da giudice*, in *Arch. pen*., 2018, 111 ss.: «l'eccesso di legalismo e la contrazione del potere discrezionale del giudice determinano il massimo della diseguaglianza-irragionevolezza, proprio quando si combatte l'eccesso di discrezionalità come fattore di discriminazione e arbitrio». Cfr. anche D. BIANCHI, *Le pene sostitutive*, cit., 46.

[1240] G. VASSALLI, *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, cit., 1332.

disuguaglianze di trattamento, tali disuguaglianze vengono vissute come un'intollerabile ingiustizia.

A tal proposito, si può facilmente constatare come il potere discrezionale venga in concreto esercitato secondo i personali criteri di commisurazione del singolo giudice, l'applicazione dei quali, se certamente non rende la decisione arbitraria poiché dà luogo – salvo casi eccezionali – ad una pena legittima, ad una pena, cioè, che rientra nel(l'ampio) perimetro esterno segnato dal principio di legalità, rischia di dar vita a forti e non trascurabili disparità di trattamento quanto a tipologia di trattamento sanzionatorio o, ancor più frequentemente, in punto di dosimetria sanzionatoria. La condanna a un giorno, un mese, un anno di detenzione in più si traduce in un *surplus* di privazione della libertà, che porta con sé un *plus* di sofferenza, che non può dipendere dal giudice persona fisica in cui si ha la ventura di imbattersi[1241]. Ora, se è indubbio che la professionalità di un giudice è la somma, non solo di competenze tecnico-giuridiche, ma anche di «doti umane di equilibrio» e di «capacità relazionali»[1242], decisioni così delicate non possono essere lasciate esclusivamente alla sensibilità, alla formazione, all'esperienza, e all'etica di ruolo del singolo. E se, come abbiamo illustrato, non è percorribile la strada della compressione della discrezionalità *tout court*, vanno introdotti dei correttivi capaci di coniugare flessibilità decisionale, tutela dell'uguaglianza sostanziale e trasparenza motivazionale, di modo che la discrezionalità del giudice, per quanto ampia, diventi perlomeno controllabile.

[1241] L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica*, cit., 247, consiglia ai magistrati il seguente esercizio mentale: «mettersi sempre dal punto di vista di ciascuna delle migliaia di persone – imputati, parti offese, attori, convenuti, testimoni – che essi incontrano nella loro lunga carriera. È da tutti costoro che i magistrati saranno sempre, a loro volta, giudicati. Essi non ricorderanno quasi nessuno di loro. Ma ciascuna di queste migliaia di persone ricorderà il suo processo come un'esperienza esistenziale indimenticabile. Ricorderà, valuterà e giudicherà severamente i suoi giudici: la loro imparzialità o il loro pregiudizio e la loro partigianeria, il loro equilibrio o la loro arroganza, la loro umanità o disumanità, il loro rispetto o il loro disprezzo per la persona, la loro capacità di ascoltare le sue ragioni o la loro supponenza o ottusità burocratica. Ricorderà, soprattutto, se quei giudici gli hanno fatto paura o gli hanno suscitato fiducia. Solo in questo secondo caso ne avvertirà e difenderà l'indipendenza come una garanzia dei suoi diritti di cittadino. Altrimenti, possiamo essere certi, egli avvertirà quell'indipendenza come il privilegio di un potere odioso e terribile».

[1242] Per una più ampia disamina sulla formazione dei giudici e sulla necessità di un cambio di paradigma cfr. L. TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., 308 ss.

## 3. Razionalizzazione della discrezionalità commisurativa tra riforme di sistema e soluzioni endogene

La premessa di cui sopra si è resa necessaria al fine di inquadrare i rimedi più adeguati rispetto allo scopo ultimo di *razionalizzazione* della discrezionalità commisurativa del giudice penale. La nostra attenzione si concentrerà soprattutto sulla commisurazione in senso stretto, nella consapevolezza che un intervento su questo snodo centrale è destinato a riverberarsi positivamente anche sugli ulteriori paradigmi commisurativi che scandiscono il trattamento sanzionatorio.

Da un lato, ragioneremo su opzioni di riforma *di sistema*, alcune già da tempo oggetto di analisi esaustive da parte della dottrina (ragione per cui ci limiteremo ad alcuni brevi cenni compilativi), come la riforma delle pene principali, altre meno esplorate ma altrettanto meritevoli di approfondimento come l'adozione "a tutto campo" di un modello bifasico che, come abbiamo visto, ha già fatto ingresso, sia pur "in punta di piedi", nel micro-sistema delle pene sostitutive. Parallelamente, un ruolo significativo potrebbe essere svolto dall'elaborazione di strumenti idonei a orientare l'esercizio della discrezionalità giudiziale in sede commisurativa, sulla falsa riga delle *sentencing guidelines* inglesi.

Nondimeno, una riflessione che voglia misurarsi con la realtà dell'odierno stato della tecnica giuridica e della politica criminale non può prescindere da considerazioni di ordine pragmatico. Le attuali contingenze riducono sensibilmente la plausibilità di riforme organiche capaci di incidere in tempi brevi sul processo di commisurazione della pena. Ne deriva l'esigenza di non concentrare esclusivamente lo sforzo teorico sul piano degli interventi ordinamentali, ma di affiancare ad esso la ricerca di *soluzioni endogene* al sistema, in grado di operare nell'immediato e di assicurare una più corretta funzionalità in un momento cruciale come quello della determinazione della pena.

In questa prospettiva, sembra potersi aprire uno spazio significativo per l'elaborazione della struttura dei giudizi commisurativi. Obiettivo che può essere raggiunto solo attraverso l'impegno congiunto della dottrina, delle parti processuali, della difesa, degli stessi giudici naturalmente e soprattutto della Corte di Cassazione, chiamata a rafforzare il controllo sulla motivazione delle decisioni sanzionatorie, valorizzandone la coerenza interna e la riconducibilità a criteri valutativi riconoscibili e verificabili.

In altri termini, accanto alla continua sollecitazione di riforme capaci di mutare il quadro normativo di riferimento, si avverte la necessità di recuperare una dimensione etico-professionale ciascuno secondo il proprio ruolo. È in questa assunzione di responsabilità, da parte di ciascun attore coinvolto, nell'uso consapevole e motivato degli spazi di discrezionalità oggi disponibili, che può rinvenirsi una via, certamente non risolutiva ma concretamente percorribile, per avviare un processo di razionalizzazione della commisurazione della pena in attesa di più ampie riforme di sistema.

## 4. La "sempreverde" ma "sempre-irrealizzata" riforma delle pene principali

Non c'è dubbio che il superamento dell'impostazione carcero-centrica e la diversificazione dell'arsenale sanzionatorio sarebbe la strada da imboccare di gran lunga preferibile e auspicabile: invero, in caso di pene principali diverse da quella detentiva si assisterebbe – è vero – ad una dilatazione della discrezionalità commisurativa del giudice, declinata però finalmente in termini qualitativi[1243] (e non quantitativi); inoltre, l'attività commisurativa otterrebbe finalmente una completa indipendenza, affrancandosi dalla zavorra della previa quantificazione della pena detentiva, passaggio obbligato in caso di meri surrogati del carcere. Non solo, la riforma delle pene principali sarebbe probabilmente anche l'ipotesi maggiormente conforme al dettato costituzionale, considerato che l'art. 27 comma 3 Cost. parla di «pene» al plurale; l'art. 13 comma 2 Cost. contrappone la «detenzione» a «qualsiasi altra forma di restrizione della libertà personale»; l'art. 25 comma 2 Cost. fa genericamente riferimento a una punizione e non alla carcerazione. Queste norme ci restituiscono l'immagine di un sistema sanzionatorio che non per forza deve accartocciarsi solo sulla pena detentiva (o su quella pecuniaria), ma che può – o forse più correttamente deve – contemplare una molteplicità di soluzioni sanzionatorie, perché non è detto che il carcere rappresenti sempre la risposta più adeguata al reato[1244]: invero, «la pena detentiva ignora la fondamentale condizione umana

[1243] Nella composizione delle nuove pene principali bisognerebbe però fare attenzione a non moltiplicare eccessivamente le alternative. Invero, come dimostra l'esperienza francese, l'incremento spasmodico dei surrogati della pena detentiva, lungi dall'agevolare l'esercizio della discrezionalità commisurativa, finisce piuttosto per disorientare ulteriormente il giudice, portando alla disapplicazione fattuale di talune *species*. In questi termini M. VENTUROLI, *Modelli di individualizzazione della pena,* cit., 413 ss.

[1244] A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale (e i suoi sfregi)*, in *www.archioviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 10 giugno 2014, 10 ss. Sulla stessa scia, G. DE VERO, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: uno sguardo d'insieme*, cit., 11, osserva come dovrebbe essere «chiaro ad una matura visione politico-criminale

di cambiamento, rinunciando così a un trattamento strutturato sulle caratteristiche specifiche del soggetto, che potrebbe avere maggiori *chances* di successo»[1245].

Ciononostante, poiché la riforma delle pene principali non cessa di essere evocata con insistenza nel dibattito dottrinale senza tuttavia aver mai trovato concreta attuazione, né sembra profilarsi, nel breve o nel medio periodo, una reale volontà politica di intraprendere tale via, ci limiteremo in questa sede a ripercorrere le principali proposte di riforma che si sono succedute nel tempo[1246] e che, più che richiedere nuove elaborazioni, avrebbero semplicemente bisogno di essere "rispolverare".

Sebbene ancora non sconfessasse del tutto la centralità del paradigma detentivo, il Progetto Pagliaro del 1991 era senz'altro ispirato al principio di *extrema ratio* del diritto penale[1247]. Esso non prevedeva alternative edittali al binomio pena carceraria-pena pecuniaria, ma limitava il ricorso alla detenzione valorizzando i meccanismi sospensivi e sostitutivi della pena.

Successivamente, è stata istituita una nuova Commissione per la riforma del codice penale, presieduta, questa volta, dal prof. Grosso[1248]. Questo nuovo progetto predisponeva un apparato sanzionatorio variegato, che includeva anche pene diverse dalla reclusione in carcere. La detenzione restava comunque centrale ma vedeva circoscritto il suo ambito applicativo ai soli reati considerati più gravi. Per tutte le altre fattispecie, si prevedevano soluzioni alternative, diverse dalla pena detentiva. In particolare, veniva inserita, tra le pene principali immediatamente applicabili in sede di cognizione, la detenzione domiciliare. Erano poi valorizzati anche il lavoro di pubblica utilità come sanzione sostitutiva e la sospensione condizionale della pena attraverso la previsione di una serie obblighi accessori che dovevano riempire di contenuto la misura. Lo schema di

---

che la restrizione della libertà personale, diritto di assoluto rilievo ai sensi dell'art. 13 Cost., rappresenta di per sé il massimo di pena compatibile con la prospettiva costituzionale in qualunque forma venga attuata […]. Non sono dunque le pene paradetentive a dover mendicare una particolare legittimazione, quando intendono elevarsi al rango di pene edittali; è la pena carceraria che deve sottoporsi a un rigoroso esame volto a verificare quali elementi di ragionevolezza ne possano spiegare l'impiego a fronte dei crimini incidenti sui beni giuridici di maggiore pregio».

[1245] L. MALDONATO, Risk and need assessment tools *e riforma del sistema sanzionatorio*, cit., 164.

[1246] Ripercorre dettagliatamente il flusso dei progetti di riforma del sistema delle sanzioni, T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *La pena carceraria tra storia, legittimità e ricerca di alternative*, cit., 116 ss.

[1247] La Commissione presieduta dal prof. Pagliaro è stata incaricata, con d.m. 8 febbraio 1988, di elaborare i principi e i criteri direttivi di uno schema di disegno di legge di delega al Governo per l'emanazione di un nuovo codice penale, sia nella parte generale, che in quella speciale. I lavori della Commissione e la proposta di articolato del disegno di legge sono disponibili in *www.giustizia.it*.

[1248] La "Commissione Grosso" è stata istituita con d.m. 1° ottobre 1998. Il progetto di riforma del codice penale elaborato dalla Commissione è reperibile in *www.giustizia.it*.

riforma della "Commissione Grosso" esprimeva, in definitiva, una chiara «scelta di mitigazione complessiva della pena detentiva e di ampio uso di pene diverse dal carcere», per garantire «un sistema finalmente efficace sul terreno della esecuzione», nella convinzione che «un ampio abbandono della previsione della pena carceraria [non] significhi indebolimento del sistema punitivo»[1249].

È stata poi la volta della Commissione di studio per la riforma del codice penale, presieduta dal dott. Nordio[1250]. I principi ispiratori della riforma erano i medesimi: minore afflittività, maggiore effettività ed elevata flessibilità nella risposta sanzionatoria[1251]. In particolare, il nuovo progetto proponeva di abolire la pena pecuniaria e, allo stesso tempo, riorganizzare in maniera del tutto innovativa il catalogo delle pene principali. A seconda del pregiudizio arrecato, il giudice di merito avrebbe potuto scegliere tra: pena detentiva o altre pene restrittive della libertà, sanzioni interdittive e prescrittive. La detenzione carceraria restava quindi nel sistema ma sarebbe stata riservata alle fattispecie più gravi. Per un considerevole numero di reati erano invece ritenute sufficienti forme meno incisive di privazione della libertà personale, come la detenzione domiciliare e la permanenza domiciliare. Molte e variegate erano poi le sanzioni interdittive, correlate ad altrettante ipotesi sospensive (es. interdizione/sospensione dai pubblici uffici, da professioni, attività d'impresa o mestieri, da funzioni di controllo e gestione delle persone giuridiche o enti, ecc.). Infine, tra le pene prescrittive erano annoverate l'allontanamento dalla famiglia, il divieto di frequentare luoghi o avvicinarsi a persone, il lavoro di pubblica utilità, l'affidamento in prova al servizio sociale[1252]. Ne deriva «un quadro articolato e dettagliato, nel quale il giudice può comporre e misurare la pena effettivamente in base alle esigenze poste dal reato ed alla complessa posizione personale del colpevole»[1253].

Nel 2006 viene poi istituita un'ulteriore Commissione, presieduta dall'On. Pisapia[1254]. In gran parte vengono ripresi i punti qualificanti dei progetti precedenti. Viene

[1249] Così si legge nella prima relazione presentata dalla "Commissione Grosso", il 15 luglio 1999. Il testo è disponibile in *www.giustizia.it*.

[1250] La "Commissione Nordio" è stata nominata con d.m. 23 novembre 2001, e i suoi lavori sono consultabili in *www.giustizia.it*.

[1251] T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *La pena carceraria tra storia, legittimità e ricerca di alternative*, cit., 121.

[1252] Cfr. artt. 22 ss. del "progetto Nordio" in cui sono dettagliatamente disciplinate tutte le pene principali individuate dalla Commissione.

[1253] T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *La pena carceraria tra storia, legittimità e ricerca di alternative*, cit., 123.

[1254] Il d.m. di nomina è del 27 luglio 2006 e i lavori della Commissione sono consultabili in *www.giustizia.it*.

nuovamente ventilato il superamento della tradizionale bipartizione tra pene principali e pene accessorie, articolando le sanzioni astrattamente applicabili dal giudice in quattro gruppi, secondo un ordine crescente di afflittività: pene pecuniarie, pene interdittive, pene prescrittive e pene detentive[1255]. Da sottolineare è la scomparsa dell'ergastolo dalle pene principali e la previsione, tra i parametri di commisurazione, di indici finalistici[1256] orientati a valorizzare la funzione di reinserimento sociale che la sanzione dovrebbe assolvere nei confronti del condannato.

Dopo la pesante condanna subita nel 2013 da parte dei giudici della Corte EDU a causa dell'endemica situazione di sovraffollamento carcerario del sistema penitenziario italiano, il Governo è dovuto correre ai ripari per far fronte, in tempi brevi, alle imposizioni di Strasburgo[1257]. A tal fine, sono state istituite due nuove Commissioni, l'una presieduta dal prof. Palazzo e l'altra dal prof. Giostra. Fu la prima a doversi occupare del sistema sanzionatorio[1258]. Nonostante i limiti del mandato che non consentiva di intervenire in maniera organica né sulla parte generale, né sulla parte speciale del codice penale, la riforma elaborata dalla "Commissione Palazzo" si presentava valida e ambiziosa, proponendo, sulla scia dei progetti precedenti, un ampliamento delle tipologie sanzionatorie. L'art. 1 dello schema di disegno di legge delega elencava tra le pene principali per i delitti: la multa, la pena prescrittiva, la detenzione domiciliare, la detenzione, la detenzione speciale, l'ergastolo (contemplando però l'abolizione dell'ergastolo ostativo). Il sistema sanzionatorio, nel complesso, rimaneva quello "classico", con il mantenimento dei binomi delitti-contravvenzioni e pene principali-pene accessorie, ma veniva notevolmente arricchito sul versante delle pene principali. Come anticipato, erano previste tre diverse forme di detenzione: la detenzione domiciliare – che nelle intenzioni della Commissione doveva costituire il modello-base di pena privativa della libertà – la detenzione e la detenzione speciale (riservata alle ipotesi di reati più gravi), oltre all'ergastolo che veniva mantenuto in vita[1259].

[1255] Cfr. gli artt. 27, 28, 29, 30 dello schema di disegno di legge delega predisposto dalla "Commissione Pisapia".

[1256] Cfr. gli artt. 35 e 36 dell'articolato Pisapia.

[1257] Ci riferiamo ovviamente a Corte EDU, *8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia,* cit.

[1258] La "Commissione Palazzo" fu istituita con d.m. 10 giugno 2013, con l'obiettivo di elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale. La Relazione al progetto di riforma è consultabile in *www.giustizia.it*.

[1259] Cfr. F. PALAZZO, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.it*, 10 febbraio 2014.

In definitiva, il rapido *excursus* delle principali proposte di riforma che si sono succedute negli ultimi decenni mostra come l'esigenza di superare la centralità della pena detentiva abbia costituito (e continui a costituire) una costante nel dibattito scientifico e istituzionale. A fronte, però, della persistente inerzia del legislatore, vale la pena prendere in considerazione approcci alternativi di razionalizzazione della discrezionalità commisurativa, come per esempio la già evocata "procedimentalizzazione" dell'attività di determinazione della pena attraverso le linee guida. È dunque su questa seconda traiettoria di ricerca che occorre ora soffermarsi più approfonditamente, al fine di valutarne limiti e potenzialità.

### 5. Le *sentencing guidelines*: cenni al modello inglese

Al fine di vagliare l'eventuale introduzione nel nostro ordinamento di uno strumento di supporto decisionale per i giudici nella fase di determinazione delle conseguenze sanzionatorie, quale quello delle linee guida, è imprescindibile premettere alcuni cenni al sistema del *sentencing* inglese, che rappresenta indubbiamente uno dei modelli più evoluti in materia di *guidelines*[1260]. Ben consapevoli che si tratta di un sistema di *common law* alquanto differente dal nostro, basato peraltro su una struttura processuale bipartita[1261], riteniamo che una sua pur sintetica analisi possa offrire validi spunti di riflessione per i nostri fini.

Considerata la latitudine dei *range* punitivi contemplati dagli *statutes*, per lungo tempo, i giudici inglesi hanno operato nella più totale libertà all'ora di determinare la pena nel caso concreto[1262]. È solo a partire dalla seconda metà dell'Ottocento che inizia a

[1260] La scelta di concentrarci sul Regno Unito (e non, per esempio, sul suo stretto parente, gli Stati Uniti d'America) deriva dalla circostanza per cui il Paese d'oltremanica è stato la culla dello studio della materia; in tal senso, J.V. ROBERTS, A. ASHWORTH, *The Evolution of Sentencing Policy and Practice in England and Wales, 2003-2015*, in *Crime and Justice*, 2016, 45(1), 308. Sulle *sentencing guidelines* inglesi cfr. A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge, 2015; ID., *Coroners and Justice Act 2009. Sentencing Guidelines and the Sentencing Council*, in *Criminal Law Review*, 2010, 389 ss.: A. VON HIRSCH, A. ASHWORTH, *Proportionate Sentencing: exploring the principles*, Oxford, 2005; A. ASHWORTH, J.V. ROBERTS, *The Origins and Nature of the Sentencing Guidelines in England and Wales*, in A. ASHWORTH, J. V. ROBERTS (a cura di), *Sentencing Guidelines: Exploring the English Model*, Oxford, 2013; J.V. ROBERTS, *Sentencing Guidelines and Judicial Discretion. Evolution of Duty of Couris to Comply in England and Wales*, in *Br. J. Criminol*., 2011, 997 ss.; ID., *Structured Sentencing: Lessons from England and Wales for Common Law Jurisdiction, in Punishment and Society*, 2012, 267 ss. Nella dottrina italiana v. per tutti: G. MANNOZZI, voce *Sentencing*, in *Dig. disc. pen*., XIII, Torino, 1991, 150 ss. e, più di recente, F. COPPOLA, *Politica criminale e scelte sanzionatorie. Spunti per il recupero di razionalità dal* Sentencing System *inglese e dall'intelligenza artificiale*, Torino, 2022, 123 ss.

[1261] Sul punto torneremo *infra*, par. 5.1.

[1262] Cfr. A. ASHWORTH, *Techniques for Reducing Sentence Disparity,* in A. VON HIRSCH, A. ASHWORTH, J.V. ROBERTS (a cura di), *Principled Sentencing. Readings on Theory and Policy*, 2009, 243.

prendere corpo il dibattito circa la necessità di un modello di *sentencing* maggiormente strutturato, idoneo a contenere l'ampia discrezionalità giudiziale e a ridurre, conseguentemente, le disparità di trattamento sanzionatorio[1263]. Sino al 1998 tale compito è stato appannaggio esclusivo della *Court of Appeal*, la quale, in sede di impugnazione, ha cominciato a sviluppare i primi *guideline judgements*, che progressivamente sono diventati una delle principali fonti del diritto *in subiecta materia*[1264]. Il più evidente limite di tale approccio risiedeva però nella sua estrinsecazione casistica che dava luogo all'elaborazione delle *guidelines* solo per talune fattispecie di reato (le più gravi) di volta in volta oggetto di gravame, con un risultato inevitabilmente "a macchia di leopardo"[1265]. Pertanto, al fine di implementare le linee guida, è stato istituito, con il *Crime and Disorder Act* del 1998, il *Sentencing Advisory Panel*, organo consultivo della *Court of Appeal*[1266]. Il *Panel* fu poi affiancato dal *Sentencing Guidelines Council* (composto da togati e laici), dotato del potere di emanare direttamente linee guida, su parere dello stesso *Panel*[1267]. Da ultimo, il *Coroners and Justice Act* del 2009 ha proceduto ad "accorpare" il *Sentencing Advisory Panel* e il *Sentencing Guidelines Council* in un unico organo, il *Sentencing Council of England and Wales*, composto in maggioranza da giudici, cui compete la predisposizione di un *draft* per ogni nuova linea guida, da sottoporre successivamente al vaglio di tutti gli interessati. Di recente, è entrato in vigore il *Sentencing Code* (2020) che, a dispetto di quanto la denominazione lascerebbe intendere, non comporta una radicale ristrutturazione della disciplina in chiave sistematica, bensì un'opera di consolidamento e razionalizzazione delle fonti preesistenti[1268]. Ampie porzioni della materia restano infatti affidate all'elaborazione giurisprudenziale, in particolare per quanto concerne le regole e gli *standard* probatori applicabili alla fase del *sentencing*. Ne consegue la

[1263] Per approfondire le origini del sistema del *sentencing* inglese cfr.: A. VON HIRSCH, A. ASHWORTH, J.V. ROBERTS, *Structuring Sentencing Discretion*, in A. VON HIRSCH, A. ASHWORTH, J.V. ROBERTS (a cura di), *Principled Sentencing. Readings on Theory and Policy*, Oxford e Portland, 2009, 229 ss.; A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, cit., 56 ss.; J.V. ROBERTS, A. ASHWORTH, *The Evolution of Sentencing Policy and Practice in England and Wales, 2003-2015*, cit., 308 ss.

[1264] Sul punto cfr. A. ASHWORTH, J.V. ROBERTS, T*he Origins and Nature of the Sentencing Guidelines in England and Wales,* cit., 3.

[1265] In tal senso, cfr. A. ASHWORTH, *Techniques for Reducing Sentence Disparity*, cit., 244; C. TATA, *Institutional Consistency: Appeal Court Judgements*, in A. VON HIRSCH, A. ASHWORTH, J.V. ROBERTS (a cura di) *Principled Sentencing. Readings on Theory and Policy*, Oxford e Portland, 2009, 277; E. STOCKDALE, K. DEVLIN, *Stockdale & Devlin on Sentencing*, London, 1987, 16.

[1266] V. sec. 80-81 del *Crime and Disorder Act* 1998.

[1267] V. sec. 169 del *Criminal Justice Act* 2003.

[1268] Per un commento v. L. HARRIS, J.V. ROBERTS, *Sentencing in Transition: Recent Developments*, in *Crim. law rev*., 2020, 371 ss.

persistente necessità di coordinare il quadro legislativo – seppur semplificato – con il *common law*.

Passando ora a illustrare il concreto funzionamento delle linee guida, il modello di *sentencing* da esse delineato struttura il percorso decisionale del giudice in materia di conseguenze sanzionatorie secondo una sequenza articolata in rigide *check-lists* operative, che impongono di procedere allo *step* successivo solo una volta adempiuti gli oneri valutativi previsti nella fase precedente.

Innanzitutto, le *guidelines* individuano il c.d. *offence range*, ossia una cornice edittale più ristretta, compresa entro i limiti di pena indicati dalla *statutory law*, per un singolo reato o per un gruppo di reati.

All'interno dell'*offence range*, vengono poi ritagliati dei "sottomultipli" ulteriori, c.d. *category ranges*, risultanti dalla combinazione tra il livello di colpevolezza (*culpability*) e il grado di offensività (*harm*), i cui referenti empirici variano a seconda della fattispecie di reato presa in considerazione.

Per ciascun *category range* è indicato uno *starting point*, ossia la pena base raccomandata da cui il giudice dovrebbe muovere per stabilire la sanzione adeguata nel caso concreto. Su tale valutazione possono incidere *aggravating* o *mitigating factors* di vario genere (cfr. sec. 63 ss. del *Sentencing Code*). Infine, sono previste alcune riduzioni in caso di collaborazione giudiziaria e di *guilty plea* (ammissione di colpevolezza).

Un'importante valvola di sfogo del sistema, che restituisce ampia discrezionalità al *sentencer*, è la possibilità di discostarsi dalla linea guida (*departure*) qualora il suo ossequio fosse "contrario all'interesse della giustizia"[1269], salva naturalmente adeguata

[1269] Sec. 59 del *Sentencing Code* «*Every court (a)must, in sentencing an offender, follow any sentencing guidelines which are relevant to the offender's case, and (b)must, in exercising any other function relating to the sentencing of offenders, follow any sentencing guidelines which are relevant to the exercise of the function, unless the court is satisfied that it would be contrary to the interests of justice to do so*». Chi scrive ha avuto modo di apprezzare dal vivo l'applicazione di tale clausola assistendo ad una *sentencing hearing* davanti alle *Magistrates' Courts* di Nottingham. Queste ultime sono composte alternativamente da un giudice togato o da un collegio di laici e hanno una competenza limitata a reati minori (similmente ai Giudici di Pace o al giudice monocratico nel nostro sistema). Nel caso di specie, il soggetto era responsabile per guida in stato di ebbrezza. In base alle *sentencing guidelines*, la pena avrebbe dovuto essere la *community sentence* (*sub specie*: il lavoro di pubblica utilità); tuttavia, alla luce delle circostanze concrete del caso – la stabile occupazione del soggetto che non gli avrebbe permesso di svolgere la prestazione di pubblica utilità senza perdere il proprio lavoro, nonché la necessità di provvedere al sostentamento del nucleo familiare (moglie e tre figli a carico) – il collegio ha ritenuto di discostarsi dalla pena indicata, sostituendola con una multa di importo più elevato. L'ammontare della sanzione pecuniaria, peraltro, è stato determinato tenendo conto della capacità patrimoniale dell'interessato, concordando con lo stesso una quota settimanale pari a circa 100 sterline. Quanto appena illustrato costituisce una significativa testimonianza della flessibilità che caratterizza il sistema inglese di *sentencing*, il quale, pur muovendo da indicazioni

motivazione. Quanto osservato conferma la flessibilità del *sentencing system* anglosassone che, pur configurandosi come un modello tendenzialmente vincolante per il giudice, è concepito in modo tale da evitare applicazioni eccessivamente formalistiche e consentire un adeguamento della risposta sanzionatoria alle peculiarità del caso concreto.

Un esempio potrà chiarire forse meglio il funzionamento delle linee guida.

Nell'ordinamento inglese, i principali reati connessi all'uso di sostanze stupefacenti sono quattro: detenzione (*possession*), spaccio (*supply*), produzione (*production*) e importazione o esportazione (*importation*)[1270].

Le droghe illegali (*controlled drugs*) sono classificate in base al grado di pericolosità derivante da un loro abuso. Il diritto inglese distingue tre classi (A, B e C), cui corrisponde una diversa gravità dell'illecito. Le droghe di classe A, considerate le più pericolose, includono sostanze come cocaina, eroina, ecstasy, LSD e metanfetamine; la classe B comprende, tra le altre, cannabis, ketamina e codeina; la classe C include steroidi anabolizzanti, tranquillanti minori e altre sostanze ritenute meno dannose.

Normalmente il Parlamento stabilisce tramite *statute* solo il massimo edittale di pena, lasciando poi al giudice la scelta della pena nel caso concreto in accordo alle *sentencing guidelines*.

Le pene massime variano sensibilmente in base al tipo di reato e alla classe della sostanza, come si può osservare dalla tabella sottostante.

| **Classe** | **Detenzione** | **Spaccio, produzione e importazione/esportazione** |
|---|---|---|
| **A** | 7 anni di reclusione, una multa illimitata o entrambe le pene | Ergastolo, una multa illimitata o entrambe le pene |

strutturate e tendenzialmente vincolanti, consente al giudice di adattare la risposta sanzionatoria alle peculiarità del caso concreto, preservando un equilibrato bilanciamento tra esigenze di coerenza applicativa e considerazione delle condizioni personali e socio-economiche del soggetto. Per approfondire il sistema sanzionatorio d'oltremanica si rimanda a M. MIEDICO, A. MENGHINI, P. POJER, *Le misure di* probation *nel Regno Unito: spunti per una riforma in Italia*, in E. DOLCINI, A. DELLA BELLA (a cura di), *Le misure sospensivo-probatorie. Itinerari verso una riforma*, Milano, 2020, 57 ss.

[1270] La disciplina sanzionatoria in materia e le linee guida applicabili, ritoccate da ultimo nel 2021, sono consultabili in *www.sentencingcouncil.org.uk*.

| | | |
|---|---|---|
| **B** | 5 anni di reclusione, una multa illimitata o entrambe le pene | 14 anni di reclusione, una multa illimitata o entrambe le pene |
| **C** | 2 anni di reclusione, una multa illimitata o entrambe le pene | 14 anni di reclusione, una multa illimitata o entrambe le pene |

A mero titolo esemplificativo e al fine di non dilatare eccessivamente la trattazione, vedremo come sono strutturate le linee guida per la sola condotta di detenzione di *controlled drug*.

*Step* 1: il giudice individua la categoria dell'illecito esclusivamente sulla base della classe della sostanza detenuta: la categoria 1 corrisponde alle droghe di classe A, la categoria 2 a quelle di classe B e la categoria 3 a quelle di classe C.

*Step* 2: una volta individuata la categoria, il giudice passa alla seconda fase, individuando uno *starting point* e un intervallo di pena di riferimento. In particolare, per la categoria 1 (droghe di classe A) lo *starting point* è rappresentato da una multa di fascia C, con un *range* che va da una multa di fascia A fino a 51 settimane di detenzione; per la categoria 2 (droghe di classe B) lo *starting point* è una multa di fascia B, con un intervallo che va dal *discharge* dalla pena fino a 26 settimane di reclusione; per la categoria 3 (droghe di classe C) lo *starting point* è una multa di fascia A, con un *range* che va dalla *discharge* dalla pena fino a un *community order* di livello medio.

A partire dallo *starting point*, il giudice valuta quindi la presenza di fattori aggravanti o attenuanti, che possono giustificare un innalzamento o un abbassamento della pena.

Tra i fattori aggravanti figurano, *inter alia*, la presenza di precedenti penali rilevanti, la commissione del reato durante la libertà provvisoria o nel periodo di licenza, il possesso di droga in luoghi sensibili come scuole o locali autorizzati, la quantità elevata di sostanza, il mancato rispetto di precedenti ordini giudiziari, i tentativi di occultare o distruggere le prove e l'impatto negativo sulla comunità.

Tra i fattori attenuanti, invece, rientrano, per esempio, l'assenza di precedenti o la loro scarsa rilevanza, il pentimento dimostrato, una condotta personale positiva, la modesta quantità di droga, l'uso di cannabis a fini terapeutici, l'impegno nel superare la

dipendenza, gravi condizioni di salute, il carattere occasionale del fatto, la giovane età o l'immaturità, disturbi mentali o difficoltà cognitive, nonché particolari responsabilità familiari o condizioni personali e sociali svantaggiate.

*Step* 3: il giudice deve tenere conto della sec. 74 del *Sentencing Code* (collaborazione dell'imputato: riduzione o revisione della pena) e di ogni altra norma giuridica in forza della quale l'autore del reato può beneficiare di una riduzione della sanzione in ragione dell'assistenza prestata, o offerta, al pubblico ministero o agli organi investigativi.

*Step* 4: il giudice deve tenere conto di ogni possibile riduzione della pena conseguente a una dichiarazione di colpevolezza (cfr. sec. 73 del *Sentencing Code*) e delle *guidelines* sulla riduzione della pena in caso di *guilty plea*.

*Step* 5: qualora il giudice debba determinare la pena per più reati, oppure nel caso in cui l'imputato stia già scontando una pena, deve valutare se la sanzione complessiva risulti equa e proporzionata rispetto all'insieme delle condotte illecite, conformemente alle *guidelines* sul *totality principle*.

*Step* 6: il giudice deve valutare l'eventuale adozione di provvedimenti accessori.

*Step* 7: il giudice ha l'obbligo di motivare la decisione e di spiegare gli effetti della pena irrogata (sec. 52 del *Sentencing Code*).

*Step* 8: il giudice deve valutare se concedere una riduzione della pena per il tempo trascorso *on bail*.

Va precisato che, nel caso in cui il *Sentencing Council* non abbia provveduto ad elaborare una *sentencing guideline* specifica per un certo tipo di reato, il giudice potrà comunque ricorre all'ausilio della c.d. *general guideline*, una linea guida che fornisce un quadro di riferimento generale, valevole per qualsiasi fattispecie di reato, al fine di valutarne la gravità e il grado colpevolezza del reo, tenendo conto della pena massima prevista per legge per il reato (e, se prevista, anche della pena minima), delle sentenze della Corte d'appello relative al reato di specie e delle *sentencing guidelines* elaborate per reati analoghi.

Per concludere, è evidente come lo scopo dell'adozione in sede di commisurazione della pena di linee guida non sia quello di annullare la discrezionalità del giudice, bensì di strutturarla secondo una sequenza di passaggi logici e razionali, che garantiscano la trasparenza del processo deliberativo e la sua controllabilità a posteriori.

### *5.1. Potenzialità e limiti dell'introduzione di "linee guida commisurative" nel sistema nazionale*

Non è nostra intenzione proporre di trasporre *sic et simpliciter* nel nostro ordinamento il modello di commisurazione della pena di matrice anglosassone. La marcata eterogeneità tra i contesti di riferimento – sotto il profilo della tradizione giuridica e dell'evoluzione storica e sociale – rende infatti poco realistico ipotizzare l'innesto di istituti che sono il risultato di prassi secolari di *common law*. Cionondimeno, le esigenze che hanno condotto all'elaborazione di un modello "guidato" di determinazione della pena nel sistema britannico non appaiono del tutto estranee al nostro ordinamento e impongono di interrogarsi sulle potenzialità, oltre che sui limiti, di simili strumenti.

A ben vedere, infatti, in Inghilterra i vincoli legislativi in materia di commisurazione della pena – frequentemente limitati alla sola indicazione del massimo edittale – lasciano al giudice un ampissimo margine discrezionale nella determinazione della risposta sanzionatoria, foriero di *sentencing disparity*. Un fenomeno analogo si verifica nel nostro Paese, seppur per ragioni diverse, riconducibili alla notevole divaricazione delle cornici edittali, alla non sempre rigorosa osservanza dell'obbligo di motivazione e, conseguentemente, alle difficoltà che ne derivano in ordine all'esercizio di un effettivo controllo sulla tipologia e sull'entità della pena inflitta da parte delle Corti superiori.

La procedimentalizzazione dell'attività di commisurazione della pena attraverso le *sentencing guidelines* ha effettivamente contribuito a migliorare la qualità argomentativa della motivazione *quoad poenam*: «[l]a previsione di un procedimento *step-by-step* per la determinazione dalla pena, i cui passaggi sono generalmente ripercorsi in motivazione, ha il merito di consentire al giudice di chiarire prima a sé stesso – e poi all'imputato e al popolo – i motivi della decisione sul *quantum* di pena. La struttura del percorso decisionale si riverbera nella chiarezza, coerenza e razionalità della motivazione»[1271].

A tal riguardo, la sec. 52 del *Sentencing Code* dedica alla motivazione una disciplina ben più articolata del nostro "minimalista" art. 132 c.p., stabilendo l'obbligo per il giudice di dichiarare «*in ordinary language and in general terms*» le ragioni che hanno condotto la Corte a decidere la sanzione, spiegando al condannato, nello specifico:

[1271] F. COPPOLA, *Politica criminale e scelte sanzionatorie*, cit., 144.

a) gli effetti di essa; b) gli effetti dell'eventuale inottemperanza degli ordini imposti con la decisione; c) i poteri della Corte di variare o rivedere gli ordini che formano la sanzione; d) qualora sia stata inflitta una pena pecuniaria, le conseguenze del mancato pagamento. Inoltre, il *sentencer* è tenuto a richiamare tutte le linee guida pertinenti al caso di specie, illustrando lo *starting point* e il *category range* individuati, ovvero dando conto delle ragioni che giustificano un eventuale scostamento da essi. In ipotesi di irrogazione di pene detentive, l'obbligo motivazionale comprende altresì la necessità di esplicitare le ragioni per cui non è stato possibile applicare una sanzione diversa. Analogamente, il giudice deve rendere conto degli incrementi di pena riconducibili alle circostanze aggravanti e delle riduzioni accordate per le circostanze attenuanti, nonché indicare, in presenza di *guilty plea*, quale sarebbe stata l'entità della pena in assenza dell'ammissione di responsabilità da parte dell'imputato.

Dall'osservanza delle linee guida derivano, pertanto, almeno tre benefici che concorrono a consolidare una prassi commisurativa virtuosa:

1) Motivazioni più puntuali e "ragionate" che consentono di ridurre la componente intuizionistica e ineffabile intrinseca all'operazione commisurativa.
2) Attenuazione della disparità di trattamento in casi simili[1272], dovuta tanto alla predisposizione di uno *standard* commisurativo specifico per ciascuna fattispecie

[1272] A sostegno di ciò si vedano gli studi empirici condotti da: J. PINA SANCHEZ, R. LINACRE, *Enhancing Consistency in Sentencing: Exploring the Effects of Guidelines in England and Wales*, in *Journal of Quantitative Criminology*, 2014, 30, 4, 731 ss.; J. PINA SANCHEZ, *Defining and Measuring Consistency in Sentencing*, in J.V. ROBERTS (a cura di), *Exploring Sentencing Practice in England and Wales*, Londra, 2015, 76 ss.

D'altra parte, non vi è dubbio che il ricorso alle linee guida non costituisce la panacea di tutti i mali e se può contribuire a mantenere sotto controllo taluni *bias* cognitivi che sogliono accompagnare il *legal reasoning* giudiziale, difficilmente può neutralizzarli del tutto. Molto dipende dalla stessa strutturazione delle linee guida e, in particolare, dal peso attribuito agli elementi oggettivi e soggettivi del reato e soprattutto ai precedenti. Se non correttamente implementate o applicate nella prassi, il sistema delle linee guida potrebbe dare luogo ad una eterogenesi dei fini, conducendo paradossalmente ad un inasprimento del trattamento sanzionatorio per talune categorie di soggetti. Non poche ricerche, condotte nel Regno Unito e ancor più negli Stati Uniti, rilevano infatti il rischio che la riduzione della *sentencing disparity* a livello generale non vada di pari passo con la diminuzione di una sua *species*: la *disparity* razziale. Per la dottrina inglese cfr. J.V. ROBERTS, J. BILD, *Ethnicity And Custodial Sentencing. A review of the trends, 2009-2019*, 2021, in *www.crimeline.co.uk*. Per la dottrina statunitense v.: C.A. ALBONETTI, *Sentencing under federal sentencing guidelines: Effects of defendant characteristics, guilty pleas, and departures on sentencing outcomes for drug offenses. 1991-1992*, in *Law and Society Review*, 31, 789 ss.; J.H. KRAMER, D. STEFFENSMEIER, *Race and imprisonment decisions*, in *Sociological Quarterly*, 34, 357 ss.; J.H. KRAMER, J.T. ULMER, *Sentencing disparity and departure from guidelines,* in *Justice Quarterly*, 13, 81 ss.; D. STEFFENSMEIER, S. DEMUTH, *Ethnicity and sentencing outcomes in US. federal courts: Who is punished more harshly?*, in *American Sociological Review* 65, 705 ss.; D. STEFFENSMEIER, S. DEMUTH, *Ethnicity and judges' sentencing decisions: Hispanic-black-white comparisons*, *Criminology*, 39, 145 ss.; R. L. ENGEN, R.R. GAINEY, R.D.CRUTCHFIELD, J.G. WEIS, *Discretion and disparity under sentencing guidelines: the role*

di reato, quanto alla possibilità per le Corti superiori di esercitare un effettivo controllo nomofilattico sulle decisioni sanzionatorie.

3) Un più equo bilanciamento tra prevedibilità e individualizzazione della risposta sanzionatoria, reso possibile da indicazioni legislative capaci di vincolare per davvero la discrezionalità del giudice senza tuttavia ingessare eccessivamente la valutazione, che resta flessibile e modulabile in relazione alle peculiarità del caso concreto.

L'introduzione a livello interno di "linee guida commisurative" non appare certo priva di criticità, non solo a causa delle istintive resistenze ideologico-culturali che può immaginarsi vengano opposte dai giudici, ma anche poiché la loro elaborazione apre una serie di interrogativi di fondo a cui è necessario fornire una risposta: a chi spetta il compito di formulare queste linee guida? Qual è il grado di vincolatività delle stesse? Quanto deve essere ampia la forbice edittale per ciascuna sotto-fattispecie? Quale peso devono assumere gli elementi oggettivi e soggettivi e soprattutto la recidiva?

Eppure, il tema dell'individuazione di criteri uniformi di commisurazione – non rigidamente vincolanti, ma tendenziali – dai quali il giudice possa discostarsi con adeguata motivazione, appare difficilmente eludibile se si vuole prendere sul serio il problema della (dis)parità di trattamento.

Per taluni reati l'elaborazione di linee guida commisurative fondate su indicatori oggettivi e soggettivi non appare neppure così difficoltosa. Emblematico è, al riguardo, il settore degli stupefacenti, caratterizzato da cornici edittali estremamente ampie (art. 73 D.P.R. n. 309/1990), nell'ambito del quale la determinazione del *quantum* di pena risulta in concreto ancorata a un numero relativamente limitato di variabili, suscettibili di agevole generalizzazione: la qualità e la quantità della sostanza, il carattere occasionale o professionale della condotta, la presenza o l'assenza di precedenti penali, ecc.[1273].

Inoltre, il ricorso alle linee guida potrebbe rivelarsi particolarmente utile anche in ipotesi in cui la condotta tipizzata risulti scarsamente tassativa e, di conseguenza, talmente ampia da ricomprendere al suo interno un ampio ventaglio di comportamenti, che, sia pur riconducibili alla medesima matrice, sono connotati da livelli di disvalore sensibilmente

*of departures and structured sentencing alternatives*, in *Criminology*, 41, 2003, 99 ss.; N. PAINTER-DAVIS, J.T. ULMER, *Discretion and Disparity under Sentencing Guidelines Revisited: The Interrelationship between Structured Sentencing Alternatives and Guideline Decision-making*, in *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 2020, 57, 3, 263 ss.

[1273] Così, F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 18.

differenti. Un esempio significativo, in tal senso, è rappresentato dalla nozione di «atti sessuali» nella fattispecie di violenza sessuale di cui all'art. 609-*bis* c.p.[1274]. Invero, in base al dato giurisprudenziale, per "atto sessuale" intendiamo qualsiasi condotta che, risolvendosi in un contatto corporeo, seppure fugace ed estemporaneo, ponga in pericolo la libera autodeterminazione della persona offesa nella sfera sessuale[1275]. Pertanto, sono suscettibili di rientrare in tale lata espressione comportamenti assai diversi per intensità offensiva: dal palpeggiamento dei glutei, alla suzione di una parte dell'epidermide tale da provocare un livido, fino a ricomprendere, a determinate condizioni, anche il bacio sulla guancia, nonché condotte progressivamente più invasive quali lo strusciamento del pene contro il corpo della vittima, sino alla forma più grave della violenza sessuale mediante penetrazione. La consapevolezza della notevole ampiezza del catalogo delle condotte penalmente rilevanti emerge, del resto, dalla stessa scelta legislativa di prevedere, all'ultimo comma dell'art. 609-*bis* c.p., una circostanza attenuante ad effetto speciale per i casi di minore gravità. Tale previsione risponde all'esigenza di evitare che l'elevato minimo edittale stabilito dalla norma conduca all'irrogazione di pene manifestamente sproporzionate rispetto a fatti connotati da un contenuto lesivo particolarmente contenuto. La formulazione indeterminata dell'attenuante attribuisce, tuttavia, alla giurisprudenza un ampio margine di discrezionalità applicativa, tanto che la Corte di Cassazione è intervenuta per precisarne i criteri di operatività, stabilendo che il giudizio sulla minore gravità debba fondarsi su una valutazione globale del fatto, nella quale assumono rilievo i mezzi, le modalità esecutive, il grado di coartazione esercitato sulla vittima, le condizioni fisiche e mentali di questa, le sue caratteristiche psicologiche in relazione all'età, così da potere ritenere che la libertà sessuale della persona offesa sia stata

[1274] Circa la nozione di «atti sessuali» si fronteggiano in dottrina due tesi: la prima è quella "anatomico-culturale", maggiormente "tassativizzante", prospettata da Cadoppi, secondo cui, ferma la sussumibilità di ogni ipotesi di penetrazione, l'atto assume natura sessuale qualora si realizzi il toccamento delle zone genitali, anali, del seno femminile e, limitatamente ai c.d. "baci profondi", anche della bocca (cfr. A. CADOPPI, sub *art. 609-bis c.p.*, in ID. (a cura di) *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, IV ed., Padova, 2006, 451 ss.); la seconda è quella "contestuale-relazionale", più malleabile, sostenuta da Fiandaca, che non accorda rilievo dirimente alle parti anatomiche interessate dalla condotta ma valorizza il contesto di riferimento e il significato sociale degli atti compiuti tra i soggetti coinvolti (v. G. FIANDACA, *La rilevanza penale del «bacio» tra anatomia e cultura*, in *Il Foro it*., 9/1998, 505 ss.).

[1275] Come ben evidenziato da G.M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, Bologna, 2023, 259, in concreto, la preferenza della giurisprudenza è ricaduta sul paradigma "contestuale-relazionale", che, proprio per la sua duttilità, si è rivelata più adatta a garantire la massima tutela possibile all'autodeterminazione sessuale. L'autore rimanda, per un'ampia rassegna giurisprudenziale a S.R. PALUMBIERI, *Violenza sessuale*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Diritto penale*, Milano, 2022, 6198 ss.

compressa in maniera non grave, e che il danno arrecato alla stessa anche in termini psichici sia stato significativamente contenuto[1276].

Infine, va riconosciuto che esperienze di *soft law lato sensu* commisurative non sono del tutto estranee alla prassi nazionale. Basti pensare ai numerosi protocolli sottoscritti a livello locale – con il coinvolgimento della magistratura, dell'avvocatura e degli UEPE – in materia di lavoro di pubblica utilità[1277], di non punibilità per particolare tenuità del fatto[1278] e, recentissimamente, di pene sostitutive[1279]. Ancora, il Tavolo tematico n. 16 degli *Stati generali dell'esecuzione penale 2015-2016*, dedicato al trattamento e agli ostacoli normativi all'individualizzazione del trattamento rieducativo, suggeriva, con riguardo alla liberazione anticipata, «l'utilità dell'adozione di protocolli e modelli istruttori comuni da concordarsi con gli UEPE e i singoli Tribunali e Uffici di Sorveglianza, [in modo da] favorire l'uniformità di trattamento e [la] semplificazione delle procedure», auspicando il coinvolgimento del Consiglio Superiore della Magistratura per favorirne la diffusione[1280].

Tali esperienze, maturate un po' su tutto il territorio nazionale, attestano l'esistenza di un'esigenza diffusa di uniformità e razionalizzazione delle prassi commisurative proveniente "dal basso", ossia dagli stessi operatori del diritto. Sicché, la questione non ruota più attorno alla possibilità, in astratto, di introdurre nel nostro ordinamento linee guida *aut similia* – la cui presenza, seppur in forme embrionali, è ormai una realtà di fatto – bensì si sviluppa attorno alle concrete modalità della loro implementazione e integrazione nel sistema.

[1276] Si tratta di un orientamento ormai pacifico in giurisprudenza; cfr., per tutte, Cass. pen., sez. III, 14 maggio 2014, n. 23913, in *www.dejure.it*.

[1277] Abbondano i protocolli stipulati per i lavori di pubblica utilità (es. Trento, Firenze, Monza, Spoleto, Milano, ecc.).

[1278] Cfr., per esempio, le linee-guida delle Procure della Repubblica presso i Tribunali di Trento, di Lanciano e di Palermo sull'operatività dell'art. 131-*bis* c.p.

[1279] Una rapida ricerca sul *web* consente facilmente di constatare la proliferazione dei protocolli operativi per l'applicazione delle pene sostitutive, siglati a livello di distretto di Corte d'Appello su tutto il territorio nazionale (es. Alessandria, Bari, Brindisi, Cagliari, Chieti, Cuneo, Lucca, Milano, Napoli Nord, Pavia, Piacenza, Prato, Sciacca, Torino, Trento, Trieste, Verbania, ecc.).

[1280] *Stati generali dell'esecuzione penale, tavolo tematico 16 – Il trattamento. Ostacoli normativi all'individuazione del trattamento rieducativo*, in *www.giustizia.it*, 14.

## 6. Sull'opportunità di un processo bifasico: il nuovo "seme" piantato dall'udienza *ex* art. 545-*bis* c.p.p.

Come anticipato, un tratto caratterizzante del sistema processuale inglese è la sua *bifurcated structure* che mantiene separati il momento dell'accertamento della colpevolezza da quello della determinazione della pena[1281]. Tale impostazione consente al giudice di dedicare la giusta attenzione e il necessario grado di approfondimento alle questioni rilevanti per il trattamento sanzionatorio, ricavando uno spazio procedimentale *ad hoc* (c.d. *sentencing hearing*) per l'esame del materiale probatorio all'uopo dedotto dalle parti e per l'acquisizione di informazioni sulla "storia personale" del reo provenienti dai *probation services* attraverso il c.d. *pre-sentence report*[1282].

Nel nostro sistema processuale, invece, tali operazioni sono demandate – con tutte le disfunzionalità già descritte[1283] – al giudice della cognizione, salvi i successivi interventi del giudice dell'esecuzione e del Magistrato di Sorveglianza. La scissione tra accertamento della responsabilità e commisurazione della pena tipica dei sistemi di *common law* non è però una *new entry* nel dibattitto scientifico del nostro Paese[1284], tanto che è stata oggetto di concrete proposte di riforma.

---

[1281] Come osserva E.A.A. DEI CAS, Sentencing *inglese e prospettive di un processo bifasico in Italia: potenzialità e insidie di un mutamento a lungo invocato*, in *Arch. pen*., 1/2022, 3-4, «in Inghilterra, la struttura processuale bipartita è strettamente legata alla divisione tra accertamento del fatto, di spettanza della giuria, e applicazione del diritto, che compete al giudice. Facendo leva su tale netta distinzione, la *ratio* che porta a distinguere il giudizio sul fatto da quello sull'autore va ravvisata nella inopportunità di rendere noti alla giuria i precedenti penali dell'imputato, dal momento che il pre-giudizio che ne deriverebbe sarebbe superiore al valore probatorio dell'informazione».

[1282] Si tratta di una relazione redatta da un funzionario dei *probation services* i cui contenuti ordinari sono indicati nel *National Standards for the Management of Offenders* del 2011: a) i fatti generali riguardanti il reo e le fonti utilizzate per preparare la relazione; b) l'analisi dell'illecito commesso; c) la valutazione del condannato; d) la valutazione sulla pericolosità sociale e sulla probabilità di recidiva; e) la proposta di pena. Nei casi di reati di minore gravità, nella sfera di competenza delle *Magistrates' Courts*, si fa ordinariamente ricorso ai c.d. *fast delivery reports*, predisposti mediante la compilazione di appositi formulari standardizzati. In tali ipotesi, nella medesima giornata in cui la Corte ne richiede la redazione, il *probation officer* svolge un breve colloquio con l'imputato in un'apposita *interview room*, generalmente adiacente all'aula d'udienza, al termine del quale viene elaborato il *report*, immediatamente sottoposto al giudice ai fini della scelta della tipologia e dell'intensità afflittiva della sanzione da irrogare. Diversamente, qualora si renda necessario un più approfondito accertamento in ordine al rischio di recidiva – come nei casi in cui la Corte sia legittimata a irrogare una *extended sentence* o quando le informazioni rilevanti non risultino immediatamente disponibili – al *probation service* è concesso un termine più ampio, pari a quindici giorni, per la predisposizione del *pre-sentence report*. Per approfondimenti cfr. National Offender Management Service, *Determining Pre Sentence Report – Sentencing within the new framework*, 1 marzo 2017, in *www.justice.gov.uk*.

[1283] V., *supra*, Cap. 2, par. 4.2.1.

[1284] In dottrina cfr.: G. CONSO, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale in due fasi*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1968, 706 ss.; P. COMUCCI, *Attualità del processo bifasico*, in *Studi in ricordo di Gd. Pisapia*, II, Milano 2000, 105 ss.; G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino 2004, 16; F. CAPRIOLI, *Processo penale e commisurazione della pena*, cit., 136 ss.

Un primo tentativo di introduzione può essere rintracciato nel progetto preliminare al codice di procedura penale del 1978, il quale, all'art. 518 c.p.p., prevedeva la riapertura della fase del dibattimento al fine di consentire l'espletamento della perizia criminologica «qualora sussistessero prove sufficienti per dichiarare l'imputato autore del fatto contestato e fosse conseguentemente necessario approfondire l'indagine sulla sua personalità»[1285].

Successivamente, l'assetto bifasico è stato riproposto nel progetto di riforma, questa volta, del codice penale, elaborato nel 2001 dalla "Commissione Grosso"[1286]. La revisione del sistema sanzionatorio ipotizzata in quell'occasione aveva infatti sollecitato, come naturale conseguenza, una riflessione di natura processuale: da qui, la proposta di consentire un'autonoma pronuncia sulla sanzione, qualora, a discrezione del giudice, fosse necessario «acquisire ulteriori elementi di prova, o verificare il consenso dell'imputato su determinate misure» (art. 12 e 13 disp. coord.).

Sebbene nessuna delle due proposte sia stata accolta, alla luce dell'odierna configurazione del nostro sistema punitivo, giova interrogarsi nuovamente sull'opportunità di un cambio di paradigma in tale direzione.

Invero, come è stato acutamente osservato, assistiamo ad «una sorta di biforcazione di fatto già attuata»[1287]. Il nostro ordinamento, a ben vedere, brulica di esperimenti bifasici più o meno espliciti.

Ne è una chiara esemplificazione la concessione delle misure alternative alla detenzione, non tanto qualora a beneficiarne sia il soggetto *in vinculis*, quanto piuttosto

---

[1285] Per un commento v. G. CONSO, V. GREVI, G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. I, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, Padova, 1989, 1182 ss.

[1286] Si vedano, in particolare le *Disposizioni di attuazione e coordinamento* della *Relazione finale* della Commissione, disponibile sul sito *www.giustizia.it*. Per un commento sul progetto di riforma v. AA.VV., *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, (a cura di) A.M. STILE, 2003, Napoli.

[1287] E.A.A. DEI CAS, Sentencing *inglese e prospettive di un processo bifasico in Italia*, cit., 48. R. BARTOLI, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, cit., 11, osserva come il nostro sistema «si vada sempre più configurando come una sorta di sistema strutturalmente bifasico, caratterizzato da una pena astratta, minacciata, propria della comminatoria edittale e da una risposta in concreto che sempre di più consiste in un qualcosa di diverso dalla pena minacciata. In estrema sintesi, questo processo di progressiva depenalizzazione in concreto, se così si può dire, è iniziato già alla fine dell'Ottocento con l'istituto della sospensione condizionale della pena operante in fase di cognizione, poi si è esteso alla metà degli anni Settanta del secolo scorso alla fase dell'esecuzione con le misure alternative, per tornare a manifestarsi agli inizi degli anni Ottanta all'interno della fase della cognizione con la previsione delle sanzioni c.d. sostitutive e dall'inizio del nuovo Millennio ha riguardato anche e soprattutto la fase pre-decisoria: messa alla prova degli adulti, una notevole varietà di condotte riparatorie estintive del reato disseminate in vari istituti di parte generale e speciale».

qualora siano applicate *ab initio*. In quest'ultimo caso, infatti, la sospensione dell'ordine di esecuzione di cui all'art. 656 co. 5 c.p.p. "congela" temporaneamente la decisione *quoad poenam* presa dal giudice della cognizione in attesa della risoluzione del Tribunale di Sorveglianza sull'istanza di accesso alla misura alternativa[1288].

Un'ulteriore manifestazione bifasica può essere rintracciata nell'art. 205 c.p., nella parte in cui contempla la possibilità di applicare una misura di sicurezza con un provvedimento successivo alla sentenza definitiva: «1) nel caso di condanna, durante l'esecuzione della pena o durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena; 2) nel caso di proscioglimento, qualora la qualità di persona socialmente pericolosa sia presunta, e non sia decorso un tempo corrispondente alla durata minima della relativa misura di sicurezza; 3) in ogni tempo, nei casi stabiliti dalla legge»[1289].

Al di fuori del processo ordinario, poi, uno schema bifasico «compresso» è contemplato nel rito celebrato dinnanzi al Giudice di Pace[1290], qualora quest'ultimo intenda applicare una pena diversa da quella pecuniaria. In tal caso, infatti, a seguito della lettura del dispositivo "preliminare" della sentenza, l'imputato o il suo difensore possono domandare l'applicazione continuativa della permanenza domiciliare oppure del lavoro di pubblica utilità, realizzando di fatto un'integrazione *ex post*, per effetto di una dichiarazione di volontà dell'imputato, del provvedimento di condanna[1291].

Infine, il paradigma bifasico ha trovato la sua più esplicita e compiuta estrinsecazione in materia di pene sostitutive con l'udienza di cui all'art. 545-*bis* c.p.p., di cui si è già ampiamente discusso, mettendone in luce, tra l'altro, un deludente ridimensionamento ad opera del c.d. correttivo Cartabia[1292]. Nonostante il "depotenziamento" subito, la scelta di introdurre tale udienza appare tutt'altro che simbolica: testimonia la pressante esigenza, avvertita dallo stesso legislatore, di prevedere

---

[1288] Di questo avviso, D. VIGONI, *L'esecuzione penale*, in *Procedura penale*, Torino, 2020, 937: «[a]ttraverso questo particolare schema esecutivo si assiste ad una "metamorfosi" della prospettiva sanzionatoria – dalla pena (inflitta dal giudice di cognizione) alla misura alternativa (concessa dal giudice di sorveglianza) – che in parte richiama quel modello bifasico, tipico degli ordinamenti di *common law*». In tal senso anche E.A.A. DEI CAS, Sentencing *inglese e prospettive di un processo bifasico in Italia*, cit., 37-38.

[1289] Cfr. G. CONSO, *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale in due fasi*, cit., 706-707.

[1290] D. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Milano, 2009, 278-279.

[1291] Sull'istituto v., per tutti, G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, Milano, 2006, 347 ss.

[1292] V., *supra*, Cap. 3, par. 4.2.3.2.

uno spazio processuale autonomo che offra al giudice la possibilità di riflettere solo ed esclusivamente sulla sanzione da irrogare, sulla base del materiale fornito dalle parti stesse e coadiuvato dall'UEPE. Si tratta dell'ulteriore e più significativa conferma della "metamorfosi bipartita" che pare potersi intravedere, in filigrana, nelle traiettorie evolutive del sistema penale.

A nostro parere, la separazione tra il momento dell'accertamento della responsabilità e quello della determinazione della sanzione rappresenta ormai la conformazione processuale più compatibile con le finalità costituzionali della pena[1293] e con il quadro dei paradigmi commisurativi attualmente presenti nel nostro ordinamento[1294], in cui il giudice della cognizione è sempre più anche «giudice della pena»[1295]. Invero, il trattamento sanzionatorio si presenta oggi ben più articolato e complesso rispetto al modello tradizionale della pena "classica" di cui all'art. 17 c.p., tanto che sarebbe più corretto parlare di *trattamenti sanzionatori*, al plurale, che, fondandosi in larga parte su giudizi discrezionali che non si limitano all'*an* e al *quantum* ma si estendono anche al *quomodo* della sanzione, pongono il giudice dinnanzi a prognosi e valutazioni complesse che richiedono un'adeguata base conoscitiva. In questo contesto assumono inoltre rilievo anche taluni atteggiamenti dell'imputato (accettazione di specifici impegni ai fini della sospensione condizionale, istanze di concessione delle misure alternative *ab origine*, consenso funzionale all'applicazione delle pene sostitutive, ecc.) che devono poter essere apprezzati all'interno del giudizio di merito. Ne deriva l'esigenza, ormai difficilmente eludibile, di riservare alla commisurazione della sanzione un *locus* processuale nel quale possano essere approfonditi, anche sotto il profilo probatorio, gli aspetti ad essa specificamente pertinenti e nel quale le parti, *in primis* la difesa, siano poste nelle condizioni di prospettare compiutamente le proprie ragioni e determinazioni.

---

[1293] Di questo avviso anche F. VIGANÒ, *La pena come "contraccambio"? Qualche riflessione su fondamenti e scopi della pena nella prospettiva del diritto costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1/2025, 80-81: «[p]er prendere sul serio finalità così impegnative occorre un adeguato impegno in termini di tempi e di energie processuali, con un serio coinvolgimento nella fase della commisurazione della pena delle parti del giudizio – pubblico ministero e difensore – e dell'Ufficio dell'esecuzione penale esterna. Il che esige, a sua volta, uno spazio processuale idoneo […]. Uno spazio processuale, insomma, in cui sia possibile finalmente spostare l'attenzione dal fatto avvenuto nel passato alla persona del reo, così come è (divenuta) al momento del giudizio, per individuare il percorso […] più adatto per raggiungere gli scopi costituzionalmente assegnati alla pena dall'art. 27».

[1294] Cfr. Cap. 3.

[1295] G.L. GATTA, *Riforma Cartabia e sistema sanzionatorio*: *tra efficienza dell'esecuzione ed effettività della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2/2023, 568.

Appurata la ragionevolezza di una scansione procedimentale bipartita, vi è da chiedersi quale sia la variante bifasica più confacente, dal momento che non esiste un solo modello astrattamente adottabile.

Una prima opzione – suggerita nel progetto preliminare del codice di rito del 1978, ripresa nelle sue linee essenziali dalla "Commissione Grosso" nel 2001 e poi di fatto accolta con l'attuale udienza *ex* art. 545-*bis* c.p.p. (così come modificata dal c.d. "correttivo Cartabia") limitatamente all'applicazione delle pene sostitutive – concepisce il processo bifasico in termini meramente eventuali: il giudice sarebbe tenuto a fissare una nuova e successiva udienza solo qualora, al momento della pronuncia della sentenza di condanna generica, fosse necessario acquisire ulteriori prove ai fini della commisurazione della pena o si rivelasse necessario ordinare un esame della personalità del soggetto[1296]. Se, da un lato, questo sdoppiamento soltanto episodico del giudizio è funzionale al contenimento dei tempi processuale, allo stesso tempo presta il fianco a due obiezioni difficilmente superabili.

In primo luogo, in un sistema come il nostro, ove la Corte d'Appello è competente a rivalutare il trattamento sanzionatorio sia sotto il profilo quantitativo che qualitativo, l'indagine personologica eventualmente disposta in primo grado potrebbe esercitare un indebito condizionamento *contra reum* nei gradi di giudizio successivi.

In secondo luogo, la decisione circa il trattamento sanzionatorio presa in fase di cognizione, in considerazione dei lunghi tempi processuali, non farebbe venir meno la necessità di un ulteriore intervento a posteriori da parte della Magistratura di Sorveglianza al fine di adattare la pena al percorso rieducativo eventualmente intrapreso *medio tempore* dal reo[1297].

Ecco allora che si fa strada una seconda variante di processo bifasico, che prospetta la trasformazione del Tribunale di Sorveglianza in un vero e proprio "Tribunale delle pene", a cui demandare in via esclusiva le decisioni relative al trattamento sanzionatorio dell'autore di reato[1298]. Tale soluzione presenterebbe una serie di vantaggi:

[1296] Danno conto di questa prima variante sia L. TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., 293, sia F. CAPRIOLI, *Processo penale e commisurazione della pena*, cit., 139-140.

[1297] Mette in luce tali criticità F. CAPRIOLI, *Processo penale e commisurazione della pena*, cit., 140-141.

[1298] Tra i sostenitori di questa impostazione: P. COMUCCI, *Attualità del processo bifasico*, cit., 131 ss.; L. MONTEVERDE, *Tribunale della pena e processo bifasico: realtà e prospettive*, in *Dir. pen. proc*., 2001, 1167; G. DEAN, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, cit., 16; S. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Milano, 2002, 97 e 290 ss.

eviterebbe il condizionamento psicologico dei giudici superiori; collocherebbe la decisione sul trattamento sanzionatorio in un momento prossimo alla sua effettiva esecuzione; la composizione mista del collegio (con togati ed esperti) favorirebbe un approccio davvero attento alla persona.

Tuttavia, è bene precisarlo, «la scelta e il dosaggio del trattamento sanzionatorio non [è] *soltanto* un problema di valutazione della personalità del reo in chiave rieducativa […]: moltissime circostanze in senso tecnico e molti dei parametri contenuti nell'art. 133 c.p. […] richiedono accertamenti e giudizi di natura *oggettiva*, svincolati da qualunque considerazione legata alla persona del reo e da qualunque valutazione prognostica circa la sua auspicata risocializzazione»[1299]. Risulterebbe, allora, non poco problematico demandare questi accertamenti fattuali al Tribunale delle pene, che si troverebbe a pronunciarsi, a causa della patologica durata dei processi nostrana, a distanza di anni dalla commissione del fatto. In altre parole, una scissione *tranchant* tra giudizio sulla colpevolezza e giudizio sulla pena sarebbe *de facto* impraticabile. Nonostante la loro separazione, un certo grado di commistione tra i due è inevitabile. La giurisdizione cognitiva dovrebbe allora rimanere saldamente ancorata al fatto, interessandosi della persona per quanto funzionale all'accertamento del fatto, mentre la giurisdizione rieducativa dovrebbe mantenere il *focus* sulla persona, occupandosi del fatto – ormai accertato con sentenza passata in giudicato – solo in funzione della stessa e delle sue prospettive di reinserimento[1300]. Tradotto: il giudice della cognizione, oltre ad accertare la responsabilità dell'imputato, dovrebbe anche misurare, con le garanzie tipiche del procedimento di cognizione, quel "grado di colpevolezza" destinato a segnare il limite massimo invalicabile nella commisurazione della pena, tralasciando invece – non disponendo degli strumenti adeguati – considerazioni di carattere specialpreventivo positivo; al Magistrato di Sorveglianza spetterebbe, invece, individualizzare il trattamento sanzionatorio alla luce della ricostruzione del fatto operata dal collega della cognizione, con la "cassetta degli attrezzi" propria della giurisdizione rieducativa[1301].

A tutto ciò si potrebbe opporre l'annosa questione dell'allungamento dei tempi processuali: eppure, la scelta di fondo «non è fra un modello di commisurazione lento e un modello veloce, ma tra un modello strutturalmente idoneo alla individualizzazione

[1299] Così, F. CAPRIOLI, *Processo penale e commisurazione della pena*, cit., 142-143.
[1300] *Ivi*, 145.
[1301] Ancora, F. CAPRIOLI, *Processo penale e commisurazione della pena*, cit., 145-146.

della pena, con una impostazione che privilegia anche la conoscenza dell'autore, ed un modello fortemente indirizzato all'accertamento del fatto, a scapito della conoscenza del reo, che non permette una adeguata individualizzazione della pena»[1302].

Il vero ostacolo che si frappone alla trasformazione del Tribunale di Sorveglianza in Tribunale delle pene sembra piuttosto potersi rinvenire, allo stato attuale, nella cronica carenza di organico che affligge i ranghi della Magistratura di Sorveglianza. Sono appena 250 i Magistrati di Sorveglianza, un dato a dir poco sottodimensionato se comparato al numero di detenuti (che hanno ormai superato quota 63.000), a cui vanno aggiunti anche coloro che espiano la sanzione in esecuzione penale esterna, i liberi sospesi, nonché, da ultimo, i destinatari di pene sostitutive, la cui esecuzione è affidata, come abbiamo già ricordato, alla Sorveglianza. A fronte di un notevole aumento di competenze, la forza lavoro arruolata tra le fila della Sorveglianza non è stata incrementata in misura corrispondente; inoltre, a differenza di tribunali e corti d'appello che hanno visto aumentare la loro produttività grazie alle nuove risorse del PNRR, gli Uffici di Sorveglianza sono rimasti esclusi dalle misure di sostegno introdotte, rimanendo schiacciati da un carico di lavoro crescente, senza personale sufficiente per farvi fronte, con l'inevitabile conseguenza di ruoli d'udienza sempre più fitti e tempi d'attesa sempre più lunghi[1303]. Sicché, "a bocce ferme", qualsiasi prospettiva di riforma che vada ad ampliare ulteriormente le competenze della giurisdizione rieducativa si rivela in partenza fallimentare poiché concretamente impraticabile.

In assenza delle condizioni, in termini di risorse umane e materiali, per realizzare una compiuta divaricazione in due fasi dell'*iter* processuale, ma senza abbandonare del tutto la prospettiva di una delimitazione sistemico-funzionale tra fase di cognizione e fase esecutiva, nonché volendo preservare quanto faticosamente raggiunto dalla "riforma Cartabia", si potrebbe immaginare una soluzione a mezza via, in cui le sanzioni sostitutive – arricchite dall'affidamento in prova al servizio sociale – diventano le uniche alternative sanzionatorie applicabili *ab initio* e rimangono nella competenza del giudice di

[1302] Così, L. TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., 298.

[1303] Cfr. l'allegato 1 alla Relazione *Parere sulla proposta di legge d'iniziativa del deputato Giachetti-AC n. 552. Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di concessione della liberazione anticipata, e disposizioni temporanee concernenti la sua applicazione,* a cura del Comitato direttivo centrale dell'Associazione Nazionale Magistrati, 10 luglio 2025, in *www.associazionemagistrati.it*. V. anche B. PEREGO, *Magistratura di sorveglianza, questa sconosciuta. I giudici della pena tra oblio e tutela dei diritti*, in *www.antigone.it*, 2017.

cognizione, con contemporanea eliminazione dell'operatività del meccanismo sospensivo di cui all'art. 656 co. 5 c.p.p., mentre le misure alternative alla detenzione riacquistano la loro vocazione rieducativa e risocializzante originaria, potendo essere concesse dal Tribunale di Sorveglianza solo in corso di esecuzione e in considerazione del percorso trattamentale intramurario[1304].

Tale impostazione presenterebbe come primo e rilevantissimo vantaggio quello di porre definitivamente termine al fenomeno dei liberi sospesi. Invero, delle due l'una: o l'imputato viene condannato a pena sostitutiva al termine del giudizio di cognizione, trovandosi ad eseguire direttamente il trattamento sanzionatorio alternativo; o fa ingresso in carcere, potendo successivamente presentare istanza al Tribunale di Sorveglianza per la concessione di una misura alternativa. *Tertium genus non datur*, con conseguente recupero di certezza-prevedibilità della sanzione penale. Per pene irrogate al di sopra dei quattro anni, invero, l'unico orizzonte possibile rimane la detenzione, mentre, per pene contenute entro questa soglia, l'interessato – salvo indici fortemente sintomatici della sua pericolosità – dovrebbe poter fare legittimamente affidamento sull'applicazione di una pena sostitutiva (sempreché non vi siano i presupposti di operatività di misure ancor meno afflittive come la MAP o la sospensione condizionale della pena). In aggiunta, l'assenza di cesure tra condanna definitiva e avvio dell'esecuzione della pena, qualsiasi essa sia, giova alla efficacia ed effettività della pena, in quanto assicura una tempestiva reazione punitiva da parte dello Stato, capace di farsi carico delle istanze di difesa provenienti dal corpo sociale, evitando che il decorso del tempo trascini via con sé la "necessità" di pena, tanto dal punto di vista del reo quanto della percezione collettiva.

Un secondo pregio dell'assetto delineato consisterebbe nella già menzionata sensibilizzazione del giudice di cognizione sul tema dell'individualizzazione del trattamento sanzionatorio, attraverso una proficua "contaminazione" culturale tra la sua giurisdizione e quella di sorveglianza[1305]. L'obbligo, anche per il giudice della cognizione, di vestire i panni del giudice della pena, consentirebbe forse di superare il tradizionale antagonismo che contrappone giudice del fatto e giudice dell'uomo: il secondo non verrebbe più percepito come colui che "pone nel nulla" la decisione, magari faticosamente

[1304] A sostegno di tale prospettiva si richiama, in dottrina, A. GARGANI, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, cit., 14.

[1305] Sul punto, cfr. Cap. 3, par. 4.2.3.1.

raggiunta, del primo, ma come colui che è chiamato a proseguire il lavoro del suo predecessore.

Infine, il venir meno dell'incombenza dei liberi sospesi porterebbe una boccata d'ossigeno ad una Magistratura di Sorveglianza, come già sottolineato, in forte sofferenza. Quest'ultima potrebbe finalmente tornare ad operare come vera e propria giurisdizione rieducativa e di prossimità, chiamata non solo a vigilare sulla legalità dell'esecuzione della pena, ma anche a valutare se e quando il condannato sia pronto ad accedere a percorsi extramurari. Specularmente, le misure alternative alla detenzione si spoglierebbero dell'onere deflattivo di cui sono state progressivamente caricate, per tornare ad essere strumenti autenticamente funzionali al graduale reinserimento sociale del soggetto che abbia espiato una quota parte di pena in carcere. La valutazione discrezionale in merito alla concessione della misura alternativa si baserebbe, inoltre, su una piattaforma conoscitiva solida e aggiornata, costituita dai risultati del trattamento *intramoenia*, mettendo fine all'attuale prassi decisionale su istanze *ab initio* di misure alternative, fondata su elementi conoscitivi frammentari o meramente cartolari.

### 7. Il rigoroso adempimento dell'onere motivazionale funzionale ad un rafforzamento del controllo di legittimità sull'esercizio del potere discrezionale

Un'ultima via percorribile per conseguire una maggiore razionalizzazione della discrezionalità commisurativa sarebbe, in realtà, già contemplata dall'ordinamento e, pertanto, non richiederebbe alcuno zelo riformistico: ci riferiamo al *rigoroso* adempimento dell'onere motivazionale *quoad poenam*, tema che si collega strettamente alla possibilità per i giudici dei gradi successivi di espletare un effettivo controllo sull'esercizio del potere discrezionale.

Tuttavia, come abbiamo visto nel secondo capitolo[1306], sfogliando i repertori giurisprudenziali, si riscontrano macroscopici vizi motivazionali nella esplicitazione delle ragioni poste a fondamento dell'esercizio del potere discrezionale nella determinazione della pena, spesso affidate a formule di stile, del tutto prive della necessaria individualizzazione richiesta dai principi costituzionali più volte evocati.

[1306] Cfr., in partic., par. 4.2.2.

Come già rilevato, spetterebbe soprattutto alla motivazione il compito di garantire il corretto esercizio della discrezionalità: invero, il rischio di determinazioni arbitrarie risulta inversamente proporzionale all'impegno valutativo ed argomentativo profuso dal magistrato. La motivazione dovrebbe servire, *in primis*, «allo stesso giudice per controllare l'esattezza dei ragionamenti attraverso i quali arriva a cristallizzare nel provvedimento la scelta operata di fronte alle possibilità alternative contenute nella sua discrezionalità, e renderlo così sicuro di agire in conformità degli scopi cui essa tende»[1307]. Dovrebbe, poi, rappresentare una garanzia per l'individuo, che ha il diritto di conoscere le ragioni poste alla base del trattamento sanzionatorio che gli viene applicato, soprattutto in un'ottica difensiva. Infine, lo si ribadisce ancora una volta, il puntuale adempimento dell'onere motivazionale consente un sindacato più strutturato sui limiti interni (ed esterni) della discrezionalità da parte delle giurisdizioni superiori, aspetto fondamentale nell'ottica della parità di trattamento. Per tali ragioni appare senz'altro auspicabile una rinnovata attenzione alla valorizzazione del ruolo della motivazione sul trattamento sanzionatorio.

Certo è che sono più che comprensibili le difficoltà che i giudici incontrano nel motivare compiutamente in punto di pena: se, come abbiamo cercato di mettere in evidenza, a guidare l'esercizio della discrezionalità commisurativa sono principi, piuttosto che regole cogenti, principi anche a forte componente intuitiva (come sono la proporzionalità e la rieducazione), non si può pretendere dal giudice una motivazione analitica[1308]. È per questo che «[u]na "nuova" politica delle motivazioni deve basarsi su poche ma ben mirate scelte fondo»[1309]. In altre parole, la commisurazione non può essere caricata di oneri argomentativi eccessivi o ridondanti: non si tratta di costruire motivazioni interminabili o artificiosamente complesse, quanto piuttosto di perseguire un equilibrio tra trasparenza, controllabilità e funzionalità. Una motivazione troppo "assillante", in cui il giudice si veda costretto a giustificare ogni minima sfumatura, rischia infatti di indebolire la chiarezza e l'efficacia del ragionamento giuridico, oltre a produrre un appesantimento burocratico che non giova né alla giustizia né alla sua percezione sociale. Si tratta, allora, di orientare l'intero sistema verso un uso più consapevole ed essenziale del discorso motivazionale, privilegiando la qualità rispetto

[1307] T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice e certezza del diritto*, cit., 394.
[1308] Così parafrasando F. PALAZZO, *Legalità, flessibilità e proporzionalità della pena*, cit.
[1309] L. MONACO, C.E. PALIERO, *Variazioni in tema di «crisi della sanzione»*, cit., 429.

alla quantità, magari attraverso l'adozione di moduli motivazionali che siano almeno in grado di esprimere la linea razionale che ha seguito il giudice, esplicitando tutti i vari passaggi che ha compiuto[1310].

Mai si potrà pretendere dal giudice di provare la rigorosa corrispondenza tra gravità del reato e quantità di pena inflitta, stante l'incommensurabilità di queste due grandezze. Ciò che gli si può chiedere, però, è che espliciti: i) i criteri guida effettivamente rilevanti tra quelli indicati nell'art. 133 c.p.; ii) il peso attribuito a tali criteri in relazione alle peculiarità del caso concreto; iii) il nesso di coerenza tra gli elementi valorizzati e la specie e misura della pena irrogata[1311]. Ciò è sufficiente ma, al contempo, necessario e indispensabile.

Quantificata la sanzione, e salvo l'applicazione a monte di istituti la cui operatività è svincolata dalla determinazione della pena in concreto (ad esempio, sospensione del procedimento con messa alla prova, oblazione, e così via), si apre un bivio: se la pena irrogata supera i quattro anni, l'attività commisurativa del giudice si arresta e il condannato farà inevitabilmente ingresso in carcere, da dove potrà eventualmente chiedere, espiata la quota parte di pena utile, l'accesso alle misure alternative al Tribunale di Sorveglianza; se, invece, la pena è contenuta entro la soglia dei quattro anni si dischiude un ventaglio di strategie sanzionatorie alternative (sospensione condizionale della pena e pene sostitutive) che il giudice di cognizione ha il dovere di vagliare scrupolosamente, in nome dell'*extrema ratio* dell'opzione detentiva.

Proprio in questa fase è richiesta all'organo giudicante la massima coerenza e razionalità logica, onde evitare di scivolare in un ragionamento viziato da contraddittorietà: invero, l'esercizio della discrezionalità dosimetrica non è slegato dalle successive valutazioni discrezionali che riguardano l'applicazione di trattamenti sanzionatori alternativi. Tra la prima e le seconde non c'è soluzione di continuità, vale a dire che, il ragionamento che il giudice ha fatto in sede dosimetrica non potrà che riflettersi anche nel momento di decidere sull'applicazione di una sospensione

[1310] Così suggerisce F. PALAZZO, *Legalità, flessibilità e proporzionalità della pena*, cit.

[1311] Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 24 dicembre 2021, n. 47127, Pizzone, in *www.sistemapenale.it*., con nota di A. CONZ, *La sentenza delle Sezioni unite sull'onere per il giudice di calcolare e motivare l'aumento di pena per ciascuno dei reati uniti dal vincolo della continuazione*, 20 gennaio 2022, ove si legge: «[d]i una pena non si può affermare o negare l'esattezza; ma si può riconoscere o criticare la ragionevolezza, intesa come relazione di coerenza tra la specie [...] e la misura della sanzione individuate e gli elementi che devono essere presi in considerazione per la determinazione della pena».

condizionale o di una pena sostitutiva. Così, per esempio, laddove il giudice si fosse determinato per l'inflizione di una sanzione contenuta in prossimità del minimo edittale indicato per quel reato dalla fattispecie, valutando la scarsa entità del dolo ovvero la limitata gravità dei fatti, non potrebbe poi contraddirsi negando l'alternativa sanzionatoria sulla base di una presunta elevata pericolosità sociale dell'imputato. Oltretutto, laddove ne ricorressero i presupposti, il trattamento sanzionatorio alternativo dovrebbe ritenersi, in linea di principio, l'opzione preferibile, in quanto maggiormente idoneo a perseguire la finalità rieducativa della pena e a offrire più ampie possibilità di risocializzazione del condannato, se non altro per il suo carattere non segregante o, quantomeno, non integralmente segregante. Ne consegue che il diniego del trattamento sanzionatorio alternativo non può risolversi in un automatismo, né essere giustificato mediante formule vaghe e generiche, ma deve fondarsi sull'emersione di elementi di segno contrario specifici che il giudice è tenuto a indicare in modo esplicito e puntuale nella motivazione.

L'ostensione in termini chiari e intellegibili dei pochi passaggi che abbiamo enucleato consentirebbe ai giudici di legittimità di effettuare un controllo più penetrante, "correggendo", attraverso l'enunciazione di una serie di principi di diritto, le modalità di irrogazione sia della pena detentiva classica sia dei trattamenti sanzionatori alternativi, favorendo così una maggiore uniformità applicativa.

Naturalmente, come abbiamo già messo in luce, il controllo che la Suprema Corte può effettuare sul trattamento sanzionatorio è essenzialmente un controllo sulla motivazione, salvo i casi di violazione di legge dovuti al mancato rispetto di un limite esterno. Invero, «è principio assolutamente consolidato quello secondo cui è inammissibile la censura che miri ad una nuova valutazione della congruità della pena, la cui determinazione non sia frutto di arbitrio o ragionamento illogico, e ciò in quanto la graduazione del trattamento sanzionatorio […] rientra pur sempre nel potere discrezionale del giudice merito»[1312]. Nondimeno, la valorizzazione dei principi di proporzionalità e individualizzazione della pena, letti nell'ottica finalistica della rieducazione, nel dischiudere maggiori spazi di discrezionalità al giudice, consentono «alla Corte un sindacato in parte più esteso, perché svolto dando diretta applicazione ai nuovi canoni

[1312] Cfr. *Il sindacato della Corte di cassazione in materia di trattamento sanzionatorio*, a cura di *Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione, Settore Penale*, Relazione tematica n. 39/2024, inedita, 7.

della pena»[1313]. E ciò vale per il trattamento sanzionatorio "classico" ma è tanto più vero per i trattamenti sanzionatori alternativi, il cui contenuto, non è predeterminato dal legislatore ma deve essere plasmato e articolato dal giudice. Una maggior ingerenza della Cassazione in punto di pena si è registrata, per esempio, proprio con riferimento alle "nuove" pene sostitutive, pur sempre nei confini della più tradizionale censura del vizio di motivazione[1314].

L'estensione delle maglie del controllo di legittimità passa, però, anche attraverso il rispetto del divieto di pene sproporzionate, che non è semplicemente uno dei criteri di cui all'art. 133 c.p., ma rappresenta un limite esterno della discrezionalità del giudice che pone una regola giuridica, la cui inosservanza dà luogo a una violazione di legge, deducibile in Cassazione[1315]. Consci delle problematiche che si porrebbero per la Corte per reggere un'onda d'urto di questo tenore, sarebbe forse auspicabile un intervento da parte delle Sezioni Unite al fine di dettare sul tema alcuni criteri orientativi[1316].

Un'ultima questione, strettamente correlata, è quella del tipo di pronuncia che la Cassazione dovrebbe adottare qualora riscontri "irregolarità" nella commisurazione della pena: annullamento con rinvio per una nuova rideterminazione della pena ovvero senza rinvio con rideterminazione da parte della Corte stessa.

La risposta, quasi scontata, sembrerebbe la prima, dal momento che, come abbiamo più volte ripetuto, l'operazione commisurativa è un'attività riservata al potere discrezionale del giudice di merito. E sicuramente l'annullamento con rinvio sarà la pronuncia di gran lunga casisticamente più frequente.

Tuttavia, bisogna fare i conti anche con il dettato di cui all'art. 620, lett. l) c.p.p., in base al quale, la Corte pronuncia sentenza di annullamento senza rinvio, se «ritiene di poter decidere, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, o di rideterminare la pena sulla base delle statuizioni del giudice di merito o di adottare i provvedimenti

[1313] *Ivi*, 8.

[1314] Cfr. le pronunce citate in Cap. 3, par. 4.2.3.1.

[1315] Così, esplicitamente, F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 326: «sulla Corte di cassazione incombe il compito di verificare che le pene concretamente irrogate non siano manifestamente sproporzionate alla gravità dei fatti di reato che ne costituiscono il presupposto, profilandosi in tal caso una violazione di legge censurabile anche in sede di giudizio di legittimità».

[1316] Cfr. E. LUPO, *I controlli giurisdizionali sui giudizi discrezionali*, cit., 12: «[l]a struttura pletorica e complessa della Corte di legittimità renderebbe molto difficile un suo orientamento piuttosto uniforme e prevedibile sulla valutazione (effettuata in modo diretto) della manifesta sproporzione delle pene inflitte dai giudici di merito, anche se potrebbe pervenirsi, in tempi non brevi, alla elaborazione di criteri orientativi da parte delle Sezioni unite, le cui pronunzie hanno ormai assunto l'efficacia particolare prevista oggi dall'art.618 c.p.p.».

necessari, e in ogni altro caso in cui ritiene superfluo il rinvio». Tale disposizione è stata interpretata dalle Sezioni Unite in maniera alquanto estensiva, proprio per favorirne l'applicazione in un'ottica deflattiva[1317]: il potere di rideterminazione "diretto" non sussiste soltanto quando la Corte ritenga che siano necessari ulteriori accertamenti di fatto; ciò non toglie però che la stessa possa compiere valutazioni discrezionali su elementi di fatto già accertati dal giudice di merito[1318]. Con una precisazione: la lettura dell'art. 620, lett. l) c.p.p., in combinato disposto con l'art. 619 co. 3 c.p.p. – che impone alla Suprema Corte di applicare direttamente «la legge più favorevole all'imputato, anche se sopravvenuta dopo la proposizione del ricorso, qualora non siano necessari nuovi accertamenti di fatto» –, induce a ritenere che anche nei casi di annullamento senza rinvio la Corte di cassazione possa rideterminare la pena solo *in bonam partem*, riducendo l'entità della sanzione irrogata con la decisione impugnata. Sicché, ove si prospettasse un aumento piuttosto che una *deminutio*, la decisione della Cassazione non potrebbe che essere l'annullamento con rinvio[1319].

Per concludere, si è ben consapevoli che l'impostazione qui delineata richiederebbe da parte della Corte di cassazione uno sforzo tutt'altro che marginale, sia in termini di elaborazione concettuale, sia sul piano dell'impatto sistemico e organizzativo, e che un simile rafforzamento del controllo di legittimità in punto di pena non è certo in grado, da solo, di sanare le "storture" che caratterizzano l'attuale sistema della commisurazione. Tuttavia, esso potrebbe quantomeno svolgere una funzione propulsiva, innescando un circolo virtuoso a livello prasseologico e riaccendendo i riflettori su un segmento della decisione penale troppo spesso relegato ai margini del dibattito scientifico.

## 8. La necessità di uno sforzo corale da parte di tutti gli attori coinvolti nella commisurazione della pena

Al fondo di tutte queste considerazioni di carattere più marcatamente tecnico-giuridico, c'è la consapevolezza che un più razionale esercizio della discrezionalità

[1317] Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 24 gennaio 2018, n.3464, in *www.giurisprudenzapenale.com*.

[1318] Deciso sostenitore di questo orientamento è A. NAPPI, *La rideterminazione della pena nel giudizio di cassazione tra legittimità e merito*, cit., 6-7, secondo il quale: «[i]n una prospettiva istituzionale, e quindi di politica del diritto, questa legittimazione può essere letta anche in termini di doverosità della rideterminazione della pena in ogni caso in cui sia possibile».

[1319] *Ivi*, 7.

sanzionatoria passa altresì attraverso un profondo rinnovamento culturale sul tema, capace di coinvolgere trasversalmente tutti gli attori istituzionali della commisurazione della pena. È necessario che si realizzi, in altri termini, una trasformazione evolutiva nella concezione stessa del ruolo svolto dai protagonisti del processo penale.

Indubbiamente, il giudice è il soggetto maggiormente sollecitato in tal senso e sul quale ricadono le responsabilità più rilevanti. In tale ottica, la riforma della giustizia penale del 2022 ha costituito un importante fattore di stimolo e di responsabilizzazione per la categoria dei magistrati con funzioni giudicanti, chiamati non soltanto a dare puntuale attuazione alle nuove previsioni normative, ma anche a condividere e interiorizzare un rinnovato quadro valoriale, che fa da sfondo all'odierna fisionomia del processo penale. Un processo che, da un lato, sappia mettere al centro la persona, il rispetto della sua dignità e dei suoi diritti fondamentali, e, dall'altro, sia in grado di produrre decisioni frutto di un'attenta e leale valutazione delle diverse tesi emerse nel contraddittorio tra le parti, sorrette da una motivazione ispirata a criteri di sintesi, proporzione ed efficacia, nonché espresse in un linguaggio chiaro, comprensibile e trasparente. Al giudice si richiede, inoltre, una disponibilità intellettuale autentica a sperimentare e valorizzare la più ampia gamma di strumenti sanzionatori oggi disponibili, che consentono di superare (o quantomeno, più modestamente, di scalfire) la tradizionale impostazione carcero-centrica del nostro ordinamento e di modulare il trattamento sanzionatorio in modo più aderente ai principi di individualizzazione e proporzionalità della pena[1320]. In questa direzione, una politica sanzionatoria che intenda realmente farsi carico dell'autore del reato non può prescindere da significativi investimenti anche sul versante della formazione dei magistrati, in particolare sotto il profilo criminologico e delle scienze empirico-sociali. Un simile impegno formativo costituirebbe il presupposto indispensabile affinché il giudice possa esercitare con maggiore consapevolezza e professionalità il complesso ruolo che una politica criminale moderna, attenta alle esigenze di differenziazione della risposta penale, gli attribuisce[1321].

Come anticipato, però, la commisurazione della pena non può essere considerata un "affare" di esclusiva pertinenza del giudice. Anche le parti processuali devono

[1320] Cfr. *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2024*, (a cura di) M. CASSANO, in *www.giustizia.it*, 24 gennaio 2025, 293 ss.

[1321] Sulla necessità di una riforma nella formazione del giudice insiste particolarmente L. TUMMINELLO, *Il volto del reo*, cit., 299 e 308 ss.

conoscere e governare i complessi meccanismi che presiedono all'individuazione e alla determinazione della pena.

Il pubblico ministero che si determini per la richiesta di condanna deve essere in grado di indicare la pena di cui chiede l'applicazione, esplicitandone i passaggi argomentativi nella sua requisitoria. Analogamente, egli è tenuto a valutare con attenzione la congruità del trattamento sanzionatorio negoziato con la difesa nei casi di patteggiamento o di concordato in appello, esercitando una vigilanza rigorosa sul rispetto del principio di legalità della sanzione, anche ai fini dell'eventuale proposizione delle impugnazioni previste dal codice di rito.

Specularmente, la difesa è chiamata ad una nuova co-responsabilizzazione nell'effettività della tutela dei diritti fondamentali dell'indagato/imputato. L'avvocato deve saper padroneggiare i meccanismi di determinazione del trattamento sanzionatorio, sia al fine di consigliare, con cognizione di causa, la migliore strategia processuale al proprio assistito, valutando anche la possibile applicazione di trattamenti sanzionatori alternativi, sia per poter contestare la fondatezza delle decisioni dei giudici di merito mediante gli strumenti processuali all'uopo predisposti dall'ordinamento.

Lo sforzo di tutte le componenti della comunità giuridica, accademia compresa, deve convergere sinergicamente verso il recupero del legame tra fatto e persona, al fine di scongiurare il rischio di una progressiva burocratizzazione della giustizia penale. Rischio che si manifesta nella crescente disattenzione verso la dimensione personale dell'imputato, nella tendenza a concepire il processo – e, in particolare, il giudizio sulla pena – come mera sequenza procedurale e documentale da definire nel minor tempo possibile, con un preoccupante disinteresse per la storia di vita della persona coinvolta e per le sue concrete prospettive di reinserimento sociale. Un approccio che finisce per negare, in radice, quel diritto alla speranza che dovrebbe accompagnare ogni intervento punitivo conforme ai valori costituzionali. Ogni condanna, soprattutto quando si traduce nell'irrogazione di una pena detentiva, infatti, incide in modo profondo e irreversibile sulla vita del condannato, e comporta, per tutti coloro che concorrono alla sua determinazione, una responsabilità che non può essere ridotta a un mero adempimento tecnico. La commisurazione della pena è il risultato di un processo decisionale che coinvolge non solo il giudice, ma anche il pubblico ministero e la difesa, ciascuno chiamato, nel proprio ruolo, a mantenere viva l'attenzione sulla dimensione umana della

sanzione e sulle sue conseguenze esistenziali. Quando l'operato di questi soggetti non è sorretto da senso di responsabilità morale e da una conseguente tensione etica, il rischio è che l'esercizio delle rispettive funzioni si appiattisca su logiche puramente amministrativistiche o efficientistiche, incuranti della portata umana delle scelte compiute.

# BIBLIOGRAFIA


A.A. V.V., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, (a cura di) GAMBERINI A., ORLANDI R., Bologna, 2007.

A.A. V.V., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, (a cura di) DONINI M., PAPA M., Milano, 2007.

AA. VV. *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, (a cura di) TRIGGIANI N., Torino, 2014.

AA. VV. *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, (a cura di) G. FALCONE, Piacenza, 2018.

AA. VV., Civil law *e* Common law*: quale «grammatica» per il diritto penale?*, (a cura di) STILE A. M., MANACORDA S., MONGILLO V., Napoli, 2018.

AA. VV., *Contro l'ergastolo. Il carcere a vita, la rieducazione e la dignità della persona*, (a cura di) ANASTASIA S., CORLEONE F., Roma, 2009.

AA. VV., *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, (a cura di) PAJNO A., DONATI F., PERRUCCI A., Bologna, 2022.

AA. VV., *Intelligenza artificiale: diritto, etica e democrazia*, (a cura di) CASA F., SANTO G., PASCALI G., Bologna, 2025.

AA. VV., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, (a cura di) BERNARDI B., Napoli, 2015.

AA. VV., *L'ufficio del Massimario e la forza dei precedenti*, MANNA A., ALONZI F. (a cura di), Milano, 2020.

AA. VV., *Le pene sostitutive*, (a cura di) S. PREZIOSI, Torino, 2025.

AA. VV., *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva: analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex Cirielli")*, (a cura di) BARAZZETTA A., SCALFATI A., Padova, 2006.

AA. VV., *XXVI lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale: saggi a margine del ciclo seminariale "Intelligenza artificiale e diritto"* (2020), (a cura di) RUFFOLO U., Torino, 2021.

AA.VV., *I diritti dei nemici*, in *Quad. fiorentini* XXXVIII, II vol., 2009.

AA.VV., *Informazione e giustizia penale*, (a cura di) RUOTOLO M., 2019, Napoli.

AA.VV., *La giustizia riparativa (d.lgs. n. 150/2022 – d.lgs. n. 31/2024)*, (a cura di) BONINI V., Torino, 2024.

AA.VV., *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, (a cura di) STILE A.M., 2003, Napoli.

AA.VV., *La società punitiva*, in *Dir. pen. cont*., 21 dicembre 2016.

AA.VV., *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale. La disciplina organica della giustizia riparativa*, vol. IV, (a cura di) CERETTI A., MANNOZZI G., MAZZUCCATO C., Torino, 2024.

AA.VV., *Riparazione e giustizia riparativa nel sistema penale: teorie, prassi e nuove prospettive: atti del Convegno, Trento, 20-21 settembre 2024*, (a cura di) A. MENGHINI, E. MATTEVI, Trento, 2025.

ABBAGNANO TRIONE A., *I confini mobili della discrezionalità penale*, Napoli, 2008.

ABBAGNANO TRIONE A., *Le latitudini applicative della commisurazione e della discrezionalità nel sistema delle pene sostitutive*, in *Legisl. pen*., 27 dicembre 2022.

ABBAGNANO TRIONE A., *Una semantica persuasiva nel disegno di revisione delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi. Dalle parole ai fatti*, in *Proc. pen. giust*., 1/2022, 238.

ACCONCI A., *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Cass. pen.*, 4/1994, 861.
ADDANTE E., *Il principio di prevedibilità al tempo della precarietà*, in *Arch. pen*., 2/2019, 1.
ADDANTE E., *Il principio di proporzionalità sanzionatoria in materia penale*, Pisa, 2020.
ALBONETTI C.A., *Sentencing under federal sentencing guidelines: Effects of defendant characteristics, guilty pleas, and departures on sentencing outcomes for drug offenses. 1991-1992*, in *Law and Society Review*, 31, 789.
ALEMÁN ARÓSTEGUI L., *El uso del RisCanvi en la toma de decisiones penitenciarias, in Estudios Penales y Criminológicos*, 2023, 1.
ALEMÁN ARÓSTEGUI L., *Los programas para la medición de riesgos en el ámbito penitenciario*, in RIVERA BEIRAS I. (a cura di), *La cuestión carcelaria. La pena legal y la pena real*, Valencia, 2023, 452 ss.
ALESSANDRI A., *Commento all'art. 27 comma 1 Cost*., in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1991, 1.
AMARELLI G., *La nuova causa estintiva per condotte riparatorie ex art. 162 ter c.p*., in *Studium iuris*, 2017, 1421.
AMATI E., *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2020.
AMODIO E., voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir*. XXVII, Milano, 1977, 181.
ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.
ANTOLISEI F., *La capacità a delinquere*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1934, 168.
ANTONUCCIO E., DEGL'INNOCENTI L., *La messa alla prova per adulti*, Milano, 2019.
ARBOTTI M., *Al di là del monologo carcerocentrico: le nuove pene sostitutive nella Riforma Cartabia*, in *Diritto di Difesa*, 2022, 757.
ARCELLASCHI D., *Rassegna delle più recenti pronunce di legittimità in tema di criteri di commisurazione della pena ex art. 133 c.p. (ed obbligo motivazionale): un'occasione per riflettere sulla deriva dall'originario dettato normativo*, in *Ind. pen*., 3/2015, 370 ss.
ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, trad. (a cura di) C. NATALI, Bari, 1999, I, 1137b.
ASHWORTH A., *Coroners and Justice Act 2009*. *Sentencing Guidelines and the Sentencing Council*, in *Criminal Law Review*, 2010, 389.
ASHWORTH A., ROBERTS J.V., T*he Origins and Nature of the Sentencing Guidelines in England and Wales,* in ASHWORTH A., ROBERTS J.V. (a cura di), *Sentencing Guidelines. Exploring the English Model*, Oxford, 2013, 1.
ASHWORTH A., *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge, 2010.
ASHWORTH A., *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge, 2015.
ASHWORTH A., *Techniques for Reducing Sentence Disparity,* in VON HIRSCH A., ASHWORTH A., ROBERTS J. V. (a cura di), *Principled Sentencing. Readings on Theory and Policy*, 2009, 241.
ASSUMMA B., *La sospensione condizionale della pena*, Napoli, 1984.

BALSAMO A., *Giudizi prognostici nelle misure cautelari e di prevenzione personale*, Relazione nell'ambito dell'incontro di formazione dal titolo "Giudizi prognostici" organizzato da *Struttura di formazione decentrata della Corte di Cassazione*, Roma, 6 marzo 2024, la cui registrazione audio-video è disponibile in *https://www.youtube.com/watch?v=1m_tcgw44DA&ab_channel=formazionedecentratacassazione*.

BARAK A., *La discrezionalità del giudice* (1989), trad. (a cura di) MATTEI I., Milano, 1995.
BARBARO C., *Uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo? I lavori in corso alla Commissione europea per l'efficacia della giustizia (Cepej) del Consiglio d'Europa*, in *Quest. giust*., 4/2018, 189.
BARTOLE S., *Ragionando di giudici e legislatori*, in *Diritto Pubblico*, 1/2018, 3.
BARTOLI L., *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, in BENE T., BONTEMPELLI M., LUPARIA DONATI L. (a cura di), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale. Nuove dinamiche del procedimento*, vol. II, Torino, 2024, 197.
BARTOLI R., *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005.
BARTOLI R., *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2016, 96 ss.
BARTOLI R., *Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Cass. pen*., 5/2015, 1755.
BARTOLI R., *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Dir. Pen. Cont*., 9 dicembre 2015.
BARTOLI R., *La discrezionalità giudiziale tra legge e Costituzione*, Relazione tenuta nell'ambito del Convegno "*Il controllo della Corte di cassazione sul trattamento sanzionatorio*", organizzato da *Struttura di formazione decentrata della Corte di Cassazione*, Roma, 3 marzo 2025, reperibile in *www.youtube.com/watch?v=XtNwRj4QupE*.
BARTOLI R., *La recidiva davanti allo specchio della Costituzione*, in *Dir. pen. proc*., 12/2012, *Speciale recidiva*, 14.
BARTOLI R., *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Dir. pen. proc*., 2014, 661.
BARTOLI R., *Le circostanze 'al bivio' tra legalità e discrezionalità*, in BARTOLI R., PIFFERI M. (a cura di), *Attualità e storia delle circostanze del reato. Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità*, Milano, 2016, 19.
BARTOLI R., *Le garanzie della "nuova legalità"*, in *Sistema penale*, 3/2020, 143.
BARTOLI R., *Non più carcero-centrico l'attuale volto della pena*, in *Dir. pen. proc*., 2023, 745.
BARTOLI R., *Punire in libertà: le nuove pene sostitutive*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 4/2023, 1399.
BARTOLI R., *Sulle recenti riforme in ambito penale tra populismo, garantismo e costituzionalismo*, in *Jus - Rivista di Scienze giuridiche*, 1/2024, 57 ss.
BARTOLI R., *Tipologia e misura delle pene nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. cost.*, 2/2025, 91.
BARTOLI R., *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva*, in *www.sistemapenale.it*, 29 novembre 2022.
BARTOLI R., *Una giustizia senza violenza, né Stato, né diritto. Ancora sul paradigma giuridico della giustizia riparativa*, in *www.sistemapenale.it*, 28 luglio 2023.
BASILE F., *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale? Spunti di riflessione, con particolare riguardo alle misure di sicurezza e alle misure di prevenzione*, in PALIERO C.E., VIGANÒ F., BASILE F., GATTA G.L. (a cura di), *La pena, ancora fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, 957.
BASILE F., *Intelligenza artificiale: diritto, giustizia, economia ed etica*, Torino, 2025.

BASILE F., *L'enorme potere delle circostanze sul reato; l'enorme potere dei giudici sulle circostanze*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 4/2015, 1743.
BASSO G. J., *Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2019.
BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, (a cura di) R. FABIETTI, Milano, 1973.
BELLAVISTA G., *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Milano, 1939, ristampa in *Il Tommaso Natale*, 1975.
BELLUTA H., sub *art. 597 c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, Milano, 2020, 2920.
BENNET MOSES L., CHAN J., *Algorithmic prediction in policing: assumptions, evaluation, and accountability*, in *Policing and Society*, 2016, 1.
BERNARDI A., *Note sparse sulla disciplina della pena pecuniaria e delle altre sanzioni sostitutive nella riforma Cartabia*, in *www.sistemapenale.it*, 18 maggio 2023.
BERNARDI A., PASTORE B., PUGIOTTO A. (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, 2008.
BERNARDI A., *Sull'interpretazione conforme al diritto UE con effetti penali* in malam partem, in *www.sistemapenale.it*, 3 febbraio 2023.
BERNARDI S., *Per la Consulta la presunzione di pericolosità sociale dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia è legittima solo se relativa: cade la preclusione assoluta all'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis comma 1 ord. pen.*, in *www.sistemapenale.it*, 28 gennaio 2020.
BERNASCONI A., *La collaborazione processuale. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense*, Milano, 1995.
BERNASCONI C., *Giudizio di bilanciamento, circostanze c.d. privilegiate e principio di proporzione*, in *Giur. cost.*, 2012, 4057.
BERTONI R., *La riforma penale dell'aprile 1974*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1976, 1393 ss.
BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1971.
BETTIOL G., *Diritto penale*, Padova, 1945.
BETTIOL G., *Diritto penale*, Padova, 1950.
BETTIOL G., *Diritto penale*, Padova, 1965.
BETTIOL G., *Diritto penale*, Padova, 1982.
BETTIOL G., *Pena retributiva e poteri discrezionali del giudice*, in *Riv. it. dir. pen*., 13, 2-3/1941, ora in *Scritti giuridici*, vol. 1, Padova, 1966, 524.
BETTIOL G., *Scritti giuridici*, Padova, 1966.
BIANCHETTI R., *La paura del crimine. Un'indagine criminologica in tema di mass media e politica criminale ai tempi dell'insicurezza*, Milano, 2018.
BIANCHI D., *Il decreto correttivo in materia di pene sostitutive: interventi ragionevoli, semplificazioni eccessive e occasioni mancate*, in *www.legislazionepenale.it*, 4 giugno 2024, 1.
BIANCHI D., *Il potere discrezionale del giudice e le preclusioni soggettive alla sostituzione della pena*, in BARTOLI R., GATTA G.L., MANES V., (a cura di), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale. Le modifiche al sistema sanzionatorio penale*, vol. III, Torino, 2024, 49.
BIANCHI D., *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge-delega "Cartabia": una grande occasione non priva di rischi*, in *www.sistemapenale.it*, 21 febbraio 2022.
BIANCHI D., *Le misure sospensivo-probatorie in fase decisoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1/2022, 235.

BIANCHI D., *Le modifiche in materia di sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi*, in CASTRONUOVO D., DONINI M., MANCUSO E.M., VARRASO G. (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Milano, 2023, 83.
BIANCHI D., *Le pene sostitutive. Sistematica, disciplina e prospettive di riforma*, Torino, 2024.
BIANCHI M., *Poena sine fine. Sulla legittimità etica e costituzionale dell'ergastolo*, in *Cass. pen*., 10/2015, 3822.
BIN R., *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.
BIN R., *Giudizio in astratto e delega di bilanciamento «in concreto»*, in *Giur. cost*., 1991, 3574 ss.
BIONDI G., *L'applicazione delle pene sostitutive di pene detentive brevi nella fase di cognizione del processo penale*, in *www.sistemapenale.it*, 14 febbraio 2024.
BOLOGNESE M., *La funzione giurisdizionale nel diritto europeo dell'intelligenza artificiale*, in *Eurojus*, 3/2025, 207.
BONINI V., *Evoluzioni della giustizia riparativa nel sistema penale*, in *Proc. pen. giust*., 1/2022, 111.
BONINI V., *Il modello di giustizia riparativa concepito nel d.lgs. 150/2022*, in *Proc. pen. giust*., 5/2023, 4.
BONINI V., MAGGIO P., *L'impugnazione dei provvedimenti a caratura riparativa: equilibri e squilibri tra sistemi*, in *www.sistemapenale.it*, 7 maggio 2024.
BORRÈ G., *La Cassazione oggi problemi e prospettive*, in *La Magistratura*, 1996, 27.
BORTOLATO M., *Giustizia riparativa ed esecuzione penale*, in BONINI V. (a cura di), *La giustizia riparativa (d.lgs. n. 150/2022 – d.lgs. n. 31/2024)*, Torino, 2024, 287.
BORTOLATO M., *La riforma Cartabia: la disciplina organica della giustizia riparativa. Un primo sguardo al nuovo decreto legislativo*, in *www.questionegiustizia.it*, 10 ottobre 2022.
BORTOLATO M., *Le misure alternative tra prassi applicative ed esigenze di riforma,* in *Giur. it.*, 6/2016, 1522.
BORTOLATO M., *Percorsi alternativi alla pena detentiva nel giudizio di sorveglianza. I "liberi sospesi" e gli effetti della riforma Cartabia*, in *www.sistemapenale.it*, 28 febbraio 2023.
BORTOLATO M., *Presente e futuro delle misure alternative*, in *Giur. it*., 4/2025, 953.
BORTOLATO M., VIGNA E., *Oltre la vendetta: la giustizia riparativa in Italia*, Bari-Roma, 2025.
BOUCHARD M., FIORENTIN F., *La giustizia riparativa*, Milano, 2024.
BOVE V., *L'estensione dell'ambito di applicazione della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in BARTOLI R., GATTA G.L., MANES V. (a cura di), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale. Le modifiche al sistema sanzionatorio penale*, vol. III, Torino, 2024, 405.
BOVE V., *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali, ancora, le criticità*, in *Dir. pen. cont*., 22 dicembre 2015.
BRANTINGHAM P.J., *The Logic of Data Bias and its Impact on Place-Based Predictive Policing*, in *Ohio St. J. Crim. L.*, 2018, 473.
BRASIELLO U., *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937.
BRICOLA F., *Commento all'art. 25 co. 2 Cost*., in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1981, 227.

BRICOLA F., *Il sistema sanzionatorio penale nel codice Rocco e nel progetto di riforma*, in BRICOLA F., CAVALLARI V., LUGNANO F., NEPPI MODONA G., SPAGNOLI U., TERRACINI U. (a cura di), *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, Roma, 1974, 70 ss.
BRICOLA F., *L'intervento del giudice nell'esecuzione delle pene detentive: profili giurisprudenziali e profili ammnistrativi*, in *Ind. pen*., 1969, 265.
BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965.
BRICOLA F., *Le aggravanti indefinite. (Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato)*, in *Riv. it dir. e proc. pen*., 1964, 1019 e ora in, *Scritti di diritto penale*, vol I, 1997, 301.
BRICOLA F., *Le misure alternative alla pena nel quadro di una "nuova" politica criminale*, in AA. VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1977, anche in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1977, 13.
BRICOLA F., *Legalità e crisi: l'art. 25, comma 2 e 3, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. giust*., 1980, 179.
BRICOLA F., *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa,* in *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, 193.
BRICOLA F., *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997.
BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it*., vol. XIX, Torino, 1973, 7.
BRUNELLI D., *L'inasprimento delle pene nella legge Orlando: qualche rapsodico spunto di riflessione attorno a minimi edittali, circostanze e a un legislatore che si veste da giudice*, in *Arch. pen*., 2018, 111.
BRUNELLI F., *I programmi di giustizia riparativa*, in BONINI V. (a cura di), *La giustizia riparativa (d.lgs. n. 150/2022 – d.lgs. n. 31/2024)*, Torino, 2024, 149.
BRUNELLI F., *Il mediatore: ruolo, doveri, formazione*, in BONINI V. (a cura di), *La giustizia riparativa (d.lgs. n. 150/2022 – d.lgs. n. 31/2024)*, Torino, 2024, 135.
BRUNELLI F., *La giustizia riparativa nei reati senza vittima*, nota a Corte App. Milano, sez. V, 12 luglio 2023, X, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 28 luglio 2023.
BRUNI G., *Note alla legge sulla condanna condizionale, (Legge 26 giugno 1904, n. 267)*, Acqui, 1904.
BUONVINO L., *Brevi riflessioni sulla pena pecuniaria*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 18 febbraio 2016.
BURCHARD C., *L'intelligenza artificiale come fine del diritto penale? Sulla trasformazione algoritmica della società*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 4/2019, 1909.
BUTTI L., *Non esistono diritti tiranni. Come orientarsi tra diritti in conflitto*, Milano, 2023.
BUZZELLI A., *La sospensione condizionale della pena sotto il profilo processuale*, Milano, 1972.

CADOPPI A., *Giurisprudenza e diritto penale*, in AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 33.
CADOPPI A., *Il "reato penale". Tra teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli, 2022.
CADOPPI A., *Il precedente giudiziale penale fra* common law *e* civil law, in STILE A. M., MANACORDA S., MONGILLO V., (a cura di), Civil law *e* Common law*: quale «grammatica» per il diritto penale?*, Napoli, 2018, 163.
CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione* in action *del diritto penale*, Torino, 1999.

CADOPPI A., *Storia del diritto penale*, in CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M. (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale. Il diritto e la legge penale*, Torino, 2012, 7.
CADOPPI A., sub *art. 609-bis c.p.*, in ID. (a cura di) *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e la pedofilia*, IV ed., Padova, 2006, 439.
CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2023.
CALABRIA A., voce *Pericolosità sociale*, in Dig. disc. pen., IV ed., vol. IX, Torino, 1995, 466.
CALAVITA O., *La riforma delle sanzioni sostitutive: riflessioni processualistiche in attesa del decreto legislativo*, in *www.legislazionepenale.eu*, 2022.
CALCATERRA A., *I rapporti tra pene sostitutive e misure alternative alla detenzione e ordinamento penitenziario*, in BARTOLI R., GATTA G.L., MANES V. (a cura di), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale. Le modifiche al sistema sanzionatorio penale*, vol. III, Torino, 2024, 195.
CALCATERRA A., *Le novità introdotte dalla riforma Cartabia. Le nuove soluzioni sanzionatorie e il rinnovato ruolo dell'avvocatura*, in *Quest. giust*., 15 febbraio 2023.
CALETTI G.M., *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, Bologna, 2023.
CAMPANELLI G., *Interpretazione conforme alla CEDU e al diritto comunitario: proporzionalità e adeguatezza in materia penale*, in D'AMICO M., RANDAZZO B. (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, *Quaderni del "Gruppo di Pisa"*, Torino, 2009, 139.
CAMPLANI F., *Le circostanze privilegiate e il relativo bilanciamento nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite*, 20 maggio 2022, in *www.camminodiritto.it*.
CANANZI F., sub *art. 546 c.p.p*., in LATTANZI G., LUPO E. (diretto da), *Codice di procedura penale*, vol. IV, Milano, 2020, 882.
CANNATA S., *La commisurazione della pena nel sistema federale statunitense*, in *Rivista del Centro di ricerca interuniversitario su carcere, devianza, marginalità e governo delle migrazioni* (*www.adir.unifi.it*), 2002.
CANZIO G., *Legalità penale, processi decisionali e nomofilachia*, in *www.sistemapenale.it*, 29 giugno 2022.
CAPITTA A., *Benefici penitenziari/Assistenza all'esterno dei figli minori – Corte cost., n. 174 del 2018*, in *www.archiviopenale.it*, 2018.
CAPOROTUNDO F., *L'estinzione del reato per condotte riparatorie alla luce dei più recenti orientamenti della giurisprudenza ordinaria e di quella onoraria*, in *Cass. pen*., 2020, 6, 2555.
CAPRIOLI F., *Processo penale e commisurazione della pena*, in PAVARINI M. (a cura di), *Silète poenologi in munere alieno. Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Bologna, 2006, 135.
CARACENI L., *sub art. 4-bis* ord. penit., in DELLA CASA F., GIOSTRA G. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2019, 38.
CARACENI L., sub *art. 58-quater o.p.*, in DELLA CASA F., GIOSTRA G. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2019, 851.
CARBONI G., *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, Milano, 1970.
CARBONI G., *Profili e strutture del reato valutario*, Milano, 1979.
CARDOZO B., *Growth of the Law*, Yale, 1924.
CARDOZO B., *Paradoxes of Legal Science, New York*, 1928.
CARDOZO B., *The nature of judicial Process*, Yale, 1921.

CARETTI P., voce *Motivazione (diritto costituzionale)*, in *Enc. giur*. XX, Roma, 1990, 1.
CARIA C., *Certezza del diritto e prevedibilità. Una riflessione sul tema*, in *Riv. Int. Sci. Giur. Trad. Rom*., 14/2016.
CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2010.
CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, Napoli, 1958.
CARNEVALE S., *Il tempo perduto e il tempo ritrovato: questioni aperte in materia di sospensione dell'ordine di esecuzione*, in FORNASARI G., MENGHINI A. (a cura di), *Il carcere come extrema ratio. Atti del Convegno. Trento, 20-21 dicembre 2024*, Napoli, 2025, 169.
CARNEVALE S., *Potenzialità e insidie della giustizia riparativa nella fase di cognizione*, in *Proc. pen. giust*., 5/2023, 86.
CARNEVALE S., SIRACUSANO F., COPPETTA M.G., *Le misure alternative alla detenzione e la liberazione anticipata*, in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2025, 195.
CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale*, Bologna, 2004.
CARTABIA M., *Audizione della Ministra della giustizia Marta Cartabia alla Commissione permanente II – Giustizia – presso la Camera dei deputati*, Roma, 15 febbraio 2022, in *www.camera.it.*
CARTABIA M., *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, *Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, in *www.cortecostituzionale.it*.
CARUSO G., *Appunti sul mutamento giurisprudenziale sfavorevole. tra esigenze di garanzia, prevedibilità e certezza nel diritto penale*, in *www.sistemapenale.it*, 20 aprile 2021.
CARUSO G., *La discrezionalità penale nella commisurazione della pena: dovere conoscitivo o potere dispositivo del giudice?*, in *Ind. pen*., 2006, 564.
CARUSO G., *La discrezionalità penale. Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Padova, 2009.
CARUSO G., *Su recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento: parola 'fine' della Corte costituzionale?*, in *Arch. pen*., 1/2013, 1.
CARUSO G., voce *Prevedibilità e legalità (nel diritto penale)*, in *Dig. disc. pen*., IX agg., 2021, Torino, 534.
CASALINUOVO A., *La capacità a delinquere nella teoria del reato e della pericolosità*, Catanzaro, 1943.
CASONATO C., *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2019, 101.
CASSIANI B., *Pene sostitutive e discrezionalità del giudice al banco di prova della prassi: una prima pronuncia della Cassazione*, in *www.sistemapenale.it*, 28 febbraio 2024.
CASTRO LIÑARES D., *Los instrumentos de valoración y gestión de riesgos en el modelo de penalidad español*, Madrid, 2019.
CATENACCI M., *Tipologie sanzionatorie, comminatorie edittali e misure alternative: lo stato dell'arte*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2013, 1150.
CATTANEO M. A., *Illuminismo e legislazione penale*, Milano, 1993.
CATTANEO M. A., *Illuminismo e legislazione*, Milano, 1966.

CATTANEO M. A., *La dottrina penale di Karl Grolman nella filosofia giuridica del criticismo,* in TARELLO G. (a cura di), *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, 1973, 263.
CATTANEO M. A., *La filosofia della pena nei secoli XVII e XVIII*, Ferrara, 1974.
CAVANNA A., *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, 2, Milano, 2005.
CENTONZE A., *Il controllo di legittimità sulla motivazione dei provvedimenti penali*, in *www.rivistaildirittovivente.it*, 11 marzo 2020.
CERESA-GASTALDO M., *La legge, il giudice, la pena*, in ID. (a cura di), *Procedura penale esecutiva*, Torino, 2020, 1.
CERETTI A., *Mediazione penale e giustizia. Incontrare una norma*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, III, Milano, 2000, 220 ss.
CERETTI A., *Un'altra storia inizia qui*, Firenze-Milano, 2020.
CERINO-CANOVA A., *La garanzia costituzionale del giudicato civile*, in *Studi in onore di E. T. Liebman*, Milano, 1980, 1853.
CERRI A., *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur. Treccani XIV*, Roma 2006 (aggiornamento).
CERTOSINO D., *Mediazione e giustizia penale*, Bari, 2015.
CESARI C., *sub art. 58-ter ord. penit*., in DELLA CASA F., GIOSTRA G. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2019, 842.
CHANDER A., *The Racist algorithm*, in *Michigan Law Review*, 115, 2017, 1023.
CHIAVARIO M., voce *Diritto processuale penale*, in *Enc. dir*., Annali IX, Milano, 2016, 255.
CHIODI G. M., *Equità. La regola costitutiva del diritto*, Torino 2000.
CIAMPI S., *Sull'appello incidentale quale prerogativa dell'imputato*, *in www.archioviopenale.it*, 3 maggio 2021.
CINGARI F., *Giustizia riparativa e commisurazione della pena*, in BONINI V. (a cura di), *La giustizia riparativa (d.lgs. n. 150/2022 – d.lgs. n. 31/2024)*, Torino, 2024, 237.
CODAGNONE M., *Dell'oblazione*, in *Giust. pen*., 1965, 175
CODEN A., *Discrezionalità dosimetrica e discrezionalità sostitutiva: un rapporto razionale difeso dalla Corte di cassazione*, in *www.sistemapenale.it*, 4 aprile 2025.
COHEN S., *The Punitive City: Notes on the Dispersal of Social Control*, in *Contemporary Crises*, 3/1979, 339.
COLAIACOVO G., *Alla Corte costituzionale una questione sull'art. 30-ter dell'ordinamento penitenziario*, in *www.penaledp.it*, 27 dicembre 2024.
COLOMBO C., *I rapporti tra le pene sostitutive e le misure alternative alla detenzione*, in PREZIOSI S. (a cura di), *Le pene sostitutive*, Torino, 2025, 97.
COMOGLIO L. P., *Commento all'art. 24 co. 1 e 2 Cost*., in BRANCA G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1981, 1.
COMUCCI P., *Attualità del processo bifasico*, in *Studi in ricordo di Gd. Pisapia*, II, Milano 2000, 105.
COMUCCI P., *L'art. 111 della Costituzione nel procedimento di sorveglianza, in Foro ambr.*, 4/2002, 571.
COMUCCI P., *Lo sviluppo delle politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata*, in PRESUTTI A. (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, 33.

CONSO G., GREVI V., NEPPI MODONA G., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. I, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, Padova, 1989, 1182.
CONSO G., *Prime considerazioni sulla possibilità di dividere il processo penale in due fasi*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1968, 706.
CONSULICH F., *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in *Dir. pen. cont*., 1/2020, 46.
CONTENTO G., *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, 1963.
CONTENTO G., *Note sulla discrezionalità del giudice penale, con particolare riguardo al giudizio di comparazione fra le circostanze*, in *Il Tommaso Natale*, 1978, 657.
CONTENTO G., *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Foro it.*, 1988, 484.
CONTI C., *Sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato maggiorenne*, in *Dig. disc. pen*., Agg., vol. IX, Torino, 2016, 691.
CONZ A., *La sentenza delle Sezioni unite sull'onere per il giudice di calcolare e motivare l'aumento di pena per ciascuno dei reati uniti dal vincolo della continuazione*, in *www.sistemapenale.it*, 20 gennaio 2022.
COPPOLA F., *Commisurazione della pena e intelligenza artificiale: una ipotesi di lavoro con l'algoritmo* Ex-Aequo, in *Arch. pen*., 2/2023, 1.
COPPOLA F., *Politica criminale e scelte sanzionatorie. Spunti per il recupero di razionalità dal* Sentencing System *inglese e dall'intelligenza artificiale*, Torino, 2022.
CORBETTA S., *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1997, 134.
CORBI F., voce *Esecuzione penale,* in GAITO A. (a cura di), *Dig. disc. pen.*, vol. IV, ed. IV, Torino, 1990, 286.
CORDERO F., Stilus curiae *(analisi della sentenza penale)*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1986, 19.
CORDERO V. F., *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986.
CORSO P., *Principi costituzionali e normativa penitenziaria*, in ID. (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, VII ed., Milano, 2019, 1.
CORTESI M., LA ROSA E., PARLATO L., SELVAGGI N. (a cura di), *Sistema penale e tutela delle vittime tra diritto e giustizia*, Reggio Calabria, 2015.
COSTA P., *Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quad. fiorentini*, n. 36, 2007, 1.
COZZI F., *Le modifiche al codice della strada*, in PELISSERO M., ANTONINI E., COZZI F. (a cura di), *Le novità del pacchetto sicurezza (prima parte)*, in *Dir. pen. proc*., 2008, 1373.
CREMONESI L., *La Consulta "stoppa" la rieducazione. Impedito all'ergastolano qualsiasi percorso riabilitativo*, in *Dir. e giust.*, 19/2003 14.
CRISAFULLI V., *Le norme "programmatiche" della Costituzione*, in AA. VV., *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, 1952, 59.
CUSTODERO O., *Capacità a delinquere e commisurazione della pena: problemi ed orientamenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1998, 78.

D'AGOSTINO L., *Gli algoritmi predittivi per la commisurazione della pena*, in *Dir. pen. cont*., 2/2019, 354.
D'AMATO F., *La nuova circostanza di cui all'art. 62 n. 6 ultima parte c.p.: l'aver l'imputato partecipato a un programma di giustizia riparativa conclusosi con esito positivo*, in *Riv. pen*., 2023, 233.

D'Ambrosio L., Vigna P. L. (a cura di), *Il nuovo codice di procedura penale illustrato: con i lavori preparatori*, Roma, 1989.
De Amicis G., *Principi di diritto, massime e prevedibilità delle decisioni: la corte di cassazione tra stabilità e mutamento*, in *www.sistemapenale.it*, 16 ottobre 2024.
De Blasis S., *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in *Dir. pen. cont*., 4/2017, 128.
De Francesco A., *Il principio del contraddittorio nella formazione della prova*, Milano, 2005.
De Francesco G., *Appunti sulla capacità a delinquere come criterio di determinazione della pena nel reato continuato*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1978, 1450.
De Francesco G., *Diritto penale, I Fondamenti*, II, Torino 2011.
De Francesco G., *Il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione del dialogo*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 1 giugno 2021.
De Francesco G., *Uno sguardo d'insieme sulla giustizia riparativa*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 2 febbraio 2023.
De Lia A., *Il principio di uguaglianza ed il diritto penale sostanziale: una sintetica analisi del rapporto*, in *www.federalismi.it*, 6 dicembre 2017.
De Luca G. B., *Dello stile legale*, Cap. XVII, in *Il dottor volgare, ovvero il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale e municipale, nelle cose più ricevute in pratica*, Colonia, 1755.
De Marsico A., *Delle misure amministrative di sicurezza*, in *Il codice penale illustrato articolo per articolo*, vol. I, sotto la direzione di U. Conti, Milano, 1934, 876.
De Marsico A., *Diritto penale*. *Parte generale*, Napoli, 1937.
De vero G., *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983.
De Vero G., *La riforma del sistema sanzionatorio penale: uno sguardo d'insieme*, in *Legisl. pen*., 20 febbraio 2023.
De vero G., *Le circostanze del reato tra determinazione legale e commisurazione giudiziale delle pene,* in Bartoli R., Pifferi M. (a cura di), *Attualità e circostanze del reato. Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità*, Milano, 2016, 213.
De Vito R., *Corte costituzionale e "Spazzacorrotti": cronaca di una rivoluzione (non) annunciata*, in *www.questionegiustizia.it*, 13 febbraio 2020.
De Vito R., *Finisce davvero il "fine pena mai"? Riflessioni e interrogativi sul decreto-legge che riscrive il 4-bis*, in *Quest. giust.*, 2 novembre 2022.
De Vito R., *Fuori dal carcere? La "riforma Cartabia", le sanzioni sostitutive e il ripensamento del sistema sanzionatorio*, in *Quest. giust.*, 4/2021, 28.
Dean F., voce *Sospensione condizionale della pena*, in *Noviss. dig. it*., Torino 1970,921.
Dean G., *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino 2004.
Dei Cas E.A.A., Sentencing *inglese e prospettive di un processo bifasico in Italia: potenzialità e insidie di un mutamento a lungo invocato*, in *Arch. pen*., 1/2022, 1.
Dell'Andro R., *Il dibattito delle scuole penalistiche,* in *Primo corso di perfezionamento per uditori giudiziari, Conferenze*, Tomo I, Milano, 1958.
Dell'Osso G., *Capacità a delinquere e pericolosità sociale*, Milano, 1985, 45.
Della Bella A., *I primi dati ufficiali sulle nuove pene sostitutive delle pene detentive brevi: già oltre 1.400 in esecuzione*, in *www.sistemapenale.it,* 1 dicembre 2023.
Della Bella A., *Idee in vista di un intervento legislativo finalizzato alla razionalizzazione delle misure sospensivo-probatorie*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1/2022, 205.

DELLA BELLA A., *La magistratura di sorveglianza di fronte al covid: una rassegna dei provvedimenti adottati per la gestione dell'emergenza sanitaria*, in *www.sistemapenale.it*, 29 aprile 2020.
DELLA BELLA A., *Sovraffollamento carcerario: soluzioni normative e prassi giurisprudenziali per uscire rapidamente dall'emergenza*, in *www.sistemapenale.it*, 12 novembre 2025.
DELLA BELLA A., sub *art. 22 c.p.*, in DOLCINI E., GATTA G.L. (a cura di), *Codice penale commentato*, 2021, 371.
DELLA CASA F., *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario*: *dagli ideali smarriti della «scommessa» anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del «doppio binario»*, in GREVI V. (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, 80.
DELLA TORRE J., GIALUZ M., *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022.
DELOGU T., *Potere discrezionale del giudice e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1976, 369.
DELVECCHIO F., *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, Torino, 2020.
DEMURO G., *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2013, 1654.
DENTI V., *Commento all'art. 111 Cost.,* in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Tomo IV, Bologna, 1987, 1.
DI BONITO F., «*Back to the future»: discrezionalità, proporzionalità e prognosi nelle alternative alla detenzione breve*, in *Legisl. pen*., 11 ottobre 2024.
DI CHIARA G., *Il procedimento di sorveglianza*, in CORSO P. (a cura di), *Manuale dell'esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2006, 223.
DI DOMENICO A., *Applicazione delle pene sostitutive all'esito del giudizio di appello e consenso dell'imputato: primi problemi interpretativi al vaglio della cassazione e brevi riflessioni sulle modifiche introdotte con il "correttivo Cartabia"*, in *www.sistemapenale.it*, 10 settembre 2024.
DI GIOVINE O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont*., 1/2013, 159.
DI GIOVINE O., *Sul c.d. principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia penale. «A proposito del rifiuto totale di prestare il servizio militare»*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1/1995, 159.
DI MARTINO A., *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998.
DI MARTINO A., *Rivoltarsi nella feccia di Romolo. Lessico di legge, situazioni di stallo e aporie del trattamento*, in *Dir. pen. cont*., 4/2015, 12.
DI ROSA G., *Le misure sospensivo-probatorie*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1/2022, 257.
DODARO G., *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012.
DOLCINI E., *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 18 luglio 2018.
DOLCINI E., *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive. Note a margine dello schema di d.lgs. approvato dal Consiglio dei Ministri il 4 agosto 2022*, in *www.sistemapenale.it*, 30 agosto 2022.

DOLCINI E., DELLA BELLA A., *Per un riordino delle misure sospensivo-probatorie*, in ID., EAD. (a cura di), *Le misure sospensivo-probatorie*, Milano, 2020, 325.
DOLCINI E., DELLA BELLA A., sub *art. 132 c.p.*, in *Commentario breve al Codice penale*, Padova, 2017, 582.
DOLCINI E., *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in *Diritto penale in trasformazione*, in (a cura di) G. MARINUCCI, E. DOLCINI, Milano, 1985, 261.
DOLCINI E., *Fine pena: 31/12/9999. Il punto sulla questione ergastolo*, in *www.sistemapenale.it*, 15 novembre 2021.
DOLCINI E., *In tema di non menzione della condanna, sospensione condizionale della pena e attenuanti generiche: discrezionalità vincolata o «graziosa» indulgenza?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 1, 1975, 326.
DOLCINI E., *L'art. 133 c.p. al vaglio del movimento internazionale di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1990, 398.
DOLCINI E., *L'ergastolo ostativo riformato* in articulo mortis, in *www.sistemapenale.it*, 7 novembre 2022. GALLIANI D., *Il decreto legge 162/2022, il regime ostativo e l'ergastolo ostativo: i dubbi di costituzionalità non manifestamente infondati*, in *www.sistemapenale.it*, 21 novembre 2022.
DOLCINI E., *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *www.sistemapenale.it*, 25 maggio 2021.
DOLCINI E., *La "rieducazione del condannato" tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1979, 469.
DOLCINI E., *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1991, 55.
DOLCINI E., *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova, 1979.
DOLCINI E., *La disciplina della commisurazione della pena: spunti per una riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 1981, 34.
DOLCINI E., *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *Dir. pen. cont*., 17 dicembre 2018.
DOLCINI E., *Le due anime della legge ex Cirielli*, in *Corr. Merito*, 2006, 55.
DOLCINI E., *Le misure sospensivo-probatorie: spunti per una riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1/2022, 441.
DOLCINI E., *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1974, 344.
DOLCINI E., PALIERO C.E., *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Milano, 1989.
DOLCINI E., *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, *Riv. it. dir. proc. pen*., 1999, 12.
DOLCINI E., *Problemi vecchi e nuovi in tema di riti alternativi: patteggiamento, accertamento di responsabilità, misura di pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2009, 569.
DOLCINI E., *Razionalità della commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 1990, 812.
DOLCINI E., *Riforma della parte generale del codice e rifondazione del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2001, 823.
DOLCINI E., *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in *www.sistemapenale.it*, 2 settembre 2021.
DOLCINI E., *Sicurezza per decreto-legge*, in *www.sistemapenale.it*, 30 giugno 2025.
DOLCINI E., *Superare il primato del carcere: il possibile contributo della pena pecuniaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 416.

DOLCINI E., voce *Potere discrezionale del giudice*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 744.
DOMENICALI C., *Il decreto-legge "sicurezza" n. 48 del 2025: questioni di metodo*, in *www.osservatorioaic.it*, 6 maggio 2025.
DONINI M., *An impossible exchange? Prove di dialogo tra* civil *e* common lawyers *su legalità, morale e teoria del reato*, in STILE A. M., MANACORDA S., MONGILLO V., (a cura di), Civil law *e* Common law*: quale «grammatica» per il diritto penale?*, Napoli, 2018, 115.
DONINI M., *Diritto penale e processo come legal system. I chiaroscuri di una riforma bifronte*, in CASTRONUOVO D., DONINI M., MANCUSO E.M., VARRASO G., *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Milano, 2023, 1.
DONINI M., *Efficienza e principi della legge Cartabia*. *Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in *Pol. dir.*, 4/2021, 591.
DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano 2011.
DONINI M*., Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. cont*., 2/2015, 236.
DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.
DONINI M., *La riforma del codice penale fra politica e cultura giuridica*, in *Quest. giust.*, 2004, 487.
DONINI M., *Non punibilità ed idea negoziale*, in *Ind. pen*., 2003, 1075.
DONINI M., *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2013, 1162.
DONINI M., *Populismo e ragione pubblica*, Modena, 2019.
DONINI M., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996.
DWORKIN R., *Taking rights seriously*, Harvard, 1978.

ENGEN R. L., GAINEY R.R., CRUTCHFIELD R.D., WEIS J.G., *Discretion and disparity under sentencing guidelines: the role of departures and structured sentencing alternatives*, in *Criminology*, 41, 2003, 99.
EPIDENDIO T., *Riflessioni teorico-pratiche sull'interpretazione conforme*, in *Dir. pen. cont.*, 3-4/2012, 26.
ESPOSITO C., *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954.
ESPOSITO C., *Le pene fisse e i principi costituzionali di uguaglianza, personalità e rieducatività della pena* (Commento alla sent. Corte Cost. n. 79 dell'8 giugno 1963), in *Giur. cost.*, 2/1963, 661.
ESSER J., *Precomprensione e scelta del metodo nel modello di individuazione del diritto*, Napoli, 1983.
EUSEBI L. (a cura di), *Una giustizia diversa*, Milano, 2015.
EUSEBI L., *Dinanzi alla fragilità rappresentata dall'errore. Giustizia e prevenzione in rapporto alle condanne criminose*, in *II Regno*, 2006, 564.
EUSEBI L., *Forme e problemi della premialità nel diritto penale*, in *Studium iuris*, 2001, 207.
EUSEBI L., *Giustizia riparativa e riforma del sistema sanzionatorio penale*, in *Dir. pen. proc*., 1/2023, 79.
EUSEBI L., *La pena in crisi. Il recente dibattito sulle funzioni della pena*, Brescia, 1980.

FALZONE V., PALERMO F., COSENTI F. (a cura di), *La costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, 1948, in *www.archivio.quirinale.it*.
FARINA C., *La pena pecuniaria sostitutiva*, in PREZIOSI S. (a cura di), *Le pene sostitutive*, Torino, 2025, 177.
FERRAJOLI L., *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. Giust*., 4/2016, 13.
FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, VIII ed., Roma-Bari, 2011.
FERRAJOLI L., *Ergastolo e diritti fondamentali*, in *Dei delitti e delle pene*, 2/1992, 79.
FERRAJOLI L., *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Bari, 2024.
FERRAJOLI L., *Il «diritto penale del nemico» e la dissoluzione del diritto penale*, in *www.panoptica.org*.
FERRUA P., *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2012.
FIANDACA G., *Considerazioni su riparazione e rieducazione*, in *www.sistemapenale.it*, 25 ottobre 2023, 135 ss.
FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 79.
FIANDACA G., *Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato*, in ID. (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997.
FIANDACA G., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2001, 354.
FIANDACA G., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002.
FIANDACA G., *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-istituzionale*, in *Foro it*., 5/2000, 137.
FIANDACA G., *La rilevanza penale del «bacio» tra anatomia e cultura*, in *Il Foro it*., 9/1998, 505.
FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, Torino, 2023.
FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2024.
FIANDACA G., *Note su punizione, riparazione e scienza penalistica*, in *www.sistemapenale.it*, 28 novembre 2020, 4 ss.
FIANDACA G., *Pena «patteggiata» e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro it*., 1990, 2385.
FIANDACA G., *Prima lezione di diritto penale*, Bari-Roma, 2017.
FIANDACA G., *Relazione di sintesi sulla rieducazione in fase esecutiva. Aspetti problematici vecchi e nuovi*, in MENGHINI A., MATTEVI E. (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale. Atti del Convegno, Trento, 21-22 gennaio 2022*, Napoli, 213.
FIANDACA G., *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in VASSALLI G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 131.
FIANDACA G., *Uguaglianza e diritto penale*, in CARTABIA M., VETTOR T. (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza*, Milano, 2009, 115.
FIANDACA G., VISCONTI C. (a cura di), *Punire mediare riconciliare*, Torino 2009.
FIANDACA G., *Commento all'art. 27 comma 3 Cost*., in BRANCA G., PIZZORUSSO A. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1991, 222.
FIDELBO G., *Il diritto penale giurisprudenziale. La sua formazione, le sue caratteristiche*, in *www.sistemapenale.it*, 5 dicembre 2022.

FINOCCHIARO S., *Il nuovo procedimento di esecuzione delle pene pecuniarie*, in BARTOLI R., GATTA G.L., MANES V. (a cura di), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale. Le modifiche al sistema sanzionatorio penale*, vol. III, Torino, 2024, 325.
FIORELLA A., *Note alla Sessione «*Common law *e* civil law*: intersezioni, tensioni e contaminazioni nella dimensione penale sovranazionale»*, in STILE A. M., MANACORDA S., MONGILLO V., (a cura di), Civil law *e* Common law*: quale «grammatica» per il diritto penale?*, Napoli, 2018, 205.
FIORELLA A., voce *Reato in generale*, in *Enc. dir*., 1987, 793.
FIORELLI P., voce *Ergastolo (storia)*, in *Enc. dir*., vol. XV, 1966, 223.
FIORENTIN F., *Delitti ostativi: la Cassazione individua un limite al divieto di sostituzione della pena detentiva*, in *IUS*, 12 febbraio 2026.
FIORENTIN F., *Discrezionalità giudiziale (e suoi limiti) nella "giurisdizione rieducativa"*, in *Dir. pen. uomo*, 10/2019, 1.
FIORENTIN F., *Esecuzione della pena e misure alternative alla detenzione*, Milano, 2021.
FIORENTIN F., *I "liberi sospesi" tra criticità presenti e prospettive di riforma*, in *www.sistemapenale.it*, 4 novembre 2024.
FIORENTIN F., *La Corte costituzionale "salva" la disciplina ostativa delle pene sostitutive in nome delle esigenze di prevenzione generale*, in *IUS,* 28 agosto 2025.
FIORENTIN F., *La crisi sistemica dell'esecuzione penale e la problematica dei liberi sospesi*, in *www.sistemapenale.it*, 8 maggio 2025.
FIORENTIN F., *Sì al ricorso in cassazione contro il diniego alla giustizia riparativa*, in *Il Sole 24 ore*, 20 gennaio 2025.
FIORENTIN F., *Decreto "carcere sicuro": tutte le novità*, Milano, 2024.
FIORIO C., *Il "doppio binario" penitenziario*, in *Arch. pen*., 1/2018, 1.
FIORIO C., *Il trattamento penitenziario nei confronti degli appartenenti alla criminalità organizzata: artt. 4 bis e 41 bis ord. penit*., in BARGI A. (a cura di), *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia,* Torino, 2013, 1138.
FLICK G.M., *Intelligenza artificiale e processo: dalla riserva di legge* ex ante *a quella di giurisdizione* ex post, in *www.sistemapenale.it*, 4 dicembre 2025.
FONTANI C., *Le nuove pene sostitutive tra inefficienze strutturali e resistenze culturali*, in *www.discrimen.it*, 23 gennaio 2025.
FORNASARI G., MATTEVI E. (a cura di), *Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazione, riparazione*, Trento, 2019.
FORNASARI G., voce *Legittimazione*, in (a cura di) PIERGALLINI C., MANNOZZI G., SOTIS C., PERINI C., SCOLETTA M., CONSULICH F., *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano, 2022, 1599.
FORTI G., GIUNTA F., VARRASO G., *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2024.
FRAGASSO B., *Il sindacato di costituzionalità sulle circostanze aggravanti privilegiate, tra proporzionalità e individualizzazione della pena*, in *Dir. pen. proc*., 5/2024, 670.
FRANK R., *Über den Aufbau des Schuldbegriffs (Sonderdruck)*, Giessen, 1907.
FRASE R., MOMSEN C., O'MALLEY T., WASHINGTON S., *Proportionality of Punishment in Common Law Jurisdictions and in Germany*, in AMBOS K., DUFF A., ROBERTS J., WEIGEND T., HEINZE A. (a cura di), Cambridge, 2020, 213.
FRIGO G., *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *www.cortecostituzionale.it*. PALIERO C.E., *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in VASSALLI G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 147.

FUCCARO N., *L'evoluzione delle misure penali di comunità e il crescente ruolo dell'ufficio di esecuzione penale esterna. Spunti di analisi quantitativa e qualitativa*, in FORNASARI G., MENGHINI A. (a cura di), *Il carcere come extrema ratio. Atti del Convegno. Trento, 20-21 dicembre 2024*, Napoli, 2025, 209.

GADAMER H.G., *Verità e metodo* (1972), trad. it., Milano, 1983.
GAETA P., *Ragionando su alcuni ossimori della riforma delle pene sostitutive*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2/2023, 573.
GALLIANI D., *Il chiaro e lo scuro. Primo commento all'ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull'ergastolo ostativo*, in *www.giustiziainsieme.it*, 20 maggio 2021.
GALLIANI D., PUGIOTTO A., *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, in *Osservatorio costituzionale*, 4/2019, 191.
GALLO E., *Significato della pena dell'ergastolo. Aspetti costituzionali*, in *Dei delitti e delle pene*, 2/1992, 65.
GALLUCCIO A., *La pena pecuniaria sostitutiva*, in in BARTOLI R., GATTA G.L., MANES V. (a cura di), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale. Le modifiche al sistema sanzionatorio penale*, vol. III, Torino, 2024, 39 ss.
GALLUCCIO A., *La sentenza della Consulta su pene fisse e "rime obbligate": costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in *Dir. pen. cont*., 10 dicembre 2018.
GAMBARDELLA M., *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 Cedu garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. pen*., 5/2010, 2020.
GARAVELLI A., sub *art. 599*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da CHIAVARIO M., Torino, 1991, 179.
GARGANI A., *Commisurazione della pena*, in DE FRANCESCO G. (a cura di), *Le conseguenze sanzionatorie del reato*, Torino, 2011, 1 ss.
GARGANI A., *L'estensione "selettiva" del principio di irretroattività alle modifiche in pejus in materia di esecuzione della pena: profili problematici di una decisione "storica"*, in *Giur. cost*., 1/2020, 263.
GARGANI A., *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 2022.
GARGANI A., *Le "nuove" pene sostitutive*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2023, 17 ss.
GARRETT B.L., MONAHAN J., *Judging Risk*, in *California Law Review*, 108, 2020, 439.
GATTA G.L., *Il giudice di cognizione torna ad essere giudice della pena: una prima condanna alla detenzione domiciliare*, in *www.sistemapenale.it*, 24 gennaio 2023.
GATTA G.L., *Le ragioni di una riforma: inefficienza ed ineffettività del sistema di esecuzione e conversione*, in BARTOLI R., GATTA G.L., MANES V. (a cura di), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale. Le modifiche al sistema sanzionatorio penale*, vol. III, Torino, 2024, 307.
GATTA G.L., *Modifiche in tema di omicidio colposo e di lesioni personali colpose*, in *Decreto sicurezza: tutte le novità*, Milano, 2009, 67.
GATTA G.L., *Riforma Cartabia e sistema sanzionatorio: tra efficienza dell'esecuzione penale ed effettività della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 4/2023, 561.
GENOVESI A., *Della Diocesana o sia della Filosofia del giusto e dell'onesto*, Milano, 1835.
GIALUZ M., *L'apertura al sistema costituzionale muta gli equilibri e i connotati del giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, *Speciale CEDU e ordinamento italiano*, 12/2014, 8.

GIALUZ M., *La giustizia riparativa, questa sconosciuta. Uno svarione della Suprema Corte*, in *www.sistemapenale.it*, 19 novembre 2024.
GIALUZ M., *Osservazioni sui correttivi alla riforma Cartabia tra rettifiche condivisibili, qualche occasione perduta ed alcune sbavature*, in *www.sistemapenale.it*, 29 gennaio 2024.
GIALUZ M., *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali)*, in *www.sistemapenale.it,* 2 novembre 2022.
GIALUZ M., *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei* risk assessment tools *tra Stati Uniti ed Europa*, in *Dir. pen. cont*., 29 maggio 2019.
GIANFILIPPI F., *Ergastolo ostativo: incostituzionalità esibita e ritardi del legislatore. Prime note all'ordinanza 97/2021*, in *Quest. giust.*, 27 maggio 2021.
GIANFILIPPI F., *Il D.L. 162/2022 e il nuovo 4-bis: un percorso ad ostacoli per il condannato e per l'interprete Fabio Gianfilippi*, in *Giust. insieme*, 2 novembre 2022.
GIANFILIPPI F., *La rieducazione nell'opera della Magistratura di Sorveglianza*, in MENGHINI A., MATTEVI E. (a cura di), "*La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale". Atti del Convegno, Trento, 21-22 gennaio 2022*, Napoli, 2022, 177.
GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, vol. II, 3° ed., Milano, 1993.
GIANNINI M. S., *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1939.
GIANNINI S., *La causa di estinzione del reato per condotte riparatorie. Criticità e prospettive di riforma*, in *www.discrimen.it,* 2 novembre 2021.
GIOSTRA G., *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, Milano, 1983.
GIOSTRA G., *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo*, in *www.questionegiustizia.it*, 2014.
GIOVINAZZO A.A.A., *La pena pecuniaria tra modifiche normative e realismo operativo: alcune osservazioni critiche*, in *www.sistemapenale.it*, 26 aprile 2023.
GIUBILEI A., *Discrezionalità legislativa e garanzia della Costituzione. Omissioni e inerzia del legislatore dinanzi alla Corte costituzionale*, Napoli 2023.
GIUNTA F., *Diritto penale. Una introduzione*, Pisa, 2024.
GIUNTA F., *Il giudice e la legge penale*, in *Quest. Giust*., 2/2017, 149.
GIUNTA F., Jus legibus solutum. *Ovvero, la legge del giudice penale*, in *disCrimen*, 12 novembre 2020.
GIUNTA F., *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2/1998, 414.
GIUNTA F., *Pene sostitutive e sistema delle sanzioni: profili ricostruttivi ed interpretativi*, in, *Riv. it. dir. pen. proc*., 1985, 481.
GIUNTA F., voce *Sanzioni sostitutive*, in VASSALLI G. (a cura di), *Dizionario di diritto e procedura penale*, Milano, 1986, 823.
GIUNTA F., voce *Sospensione condizionale*, in *Enc. dir*., 1990, 87.
GIUSTINIANI I. G., *Esecuzione penale ed effettività della pena, in Rass. giust. mil.*, 4-6/2008, 21.
GOBBI C., *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione delle pene sostitutive*, in PREZIOSI S. (a cura di), *Le pene sostitutive*, Torino, 2025, 127.
GOISIS L., *Della proporzionalità e dell'uguaglianza della pena pecuniaria. Dalla sentenza 28/2022 della Corte costituzionale alla riforma Cartabia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 1517.

GOISIS L., *La pena pecuniaria nella riforma Cartabia. Luci e ombre*, in CASTRONUOVO D., DONINI M., MANCUSO E.M., VARRASO G., *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Milano, 2023, 31.
GOISIS L., *La pena pecuniaria un'indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione*, Milano, 2008.
GOISIS L., *Rieducazione e sanzioni sostitutive nella riforma della giustizia penale*, in MENGHINI A., MATTEVI E. (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*. *Atti del Convegno, Trento, 21-22 gennaio 2022*, Napoli, 2022, 33.
GOISIS L., sub *art. 132 c.p.*, in DOLCINI E., GATTA G. L. (a cura di), *Codice penale commentato*, V ed., Vicenza, 2021, 1992.
GRANA B. M., sub *art. 6*, in A. ALLEGRIA, D. DI LEO, F. FEDERICI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2019.
GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010.
GRASSO G., *Politiche penali e ruolo della giurisprudenza: la sfida della legalità*, in PALIERO C.E., VIGANÒ F., BASILE F., GATTA G.L. (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, 47.
GREVI V., DELLA CASA F., GIOSTRA G., sub *art. 1 o.p.*, in DELLA CASA F., GIOSTRA G. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2019, 3.
GREVI V., *Premessa. Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale e incentivi alla collaborazione con la giustizia,* in ID. (a cura di), *L'ordinamento penitenzio tra riforma ed emergenza*, Padova, 1994, 1.
GRIFANTINI F. M., sub *art. 187 c.p.p.*, in G. ILLUMINATI, L. GIULIANI (a cura di), *Commentario breve al Codice di procedura penale*, Vicenza, 2020, 187.
GRISONICH E., *Sul controverso tema dell'impugnabilità dell'ordinanza che rigetta l'istanza di accesso ai programmi di giustizia riparativa: una recente sentenza della prima sezione della Cassazione*, in *www.sistemapenale.it*, 13 marzo 2025.
GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano, vol. I, Introduzione e parte prima. Le norme penali sinteticamente considerate*, Milano, 1952.
GROLMAN K., *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, III ed. Giessen, 1818.
GUARNIERI G., voce *Capacità a delinquere*, in *Noviss. dig. it*., II, Torino, 1958, 867.
GUASTINI R., voce *Interpretazione (Interpretazione dei documenti normativi)*, in *Enc. giur. it*., Roma, 1989, 1.
GUERCIA P., *La commisurazione della pena*, in *Trattato di Diritto penale*, diretto da CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M., I, Vicenza, 2022, 963.
GUERRINI R., *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, I, Milano, 1989.
GUIDI A., *Art. 7 CEDU e interpretazione ragionevole nella giurisprudenza di Strasburgo,* in *Cass. pen.*, 12/2013, 4720.
GUIDI D., *La riforma delle "pene" sostitutive*, in *Legisl. pen*., 25 febbraio 2023.

HALL M.J., CALABRO D., SOURDIN T., STRANIERI A., *Supporting Discretionary Decision-Making with Information Technology: A Case Study in the Criminal Sentencing jurisdiction*, in *University of Ottawa Law Technology Journal*, 1/2005, 1.
*Handbook on Restorative Justice Programmes*, Second Edition, United Nations, Vienna, 2020.
HARRIS L., ROBERTS J.V., *Sentencing in Transition: Recent Developments*, in *Crim. law rev*., 2020, 371.

HAWKINS K., *The Use of Legal Discretion: Perspectives from Law and Social Science*, in ID. (a cura di), *The Uses of Discretion*, Oxford, 1992.
HELFERICH F., *Le condotte riparatorie tra immancabile afflittività e potenzialità preventive. Un'indagine comparata*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1/2022, 321.

IACOVIELLO F. M., voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir*. Agg. IV, 2000, 750.
IAGNEMMA C., *Discrezionalità giudiziaria e legislazione penale. Un rapporto da rivisitare nella teoria del reato e nel sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 3/2019, 1431.
IAGNEMMA C., *Profili di una discrezionalità umanistica in materia di giustizia riparativa*, in *Dir. pen., proc*., 1/2023, 106.
*Il sindacato della Corte di cassazione in materia di trattamento sanzionatorio*, a cura di *Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione, Settore Penale*, Relazione tematica n. 39/2024, inedita.
ILLUMINATI G., *Modello processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario*, *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, 2/2018, 539.
INSOLERA G., *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in INSOLERA G., MAZZACUVA N., PAVARINI M., ZANOTTI M. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Vol. I, IV ed., Torino, 2012, 394.
ISAACS N., *The limits of judicial discretion*, in *Yale Law Journal*, 1923, 339.

JAKOBS G., *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)*, in A. ESER, W. HASSEMER, B. BURKHARDT (a cura di), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, Monaco, 2000.
JAKOBS G., *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung (Referat auf der Strafrechtslehrertagung in Frankfurt a.M. im Mai 1985),* in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtwissenschaft*, 97, 1985.

KANT, I., *Fondazione della metafisica dei costumi,* (a cura di) TETTAMANTI A., Roma, 2020.
KANT, I., *La critica della ragion pratica*, (a cura di) MARIETTI A.M., Milano, 2019.
KASPAR J., *Verhältinismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, Baden-Baden, 2014.
KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello stato* (1945), trad. it. Milano, 1980.
KING F., sub *art. 133 c.p.*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, III ed., 2011, 1707.
KINGELE C., *The Promises and Perils of Evidence-Based Corrections*, *Notre-Dame Law Review*, 91, II, 2016, 537.
KLEINBERG J., LAKKARAJU H., LESKOVEC J., LUDWIG J., MULLAINATHAN S., *Human Decisions and Machine Predictions*, in *Quarterly Journal of Economics*, 2017, 237.
KOSTORIS R., *Predizione decisoria,* diversion *processuale e archiviazione*, in *Dir. pen. cont*., 2/2021, 43.
KRAMER J.H., STEFFENSMEIER D., *Race and imprisonment decisions*, in *Sociological Quarterly*, 34, 357.
KRAMER J.H., ULMER J.T., *Sentencing disparity and departure from guidelines,* in *Justice Quarterly*, 13, 81.

LANZA E., *Stranieri e misure alternative alla detenzione carceraria. Considerazioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 78 del 2007*, in *www.rassegnapenitenziaria.it*, 2007, 27.
LANZI A., *Fra il legislatore apparente e il giudice sovrano*, in AMBROSETTI E.M. (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 139.
LARIZZA S., *La commisurazione della pena. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1982, 596.
LARIZZA S., *La modificazione e applicazione della pena*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale, Codice penale, Parte generale*, Torino, II ed., 1996, 44.
LASSER M. DE S.-O.-L'E., *Judicial transformations. The Rights Revolution in the Courts of Europe*, Oxford, 2009.
LATAGLIATA A. R., *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Napoli, 1967.
LATAGLIATA A. R., *Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, in *Il Tommaso Natale*, 1975, 337.
LATTANZI G., LUPO E., AMATO G., *Il nuovo codice di procedura penale: annotato con le relazioni e con i lavori preparatori*, Milano, 1991.
LAZZARINI F., *Il divieto di* reformatio in peius *tra incertezze dogmatiche e letture restrittive*, in *www.sistemapenale.it*, 27 gennaio 2023.
LEE Y., *The Constitutional Right against Excessive Punishment*, 91 *Va. L. Rev*., 2005, 677.
LEO G., *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in GAROFOLI R., TREU T. (diretto da), *Il libro dell'anno del diritto 2014 Treccani*, Roma, 2014, in www.treccani.it.
LEO G., *Dalla Consulta un preciso monito per il legislatore: rendere effettivo ed efficiente il sistema di esecuzione delle pene pecuniarie*, in *www.sistemapenale.it*, 23 dicembre 2019.
LEO G., *La Consulta ristabilisce la piena discrezionalità del giudice per la comparazione tra recidiva e diminuente della seminfermità mentale*, in *www.sistemapenale.it*, 24 aprile 2020.
LEO G., *Sul riconoscimento di attenuanti generiche a recidivo reiterato (nota a Corte cost., 10 giugno 2011, n. 183)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 giugno 2011.
LEO G., *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 5/2017, 321.
LEONARDI F., "*Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale e abbattimento della recidiva*", in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2/2007.
LEONE C., *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a "rime possibili"*, in *Quad. cost*., 1/2019, 183.
LEONE S., *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in *www.gruppodipisa.it*, 29 novembre 2017.
LIMA F., *Corte costituzionale e giudizio abbreviato: una piccola (ma non tanto) controriforma del codice di procedura penale?*, in *Cass. pen*., 1990, 355.
LIPARI N., *Principio di uguaglianza ed esercizio della giurisdizione*, in *Quest. giust.*, 1/2020, 15.
LONATI S., MELZI D'ERIL C., *Il decreto-legge sicurezza (n. 48/2025): autoritratto involontario di una politica di oppressione*, in *www.sistemapenale.it*, 11 giugno 2025.
LORENZETTI A., *Giustizia riparativa e dinamiche costituzionali*, Milano, 2018.
LORUSSO S., *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Milano, 2002.

LORUSSO S., *Il diritto alla motivazione*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 8 novembre 2018.
LOZZI G., *Il giusto processo e i riti speciali deflativi del dibattimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2002, 1178.
LOZZI G., *Il patteggiamento e l'accertamento di responsabilità: un equivoco che persiste*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1998, 1396.
LUCIANETTI V., *Il nuovo volto dei reati di omicidio e lesioni colpose nel quadro della legislazione dell'emergenza*, in *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, in LO RUSSO S. (a cura di), Padova, 2008, 390.
LUERTI S., *L'applicazione delle pene sostitutive nel processo di cognizione*, in BARTOLI R., GATTA G.L., MANES V. (a cura di), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale. Le modifiche al sistema sanzionatorio penale*, vol. III, Torino, 2024, 69.
LUERTI S., *Revoca delle pene sostitutive e ipotesi di responsabilità penale*, in BARTOLI R., GATTA G.L., MANES V. (a cura di), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale. Le modifiche al sistema sanzionatorio penale*, vol. III, Torino, 2024, 185.
LUPÁRIA DONATI L., *Algoritmi e giustizia predittiva: i giudizi prognostici di fronte all'intelligenza artificiale*, in FIORELLI G., GONNELLA P., MASSARO A., RICCARDI A., RUOTOLO M., TALINI S. (a cura di), *Pena e nuove tecnologie tra "trattamento" e "sicurezza"*, Napoli, 2022, 235.
LUPO E., *I controlli giurisdizionali sui giudizi discrezionali*, in *www.sistemapenale.it*, 23 settembre 2024.

MACCHIA A., *La proporzionalità della pena nella prospettiva costituzionale e convenzionale. Relazione del Convegno "Il controllo della Corte di cassazione sul trattamento sanzionatorio"*, in *www.cortedicassazione.it*, 3 marzo 2025.
MACULAN E., *Il volto garantista di un principio di legalità flessibile. Considerazioni sulla sentenza "Del Río Prada c. Spagna" della Cort e di Strasburgo*, in *Dir. pen. XXI sec*., 2013, 98.
MADÌA N., *Le pene sostitutive nella riforma Cartabia: profili generali*, in S. PREZIOSI (a cura di), *Le pene sostitutive*, 2025, Torino, 1.
MAGAGLIO A., *La Riforma Cartabia interviene sulla sospensione del procedimento con messa alla prova: tra novità e criticità*, in *www.rivista.camminodiritto.it*, 20 aprile 2023.
MAGGIO P., *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Parte II. «Disciplina organica» e aspetti di diritto processuale*, in *www.sistemapenale.it*, 27 febbraio 2023.
MAGGIO P., *Il diniego della gr* in executivis *tra "malintesa" lettera della legge e "benintesi" securitarismi*, in *www.dirittodidifesa.eu*, 28 novembre 2024.
MAGGIO P., *Le valutazioni da parte dell'autorità giudiziaria*, in BONINI V. (a cura di), *La giustizia riparativa (d.lgs. n. 150/2022 – d.lgs. n. 31/2024)*, Torino, 2024, 171.
MAGGIO P., PARISI F., *Giustizia riparativa con vittima "surrogata" o "aspecifica": il caso Maltesi-Fontana continua a far discutere*, nota a Corte Ass. Busto Arsizio, 19 settembre 2023, Maltesi, in *www.sistemapenale.it*, 19 ottobre 2023.
MAGGIORE G., *Principi di diritto penale, I, Parte generale*, Bologna, 1943.
MAIELLO V., *Diritto penale e processo: la necessità di un approccio integrato*, *Crit. dir*., 3-4/1998, 285.
MALDONATO L., *Algoritmi predittivi e discrezionalità del giudice: una nuova sfida per la giustizia penale*, in *Dir. pen. cont*., 2/2019, 401.

MALDONATO L., Risk and need assessment tools *e riforma del sistema sanzionatorio: strategie collaborative e nuove prospettive*, in DI PAOLO G., PRESSACCO L. (a cura di), *Intelligenza artificiale e processo penale. Indagini, prove, giudizio*, Trento, 2022, 141.
MALINVERNI A., voce *Circostanze del reato*, in *Enc. dir*., VII, Milano, 1961, 66.
MALINVERNI G., voce *Capacità a delinquere*, in *Enc. dir*., VI, Milano, 1960, 118.
MANACORDA S., "*Dovere di punire"? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in MECCARELLI M., PALCHETTI P., SOTIS C. (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, 2014, 346.
MANCA V., *Al vaglio della Consulta le norme che regolano i c.d. "liberi sospesi" e i tempi di decisione delle misure alternative*, in *Ius penale*, 4 dicembre 2024.
MANCA V., *Le declinazioni della tutela dei diritti fondamentali dei detenuti nel dialogo tra Corti: da Viola c. Italia al l'attesa della Corte costituzionale*, in *Arch. pen. web*, 2/2019, 1.
MANCA V., *Regime ostativo ai benefici penitenziari. Evoluzione del "doppio binario" e prassi applicative*, Milano, 2020.
MANCHISI V., *Chi sono i "liberi sospesi", 80 mila in attesa di misure alternative per più tempo della pena…*, in *www.ilriformista.it*, 2022.
MANCUSO E. M., *Il regime probatorio dibattimentale*, in *Trattato di Procedura Penale*, diretto da UBERTIS G., VOENA G. P., XXXIII.1, Milano, 2017.
MANCUSO E., *L'uso di ChatGPT negli atti giudiziari: rischi e responsabilità,* in *www.iusletter.com*, 8 aprile 2025, nota a Trib. ord. Firenze, Sezione Imprese, 14 marzo 2025, ord. RG 11053/2024.
MANES V., *"Common law-isation del diritto penale"?. Trasformazioni del* nullum crimen *e sfide prossime future*, in *Cass. pen*., 2017, 955.
MANES V., *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2007, 739.
MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni fra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.
MANES V., *Il ruolo "poliedrico" del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, in *Cassazione penale*, 5/2014, 1918.
MANES V., *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in *www.discrimen.it*, 15 maggio 2020.
MANES V., MAZZACUVA F., *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini del l'esecuzione penale. Nota a Corte cost., sent. 12 febbraio 2020, n. 32*, in *www.sistemapenale.it*, 23 marzo 2020.
MANES V., *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen.*, 1/2010, 29.
MANES V., *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Il libro dell'anno del diritto*, in *www.treccani.it*, 2016.
MANES V., *art. 7*, in BARTOLE F., DE SENA P., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 279.
MANNA A., *Giustizia contrattata, diritto penale del fatto, e funzioni della pena: un'antinomia risolvibile?*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Foggia*, vol. I, Milano, 2005, 1111.
MANNA A., voce *Circostanze del reato*, in *Enc. giur*., VI, Roma, 1994.
MANNOZZI G. (a cura di), *Mediazione e diritto penale*, Milano 2004.

MANNOZZI G., DELLI CARRI M., *L'ago impalpabile della bilancia. Il peso del principio di proporzione nel sistema sanzionatorio: evidenze dall'analisi delle dinamiche sanzionatorie per la criminalità comune e dei «colletti bianchi»*, in BORSARI R. (a cura di), *La corruzione a due anni dalla «Riforma Severino»*, Padova, 2015.
MANNOZZI G., *La giustizia senza spada*, Milano, 2003.
MANNOZZI G., *Le sfide poste dall'istituzionalizzazione della giustizia riparativa: importazione di modelli e nuovi colonialismo*, in BONINI V. (a cura di), *La giustizia riparativa (d.lgs. n. 150/2022 – d.lgs. n. 31/2024)*, Torino, 2024, 1.
MANNOZZI G., LODIGIANI G.A. (a cura di), *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino 2017.
MANNOZZI G., LODIGIANI G.A., *La giustizia riparativa: formanti, parole e metodi*, Torino, 2025.
MANNOZZI G., *Pena commisurata, pena patteggiata, pena da eseguire: il contributo reale e potenziale della giustizia riparativa*, in PALIERO C.E., VIGANÒ F., BASILE F., GATTA G.L. (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, 607.
MANNOZZI G., *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in DOLCINI E., PALIERO C.E. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, *Teoria della pena, teoria del reato*, Milano, 2006, 1129 ss.
MANNOZZI G., *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione della pena. Il* Just Desert Model *e la riforma del* Sentencing *nordamericano*, Padova, 1996.
MANNOZZI G., *Sapienza del diritto e saggezza della giustizia: l'attenzione alle emozioni nella normativa sovranazionale in materia di* restorative justice, in *www.discrimen.it*, 23 aprile 2020.
MANNOZZI G., voce *Sentencing*, in *Dig. disc. pen*., XIII, Torino, 1991, 150.
MANTOVANI F., *Diritto penale. Delitti contro il patrimonio*, Padova, 1989.
MANTOVANI F., FLORA G., *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2023.
MANTOVANI F., *Il personalismo e la personalità del reo nel pensiero di Giuseppe Bettiol*, in *Criminalia*, 2007, 135.
MANTOVANI F., *Pene e misure alternative*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1/1977, 77.
MARANDOLA A., *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci del nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. pen. proc*., 2014, 674.
MARANDOLA A., sub *art. 4 bis o.p.*, in FIORENTIN F., SIRACUSANO S. (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Milano, 2019, 39.
MARGARA A., *Il problema della discrezionalità nelle decisioni della magistratura di sorveglianza*, in *Quaderni del C.S.M*., n. 46, *La magistratura di sorveglianza e il nuovo codice di procedura penale*, Roma, 1991, 211.
MARGARA A., *Quale giustizia? Repetita non iuvant: ancora sulla pena e sul carcere*, in *Quest. giust.*, 4-6/2002, 1030.
MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale diritto penale*, *Parte generale*, Milano, 2025.
MARINUCCI G., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, 469 ss.
MARINUCCI G., *Problemi della riforma del diritto penale in Italia*, in MARINUCCI G., DOLCINI E. (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 349.
MARINUCCI G., *Relazione di sintesi*, in AA. VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, 315.

MARTINEZ GARAY L., *Errores conceptuales en la estimación de riesgo de reincidencia*, in *Revista Española de Investigación Criminológica,* 14/2016, 1.
MARTINI A., *Cronaca di un successo annunciato. Commento all'art. 3 della LL 28 aprile 2014, n. 67*, in *Leg. pen*., 2014, 486.
MARTINI A., *Essere pericolosi*. *Giudizi soggettivi e misure personali*, Torino, 2017.
MARTINI A., sub *art. 132 c.p.*, in PADOVANI T. (a cura di), *Codice penale*, Tomo I, VII ed., Milano, 2019, 947.
MARTINI A., sub *art. 133 c.p.*, in PADOVANI T. (a cura di), *Codice penale*, Tomo I, VII ed., Milano, 2019, 958.
MARTINI A., sub *art. 133-bis c.p.*, in PADOVANI T. (a cura di), *Codice penale*, Tomo I, VII ed., Milano, 2019, 988.
MARTINI A., *Una nuova tappa di un viaggio forse senza meta: la legge di riforma della sospensione condizionale*, in *Dir. pen. proc.*, 11/2004, 1332.
MARTINI A., voce *Oblazione* (profili sostanziali), in *Dig. disc. pen*., Torino, 1994, 401.
MARTINICO G., voce *Populismo*, in *Enc. dir., I tematici, Potere e Costituzione*, Milano, 2023, 391 ss.
MARTINO A., *Sanzioni sostitutive della pena detentiva*, in DE FRANCESCO G. (a cura di), *Le conseguenze sanzionatorie del reato*, Torino, 2011, 147.
MASON A. T., *Myth and reality in Supreme Court decisions*, in *Virginia L. Rev*., vol. 48, n. 8, 1962, 1385.
MASSA M., *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959.
MASSARO A., *Appunti di diritto penale europeo*, Torino, 2023.
MASTRAPASQUA S., *La riforma del regime ostativo ex art. 4-bis ord. penit.: prime applicazioni, implicazioni e prospettive*, in *www.sistemapenale.it*, 25 giugno 2024.
MATTEVI E., *Definizioni e principi generali della giustizia riparativa tra indicazioni sovranazionali e previsioni nazionali*, in BONINI V. (a cura di), *La giustizia riparativa (d.lgs. n. 150/2022 – d.lgs. n. 31/2024)*, Torino, 2024, 67.
MATTEVI E., *Estinzione del reato per condotte riparatorie*, in A. SCALFATI (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Torino, 2017, 44.
MATTEVI E., *La giustizia riparativa: disciplina organica e nuove intersezioni con il sistema penale*, in D. CASTRONUOVO, DONINI M., MANCUSO E.M., VARRASO G., *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Milano, 2023, 233.
MATTEVI E., *La rieducazione nella prospettiva della giustizia riparativa: il ruolo della vittima*, in MENGHINI A., MATTEVI E. (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, Napoli, 2022, 65.
MATTEVI E., *La sospensione del procedimento con messa alla prova dopo la riforma Cartabia: profili sostanziali*, in *Dir. pen. proc*., 1/2023, 45.
MATTEVI E., *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Napoli, 2017.
MAUGERI A. M., *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte Costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2/1999, 434.
MAUGERI A.M., *L'uso di algoritmi predittivi per accertare la pericolosità sociale: una sfida tra* evidence based practices *e tutela dei diritti fondamentali*, in *Arch. pen*., 1/2021, 1.
MAZZA L., voce *Oblazione volontaria (diritto penale)*, in *Enc. dir*., Milano, 1979, 562.

MAZZA O., sub *art. 129 bis c.p.p.*, in GIARDA A., SPANGHER G. (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Tomo I, Milano, 2023, 1968.
MAZZACUVA F., *La grande Camera della Corte Edu su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 30 ottobre 2013.
MAZZANTI E., *Il problema degli obblighi convenzionali di tutela penale. Gli effetti espansivi della penalità derivanti dalla protezione dei diritti umani*, Torino, 2025.
MAZZANTI M., voce *Oblazione*, in *Noviss. dig. it*., Torino, 1965, 720.
MECCARELLI M., *Arbitrium: un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, 1998.
MELCHIONDA A., *Commento agli artt. 2 e 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251: circostanze, recidiva, prescrizione*, in *Dir. pen. proc*., 2006, 175.
MELCHIONDA A., *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze aggravanti*, Milano, 1993.
MELCHIONDA A., *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000.
MENGHINI A., *Cade anche la preclusione di cui al comma 1 bis dell'art. 47 quinquies ord. penit*., in *Dir. pen. proc*. 8/2017, 1047.
MENGHINI A., *Carcere e costituzione. Garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, Napoli, 2022.
MENGHINI A., *Giustizia riparativa ed esecuzione. Per una giustizia riparativa in fase esecutiva*, in FORNASARI G., MATTEVI E. (a cura di), *Giustizia Riparativa: responsabilità, partecipazione, riparazione,* Napoli, 2019, 211 ss.
MENGHINI A., *Giustizia riparativa: i principi generali*, in *www.sistemapenale.it*, 24 novembre 2023.
MENGHINI A., *Il carcere al tempo del Coronavirus: tra provvedimenti coraggiosi della Magistratura di Sorveglianza e repliche "garantistiche" del governo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2020, 832.
MENGHINI A., *La Consulta apre una breccia nell'art. 4 bis o.p. Nota a Corte cost. n. 253/2019,* in *www.osservatorioaic.it*, 2020, 307.
MENGHINI A., *Revisione critica, percorsi di giustizia riparativa e rieducazione. Rapporti e implicazioni in fase esecutiva*, in MENGHINI A., MATTEVI E., (a cura di), *Riparazione e giustizia riparativa nel sistema penale: teorie, prassi e nuove prospettive: atti del Convegno Trento, 20-21 settembre 2024*, Napoli, 2025, 203.
MENGHINI A., *Revisione critica, professione di innocenza e accesso ai benefici penitenziari*, in *Giur. it*., 11/2023, 2458.
MENGHINI A., *Riflessioni sparse sulle misure alternative alla detenzione*, in FORNASARI G., MENGHINI A. (a cura di), *Il carcere come* extrema ratio. *Atti del Convegno. Trento, 20-21 dicembre 2024*, Napoli, 2025.
MENNA M., *La motivazione del giudizio penale*, Napoli, 2000.
MENTASTI G., *Pene sostitutive e reati ostativi: per la Corte costituzionale le questioni di legittimità non sono fondate*, in *www.sistemapenale.it*, 1 agosto 2025.
MENTASTI G., *Semilibertà sostitutiva, detenzione domiciliare sostitutiva e lavoro di pubblica utilità*, in BARTOLI R., GATTA G.L., MANES V., (a cura di), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale. Le modifiche al sistema sanzionatorio penale*, vol. III, Torino, 2024, 9.
MERENDA I., *Le circostanze del reato tra prevenzione generale e speciale*, Torino, 2022.

MERENDA I., *Profili innovativi e aspetti problematici della riforma delle pene sostitutive*, in *Arch. pen*., 2/2023, 1.
MERENDA I., *Recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale. Verso un definitivo superamento del meccanismo della blindatura previsto dall'art. 69, comma 4, c.p.?*, in *Dir. pen. proc*., 11/2023, 1486.
MESSINA S., *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, 1947.
MIEDICO M., *La pena pecuniaria. Disciplina, prassi e prospettive di riforma*, Milano, 2008.
MIEDICO M., *Le misure sospensivo-probatorie pre-decisorie*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1/2022, 221.
MIEDICO M., MENGHINI A., POJER P., *Le misure di* probation *nel Regno Unito: spunti per una riforma in Italia*, in DOLCINI E., DELLA BELLA A. (a cura di), *Le misure sospensivo-probatorie. Itinerari verso una riforma*, Milano, 2020, 57.
MIEDICO M., *Sospensione del processo e messa alla prova anche per i maggiorenni*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 14 aprile 2014.
MIEDICO M., sub *art. 133-bis c.p.*, in *Codice penale commentato*, diretto da DOLCINI E., GATTA G.L., V ed., Milano, 2021, 2039.
MILITELLO V., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982.
MIR PUIG S., *La perspectiva "ex ante" en Derecho penal*, in *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1983, 5.
MIRAGLIA M., *La messa alla prova dell'imputato adulto. Analisi e prospettive di un modello processuale diverso*, Torino, 2020.
MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.
MODUGNO F., *Corte costituzionale e potere legislativo*, in BARILE P., CHELI E., GRASSI S. (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1988, 19.
MONACO L., PALIERO C. E., *Variazioni in tema di «crisi della sanzione»: la diaspora dei sistemi commisurativi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 1994, 421.
MONACO L., *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Napoli, 1984.
MONTESQUIEU C.L., *De l'esprit des lois*, in *Oeuvers completès*, Parigi, 1951.
MONTEVERDE L., *Tribunale della pena e processo bifasico: realtà e prospettive*, in *Dir. pen. proc*., 2001, 1161.
MONZANI M., DI MUZIO F., *La giustizia riparativa*, Milano, 2018.
MORABITO C., *La chiave del crimine*, in *www.poliziadistato.it,* 2015.
MORO F., *L'art. 4-bis o.p. riformato dal d.l. 162/2022, conv., con modifiche, dalla l. 199/2022: un passo avanti e due indietro***,** in *www.sistemapenale.it,* 17 maggio 2023.
MORRONE A., *Liberazione condizionale e limiti posti dall'art. 4-bis ord. penit*., in *Dir. pen. proc*., 11/2014, 1351.
MORSELLI E., *Il significato della capacità a delinquere nell'applicazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1977, 1342.
MORTATI C., *Norme sul potere discrezionale*, in ID., *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, 1001.
MORTATI C., voce *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. dir*., vol. XI, Milano, 1962, 133.
MORTATI C., voce *Discrezionalità,* in *Noviss. Dig. it*., V, Torino, 1960, 1098.
MOSCARINI P., *La perizia psicologica e il "giusto processo"*, in *Dir. proc. pen*., 2006, 929.

MURATORI L.A., *Dei difetti della giurisprudenza (1742)*, Roma, 1933.
MUSCO E., voce *Misure di sicurezza*, in *Enciclopedia del diritto*, 1997, Agg. I, 763.
MUZZICA R., *Il ruolo dell'autorità giudiziaria nei programmi di giustizia riparativa*, in *www.sistemapenale.it*, 17 febbraio 2023, 35.

NAPPI A., *La prevedibilità nel diritto penale. Contributo ad un'indagine sistemica*, Napoli, 2020.
NAPPI A., *La rideterminazione della pena nel giudizio di cassazione tra legittimità e merito*, in *www.sistemapenale.it*, 15 aprile 2024.
NEPPI MODONA G., *Crisi della certezza della pena e riforma del sistema sanzionatorio*, in (a cura di) BORRÈ G., PALOMBARINI P., *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, Milano, 1988, 51.
NEPPI MODONA G., voce *Ordinamento penitenziario*, in GAITO A. (a cura di), *Dig. disc. pen.,* vol. IX, Torino, 1995, 41.
NICOLÒ G., *La pena pecuniaria come sanzione sostitutiva di pene detentive brevi: riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 28 del 2022, in attesa della Riforma Cartabia*, in *Consulta online*, 2022, 725.
NICOLÒ G., *La proporzionalità della pena* in executivis, in *Cass. pen*., 12/2024, 4116.
NITSCH C., *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento*, Milano, 2012.
NOTARO D., *Un passo deciso (e atteso) sulla via dell'affermazione delle garanzie costituzionali nella fase dell'esecuzione della pena*, in *Dir. pen. proc*., 7/2020, 985.
NUVOLONE P., *Il potere discrezionale del giudice in materia di sanzioni nel diritto penale italiano*, in *Riv. pen. svizzera*, 1959, 220.
NUVOLONE P., *Il ruolo del giudice nell'applicazione della pena*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, II, Padova, 1969, 1558.
NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982.
NUVOLONE P., *La capacità a delinquere nel sistema del diritto penale*, Piacenza, 1942.
NUVOLONE P., *La capacità a delinquere nel sistema del diritto penale,* in *Trent'anni di diritto e procedura penale,* vol. 1, Padova, 1969, 578.

ORLANDI R., *Nuova legalità penale, diritto giurisprudenziale e funzioni attuali della Corte di cassazione*, in *www.sistemapenale.it,* 5 dicembre 2022.
ORLANDI R., *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, in AA. VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, 257.
PACE L., *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in *www.gruppodipisa.it*, 18 settembre 2014.
PACE L., *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in *www.costituzionalismo.it*, 2015.
PADOVANI T., *Fuga dal carcere e ritorno alla sanzione. La questione delle pene sostitutive tra efficacia della sanzione ed efficienza dei meccanismi processuali*, in AA. VV. *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, 73.
PADOVANI T., *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1969, 819.
PADOVANI T., *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 916.
PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma. Il problema delle comminatorie edittali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 1992, 419.
PADOVANI T., *La pena carceraria*, Pisa, 2014.

PADOVANI T., *La sospensione condizionale oltre l'orizzonte delle «modifiche al sistema penale»*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1983, 1249.
PADOVANI T., *Riforma Cartabia, intervento sulle pene destinato a ottenere risultati modesti*, in *Guida dir*., 5 novembre 2022, 8.
PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir., Dossier*, 1/2016, 32.
PADOVANI T., voce *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen*., II, Torino, 1988, 188.
PAGLIARO A., *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 1981, 25.
PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003.
PAINTER-DAVIS N., ULMER J.T., *Discretion and Disparity under Sentencing Guidelines Revisited: The Interrelationship between Structured Sentencing Alternatives and Guideline Decision-making*, in *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 2020, 57, 3, 263.
PALADIN L., voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir*., Agg. I, Milano, 1997, 899.
PALAZZO F., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Atti del Convegno, Urbino, 23-24 settembre 2005, Milano, 2007, 31.
PALAZZO F., BARTOLI R. (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze, 2011.
PALAZZO F., BARTOLI R., *Appunti generali sulla riforma del sistema sanzionatorio con riferimento alla tipologia sanzionatoria e alla sospensione condizionale della pena*, in PALAZZO F., BARTOLI R. (a cura di), *Certezza o flessibilità della pena? Verso la riforma della sospensione condizionale della pena*, Torino, 2007, 135.
PALAZZO F., BARTOLI R., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2023.
PALAZZO F., *Commisurazione della pena e discrezionalità giudiziale: un terreno di tensioni e incertezze*, in *Dir. pen. proc*., 11/2022, 1345.
PALAZZO F., *Considerazioni minime sulla prevedibilità della decisione giudiziale (tra miti, illusioni, pragmatismi)*, *Cass. pen*., 3/2022, 941.
PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, VII ed., Torino, 2018.
PALAZZO F., *Crisi del carcere e culture di riforma*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo*, 2018.
PALAZZO F., *Giustizia riparativa e diritto penale*, in BONINI V. (a cura di), *La giustizia riparativa (d.lgs. n. 150/2022 - d.lgs. n. 31/2024)*, Torino, 2024, 25.
PALAZZO F., *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in *www.sistemapenale.it*, 8 settembre 2021.
PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale: la fattispecie*, 1979.
PALAZZO F., *Il principio di proporzione e i vincoli sostanziali del diritto penale*, in CONTE G., LANDINI S. (a cura di), *Principi, regole, interpretazioni, contratti e obbligazioni, famiglia e successioni*, in *Scritti in onore di Giovanni Furgiele*, vol. I, Mantova, 2017, 311.
PALAZZO F., *Introduzione alla sessione «*Common law*,* civil law *e oltre»*, in STILE A. M., MANACORDA S., MONGILLO V., (a cura di), Civil law *e* Common law*: quale «grammatica» per il diritto penale?*, Napoli, 2018, 89.
PALAZZO F., *La recente legislazione penale*, Padova, 1985.
PALAZZO F., *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2020, 1249.

PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale",* in *Quad. fiorentini*, 2007, 1279.
PALAZZO F., *Legalità, flessibilità e proporzionalità della pena*, Relazione tenuta nell'ambito del corso di formazione organizzato da Scuola Superiore della Magistratura dal titolo "*Applicazione ed esecuzione della pena: giudice della cognizione e della sorveglianza*", Napoli-Castel Capuano, 12-14 novembre 2025.
PALAZZO F., *Linee portanti della riforma Cartabia*, in BARTOLI R., GUERRINI R. (a cura di), *Verso la riforma del sistema sanzionatorio*, Napoli, 2022, 17.
PALAZZO F., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1998, 350.
PALAZZO F., *Presente, futuro e futuribile della pena carceraria*, in PALIERO C.E., VIGANÒ F., BASILE F., GATTA G.L. (a cura di), *La pena, ancora: tra attualità e tradizione, Studi in onore di E. Dolcini*, 2018, 521.
PALAZZO F., *Quale futuro per le "pene alternative"?*, in *Riv. it. dir. pen*., 2019, 539.
PALAZZO F., *Relazione introduttiva. La rieducazione: un bilancio sommario*, in MENGHINI A., MATTEVI E. (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*. *Atti del Convegno, Trento, 21-22 gennaio 2022*, Napoli, 2022, 5.
PALAZZO F., *Scopi e valori ispiratori della riforma del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2/2023, 497.
PALAZZO F., *Uno sguardo d'insieme alla riforma del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc*., 1/2023, 11.
PALAZZO F., *Uscire dal disordine sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1/2022, 465.
PALIERO C. E., MOCCIA S., DE FRANCESCO G., INSOLERA G., PELISSERO M., RAMPIONI R., RISICATO L. (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali, Atti del Convegno dell'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale*, Napoli, 7-8 novembre 2014, 2016.
PALIERO C.E., *Il mercato della penalità: bisogno e meritevolezza di pena nel rationale della punitività*, Torino, 2021.
PALIERO C.E., *L'agorà e il palazzo: quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, 95.
PALIERO C.E., *La "riserva di codice" messa alla prova: deontica idealistica versus deontica realistica*, in *Criminalia*, 2019, 31.
PALIERO C.E., *Metodologie* de lege ferenda*: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1992, 545.
PALLADINO R., *Il principio di proporzionalità nel diritto dell'Unione europea. Natura, funzioni e controllo*, Bari, 2024.
PALUMBIERI S.R., *Violenza sessuale*, in CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M. (diretto da), *Diritto penale*, Milano, 2022, 6187.
PAONESSA C., *Giudizi prognostici e diritto penale. Luoghi, funzioni, garanzie*, Pisa, 2024.
PAONESSA C., *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009.
PAONESSA C., *Ripercorrendo i "luoghi" della prognosi "personologica": alcuni spunti di riflessione*, in *Arch. pen*., 3/2020, 1.
PARISI F., *Giustizia riparativa e sistema penale*, Torino, 2025.
PARISI F., *Giustizia riparativa* in malam partem*? Una criticabile sentenza della Cassazione sui rapporti fra mediazione penale e messa alla prova dell'imputato*, in *Foro it*., 12/2023, 682.

PARLATO L., *La giustizia riparativa e due nodi da sciogliere: il mancato avviso sull'accesso ai programmi e l'impugnabilità del diniego al loro avvio*, in *Arch. pen*., 3/2025, 1.
PATANÈ V., *Il modello di giustizia riparativa introdotto dal d.lgs. n. 150/2022: prisma concettuale e paradigma operativo*, in CASTRONUOVO D., NEGRI D. (a cura di), *Forme, riforme e valori per la giustizia penale futura*, Napoli, 2023, 395.
PATTENDEN R., *Judicial Discretion and Criminal Litigation*, Oxford, 1990.
PAVARIN G.M., *I giudizi discrezionali nelle alternative al carcere,* nell'ambito del convegno *Evoluzione del sistema penale e giudizi discrezionali*, Firenze, 9-10 maggio 2024, in *www.youtube.com/watch?v=387ZfEqL-0Q*.
PAVARIN G.M., *La "legge Cartabia" tra pene sostitutive e sorveglianza. Il giudice di cognizione diventa finalmente (ma solo se vuole) giudice della pena oltre che del fatto-reato*, in *Giustizia insieme*, 2 maggio 2023.
PAVARIN G.M., *Le misure di comunità: una vera alternativa al carcere?*, in FORNASARI G., MENGHINI A. (a cura di), *Il carcere come extrema ratio. Atti del Convegno. Trento, 20-21 dicembre 2024*, Napoli, 2025, 63.
PAVARIN G.M., *Pericolosità sociale: il ruolo del Magistrato di Sorveglianza*, in MENGHINI A., MATTEVI E. (a cura di), *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere*, Napoli, 2020, 103.
PECCIOLI A., *La riforma delle circostanze e le ipotesi escluse dal bilanciamento*, in PECCIOLI A., SCALIA M.E., D'AURIA D. (a cura di), *Le modifiche al codice penale (I)*, in *Dir. proc. pen*., 2009, 1197.
PECCIOLI A., *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010.
PECORELLA C., *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1/2010, 397.
PEDRAZZI C., *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen*., IV, 1990, 71.
PEDRO S.M., *Diniego di accesso al programma di giustizia riparativa: note critiche in margine a una recente pronuncia della Corte di Cassazione*, in *Mediares*, 2/2024, 27.
PELISSERO M., *Il principio di proporzionalità (non sproporzionalità) delle pene: recenti sviluppi e impatto anomalo delle fonti eurounitarie sul principio di legalità delle pene*, in *Dir. pen. proc*., 2023, 1359.
PELISSERO M., *La pervicace volontà di non affrontare i nodi dell'emergenza carceraria*, in *www.sistemapenale.it,* 18 luglio 2024.
PELISSERO M., *Le metamorfosi della pena in fase esecutiva tra funzione rieducativa e legalità della pena*, in (a cura di) PALIERO C.E., VIGANÒ F., BASILE F., GATTA G.L., *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, 339.
PELISSERO M., *Oltre la riforma Cartabia. le prospettive della rieducazione nello sviluppo del sistema sanzionatorio*, in MENGHINI A., MATTEVI E. (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*. *Atti del Convegno, Trento, 21-22 gennaio 2022*, Napoli, 2022, 15.
PELISSERO M., *Permessi premio e reati ostativi. Condizioni, limiti e potenzialità di sviluppo della sent. 253/2019 della Corte costituzionale,* in *Leg. pen*., 30 marzo 2020.
PELISSERO M., *Sicurezza e diritti fondamentali. Aspetti sostanziali*, in *Dir. pen. proc*., 11/2019, 1479.
PELLEGRINI L., *Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma*, Firenze, 2014.

PELLEGRINO A., *I provvedimenti del giudice penale: obblighi di motivazione tra fattispecie tipiche e principi giurisprudenziali consolidati*, Milano, 2006.
PENCO E., *Offensività e colpevolezza nel controllo di costituzionalità in materia di recidiva e giudizio di bilanciamento*, in *Dir. pen. proc*., 2/2021, 260.
PENNISI A., *Oblazione processuale e oblazione preprocessuale*, in *Giust. pen*., 1973, 556.
PERALDO GIANOLINO M., *Determinazione della pena e garanzie nel processo penale di cognizione*, in *https://tesidottorato.depositolegale.it/handle/20.500.14242/63668?mode=complete*, 2022.
PEREGO B., *Magistratura di sorveglianza, questa sconosciuta. I giudici della pena tra oblio e tutela dei diritti*, in *www.antigone.it*, 2017.
PERELMAN C., *Logica giuridica. Nuova retorica*, Milano, 1979.
PERIN A., *Il diritto eurounitario a non incorrere in sanzioni sproporzionate e la discrezionalità correttiva del giudice nazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 3/2022, 1382.
PERINI C., *Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex art. 162 ter: deflazione senza* Restorative Justice, in *Dir. pen. proc*., 2017, 1276.
PERINI C., *La legittimazione della norma criminale. Gli statuti di garanzia della penalità nella svolta di fine millennio*, Garbagnate Milanese, 2018.
PERINI C., *Prime note sulla disciplina organica della giustizia riparativa: "infrastrutture" e raccordi di sistema*, in *Dir. pen. proc*., 2023, 97.
PETRINI D., *Certezza della pena e modelli sanzionatori*, in PISA P. (a cura di), *Verso la riforma del sistema sanzionatorio? Atti del convegno in ricordo di Laura Fioravanti*, Torino, 2008, 199.
PETROCELLI B., *Appunti sul principio di legalità nel diritto penale*, in AA.VV., *Saggi di diritto penale*, Napoli, 1965, 188.
PETROCELLI B., *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940.
PETROCELLI B., *Principi di diritto penale*, Napoli, 1955.
PETROCELLI B., *Retribuzione e difesa nel progetto di codice del 1949,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1950, 449.
PICARDI N., *La natura del potere del giudice*, in G. BERTI (a cura di), *Ritorno al diritto: i valori della convivenza. Legalità e illegalità le due facce del pluralismo*, 2/2005, 58.
PICOTTI L., SPANGHER G. (a cura di), *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, Milano, 2002.
PIFFERI M., *Accidentalia delicti e criteri di commisurazione della pena. Una lettura storica delle circostanze alla 'periferia' del codice*, in BARTOLI R., PIFFERI M. (a cura di), *Attualità e circostanze del reato. Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità*, Milano, 2016, 1.
PIFFERI M., *L'individualizzazione della pena. Difesa sociale e crisi della legalità penale tra otto e novecento*, Milano, 2013.
PINA SANCHEZ J., *Defining and Measuring Consistency in Sentencing*, in ROBERTS J.V. (a cura di), *Exploring Sentencing Practice in England and Wales*, Londra, 2015, 76.
PINA SANCHEZ J., LINACRE R., *Enhancing Consistency in Sentencing: Exploring the Effects of Guidelines in England and Wales*, in *Journal of Quantitative Criminology*, 2014, 30, 4, 731.
PINI O., *Norma penale e Corte costituzionale. Processi normativi e itinerari interpretativi tra legislatore e giudice delle leggi*, Milano, 2021.

PINO G., *Legalità penale e* Rule of Law, in PINO G., VILLA V. (a cura di), Rule of Law. *L'ideale della legalità*, Bologna, 2016, 177.
PIRAS A., voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir*., vol XIII, Varese, 1964, 65.
PISA P., *Pene accessorie di durata fissa e ruolo "riformatore" della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc*., 2019, 216.
PISANI M., *La pena dell'ergastolo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2/2016, 575 ss.
PISANI N., *La nuova vocazione specialpreventiva in positivo delle pene sostitutive*, in PREZIOSI S. (a cura di), *Le pene sostitutive*, 2025, Torino, 85.
PISANI N., *Le pene sostitutive*, in *Guida dir*., 2023, 942 ss.; R. DE VITO, *Le pene sostitutive: una nuova categoria sanzionatoria per spezzare le catene del carcere*, in *Quest. giust*., 2/2023, 107.
PIZZORUSSO A., *"Zone d'ombra" e "zone franche" della giustizia costituzionale italiana*, in *ConsultaOnline*, 2008.
PIZZORUSSO A., *Doppio grado di giurisdizione e principi costituzionali*, in *Riv. dir. proc.,* 1978, 33.
PODESTÀ G.L., MAZZUCATO C., CATTANEO A., *Storie di giustizia riparativa*, Bologna, 2017.
POLA G.C., *Commento alla legge sulla condanna condizionale* (Legge Ronchetti, 26 giugno 1904, n. 267), Torino, 1905.
PONTI G., MERZAGORA I., PONTI G., *La abolizione delle presunzioni di pericolosità sociale*, in *Riv. it. med. leg.*, 1/1987, 17.
POTETTI D., *Osservazioni in tema di recidiva alla luce della legge n. 251/2005 (c.d. "ex Cirielli")*, in *Cass. pen*., 2006, 2467.
PRESUTTI A., *«Alternative» al carcere e regime delle preclusioni*, in EAD. (a cura di), *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, Milano, 1994, 59.
PRESUTTI A., *La giustizia riparativa alla prova del giusto processo penale*, in *www.sistemapenale.it*, 27 giugno 2023.
PRESUTTI A., *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 1986.
PROFITI E., *La sentenza Del Río Pra da e il principio di legalità convenzionale: la rilevanza del l'overruling giurisprudenziale sfavorevole in materia di benefici penitenziari*, in *Cass. pen*., 2/2014, 684.
*Progetto di ricerca EuriPen "Dall'Europa del populismo penale all'Europa dei diritti fondamentali: la riscoperta della funzione rieducativa come essenza riformatrice del sistema sanzionatorio per le persone e per gli enti"*, Università di Catania, in *www.sistemapenale.it*, 2022.
PROSDOCIMI S., *Note su alcuni criteri di classificazione delle circostanze del reato*, in *Ind. pen*., 1983, 269.
PUGIOTTO A., *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019*, in *Rivista AIC*, 1/2020 501.
PUGIOTTO A., *Il volto costituzionale (e i suoi sfregi)*, in *www.archioviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 10 giugno 2014.
PUGIOTTO A., *La sent. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1/2020, 160.
PUGIOTTO A., *Una* quaestio *sulla pena dell'ergastolo. Sulla incostituzionalità del carcere a vita*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 5 marzo 2013.
PULITANÒ D., *Circostanze del reato. Problemi e prospettive*, in DASSANO F., VINCIGUERRA S. (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Torino, 2010, 701.

PULITANÒ D., *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont*., 2/2017, 49.
PULITANÒ D., *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2009, 547.
PULITANÒ D., *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it dir. e proc. pen*, 2/2016, 641.
PULITANÒ D., *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont*., 26 marzo 2019, 235.
PULITANÒ D., voce *Politica criminale*, in *Enc. dir*., 1985, 73.
PULVIRENTI A., *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, Milano, 2008.

QUATTROCOLO S., *Risk assessment: sentencing o non sentencing?*, in *Giurisdizione penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Milano, 2021, 69.
QUINTALIANI V., *Prime osservazioni alla Legge n. 199 del 30/12/2022 di conversione del d.l. 162/2022 recante «Modifiche all'art. 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354 in materia di revisione delle norme sul divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia»*, in *Arch. pen*., 3/2023, 1.
QUIROZ VITALE M. A., *Il diritto liquido. Decisioni giuridiche tra regole e discrezionalità*, Milano, 2012.

RAMAJOLI S., *La capacità a delinquere nel diritto penale italiano*, in *Arch. pen*., 1970, I, 11.
RAMPONI L., *Il principio di colpevolezza*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, Torino, 2012, 283.
RANIERI S., *La pericolosità criminale nel codice penale vigente, in La scuola positiva,* 1933, vol. I, 18.
RANIERI S., *Pene pecuniarie e rieducazione del condannato*, in *Sc. Pos*., 1966, 265.
RECCHIA N., *Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto: estensione dell'ambito di applicazione, preclusioni e rilievo della condotta susseguente al reato*, in BARTOLI R., GATTA G.L., MANES V. (a cura di), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale. Le modifiche al sistema sanzionatorio penale*, vol. III, Torino, 385.
RECCHIA N., *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020.
REGGIO F., *Giustizia dialogica*, Milano, 2010.
REGINI S., *Rassegna ragionata dell'evoluzione normativa dell'affidamento in prova al servizio sociale*, in FORNASARI G., MENGHINI A. (a cura di), *Il carcere come* extrema ratio. *Atti del Convegno. Trento, 20-21 dicembre 2024*, Napoli, 2025, 123.
RENOLDI C., *Giudizi prognostici nella fase esecutiva della pena*, Relazione nell'ambito dell'incontro di formazione dal titolo "Giudizi prognostici" organizzato da *Struttura di formazione decentrata della Corte di Cassazione*, Roma, 6 marzo 2024, la cui registrazione audio-video è disponibile in *https://www.youtube.com/watch?v=1m_tcgw44DA&ab_channel=formazionedecentratacassazione*.
RENOLDI C., *La magistratura di sorveglianza tra crisi di legittimazione e funzione rieducativa della pena*, in *Quest. Giust*., 1/2007, 23.
RICCI A., *Osservazioni a prima lettura agli artt. 1-3 del decreto-legge n. 162 del 31.10.2022, in tema di «divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia»*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2022.

RISICATO L., *Dalla Costituzione al Leviatano. La torsione illiberale del decreto "sicurezza" n. 48/2025*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2/2025, 471.
RISICATO L., *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019.
RISICATO L., *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 3/2015, 1238.
RISICATO L., *La riforma delle pene sostitutive tra molti pregi e qualche asimmetria*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 4/2023, 585.
RIZZO C., *Accertamenti sull'età e la personalità del minore nel procedimento penale*, Milano, 2007.
ROBERTS J.V., ASHWORTH A., *The Evolution of Sentencing Policy and Practice in England and Wales, 2003-2015*, in *Crime and Justice*, 2016, 45(1), 307.
ROBERTS J.V., BILD J., *Ethnicity And Custodial Sentencing. A review of the trends, 2009-2019*, 2021, in *www.crimeline.co.uk.*
ROBERTS J.V., *Sentencing Guidelines and Judicial Discretion. Evolution of Duty of Couris to Comply in England and Wales*, in *Br. J. Criminol*., 2011, 997 ss.
ROBERTS J.V., *Structured Sentencing: Lessons from England and Wales for Common Law Jurisdiction, in Punishment and Society*, 2012, 267 ss.
RODOTÀ S., *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1992.
ROIATI A., *Il consenso dell'imputato quale presupposto applicativo delle pene sostitutive diverse dalla pena pecuniaria tra sostanziale e processuale*, in S. PREZIOSI (a cura di), *Le pene sostitutive*, Torino, 2025, 59.
ROIATI A., *Il progressivo superamento delle presunzioni di pericolosità sociale nel percorso di armonizzazione tra misure di prevenzione e principi costituzionali*, in *Proc. pen. giust*., 3/2025, 548.
ROMANO M., *"Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1992, 39.
ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 1995.
ROMANO M., GRASSO G., sub *art. 133-ter*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, IV ed., Milano, 2012, 374.
ROMANO M., *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, Milano, 1979.
ROMANO S., *Secondo grado di merito e presunzione di innocenza*, in *www.dirittodidifesa.eu*, 7 aprile 2020.
ROMBI N., *L'emblema di un sistema carcerario in crisi: i liberi sospesi*, in *Giur. it*., 5/2025, 1199.
ROSENBERG M., *Judicial discretion of the trial court viewed from aboved*, in *Syracuse L. Rev*., vol. 22, n. 3, 1971, 635.
ROTONDI M., voce *Interpretazione della legge*, in *Noviss. Dig. it*., VIII, Torino, 1962, 893.
ROXIN C., *Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, in MADLENER K., PAPENFUSS D., SCHÖNE W. (a cura di), *Strafrecht und Strafrechtsreform* 1974, 281.
ROXIN C., *Politica criminale e sistema del diritto penale*, trad. it. (a cura di) MOCCIA S., Napoli, 1998.
ROXIN C., *Prevention, Censure and Responsibility: The Recent Debate on the Purposes of Punishment, in Liberal Criminal Theory. Essay for Andreas von Hirsch*, Londra, 2014, 23.
ROXIN C., *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Juristische Schulung*, 1966, 377.

RUDONI R., *Eguaglianza, proporzionalità e individualizzazione della pena nel sindacato di costituzionalità sulle aggravanti 'privilegiate' (nota a Corte cost., sentenza n. 197 del 2023 in tema di omicidio aggravato dal contesto familiare o affettivo)*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2024, 230.
RUGA RIVA C., *Una nuova parola d'ordine: lotta senza quartiere contro l'illegalità diffusa*, in MAZZA O., VIGANÒ F. (a cura di), *Il pacchetto sicurezza*, Torino, 2009, 131.
RUGGERI A., *Note minime in tema di limiti alla discrezionalità del legislatore*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3/2024, 135.
RUGGERI A., *Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni, nella prospettiva di un'Europa unita*, in *Dir. Un. Eur*., 2010, 869.
RUGGIERO G., *La giustizia riparativa nella fase esecutiva. Un'insolita pronuncia della Cassazione*, in *www.dirittogiustiziaecostituzione.it*, 7 febbraio 2025.
RUGGIERO G., *Servizio di cura o finestra di giurisdizione? Rimessa alle SS.UU. la questione dell'impugnabilità dei provvedimenti di diniego alla giustizia riparativa*, in *www.dirittogiustiziaecostituzione.it*, 17 luglio 2025.
RUGGIERO G., voce *Punibilità*, in *Enc. dir*., Milano, 1988, 1143.
RUOTOLO M., *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *www.sistemapenale.it*, 12 dicembre 2019.

SALEILLES R., *L'individualisation de la peine,* in *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, a cura di OTTENHOF R., Ramonville Saint-Agne, 2001, 21.
SALVATI A., *La pericolosità sociale nell'ordinamento giuridico italiano*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 11 maggio 2011.
SANDULLI A. M., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc*., 1975, 561.
SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989.
SANTANGELO A., *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino, 2022.
SANTORIELLO C., *Il vizio di motivazione. Tra esame di legittimità e giudizio di fatto*, Milano, 2008.
SANTOSUOSSO A., *Intelligenza artificiale e diritto: perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Milano, 2020.
SARTARELLI S., *Sulle "tracce" del* favor rei *nella discrezionalità penale*, Bologna, 2012.
SATURNINO R., voce *Discrezionalità (Diritto penale)*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989.
SCACCIA G., *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000.
SCAPARONE M., *La motivazione della sentenza penale*, in *Dir. pen. proc*., 4/2010, 473.
SCARDOVI I., voce *Previsione*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. VI, Roma, 1996, 783, anche online in *www.treccani.it*.
SCHIAPPOLI D., voce *Diritto penale canonico. Raccolta di monografie*, in PESSINA E. (a cura di), *Enc. dir. pen*. it., Milano, 1905, 613.
SCOMPARIN L., *Istanze rieducative e nuovi modelli di giurisdizione penale: l'identità perduta della magistratura di sorveglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2012, 1402.
SICLARI M., *La conversione delle pene pecuniarie in detentive a seguito della sentenza n. 131 del 1979 della Corte costituzionale*, in *www.dirittopenitenziarioecostituzione.it*.
SIGISMONDI A., *Pene pecuniarie e funzione rieducativa*, in *Giur. cost*., 1966, 146.
SILVESTRI G., *La discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, in *www.sistemapenale.it*, 17 maggio 2024.

SILVESTRI G., *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. Cost*., 1/2006, 7.
SIRACUSANO D., *In tema di discrezionalità nell'applicazione della pena*, in *Foro pen*., 1957, 382.
SIRACUSANO F., PRESUTTI A., *sub art. 47 o.p.*, in DELLA CASA F., GIOSTRA G. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2019, 599.
SOTIS C., "*Ragionevoli prevedibilità" e giurisprudenza della Corte edu*, in *Quest. giust*., 4/2018, 68.
SOTIS C., *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. cont*., 1/2012, 111.
SOTIS C., *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen*., 3/2010, 326.
SPASARI M., *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 1976, 50.
SPASARI M., *Capacità a delinquere e pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1978, 3.
SPASARI M., *Diritto penale e costituzione*, Milano, 1966.
SPATARO O., *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale. Il delicato equilibrio tra ruolo della Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore negli itinerari giurisprudenziali più recenti*, Palermo, 2022.
SPIRITO U., *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, Firenze, 1974.
STEFFENSMEIER D., DEMUTH S., *Ethnicity and judges' sentencing decisions: Hispanic-black-white comparisons*, *Criminology*, 39, 145.
STEFFENSMEIER D., DEMUTH S., *Ethnicity and sentencing outcomes in US. federal courts: Who is punished more harshly?*, in *American Sociological Review* 65, 705.
STEVENSON M., *Assessing Risk Assessment in Action*, in *Minnesota Law Review*, 103, 2018, 303.
STILE A. M., *Prospettive di riforma della commisurazione della pena*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale*, Milano, 1993, 317.
STILE A.M., *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi Urbinati*, 1976-1977, 280 ss.
STILE A.M., *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, 1971.
STILE A.M., *La commisurazione della pena nel contesto attuale del sistema sanzionatorio. Aspetti problematici*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Vassalli*, I, Milano, 1991, 287.
STOCKDALE E., DEVLIN K., *Stockdale & Devlin on Sentencing*, London, 1987.
STORTONI L., *Premesse ad uno studio sulla «punibilità»*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1985, 397.
STRADELLA E., *Recenti tendenze del diritto penale del nemico*, in D'ORLANDO E., MONTANARI L. (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, 110.

TARELLO G., *Il «problema penale» nel secolo XVIII*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, V, 1975.
TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.
TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975.
TASCONE M. G., *Applicazione della pena*, in Enc. Giur., II, Roma, 1988, 1.

TATA C., *Institutional Consistency: Appeal Court Judgements*, in VON HIRSCH A., ASHWORTH A., ROBERTS J.V. (a cura di) *Principled Sentencing. Readings on Theory and Policy*, Oxford e Portland, 2009, 276.
TELESCA M., *Contributo all'analisi dell'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, Torino, 2022.
TESAURO A., *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: "giocando con le regole" a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost*., 6/2012, 4909.
TITOMANLIO S., *Profili innovativi e rilievi critici del 'nuovo' art. 20-bis c.p.: prime pronunce della Cassazione*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 9 maggio 2024.
TRAMONTE V., *Giustizia riparativa: pratiche, effetti, potenzialità*, Trento, 2023.
TRAVAGLIA CICIRELLO T., *La pena carceraria tra storia, legittimità e ricerca di alternative*, Milano, 2018.
TRAVAGLIA CICIRELLO T., *La riforma delle sanzioni sostitutive e le potenzialità attuabili del lavoro di pubblica utilità*, in *www.legislazionepenale.it*, 21 settembre 2022.
TRONCONE P., *Manuale di diritto penitenziario e delle misure punitive*, Torino, 2023.
TUMMINELLO L., *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010.
TURCHETTI S., *Furto: nuove aggravanti*, in CORBETTA S., DELLA BELLA A., GATTA G.L. (a cura di), *Sistema penale e sicurezza pubblica: le riforme del 2009*, Milano, 2009, 199.
TVERSKY A., KAHNEMAN D., *Judgement under uncertainty: Heuristics and biases*, in *Science, New Series*, vol. 185, n. 4157, 1974, 1124.

UBERTIS G., *Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo*, in *Giurisdizione penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Milano, 2021, 9.
UBERTIS G., *Conoscenza fattuale e razionalità della decisione giudiziale*, in ID., *Argomenti di procedura penale*, Milano, 2002, 71 ss.
UBIALI M.C., *L'esclusione della sospensione condizionale della pena*, in BARTOLI R., GATTA G.L., MANES V. (a cura di), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale. Le modifiche al sistema sanzionatorio penale*, vol. III, Torino, 2024, 137.
UBIALI M.C., *La nuova disciplina della conversione delle pene pecuniarie*, in BARTOLI R., GATTA G.L., MANES V. (a cura di), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale. Le modifiche al sistema sanzionatorio penale*, vol. III, Torino, 2024, 349.
UBIALI M.C., *Le modifiche in tema di commisurazione della pena pecuniaria e pagamento rateale*, in BARTOLI R., GATTA G.L., MANES V. (a cura di), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale. Le modifiche al sistema sanzionatorio penale*, vol. III, Torino, 2024, 319.
URBAN F., *Discrezionalità del giudice e automatismi: profili problematici nel sistema delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2016, 89.

VARRASO G., *Il procedimento davanti al giudice di pace*, Milano, 2006.
VARRASO G., *Riforma Cartabia e pene sostitutive: la rottura "definitiva" della sequenza cognizione-esecuzione*, in *www.giustiziainsieme.it*, 7 febbraio 2023.
VASINO G., *Sindacato di costituzionalità e discrezionalità del legislatore. Tutela sostanziale dei diritti e tecniche decisorie*, Torino, 2024.
VASSALLI G., *Funzioni e inefficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1961, 296.
VASSALLI G., *Il dibattito sulla rieducazione (in margine ad alcuni convegni)*, in *Rass. penit. crim*., 3-4/1982, 437.

VASSALLI G., *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, in ID., *Scritti*, II, Milano, 1997, 1307.
VASSALLI G., *La riforma penale del 1974*, Milano, 1975.
VASSALLI G., *Oltre il sovraffollamento: violenza, fragilità e disuguaglianze nel sistema penitenziario. Il ruolo della Magistratura di Sorveglianza*, in *www.sistemapenale.it*, 20 novembre 2025.
VASSALLI G., voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir*., Milano, 1960, 609.
VASSALLI G., voce *Colpevolezza*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VI, Roma, 1988, 1.
VENAFRO E., CAMPANELLA S., *Giustizia riparativa ed estinzione del reato*, in BONINI V. (a cura di), *La giustizia riparativa (d.lgs. n. 150/2022 – d.lgs. n. 31/2024)*, Torino, 2024, 253.
VENAFRO E., *Giustizia riparativa e sistema penale alla luce della riforma Cartabia*, in *www.legislazionepenale.eu*, 21 dicembre 2023.
VENAFRO E., *Meritevolezza di pena e logiche deflattive. Un breve schizzo introduttivo*, in DE FRANCESCO G., VENAFRO E. (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, Torino, 2002.
VENTUROLI M., *Le misure sospensivo-probatorie nella fase esecutiva della pena tra criticità e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1/2022, 247.
VENTUROLI M., *Modelli di individualizzazione della pena. L'esperienza italiana e francese nella cornice europea*, Torino, 2020.
VENTUROLI M., *Verso un nuovo paradigma di individualizzazione della pena? Osservazioni a margine del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150*, in *www.sistemapenale.it*, 31 maggio 2023.
VERDE A., *Come si giustifica chi rende giustizia?*, in *Criminalia*, 2011, 377.
VERGINE A.L., voce *Sospensione condizionale della pena*, in *Dig. disc. pen*., Torino, 1997, 442.
VIANELLO F., *Cultura giuridica ed esecuzione della pena: processi decisionali in tema di misure alternative alla detenzione*, in *www.questionegiustizia.it*, 2018.
VIANELLO F., *La "revisione critica delle condotte antigiuridiche": prima riflessione sugli aspetti pragmatici e simbolici di un artefatto normativo*, in *Studi sulla questione criminale*, 3/2021, 7.
VICOLI D., BERNASCONI A., *sub* art. 51-*ter o.p.*, in DELLA CASA F, GIOSTRA G. (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, Milano, 2019, 754.
VIGANÒ F., *Discrezionalità giudiziaria e principi costituzionali,* in *www.sistemapenale.it*, 6 marzo 2025.
VIGANÒ F., *Discrezionalità interpretativa del giudice e valore dei precedenti*, in *www.sistemapenale.it*, 1 luglio 2025.
VIGANÒ F., *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali*, in CORSO P., ZANETTI E. (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani. 2, Diritto processuale penale e profili internazionali: diritto straniero e diritto comparato*, Piacenza, 2010, 617.
VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in PALIERO C.E., MOCCIA S., DE FRANCESCO G. A., INSOLERA G., PELISSERO M., RAMPIONI R., RISICATO L. (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente delle fonti penali"*, Atti del Convegno dell'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale, Napoli 7-8 novembre 2014, Napoli, 2016, 213.
VIGANÒ F., *L'arbitrio del non punire: sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 2645.

VIGANÒ F., *La pena come "contraccambio"? Qualche riflessione su fondamenti e scopi della pena nella prospettiva del diritto costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1/2025, 59.
VIGANÒ F., *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in *www.sistemapenale.it*, 26 aprile 2022.
VIGANÒ F., *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021.
VIGANÒ F., *La proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale: un primo bilancio*, in CASSETTI L., FABRIZZI F., MORRONE A., SAVASTANO F., STERPA A. (a cura di), *Studi in memoria di Beniamino Caravita*, Vol. 1, Napoli, 2024, 1113, pubblicato anche in *www.sistemapenale.it*, 8 gennaio 2025.
VIGANÒ F., *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in MANES V., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 243.
VIGANÒ F., *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont*., 2/2017, 61.
VIGANÒ F., *Verità e giustizia riparativa*, in *www.sistemapenale.it*, 20 settembre 2024.
VIGONI D., *L'esecuzione penale*, in *Procedura penale*, Torino, 2020, 927.
VIGONI D., *La metamorfosi della pena nella dinamica dell'ordinamento*, Milano, 2011.
VIGONI D., *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Milano, 2009.
VINCIGUERRA S., *Diritto penale italiano*, vol I, *Concetto, Fonti, Validità, Interpretazione*, Padova, 1999.
VIOLA F., ZACCARIA G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica del diritto*, Lecce, 1999.
VIRGA V., *L'«incidenza significativa» presupposto dell'impugnabilità delle ordinanze di diniego all'accesso dei programmi di GR per i reati procedibili a querela soggetta a remissione*, in *Proc. pen. giust.,* 2/2025, 207.
VOGLIOTTI M., *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quad. fiorentini*, n. 44, 2015, 131.
VON HIRSCH A., ASCHWORTH A., *Proportionate sentencing. Exploring the principles*, Oxford, 2005.
VON HIRSCH A., ASHWORTH A., ROBERTS J.V., *Structuring Sentencing Discretion*, in VON HIRSCH A., ASHWORTH A., ROBERTS J.V. (a cura di) *Principled Sentencing. Readings on Theory and Policy*, Oxford e Portland, 2009, 229.
VON HIRSCH A., *Doing Justice*, New York, 1976.

WROBLESKI J., *Theoretical and Ideological Problems of Controlling Judicial Decisions*, in A. GIULIANI, N. PICARDI (a cura di), *L'educazione giuridica*, III, Perugia, 1981.

ZAGRABELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il principio di legalità nella materia penale* in MANES V., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 69.
ZAGREBELSKY G., MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012.
ZANOTTI M., voce *Punibilità (condizioni di),* in *Dig. disc. pen*., Torino, 1995, 534.
ZARA G., FARRINGTON D.P., *Criminal Recidivism: explanation, prediction and prevention*, Oxon, 2016.

ZELLINI P., *La dittatura del calcolo*, Milano, 2018.
ZUFFADA E., *Il mosaico incompiuto. Le sanzioni in ambito penale tra scelte legislative e applicazione giurisprudenziali*, Torino, 2025.